



فهرست مطالب

تولیت موقوفه در صورت عدم تعیین متولی از سوی واقف

- مجید استاد مؤدب خوشرو و غلامرضا یزدانی و مصطفی حسینی ۳
بررسی انتقادی تعاریف عقد در فقه امامیه و ارائه نظریه تفاوت بنیادین «ماهیت عقد» با «انعقاد عقد»
- عطاءالله بیگدلی و محمدرضا محمدی ۲۳
گستره مدت در ازدواج موقت / ابراهیم جوانمرد فرخانی و سعید ابراهیمی و سیدمحمد رضوی ۴۵
امکان سنجی پذیرش ضمان تقویت منافع انسان در پرتو قاعده لاضرر / سیدعلی سجادی زاده و علی اصغر صائمی .. ۶۹
بررسی مسئولیت واگذاری اراضی مستثنیات ناشی از خطا در تشخیص اراضی ملی
- مجیدرضا شیخی نصرآبادی و سیدحسن وحدتی شبیری و محمدعلی سعیدی و سیدسعید موسوی نژاد نائینی ... ۱۰۱
قاعده فقهی مصلحت در قوانین و مقررات فرزندخواندگی و کودکان بی سرپرست / عبدالحمید طالبی ۱۳۷
تبلیغات خلاف واقع در معامله با مطالعه‌ای در فقه امامیه و حقوق ایران؛ مسئولیت‌ها و راهکارها
- مرتضی عزیزی و بهرام تقی‌پور ۱۶۵
امداد و نجات در موقعیت پر مخاطره و بیماری‌های واگیردار از منظر فقه امامیه
- محمدرضا علی‌زاده مقدم بیرکی و مجتبی الهی خراسانی ۱۸۹
حکم ازدواج پسر و پدر زانی با زانیه از نگاه مذاهب خمسسه / احد گوهری و محسن جهانگیری ۲۱۹
تعهدات پردازش‌کننده داده شخصی در اتحادیه اروپا و امکان‌سنجی پذیرش آن در حقوق ایران
- مهديه لطیف‌زاده و سیدمحمد مهدی قبولی درافشان و سعید محسنی و محمد عابدی ۲۴۵
توافقات قراردادی در عملیات بانکی بدون ربا با توجه به نظریه ضمان پول
- سیدمصطفی محقق داماد و سیدمجتبی مدنی بجنستانی ۲۸۷
شرط خلاف مقتضای ذات عقد
- رضا مقصودی و سیدمصطفی محقق داماد و سیدمه‌دی علامه و علیرضا مظلوم رهنی و هرمز اسدی کوه‌باد ... ۳۱۷



- ترجمه عربی (موجز المقالات) / کامل اسماعیل ۳۳۷
ترجمه انگلیسی (Abstracts) / محمدحسین گلپاری ۳۶۲

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.

تولیت موقوفه

در صورت عدم تعیین متولی از سوی واقف*

- مجید استاد مؤدب خوشرو^۱
- غلامرضا یزدانی^۲
- مصطفی حسینی^۳

چکیده

یکی از مسائل اساسی در عقد وقف، شیوه مدیریت کردن آن است. مطابق نظر فقها و همچنین قانون مدنی، مسئولیت اداره مال موقوفه با متولی است. معمولاً متولی در ضمن وقف توسط واقف تعیین می‌شود. حال اگر واقف، متولی را تعیین نکرده باشد، این سؤال مطرح می‌شود که چه کسی متولی خواهد بود؟ ماده ۸۱ اصلاحی قانون مدنی در اوقاف عامه که متولی معین نداشته باشد، متولی را حاکم معرفی کرده است. طبق بند ۱ ماده ۱ قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف و امور خیریه مصوب ۶۳/۱۰/۲، اداره امور موقوفات عام که فاقد متولی بوده یا مجهول التولیه است و موقوفات خاصه در صورتی که

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۹/۹ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۴/۲۴.

۱. طلبه سطح ۳ حوزه علمیه مشهد (majidomkl@yahoo.com).

۲. استادیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی (نویسنده مسئول) (ygholamreza@chmail.ir).

۳. عضو هیئت علمی دانشگاه علوم اسلامی رضوی (hoseinikhorasani@yahoo.com).

مصلحت وقف و بطون لاحق و یا رفع اختلاف موقوف علیهم متوقف بر دخالت ولیّ فقیه باشد، از تاریخ تصویب این قانون، به این سازمان واگذار می‌گردد. با وجود این، آرای فقها در جایی که واقف در وقف نامه تعیین متولی نمی‌کند، متفاوت است. عده‌ای معتقدند که در هر دو نوع وقف، تولیت با موقوف علیهم است. گروهی تولیت را در هر نوع از آن حاکم می‌دانند. بعضی معتقدند که در وقف عام، متولی حاکم است و در وقف خاص، موقوف علیهم این مسئولیت را به عهده دارند. در پژوهش حاضر با بهره‌گیری از روش تحلیلی - توصیفی و با بهره‌مندی از روش کتابخانه‌ای مشخص شد در مواردی که واقف متولی را در وقف نامه معین نمی‌کند، حاکم متولی مال موقوفه است و در این جهت، تفاوتی بین وقف عام و وقف خاص وجود ندارد.

واژگان کلیدی: وقف، تولیت، حاکم، موقوف علیهم، متولی.

مقدمه

موقوفه، شخصیت حقوقی دارد و لذا برای اداره آن باید مدیر انتخاب شود که اصطلاحاً «متولی» نامیده می‌شود. مباحث مربوط به متولی از دیرباز مورد توجه فقها بوده و در مواد متعدد قانونی مدنی به آن اشاره شده است. تعیین متولی علی القاعده به عهده واقف است. واقف می‌تواند خودش یا شخص ثالثی را به عنوان متولی مال موقوفه انتخاب نماید. همچنین واقف می‌تواند یک یا چند نفر را به عنوان متولی انتخاب کند. در مواردی که دو یا چند نفر به عنوان متولی انتخاب می‌شوند، بسته به اراده واقف ممکن است مجتمعاً و با جلب نظر همه متولیان، اختیار اداره مال موقوفه را داشته و یا منفرداً هر کدام جداگانه چنین اختیاری داشته باشند. ماده ۷۵ قانون مدنی مقرر می‌دارد:

«واقف می‌تواند تولیت یعنی اداره کردن امور موقوفه را مادام الحیوة یا در مدت معینی برای خود قرار دهد و نیز می‌تواند متولی دیگری معین کند که مستقلاً یا مجتمعاً با خود واقف اداره کند. تولیت اموال موقوفه ممکن است به یک یا چند نفر دیگر غیر از خود واقف واگذار شود که هر یک مستقلاً یا منضمماً اداره کنند و همچنین واقف می‌تواند شرط کند که خود او یا متولی که معین شده است، نصب متولی کند و یا در این موضوع، هر ترتیبی را که مقتضی بداند، قرار دهد.»

عمل تعیین متولی از سوی واقف، زمانی کامل می‌شود که متولی تعیین شده، سمت تولیت را بپذیرد و چنانچه نپذیرفت، مثل آن است که برای موقوفه، متولی تعیین نشده است. همچنین باید دانست که اگر متولی، سمت تولیت را قبول نمود، نمی‌تواند سمت تولیت را رد کند. حال اگر علی‌رغم ممنوعیت رد سمت تولیت، سمت را رد نمود، مثل آن است که برای موقوفه، متولی قرار داده نشده است. ماده ۷۶ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «کسی که واقف او را متولی قرار داده، می‌تواند بدو تولیت را قبول یا رد کند و اگر قبول کرد، دیگر نمی‌تواند رد نماید و اگر رد کرد، مثل صورتی است که از اصل متولی قرار داده نشده باشد».

سؤالی که در این خصوص مطرح می‌شود آن است که اگر واقف برای اداره مال موقوفه، متولی تعیین نکرد، به چه شکل باید متولی تعیین گردد؟

در پاسخ به سؤال فوق، ماده ۸۱ سابق قانون مدنی مقرر کرده بود:

«در اوقاف عامه، اگر واقف متولی معین نکرده باشد، اداره کردن امور موقوفه بر طبق ماده ۶ قانون ۲۸ شعبان ۱۳۲۸ [قانون اداری وزارت معارف و اوقاف و صنایع مستظرفه] خواهد بود؛ ولی در اوقاف خاصه، اگر متولی مخصوص نباشد، تصدی با خود موقوف‌علیهم است».

ماده ۸۱ قانون مدنی در سال ۱۳۷۰ اصلاح شده، به شکل زیر تغییر یافت:

«در اوقاف عامه که متولی معین نداشته باشد، اداره موقوفه طبق نظر ولی فقیه خواهد بود».

همان‌طور که ملاحظه می‌شود، در اصلاحیه سال ۱۳۷۰، قانون مدنی در خصوص متولی موقوفه خاص سکوت اختیار کرده است. ولی طبق بند ۱ ماده ۱ قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف و امور خیریه مصوب ۶۳/۱۰/۲:

«اداره موقوفات عام که فاقد متولی بوده یا مجهول‌التولیه است و موقوفات خاصه در صورتی که مصلحت وقف و بطون لاحق و یا رفع اختلاف موقوف‌علیهم متوقف بر دخالت ولی فقیه باشد، به این سازمان واگذار می‌شود».

به هر حال، فقها در پاسخ به سؤال فوق اختلاف نظر دارند؛ عده‌ای معتقدند چنانچه واقف برای وقف، متولی انتخاب نکرده باشد، تولیت موقوفه با موقوف‌علیهم است، اعم

از اینکه وقف عام بوده و یا خاص (محقق حلی، ۱۴۱۸: ۱۵۷/۱؛ همو، ۱۴۰۸: ۱۶۸/۲). گروهی نیز مطلقاً تولیت را با حاکم می‌دانند. بعضی معتقدند که در وقف عام، متولی حاکم است و در وقف خاص، موقوف‌علیهم این مسئولیت را به عهده دارند. در تعدادی از این نظریات، مبنای تولیت بر این است که چه کسی مالک موقوفه است؛ یعنی اگر موقوفه به ملکیت خداوند درمی‌آید، متولی حاکم است و اگر به ملکیت موقوف‌علیهم درآید، متولی موقوف‌علیهم خواهند بود (طوسی، ۱۳۸۷: ۳۰۱/۳؛ فاضل‌آبی، ۱۴۱۷: ۴۷/۲). تفصیلات دیگری هم در این بین وجود دارد.

مقاله حاضر در پی پاسخ به این فرض در وقف عام و خاص و بررسی ادله هر گروه و نقد آن‌ها و بیان نظر مختار است.

در خصوص موضوع حاضر به نظر می‌رسد که تا کنون پژوهش مستقلی انجام نشده است و همین امر، جنبه نو بودن موضوع را تثبیت می‌کند. از طرفی، قانون مدنی و سایر قوانین مربوطه، پاسخ روشنی به سؤال اصلی تحقیق نداده‌اند. وانگهی در عمل با پرونده‌های متعددی در محاکم مواجه هستیم که به خاطر عدم پاسخ روشن قانونی در این زمینه، با ابهام مواجه هستند و این تحقیق می‌تواند سرنوشت مبهم این دعاوی را روشن ساخته و با پیشنهاد یک یا چند ماده قانونی، موضع فقه و قانون را در این خصوص روشن سازد.

۱. نظریه اعطای تولیت به موقوف‌علیهم

عده‌ای معتقدند که در صورت عدم نصب متولی از سوی واقف در وقف‌نامه، تولیت مطلقاً - چه در وقف عام و چه در وقف خاص - با موقوف‌علیهم است (فاضل‌آبی، ۱۴۱۷: ۱۴۷/۲؛ محقق حلی، ۱۴۱۸: ۱۶۵/۱؛ ابن داود حلی، ۱۴۱۱: ۶۰؛ علامه حلی، ۱۴۱۰: ۴۵۲/۱؛ همو، ۱۴۱۱: ۱۲۶؛ همو، ۱۴۲۱: ۱۵۱؛ حسینی عمیدی، ۱۴۱۶: ۱۳۱/۲؛ ابن فهد حلی، ۱۴۰۷: ۵۶/۳؛ غروی نائینی، ۱۴۲۱: ۲۷۱؛ خوانساری، ۱۴۰۵: ۱۴/۴). از همین گروه، محقق خوانساری می‌فرماید در وقف عام، متولی موقوف‌علیهم می‌باشند و اگر موقوفه نیاز به تعمیر داشت، متولی حاکم است و در صورت فقدان حاکم یا عدم دسترسی به او، نوبت به عدول مؤمنین می‌رسد (خوانساری، ۱۴۰۵: ۱۴/۴). محقق نائینی هم می‌نویسد: در وقف خاص، متولی موقوف‌علیهم هستند، اما اگر تصرف در عین، شامل حق بطون متعاقبه

باشد، متولی حاکم خواهد بود (غروی نائینی، ۱۴۲۱: ۲۷۱). طرفداران این گروه، متولی را موقوف علیهم می‌دانند، بی‌آنکه بین وقف عام و خاص تفکیک کنند. اطلاق عبارتشان انصراف به هر دو نوع وقف دارد (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۱۰/۱۲۸).

طرفداران نظریه نخست برای اثبات دیدگاه خود به ادله متعددی متوسل شده‌اند؛ از جمله می‌توان به ادله زیر اشاره کرد:

دلیل اول: نخستین دلیل اینکه در وقف، چه عام و چه خاص، با انشای وقف، مالکیت مال موقوفه به موقوف علیهم منتقل می‌شود. از این رو به استناد قاعده سلطنت و وصف اطلاق مالکیت که در ماده ۳۰ قانون مدنی منعکس شده است، تمامی شئون مال موقوفه از آن موقوف علیهم خواهد بود. از جمله این شئون، اداره مال موقوفه و نظارت بر آن است. از این رو، منطقیاً موقوف علیهم هستند که تولیت موقوفه را بر عهده خواهند داشت (ر.ک: علامه حلی، ۱۳۸۸: ۴۴۱؛ فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۳۸۴/۲). به دیگر سخن، وقتی واقف مال را وقف کرده، در حقیقت مالکیت مال را با تمامی شئون و آثار آن به موقوف علیهم منتقل کرده است. مقتضی این انتقال مطلق آن است که حق نظارت و اداره مال موقوفه نیز به موقوف علیهم منتقل شده باشد (غروی نائینی، ۱۴۲۱: ۲۷۲).

نقد و نظر

استدلال پیش گفته به جهات متعددی مورد مناقشه قرار گرفته است: اولاً، نخستین ایرادی که بر این استدلال وارد است، ایراد مبنایی است؛ بدین معنا که با انشای عقد وقف، مالکیت مال موقوفه به موقوف علیهم منتقل نمی‌شود، خصوصاً در وقف عام، بلکه مالکیت عین موقوفه به شخصیت حقوقی وقف منتقل می‌شود (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳: ۱۷؛ یزدانی، ۱۳۹۸: ۱۵۹؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۹: ۴۵۴). از این رو، نمی‌توان موقوف علیهم را مالک مال موقوفه قلمداد کرد؛ بلکه اثر وقف نسبت به موقوف علیهم صرفاً ایجاد حق انتفاع برای ایشان است (یزدانی، ۱۳۹۸: ۱۵۹). از این روست که قانون مدنی، وقف را در ردیف عقود موجد حق انتفاع و در کنار رقبی، عمری و سکنی ذکر کرده است. وانگهی پذیرش شخصیت حقوقی در قانون تشکیلات سازمان حج، اوقاف و امور خیریه، مستلزم آن است که برای وقف، دارایی مستقل در نظر گرفته شود. از این رو

به استناد دارایی مستقل داشتن، در نتیجه انشای وقف، مالکیت مال موقوفه به شخصیت حقوقی منتقل می‌شود. همچنین هر کس بخواهد با موقوفه معامله نماید، باید موقوفه را طرف قرارداد واقع سازد و با شخصیت حقوقی موقوفه وارد معامله گردد. فرض کنید که شخصی، ملکی را برای مسجد وقف نموده است. با این وقف، شخصیت حقوقی برای این موقوفه ایجاد شده است. لذا اگر کسی بخواهد قالی یا وسیله‌ای را برای آن مسجد وقف کند، در حقیقت طرف تملیک وی، شخصیت حقوقی موقوفه است.

ثانیاً، بی‌تردید نمی‌توان در وقف خاص، موقوف‌علیهم را متولی دانست؛ چون حق بطون متعاقبه به وقف تعلق می‌گیرد. لذا موقوف‌علیهم موجود، ولایت بر وقف ندارند، آن طوری که متولی منصوب از طرف واقف دارد، و فقط حق تصرف در موقوفه در زمینه اصلاح موقوفه و آنچه که راجع به سایر انتفاعات آن است، دارند (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ۲۲۷/۱)؛ خصوصاً زمانی که بین بطون لاحق‌ه کسانی باشند که بالغ و عاقل و... نباشند. لذا کسی باید متولی باشد که تولیت مصالح عامه با اوست و چنین شخصی حاکم است. وانگهی اینکه تولیت موقوف‌علیهم به نحو تولیت منصوب از طرف واقف باشد، نیازمند دلیل است.

دلیل دوم: دومین دلیلی که توسط برخی محققان از جمله محقق نائینی و آقاضیاء‌الدین عراقی برای اثبات این نظریه اقامه شده است این است که هرچند موقوف‌علیهم نسبت به بطون لاحق‌ه، اجنبی هستند، اما این فقط موجب عدم سلطنت آن‌ها بر منافع موقوفه نسبت به بطون لاحق‌ه می‌شود؛ نه اینکه نسبت به طبقه خودشان هم سلطنتی نداشته باشند و در وقف خاص هنگامی که منافع عین به نحو شراکت بین افراد باشد، مثل وقف بر اولاد، در اینجا در حقیقت منفعت بین اشخاصی به نحو مشترک وجود دارد و آن‌ها هم مسلط بر موقوفه هستند؛ پس نیازی به تولیت حاکم یا عدول مؤمنین نیست، مگر اینکه موقوف‌علیهم صغیر یا مجنون یا سفیه باشند. در وقف عام هم وضعیت موقوف‌علیهم مثل وضعیت کسانی است که انفال بر آن‌ها اباحه شده است و تصرفات آن‌ها محتاج به اجازه گرفتن از فرد دیگری نیست و فقط در زمانی که عین موقوفه نیاز به تعمیر دارد، متولی، حاکم یا عدول مؤمنین است (خوانساری، ۱۴۰۵: ۱۴/۴؛ غروی نائینی، ۱۴۲۱: ۲۷۲). به دیگر سخن، هرچند که در وقف، طبقات لاحق نیز نسبت به عین موقوفه

حق دارند و در نتیجه عین موقوفه، متعلق حق آنهاست، منتها این حق عینی طبقات لاحق صرفاً مانع از آن می‌شود که موقوف‌علیهم حاضر نسبت به تصرفات مربوط به طبقات لاحق، سلطنتی نداشته باشند؛ ولی نمی‌توان به استناد این دلیل، مانع از سلطنت موقوف‌علیهم نسبت به تصرفات زمان خود ایشان شد (خوانساری، ۱۴۰۵: ۱۴/۴). وانگهی وجود چنین سلطنتی برای موقوف‌علیهم نیازمند دلیل است (آخوند خراسانی، ۱۴۱۳: ۱۹).

نقد و نظر

هرچند موقوف‌علیهم -چه در وقف عام و چه در وقف خاص- نسبت به استفاده از منافع، نیازی به اجازه غیر ندارند، اما این بدان معنا نیست که آنها متولی هستند و می‌توانند هر گونه تصرفی در عین بکنند، ولو اینکه با حق بطون لاحق منافات داشته باشد. در حقیقت جواز چنین تصرفاتی نیازمند دلیل است.

۲. نظریه تفصیل بین وقف عام و وقف خاص

عده‌ای معتقدند که در صورت عدم نصب متولی از سوی واقف در وقف نامه، در وقف عام متولی حاکم است و در وقف خاص متولی موقوف‌علیهم می‌باشند (ابن سعید حلّی، ۱۴۰۵: ۳۷۲؛ علامه حلّی، ۱۴۲۰: ۳۱۴/۳؛ عاملی جزینی، ۱۴۱۷: ۲/۲۷۰؛ همو، ۱۴۱۰: ۹۹؛ قطّان حلّی، ۱۴۲۴: ۱/۵۵۷؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۴: ۲/۴۲۶؛ همو، ۱۴۲۲ الف: ۱۱۸؛ همو، ۱۴۲۲ ب: ۵۲۱؛ همو، ۱۴۱۲: ۳/۱۷۷؛ همو، ۱۴۱۳: ۵/۳۲۴؛ آل کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲: ۳۵؛ آل کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۳ الف: ۱۸۹/۲؛ آل کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۳ ب: ۱۱۵؛ آل کاشف‌الغطاء، ۱۳۵۹: ۲/۷۵؛ مغنیه، ۱۴۲۱: ۵/۶۹؛ ابروانی، ۱۴۲۷: ۲/۵۵۴ و ۵۵۶؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۵: ۲/۲۷۷؛ قزوینی، ۱۴۱۴: ۲۹۷؛ مرعشی نجفی، ۱۴۰۶: ۲/۱۷۱؛ مجلسی اول، ۱۴۰۰: ۹۱؛ فیض کاشانی، بی‌تا: ۳/۲۱۳؛ آل عصفور بحرانی، بی‌تا: ۱۳/۳۱۴؛ فاضل موحدی لنکرانی، ۱۴۲۶: ۴۹۳؛ حسینی شیرازی، ۱۴۲۷: ۶۰۲).

برخی ضمن پذیرش این تفکیک در وقف خاص، تفکیک دیگری قائل شده‌اند و آن اینکه اگر وقف خاص به نحو تملیک انجام شود، تولیت با موقوف‌علیهم است و اگر به نحو اباحه تصرف باشد، ولایت با حاکم است (موسوی خویی، ۱۴۱۰: ۲/۲۳۸؛ موسوی سبزواری، بی‌تا: ۴۸۰؛ زین‌الدین بصری بحرانی، ۱۴۱۳: ۶/۱۲۷؛ تبریزی، ۱۴۲۶: ۲/۳۰۸).

مستند این نظریه آن است که چون مصالح عامه مردم با نظر حاکم شرع تأمین می‌شود، لذا در وقف عام، تولیت با حاکم است و هنگامی که امر دایر باشد بین اینکه متولی حاکم شرع باشد یا عدول مؤمنین، حاکم متعین می‌شود؛ چون قدر متقین است (ر.ک: علامه حلی، ۱۳۸۸: ۴۴۱؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۲۶/۲۸). به دیگر سخن، مسئله اداره و نظارت بر مال موقوفه در مواردی که واقف، متولی مشخص نکرده باشد، از امور حسبی است و شأن حاکم اقتضا می‌کند که وی متولی اداره امور حسبه باشد (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۰۰/۲۲). علاوه بر این، دلیل اینکه در وقف خاص، تولیت موقوفه با موقوف‌علیهم می‌باشد، آن است که در اثر وقف، مالکیت وقف به موقوف‌علیهم منتقل می‌شود (سیوری حلی، ۱۴۰۴: ۳۰۸/۲).

نقد و نظر

به نظر، تفصیل پیش‌گفته صحیح نمی‌باشد؛ زیرا هرچند در وقف عام، ممکن است تولیت وقف به حاکم برسد، ولی در وقف خاص نمی‌توان پذیرفت که موقوف‌علیهم متولی هستند؛ زیرا همان‌طور که قبلاً اشاره شد، در اثر وقف، مالکیت موقوفه به شخصیت حقوقی وقف منتقل می‌شود و نه موقوف‌علیهم (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳: ۱۷؛ یزدانی، ۱۳۹۸: ۱۵۹؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۹: ۴۵۴). وانگهی تعلق حق بطون لاحق به مال موقوفه، مانع از آن است که برای موقوف‌علیهم، ولایت بر هر گونه تصرف در مال موقوفه ایجاد شود (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ۲۲۷/۱).

۳. نظریه انتقال تولیت به مالک موقوفه

در مواردی که واقف برای مال موقوفه، متولی مشخص نمی‌کند، عده‌ای بر این باورند که تولیت به مالک می‌رسد؛ بدین معنا که اگر در اثر وقف، مالکیت مال موقوفه به خداوند سبحان منتقل شود، تولیت موقوفه با حاکم شرع است و اگر در اثر وقف، ملکیت به موقوف‌علیهم یا واقف منتقل گردد، تولیت حسب مورد با خود موقوف‌علیهم یا واقف خواهد بود (طوسی، ۱۳۸۷: ۳۰۱/۳؛ فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۳۸۴/۲؛ محقق حلی، ۱۴۱۳: ۲۵۸). علامه حلی که از طرفداران این دیدگاه است، می‌نویسد: اگر اعتقاد بر آن باشد که

بعد از وقف، همچنان مالکیت وقف برای واقف باقی می ماند، متولی واقف خواهد بود (علامه حلی، ۱۴۲۰: ۳/۳۱۴). ایشان در جای دیگری می نویسد: مشهور بین شافعیه این است که در وقف عام، متولی حاکم است و در وقف خاص، اگر ملکیت به خداوند منتقل شود، متولی حاکم است و اگر به واقف یا موقوف علیهم منتقل شود، متولی همان فرد است (همو، ۱۳۸۸: ۴۴۱؛ سیوری حلی، ۱۴۰۴: ۲/۳۰۸؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴: ۹/۳۴).

عده ای نیز ضمن پذیرش این تفکیک می نویسند اگر مالکیت موقوفه از آن واقف بوده و یا به موقوف علیهم منتقل شود، متولی حسب مورد، واقف و یا موقوف علیهم خواهد بود و اگر در اثر وقف، مالکیت به خداوند سبحان منتقل شود، متولی حاکم است؛ چون او متولی عام است در جایی که متولی خاص نباشد و واقف هم بعد از عقد نسبت به مال موقوفه، بیگانه به شمار می رود (عاملی جبعی، ۱۴۲۲: ۵۲۱؛ همو، ۱۴۱۳: ۵/۳۲۴؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳: ۲/۱۳؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۱۰/۲۱۸؛ همو، ۱۴۰۹: ۲/۲۴۱؛ میرزای قمی، ۱۴۱۳: ۴/۱۱۹).

برخی نیز تصریح کرده اند که در وقف عام، متولی حاکم است و در وقف خاص، اگر ملکیت در دست خود واقف باقی بماند، متولی واقف است و اگر ملکیت به موقوف علیهم برسد، متولی موقوف علیهم هستند (آل کاشف الغطاء، ۱۳۵۹: ۲/۷۵).

نقد و نظر

در نقد این دیدگاه باید گفت پیش فرض این نظریه آن است که در اثر وقف، ملکیت به خداوند سبحان یا موقوف علیهم منتقل شده یا برای خود واقف باقی بماند؛ در حالی که همان طور که در مباحث قبل اشاره شد، با پذیرش شخصیت حقوقی برای موقوفه، باید دانست که در اثر وقف، مالکیت موقوفه به شخصیت حقوقی وقف منتقل می شود. وانگهی تلازم بین تعلق حق مالکیت و سلطنت و ولایت بر تصرف در مال موقوفه نیز ثابت نیست (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۸/۲۶).

۴. نظریه تفکیک بین اثر وقف

عده ای بر این باورند که در وقف عام، متولی حاکم است و در وقف خاص، اگر

وقف به نحو تملیک منفعت باشد، تولیت با موقوف‌علیهم است و اگر وقف به نحو مصرف کردن منفعت باشد نه تملیک آن، تولیت با حاکم است (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۰: ۲۴۸-۲۴۷/۲؛ موسوی خویی، ۱۴۱۰: ۲۳۸/۲؛ محقق سبزواری، بی‌تا: ۴۷۹؛ حسینی روحانی قمی، ۱۴۱۷: ۳۹۳؛ تبریزی، ۱۴۲۷ الف: ۳۶۶؛ همو، ۱۴۲۶: ۳۰۸/۲؛ وحید خراسانی، ۱۴۲۸: ۲۰۷/۳؛ طباطبایی قمی، ۱۴۲۶: ۴۶۶-۴۶۵/۹).

عده‌ای در وقف خاص قائل به تفصیل دیگری شده و می‌گویند اگر به نحو تملیک منفعت باشد، در اموری که مربوط به مصلحت وقف و حق بطون لاحق است، متولی حاکم است والا متولی موقوف‌علیهم هستند (زین‌الدین بصری بحرانی، ۱۴۱۳: ۱۲۷/۶؛ حسینی سیستانی، ۱۴۲۲: ۴۹۶؛ همو، ۱۴۱۷: ۴۶۰-۴۵۹/۲؛ حسینی روحانی، ۱۴۲۶: ۴۵۵/۲؛ فیاض کابلی، ۱۴۲۶: ۵۱۷؛ همو، بی‌تا: ۴۵۰/۲).

عده‌ای از فقها در جواب استفتایی می‌گویند که در فرض مذکور، یعنی عدم تعیین متولی از سوی واقف در وقف‌نامه، در وقف عام متولی حاکم است (موسوی خمینی، ۱۴۲۲: ۳۹۳/۲؛ تبریزی، بی‌تا: ۳۱۳/۲؛ همو، ۱۴۲۷ ب: ۵۰۳/۶ و ۵۰۵؛ حسینی شیرازی، بی‌تا(الف): ۳۶۷؛ حسینی شیرازی، بی‌تا(ب): ۱۲۵؛ موسوی گلپایگانی، ۱۴۰۹: ۳۸۶/۲؛ فاضل موحدی لنکرانی، بی‌تا: ۳۲۳/۱؛ صافی گلپایگانی، ۱۴۱۷: ۲۷۶/۱).

البته آیه‌الله شبیری زنجانی معتقد است که در فرض مذکور، اگر وقف به صورت وقف عام باشد، باطل می‌شود (شبیری زنجانی، ۱۴۲۸: ۶۲۷).

مستند این نظریه آن است که در وقف عام متولی حاکم است؛ چون تولیت از امور حسیه است و انجام امور حسیه مختص به حاکم است (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۰۰/۲۲). در وقف خاص، اگر به نحو تملیک باشد، تولیت با موقوف‌علیهم است؛ چون مال موقوفه، ملک موقوف‌علیهم است و آن‌ها هم در خارج وجود دارند و لذا نوبت به حاکم نمی‌رسد. به عبارت دیگر، حاکم ولایت بر وقف دارد در جایی که ولی وجود نداشته باشد و با وجود ولی، موضوعی برای ولایت حاکم وجود ندارد و تخصصاً خارج است. در وقف خاص، اگر به نحو صرف کردن منفعت باشد نه تملیک آن، تولیت با حاکم است؛ چون در این فرض، ولی برای وقف وجود ندارد، لذا نوبت به حاکم می‌رسد (طباطبایی قمی، ۱۴۲۶: ۴۶۶-۴۶۵/۹).

نقد و نظر

هرچند مقتضی اطلاق ولایت حاکم شرع، آن است که اداره امور حسبی با حاکم باشد (از این رو، این بخش نظریه حاضر که تولیت برخی از موقوفات را از آن حاکم می‌داند، صحیح است)، ولی در موقوفات خاص نمی‌توان به استناد مالکیت موقوف‌علیهم، برای ایشان حق تولیت قائل شد؛ چرا که صرف نظر از اینکه در اثر وقف، مالکیت موقوفه به موقوف‌علیهم منتقل نشده و صرفاً برای ایشان حق انتفاع ایجاد می‌شود، نمی‌توان بین مالکیت و حق اداره مالی که متعلق حق بطون لاحق نیز می‌باشد، تلازم اثبات نمود.

۵. نظریه انتقال تولیت به حاکم

نسبت به متولی مال موقوفه‌ای که واقف برای آن متولی تعیین نکرده است، برخی محققان به طور مطلق و بدون تفکیک بین وقف عام و خاص، بر این اعتقادند که متولی، واقف است (ر.ک: علامه حلی، ۱۳۸۸: ۴۴۱؛ صیمری بحرانی، ۱۴۲۰: ۳۸۰/۲؛ آل کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۴: ۱۶/۳؛ آخوند خراسانی، ۱۴۱۳: ۱۸؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۳۱۲/۴؛ مغنیه، ۱۴۲۱: ۶۰۸/۲؛ حسینی خامنه‌ای، ۱۴۲۴: ۴۹۴؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۳۴۱/۲۰؛ سیفی مازندرانی، ۱۴۳۰: ۶۰۰).

عده‌ای نیز ضمن پذیرش این دیدگاه در خصوص وقف خاص، اندک تفصیلی داده‌اند و آن اینکه هرچند در وقف خاص نیز تولیت با حاکم شرع است، ولی نسبت به تصرفات جزئی که حصول منفعت وقف متوقف بر آن است، مثل ایجاد نهر، جمع‌آوری میوه‌ها و...، متولی موقوف‌علیهم می‌باشند (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۶/۲۸؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ۲۲۷/۱؛ موسوی اصفهانی، ۱۴۲۲: ۵۴۹؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۰: ۲۴۷/۲؛ موسوی خمینی، بی‌تا: ۸۴/۲؛ همو، ۱۴۲۴: ۷۳۷/۲؛ موسوی اصفهانی، ۱۴۲۲: ۵۴۹، حاشیه امام خمینی؛ همو، ۱۳۹۳: ۲۶۵/۲؛ حاشیه گلپایگانی؛ موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۳: ۱۶۰/۲؛ فاضل موحدی لنکرانی، ۱۴۲۴: ۱۰۱-۱۰۲؛ موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۰۰/۲۲؛ صافی گلپایگانی، ۱۴۱۶: ۲۰۳/۲؛ بهجت، ۱۴۲۸: ۴۳۰).

برخی محققان از جمله آیه‌الله مکارم شیرازی ضمن پذیرش این نظریه، در وقف خاص، احتیاط را در همکاری حاکم با موقوف‌علیهم موجود دانسته و می‌نویسد: در وقف عام، متولی حاکم است و در وقف خاص در کارهایی که مربوط به مصلحت

وقف و حق بطون لاحق است، احتیاط آن است که نسل موجود و حاکم با توافق هم، متولی را تعیین کنند؛ اما نسبت به منافع طبقه موجود، متولی موقوف علیهم موجود است و اگر بالغ نباشند، تولیت با ولی آن‌هاست (مکارم شیرازی، ۱۴۲۹: ۴۵۰).

طرفداران این نظریه به ادله متعددی استناد کرده‌اند که در ادامه مورد نقد و بررسی قرار می‌گیرند:

۱- هرچند موقوف علیهم موجود نسبت به مال موقوفه حق دارند و می‌توانند از منافع وقف استفاده کنند، بطون بعدی نیز در مال موقوفه حق دارند، و از طرفی حاکم شرع ولایت عام داشته و لذا اعطای تولیت موقوفه به حاکم، توجیه‌پذیرتر است (ر.ک: علامه حلی، ۱۳۸۸: ۴۴۱؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۲۶/۲۸). وانگهی مسئله اداره و نظارت بر مال موقوفه در مواردی که واقف، متولی مشخص نکرده باشد، از امور حسبی است و شأن حاکم اقتضا می‌کند که وی متولی اداره امور حسبه باشد (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۰۰/۲۲).

۲- سلطه‌ای که برای واقف و موقوف علیهم در عین موقوفه وجود دارد، غیر از سلطه‌ای است که مالک نسبت به ملکش دارد. از طرفی، مال موقوفه ملک مالک یا موقوف علیهم نیست و ملکیت آن‌ها نیاز به دلیل دارد و دلیلی هم بر آن وجود ندارد و تولیت از اموری است که وظایف متعدد و گوناگونی دارد و چاره‌ای نیست جز اینکه حاکم امر آن را در دست گیرد (آخوند خراسانی، ۱۴۱۳: ۱۹).

۳- هرچند واقف قبل از وقف، مالک موقوفه است، ولی بعد از وقف، نسبت به مال موقوفه، بیگانه و اجنبی به شمار می‌رود (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۶/۲۸؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ۲۲۷/۱؛ آل کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۳: ب: ۱۱۵؛ خوانساری، ۱۴۰۵: ۱۴/۴). وانگهی اینکه واقف قبل از وقف، حق هر نوع تصرفی دارد، به خاطر آن است که مالک مال بوده و به استناد وصف اطلاق مالکیت، حق هر گونه تصرف در آن دارد (ماده ۳۰ قانون مدنی). ولی بعد از آنکه واقف اقدام به وقف مال می‌کند، در حقیقت مالکیت خود را سلب و به دیگری واگذار می‌کند، که در حقیقت حق نظارت و تولیت بر مال را نیز از خود سلب کرده است (غروی نائینی، ۱۴۲۱: ۲۷۲).

۴- برخی برای اثبات تولیت واقف، به استصحاب تمسک کرده‌اند؛ به این بیان که حق تصرف در مال موقوفه قبل از وقف برای واقف وجود داشته و بعد از وقف در جواز

قطعی، دلالت بر مطلوب دارند که تولیت اموال غایب و قاصر و اطفال و بطون لاحقه، برای عدول مؤمنین در هنگام عدم وجود قیم و حاکم و فرد منصوب از طرف حاکم می‌باشد.

۷- از همه گذشته، اگر از ادله اجتهادی نتوان حکم مسئله را کشف نمود و نوبت به اصول عملیه برسد، مقتضای اصول عملیه، عدم تولیت موقوف‌علیهم است؛ چرا که قبل از انشای وقف، موقوف‌علیهم سلطنت بر اداره وقف نداشتند و بعد از تحقق وقف، در سلطنت ایشان تردید وجود دارد، مقتضای استصحاب، عدم وجود این حق و سلطنت برای موقوف‌علیهم است (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۰۰/۲۲).

به دیگر سخن، از طرفی در وقف عام، چون واقف بعد از وقف بیگانه می‌شود و حقی نسبت به مال موقوفه ندارد و اصل هم بر عدم تولیت موقوف‌علیهم بر وقف عام است و فقط آن‌ها حق انتفاع دارند، لذا متولی حاکم خواهد بود و از طرفی در وقف خاص هم نسبت به آنچه مصلحت وقف و حق بطون لاحقه و... است، متولی حاکم است؛ چون در این جهت فرقی بین وقف عام و خاص نیست جز اینکه دایره اختیارات حاکم در وقف عام وسیع و گسترده و شامل همه چیز است، اما در وقف خاص فقط محدود به این جهت است و علاوه بر آن، حق بطون لاحقه به مال موقوفه تعلق می‌گیرد و لذا موقوف‌علیهم موجود امتیازی برای تولیت ندارند و به ناچار حاکم باید متولی باشد. اما نسبت به اصلاحات جزئی که حصول منفعت متوقف بر آن است، متولی موقوف‌علیهم هستند؛ چون همه این موارد از مصالح شخصی است که به جهات انتفاع موقوف‌علیهم رجوع می‌کند و وجهی ندارد که تولیت در آن با حاکم باشد (همان؛ طباطبایی قمی، ۱۴۲۶: ۴۶۵-۴۶۶/۹).

نتیجه‌گیری

در صورت عدم تعیین متولی از سوی واقف در وقف‌نامه، متولی مطلقاً - چه در وقف عام و چه در وقف خاص - حاکم است؛ چون در وقف عام بعد از وقف، رابطه عینی بین واقف و مال موقوفه قطع شده و واقف نسبت به مال موقوفه، بیگانه قلمداد می‌شود. از این رو، استصحاب جواز تصرفات مالک نمی‌تواند تولیت را برای واقف ثابت نماید؛

چرا که با تحقق وقف، یکی از ارکان اصلی استصحاب که همانا یقین سابق باشد، از بین می‌رود. به دیگر سخن، استصحاب تولیت واقف هم جایز نیست؛ چرا که تولیت یکی از شئون ملکیت است و با زوال ملکیت، تولیت هم از بین می‌رود. علاوه بر آنکه در وقف، مالک موقوفه، شخصیت حقوقی وقف است و چون هر شخصیت حقوقی نیاز به متولی و اداره‌کننده دارد و فرض این است که واقف برای اداره آن، متولی مشخص نکرده است، لذا موقوفه از مصادیق امور حسبیه قلمداد شده و در نتیجه متولی آن حاکم خواهد بود. در وقف خاص هم موقوف علیهم فقط اذن در انتفاع از منافع دارند، اما این به معنای تولیت آن‌ها نیست و حق بطون لاحق به مال موقوفه تعلق می‌گیرد. لذا اگر تصرفات آن‌ها منافاتی با حق بطون بعدی داشته باشد، مثل اجاره دادن مال موقوفه و...، متولی حاکم است. علاوه بر این، دلیل بر تولیت حاکم در موقوفات، اعم از وقف عام و خاص، ادله ولایت فقیه نیست، بلکه اطلاق فرمایش امام علی^{علیه السلام} در مقبوله عمر بن حنظله و صحیح ابن خدیجه، آن است که تمام مناصبی که برای قضات وجود دارد، برای فقیه هم ثابت است و یکی از مناصبی که برای قضات ثابت بوده است، تولیت مال موقوفه است.

کتاب شناسی

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، کتاب الوقف، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۲. آل عصفور بحرانی، حسین بن محمد، الانوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع (للفیض)، قم، مجمع البحوث العلمیه، بی تا.
۳. آل کاشف الغطاء، احمد بن علی بن محمدرضا بن موسی بن جعفر بن خضر، سفینه النجاة و مشکاة الهدی و مصباح السعادات، نجف اشرف، مؤسسة کاشف الغطاء، ۱۴۲۳ ق. (الف)
۴. آل کاشف الغطاء، حسن بن جعفر بن خضر، انوار الفقاهة (کتاب المزارعة)، نجف اشرف، مؤسسة کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ ق.
۵. آل کاشف الغطاء، عباس بن حسن بن جعفر بن خضر، منهل الغمام فی شرح شرائع الاسلام، نجف اشرف، مؤسسة کاشف الغطاء، ۱۴۲۴ ق.
۶. آل کاشف الغطاء، محمدحسین بن علی بن محمدرضا بن موسی بن جعفر بن خضر، تحریر المجله، نجف اشرف، المكتبة المرتضویه، ۱۳۵۹ ق.
۷. آل کاشف الغطاء، هادی بن عباس بن علی بن جعفر بن خضر، هدی المتقین الی شریعة سید المرسلین، نجف اشرف، مؤسسة کاشف الغطاء، ۱۴۲۳ ق. (ب)
۸. ابن داود حلّی، تقی الدین حسن بن علی، الجوهرة فی نظم التبصرة، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۱۱ ق.
۹. ابن سعید حلّی، یحیی، الجامع للشرائع، قم، مؤسسة سید الشهداء العلمیه، ۱۴۰۵ ق.
۱۰. ابن فهد حلّی، جمال الدین احمد بن محمد، المهذب البارع فی شرح المختصر النافع، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۱۱. ایروانی، باقر، دروس تمهیدیه فی الفقه الاستدلالی، چاپ دوم، قم، مؤسسة الفقه للطباعة و النشر، ۱۴۲۷ ق.
۱۲. بهجت، محمدتقی، توضیح المسائل، چاپ نود و دوم، قم، شفق، ۱۴۲۸ ق.
۱۳. تبریزی، جواد بن علی، استفتائات جدید، قم، سرور، بی تا.
۱۴. همو، المسائل المنتخبة، چاپ پنجم، قم، دار الصدیقة الشهیده، ۱۴۲۷ ق. (الف)
۱۵. همو، صراط النجاة فی اجوبة الاستفتائات، قم، دار الصدیقة الشهیده، ۱۴۲۷ ق. (ب)
۱۶. همو، منهاج الصالحین، قم، مجمع الامام المهدی، ۱۴۲۶ ق.
۱۷. حسینی خامنه‌ای، سیدعلی بن جواد، اجوبه الاستفتائات، قم، دفتر معظم له، ۱۴۲۴ ق.
۱۸. حسینی روحانی، سیدمحمدصادق، فقه الصادق علیه السلام، قم، مدرسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۲ ق.
۱۹. همو، منهاج الصالحین، بی جا، بی نا، بی تا.
۲۰. حسینی روحانی قمی، سیدمحمد، المسائل المنتخبة، کویت، شركة مكتبة الالفین، ۱۴۱۷ ق.
۲۱. حسینی سیستانی، سیدعلی، المسائل المنتخبة، چاپ نهم، قم، دفتر معظم له، ۱۴۲۲ ق.
۲۲. حسینی شیرازی، سیدصادق، المسائل الاسلامیه، قم، رشید، ۱۴۲۷ ق.
۲۳. همو، المسائل المنتخبة، بی جا، بی نا، بی تا. (الف)
۲۴. حسینی شیرازی، سیدمحمد، استفتائات جدید، قم، بی نا، بی تا. (ب)
۲۵. حسینی عمیدی، سیدعمیدالدین عبدالمطلب بن محمد اعرج، کنز الفوائد فی حل مشکلات القواعد، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.

۲۶. خوانساری، سیداحمد بن یوسف، جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۵ ق.
۲۷. زین‌الدین بصری بحرانی، محمدامین، کلمة التقوی، چاپ سوم، قم، چاپخانه مهر، ۱۴۱۳ ق.
۲۸. سیفی مازندرانی، علی‌اکبر، دلیل تحریر الوسيلة (الوقف)، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۳۰ ق.
۲۹. سیوری حلی (فاضل مقداد)، جمال‌الدین مقداد بن عبدالله، التنقیح الرائع لمختصر الشرائع، قم، کتابخانه آیه‌الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ ق.
۳۰. شبیری زنجانی، سیدموسی، المسائل الشرعیة، قم، نشر الفقاهه، ۱۴۲۸ ق.
۳۱. صافی گلپایگانی، لطف‌الله، جامع الاحکام، چاپ چهارم، قم، انتشارات حضرت معصومه علیها السلام، ۱۴۱۷ ق.
۳۲. همو، هدایة العباد، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۱۶ ق.
۳۳. صیمری بحرانی، مفلح بن حسن، غایة المرام فی شرح شرائع الاسلام، بیروت، دار الهادی، ۱۴۲۰ ق.
۳۴. طباطبائی حائری، سیدعلی بن محمدعلی، الشرح الصغیر فی شرح المختصر النافع، قم، کتابخانه آیه‌الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۹ ق.
۳۵. همو، ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل، قم، مؤسسة آل‌البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۸ ق.
۳۶. طباطبائی حکیم، سیدمحسن، منهاج الصالحین، بیروت، دار التعارف للمطبوعات، ۱۴۱۰ ق.
۳۷. طباطبائی حکیم، سیدمحمدسعید، منهاج الصالحین، بیروت، دار الفصوه، ۱۴۱۵ ق.
۳۸. طباطبائی قمی، سیدتقی، مبانئ منهاج الصالحین، قم، قلم الشرق، ۱۴۲۶ ق.
۳۹. طباطبائی یزدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، تکملة العروة الوثقی، قم، کتابفروشی داوری، ۱۴۱۴ ق.
۴۰. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، چاپ سوم، تهران، المكتبة المرتضوية لاحیاء الآثار الجعفریة، ۱۳۸۷ ق.
۴۱. عاملی جعبی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۲ ق.
۴۲. همو، حاشیة الارشاد، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۴ ق.
۴۳. همو، حاشیة المختصر النافع، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۲ ق. (الف)
۴۴. همو، حاشیة شرائع الاسلام، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۲ ق. (ب)
۴۵. همو، مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم، مؤسسة المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۴۶. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال‌الدین مکی، الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۴۷. همو، اللمعة الدمشقیة فی فقه الامامیه، بیروت، دار التراث الاسلامیه، ۱۴۱۰ ق.
۴۸. عاملی کرکی (محقق ثانی)، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، چاپ دوم، قم، مؤسسة آل‌البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ ق.
۴۹. علامه حلی، ابومنصور جمال‌الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، ارشاد الاذهان الی احکام الایمان، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۵۰. همو، تبصرة المتعلمین فی احکام الدین، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۱۱ ق.
۵۱. همو، تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۰ ق.
۵۲. همو، تذکرة الفقهاء، قم، مؤسسة آل‌البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۳۸۸ ق.

۵۳. همو، *تألیف المرام فی معرفة الاحکام*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۱ ق.
۵۴. غروی نائینی، میرزا محمدحسین، *الرسائل الفقهیه*، قم، مؤسسه معارف اسلامی امام رضا علیه السلام، ۱۴۲۱ ق.
۵۵. فاضل آبی، زین‌الدین حسن بن ابی طالب یوسفی، *کشف الرموز فی شرح المختصر النافع*، چاپ سوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۵۶. فاضل موحدی لنکرانی، محمد، *تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة (الوقف و الصدقة و الوسیة و الایمان و النذور و العهد و الکفارات و الصيد و الذبائح)*، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، ۱۴۲۴ ق.
۵۷. همو، *جامع المسائل*، چاپ یازدهم، قم، امیر قلم، بی تا.
۵۸. همو، *رساله توضیح المسائل*، چاپ چهاردهم، قم، دفتر معظم له، ۱۴۲۶ ق.
۵۹. فخرالمحققین حلّی، ابوطالب محمد بن حسن بن یوسف، *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۷ ق.
۶۰. فیاض کابلی، محمداسحاق، *رساله توضیح المسائل*، قم، مجلسی، ۱۴۲۶ ق.
۶۱. همو، *منهاج الصالحین*، بی جا، بی تا بی تا.
۶۲. فیض کاشانی، محمدمحسن بن شاه مرتضی، *مفاتیح الشرائع*، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، بی تا.
۶۳. قزوینی (زنجان)، ملاعلی، *صیغ العقود و الایاعات*، قم، اشکوری، ۱۴۱۴ ق.
۶۴. قطان حلّی، شمس‌الدین محمد بن شجاع، *معالم الدین فی فقه آل یاسین*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۴ ق.
۶۵. مجلسی اول، محمدتقی، *یک دوره فقه کامل فارسی*، تهران، فراهانی، ۱۴۰۰ ق.
۶۶. محقق حلّی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن حسن، *الرسائل التسع*، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۱۳ ق.
۶۷. همو، *المختصر النافع فی فقه الامامیه*، چاپ ششم، قم، مؤسسه المطبوعات الدینیّه، ۱۴۱۸ ق.
۶۸. همو، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۶۹. محقق سبزواری، محمدباقر بن محمد مؤمن، *کفایة الاحکام*، اصفهان، مهدوی، بی تا.
۷۰. همو، *کفایة الاحکام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۳ ق.
۷۱. مرعشی نجفی، سیدشهاب‌الدین، *منهاج المؤمنین*، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۶ ق.
۷۲. مغنیه، محمدجواد، *الفقه علی المذاهب الخمسه*، چاپ دهم، بیروت، دار التیار الجدید، ۱۴۲۱ ق.
۷۳. همو، *فقه الامام الصادق علیه السلام*، چاپ دوم، قم، انصاریان، ۱۴۲۱ ق.
۷۴. مکارم شیرازی، ناصر، *رساله توضیح المسائل*، چاپ پنجاه و دوم، قم، مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، ۱۴۲۹ ق.
۷۵. موسوی اصفهانی، سیدابوالحسن، *وسیلة النجاة مع تعالیک الامام الخمینی*، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۲ ق.
۷۶. همو، *وسیلة النجاة مع تعالیک السید محمدرضا الموسوی الکلایگان*، قم، چاپخانه مهر، ۱۳۹۳ ش.
۷۷. موسوی بجنوردی، سیدحسن بن آقابزرگ، *القواعد الفقهیه*، قم، الهادی، ۱۴۱۹ ق.
۷۸. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، *استفتائات*، چاپ پنجم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۲ ق.
۷۹. همو، *تحریر الوسیله*، قم، دار العلم، بی تا.
۸۰. همو، *توضیح المسائل محشی*، چاپ هشتم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۴ ق.
۸۱. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *منهاج الصالحین*، قم، مدینه العلم، ۱۴۱۰ ق.

۸۲. موسوی سبزواری، سیدعبدالاعلی، جامع الاحکام الشرعیه، چاپ نهم، قم، المنار، بی تا.
۸۳. همو، مهتدب الاحکام فی بیان الحلال والحرام، چاپ چهارم، قم، المنار، ۱۴۱۳ ق.
۸۴. موسوی گلپایگانی، سیدمحمدرضا، مجمع المسائل، چاپ دوم، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۰۹ ق.
۸۵. همو، هدایة العباد، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۱۳ ق.
۸۶. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن، جامع الشتات فی اجوبة السؤالات، تهران، کیهان، ۱۴۱۳ ق.
۸۷. نجفی، محمدحسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۸۸. وحید خراسانی، حسین، منهاج الصالحین، قم، مدرسه امام باقر (علیه السلام)، ۱۴۲۸ ق.
۸۹. هاشمی شاهرودی، سید محمود، کتاب الاجاره، قم، مؤسسه دائرة معارف الفقه الاسلامی، ۱۴۲۳ ق.
۹۰. یزدانی، غلامرضا، حقوق اموال، مشهد، آستان قدس رضوی، ۱۳۹۸ ش.

بررسی انتقادی تعاریف عقد در فقه امامیه

و ارائه نظریه تفاوت بنیادین «ماهیت عقد» با «انعقاد عقد»*

□ عطاءالله بیگدلی^۱

□ محمدرضا محمدی^۲

چکیده

ماهیت و نحوه کشف (یا بساخت) نهادهای اجتماعی و رابطه آن‌ها با اراده‌های انسانی، از مسائل مهم در مطالعات علوم انسانی هستند. پرسش اصلی این پژوهش، پرسش از ماهیت «عقد» به مثابه نهادی اجتماعی و نسبت اراده متعاملین با این نهاد است. در مورد چیستی نهاد عقد در طول تاریخ حقوق غربی و سنت اسلامی فقهای امامیه، نظریات و رویکردهای مختلفی وجود داشته است. مرور نظریات نشان می‌دهد که فقها عقد را به صور متعددی تعریف کرده‌اند. این تعاریف دارای سیری تاریخی بوده و دستخوش تغییراتی شده است؛ عده‌ای عقد را به مثابه «امر لفظی» و عده‌ای نیز آن را به مثابه «انشاء» و برخی دیگر آن را به مثابه «ربط» تعریف کرده‌اند. فرضیه این تحقیق آن است که در تمامی این

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۸/۱۱ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۲/۳.

۱. استادیار دانشگاه جامع امام حسین (علیه السلام) (نویسنده مسئول) (ataollah.bigdeli@gmail.com).

۲. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق عمومی دانشگاه امام صادق (علیه السلام) (mohammadymr1997@gmail.com).

تعاریف، یک مسئله اساسی نادیده انگاشته شده است و آن عدم تفکیک بین مفهوم «عقد» و «عقد بستن» است. در این تعاریف، عقد به مثابه یک نهاد اجتماعی مورد توجه واقع نشده است. به عبارتی، عقد در دو معنا می‌تواند مراد ما باشد: اولاً به مثابه یک ماهیت و نهاد اجتماعی که در فقه امامیه برآمده از اراده شارع بوده و ماهیت آن توسط فقیه کشف می‌گردد و ثانیاً به مثابه عملی توافقی بین دو اراده انسانی برای الحاق به چهارچوب شرعی که از قبل موجود می‌باشد. برای این کار سعی داریم با روش استنباطی و تفسیری و استدلالی به بررسی جدی‌تر متون فقهی و حقوق‌دانان بپردازیم.

واژگان کلیدی: ماهیت عقد، انعقاد عقد، عقد به مثابه لفظ، Obligation.

عقد به مثابه عهد.

مقدمه

عقد، بنیادین‌ترین نهاد هر نظام حقوق مدنی برای ایجاد رابطه بین اشخاص و اموال است و هر تغییری در ماهیت و ذات آن، منجر به تغییراتی گسترده در نظام حقوقی می‌گردد، به ویژه که عقد محل اعلام اراده طرفین است و تغییر در نحوه اعلام اراده، منجر به تغییر نتیجه مورد نظر متعاملین خواهد شد. حساسیت نهاد عقد، حقوق‌دانان و فقها را بر آن داشته است که عقد را «تعریف» نمایند. اما آیا تعاریف ارائه‌شده توانسته‌اند ماهیت عقد را نشان دهند؟

مسئله اساسی ما در این تحقیق، پیگیری این پرسش است که آیا تعاریفی که در کتب حقوقی و فقهی ارائه شده و البته تطورات فراوانی نیز در طول تاریخ داشته‌اند، می‌توانند ابعاد نهاد عقد را به درستی روشن کنند؟ یا اینکه برخی از این ابعاد در سایه مانده‌اند؟ در مراحل انجام این پژوهش، به تدریج فرضیه‌ای نظر نگارندگان را به خود جلب نمود و آن عدم توجه به تفکیک بنیادین معنایی در حوزه عقد است. ما به تدریج دریافتیم آنگاه که از عقد سخن به میان می‌آید، در واقع از دو مفهوم سخن گفته می‌شود: «نهاد عقد» و «عقد بستن».

فرضیه این تحقیق آن است که ما با دو مقوله کاملاً متفاوت مواجهیم و نهاد عقد کاملاً با انعقاد عقد متفاوت است؛ نهاد عقد، نهادی اجتماعی - قانونی است که مقنن

و در نظام‌های دینی شارع) بر اساس علل و غایاتی (از مصالح و مفاسد حقیقی تا مصالح عمومی) آن را ایجاد می‌کند و مانند یک شکل و قالب در قانون، آن را ایجاد می‌نماید. در واقع ماهیت عقد با ارادهٔ مقنن ایجاد می‌گردد و مقنن/شارع با ارادهٔ خود عقد بیع را ایجاد می‌نماید و با ارادهٔ او وجود عقد کامل و قطعی است. به عبارتی این مصادیق، ترجمهٔ علل مذکور به زبان فقه یا حقوق هستند. از این جهت، ایجاد خودِ عقد (نهاد) با مباحث کلامی و فلسفه حقوقی گره می‌خورد.

اما عقد بستن، امری بین متعاقدین است که کاملاً فردی و وابسته به ارادهٔ طرفین است و از این جهت با مباحثی چون قصد و رضای طرفین، نحوهٔ ابراز اراده، نقص یا فقدان اراده (عقود فضولی یا نسبی و...) گره می‌خورد. در عقد بستن، طرفین با ارادهٔ خود به نهاد عقد ملحق می‌شوند و در واقع عمل حقوقی آنان، الحاق به نهاد از پیش موجودِ عقد است. با این تفکیک روشن می‌گردد که غالب فقها و حقوق‌دانان در تعریف عقد، در واقع عقد بستن را تعریف نموده‌اند؛ لذا بسیاری از فقهای متقدم عقد را از مقولهٔ لفظ می‌دانستند. اینان عقد را دالی می‌دانند که مدلولش نسبت به هر عقدی متفاوت است. این نظر همواره مورد نقد متأخران بوده است؛ چرا که آنان عقد را امری معنوی و از مقولهٔ اراده می‌دانند و لفظ را حاکی از آن. بسیاری از متأخران نیز عقد را ربطی می‌دانند که بین دو اراده برقرار می‌گردد. برخی فقها نیز عقد را به مثابهٔ انشا تعریف نموده‌اند. برخی دیگر عقد را به مثابهٔ عهد یا به مثابهٔ قول یا فعل شرعی تعریف کرده و برخی نیز تعاریفی شبیه تعریف تعهد در نظام فرانسوی (obligation) را برگزیده‌اند.

فرضیه ما این است که تعاریف موجود، هیچ یک در واقع عقد را تعریف نکرده‌اند؛ زیرا توجه خود را معطوف به «انعقاد عقد» کرده و توجهی به «ماهیت عقد» ندارند. لذا سعی داریم با ارائهٔ نظریهٔ تفاوت بنیادین «ماهیت عقد» با «انعقاد عقد»، این دو وجه را از هم متمایز نموده و مغفول ماندن «ماهیت عقد» را متذکر شویم.

برای این کار با روش استنباطی و تفسیری و استدلالی به صورت اسنادی و رجوع گسترده به متن و اقوال فقها و حقوق‌دانان و تقریر و نقد این نظریات، روایی بیشتر نظریه فوق‌الذکر را در تبیین عقد و احکام آن توضیح دهیم.

گفتار اول: عقد به مثابه لفظ

بند اول: تقریر نظریه

بسیاری از فقهای متقدم، عقد را از مقوله ایجاب و قبول و نوعی لفظ می‌دانستند؛ از جمله صاحب شرایع عقد را لفظ می‌داند (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۷/۲؛ همو، ۱۴۱۸: ۱۱۸/۱). به عبارتی این دست از فقها، عقد را یک دالّ می‌دانند که ماهیتاً لفظ است و به یک مدلولی دلالت دارد و آن مدلول به نسبت هر عقدی متفاوت است؛ مثلاً مدلول در بیع انتقال است (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۰۴/۲۷؛ کاشف‌الغطاء نجفی، ۱۴۲۲؛ مصطفوی، ۱۴۲۳: ۱۸۳؛ موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۱/۵). در این نگاه در واقع به زبان منطقی، جنس عقد ایجاب و قبول لفظی و فصل آن در مورد هر عقدی متفاوت است. نکته مهم آنکه در این نگاه، نقل ملکیت یا التزام خود عقد نیست، بلکه از لوازم عقد است؛ حال یا لوازم عقلی یا لوازم شرعی، و به تعبیری، حکمی از احکام عقد است و نه ماهیت آن (محقق داماد و همکاران، ۱۳۷۹: ۶۲/۱؛ عاملی جزینی، ۱۴۱۰: ۱۰۴؛ همو، ۱۴۱۷: ۱۱۹/۳؛ ابن فهد حلی، ۱۴۰۷: ۳۵۵/۲؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۰: ۲۲۱/۳ و غالب فقها تا قرن سیزدهم).

بند دوم: بررسی نظریه

متأخران معتقدند که عقد از قبیل امور معنوی است و نه لفظی، و تعریف عقد به لفظ، تعریف خود عقد نیست (انصاری، ۱۴۱۵: ۷/۳؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۱۳۶/۳). چرا مشهور فقها عقد را از مقوله لفظ می‌دانستند؟ به نظر می‌رسد که مسئله، بازگشت به نوعی شکل‌گرایی و اصالت اراده ظاهری، و شرعی دیدن عقود دارد و نظر اصالت اراده ظاهری حداقل در مقام اثبات در بین فقهای شیعه مخصوصاً فقهای قدیم طرفدار بیشتری داشته است (محقق داماد و همکاران، ۱۳۷۹: ۲۶۰/۱)؛ ضمن آنکه الفاظ و رعایت شکل عقود در بین فقها بسیار مهم بوده است (همان: ۷۷/۱). لذا به نظر می‌رسد بین تمایل به اراده ظاهری به عنوان مبنای صحت عقود و شکل‌گرایی شرعی و بین تعریف عقد به لفظ، ارتباط وجود دارد. در پی دفاع از این قول نیستیم، اما با توجه به

۱. صاحب‌جوهر اجاره را نه عقد، بلکه نقل منفعت می‌داند: «أنها ما شُرِّعَتْ لنقل المنفعة بعوض من آخر ولو حکماً» (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۰۴/۲۷).

فضای غالب در آن دوران، آن را موجه می‌دانیم. عقد آنگاه عقد است که از قصد و رضا و حالتی نفسانی خارج شود و با مبرزی ظهور نماید. در این تعریف، فقها عقد را به جزء آخرش، که قوام‌بخش آن نیز هست، تعریف کرده‌اند.

گفتار دوم: عقد به مثابه ربط

بند اول: تقریر نظریه

این نظریه طرفداران فراوانی در بین متأخران دارد. این دسته از فقها قائل‌اند که عقد حیثیت ارتباطی طرفین و یا دو قرار تعهدی و ربط یک تعهد به تعهد دیگر است. به عبارتی، عقد دو قرار را با هم پیوند می‌دهد. به نظر کسانی چون محقق اصفهانی (متوفی ۱۳۶۱ ق.) در حاشیه کتاب المکاسب، ماهیت عقد همین ربط است: «أَنَّ الْعَقْدَ عِبَارَةٌ عَنِ الرَّبْطِ وَالْوَصْلِ» (غروی اصفهانی، ۱۴۱۸: ۲۸۳/۱). محقق اصفهانی در ماهیت عقد، بین عهد و عقد تفاوت می‌گذارد و معتقد است که عهد، یا التزام قلبی است و یا جعل و قرار معاملی؛ اما عقد، ربط دادن یک التزام به دیگری یا ربط یک قرار به قرار دیگر است. لذا ماهیت و حیثیت عهدیه با حیثیت عقدیه متفاوت است و حقیقت عقد، ربط است نه وصل (همان: ۲۸۴/۱).^۱ به عبارتی، عقد در معنای لغوی، ربط و گره زدن دو چیز به هم است؛ عهد نیز در لغت به معنای جعل و قرار دادن است. اما در اصطلاح، معنای عهد اعم شده است؛ در نتیجه «فکَلَّ عَقْدَ عَهْدٍ وَلَا عَكْسَ» و برای همین است که محقق اصفهانی حیثیت عقدیه و عهدیه را در مقام اصطلاح اصحاب، غیر از هم می‌داند. حیثیت عهدیه قرار است که طرفین با هم می‌گذارند و هر گاه این قرار منعقد شود و حیثیت ارتباطی به خود بگیرد، عقد ایجاد شده است (همان: ۱۴۴/۱؛ حسینی حائری، ۱۴۲۶: ۱۸۴/۱).

این نظر با اختلافاتی اندک در غالب حواشی بر مکاسب مانند حاشیه آقازاده‌الدین عراقی (متوفی ۱۳۶۱ ق.) پیگیری شده است.^۲

۱. «أَنَّ الْعَقْدَ عِبَارَةٌ عَنِ الْإِلتِزَامِ الْقَلْبِيِّ أَوْ الْجَعْلِ وَالْقَرَارِ الْمَعَامَلِيِّ» (غروی اصفهانی، ۱۴۱۸: ۲۸۴/۱).

۲. «أَنَّ الْعَقْدَ يَنْتَزِعُ مِنْ تَبَعِيَّةِ جَعْلِ الْقَابِلِ إِرَادَتَهُ تَبَعًا لِإِرَادَةِ الْمَوْجِبِ، وَمَطَاوَعَةِ إِرَادَتِهِ» (نجم‌آبادی، بی‌تا: ۲۶۶/۲).

آیه‌الله خویی نیز عقد را پیوند دادن یک التزام به التزامی دیگر با وجود مظهر خارجی برای دو التزام و اراده می‌داند (موسوی خویی، ۱۴۱۹: ۳۰۹/۲) و عقد بیع را نیز همین گونه تحلیل می‌نماید^۱ (همان: ۷۶۷/۲).

جزائری نیز همین تعریف را تقویت نموده و معتقد است که عقد عبارت است از ربط خاصی که بین دو التزام ایجاد می‌شود؛ لذا وقتی فروشنده می‌گوید: «بعت»، و مشتری جواب می‌دهد: «قبلت»، سه امر به وجود می‌آید:

۱- التزام هر یک از طرفین به مبادله ثمن و مثنی ایجاد می‌شود، این دو التزام واقعی است. عقد این ربط بین دو التزام است.

۲- امری اعتباری که اضافه به ثمن و مثنی است که ما از آن به مبادله تعبیر می‌کنیم که در عالم واقع وجود ندارد و در واقع موضوع التزام و امر معهود به است.

۳- صیغه‌ای که حاکی از ایجاب و قبول است که خود حاکی از التزام نفس‌الامری طرفین است (مروج جزائری، ۱۴۱۶: ۶/۱). این قول بین فقهای معاصر نیز رایج است (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۱۰۵/۱؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱: ۳۲۲/۲؛ همو، ۱۴۲۵: ۱۲۲).^۲ این قول تأکید دارد که هرچند عقد نیازمند مبرز است، ولی ماهیت عقد وسیله ابراز نیست (طباطبایی قمی، ۱۴۱۳: ۱۲۹/۲؛ همو، ۱۴۲۶: ۳۶۷/۷).

بند دوم: بررسی نظریه

اگر منظور از این قول آن باشد که عقد، صرف رابطه بین دو نفر است، این قول به اصالت رویکرد شخصی در حقوق غربی نزدیک است و نمی‌توان بسیاری از عقود تملیکی و اذنی را در فقه امامیه با آن توجیه نمود (محقق داماد و همکاران، ۱۳۷۹: ۶۴/۱)؛ اما اگر منظور قائلان به خصوص در تقریری که محقق اصفهانی ارائه داده است، ایجاد ربط بین دو قرار معاملی باشد یا به عبارتی منظور آن باشد که جهت مشترک عقود آن است که دو اراده با هم توافق می‌کنند تا اثری حقوقی را ایجاد نمایند، این قول به قول

۱. «البيع فإنَّ الالتزام بالتعليق فيه مربوط بالالتزام الطرف الآخر بذلك بحيث يرتبط أحد الالتزامين بالالتزام الآخر وينضم أحدهما بالآخر حتى يترتب عليه وجوب الوفاء». ایشان در محاضرات نیز به همین مضمون عقد را تعریف می‌کند: «شَدُّ أحد الالتزامين وعقدته بالآخر» (محقق داماد و همکاران، ۱۳۷۹: ۶۲/۱).

۲. امام خمینی در کتاب البيع متعرض قول محقق اصفهانی شده و آن را توضیح داده و اجمالاً تأیید می‌کند.

عقد به مثابه عهد بسیار نزدیک می‌شود. ولی ظاهر برخی عبارات این سخن را نمی‌رساند و گویی قائلان معتقدند که عقد، ربط ذمه دو فرد و شخص است؛ البته موضوع این ربط می‌تواند انتقال مال باشد، همچنان که خود این فقها سعی نموده‌اند عقد بیع را نیز با این تلقی موجه سازند. اما به نظر این باور از ابهام خالی نیست؛ عقد بالاخره یا ربط دادن دو التزام هست یا نیست و اگر هست، در عقودی مانند بیع و اجاره که موضوع آن تملیک است، موجه نمودن نهاد ملکیت بر اساس صرف ربط دو ذمه مشکل است و لذا باید به دنبال تعریف عام‌تری برای عقد بود.

گفتار سوم: عقد به مثابه انشاء

بند اول: تقریر نظریه

این نگاه، ماهیت عقد را ایجاد و انشاء در مقابل اخبار می‌داند. عقد جعل است؛ جعلی که از سوی متعاقدین انجام می‌شود (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۴۸۰/۱۲؛ عراقی، ۱۴۲۱: ۲۶۷). برخی فقها (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۴۸۲/۱۲؛ انصاری، ۱۴۱۵: ۷/۳) بیع را به انشاء تملیک مال به عین تعریف نموده بودند و از این جمله می‌توان استظهار نمود که ماهیت عقد را انشاء می‌دانند و البته ایجاب و قبول را به عنوان مبرز پذیرفته‌اند؛ اما عقد را از مقوله معنا می‌دانند و نه لفظ (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۱/۳).

بند دوم: بررسی نظریه

توجه به این نکته که عقد از مقوله انشاء است، توجه خوبی است؛ اما به نظر انشاء تمام ماهیت عقد نیست و در عالم حقوقی، اموری چون حکم قاضی نیز از سنخ ایجاد و انشاء است. همچنین این بیان در واقع تعریف نیست و مشکلی را حل نمی‌کند؛ چون بقیه اقوال نیز منکر انشاء بودن عقد نیستند. مسئله آن است که عقد، انشاء چه چیزی است؟ آیا انشاء یک رابطه است؟ یا ایجاد یک عهد؟ یا... ضمن آنکه انشاء ظاهراً فعل طرفین است و نه ماهیت خود عقد، و این تعریف بیشتر به تعریف عقد بستن شبیه است نه خود عقد.

گفتار چهارم: عقد به مثابه عهد

بند اول: تقریر نظریه

این قول عقد را به معنای عهد یا عهد مؤکد و موثق می‌داند. از فقهای قائل به این تعریف، صاحب *عناوین* است: «أَنَّ الْعَقْدَ هُوَ الْعَهْدُ الْمُوثَقُّ» (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۲۲/۲). همچنین به اعتقاد میرزای نائینی، عقد موجودی اعتباری است که الزام و التزام در آن وجود دارد. از سویی عقد، عهدی موثق است که ناشی از ایجاب و قبول است و نه خود ایجاب و قبول. الفاظ در واقع آلات ایجاد معانی انشاییه هستند^۱ (غروی نائینی، ۱۴۱۳: ۱۱۲/۱). قابل ذکر است که از منظر میرزا، امور اعتباری اموری هستند که بین امر واقع (عین) و امور صرفاً انتزاعی قرار گرفته‌اند (همو، ۱۳۷۳: ۱۶/۱).

در چستی عهد بین این دسته از فقها اختلاف است:

۱- برخی مانند موسوی بجنوردی در *التواعد الفقهیه* معتقدند که عقد همان تعهد یک فرد در برابر فرد دیگر است، در امری از امور؛ چه امور مالی و معاوضی مانند بیع یا مثلاً در نکاح. این تعهد اعتباری و موجد آثاری در عالم خارج است و الفاظ صرفاً برای دلالت به این قصد متعاهدین است (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۱۳۶/۳) یا به عبارتی عقد عبارت است از تعهد به امری برای شخص یا اشخاصی در مقابل چیزی یا بدون وجود مقابل (عوض) (همان: ۱۴۳/۳).^۲

۲- عهد به معنای التزام به مفاد عقد است. پس منشأ عقود حقیقی، مدلول مطابقی خود عقد یا مدلول التزامی عقود است؛ مثلاً در عقد بیع، مبادله مال به مال مدلول مطابقی است و تعهد به آنچه انشا شده و التزام به مفاد قرارداد (منشأ) مدلول التزامی است. در نتیجه منظور از عهد موثق، معنای مطابقی حاصل از عقد نیست؛ بلکه مدلول

۱. میرزای نائینی در کتاب *المکاسب و البیع* بحث مبسوطی در مورد معنای مصدری و اسم مصدری عقود و سبب یا مسبب بودن ذوات عقود و نسبت آن با الفاظ و دو سنخ ارتباطی که ماهیت عقد بنفسه و ماهیت عقد بالنسبة الی الموجد، یعنی موجب عقد و قابل عقد برقرار می‌کنند، دارد که برای تکمیل بحث می‌توان به آن رجوع نمود (غروی نائینی، ۱۴۱۳: ۱۱۲/۱-۱۱۶).

۲. موسوی بجنوردی در جایی دیگر از کتاب *التواعد*، قول ربط بودن عقد را نقد هم کرده است (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲۰۱/۵).

التزامی عقد است. میرزای نائینی از این سخن نتیجه جالبی می‌گیرد. ایشان معتقد است که این دلالت التزامی (التزام) ناشی از بنای عقلاست؛ پس در عقودی که مبتنی بر معاوضه هستند، این التزام جزء ذات آنهاست و در عقودی که این الزام در ذات آنهاست، التزام خود به خود برای این عقود مؤکد است؛ مانند نکاح و ضمان. همچنین عقودی که جواز در ذات آنهاست، مانند هبه، تخصصاً از عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» خارج‌اند و موضوع آیه صرفاً عقودی هستند که نسبت به لزوم و جواز بلاقتضا هستند، مانند بیع. دلیل بلاقتضا بودن آن است که آیه ناظر به دلالت التزامی است و نه مطابقی؛ زیرا وجوب وفا در بیع به لحاظ معنای مطابقی آن صرفاً حرمت تصرف در مال غیر است و نه از این باب که عقد و عهد موثق است (غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۳/۲).

بند دوم: نقد نظریه

این نظر به خصوص با تقریر موسوی بجنوردی، به معنای غربی از Obligation نزدیک است و قائل به آن در تبیین ماهیت غالب عقود و مخصوصاً عقودی مانند بیع و اجاره مشکل دارد. تعهد اثر مستقیم عقود تملیکی نیست (محقق داماد و همکاران، ۱۳۷۹: ۶۵/۱). عقد تملیکی، ملکیت چیزی را به دیگری منتقل می‌کند و در آن تعهدی در کار نیست. آری، پس از انتقال ملکیت بایع و مشتری، هر یک تعهداتی مانند تسلیم ثمن و مثن دارند که از ثمرات عقد است و باز خود عقد نیست. با الهام از حقوق فرانسه، اساتید پیشنهاد داده‌اند که در اینجا نیز فرض کنیم اثر مستقیم همه عقود تعهد است؛ ولی در عقود تملیکی، این تعهد بلافاصله اجرا و ملکیت منتقل می‌شود (همان). این راه حل نمی‌تواند مورد قبول واقع شود. مخالف این نیستیم که هر عقدی متضمن نوعی تعهد است و حتی شاید بتوان به اعتبار تعهدی که بعد از عقد ایجاد می‌شود، تمامی عقود را عهدی دانست و تعارض بین عقود تملیکی را با تعریف عقد به مثابه تعهد در مقابل تعهد حل کرد (همان). اما این سخن که هر عقدی متضمن عهدی است، با این ادعا که ماهیت عقد همان عهد است، بسیار متفاوت است.

برای حل تعارض تعریف با واضحات عقود تملیکی، برخی در معنای تعهد واکاوی کرده‌اند؛ مثلاً موسوی بجنوردی پس از ارائه تعریف عقد به عهد، بلافاصله مثال به بیع

و نکاح می‌زند (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۱۳۶/۳). در توجیه این نظر گفته‌اند که مراد از تعهد در این نظر، «قرار گذاشتن» است؛ یعنی طرفین با هم قرار می‌گذارند که مبیع از آن مشتری و ثمن از آن بایع باشد (دادمرزی، ۱۳۷۹: ۶۱). مثلاً در بیع، بنا می‌گذاریم که زین پس ملکیت شیئی برای مشتری باشد. به عبارتی، عهدی بودن عقد و التزام، به معنای پایبندی طرفین و ملتزم بودم آن‌ها به حفظ عقد و عمل به مفاد آن است (محقق داماد و همکاران، ۱۳۷۹: ۶۵/۱). در عقود تملیکی، مفاد عقد تملیک است و در عقود عهدی، دین یا عهد است.

اما به نظر، این توجیحات لازم نیست. اگر ماهیت عقد تعهد است، این تعهد موضوعی دارد و فرقی نمی‌کند که شما تعهد را به چه معنایی در نظر بگیرید. اگر بگوییم که موضوع تعهد ایجاد یا انتقال ملکیت است، این خروج از مفهوم عقد تملیکی است و اگر بگوییم که منظور ما از عهد، بنا نهادن امری است، یعنی قرار می‌گذاریم که زین پس این شیء متعلق به کسی باشد، این سخن شبیه تعهد به نتیجه است و ناظر به عمل دو فرد است و نه ماهیت خود عقد بما هو عقد. عقد بما هو عقد دارای یک تعریف و ماهیت است که وابسته به قرار متعاملین نیست. اگر منظور آن است که تعهد، خود این قرار است، در واقع عقد را به ربط تعریف نموده‌ایم. از دیگر سو چرا ما باید عقد را به عهد تعریف کنیم که دچار چنین ناهمخوانی‌هایی بشویم. شاید بتوان عقد را به گونه‌ای تعریف نمود که چنین مشکلاتی را نداشته باشد تا مجبور شویم تعهد را به معانی بعید و غریب آن در نظر بگیریم.

نکته مهم تحلیل تعهد به قرار گذاشتن آن است که تعهد در لسان فقهای چون مراغی و بجنوردی، نسبتی با مفهوم Obligation در حقوق غربی ندارد. به این سخن بازمی‌گردیم.

از سویی ظاهراً عهد (به معنای متعارف اگر منظور فقها باشد) نتیجه عقد است و نه خود عقد، و تعریف شیء به اثر، تعریف قابل قبولی نیست. در تعریف تا جایی که امکان دارد، باید ماهیت و ذاتیات امر را مورد توجه قرار داد. تعهد اثر عقد است، بعد از ایجاد ماهیت؛ لذا اگر منظور طرفداران این قول آن باشد که عقد همان عهد به معنای نتیجه عقد است، این تعریف قابل قبول نیست (همان).

گفتار پنجم: عقد به مثابه قول یا فعل شرعی

بند اول: تقریر نظریه

در فقه شیعه، صاحب جواهر به این تعریف متفرد است. صاحب جواهر قبل از ورود به کتاب متاجر، عقد بما هو عقد را این گونه تعریف نموده است:

«وهو لفظٌ ضدَّ الحَلِّ، وشرعاً قول من المتعاقدين، أو قول من أحدهما وفعل من الآخر رتب الشارع الأثر المقصود عليه» (نجفی، ۱۴۰۴: ۳/۲۲).

البته صاحب جواهر در ابواب عقود خاص، تعاریفی از عقود داده است که با این تعریف سازگار نیست؛ برای مثال در مورد عاریه می گوید:

«وعلى كل حال فهى عقد يعتبر فيه إنشاء الربط بين الإيجاب والقبول» (همان: ۱۵۶/۲۷).

اما به نظر، قول صریح صاحب جواهر، همان است که در باب عقود گفته و در مقام بیان دقیق مسئله بوده است. این تعریف از چند جهت قابل دقت است؛ اول آنکه ماهیت عقد را قول یا قول و فعل می داند. از آن جهت که لفظ و قول را در ماهیت عقد دخیل می داند، موافق مشهور است و از آن رو که افعال را نیز داخل در ماهیت می کند، وجه تأکید بر برخی عقود تشریفاتی یا معاطات دارد. اما از آن رو که ترتب آثار را مقوله ای شرعی می داند و آن را نیز در ماهیت عقد دخیل می داند، قابل توجه است. این تعریف از عقد ظاهراً در فقه اهل سنت سابقه دارد (محقق داماد و همکاران، ۱۳۷۹: ۶۴/۱).

بند دوم: بررسی نظریه

این قول شبیه قول مشهور است و همان انتقادات و نکات پیرامون لفظی بودن عقود بر آن وارد است (همان: ۶۵/۱). اما توجه به شرعی بودن آثار عقد، ولو اینکه آن را در ماهیت عقد وارد نکنیم، توجه درستی است. عقد ولو دارای حقیقتی شرعی و متشرعه نباشد، دارای شرایط و ضوابطی است که غالباً در ماهیت نیز دخیل می شوند و این شرایط را شارع روشن نموده و بیع را به دو دسته صحیح و فاسد تقسیم کرده است. لذا به دست دادن تعریفی فارغ از آثار شرعی عقد، مشکل است.

گفتار ششم: عقد به مثابه Obligation

بند اول: تقریر نظریه

برخی از اساتید حقوق معتقدند که در حقوق ایران و حتی فقه امامیه، نظریه تعهدات با مفهومی کم و بیش شبیه حقوق تعهدات نوین (Obligation) وجود دارد. مهم‌ترین قائل این قول، محمدجعفر جعفری لنگرودی در کتاب *مکتب‌های حقوقی در اسلام* (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰: ۲۰۲) و کتاب *حقوق تعهدات* (همو، ۱۳۶۹) است. ایشان بر پایه دلایل زیر معتقد است که نظریه کلی تعهدات از همان ابتدا در فقه امامیه بوده است:

- ۱- روایت عبدالله بن سنان^۱ که عقد را عهد می‌داند.
- ۲- قول نراقی که در هر عقدی، تعهدی هست.
- ۳- قول محقق اصفهانی که عقد را ربط دو قرار معاملی می‌داند و عقود به اعتبار اینکه قرار معاملی به آن‌ها تعلق گرفته است، تعهد هستند.
- ۴- نظر اهل سنت که به نظریه تملیک متمایل شده، معتقدند که باید مالی در خارج وجود داشته باشد تا موضوع معامله و انتقال قرار گیرد. لذا تملیک معدوم را باطل می‌دانند و اجاره را شارع استثنائاً پذیرفته است. اما فقهای امامیه اجاره را تملیک منافع می‌دانند و آن را با قواعد کلی مخالف نمی‌بینند و یا بیع میوه‌ای را که هنوز در نیامده، به صورت تعهد (صلح التزامی) درست می‌دانند و این یعنی فقهای امامیه نظریه عمومی تعهدات را پذیرفته‌اند.

- ۵- کلام میرزای نائینی که عقود را دو دسته می‌داند؛ اذنی و عهدی. عقود عهدی موجب تعهد هستند، مثل بیع؛ در نتیجه میرزا بیع را نیز عهدی می‌داند.
- ۶- قول سید یزدی در حاشیه *المکاسب* که در تملیک، موجود بودن عین خارجی لازم نیست و مقصود از تملیک، سلطه قانونی به نفع طرف مقابل است و این کاری است که متعهدله می‌کند. در ضمن لازم نیست که تملیک کننده در حین عقد بر

۱. روایت در تفسیر القمی ذیل آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» است: «فَإِنَّهُ حَدَّثَنِي أَبِي عَنِ النَّضْرِ بْنِ سُؤَيْدٍ عَنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ عَنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ إِتْيَالِ قَوْلُهُ «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، قَالَ بِالْعَهْدِ». جعفری لنگرودی معتقد است که فقهای امامیه به تبع این روایت، کلاً عقود را به اذنی و عهدی تقسیم کرده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۹: ۱۱۷).

موضوع تملیک تسلط داشته باشد، مانند اجاره کارگر برای ماه‌های آینده، و سید نتیجه می‌گیرد که تملیک دو نوع است؛ تملیک موجب انتقال مال مانند بیع، و تملیکی که موجب نقل مال نیست مانند اجاره افراد. این نشان می‌دهد که سید عقد را نوعی تعهد می‌داند و نه صرف تملیک (همو، ۱۳۷۰: ۲۰۲ به بعد؛ بهرامی احمدی، ۱۳۹۰: ۵۴).

۷- در فقه امامیه، تملیک معنای بسیار وسیعی دارد و اختصاصی به غیر منقول، عین خارجی، منافع اعیان و... ندارد و حتی گاه به معنای تسلیط است (بیع سلم) (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۹: ۳۶).

جعفری لنگرودی از این مقدمه که عملاً همه عقود، عهدی و بلکه همان تعهد هستند، نتایج مهمی می‌گیرد؛ مثلاً سعی می‌کند کل عقود تملیکی و به ویژه بیع را عهدی تحلیل کند و تملیک را اثر بلافاصله تعهد می‌داند (مانند تحلیل فرانسوی) و بند اول ماده ۳۶۲ ق.م. را نیز مؤید می‌شمارد و حتی معتقد است که انتقال مال بدون تعهد امکان ندارد! (همان: ۵). ایشان اصولاً تقسیم‌بندی عقد به عهدی و تملیکی را قبول ندارد و عقد را تعهد می‌داند.^۲ دلیل اصلی ایشان هم اخذ تعریف عقد از نظام فرانسه است و این نظام بیع را عهدی می‌داند؛ در نتیجه باید عقود را هماهنگ با ماده ۱۸۳ ق.م. تعریف کرد.

بند دوم: بررسی نظریه

به نظر، این استظهار و استدلال صحیح نیست و فقه امامیه با نظریه عمومی تعهدات به معنای رومی - ژرمنی آن مخالف است و مفهوم Obligation را نمی‌توان در فقه موجه نمود؛ زیرا:

۱- ذیل آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، روایات دیگری نیز وارد شده‌اند که عقود را بیشتر به عقود الله و عهود الله تفسیر کرده‌اند و منظور حضرت، معادل دانستن عقد و عهد در فقه نیست؛ بلکه منظور عهدهای الهی و امانات و امر ولایت است. در باب آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بحث‌های فراوان دیگری طرح شده است که از موضوع بحث خارج است (سیوری حلی،

۱. به مجرد وقوع بیع، مشتری مالک میباید و بائع مالک ثمن می‌شود.

۲. «در فقه امامیه، تقسیم عقد به تملیکی و عهدی معنی ندارد؛ زیرا همه عقود، تعهدات هستند و هر عقدی، عقد عهدی است» (همان: ۵).

۱۴۲۵: ۱۷۱/۲؛ مشکینی، بی‌تا: ۳۸۲؛ عبدالمنعم، بی‌تا: ۵۱۹/۲؛ حسینی واسطی زبیدی، ۱۴۱۴: ۱۱۵/۵؛ قرشی بنابی، ۱۴۱۲: ۲۶/۵).

۲- به قول محقق نراقی و محقق اصفهانی در قول به ربط بودن عقد اشاره نمودیم (نراقی، ۱۴۱۷: ۱۱-۱۲؛ غروی اصفهانی، ۱۴۱۸: ۱/۲۸۳). نراقی اولین فقیهی است که معنای عهد تفسیری را در فقه وارد کرده است. اما باید توجه داشت که اولاً قول چند فقیه، قول مشهور نیست. ثانیاً معنایی که از عهد می‌شود، نباید به هیچ روی با Obligation خلط گردد و عقد در نگاه محقق نراقی و محقق اصفهانی عهدی دانسته شود؛ زیرا این فقها نیز اصلی‌ترین عقود مانند بیع و اجاره را تملیکی می‌دانند، پس نباید این قول را گونه‌ای تفسیر کرد که با تملیکی بودن عقود ناسازگار باشد. ثالثاً عهد اینجا، همان طور که در قول به عهد بودن عقد گذشت، به معنای بنا گذاردن و ربط معاملی است، در حالی که در نظریه تعهدات اروپایی، تعهد به عنوان ماهیت رابطه حقوقی طرفین است؛ لذا استظهار کلام میرزای نائینی به عهدی بودن بیع، صحیح نیست.

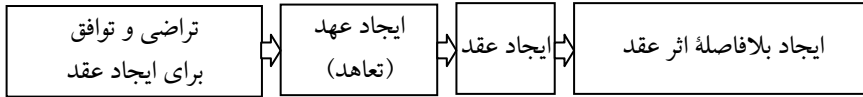
۳- اما در مورد کلام سید صاحب عروه، ایشان در شرح المکاسب ذیل عنوان «فی التکلم فی التعاریف المذكور للبیع»، این بحث را مطرح نموده است و پس از نقل تعاریف بیع و بیان اینکه همگی اجمالی هستند، در صدد تعریف عین در تعریف مختار شیخ برمی‌آید و می‌گوید که عین مورد مبادله در بیع، در مقابل منفعت و حق است و شامل عین شخصی و کلی مشاع و کلی در معین و کلی در ذمه و دین می‌شود (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۱/۵۳). در بیع این عیون اشکالی نیست، مگر در دو مورد اخیر؛ اشکال مشترک و اساسی آن است که مبیع باید چیزی باشد که تعلق ملکیت به آن ممکن باشد و کلی فی‌الذمه این گونه نیست، زیرا وجود ندارد، و این اشکالی است در تمامی عقود مملکه و در بیع میوه‌هایی که هنوز درنیامده که با ضمّ به میوه‌هایی که تازه درآمده، فروخته می‌شود و حتی در عقد اجاره جاری است، چون در اجاره هم منافع آتیه هنوز وجود ندارد، در حالی که بر صحت تمام این عقود اجماع وجود دارد. اما جواب اینکه ملکیت امری اعتباری است و محل این امر اعتباری می‌تواند اعتباری باشد؛ لذا عقلاً کلی در ذمه را شیء موجودی اعتبار می‌کنند که ملکیت به آن تعلق می‌گیرد، و همین گونه است منفعت غیر موجود و میوه معدوم، و لذا در تعلق ملکیت به این

موجوداتِ اعتباری اشکالی نیست. سپس سید پاسخ‌های صاحب *عوائد* را نقل می‌کند و آن‌ها را مناسب نمی‌داند (برای دیدن اشکالات و پاسخ‌ها، ر.ک: محقق داماد و همکاران، ۱۳۷۹: ۱/۱۴۱-۱۴۲؛ نراقی، ۱۴۱۷: ۱۱۱، عانده ۱۰). سپس اشکال دیگر را مطرح می‌کند که مال کلی، مال نیست، پس چگونه موضوع عقد واقع می‌شود و پاسخ می‌دهد که آنچه در بیع و سایر مملکات معتبر و لازم است، این است که متعلق از چیزهایی باشد که «فی حدّ نفسه» قابلیت ملکیت را داشته باشد، هرچند عرفاً مال قابل تملیک نباشد و روشن است که مثلاً هزار من گندم به این معنا مال است، یعنی قابلیت دارد در مقابل مال قرار بگیرد؛ بلکه اگر قول اعمی را قبول کنیم، این هم لازم نیست و هزار من خاک هم می‌تواند موضوع بیع قرار بگیرد ولو بیع فاسد (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۱/۵۴).

این خلاصه‌ای از قول سید بود. سید از ملکیت در ذمه و مال بودن کلی دفاع می‌کند و این سخنان دلالتی بر نظریه تعهدات ندارد. بلی، سید می‌گوید که در تملیک، وجود عین خارجی لازم نیست و کلی در ذمه هم می‌تواند موضوع ملکیت قرار گیرد و این نهاد نیز با مفهوم ملکیت و مال توجیه می‌شود و خبری از تعهد رومی - ژرمنی نیست. پس به نظر، سخن جعفری لنگرودی در باب وجود نظریه عمومی تعهدات در فقه امامیه صحیح نیست.

به نظر می‌رسد جعفری لنگرودی دچار اشتراک لفظی بین «عهد» در فقه و Obligation شده است. فقهایی که عقد را عهد می‌دانند، ناظر به ماهیت معاملی ذات عملی بوده است که بین متعاملین انجام می‌شده است و نه ذات عقد. متعاقدین با هم تراضی می‌کنند تا بیع کنند. این تراضی همواره نوعی تعاهد و قرار معاملی است، اما ذات خود عقد بیع، تعهد نیست بلکه تملیک است و نه حتی تعهدی که بلافاصله اجرا شود. بین عقد و ایجاد اثر تملیکی آن فاصله نیست، بلکه تعاهد فاصله بین متعاقدین و ذات عقد است:

۱. سیدعلی بهبهانی در *فوائد* جمله‌ای دارد که نقل آن خالی از لطف نیست، می‌فرماید: «... إذا الكلي قبل تشخصه وصيرورته جزئياً لا وجود له في الخارج فلا يعقل أن يصير مالكا. بدهاة أن المعدوم لا يقبل التملك وإن قلنا بأنه يقبل المملوكية. بل التحقيق أنه لا يقبل المملوكية أيضاً ومرجع ملك الكلي إلى ملك اللذمة واستحقاق شخص على ذمة آخر استيفاء عين أو عمل منها ولذا لا يتصور تحقق ملك الكلي من دون ذمة» (بهبهانی، ۱۴۰۵: ۱/۹۰).



هر عقدی مانند بیع، موجد پاره‌ای تعهدات است (مانند تعهد به تسلیم که البته آن نیز نوعی ملکیت ذمه است) و شاید تسمیه عقد به تعهد، از باب تسمیه کُل به اجزاء باشد.

لذا در فقه می‌توانیم این موضوعات را با مبنای ملکیت حل کنیم و نیازی به نظریه تعهدات فرانسوی نداریم.

نظریه برگزیده در ماهیت عقد

هدف ما یافتن فهم فقهای شیعه از ماهیت عقد بود. برخی اساتید قائل اند که تمامی نظرات بالا با تفسیری با هم قابل جمع هستند (محقق داماد و همکاران، ۱۳۷۹: ۶۶/۱). نقطه مشترک تمامی این تعاریف، گره خوردن دو قرار معاملی با هم هستند؛ یعنی ایجاب و قبول مرتبط با هم، ربط دو قرار معاملی، توافق دو اراده برای ایجاد اثر حقوقی و... همه در اینکه طرفین می‌خواهند دو قرار را با هم مرتبط سازند، مشترک‌اند. مثلاً در عقود تملیکی مانند بیع، فروشنده تملیک مبیع و خریدار تملیک ثمن را اعتبار کرده و این دو اعتبار را با هم گره می‌زنند و پیوند می‌دهند. در نتیجه قرار امری اعتباری است که مفاد آن در برخی عقود، تملیک عین و در برخی موارد، تملیک منفعت و در بعضی دیگر، تعهد به انجام یک عمل و... است (همان: ۶۷/۱-۶۸). در نتیجه در این دیدگاه، عقد همان ربط و اتصال معاملی است.

برای پی بردن به ماهیت عقد باید به چند سؤال پاسخ داد:

- ۱- عقد حقیقتی شرعیه است یا عرفیه؟ آیا این تفکیک صحیح است یا خیر؟ اگر عقد اعتبار عقلاء بما هم عقلاء باشد، حجیت این اعتبار تا کجاست؟ نظام تأیید یا رد این اعتبار از سوی شارع چیست؟
- ۲- آیا تعریف عقد ممکن است؟ منظور از «تعریف» چیست؟ آیا تعریف اجمالی عقد کافی است؟

۳- چه آثاری بر تعریف عقد جاری است؟ اگر تعریف را مهمل رها کنیم (مانند قرون ابتدایی) چه می‌شود؟

۴- اصلی‌ترین محور عقد چیست؟ آیا تعریف عقد به بنیادین‌ترین جوهر تشکیل دهنده آن کافی است؟

پاسخ این سؤالات در حوصله این جستار نیست و تنها اشاره نمودیم که این سؤالات را باید به عنوان پیش‌فرض روشن کنیم و در مورد هر یک اعلام موضع نماییم. به نظر، «انعقاد عقد» (عقد بستن: فعل انجام عقد از سوی طرفین) مانند هر عمل انسانی، یک «فرایند» است. انسان با دیدن یک شیء یا مال (اجمالاً) در دست فردی دیگر، به آن میل «پیدا» می‌کند و برای برآوردن این میل (نیاز) «اقدام» می‌کند. اقدام شامل طیف گسترده‌ای از امور است. در نظام‌های دینی، این اقدامات باید در چهارچوب‌هایی باشد که شارع ایجاد و جعل کرده است.^۱ در نظام‌های سکولار و بشری، این چهارچوب‌ها با سوگیری نظم عمومی از سوی خود انسان‌ها ایجاد و خلق می‌شوند تا همه افراد بتوانند به حداکثر میل ممکن خود دست یابند و نظم اجتماعی نیز حفظ شود. اگر این اقدامات داخل این چهارچوب باشد، مؤثر است؛ ولی اگر این چهارچوب‌ها و شکل‌ها و اسباب رعایت نشود، عمل شخص بی‌اثر و در ضمن حرام (و در نظام‌های غیر دینی جرم) است. توجه داریم که خود شارع گاه جعل عقلاء بما هم عقلاء را دارای حجت می‌داند. در این مرحله، فرض آن است که بین مجعولات شارع با بنای عقلا تعارضی نیست؛ اما حجیت این جعل‌ها نیز در چهارچوبی از سوی شارع معلوم می‌شود و ضوابط آن باید رعایت شود، وگرنه حجت نخواهد بود. لذا بنای عقلا نیز با واسطه حکم شرعی است.

در بحث از ماهیت عقود باید دو مقام را از هم جدا نماییم؛ مقام ایجاد اصل عقد از سوی شارع (یا بنای عقلا) و مقام الحاق به این عقد از سوی متعاقدین. به عبارتی باید مقام ایجاد چهارچوب و مقام اعمال چارچوب را تفکیک کرد. لذا عقد یک بار معنای نهاد و چهارچوبی را دارد (عقد) که جاعل آن شارع است و یک بار معنای انعقاد عقد

۱. لذا به نظر، تعاریفی چون تعریف کاتوزیان (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۲۱/۱) و تعریف محقق داماد به دلیل عدم توجه به ذات عقد در مقام جعل از سوی مقنن یا شارع، کامل نیست.

و ایجاد و پیوستن به عقدی که کار متعاملین است. در مقام الحاق به این چهارچوب مثلاً چهارچوب بیع، طرفی که میل به شیئی را احساس می‌کند و خود را ملزم می‌بیند که در قالب قواعد آن را به دست آورد، با تحلیلی عقلانی از امکانات خود با طرف مقابل وارد مذاکره شده، میل و چهارچوب پیشنهادی را به او اعلام می‌دارد (ایجاب) و مثلاً می‌گوید: این کتاب را از شما به این مبلغ خریدم (یعنی میل دارم که این مال به سبب بیع که از قبل می‌دانیم چیست و ضوابط آن در شرع (قانون) وجود دارد، در مقابل این عوض به من منتقل شود). طرف مقابل نیز اگر به آنچه در عوض آن مال دریافت می‌کند، میل پیدا کند، میل خود را ابراز می‌دارد (قبول) و می‌گوید: این کتاب را در مقابل این عوض به شما فروختم (یعنی به این چهارچوب و سبب ملحق شدم). در اینجا با الحاق به این چهارچوب، آثار شرعی (قانونی) آن اعمال می‌شود. اما در مقام جعل، قانون‌گذار در مقام آن است که چه چهارچوب‌هایی (عقود) را وضع نماید تا احتیاجات و امیال فردی و اجتماعی بشر تأمین گردد و این وضع و جعل، ارتباط وثیقی با مبانی و نظام اجتماعی و مبانی فکری و جهان‌شناختی و انسان‌شناختی جاعل و واضع دارد؛ بنابراین نظام‌های مختلف، عقود مختلفی را ایجاد می‌کنند. البته ممکن است که هر نظامی، مقداری از اختیار ایجاد عقد و قالب را به خود افراد واگذارد، اما این اختیار نیز در قالب یک چهارچوب و ضابطه کلی‌تر معنا می‌یابد و در هیچ نظامی مطلق نیست (مانند ماده ۱۰ قانون مدنی ایران یا عقد صلح در فقه و یا نهادهای مشابه در حقوق فرانسه و کامن‌لو).

از سوی دیگر در لسان شرع و عرف، هنگامی که از یک عقد سخن می‌گوییم، یک کل را در نظر می‌گیریم نه یک ماهیت منتزع را؛ مثلاً وقتی طرفین قصد بیع دارند، درست است که محور اصلی تعلق اراده آن‌ها مبادله و انتقال ملکیت است، اما این هسته مرکزی با احکام و آثار پیرامونی، مدّ نظر متعاقدين قرار می‌گیرد. لذا اطراف عقد سعی می‌کنند در قرارداد، تمامی این کل و مجموع را در نظر بگیرند و با توجه به این کل، به آن ملحق شوند؛ مثلاً در بیع توجه می‌کنند که مالکیت منتقل می‌شود، خیارات وجود دارد، ضمان تلف قبل از قبض وجود دارد، کلمات حمل بر معانی عرفی می‌شود و... و همه قصد و رضا و انشا را محقق می‌کند.

نتیجه‌گیری

در این پژوهش، پس از بررسی انتقادی نظریات فقهی تعریف عقد (لفظ، ربط، انشاء، عهد، قول یا فعل و تعهد)، نشان داده شد که هیچ یک از تعاریف مذکور، تعاریفی جامع و مانع نیستند؛ به ویژه که تفکیک بین مفهوم «عقد» و «انعقاد عقد» غالب تعاریف را با ابهام مواجه نموده است. نظریه این تحقیق آن است که عقد یک فرایند و یک کل است که دو ساحت دارد: یک ساحت ایجاد از سوی شارع که با نحوه زیست و جهان‌بینی و مبانی آن جامعه و نظام فکری نسبت دارد و یکی در مقام الحاق به این عقد و چهارچوب، که دارای یک فرایند است. در نتیجه عقد یک امر کلی دارای فرایند است که طرفین به آن ملحق می‌شوند. به عبارتی عقد در مقام اجرا، توافق دو اراده است برای الحاق به یک چهارچوب از سوی متعاملین، و ساخت و جعل یک قالب است در مقام تقنین (بنا بر نظری که عقود را شرعی می‌داند، عقد کشف چهارچوب و سبب ایجاد اثر است). لذا باید دو مفهوم «عقد» و «عقد بستن» را از هم تمیز داد. غالب اساتید و فقها در واقع عقد را تعریف نکرده‌اند، بلکه عقد بستن را تعریف نموده‌اند؛ اشتباهی که قانون مدنی نیز تکرار کرده است.

کتاب‌شناسی

۱. ابن فهد حلی، جمال‌الدین احمد بن محمد، *المهذب البارع فی شرح المختصر النافع*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۲. انصاری، مرتضی بن محمدامین، *کتاب المکاسب*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۳. بهرامی احمدی، حمید، *حقوق تعهدات و قراردادهای با مطالعه تطبیقی در فقه مذاهب اسلامی و نظام‌های حقوقی*، تهران، دانشگاه امام صادق علیه السلام، ۱۳۹۰ ش.
۴. جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی، *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، حاشیه سیدمحمد کلاتر، قم، کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *دوره حقوق مدنی: حقوق تعهدات (جلد اول)*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۶۹ ش.
۶. همو، *مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۰ ش.
۷. حسینی حائری، سیدکاظم، *فقه العقود*، چاپ دوم، قم، مجمع اندیشه اسلامی، ۱۴۲۳ ق.
۸. حسینی عاملی، سیدجواد بن محمد، *مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۹. حسینی مراغی، سید میرعبدالفتاح بن علی، *العناوین الفقهیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۱۰. حسینی واسطی زبیدی، سیدمحمدمرتضی بن محمد، *تاج العروس من جواهر القاموس*، تحقیق علی شیری، بیروت، دار الفکر، ۱۴۱۴ ق.
۱۱. سیوری حلی (فاضل مقداد)، جمال‌الدین مقداد بن عبدالله، *کنز العرفان فی فقه القرآن*، قم، مرتضوی، ۱۴۲۵ ق.
۱۲. طباطبایی قمی، سیدتقی، *عمدة المطالب فی التعلیق علی المکاسب*، قم، کتابفروشی محلاتی، ۱۴۱۳ ق.
۱۳. همو، *مبانی منهاج الصالحین*، قم، قلم الشرق، ۱۴۲۶ ق.
۱۴. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، *حاشیه المکاسب*، قم، اسماعیلیان، ۱۴۲۱ ق.
۱۵. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال‌الدین مکی، *الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۱۶. همو، *اللمعة الدمشقیة فی فقه الامامیه*، بیروت، دار التراث - الدار الاسلامیه، ۱۴۱۰ ق.
۱۷. عبدالمنعم، محمود عبدالرحمن، *معجم المصطلحات و الالفاظ الفقهیه*، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.
۱۸. عراقی، آقاضیاءالدین علی کزازی، *حاشیه المکاسب*، قم، غفور، ۱۴۲۱ ق.
۱۹. غروی اصفهانی (کمپانی)، محمدحسین، *حاشیه کتاب المکاسب*، قم، انوار الهدی، ۱۴۱۸ ق.
۲۰. غروی نائینی، میرزا محمدحسین، *المکاسب و البیع*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۲۱. همو، *کتاب منیة الطالب فی حاشیه المکاسب*، تقریر موسی بن محمد نجفی خوانساری، تهران، المکتبه المحمديه، ۱۳۷۳ ق.
۲۲. قرشی بنایی، سیدعلی اکبر، *قاموس قرآن*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۱۲ ق.
۲۳. کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها*، جلد اول، *مفهوم عقد، انعقاد و اعتبار قرارداد «تراضی»*، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۸۳ ش.
۲۴. کاشف‌الغطاء نجفی، حسن بن جعفر بن خضر، *انوار الفقاهة - کتاب المکاسب*، نجف اشرف، مؤسسه کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲ ق.

۲۵. محقق حلی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن حسن، *المختصر النافع فی فقه الامامیه*، چاپ ششم، قم، مؤسسه المطبوعات الدینیّه، ۱۴۱۸ ق.
۲۶. همو، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۲۷. محقق داماد، سیدمصطفی، جلیل قناتی، سیدحسن وحدتی شبیری، و ابراهیم عبدی پورفرد، *حقوق قراردادها در فقه امامیه*، تهران، سمت، ۱۳۷۹ ش.
۲۸. مروج جزائری، سیدمحمدجعفر، *هدی الطالب فی شرح المکاسب*، قم، دارالکتاب، ۱۴۱۶ ق.
۲۹. مشکینی، میرزا علی، *مصطلحات الفقه*، قم، بی نا، بی تا.
۳۰. مصطفوی، سیدمحمدکاظم، *فقه المعاملات*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۳ ق.
۳۱. مکارم شیرازی، ناصر، *القواعد الفقهیه*، قم، مدرسه امام امیرالمؤمنین علیؑ، ۱۴۱۱ ق.
۳۲. همو، *انوار الفقاهة - کتاب البیع*، قم، مدرسه الامام علی بن ابی طالب علیؑ، ۱۴۲۵ ق.
۳۳. موسوی بجنوردی، سیدحسن بن آقابزرگ، *القواعد الفقهیه*، قم، الهادی، ۱۴۱۹ ق.
۳۴. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، *کتاب البیع*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ ق.
۳۵. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *مصباح الفقاهة فی المعاملات*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۳۶. موسوی سبزواری، سیدعبدالاعلی، *مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام*، چاپ چهارم، قم، المنار، ۱۴۱۳ ق.
۳۷. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۳۸. نجم‌آبادی، میرزا ابوالفضل، *حاشیة المکاسب*، تحقیق مؤسسه آیه‌الله البروجردی، قم، غفور، بی تا.
۳۹. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، *عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.

گستره مدت در ازدواج موقت*

- ابراهیم جوانمرد فرخانی^۱
- سعید ابراهیمی^۲
- سید محمد رضوی^۳

چکیده

در رابطه با حداقل و حداکثر مدت در ازدواج موقت، بین فقها و حقوق دانان اختلاف نظر وجود دارد. در قانون مدنی، مقررهای وجود ندارد که گستره مدت در این نهاد حقوقی را مشخص کند. بر این اساس، در این مقاله در پی آن هستیم که ضمن تبیین نظرهای گوناگون، دیدگاهی را برگزینیم که مبتنی بر قواعد فقه مدنی و اصول حقوقی باشد. اطلاعات این تحقیق به صورت کتابخانه‌ای جمع‌آوری شده است. نتایج تحقیق نشان می‌دهد که حداقل مدت در ازدواج موقت به اندازه‌ای است که در آن امکان استمتاع و التذاذ جنسی وجود داشته باشد. حداکثر مدت نیز نباید بیش از عمر زوجین یا یکی از آن دو باشد.

* تاریخ دریافت: ۱۳/۱/۱۴۰۰ - تاریخ پذیرش: ۵/۸/۱۴۰۰.

۱. استادیار گروه الهیات دانشگاه گنبد کاووس (javanmardebrahim@yahoo.com).

۲. استادیار گروه فقه و حقوق اسلامی دانشگاه مازندران (نویسنده مسئول) (s.ebrahimi@umz.ac.ir).

۳. استادیار گروه حقوق دانشگاه بیرجند (razavi1213@birjand.ac.ir).

در نهایت، بر اساس تفسیر اراده طرفین با توجه به عرف و الزام آن‌ها به رعایت امور عرفی می‌توان گفت ازدواجی که برای مدت طولانی منعقد شده، در حکم نکاح دائم بوده و همه آثار زوجیت دائم مانند طلاق، ارث، عدّه، حق قَسَم و نفقه بر آن مترتب می‌شود.

واژگان کلیدی: کوتاه، بلند، مدت، ازدواج، موقت.

مقدمه

ازدواج موقت ازدواجی است که بر پایه مدت مشخص و مهر معین انجام می‌گیرد؛ خواه این مدت کوتاه باشد یا طولانی که از آن به متعه، صیغه یا نکاح منقطع تعبیر می‌شود. در این نوع ازدواج، خدای متعال هر گونه تغییر و تبدیل مدت را به توافق زن و شوهر واگذارده است؛ زیرا این امور حق‌الناس و مجموعه‌ای از حقوق متقابل بوده که اختیارش به دست خود زن و شوهر است (جوادی آملی، ۱۳۸۸: ۱۸/۳۱۸). در این میان، با توجه به اینکه عقد ازدواج موقت، یکی از عقود است، باید علاوه بر شرایط عمومی صحت معاملات، دارای شرایط اختصاصی به خود نیز باشد. از جمله شرایط اختصاصی این عقد، تعیین مدت است. ماده ۱۰۷۵ قانون مدنی در این زمینه مقرر می‌دارد:

«نکاح وقتی منقطع است که برای مدت معینی واقع شده باشد».

همان طور که از متن قانون پیداست، همین مقدار که مدت معین در ازدواج موقت ذکر شود، کفایت می‌کند، هرچند که مدت در نظر گرفته شده کم یا زیاد باشد. بدین ترتیب، مدت در ازدواج موقت حد و حصر معینی ندارد؛ گاه آن قدر طولانی بوده که تمام عمر زوجین یا یکی از آن دو را در بر می‌گیرد و گاه آن قدر کوتاه بوده که به صورت محرمیت چند ساعته و حتی لحظه‌ای تعیین می‌شود. همین مسئله، ابهامات و اختلاف نظرهای زیادی را به وجود آورده است.

از جمله ابهامات مطرح شده در این زمینه، گستره مدت و تعیین حداقل و حداکثر زمان در ازدواج موقت است. طبق نظر مشهور فقها و حقوق دانان، مدت در ازدواج موقت محدودیتی ندارد (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۱۳/۲۶؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۷/۲۸۰؛ شیروی، ۱۳۹۵: ۱۳؛ لطفی، ۱۳۹۲: ۱/۳۵). برخی دیگر معتقدند که حداقل مدت در ازدواج موقت

باید مقداری باشد که امکان انتفاع و بهره‌برداری جنسی وجود داشته باشد (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۷۶/۳۰؛ نراقی، ۱۴۲۲: ۳۸۱/۱). از سویی دیگر، در مورد ازدواج موقت بلندمدت، عده‌ای از فقها و حقوق‌دانان قائل اند که چنین ازدواجی حکم عقد دائم را دارد (موسوی خویی، ۱۳۸۱: ۲۹۲؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ۴۷/۵؛ شیروی، ۱۳۹۵: ۱۳). برخی دیگر گفته‌اند که عقد موقت بلندمدت، صحیح و موقت محسوب می‌شود (میرزای قمی، ۱۴۱۳: ۴۳۵/۴؛ نراقی، ۱۴۲۲: ۱۱۵/۱؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۲: ۲۴۴؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۶۷: ۷) و از نظر برخی دیگر، باید مدت عقد موقت از مقدار عمر زن و شوهر یا یکی از آنها بیشتر نباشد، وگرنه چنین عقدی باطل است (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۷۵/۳۰؛ حسینی سیستانی، ۱۴۱۴: ۴۰۲؛ شبیری زنجانی، ۱۴۱۹: ۱۷۳/۱۹). نکته اساسی در این است که با توجه به تفاوت در احکام ازدواج موقت و دائم از جهت نفقه، ارث و...، اختلاف نظر فوق می‌تواند بسیار تأثیرگذار در احکام مذکور باشد. برای مثال، زوجه موقتی که مدت عقد او ۹۹ سال بوده است، در صورت اول نمی‌تواند از شوهر ارث ببرد، در حالی که در فرض دوم از شوهر ارث خواهد برد و نفقه به او تعلق خواهد گرفت.

با توجه به مراتب مذکور، سؤال اساسی این تحقیق آن است که در ازدواج موقت، اراده طرفین در تعیین مدت تا کجاست؟ آیا آنان در تعیین حداقل و حداکثر مدت، آزادی کامل دارند؟ انعقاد عقد موقت برای چند لحظه جهت ایجاد محرمیت، چه حکمی دارد؟ کمترین میزان مدت در ازدواج موقت چیست؟ چنانچه مدت زمان ازدواج موقت، طولانی باشد، به ازدواج دائم منقلب خواهد داشت؟ گاه در ازدواج موقت، بلند بودن مدت ممکن است موجب عسر و حرج زوجه شده و زوج نیز از انحلال نکاح فیما بین از طریق بذل مدت امتناع ورزد؛ حال در چنین فرضی، آیا الزام زوج به بذل مدت با توجه به قاعده فقهی «الحاکم ولی الممتنع» امکان‌پذیر است؟

از دید پیشینه پژوهشی، آنچه بیشتر مورد گفتگو قرار گرفته و پیرامون آن پژوهش‌های مستقل و ارزشمندی به نگارش درآمده است، تعریف، ماهیت، شرایط و احکام عمومی ازدواج موقت است؛ اما ماهیت حقوقی ازدواج موقت کوتاه و بلندمدت با چالش‌های بیشتری مواجه است که کمتر مورد تبیین، تجزیه و تحلیل فقهی، مبناسازی و استدلال با قانون، طرح ایرادها و پاسخ بدان قرار گرفته است. در حقوق موضوعه ایران نیز نص

صریحی در این خصوص وجود ندارد. در فقه اسلامی اختلاف نظر وجود دارد و در آثار حقوق دانان، بسیار کم به این موضوع پرداخته شده است (برای نمونه ر.ک: محقق داماد، ۱۳۸۵؛ کاتوزیان، ۱۳۸۲؛ صفایی و امامی، ۱۳۹۸). بر همین اساس، نگارندگان بحث یادشده را از دیدگاه فقه اسلامی و حقوق ایران بررسی و مورد مذاقه دقیق علمی قرار داده‌اند.

۱. اقسام ازدواج موقت

ازدواج موقت از حیث مدت به کوتاه مدت و بلندمدت قابل تقسیم است که هر کدام بنا به اقتضای خود، قوانین و مقررات ویژه‌ای دارد.

مدت لغتی تازی است که از ریشه مدّ به معنای زیادت است. جذب و کشیدن را مدّ گویند و مدت را به معنای وقت ممتدّ به کار برده‌اند (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۷۶۳). در برخی متون لغوی، این واژه به قسمتی از وقت و بخشی معین از زمان اطلاق شده (جوهری، ۱۴۱۰: ۵۳۷/۲؛ ابن منظور، ۱۴۱۴: ۴۰۰/۳) و در برخی دیگر به معنای زمان کم یا زیاد به کار رفته است (مصطفوی، ۱۴۰۲: ۵۱/۱۱).

مدت در مورد ازدواج موقت، به معنای بخشی از عمر زوجین است. در این میان، عرف نقش تعیین کننده‌ای دارد؛ زیرا تشخیص موضوعات عرفی و معنا و حدود آن با عرف است. بنابراین باید بر اساس میزان عمر انسان معمولی، کوتاه و بلند بودن مدت را سنجد. از این منظر، هر ازدواجی که عرفاً مدت آن زائد بر متعارف باشد یا بیش از طول عمر زوجین یا یکی از آنها باشد، بلندمدت به شمار می‌آید و هر ازدواجی که مدت کمی از عمر زوجین را در بر بگیرد، مانند یک روز یا یک ساعت یا یک لحظه، کوتاه مدت به حساب می‌آید.

۲. فایده تقسیم عقد به موقت و دائم

فارغ از آثاری که می‌توان برای ازدواج موقت تصور کرد، تفکیک عقد موقت از دائم دارای آثار مهمی است که به شناخت صحیح‌تر و درک بهتر این بحث، کمک می‌کند. به همین جهت، پاره‌ای از آثار و ویژگی‌هایی را که متمایزکننده عقد موقت از دائم است، مورد اشاره قرار خواهیم داد:

۱. تعیین مدت: ازدواج موقت بر خلاف ازدواج دائم، برای مدت زمان معینی جاری می‌شود (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۷۲/۳۰).
۲. تعیین مهر: عدم وجود مهریه در ازدواج موقت، موجب بطلان عقد است؛ ولی در ازدواج دائم، اجباری به تعیین مهر نیست (همان: ۱۶۲/۳۰).
۳. نفقه: در ازدواج دائم، مخارج زن از قبیل: خوراک، پوشاک، مسکن، دارو و لوازم دیگری که در نظر مردم جزء هزینه‌های زندگی زن است، بر عهده شوهر می‌باشد و چنانچه شوهر آن‌ها را تهیه نکند، گرچه تنگدست باشد، مدیون همسرش می‌باشد؛ ولی در ازدواج موقت، زن حق مخارج گفته‌شده را ندارد، مگر اینکه در عقد شرط کرده باشند که مرد مخارج زن را پرداخت نماید (عاملی جیبی، ۱۴۱۰: ۴۶۵/۵).
۴. ارث: در ازدواج دائم، زن و مرد از یکدیگر ارث می‌برند؛ در حالی که در ازدواج موقت چنانچه شرط ارث‌بری از یکدیگر نشود، زن و شوهر از یکدیگر ارث نمی‌برند (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۹۰/۳۰).
۵. انحلال عقد: جدایی زن و مرد در ازدواج دائم نیازمند طلاق است؛ ولی در ازدواج موقت پس از تمام شدن مدت ازدواج، زن و شوهر خودبه‌خود به یکدیگر حرام شده و از هم جدا می‌گردند و اگر بخواهند پیش از تمام شدن وقت از یکدیگر جدا شوند، مرد بقیه مدت را می‌بخشد و بدین گونه از هم جدا می‌شوند (همان: ۱۸۸/۳۰).
۶. زمان عده: عده عقد دائم سه طهر است؛ ولی عده عقد موقت دو طهر است. اگر زن با وجود اقتضای سن، عادت ماهانه نداشته باشد، عده او در نکاح موقت ۴۵ روز و در نکاح دائم سه ماه است (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۹۵/۲۶).
۷. تمکین: در عقد دائم، زن باید خود را برای هر لذت جنسی مشروع که مرد بخواهد، تسلیم نماید و بدون عذر شرعی از نزدیکی و آمیزش مرد جلوگیری نکند؛ ولی زنی که به عقد ازدواج موقت درمی‌آید، اگر در عقد شرط کند که شوهر با او نزدیکی نکند، شوهر فقط می‌تواند از او لذت‌های دیگر ببرد؛ گرچه در صورتی که زن بعداً راضی شود، شوهر می‌تواند با او نزدیکی نماید (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۸۶/۳۰).
۸. حق قَسَم و مضاجعه: در ازدواج دائم، زن حق «قَسَم» یعنی حق همخوابگی دارد و مرد باید حداقل در هر چهار شب یک شب نزد زن دائم خود بماند، مگر اینکه

او از حق خود بگذرد؛ ولی در ازدواج موقت زن چنین حقی ندارد (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۳۱۸/۷).

۹. تعیین محل سکونت: در ازدواج دائم، گزینش محل سکونت با زوج است؛ اما در ازدواج موقت، ملاک توافق بین زن و شوهر است و اگر قراردادی نداشته باشند، زن ملزم به سکونت در محل معین شده توسط شوهر نیست (موسوی خویی، ۱۴۱۰: ۲۸۷/۲).

۱۰. ازدواج با اهل کتاب: ازدواج دائم بین مسلمان و اهل کتاب جایز نیست؛ ولی ازدواج موقت با زن اهل کتاب شرعاً مانعی ندارد (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۱۲۵).

۱۱. تعدد عقد: در ازدواج دائم، مرد حق ندارد بیش از چهار زن دائمی داشته باشد؛ ولی در ازدواج موقت می‌تواند بیش از چهار زن برای خود برگزیند (علامه حلی، ۱۳۸۸: ۶۳۹).

۱۲. مدیریت خانواده: در ازدواج دائم، شوهر مدیر خانواده است؛ ولی در ازدواج موقت، بستگی به قرارداد طرفین دارد (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۸۶/۳۰).

۱۳. خروج از منزل: در ازدواج موقت، پیروی زن از شوهر همچون همسر دائمی لازم نیست و زن در خروج از منزل آزاد است، مادام که منافات با حق استمتاع شوهر نداشته نباشد؛ ولی در ازدواج دائم، این امر بدون اذن زوج و احراز رضایت وی جایز نیست (طوسی، ۱۳۸۷: ۳۳۱/۴).

۳. تعیین مدت در ازدواج موقت

بر اساس نص صریح روایات و اجماع فقها، ذکر مدت معین از جمله شرایط صحت ازدواج موقت است (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۲۶/۱۳؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۱۴۸). صاحب جواهر در تعیین مدت می‌نویسد:

«مدت باید به گونه‌ای باشد که احتمال کم و زیاد در آن نرود. بنابراین نمی‌توان مدت را مثل وقت آمدن باران یا رسیدن حجاج قرار داد» (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۷۶/۳۰).

این مسئله به صراحت مورد تأکید قانون‌گذار قرار گرفته است. ماده ۱۰۷۵ قانون مدنی مقرر می‌دارد:

«نکاح وقتی منقطع است که برای مدت معینی واقع شده باشد».

بر طبق مفاد این ماده، مدت نکاح منقطع باید کاملاً معین شود؛ یعنی ابتدا و انتهای آن معلوم باشد، به طوری که احتمال کمی و زیادی نرود؛ خواه مدت مزبور کوتاه باشد، مانند یک یا چند ساعت و خواه طولانی باشد مانند هشتاد یا نود سال (امامی، بی‌تا: ۱۰۲/۵؛ محقق داماد، ۱۳۸۵: ۲۱۶؛ صفایی و امامی، ۱۳۹۸: ۳۸). با این اوصاف، ازدواج موقت به مدت عمر زوجین یا یکی از آن دو یا شخص ثالث، فاقد وجهت قانونی است؛ زیرا طول عمر افراد مجهول است و چه بسا ممکن است نکاح به مدت حیات زوجه منعقد شود و زوجه چند دقیقه پس از عقد فوت کند یا چندین سال بعد از انعقاد عقد زنده بماند.

در ماده ۱۰۷۶ قانون مدنی آمده است:

«مدت نکاح منقطع باید کاملاً معین شود».

ضمانت اجرای تخلف از این ماده، بطلان نکاح است و از قید «کاملاً» چنین برمی‌آید که قابلیت تعیین مدت کافی نیست (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۶۶۶). بنابراین اگر در نکاح آمده باشد که زوجیت برای زمانی است که جنگ ادامه دارد یا زن وضع حمل نکرده است، عقد باطل است. با وجود این، در مواردی که مدت به طور متعارف معین نشده، ولی به قرائن می‌توان آن را معین ساخت، نکاح صحیح است (همو، ۱۳۹۶: ۶۶).

با نگرشی به متون فقهی می‌توان دریافت که یک یا دو بار نزدیکی برای تعیین مدت در ازدواج موقت کفایت نمی‌کند (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۳۰/۱۳؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۴۵۳/۷).

با وجود این، در روایتی زراره به امام صادق علیه السلام عرض می‌کند:

«آیا یک ساعت یا دو ساعت لذت بردن از زن برای مرد مجاز است؟ امام علیه السلام می‌فرماید: یک ساعت و دو ساعت حد ندارد؛ بلکه شمارنده‌ها یک یا دو بار مباشرت و یک روز و دو روز و یک شب و مانند آن است» (حز عاملی، ۱۴۰۹: ۵۸/۲۱).

در این روایت، امام صادق علیه السلام ضمن اینکه یک ساعت و دو ساعت را برای تعیین مدت در ازدواج موقت کافی ندانسته است، عدد و عددین را که کنایه از یک بار یا دو بار نزدیکی است، به عنوان اجل برای عقد متعه کافی شمرده است.

ممکن است این سؤال مطرح شود که ساعت، زمان معین (۶۰ دقیقه) دارد و دقیق و منضبط است، پس چطور امام صادق علیه السلام می‌فرماید که ساعت حد ندارد. برخی فقها

در جواب گفته‌اند که «أو» در «ساعة أو ساعتین» به معنای «یا» نبوده، بلکه به معنای «و» است. از این رو مراد از عبارت، «یکی دو ساعت است» که مجهول است (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۱۱/۳۳۲).

این توجیه، خلاف ظاهر است و بهتر آن است که در پاسخ بگوییم مراد از ساعت در این روایت، ساعت نجومی^۱ و ۶۰ دقیقه نیست، بلکه مقصود بخشی از زمان و ساعت عرفی^۲ است و چون ساعت عرفی حد و مرز ندارد، نمی‌تواند اجل برای عقد متعه قرار گیرد (شیرازی زنجانی، ۱۴۱۹: ۱۹/۶۱۷۵).

صاحب جوهر در ادامه می‌نویسد:

«و اگر برای تعیین مدت در عقد موقت به مقداری از روز اکتفا شود، به شرطی که انتهای آن - مثل زوال یا غروب خورشید - معلوم باشد، جایز است» (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۷۷/۳۰).

بر اساس این عبارت، چنانچه مبدأ در ازدواج موقت معلوم نبوده، ولی انتهای آن معین باشد، مانعی ندارد. برخی حقوق‌دانان نیز هم‌عقیده با این نظر چنین نگاه داشته‌اند که هر گاه مدت در نکاح منقطع معین و آغاز آن نامعین باشد، نکاح درست است و زوجیت از تاریخ عقد شروع می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۶: ۶۶).

اما این نظر خالی از اشکال نیست؛ زیرا برای رفع غرر و جهل و تعیین مدت در ازدواج موقت، همان طور که باید انتهای آن معلوم باشد، ابتدای آن نیز باید معین باشد. از تعبیر «أیام معلومة» که در برخی روایات آمده (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۱/۶۲) نیز استفاده می‌شود که مبدأ باید معلوم باشد. علاوه بر این، ازدواج موقت به اجاره تشبیه شده است (قزوینی، ۱۴۱۴: ۲۰۰)؛ چنان که در برخی روایات، تعبیر «آنان در حکم اجیرانی هستند که منافعیان مورد اجاره واقع شده است» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۱/۱۸) آمده و در اجاره، اگر مبدأ نامعلوم و منتها معلوم باشد، اجاره باطل است (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۱۹/۳۵۴).

۱. مراد از ساعت نجومی، یک بیست و چهارم از مجموع بیست و چهار ساعت شبانه روز است (مؤسسه دائرةالمعارف فقه اسلامی، بی تا: ۴/۳۵۰).

۲. مراد از ساعت عرفی، قطعه‌ای کوتاه از شب یا روز است که در عرف قبل از به کارگیری ساعت امروزی رواج داشت (همان).

۴. حداقل مدت در ازدواج موقت

بنا بر نظر مشهور فقها و حقوق‌دانان، مدت در ضمن عقد متعه، حد و حصر معینی ندارد و طرفین می‌توانند به هر اندازه که مایل باشند، توافق نمایند. بنابراین می‌توانند زمانی را که حتی فرصت یک بار نزدیکی هم نیست - مثل یک لحظه -، به عنوان مدت قرار دهند (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۴۴۹/۷؛ کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۲۶/۱۳؛ شیروی، ۱۳۹۵: ۱۳؛ لطفی، ۱۳۹۲: ۳۵/۱).

در مقابل نظر مشهور، برخی فقها گفته‌اند که مدت عقد متعه نمی‌تواند کمتر از زمان مابین طلوع آفتاب تا ظهر باشد (ابن حمزه طوسی، ۱۴۰۸: ۳۱۰). این دیدگاه شاذ و نادر است و دلیلی بر آن وجود ندارد. با وجود این، ممکن است این تعبیر را مثالی برای تعیین مدت در عقد متعه بدانیم؛ به این معنا که مقدار آن - از طلوع شمس تا زوال - را از سایر اوقات در نظر گرفته و به عنوان حداقل مدت در عقد قرار دهیم.

گروهی دیگر از فقها بر این عقیده‌اند که مدت در عقد متعه باید به اندازه‌ای باشد که زوج بتواند از زوجه انتفاع ببرد؛ چرا که اگر مدت را مقداری قرار دهند که انتفاعی از زوجه برده نشود، چنین عقدی سفهی و باطل است (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۷۶/۳۰؛ نراقی، ۱۴۲۲: ۳۸/۱). در میان حقوق‌دانان، کسی این نظریه را به نحو صریح و قطعی مطرح نکرده است. قانون‌گذار نیز از حداقل مدت در ازدواج موقت سخن نگفته و این موضوع را مسکوت گذاشته است و همین امر سبب شده که این موضوع بدون ضابطه رها شود.

با توجه به آنچه بیان شد، مناسب است دیدگاه‌های مطرح‌شده در این مسئله مورد تحلیل و بررسی بیشتر قرار گیرد.

۱-۴. محدود نبودن مدت به حد زمانی خاص

بر اساس این نظریه، همچنان که مقدار مهر از نظر قَلت و کثرت به خواست طرفین عقد بستگی دارد، تنظیم زمان از نظر کم یا زیاد بودن مدت نیز در اختیار آنان است. متن عبارت بیشتر فقها در این باره چنین است:

«کوتاه گرفتن یا بلند بودن مدت ازدواج، با خود زوجین است» (موسوی سبزواری،

۱۴۱۳: ۹۲/۲۵؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۴۴۹/۷).

در جامع‌الاشتات چنین آمده است:

«اما در جانب قَلت، پس مشهور آن است که هرچند به مقدار یک جماع کردن هم نباشد، صحیح است و تحدید ابن حمزه به مابین طلوع شمس تا نصف‌النهار ضعیف است» (میرزای قمی، ۱۴۱۳: ۴/۴۳۵).

از جمله دلایلی که این دیدگاه به آن استناد نموده، آن است که به موجب اطلاق آیه متعه (نساء/۲۴) و روایات موجود در این باب (ر.ک: حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۴۹/۲۱)، همین مقدار که مدت معین در عقد موقت ذکر شود، کفایت می‌کند؛ هرچند که آن مدت کم باشد و امکان مقاربت در آن زمان وجود نداشته باشد (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۲۶/۱۳؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۲۸۰/۷). شاهد بر این سخن آن است که آثار زوجیت در آیه متعه و روایات، مقید به زمان قابل استمتاع نشده است؛ پس عقد موقت لحظه‌ای صحیح و دارای آثار شرعی است.

ممکن است گفته شود نکاح یک موضوع عرفی است که شارع آن را امضا کرده و ماهیت نکاح عرفاً در جایی حاصل می‌شود که امکان استمتاع وجود داشته باشد؛ وگرنه چنین عقدی غرض عقلایی نداشته و به علت فقدان ثمره، سفهی و باطل است (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹: ۶۱۷۳/۱۹؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ۴۸/۵).

قائلان به این دیدگاه در پاسخ گفته‌اند که فایده عقد نکاح، منحصر در استمتاع و مقاربت نیست؛ بلکه محرمیت و جواز نظر هم می‌تواند به عنوان یکی از آثار و فواید نکاح به شمار آید. برای مثال، یکی از راه حل‌های محرمیت میان فرزندخوانده و فرزندپذیر آن است که دخترخوانده را یک لحظه به عقد موقت پدر پدرخوانده درآورند تا دخترخوانده زن‌بابای پدرخوانده شده و برای همیشه به او محرم شود (بحرانی، ۱۴۰۵: ۱۳۸/۲۴)؛ یا پزشکی که می‌خواهد بدن بیمار خود را برای چند دقیقه بدون معاینه کند، می‌تواند با اجرای صیغه موقت به او محرم گردد. بی‌تردید همین مقدار به عنوان اثر برای نکاح کافی بوده و غرض عقلایی نیز در پی دارد (فاضل موحدی لنگرانی، ۱۴۲۱: ۳۴۵).

گفتنی است که قانون‌گذار هیچ حداقلی را برای مدت ازدواج موقت تعیین نکرده و تنها به موجب ماده ۱۰۷۶ قانون مدنی، ذکر مدت معین در نکاح منقطع را الزامی دانسته است (کاتوزیان، ۱۳۹۶: ۶۶).

برخی حقوق دانان در این باره گفته‌اند:

«مدت زمان نکاح موقت می‌تواند مدت کوتاهی مثل یک ساعت یا حتی کمتر باشد» (شیروی، ۱۳۹۵: ۱۳).

بر پایه این رویکرد، حقوق دانان دیگری قائل‌اند که چگونگی تعیین مدت در ازدواج موقت به موجب اصل حاکمیت اراده در اختیار متعاقدين است و حداقل مدت در ازدواج موقت بنا بر توافق طرفین می‌تواند به هر میزان، حتی کمتر از زمان لازم برای جماع باشد (مدنی، ۱۳۸۶: ۱۸۸/۸؛ لطفی، ۱۳۹۲: ۳۵/۱).

۲-۴. محدود بودن مدت به امکان استمتاع

طبق این نظریه، حداقل زمان عقد موقت باید مقداری باشد که در آن، امکان استمتاع و التذاذ جنسی وجود داشته باشد، در غیر این صورت چنین عقدی باطل است؛ زیرا قوام ماهیت نکاح به قابلیت تمتع است و اگر این قابلیت نباشد، موضوع حاصل نیست و زمانی که موضوع نبود، حکم بر آن مترتب نمی‌شود (موسوی خمینی، بی‌تا: ۲۷۷/۲؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ۱۲۶/۳).

صاحب جواهر در این زمینه می‌فرماید:

«متبادر از ادله آن است که حداقل زمان در متعه باید مقداری باشد که در آن شأنیت تمتع وجود داشته باشد؛ حتی اگر ثمره‌ای همچون محرمیت یا جواز نظر برای آن متصور باشد. پس اگر عقد زوجه صغیره را مدت چند سال قرار دهند که تا آن زمان قابل تمتع گردد، بلاشکال کافی خواهد بود» (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۷۶/۳۰).

محقق نراقی نیز می‌نویسد:

«آنچه مذکور شد، در صورتی است که صغیره قابل یک نوع استمتاعی باشد یا آنکه مدت تمتع مدتی باشد که در آن، قابلیت آن را به هم رساند؛ والا در صحت آن اشکال است» (نراقی، ۱۴۲۲: ۳۸/۱).

در مقابل، مشهور فقها قائل به صحت ازدواج موقت لحظه‌ای شده و گفته‌اند که فایده این ازدواج، محرمیت و جواز نظر است (بحرانی، ۱۴۰۵: ۱۳۸/۲۴؛ فاضل موحدی لنکرانی، ۱۴۲۱: ۳۴۵). ولی باید توجه نمود که ترتب حکم و آثار آن بر یک موضوع، بعد

از احراز آن موضوع است. پس ابتدا باید نکاح با تمام اسباب و شرایطش به درستی در خارج محقق شود، سپس آثار زوجیت مترتب گردد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ۴۸/۵).

بیان مطلب آن است که احراز موضوع، شرط فعلیت و تنجز حکم است؛ زیرا نسبت حکم به موضوع، نسبت معلول به علت است. بنابراین چنانچه موضوع محرز شد و تمامی جزئیاتش مشخص گردید، حکم به مرحله اثبات رسیده و تنجز و فعلیت می‌یابد و اگر موضوع احراز نشود، نمی‌توان گفت که حکم ثابت است (موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱: ۱۷۶/۱؛ محقق داماد، ۱۴۰۶: ۴۸/۴). با این اوصاف، حکم نمی‌تواند موضوع خود را اثبات کند، بلکه حکم برای موضوع مفروض الوجود ثابت می‌شود؛ زیرا بنا بر قاعده فرعیت، ثبوت محمول برای موضوع، فرع ثبوت موضوع است (صدرالدین شیرازی، ۱۳۶۸: ۴۳/۱؛ مصباح یزدی، ۱۳۸۴: ۱۶۸/۱). برای مثال، جواز اقتدا به شخص عادل اثبات نمی‌کند که این شخص عادل است، بلکه ابتدا باید عدالت او را به دست آورد و سپس گفت که اقتدا به او جایز است (صالحی مازندرانی، ۱۳۸۲: ۶۹/۴). در مورد بحث نیز ابتدا باید ماهیت نکاح حاصل شود، سپس احکام و آثار آن مترتب شود. با این وصف، محلی که صلاحیت تمتع در آن وجود ندارد، ماهیت نکاح عرفاً در آن حاصل نمی‌شود و در این صورت، موضوعی برای حکم وجود ندارد تا آثار آن جاری شود (شیرازی، ۱۴۱۹: ۶۱۷۴/۱۹).

۳-۴. نظریه مختار

به نظر می‌رسد نظریه محدود بودن مدت به امکان استمتاع، منطقی‌تر و با ماهیت نکاح منطبق‌تر است؛ زیرا در روایات باب متعه (ر.ک: کلینی، ۱۴۰۷: ۴۵۵/۵)، احکام زوجیت بر لفظ نکاح مترتب نشده است تا یک لحظه نیز برای تعیین مدت کفایت کند، بلکه احکام نکاح بر علقه زوجیت مترتب شده است. لذا برای جریان این آثار باید ازدواجی که آن نیز از مصادیق زوجیت است، صورت گیرد و چون در عقد موقت لحظه‌ای عرفاً زوجیت صدق نمی‌کند، لذا احکام آن مثل محرمیت نیز جریان نمی‌یابد.

از سوی دیگر، اطلاق آیه متعه (نساء/ ۲۴) و روایات (نوری طبرسی، ۱۴۰۸: ۴۶۲/۱۴) منصرف به موردی است که امکان تمتع وجود داشته باشد؛ زیرا در زمان ائمه اطهار علیهم السلام عقد موقت لحظه‌ای وجود خارجی نداشته است. تعابیر موجود در روایات همگی انصراف به مواردی دارد که سؤال راویان درباره ازدواجی است که در آن امکان استمتاع و التذاذ جنسی وجود دارد. لذا در سؤال راوی از امام، قابلیت انتفاع امری مفروض و مسلم بوده که نیازی به توضیح نداشته است. پس با توجه به اینکه قدر متیقنی در مقام تخاطب موجود بوده است، اخذ به اطلاق با مانع مواجه است. بر فرض که روایات از این حیث اجمال داشته باشند، لازم است به قدر متیقن تمسک کنیم. قدر متیقن، نکاحی است که در آن شأنیت تمتع وجود داشته باشد.

افزون بر این، مقتضای اصالة الفساد و اصل استصحاب، عدم ترتب آثار زوجیت بر چنین عقدی است؛ زیرا رابطه زوجیت پیش از عقد بین زن و مرد وجود نداشته است و اکنون شک می‌شود که آیا با عقد موقت به مدت چند لحظه، زوجیت محقق شد یا نه؟ اصل، عدم تحقق زوجیت و ترتب آثار نکاح است.

در حقوق ایران نیز به نظر می‌رسد که باید حداقلی از مدت را رعایت نمود؛ یعنی طرفین عقد موقت نمی‌توانند هر مدتی را حتی کمتر از زمان قابل تمتع تعیین نمایند؛ زیرا اگر طرفین حداقل مدت لازم برای استمتاع و التذاذ جنسی را رعایت نکنند، باید نکاح را به علت عدم وجود قصد یا فقدان منفعت عقلایی باطل دانست. علاوه بر اینکه ازدواج موقت مشابهت زیادی با اجاره دارد (محقق داماد، ۱۳۸۵: ۲۶۶؛ امامی، بی‌تا: ۱۰۴/۵)؛ همچنان که در روایات، متعه را شبیه اجاره و زن را همانند اجیر دانسته‌اند (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۱۸/۲۱). لذا بر اساس قاعدة «اشیاء همانند، دارای حکمی همانند خواهند بود» (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۹۴/۱۲)، در متعه نیز باید مانند اجاره عمل نمود. در اجاره، مستأجر مورد اجاره را برای یک غرض عقلایی اجاره می‌نماید که همانا استفاده و بهره‌برداری معقول و متعارف است. لذا رعایت حداقل زمان برای استیفای منفعت در تنظیم عقد اجاره به حسب نوع لازم است. با این وصف می‌توان گفت که در عقد متعه نیز رعایت حداقل مدت برای انتفاع و بهره‌برداری ضروری است.

۵. حداکثر مدت در ازدواج موقت

در مورد حداکثر مقدار مدت، عده زیادی از فقها و حقوق‌دانان قائل‌اند که برای آن هیچ محدودیتی وجود ندارد؛ به طوری که می‌توان مدت زمان را به قدری طولانی قرار داد که عادتاً زوجین تا پایان آن زمان زنده نمی‌مانند (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۴۴۹/۷؛ کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۲۶/۱۳؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۲۸۰/۷؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۱۳۸/۲۴؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۲: ۲۴۴؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۶۷: ۷). گروهی دیگر از فقها بر این عقیده‌اند که زمان عقد موقت نباید بیش از عمر زوجین یا یکی از آن دو باشد، وگرنه چنین عقدی باطل است (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۷۵/۳۰؛ حسینی سیستانی، ۱۴۱۴: ۴۰۲؛ شبیری زنجانی، ۱۴۱۹: ۶۱۷۳/۱۹) و از نظر برخی دیگر، ازدواج موقت بلندمدت به ازدواج دائم تبدیل می‌شود (موسوی خویی، ۱۳۸۱: ۲۹۲؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۷: ۳۴۴/۲؛ وحید خراسانی، ۱۴۲۸: ۳۰۹/۳؛ نوری همدانی، ۱۴۲۰: ۳۱۶؛ شیروی، ۱۳۹۵: ۱۳). در این مبحث، قانون‌گذار ساکت است و حکم مشخصی ندارد؛ به همین جهت، برخی برای گریز از آثار و پیامدهای ازدواج دائم و قوانین مربوط به حمایت خانواده، اقدام به ازدواج موقت بلندمدت می‌نمایند. لذا اهمیت این موضوع اقتضا می‌کند که قانون‌گذار با ایجاد اوصاف و شرایطی، ازدواج موقت بلندمدت را در محدوده قانونی قرار داده و از این راه به اجرای عادلانه این سنت الهی اقدام نماید. با توجه به مراتب مذکور، دیدگاه‌های مطرح‌شده در این زمینه را تبیین و سپس مورد تحلیل و واکاوی قرار می‌دهیم.

۱-۵. محدود نبودن مدت به عمر زوجین

بر اساس این نظریه می‌توان ازدواج موقتی منعقد کرد که مدت آن بیش از عمر زوجین یا یکی از آن دو باشد. از این منظر، ازدواج موقت بلندمدت صحیح بوده و احکام عقد موقت بر آن مترتب خواهد بود. در جامع‌الشتات این گونه آمده است:

«حدّ معینی در متعه در جانب قلّت و کثرت در شرع ثابت نشده... و اما در جانب کثرت، پس خلافتی در مسئله ندیدم و شاید اجماعی باشد؛ چنان که بعضی گفته‌اند ظاهر این است که اجماعی است و به مقتضای عمومات هم صحیح است و مانعی برای آن نیست به غیر احتمال مرگ قبل از تمام شدن، و این هم با وجود تراضی طرفین مضر نیست» (میرزای قمی، ۱۴۱۳: ۴۳۵/۴).

محقق نراقی نیز می‌نویسد:

«مقتضای اخبار وارده از ائمه اطهار علیهم‌السلام و اطلاق کلمات علمای ابرار رضوان الله علیهم، جواز هر قدر از مدت معینه است، اگرچه بقایش تا آن مدت عادتاً ممکن نباشد و بعضی از علما تصریح به این مطلب فرموده و ادعای اجماع بر آن کرده است» (نراقی، ۱۴۲۲: ۱۱۵/۱).

با توجه به این بیان، روشن شد که دلیل این دسته از فقها بر صحت ازدواج موقت بلندمدت، یکی اجماع است و دیگری اطلاق ادله. از این منظر، بطالاً محتاج دلیل است و دلیلی بر ممنوعیت وجود ندارد.

ناگفته نماند که در حقوق موضوعه ایران، قانون‌گذار از حداکثر مدت در ازدواج موقت سخن نگفته و حکم روشنی در این خصوص بیان نکرده است. در میان حقوق دانان، برخی با قیاس اجاره به ازدواج موقت، به طور تلویحی ازدواج موقت بلندمدت را صحیح دانسته و گفته‌اند:

«اجاره ۹۹ ساله از اقسام اجاره درازمدت است و اجاره درازمدت هم در حقوق ما سابقه دارد، کما اینکه در نکاح منقطع هم مدت ۹۹ سال معین می‌شود» (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۷: ۷).

حقوق دانان دیگری تعیین مدت را در ازدواج موقتی که بخش عمده‌ای از عمر زوجین را در بر بگیرد یا بر عمر طبیعی آن‌ها غلبه کند، صحیح دانسته و آن را تابع احکام ازدواج موقت تلقی نموده‌اند (مدنی، ۱۳۸۶: ۱۸۸/۸؛ لطفی، ۱۳۹۲: ۳۵/۱). در این راستا، اصل حاکمیت اراده نیز ایجاب می‌کند که زن و شوهر در تنظیم عقد مورد نظرشان، آزاد و مختار باشند. بنابراین می‌توان گفت که حداکثر مدت در ازدواج موقت بنا بر توافق طرفین می‌تواند به هر میزان باشد.

۲-۵. جایز نبودن مدت بیش از عمر زوجین

بر اساس این نظریه، ازدواج موقت بلندمدت نمی‌تواند بیش از طول عمر مفید زوجین یا یکی از آن‌ها باشد (حسینی سیستانی، ۱۴۱۴: ۴۰۲؛ شبیری زنجانی، ۱۴۱۹: ۱۹/۱۶۱۷۳)؛ زیرا در ازدواج موقت شرط است که زوج مالک منفعت زوجه در تمام طول نکاح شود

و بدیهی است که با فوت او، این امر ناممکن است (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۷۵/۳۰).

به طور مکرر در کتاب‌های فقهی آمده است که ازدواج موقت بر خلاف ازدواج دائم، یک عقد معاوضی محض است که ماهیت مهر در آن به مثابه عوض در قراردادهای معاوضی است (انصاری، ۱۴۱۵: ۲۱۳؛ طوسی، ۱۳۸۷: ۳۱۰/۴؛ میرزای قمی، ۱۴۱۳: ۴۱۸/۴).

به این معنا که زن با ایجاب عقد، بهره‌جویی از خود را به مرد تملیک نموده و مرد نیز با قبول آن در ازای تملیک مهر به زن، مالک بهره‌جویی خواهد بود. از این منظر، عوض و معوض در برابر هم مبادله می‌شوند، به طوری که با فقدان یا فساد یکی، محملی برای دیگری وجود نخواهد داشت. بر این اساس، هر زمان که امکان استمتاع ناممکن شود، تملیک عوض در برابر معوض مختل و نکاح باطل است. در این راستا، هدف اصلی از ازدواج موقت، استمتاع و انتفاع است (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۶۲/۳۰؛ به ویژه که در روایات، زن منقطعه به مستأجره و مهر به اجرت تشبیه شده است (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۱۸/۲۱). لذا حداکثر مدت در ازدواج موقت، مدتی است که صاحب حق انتفاع، حق استفاده از منفعت را دارد.

این دیدگاه در کتب حقوقی مطرح نشده و کسی از حقوق‌دانان به این نظریه قائل نشده است؛ اما در بین فقها طرفدارانی دارد. صاحب‌جوهر در این باره می‌فرماید:

«مدت در عقد متعه تا زمانی است که عادتاً زوجین زنده باشند و بیش از آن سفهی، و متبادر از ادله، غیر آن است، به ویژه که در روایات، متعه به اجاره تشبیه شده است؛ در اجاره انسان نمی‌تواند برای مدتی اجیر شود که می‌داند تا آن هنگام زنده نمی‌ماند» (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۷۵/۳۰).

در عبارت برخی دیگر از فقها چنین آمده است:

«اینکه صاحب‌جوهر عقدهای طویل‌المده را غیر صحیح و سفهی می‌داند، کلام درستی است. اجماعی در مسئله نیست؛ چون قبل از شهید ثانی، کلمات سابقین به همان تعبیری است که در روایات آمده که اجل به کم و زیاد محدود نمی‌باشد و نمی‌توان ادعا نمود که فروض غیر عرفی هم مورد نظرشان بوده تا بر آن‌ها ادعای اجماع شود و بر این اساس، اولین بار صاحب‌مسالك، شمول این موارد را ادعا نموده و دیگران نیز از او نقل کرده‌اند. به علاوه، اگر صغریاً هم اصل اجماع را بپذیریم، کبرویاً درست نیست؛ زیرا اجماعی مورد قبول است که به امام معصوم متصل باشد و

در اموری که مورد ابتلا نیست، نمی‌توان ادعا کرد که هیچ مخالفی وجود ندارد. امام نیز به غیر محل ابتلا توجه ننموده و موظف هم نیست که از این گونه امور ردع و نهی کند» (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹: ۶۱۷۳/۱۹).

۳-۵. انقلاب در ماهیت ازدواج موقت بلندمدت

بر اساس این نظریه، اگر زمان ازدواج موقت به قدری طولانی باشد که عادتاً کسی به آن مقدار عمر نمی‌کند، چنین ازدواجی در حکم عقد دائم است. از این منظر، نکاح منقطع بلندمدت، همه آثار زوجیت دائم مانند طلاق، ارث، عدّه، حق قسّم و نفقه را داراست (موسوی خویی، ۱۳۸۱: ۲۹۲؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۷: ۳۴۴/۲؛ وحید خراسانی، ۱۴۲۸: ۳۰۹/۳؛ نوری همدانی، ۱۴۲۰: ۳۱۶).

در فتوای آیه‌الله مکارم شیرازی چنین آمده است:

«صیغه ۹۹ ساله در حکم عقد دائم است و تا مراسم طلاق انجام نشود، همچنان زن و شوهر هستند» (مکارم شیرازی، پایگاه اینترنتی معظم‌له، نحوه جدایی در عقد موقت ۹۹ ساله).

ایشان در جای دیگری می‌فرماید:

«با توجه به اینکه بیشتر روایات "یوماً" و "ایاماً" دارد و قلیلی از روایات "شهر" و "سنة" دارد و طبیعت عقد متعه برای ایام محدود است، اگر اطلاقی هم باشد، منصرف به ایام محدود است. پس اگر مثلاً برای ۹۹ سال عقد متعه کنند، در حکم عقد دائم است» (همو، ۱۴۲۴: ۴۷/۵).

با توجه به این نگرش، ازدواج موقت آن‌چنان که از نامش پیداست، امری است موقتی که کوتاه بودن مدت، جزء ذات و ماهیت آن است (محقق داماد، ۱۳۸۵: ۲۱۶). علت لزوم تعیین مدت در ازدواج موقت نیز مشخص کردن مرز میان ازدواج موقت و دائم است. لذا ازدواجی که بخش عمده‌ای از عمر زوجین را در بر گیرد یا بر عمر طبیعی آن‌ها غلبه کند، نکاح دائم محسوب شده و آثار و احکام نکاح دائم بر آن مترتب می‌شود.

برخی حقوق دانان در این زمینه نوشته‌اند:

«در مواردی که مدت مندرج در عقد، از مدت زناشویی متعارف زوجین بیشتر باشد، قصد طرفین و عرف، این ازدواج را دائمی تلقی می‌کند؛ در حالی که حقوق به ظاهر چسبیده و این ازدواج را به دلیل ذکر مدت، موقت محسوب می‌کند» (شبیروی، ۱۳۹۵: ۱۳).

۴-۵. نظریه مختار

به نظر می‌رسد که نظریه انقلاب در ماهیت ازدواج موقت بلندمدت، با قواعد فقه مدنی و اصول حقوقی سازگارتر است؛ زیرا برای دستیابی به ماهیت یک عقد ابتدا باید به قصد طرفین و در صورت اجمال به عرف رجوع کرد. بی‌گمان اراده باطنی طرفین در ازدواج موقت بلندمدت، حاکی از آن است که آن‌ها ازدواج دائم را قصد نموده‌اند و در نتیجه باید عقد را طبق مقصود واقعی آنان تفسیر نمود. در مواردی که اراده باطنی طرفین قابل احراز نباشد، ناگزیر باید به اثر متعارفی که الفاظ و گفته‌های طرفین ایجاد می‌کند، ملزم بود. با این وصف، واقعیت آن است که عرف، ازدواجی را که برای مدت طولانی منعقد شده، با اهداف ازدواج دائم همسو می‌بیند. در نتیجه، بر اساس عرف و تفسیر اراده طرفین بر این مبنا، می‌توان گفت که ازدواج موقت بلندمدت در حکم نکاح دائم است.

ممکن است گفته شود مقتضای قاعده این است که قراردادها تابع قصد طرفین است و در اینجا زن و شوهر قصد عقد موقت داشته‌اند نه دائم، پس اگر قائل به وقوع نکاح دائم شویم، آنچه که مورد قصد طرفین بوده، تحقق پیدا نکرده و آنچه که واقع شده، مورد قصد آنان نبوده است (طباطبایی قمی، ۱۴۲۶: ۱۰/۱۰۵). از سوی دیگر، به موجب اصل حاکمیت اراده، انسان ذاتاً آزاد و مختار است و هیچ چیز نمی‌تواند انسان را متعهد به ازدواج دائم نماید، مگر اراده و آزادی خود او.

در پاسخ باید گفت شکی نیست که مدت در قلمرو توافق طرفین وارد شده است، ولی با توجه به اینکه در کنار مدت یا مقدم بر آن، اصل نکاح نیز مورد قصد واقع شده است، می‌توان پذیرفت که فرض بر تعدد مطلوب است؛ یعنی طرفین دو مطلوب را قصد نموده‌اند: یکی اصل نکاح و دیگری موقت بودن. وقتی مطلوب دوم مورد امضا قرار نگرفت، مطلوبیت اصل نکاح همچنان به قوت خود باقی است.

در خصوص اصل حاکمیت اراده نیز باید توجه داشت که آفریننده عقد تنها قصد و اراده باطنی نیست؛ بلکه الفاظ و عبارات نیز منشأ اثر و موجد عمل حقوقی به شمار می‌آیند. به این معنا که افراد جامعه در تفسیر قراردادها، تنها اشخاص را به مفاد عرفی الفاظ و رفتارشان ملتزم می‌دانند (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱: ۲/۳۷۵). با این رویکرد، برای رفع

ابهام و اجمال از عقد به منظور دستیابی به قصد مشترک طرفین و شناخت ماهیت و آثار عقد باید معنای عرفی الفاظ و اعمال به عنوان ملاک برای تفسیر قرار گیرد (صفایی و همکاران، ۱۳۹۳: ۱۸؛ کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۱۸/۳). بر همین اساس، اگر در نکاح موقت مدت ذکر نشود، با اینکه اراده باطنی طرفین نکاح موقت بوده است، عرف آن را دائم تلقی می‌کند (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۷۲/۳۰؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۴۴۷/۷؛ موسوی خمینی، بی‌تا: ۲۹۰/۲). بدین ترتیب با وحدت ملاک می‌توان حکم این مورد را به همانند آن یعنی ازدواج موقت بلندمدت تسری داد و با استناد به این مبنا، به دائمی بودن ازدواج موقت بلندمدت اندیشید.

این نکته نیز قابل ذکر است که در صورت تردید در دائم یا موقت بودن عقد نکاح، اصل بر دوام زوجیت است، مگر اینکه خلافش ثابت شود (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۹۱/۱؛ مدنی، ۱۳۸۶: ۱۹۰/۸). از سوی دیگر، قانون‌گذار در ماده ۲۱ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۲ در جهت مصالح عمومی جامعه و تحکیم بنیان خانواده، نکاح دائم را مبنای تشکیل خانواده قرار داده است. از این رو، با توجه به این ماده باید اصل در نکاح را نکاح دائم دانست.

ناگفته نماند که اگر احکام نکاح متعه را در ازدواج موقت بلندمدت جاری بدانیم، راه‌گزینی برای مردان پیدا می‌شود تا از انجام تکالیف خویش در قبال زوجه‌ای که همه عمرش را با او سپری کرده، امتناع ورزند و او را از حقوقی مثل نفقه و ارث محروم نمایند. با این وصف، در اختلافاتی که زوج حقوق زوجه را به بهانه موقت بودن ازدواج انکار می‌کند، دادرسان می‌توانند با توجه به قاعده منع سوءاستفاده از حق و اصل عدم اضرار به زوجه، زوج را ملزم به احکام نکاح دائم نمایند. بر پایه این رویکرد، در ازدواج موقت بلندمدت، بذل مدت کافی نیست و باید صیغه طلاق نیز جاری شود. بدین ترتیب، چنانچه زوج از انحلال نکاح فی‌مابین خودداری نماید و طولانی بودن مدت نیز موجب عسر و حرج زوجه گردد، قضات با توجه به قاعده ولایت حاکم بر ممتنع و در اجرای ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی، می‌توانند زوج را به طلاق زوجه‌اش اجبار نمایند.

نتیجه‌گیری

با امعان نظر و بحث و بررسی پیرامون گستره مدت در ازدواج موقت نتایج زیر حاصل گردید:

- ۱- زمان عقد موقت نباید کمتر از زمان لازم برای بهره‌گیری جنسی باشد، حتی اگر ثمره‌ای همچون محرمیت یا جواز نظر برای آن مدّ نظر باشد.
- ۲- ازدواج کوتاه‌مدت به میزان چند لحظه، رابطه زوجیت و به تبع آن محرمیت بین زوجین ایجاد نمی‌کند.
- ۳- ازدواج موقت بلندمدت را نمی‌توان همسان با ازدواج موقت کوتاه‌مدت انگاشت و آثار و نتایج مشترکی برای آن‌ها تصور نمود.
- ۴- با توجه به تفسیر اراده طرفین بر مبنای عرف می‌توان گفت که در ازدواج موقت بلندمدت، طرفین قصد تشکیل زندگی دائمی را دارند. از این رو، ازدواجی که برای مدت طولانی منعقد شده، ازدواج دائم محسوب شده و آثار و احکام نکاح دائم بر آن مترتب می‌شود.
- ۵- ضمانت اجرای مدنی نفقه، ارث و طلاق در مورد ازدواج موقت بلندمدت با احراز شرایط قابل اعمال و اجراست.

کتاب شناسی

۱. ابن حمزه طوسی، محمد بن علی، *الوسيلة الى نيل الفضيله*، قم، کتابخانه آية الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۸ ق.
۲. ابن منظور افریقی مصری، ابوالفضل جمال الدین محمد بن مکرم، *لسان العرب*، بیروت، دار الفکر، ۱۴۱۴ ق.
۳. امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، تهران، کتابفروشی اسلامیه، بی تا.
۴. انصاری، مرتضی بن محمدامین، *کتاب النکاح*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۵. بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، *الحدائق الناضرة فی احکام العشرة الطاهرة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمینولوژی حقوق*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۶۷ ش.
۷. جوادی آملی، عبدالله، *تسنیم، تفسیر قرآن کریم*، قم، اسراء، ۱۳۸۸ ش.
۸. جوهری، اسماعیل بن حماد، *الصحاح، تاج اللغة و صحاح العربیه*، بیروت، دار العلم للملایین، ۱۴۱۰ ق.
۹. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعه*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۰۹ ق.
۱۰. حسینی سیستانی، سیدعلی، *المسائل المنتخبه*، قم، دفتر معظم له، ۱۴۱۴ ق.
۱۱. حسینی عاملی، سیدجواد بن محمد، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۱۲. راغب اصفهانی، ابوالقاسم حسین بن محمد، *مفردات الفاظ القرآن*، بیروت، دار العلم، ۱۴۱۲ ق.
۱۳. شبیری زنجانی، سیدموسی، *کتاب نکاح*، قم، رای پرداز، ۱۴۱۹ ق.
۱۴. شیروی، عبدالحسین، *حقوق خانواده (ازدواج، طلاق و فرزندان)*، تهران، سمت، ۱۳۹۵ ش.
۱۵. صالحی مازندرانی، اسماعیل، *شرح کفایة الاصول*، قم، صالحان، ۱۳۸۲ ش.
۱۶. صدرالدین شیرازی، محمد بن ابراهیم، *الحکمة المتعالیه فی الاسفار العقلیه الاربعه*، قم، مصطفوی، ۱۳۶۸ ش.
۱۷. صفایی، سیدحسین، محمود کاظمی، مرتضی عادل، و اکبر میرزائزاد، *حقوق بیع بین المللی: بررسی کنوانسیون بیع بین المللی ۱۹۸۰*، با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران، فرانسه، انگلیس و ایالات متحده آمریکا، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۹۳ ش.
۱۸. صفایی، سیدحسین، و اسدالله امامی، *مختصر حقوق خانواده*، تهران، میزان، ۱۳۹۸ ش.
۱۹. طباطبائی حائری، سیدعلی بن محمدعلی، *ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۸ ق.
۲۰. طباطبائی قمی، سیدتقی، *مبانی منهاج الصالحین*، قم، قلم الشرق، ۱۴۲۶ ق.
۲۱. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، *المبسوط فی فقه الامامیه*، تهران، المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ ق.
۲۲. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیه*، قم، کتابفروشی داورى، ۱۴۱۰ ق.
۲۳. همو، *مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۲۴. علامه حلّی، ابومنصور جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *تذکره الفقهاء*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۳۸۸ ق.

۲۵. همو، *مختلف الشیعة فی احکام الشریعه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۲۶. فاضل موحدی لنکرانی، محمد، *تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله - النکاح*، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم‌السلام، ۱۴۲۱ ق.
۲۷. فاضل هندی، بهاء‌الدین محمد بن حسن اصفهانی، *کشف اللثام والابهام عن قواعد الاحکام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
۲۸. قزوینی (زنجان)، ملاعلی، *صیغ العقود والایقاعات*، قم، اشکوری، ۱۴۱۴ ق.
۲۹. کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی؛ خانواده (جلد اول: نکاح و طلاق، روابط زن و شوهر)*، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۲ ش.
۳۰. همو، *دوره حقوق مدنی؛ قواعد عمومی قراردادها (جلد سوم: آثار قرارداد)*، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳ ش.
۳۱. همو، *دوره مقدماتی حقوق مدنی؛ خانواده*، تهران، میزان، ۱۳۹۶ ش.
۳۲. همو، *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، تهران، میزان، ۱۳۸۱ ش.
۳۳. کاشف‌الغطاء، حسن بن جعفر بن خضر، *انوار الفقاهة - کتاب النکاح*، نجف اشرف، مؤسسة کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲ ق.
۳۴. کرکی عاملی (محقق ثانی)، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح التواعد*، چاپ دوم، قم، مؤسسة آل‌البت علیهم‌السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ ق.
۳۵. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، *الکافی*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۳۶. لطفی، اسدالله، *حقوق خانواده*، تهران، خرسندی، ۱۳۹۲ ش.
۳۷. محقق داماد، سیدمصطفی، *بررسی فقهی حقوق خانواده؛ نکاح و انحلال آن*، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۵ ش.
۳۸. همو، *قواعد فقه*، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۳۹. مدنی، سیدجلال‌الدین، *حقوق مدنی (جلد هشتم: حقوق خانواده - ازدواج و مسائل آن، حقوق و تکالیف زوجین)*، تهران، پایدار، ۱۳۸۶ ش.
۴۰. مصباح یزدی، محمدتقی، *شرح جلد اول الاسفار الاربعه*، تحقیق و نگارش محمدتقی سبحانی، قم، مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی، ۱۳۸۴ ش.
۴۱. مصطفوی، حسن، *التحقیق فی کلمات القرآن الکریم*، تهران، مرکز کتاب لترجمة و النشر، ۱۴۰۲ ق.
۴۲. مکارم شیرازی، ناصر، *استفتائات جدید*، چاپ دوم، قم، مدرسه امام علی بن ابی‌طالب علیهم‌السلام، ۱۴۲۷ ق.
۴۳. همو، *التواعد الفقهیه*، قم، مدرسه امام امیرالمؤمنین علیهم‌السلام، ۱۴۱۱ ق.
۴۴. همو، «شرایط صیغه طلاق، نحوه جدایی در عقد موقت ۹۹ ساله»، قابل دسترسی در وبگاه معظم‌له به نشانی: <https://makarem.ir>.
۴۵. همو، *کتاب النکاح*، قم، مدرسه امام علی بن ابی‌طالب علیهم‌السلام، ۱۴۲۴ ق.
۴۶. مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، *فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم‌السلام*، زیر نظر سید محمود هاشمی شاهرودی، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم‌السلام، بی تا.
۴۷. موسوی بجنوردی، سیدمحمد، *قواعد فقهیه*، چاپ سوم، تهران، عروج، ۱۴۰۱ ق.
۴۸. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، *استفتائات*، چاپ پنجم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۲ ق.
۴۹. همو، *تحریر الوسیله*، قم، دار العلم، بی تا.

۵۰. موسوی خوئی، سید ابوالقاسم، *استفتاءات؛ پرسش و پاسخ (فارسی)*، تحقیق سید محمود مددی موسوی، بی جا، مؤسسه الخوئی الاسلامیه، ۱۳۸۱ ش.
۵۱. همو، *منهاج الصالحین*، چاپ بیست و هشتم، قم، مدینه العلم، ۱۴۱۰ ق.
۵۲. موسوی سبزواری، سید عبدالاعلی، *مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام*، قم، المنار، ۱۴۱۳ ق.
۵۳. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، *جامع الشتات فی اجوبه السؤالات*، تهران، کیهان، ۱۴۱۳ ق.
۵۴. نجفی، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۵۵. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، *رسائل و مسائل (شامل هشتصد و پانزده سؤال و جواب و دوازده رساله فقهی و غیره)*، قم، کنگره بزرگداشت ملامهدی نراقی و ملا احمد نراقی، ۱۴۲۲ ق.
۵۶. نوری طبرسی، حسین بن محمد تقی، *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*، بیروت، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۰۸ ق.
۵۷. نوری همدانی، حسین، *منتخب المسائل*، قم، بعثت، ۱۴۲۰ ق.
۵۸. وحید خراسانی، حسین، *منهاج الصالحین*، قم، مدرسه امام باقر علیه السلام، ۱۴۲۸ ق.

امکان سنجی پذیرش ضمان تقویت منافع انسان در پرتو قاعده لاضرر*

- سیدعلی سجادی زاده^۱
- علی اصغر صائمی^۲

چکیده

علی‌رغم اتفاق نظر اکثریت فقیهان بر اصل لزوم جبران ضرر و زیان ناروا و معقول بودن آن، ولی در خصوص مسئله «ضمان منافع تقویت شده انسان» در قلمرو فقه امامیه اختلاف نظرهایی دیده می‌شود که ریشه آن را می‌توان در اختلاف رویکرد فقیهان در گستره مبانی فقهی «ضمان» جستجو کرد. از این رو یکی از ادله فقهی قابل توجه لزوم جبران خسارت (ضمان)، «قاعده لاضرر» است که در نگاه شماری از فقیهان به ویژه جمعی از فقهای امامی مورد پذیرش قرار گرفته است. پرسشی که این پژوهش به دنبال ارائه پاسخ به آن می‌باشد، این است که آیا می‌توان در چارچوب «قاعده لاضرر» و دیدگاه‌های فقهی مطرح در خصوص آن، قائل به «لزوم جبران زیان ناشی از تقویت منافع انسان» شد یا خیر؟ بر اساس یافته‌های این پژوهش که به شیوه توصیفی - تحلیلی و با مراجعه به منابع

* تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱/۲۷ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۸/۵.

۱. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق، دانشگاه علوم اسلامی رضوی (sajjadizadeh@razavi.ac.ir).
۲. طلبه سطح چهار حوزه علمیه مشهد (نویسنده مسئول) (s.andisheyenovin.313@gmail.com).

معتبر فقهی به سرانجام رسیده است، دو دیدگاه فقهی متفاوت در این باره وجود دارد. نگارندگان در این مقاله با دفاع از دیدگاه توسعه گستره قلمرو قاعده لاضرر و دلیل عقل، آن دیدگاه فقهی را اثبات نموده‌اند که قائل به «ضمان منافع تفویض شده انسان» می‌باشد.

واژگان کلیدی: منافع انسان، ضمان، مسئولیت مدنی، لاضرر.

۱. مقدمه

لزوم جبران خسارت و زیان وارده به شخص، که در فقه از آن به «ضمان فعل» و در حقوق گاهی به «ضمان قهری» و زمانی به «مسئولیت مدنی» تعبیر می‌شود، مورد توجه پیامبر اعظم صلی الله علیه و آله و تأکید امامان معصوم علیهم السلام و به تبع آنان مورد اهتمام فقیهان امامی نیز بوده است تا جایی که نه تنها در فقه مدنی (بخش ضمان) که در فقه جزایی هم رگه‌هایی از آن دیده می‌شود؛ چنان که در کتاب‌های حدود و قصاص در بخش‌های مربوط به سرقت، قتل نفس، ضرب و جرح، نقص عضو، کلاهبرداری و... نیز کم و بیش از جبران ضرر و زیان سخن به میان آمده است. به بیانی دیگر، در کنار اشاره به مسئولیت کیفری (اعم از مجازات دنیوی و عقوبت اخروی) سخن از موجبات ضمان شرعی فعل (ضمان قهری و مسئولیت مدنی) نیز به میان آمده است و بر اساس مبانی شرعی، مجرم علاوه بر تحمل مجازات مربوط به جنبه عمومی جرم، به رد مال یا جبران زیان‌های وارده از ناحیه فعل و عمل او به اشخاص یا پرداخت دیه مقرر در شرع و قانون ملزم خواهد شد. از این رو، یکی از مسائل مورد مناقشه در باب ضمان، مسئله «ضمان و عدم ضمان تفویض منافع انسان» است. سؤال این است که: ۱- فقیهانی که تفویض منافع انسان را موجب ضمان می‌دانند، چه مبنایی دارند؟ ۲- افرادی که نظرشان بر عدم ضمان تفویض منافع انسان می‌باشد، سخنشان بر چه پایه و اساسی استوار است؟

این موضوع بسیار مهم و کاربردی است، از این جهت که احتمال و موارد و مصادیق مواجهه با ضرر، برای انسانی که منافعش تفویض شده، بسیار زیاد است؛ در حالی که از نظر فقه اسلام و به استناد سخن متواتر معنوی پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله، چیزی که موجب «ضرر، ضرار و إضرار» به فرد یا جامعه بشود، اسلام آن را بدون جبران بر نمی‌تابد:

- «لا ضرر ولا ضرار» (حرّ عاملی، ۱۴۱۲: ۳۶۴/۱۲).

- «لا ضرر ولا ضرار علی مؤمن» (همان).

- «لا ضرر ولا ضرار فی الإسلام» (همان: ۳۶۴/۱۷).

- «لا ضرر ولا إضرار فی الإسلام» (صدوق، ۱۴۱۳: ۳۳۴/۴).

با توجه به اهمیت موضوع و نیز دست‌نیافتن به تحقیقی جامع و قابل استناد در این باره،^۱ نگارندگان به ساماندهی این جستار با محوریت قاعده لاضرر با عنوان «امکان‌سنجی اثبات ضمانت‌تفویض منافع انسان در پرتو قاعده لاضرر» اقدام نمودند تا اگر هم خود این پژوهش، به کمال وافی به مقصود نباشد، حداقل راهگشای دیگران در اکمال و اتمام این موضوع بسیار کاربردی و مورد لزوم باشد. از این رو نگارندگان برای نیل به پاسخ دو سؤال فوق، به سهم خود می‌کوشند تا «امکان‌سنجی بهره‌گیری از "قاعده لاضرر" در پایگیری و پایداری (اثبات) "ضمانت‌تفویض منافع انسان" یا عدم آن» را مورد بررسی قرار دهند.

۲. تبیین تفویض منافع انسان و امکان ضمانت‌قهری (مسئولیت مدنی) آن

فراهم آمدن زمینه بهره‌وری بیشتر از توانمندی‌ها برای افراد (به ویژه با پیشرفت فنون و صنایع در این عصر) موجب گردیده که نهاد «ضمان شرعی قهری» - در عرف و اصطلاح حقوقی «ضمان قهری» و «مسئولیت مدنی» - مورد توجه ویژه‌ای قرار بگیرد، تا آنجا که یکی از محاسبات اولیه اشخاص حقیقی و حقوقی در برنامه‌ریزی‌های اقتصادی با توجه به تحول و پیشرفت شگفت‌آور وسایل زندگی و تنوع وسایل حمل و نقل باری و مسافری، برای در امان ماندن از ضرر و زیان‌های احتمالی، مدّ نظر قرار دادن «ضمان قهری و مسئولیت مدنی» است؛ زیرا حمل و نقل کالاها و انجام سفرهای زمینی و هوایی و دریایی و حتی معالجات پزشکی به همان اندازه که در این عصر سریع و آسان

۱. هرچند که در کتب حقوقی در خلال بحث از مبانی «ضمان قهری و مسئولیت مدنی»، کم و بیش (آن هم با استفاده از منابع فقهی) اشاره‌ای به قاعده لاضرر شده است، ولی در آن کتب و به ویژه متون فقهی، تحقیق مستقل و جامعی تحت عنوان «امکان‌سنجی اثبات ضمانت‌تفویض منافع انسان در پرتو قاعده لاضرر» یا نفی آن، سامان نیافته است.

شده و زندگی را با راحتی و آسایش بیشتر همراه ساخته، زمینه و احتمال انواع خطرهای زیانبار سنگین را هم افزایش داده است. نگاهی به آمار تلفات رانندگی و سوانح هوایی و دریایی و زیان‌هایی که در کارگاه‌ها و بیمارستان‌ها و کارخانه‌ها به بار می‌آید، نشان می‌دهد که حتی انسان مرفه و برخوردار امروز، با چه خطرهایی روبه‌روست. بنابراین اگر مسئله ضمان و مسئولیت مدنی مورد توجه قرار نگیرد و ضمانت اجرایی کافی نداشته باشد، جوامع انسانی را با خسارت‌های جبران‌ناپذیری مواجه خواهد کرد.

از این رو در مقابل نظام سلطه و سرمایه‌داری حاکم بر جهان و نیز سودجویی برخی از تولیدکنندگان غیر متعهد که جز سودجویی و بهره‌کشی از بازوی کار انسان به چیز دیگری فکر نمی‌کنند، حمایت از حقوق انسانی و امنیت جانی کارگر و مصرف‌کننده و به ویژه افراد زیان‌دیده از مصرف کالاها نامرغوب، امری ضروری و از وظایف سنگین و دشوار دولت‌هاست و حتی در جامعه‌های صنعتی برای رسیدگی به این امور، دادگاه‌های تخصصی نیز در نظر گرفته می‌شود تا با بهره‌گیری از داوران و قضات متخصص و آشنا به انواع صنایع و حقوق کارگر و کارفرما و آسان‌سازی رسیدگی به این گونه دعاوی، حتی الامکان از حقوق افراد ناتوان و متضرر حمایت گردد.

خوشبختانه فقه اسلام از ابتدا به این امر تحت عنوان «ضمان» اهتمام ورزیده و حقوق موضوعه عرفی هم با عنوان «حقوق مسئولیت مدنی» و به خصوص «ضمان قهری» مقتبس از فقه، بر «لزوم جبران ضرر» وارد شده، چه بسا به استناد حدیث «لاضرر...» تأکید داشته و دارد.

از این رو، هدفی که از دیرباز در فقه به عنوان «قاعده لاضرر»، دنبال می‌شده است، برای پاسخگویی به مصالح تازه اجتماعی (از قبیل جلوگیری از تفویت منافع انسان)، نیازی به تفقه حکمی و توسعه موضوعی بیشتر و بلکه تفسیری موسع دارد تا گستره آن در زمینه «ضمان جبران ضررهای ناروا»، به نحو کامل‌تر مشخص گردد و قلمرو «قاعده لاضرر» تنها در حصار چند مورد منصوص در متون حدیثی باقی نماند؛ به ویژه که فقه اسلامی با توجه به پویایی و توانمندی بالا، بستری مناسب و ایمن و اطمینان‌بخش برای این کار است. برای دستیابی به دیدگاه شفاف فقیهان امامی (پیروان مکتب اهل بیت عصمت و طهارت علیهم‌السلام) و پاسخ به پرسش‌های مطرح فراوانی از ناحیه واردکنندگان

صدمات و چه بسا کارفرمایان نسبت به کارگران بر اثر حوادث کاری و یا تصادفات و... درباره اینکه آیا خسارت زنده و تقویت کننده منافع در قبال آن‌ها ضامن می‌باشد یا خیر، از یک طرف، و از ناحیه مصدومان و افراد از کار افتاده از طرف دیگر، ضروری می‌نماید که این مسئله تحت عنوان «امکان سنجی پذیرش ضمانت تقویت منافع انسان در پرتو قاعده لاضرر» در چارچوب قواعد و ضوابط فقهی متخذ از کتاب، سنت و آراء و مبانی فقهی فقیهان امامی پیرو مکتب اهل بیت علیهم‌السلام مورد بررسی بیشتر قرار گیرد.

۳. مفاد و گستره قاعده لاضرر و نقش آن در ضمانت تقویت منافع انسان

از مشهورترین قواعد فقهی، «قاعده لاضرر» است که در تمامی ابواب فقه (اعم از عبادات و معاملات) مورد استدلال قرار گرفته و در بسیاری از مسائل نیز تنها مدرک برای اثبات حکم است. از این رو مناسب است برای استفاده شفاف‌تر از آن در اثبات و عدم اثبات ضمانت تقویت منافع انسان، مفاد لغوی و اصطلاحی، مبانی فقهی و گستره «قاعده لاضرر» در اندیشه فقیهان و نقش آن در ضمانت قهری تقویت منافع انسان مورد بررسی قرار گیرد.

۳-۱. بررسی لغوی لاضرر

واژه «ضرر» در لغت به معنای آسیب و از دست دادن دارایی یا حق آمده و در متون فقهی بیشتر به مفهوم «خسارت» به کار می‌رود. فقیهان همواره به هنگام بحث از «قاعده لاضرر»، بحثی را به مفهوم و مفاد «ضرر» اختصاص داده و مصادیق گوناگون آن را بررسی می‌کنند. دانستن معنای دقیق «ضرر» از این جهت مهم است که واژه مزبور در حدیث لاضرر و برخی دیگر از ادله ضمانت از قبیل روایت ابوالصباح کنانی از امام صادق علیه‌السلام^۱ به کار رفته و شناخت مفهوم آن، تأثیر مستقیم در شناخت قلمرو ضمانت دارد. «ضرر» اسم مصدر و در برابر «نفع» (جوهری، ۱۴۲۸: ۶۱۹) و به معنای نقصان وارد بر چیزی (مالی) می‌باشد (فراهیدی، ۱۴۱۴: ۱۰۳۹/۲).

۱. «من أضر بشيء من طريق المسلمین، فهو له ضامن» (حز عاملی، ۱۴۱۲: ۲۹/۲۴۱ و ۲۴۳).

۲-۳. مفاد اصطلاحی و خاستگاه قاعده لاضرر

با توجه به اینکه خاستگاه قاعده لاضرر، حدیث نبوی «لا ضرر ولا ضرار فی الإسلام» (حز عاملی، ۱۴۱۲: ۳۷۶/۱۷) می‌باشد، مفاد لغوی و ترجمه ظاهر عبارت، چنان است که گویی هیچ ضرری در اسلام وجود ندارد و از طرفی جبران تمام ضررها از منظر فقه‌های اسلام اجماعی نیست، پس باید دید که معنای اصطلاحی و مفاد فقهی آن چیست و به عبارت دیگر، کدام رفتار و عمل ضررزننده و خسارتی، از نظر فقه اسلام ممنوع است که باید جبران شود تا بعد نوبت به این برسد که آیا این قاعده برگرفته از مفاد حدیث، سبب و بلکه دلیل بر ضمان و مسئولیت مدنی قهری در مواردی از قبیل: «تفویت منافع انسان» خواهد بود یا خیر؟ از این رو برای دستیابی به معنای اصطلاحی لاضرر، لازم است که برداشت فقیهان از آن بررسی شود.

۱-۲-۳. بررسی مفاد اصطلاحی قاعده لاضرر از منظر فقیهان

از آنجا که بررسی کلمات همه فقها در این زمینه، در این مقاله نمی‌گنجد، فقط به ذکر نظر شماری از آنان به شرح ذیل بسنده می‌شود:

۱- صاحب جواهر به عنوان یکی از فقهای صاحب مکتب، درباره مفاد قاعده لاضرر بر این عقیده است که مراد شارع از «لا ضرر ولا ضرار فی الإسلام»، جلوگیری از ایجاد ضرر و نهی از زیان رساندن به دیگری است (نجفی، ۱۳۶۵: ۱۸/۳۸).

۲- شیخ انصاری که بعد از صاحب جواهر، طلایه دار فقه و خود نیز دارای مکتب فقهی است، نسبت به مفاد قاعده لاضرر بر این باور است که شارع با بیان «حدیث نفی ضرر»، حکم ضرری را نفی کرده است؛ یعنی هیچ حکمی در دین اسلام وضع نشده است که موجب زیان دیدن بندگان خدا بشود (انصاری، ۱۴۱۴: ۱۱۹).

۳- شیخ حبیب‌الله رشتی شاگرد برجسته شیخ و معروف به محقق رشتی، درباره مفاد قاعده لاضرر معتقد است:

«چون ضرر جبران شده را در واقع نمی‌توان ضرر نامید و نباید ضرر به حساب آورد، مقصود قانون‌گذار اسلام از بیان حدیث «لا ضرر ولا ضرار» این بوده است که هیچ ضرر جبران نشده‌ای در اسلام وجود ندارد و یا می‌خواهد بفرماید که هر ضرری باید جبران شود» (رشتی، ۱۳۲۲: ۴).

۴- آخوند (ملا محمد کاظم هروی معروف به) خراسانی، گفته‌های دیگران در باب «مفاد حدیث لاضرر» را از این جهت که با نفی جنس ضرر و مفاد حدیث مغایرت دارد، مخدوش پنداشته و خود نظر داده است که در این قاعده، از راه نفی موضوع، حکم ضرری از بین رفته است؛ یعنی منظور شارع این بوده که برای موضوع ضرری، حکمی وجود ندارد یا آثار آن از بین می‌رود، چنان که در معامله مغبون به دلیل اینکه موضوع ضرری است، حکم لزوم از بین می‌رود (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹: ۷۲/۲).

۵- اما در بین فقهای معاصر، آیه‌الله سیدعلی سیستانی، در ضمن نقل و تحلیل دیدگاه‌ها و مسلک‌های مطرح پیرامون «قاعده لاضرر»، یکی از مسلک‌هایی که مورد توجه و تحلیل بیشتر قرار داده، مسلک فاضل تونی است مبنی بر اینکه: «مفاد حدیث لاضرر، نفی ضرر غیر متدارک می‌باشد» و بازگشت این مفاد، به اثبات حکم شرعی به تدارک و جبران ضرر است (فاضل تونی، ۱۴۱۵: ۱۹۳-۱۹۴).^۱ بنابراین مفاد حدیث «لاضرر»، به اثبات حکم به [لزوم] تدارک ضرر و جبران خسارت شرعاً بازمی‌گردد.

آیه‌الله سیستانی این معنا را به دو شیوه، تقریب به ذهن می‌نماید. در شیوه اول می‌گوید: نسبت به خود ضرر منفی ممکن است که یکی از سه معنای زیر مراد باشد:

- ۱- مراد از ضرر منفی، هر نقص واقعی باشد؛ اعم از اینکه در خارج قابل تدارک و جبران و یا محکوم به تدارک باشد یا نباشد.
- ۲- مراد از ضرر منفی، نقص غیر متدارک و جبران‌نشده در خارج باشد.

۱. «واعلم أنّ لجواز التمسك بأصالة براءة الذمة بأصالة العدم، ... شروطاً... ثانیها: أن لا يتضرر بسبب التمسك به مسلم، أو من في حكمه؛ مثلاً إذا فتح إنسان قفصاً لطائر، فطار، أو حبس شاة، فمات ولدها، أو أمسك رجلاً فهرت دابته وضلت، أو نحو ذلك؛ فإنه حينئذ لا يصح التمسك ببراءة الذمة، ... لاحتمال اندراج مثل هذه الصور في قوله **إِنَّمَا**: «لا ضرر ولا إضرار في الإسلام» وفيما يدل على حكم من ألتف مالا لغيره [كمفاد صحيحة أبي ولاد، قال: اكرتير بغلا إلى...] (طوسی، بی تا: ۲۱۵/۷-۲۱۶، ح ۲۵). بعد از اشاره فاضل تونی به «ما يدل على حكم من ألتف مالا لغيره (مثل صحيحة أبي ولاد)» در مقام تبیین استدلالش می‌گوید: «إذ نفى الضرر غير محمول على نفى حقيقته، لأنه غير منفى؛ بل الظاهر أن المراد به، نفى الضرر من غير جبران بحسب الشرع. والحاصل: أن في مثل هذه الصور لا يحصل العلم، بل ولا الظن بأن الواقعة غير منصوصة، ... بل يحصل القطع حينئذ بتعلق حكم شرعي بالصائر، ولكن لا يعلم أنه مجرد التعزير أو الضمان أو هما معاً، فينبغي للضائر أن يحصل العلم ببراءة ذمته بالصلح، وللمفتي الكف عن تعيين حكم، لأن جواز التمسك بأصالة براءة الذمة، والحال هذه، غير معلوم». شيخ انصاری هم به این نظر فاضل تونی اشاره کرده است (انصاری، ۱۴۱۹: ۵۳۲/۲).

۳- مقصود از ضرر منفی، نقصی باشد که قانون و شرع، حکم به لزوم جبراننش نکرده است.

آیه‌الله سیستانی بعد از اشاره به سه معنای محتمل فوق در کلام فاضل تونی، در مقام ارائه تحلیل نسبت به ضرر منفی از نگاه ایشان، به رد معنای محتمل اول می‌پردازد به این دلیل که وقتی ضرر در خارج وجود دارد، با این ادعای نفی ضرر، مخالفت با واقع (وجود ضرری که در خارج هست) پیش می‌آید. همچنین معنای محتمل دوم را هم رد می‌کند و می‌گوید: این معنا هم به لحاظ این است که نقص وقتی تدارک شده باشد، آن وقت مصداقی برای ضرر در خارج وجود ندارد و ضرر متصور هم به حکم قانون عقلایی و شرعی تدارک و جبران شده است؛ به این جهت که چون همه ضررهای خارجی قابل تدارک نیست (بلکه در خارج ضررهایی وجود دارد که غیر قابل جبران و تدارک است) بنابراین معنای دوم هم با عموم نفی لاضرر در تنافی خواهد بود. پس ناگزیر باید معنای سوم مراد باشد که نتیجه و بازگشتش به اثبات این حکم شرعی است که خسارت هر ضرری باید جبران شود. بنابراین احتمال می‌رود که لزوم تدارک ضرری که وارد شده است، از فروع و لوازم نفی حکم ضرری باشد (حسینی سیستانی، ۱۴۱۴: ۱۹۴).

کلام ایشان گویای این معناست که هدف اصلی از حدیث «لا ضرر ولا ضرار»، جبران زیان است و رفع حکم ضرری را نیز به عنوان یکی از وسایل جبران ضرر می‌توان به حساب آورد؛ به خصوص که وجود آن منبع ضرر در قضیه سمره بن جندب با فرمایش پیامبر صلی الله علیه و آله و سلم که فرمود: «لا ضرر ولا ضرار...» نفی شده است و مؤید آن، دستور پیامبر به قلع و کندن درخت سمره از منزل شخص انصاری بود که به خاطر وجود آن درخت، گاه و بی‌گاه و شاید هم بدون استیذان موجب ناراحتی آنان می‌شد و حتی با پیشنهاد و راهنمایی پیامبر برای حل این مشکل و معضل هم حاضر نشد از ایجاد مزاحمت برای خانواده مرد انصاری که در مسیر درختش زندگی می‌کردند، دست بردارد که در آنجا ملازمه بین حکم پیامبر صلی الله علیه و آله و سلم به قلع منشأ ضرر که وجود درخت باشد و برطرف شدن خود ضرر به طور آشکار مشهود است.

افزون بر آن درباره قراردادهای ضرری هم که گاهی بین افراد منعقد می‌شود، نفی لزوم پایبندی به آن قرار داد ضرری، به حکم استفاده از خیار فسخ و لغو آن منتهی می‌شود

و در مقام اعمال شفعه شریک نسبت به سهمی که شریکش به دیگری فروخته و این شریک برای جلوگیری از متضرر شدن، از حق شفعه استفاده می‌کند و این اعمال حق شفعه به تملک قهری مال شریک و خروج قهری آن از دست خریدار ثالث می‌انجامد. آیه‌الله سیستانی در ادامه مطلب قبل می‌گوید: بنابراین تفسیری که از معنای سوم لاضرر از نگاه فاضل تونی شد، مفاد «لاضرار» حکم به ضامن بودن کسی است که به هر کس و به هر طریقی ضرر وارد کند و اما مفاد «لاضرر» نفی ضرر است مطلقاً، چه آن ضرر از قبل شخص معینی باشد و یا از ناحیه حادثه طبیعی یا غیر آن باشد. بنابراین هر ضرری که به جان و مال شخصی برسد، نباید بدون جبران بماند: «فکل ضرر أصاب شخصاً فی نفسه أو ماله، فإنه لا یذهب هدراً بل له ضامن لا محالة». اگر این ضرر به سبب شخص معینی حادث شده باشد، ضمانش بر عهده آن فرد خواهد بود، در غیر این صورت ضمانش بر عهده امام (رهبر جامعه) و حکومت است. بنابراین از حدیث «لا ضرر ولا ضرار» یک نوع تأمین اجتماعی عام در سایه حکومت اسلامی نسبت به جبران خسارات وارده به آحاد و افراد جامعه استفاده می‌شود (همان: ۱۹۴-۱۹۵). ایشان در تأیید این فکر و نگاه، روایات متعددی را یادآور می‌شود که در اینجا شماری از آن‌ها ذکر می‌شود:

۱- از امام صادق علیه السلام روایت شده است که پیامبر خدا صلی الله علیه و آله فرمود:

«من به هر مؤمنی از خودش سزاوارترم و علی علیه السلام نیز بعد از من نسبت به آن مؤمن سزاوارتر است. از امام صادق علیه السلام سؤال شد: معنای این سخن چیست؟ [در پاسخ، این سخن پیامبر صلی الله علیه و آله را نقل فرمود: اگر مؤمنی [از دنیا رفت و] بدهکاری یا زن و فرزند [نفقہ خوری] به جای گذاشت، [ادای آن بدهکاری و ادارهٔ عائله‌اش] بر عهده من است، و اما اگر مال و ثروتی از خود به جای گذاشت، از آن ورثه‌اش می‌باشد»^۱ (کلینی، ۱۴۰۱: ۴۰۶/۱، ح ۶).

۲- در خبر صحیح از امام صادق علیه السلام روایت شده است که امام علی علیه السلام دربارهٔ فرد مسلمانی که او را کشته شده یافتند و قاتلش ناشناخته بود، این گونه قضاوت فرمود:

۱. «عن أبي عبد الله علیه السلام أن النبي صلی الله علیه و آله قال: أنا أولى بكل مؤمن من نفسه وعلیّ أولى به من بعدی. فقيل له: ما معنى ذلك؟ فقال قول النبي صلی الله علیه و آله: من ترك ديناً أو ضیاعاً فعلىّ، ومن ترك مالا فلورثته...».

«اگر اولیای دم مشخص اند و خواهان دیه می‌باشند، دیه‌اش از بیت‌المال مسلمین پرداخت شود و نباید خون مسلمان به هدر رود؛ زیرا همان گونه که [در فرض بی‌وارث بودن] ماترکش از آن امام [به عنوان وارثش] می‌باشد، همچنین [در صورتی که قاتلش ناشناخته باشد] دیه‌اش بر عهده امام است و بر جنازه‌اش نماز می‌خوانند و دفنش می‌کنند. [و نیز امام صادق علیه السلام] فرمود: امیر مؤمنان علیه السلام درباره شخصی که بر اثر ازدحام جمعیت در روز جمعه کشته شده بود، حکم فرمود که دیه‌اش از بیت‌المال مسلمین پرداخت می‌شود»^۱ (حز عاملی، ۱۴۱۲: ۱۴۵/۲۹-۱۴۶).

احادیث دیگری غیر از این دو نیز دلالت بر پیشگیری از هدر رفتن خون و مال مسلمان دارد (ر.ک: همان).

مفاد روایات فوق به خوبی می‌رساند که نباید ضرری بدون جبران بماند و از مناط موجود در آن می‌توان برای توسعه قلمرو «حدیث لاضرر» استفاده کرد و آن را از حصار محدودیتش به مورد خاص و «قضیه فی واقعه» خارج نمود؛ همچنان که امروز مشاهده می‌شود که اصولیان از آن به «قاعده لاضرر» تعبیر می‌کنند. از این رو، این امکان وجود دارد که بهره‌گیری از آن قاعده در عرصه‌های مختلف از جمله «ضمان تفویت منافع انسان» مورد بحث و بررسی قرار گیرد.

۴. رابطه بین ضرر و منفعت

درباره اینکه چه نسبت و رابطه منطقی بین ضرر و منفعت وجود دارد، اتفاق نظر نیست. برخی فقها مانند آخوند خراسانی، رابطه آن دو را تقابل عدم و ملکه دانسته‌اند؛ زیرا آنچه نفع نباشد، ضرر است و عدم وجود منفعت را در جایی که تصور و انتظار منفعت می‌رود، باید ضرر انگاشت (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹: ۳۸۱). برخی دیگر از فقها هم به تبعیت از معنای لغوی و ظاهر کلام اهل لغت - که گفته‌اند: «الضرُّ والضرُّ: ضدُّ النفع» (خوری شرتونی لبنانی، ۱۳۷۴؛ ابن اثیر جزری، ۱۴۲۱) و «الضرُّ: ضدُّ النفع» (جوهری، ۱۴۲۸)، رابطه میان

۱. «عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قضی امیر المؤمنین عليه السلام فی رجل وجد مقتولاً لا یدری من قتله، قال: إن كان عرف له أولیاء یطلبون دیتة أعطوا دیتة من بیت مال المسلمین ولا یبطل دم امرئ مسلم، لأنَّ میراثه للإمام فکذلك تكون دیتة علی الإمام ویصلون علیه ویدفنونه، قال: وقضی فی رجل زحمة الناس یوم الجمعة فی زحام الناس فمات، أن دیتة من بیت مال المسلمین».

آن دو را تضاد دانسته‌اند (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۳۱۰/۱)؛ چرا که ضرر و منفعت، هر دو امر وجودی هستند و ضرر عبارت است از نقصان در جان یا مال یا آبرو. از طرف دیگر ممکن است چیزی نه ضرر باشد و نه منفعت، بلکه واسطهٔ میان آن دو قرار گیرد. بدین ترتیب باید رابطهٔ میان ضرر و منفعت را رابطهٔ تضاد دانست (نراقی، ۱۳۷۵: ۴۹؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۳۰۸/۲).

حال در مقام مقارنه بین این نظریات، دیدگاه کسانی که نسبت بین آن دو را تضاد دانسته‌اند، مناسب‌تر و معقول‌تر به نظر می‌رسد؛ زیرا نسبت عدم و ملکه در جایی متصور است که رابطه بین دو چیز، از قبیل رابطهٔ سلب و ایجاد باشد، در حالی که رابطهٔ «ضرر و منفعت»، سلب و ایجاد نیست، بلکه میان آن دو یک واسطه قابل تصور است، پس رابطهٔ آن‌ها، عدم و ملکه نخواهد بود؛ زیرا ضرر اقسام گوناگونی دارد: ضرر ممکن است مادی یا معنوی باشد. ضرر مادی هم ممکن است به صورت از بین رفتن عین مال یا کاهش ارزش آن یا از بین رفتن منفعت یا صدمه به حق مشروع بروز کند. البته از این نکته نباید غافل بود که علی‌رغم عرف متداول بین اهل کسب و کار، و منطبق بازاریان و نگاه سودمحور آنان، که «تفویت منافع» را در این گونه موارد به ویژه در جایی که منفعت از دست‌رفته مسلم‌الحصول باشد، مصداق ضرر و یکی از اقسام آن به حساب می‌آورند، از نظر فقهی دیدگاه واحد و جامعی بر خسارت و ضرر دانستن «منفعت از دست‌رفتهٔ انتظاری» وجود ندارد، بلکه نسبت به صدق ضرر بر آن حداقل در بین شماری از فقها شک و تردید وجود دارد؛ زیرا مقصود از تفویت منافع به ویژه در صورت عدم دستیابی به منفعت انتظاری، که به خاطر ایجاد حادثهٔ زیانبار (از قبیل حبس و آدم‌ربایی یا تخریب وسیله حمل و نقل کالا یا جلوگیری از اجرای تعهد قرارداد سودآور) اتفاق می‌افتد (برای مثال، صاحب کالایی را از فروش اجناسش در فصل مناسب باز دارند تا با گذشت فصل، قیمت بازار تنزل پیدا کند)، اینجا مواجه شدن با زیان و خسارت دیدن (ولو از راه تفویت منافع انتظاری)، آن هم به خاطر جلوگیری از فروش کالا در وقت فراوانی مشتری، هرچند از نظر عرفی ممکن است متصور باشد، اما از منظر فقهی نسبت به صدق ضرر در این موارد، شک و تردید وجود دارد.

۵. مفاد و امکان استناد به قاعده لاضرر در ضمان تقویت منافع انسان

روشن است که قاعده «لاضرر» از جهات گوناگون قابل بحث و بررسی است که در علم اصول به مباحث کلی و بنیادی آن پرداخته شده است. در اینجا به مباحثی چند (نسبت به مفاد قاعده لاضرر و امکان استفاده از آن در ضمان تقویت منافع انسان در کنار سایر قواعد مورد استناد) اشاره می‌شود:

۱-۵. بررسی مفاد قاعده «لاضرر»

این قاعده که برگرفته از حدیث نبوی «لا ضرر ولا ضرار فی الإسلام» (حرّ عاملی، ۱۴۱۲: ۳۷۶/۱۷) است، از نظر معنا و مفاد، ظهور در این دارد که گویا هیچ رفتار و کار ضرری (البته با رعایت آموزه‌های اسلام)، در بین مسلمانان وجود نخواهد داشت؛ در حالی که امکان این امر، سنگین به نظر می‌آید و جبران تمام ضررها را نمی‌توان باور کرد. پس با توجه به این قاعده باید دید که چه نوع خسارتی ممنوع است و چه نوع ضرری سبب ضمان قهری می‌شود؟ به ویژه که دیدگاه فقیهان در این باره یکسان نیست؛ صاحب جواهر بر این نظر است که حدیث «لا ضرر ولا ضرار» فقط بر نهی از ایجاد ضرر و خسارت زدن به دیگری دلالت دارد (نجفی، ۱۳۶۵: ۱۵/۳۷) و نسبت به دلالت حدیث فوق بر لزوم جبران ضرر و زیان وارد شده ساکت است. شیخ انصاری هم که نسبت به مفاد آن حدیث گفته است: شارع مقدس با بیان حدیث «لا ضرر ولا ضرار...» حکم ضرری را نفی کرده است به این معنا که گویا در دین اسلام هیچ حکم ضرری و خسران‌زایی وضع نگردیده است (انصاری، ۱۳۷۵: ۳۷۲)، طبیعی است که از ایشان نباید انتظار داشت که سخنی از دلالت حدیث بر لزوم جبران ضرر به میان آورَد؛ زیرا به باور ایشان حدیث از اساس، وجود احکام ضرری در حوزه دین را نفی می‌کند.

فقط از سخن محقق رشتی که گفته است: چون ضرر جبران‌شده را نمی‌توان «ضرر» نامید، پس مقصود مقنن اسلام از حدیث «لا ضرر ولا ضرار» این است که در قلمرو دین اسلام هیچ ضرر جبران‌نشده‌ای وجود ندارد، بر این اساس هر ضرری که بر کسی وارد شود، باید خسارتش پرداخت شود (رشتی، ۱۳۲۲: ۴).

بنا بر مطالب فوق، نسبت به اینکه آیا لزوم جبران ضرر را نیز می‌توان از قاعده لاضرر استنباط کرد یا خیر؟ هرچند در میان فقیهان اختلاف نظر وجود دارد، اما به نظر افرادی مانند حبیب‌الله رشتی، که مفاد حدیث «لا ضرر ولا ضرار» را «نفی ضرر جبران‌نشده» می‌داند (همان)، از این قاعده می‌توان ضمان و مسئولیت کسی را که عامل ورود زیان بوده است، استفاده کرد؛ زیرا اگر مقصود، نفی ضرر جبران‌نشده یا نهی از اضرار باشد، تدارک ضرر از لوازم این نفی است؛ چنان که در عرف نیز نهی از پذیرش هدیه بی‌عوض کنایه از این است که هدیه را بی‌عوض نباید گذارد و بلکه هر احسان را باید به احسانی دیگر پاداش داد (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۱۸۲/۱). همچنین نهی از امری، دلالت بر حرمت بقای آن می‌کند و لازمه آن وجوب رفع ضرر است (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۳۰۶/۱-۳۳۷). ولی بیشتر کسانی که حکم ضرری را منفی می‌دانند، «قاعده لاضرر» را حکم اثباتی نمی‌بینند و برای اثبات ضمان قهری کافی نمی‌شناسند (غروی نائینی، ۱۴۲۱: ۲۰۱/۲).

با وجود این، احتمال دارد که تدارک ضرری که وارد شده، از فروغ و لوازم نفی حکم ضرری باشد؛ زیرا هدف اصلی، جبران زیان است و رفع حکم ضرری نیز به عنوان یکی از وسایل جبران ضرر، مورد استفاده واقع می‌شود و از طرفی به حال خود باقی گذاشتن منشأ و سرچشمه ضرر نیز در حکم رضای شارع به ورود آن در آینده است و این هم امری است که در حدیث لاضرر نفی شده است؛ چون ابقای منشأ ضرر به حال خود، با روح حدیث ناسازگار است؛ همان گونه که در جریان مرواده سمره بن جندب به منزل انصاری و ایجاد مزاحمت برای اهل منزلش و شکایت مرد انصاری به پیامبر ﷺ، آن حضرت پس از عدم توجه سمره به پیشنهادات صلح جوینان ایشان (به او برای تراضی از سوئی و رفع مزاحمت گاه و بی‌گاه برای انصاری از سوی دیگر)، امر به قلع درخت وی نمود و در پی آن فرمود: «لا ضرر ولا ضرار فی الإسلام»، که به روشنی وجود ملازمه بین سبب حکم به قلع درخت سمره که وجودش ضرری بود و قلع خارجی درختی که وجود آن منشأ ورود ضرر بر انصاری بود، ملاحظه می‌گردد.

بنابراین اگر نسبت به قلمرو تأثیرگذاری و بهره‌گیری از قاعده لاضرر در مورد خاص اکتفا نشود، بعید نیست که از باب تنقیح مناط بتوان باز بودن دست فقیه را در استناد به این قاعده در موارد و مظان مختلفی که زمینه و بستر استناد به آن مهیاست، از قبیل

موضوع این مقاله (اثبات ضمان تقویت منافع انسان)، نتیجه گرفت؛ به ویژه که از برخی تعابیر فقیه بزرگی همچون آیه‌الله سیستانی نسبت به قلمرو قاعده لاضرر استفاده می‌شود که به باور ایشان:

«محدودیت قائل شدن برای گستره اجرای قاعده "لاضرر" و منحصر کردن آن به نفی احکام ضرری، از ایفای نقش آن قاعده در مسیر گسترش عدالت در پهنه اجتماع به شدت خواهد کاست و حدیث "لا ضرر ولا ضرار" و بلکه قاعده‌ای را که می‌تواند مبنای فقهی تعامل اجتماعی و ایجاد توازن در مقام جمع بین حفظ منافع افراد در عین آزادی‌های آنان باشد، در حصاری از احتیاط [و بسنده نمودن به قدر متیقن‌ها] محدود و متوقف خواهد ساخت، در حالی که نباید چنین باشد؛ بلکه عدول از نظر مشهور [و محصور نماندن در قدر متیقن‌ها] را می‌شود ممکن دانست و نسبت به پیدایش فقه جدید [که صاحب جواهر نگران تأسیس و ظهورش بود،] نباید نگران بود» (حسینی سیستانی، ۱۴۱۴: ۱۹۳).

روشن و طبیعی است که افراد طرفدار توسعه قلمرو قاعده لاضرر هم این تقید و مراقبت را دارند که هر ضرری را قابل جبران نپندارند؛ زیرا آنان هم منکر این نیستند که همه ضررها قابل جبران نیستند و با معیارهای عادلانه اسلام هم نمی‌سازد؛ بلکه هدف، لزوم جبران «تقویت منافع و خسارت‌های وارده بر انسان» از راه استناد به قاعده لاضرر، جبران زیان‌هایی است که ناروا وارد شده است و جبران آن‌ها با معیارهای عدل گسترتری جامع، منافات ندارد و این توانمندی برای این بهره‌دهی را از ژرفای قاعده لاضرر به حکم عقل و تفسیر موسع نقل (حدیث و سخن معصوم علیه السلام)، نسبت به موارد حق الناس می‌توان استخراج و استفاده نمود و قاعده لاضرر را برخوردار از یک جوهر، توانمندی و درون‌مایه گسترده دانست.

بنابراین منطقی به نظر نمی‌آید که با تمسک به عصای احتیاط (و اکتفای به قدر متیقن‌ها که بعید است موردش اینجا باشد، به خصوص که خود این گونه احتیاط‌ها چه بسا در تعارض با احتمال احتیاط نسبت به حفظ و صیانت حقوق مالی افراد باشد)، از قول به عدم محدودیت قاعده لاضرر به موارد خاص و منصوص دست برداشته شود و در نتیجه راه جبران بسیاری از زیان‌ها بسته شود.

به هر حال، جان کلام این شد که مفاد قاعدهٔ لاضرر، به ویژه اگر مراد نفی حکم ضرری باشد، بر دلالت سایر احکام حکومت دارد؛ بدین معنا که هر گاه بین اجرای حکمی با این قاعده تراحم ایجاد شود، باید جبران ضرر را حاکم دانست (غروی نائینی، ۱۴۲۱: ۲/۲۱۳).

مفاد قاعدهٔ لاضرر، حکم تعبدی صرف نیست که در مورد نص (املاک و اموال مادی) محصور بماند. از طرفی، عقل نیز لزوم جبران ضرر ناروا را لازم می‌داند و همین امر سبب گسترش قلمرو قاعده به تمام مواردی است که از فعل شخص یا حکمی، ضرری ناروا به دیگری وارد گردد، یا شخص به اقدامی دست زند که مضر به حال عموم باشد (مانند اخلال در نظم راه عمومی) به ویژه که از مفاد روایت ابوصباح کنانی از امام صادق علیه السلام که فرمود: «من أضّر بشيء من طريق المسلمين فهو له ضامن» (حز عاملی، ۱۴۱۲: ۲۹/۲۴۱)، تا حدودی دلالت به همین توسعهٔ گستره و قلمرو حدیث لاضرر استفاده می‌شود.

۵-۲. امکان سنجی ضمان تفویض منافع انسان به استناد قاعدهٔ لاضرر

در بارهٔ امکان استفاده از قاعده «لاضرر» نسبت به ضمان تفویض منافع انسان، قابل ذکر است که برخی فقها برای اثبات ضمان در اتلاف عمل انسان کسوب گفته‌اند: دلیل ما حدیث لاضرر است به این بیان که با حبس این فرد و اتلاف عملش، حبس کننده بر محبوس ضرر وارد کرده است و بر اساس مفاد و حکم حدیث نبوی «لا ضرر ولا ضرار فی الإسلام»، ضمان بر واردکننده ضرر ثابت است.

همچنان که سیدجواد عاملی در *مفتاح الکرامه* به مقدس اردبیلی نسبت داده که ایشان فرمود: عمل انسان کسوب ضمان دارد. سپس سید عاملی در مقام نقل به معنای سخن محقق اردبیلی می‌نویسد: «لأنّ فی عدم تضمینه ضرراً عظیماً... وحاصله أنّ الضمان لیس للغصب بل لمكان الضرر العظيم المنفی» (حسینی عاملی، ۱۴۲۸: ۱۸/۸۵)، که تمسک به لاضرر کرده است. همچنین بر اساس تقریر محمدحسن قدیری در *کتاب الاجاره* از دروس امام خمینی، عمل انسان کسوب قبل از تعلق عقد، بر مبنای قاعدهٔ لاضرر ضمان دارد.

برخی از فضلاى معاصر، در انتساب این سخن به امام خمینی خدشه نموده و گفته‌اند: اولاً، در انتساب این نظریه به امام خمینی جای تأمل جدی است و ایشان با توجه به مبانی‌اش نمی‌تواند برای اثبات این حکم به قاعده لاضرر تمسک کند؛ چون ایشان قاعده لاضرر را از احکام حکومتی می‌داند و تصریح می‌کند که «لاضرر» با احکام اولیه هیچ نسبت‌سنجی نمی‌شود. گواه بر این سخن آن است که خود امام خمینی در کتاب *البیع* (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۴۰/۱)، دلیل بر ضمان عمل انسان کسوب را بنای عقلا یا حکم عقلایی می‌داند و می‌گوید: حکم عقلا بر این است که تفویت عمل انسان حرّ کسوب، ضمان‌آور است و ظاهر این است که شارع مقدس در اینجا طریق جدیدی جعل و وضع نکرده است؛ لذا بر این باوریم که عمل حرّ کسوب به حکم عقل ضمان‌آور است؛ همچنان که خود امام خمینی در کتاب *البیع* به حکم عقلا تمسک کرده است و نه حدیث لاضرر.

ثانیاً، در جای خودش ثابت شده است که لسان «لاضرر» نفی حکم است، نه اثبات حکم. لاضرر تنها مفادش این است که حکم ضرری در اسلام جعل نشده است، اما این را نمی‌رساند که لاضرر بتواند مثبت حکم باشد.

ثالثاً، بر فرض اینکه قاعده لاضرر مثبت حکم هم باشد، این دلیل اخص از مدعاست؛ همه جا تفویت عمل «انسان حرّ»، مصداق ضرر نیست که کسی بخواهد با «لاضرر» تدارکش کند و ضرر معنای خاصی دارد. اگر حابس، فردی را به زندان افکنده یا حبس کرده است که حساب بانکی‌اش خالی است و زن و بچه‌اش به عسر و حرج افتاده‌اند، این فرد می‌تواند لاضرر را جاری کند؛ اما اگر حساب بانکی فرد پر است و زندانی کردن او، ضرری را متوجه زن و بچه‌اش نمی‌کند، اگر این شخص یک هفته هم از کار باز بماند، هیچ مشکلی ایجاد نشده و فقط تفویت‌المنفعه صورت گرفته است نه ضرر، و بین ضرر و تفویت منفعت تفاوت است. لذا بر فرض که کسی مثل محقق اردبیلی، قاعده لاضرر را جاری بدانند، در پاسخش گفته می‌شود که دلیل اخص از مدعاست و همه موارد را شامل نمی‌شود.^۱

۱. استماع حضوری نگارنده مسئول در جلسه درس خارج فقه «کتاب الاجاره» استاد جواد مروی.

در پاسخ این فاضل معاصر می‌توان گفت: همان‌گونه که حکم به لزوم جبران ضرر، در مکاتب حقوق عرفی در باب ضمان قهری از دیرباز در بین عقلا وجود داشته و سپس تا حدی ارتقا یافت که در نظریه‌های جدیدتر حقوق عرفی رایج در جهان امروز هم (که تا حدودی در این مسئله به نظر اسلام نزدیک شده‌اند)، «حقوق مسئولیت» را از مجازات مقصر جدا می‌دانند (زیرا قصد و عمد و سوء نیت در تحقق ضرر و زیان، شرط نمی‌باشد و از آن به نام «حقوق جبران خسارت» یاد می‌شود)، چه بسا بر اثر همان فهم عقلا بوده باشد؛ زیرا خطرهای تازه‌ای که در نتیجه پیشرفت‌های صنعتی و فرآورده‌های آن ایجاد شده است، حداقل در مواردی ممکن است در نتیجه تقصیر هم نباشد؛ بلکه حتی بر اثر فعالیت‌های اقتصادی مفید و لازم برای جامعه هم به وجود آید، مثل پیدایش آلاینده‌های مضر کارخانه‌های تولیدی (گچ، سیمان، مواد پتروشیمی، حتی تشعشعات اندک نیروگاه‌های انرژی هسته‌ای و دیگر مراکز تولیدکننده رادیواکتیوها و رادیوداروها...) و نیز پس‌آب‌های کارخانه‌ها و صنایع تولیدی حتی غذایی که علی‌رغم میل قلبی صاحبان آن‌ها، سلامت جامعه و محیط زیست و حتی سلامت آب و خاک را برای مدت‌های طولانی تهدید می‌کند. از این رو منطق عدالت بشردوستانه ایجاب می‌کند که ضررهای ناشی از آن‌ها حتی الامکان جبران شود و حمایت از حقوق نسل موجود و نسل‌های آتی، معطل و رها و بدون پشتوانه نماند. اسلام نیز که از منطق حقوقی قوی عدالت‌محور برخوردار است و بلکه از پیشگامان این عرصه و مقدم بر سایر مکاتب حقوقی در مسیر عدالت‌گستری است، با استناد به «قاعده لاضرر» که برگرفته از «حدیث لاضرر» است، بعید است که در ایفای این نقش (در جهت جبران ضرر و جلوگیری از زیان‌های حتی ناخواسته) مخالفتی بنماید؛ به ویژه که در هر موردی که سخنی از ضمان قهری به میان می‌آید، یکی از مبانی مورد توجه به عنوان مدرک و مستند اصلی ضمان، همین «قاعده لاضرر» به ذهن می‌آید. پس این امکان وجود دارد که فقیه و حقوق‌دان مسلمان از طریق این قاعده بتواند به ضمان و لزوم جبران خسارات وارده بر محیط زیست و... حکم کند.

۶. نظر مشهور فقهای متأخر درباره ضمان تفویت منافع انسان در پرتو

قاعده لاضرر

در مقام واکاوی و بررسی دیدگاه مشهور فقهای متأخر درباره «ضمان تفویت منافع انسان در پرتو قاعده لاضرر» مناسب است حداقل به دیدگاه چند نفر از فقهای شاخص دو سه قرن اخیر در این باره اشاره شود. از این رو در ابتدای این بحث به بیان نظر وحید بهبهانی (در استناد به قاعده لاضرر برای اثبات ضمان ضرر و زیان) اشاره می‌گردد:

وحید بهبهانی در حاشیه «أسباب الضمان» از «کتاب الغصب» کتاب *مجمع الفائدة والبرهان* محقق اردبیلی، سبب ضمان را منحصر در «اتلاف» ندانسته و بر این رأی است که: «حکم فقها در موارد اضرار، به ضامن بودن شخص ضرررسان، فقط به استناد حدیث «لا ضرر ولا ضرار» می‌باشد». قدمای فقها و محدثین امامیه نیز در باب ضمان به خاطر غصب و یا اتلاف، به چیزی جز حدیث «لا ضرر ولا ضرار» و روایت شخصی به نام عبدالعزیز بن محمد از امام صادق علیه السلام برای ضمان استناد نکرده‌اند (وحید بهبهانی، ۱۴۱۷: ۶۱۸). این هم می‌تواند بیانگر استحکام و توسعه گستره شمول قاعده «لاضرر» باشد.

بنابراین می‌توان از این سخن وحید بهبهانی، «اثبات ضمان تفویت منافع انسان در پرتو قاعده لاضرر» را استفاده کرد؛ زیرا همچنان که اشاره شد ایشان بر این باور است که در باب ضمانات، خود «اضرار» به غیر، یک سبب مستقل برای اثبات ضمان بر واردکننده ضرر است و به عبارتی، در هر موردی که پای اضراری در میان باشد، «قاعده لاضرر» را باید در عرض اسبابی همچون «اتلاف» و «تسبیب»، سببی مستقل برای اثبات ضمان قرار داد؛ از آن جمله در جایی که «منافع انسانی تفویت شده باشد»،

۱. «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: من أخذ أرضاً بغير حقّها أو بنى فيها، قال: يرفع بناؤه وتسلم التربة إلى صاحبها ليس لعرق الظالم حقّ. ثمّ قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من أخذ أرضاً بغير حقّها كلف أن يحمل ترابها إلى المحشر؛ شنیدم که امام صادق علیه السلام فرمود: کسی که زمینی را به ناحق بگیرد یا در چنین زمینی خانه بسازد، خانه‌اش برداشته [و خراب] می‌شود و خاک به صاحبش تحویل می‌گردد؛ چون برای عرق [ریختن] ظالم [و زحمتی که برای ساخت بنا یا زراعت در زمین غصبی کشیده] حق و اجرتی نیست. سپس امام به نقل از پیامبر خدا صلى الله عليه وآله فرمود: کسی که زمینی را به ناحق غصب بگیرد، مجبور و مکلف می‌شود که خاک آن را به سوی محشر حمل کند» (حرّ عاملی، ۱۴۱۲: ۱۹/۱۵۷، ح ۲۴۳۶۳).

برای جبران خسارت آن به قاعده «لاضرر» استناد جست. افزون بر آن، از سخن فوق در همان حاشیه مجمع الفائدة والبرهان استفاده می‌شود که فقیهان پیشین نیز در باب ضمانات، نفس «اضرار» را سبب اصلی ضمان دانسته و حتی در مسئله غصب و اتلاف هم دلیل بر ضمان را «اضرار» تلقی نموده‌اند (همان).

از نگاه وحید بهبهانی، نسبت به ضمان «أعلى القیم» در غصب اموال قیمی، یا مال مثلی که مثل آن یافت نمی‌شود، نیز هیچ دلیلی به جز حدیث لاضرر مورد ندارد و مفاد حدیث لاضرر مبنی بر اینکه هر گونه ضرری باید تدارک شود و اثر آن از شخص زیان‌دیده برطرف گردد، قابلیت استناد در همه ابواب مرتبط با ضمانات را دارد.

بنابراین لازمه سخن وحید بهبهانی، حکم نمودن به ضمان در مسئله معروف «حبس حرّ کسوب» است؛ چون در این مسئله، فرض بر این است که شخص خطاکار با محبوس کردن فرد شاغلی که هر روز به تجارت و مانند آن اشتغال داشته است، مانع کسب او می‌شود. در حالی که مشهور فقها برای «تفویت منافع شخص حرّ صانع محبوس»، فتوا به عدم ضمان داده‌اند؛ به این دلیل که عنوان «مال» بر عمل و فرصت فوت‌شده تاجر یا صنعتگر صادق نیست و برخی نیز عقیده دارند که گستره قاعده «اتلاف» و تسبیب هم شامل آن نمی‌شود، همچنان که عمل صنعتگر با محبوس شدن وی تحت ید هم در نمی‌آید تا قاعده «علی الید» نسبت به آن جریان پیدا کند (علامه حلّی، ۱۴۱۴: ۳۲۸/۲؛ نجفی، ۱۳۶۵: ۴۰/۳۷؛ رشتی، ۱۳۲۲: ۱۵)؛ زیرا به نظر مشهور، عمل صنعتگر قبل از آنکه موضوع عقد معاوضی مثل اجاره اشخاص قرار گیرد، از نظر عرفی «مال» نیست. اگر اشکال شود که چگونه چیزی که مال نیست، موضوع عقدی قرار می‌گیرد که مالیت داشتن، شرط جواز مورد معامله آن است؟ پاسخ آن است که لازم نیست عوضین قبل از وقوع معامله «مال» باشند، بلکه اگر با انعقاد عقد، مالیت محقق شود، کافی است تا مورد اعتبار عقلا و موافق با اغراض آنان تلقی شود (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۳۶/۱؛ موسوی خویی، ۱۳۷۸: ۳۴/۲).

وحید بهبهانی در قالب تمثیل، به گسترده‌گی قلمرو «قاعده لاضرر» اشاره داشته و

می‌نویسد:

(... در زمان قحطی و گرانی، قیمت یک من گندم چه بسا به هزار دینار برسد.

آن وقت اگر ظالمی بیاید هزار من گندم از اموال مسلمانی، بلکه از یتیمی را غصب کند و برود در بازار [سیاه] روزگار قحطی به فروش برساند و از این راه به مال زیادی برسد، از آن طرف، خود آن مسلمان به خصوص آن یتیم مجبور بشود برای نجات جاننش در آن روزگار قحطی و گرانی و تأمین غذا [جهت سد جوع و نجات از مرگ و هلاکت] پول زیادی بپردازند و چه بسا جمعی از اعضای خانواده یا حیوانات آن‌ها بر اثر گرسنگی تلف بشوند، آن وقت در این اوضاع و احوال قحطی و گرانی که این غاصب، خود را مسلط بر طعام و غذای زیاد می‌بیند، آن را با قیمت بسیار بالا و گران می‌فروشد و با آن طعام غصبی، روزگار خود را بدون زحمت می‌گذرانند، در چنین شرایطی، آیا پذیرفتنی است که پس از رفع قحطی و بازگشت اوضاع به حالت عادی، آن ظالم غاصب بیاید هزار من گندم به یک دینار بخرد و به این استدلال که ضمان در مال مثلی به مثل است، فقط همان مقدار گندم غصب‌شده را تحویل آن یتیمان صاحب مال مغضوب بدهد و خود را از ضمان و مسئولیت مدنی آن برهاند؟! این در حالی است که اگر غصبی از سوی ظالم صورت نگرفته بود، آن کودکان یتیم نه تنها در رفاه بودند، بلکه از طریق فروش گندم مازاد بر احتیاج خویش، به اموال فراوانی نیز دست می‌یافتند. کدام ضرر از این بالاتر و چه فسادى از این بزرگ‌تر که بر اثر عمل غاصب ظالم، در سال قحطی دیون فراوانی بر عهده یتیمان بیاید و افزون بر آن، اموال و احشامشان نیز تلف گردند؛ در حالی که اگر غاصب طعام [جو، گندم، آرد، و...] آن‌ها را غصب نکرده بود، آنان خودشان و عائله، دام و احشامشان از زندگی مناسبی برخوردار می‌شدند و [حداقل] هیچ یک از آن‌ها از گرسنگی نمی‌مردند؛ بلکه با فروش مازاد طعام خود و دامشان در زمان گرانی و بالا رفتن قیمت‌ها، از یک ثروت عظیمی هم برخوردار می‌شدند، نه اینکه با غصب شدن اموالشان، دین و بدهکاری سنگینی بر دوش آن‌ها بار گردد. حال نباید گفت که کدام ضرر، بزرگ‌تر از این ضرر و کدام فساد و رفتار زشتی، فسادش شدیدتر از این فساد است» (وحید بهبهانی، ۱۴۱۷: ۶۱۸-۶۱۹).

ممکن است اشکال شود که ضمان غاصب نسبت به مال مثلی، همان مثل است و او باید همان مقدار گندمی را که غصب نموده، بازگرداند؛ ولی حاکم مبسوط‌الید می‌تواند او را به خاطر عدم رعایت انصاف و نادیده گرفتن «مروت»، تعزیر مالی کند و مبالغی از غاصب به عنوان مجازات تعزیری بگیرد و به کسانی بپردازد که مالشان در زمان ارزشمند بودن، غصب شده است. هرچند در مقابل این نظریه، این امکان و

احتمال وجود دارد که در مقام پاسخ از این اشکال، به نظر برخی دیگر از فقها استناد شود که می‌گویند:

«تعزیر مالی مورد اتفاق همه فقها نیست و [بلکه] برخی تعزیر را منحصر به مجازات بدنی می‌دانند» (صافی گلپایگانی، ۱۴۳۵: ۸۴).

و به فرض جواز تعزیر مالی، تضمینی وجود ندارد که اولاً حاکم همه جا حکم به «تعزیر مالی» کند و ثانیاً آن «مال الخساره» معادل ضرر فرد مغضوب‌منه باشد و ثالثاً حاضر بشود آن «محکوم‌به» را به زیان‌دیده تسلیم کند. آنچه وحید بهبهانی بیان می‌کند این است که: حکم به ضمان غاصب به اندازه ضرری است که بر اثر کاهش قیمت بازار بر زیان‌دیده وارد شده و به استناد «لاضرر» باید جبران شود.

غیر از وحید بهبهانی، فقیهان دیگری نیز در باب «تفویت منافع انسان»، فتوای به ضمان داده‌اند (ر.ک: طباطبایی حائری، ۱۴۲۲: ۱۶/۱۴؛ مدرس، ۱۴۰۸: ۱۰۶)؛ با این ویژگی که سیدحسن مدرس بعد از ادعای ظهور اتفاق نسبی و فی‌الجمله از ناحیه اصحاب و فقهای امامیه بر ضمان تفویت منافع انسان، در مقام اقامه دلیل برای لزوم ضمان و جبران خسارت وارده از ناحیه تفویت منافع انسان، به صحیحۀ ابی‌ولاد (طوسی، ۱۳۹۸: ۲۵۸-۲۵۶/۷) استناد نموده و می‌گوید:

«ویدل علی ذلك بعد ظهور الاتفاق من الأصحاب عليه في الجملة، صحیحة ابی‌ولاد، فإنها ظاهرة بل صریحة في ضمان ما ذكر» (مدرس، ۱۴۰۸: ۱۰۶).

محقق اردبیلی نیز در همین مسئله به آیات نفی ظلم (بقره/ ۲۷۹)، معاقبه به مثل (نحل/ ۱۲۶) و اعتداء (بقره/ ۱۹۴؛ شوری/ ۴۰) استدلال کرده است (محقق اردبیلی، ۱۳۶۲: ۵۱۳/۱۰). در بین معاصران هم سیدمحمد حسینی شیرازی در بخش «کتاب الغصب» از موسوعه الفقه بعد از نقل نظر و دیدگاه مشهور درباره منافع شخص حرّ که قائل به عدم ضمان می‌باشند، با این استدلال که: «چون منافع انسان حرّ تحت ید و سلطه کسی قرار نمی‌گیرد، پس قابل ضمان نیست»، بلافاصله می‌نویسد: «والظاهر الضمان كما ذكره غير المشهور». سپس برای قابل ضمان بودن منافع حرّ به آیات نفی ظلم (بقره/ ۲۷۹)، معاقبه به مثل (نحل/ ۱۲۶)، اعتداء (بقره/ ۱۹۴) و ﴿جَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا﴾ (شوری/ ۴۰) و نیز به برخی روایات

استدلال، و در پایان هم به «لاضرر» استناد نموده است (حسینی شیرازی، ۱۴۰۹: ۷۸/۷۱). هرچند برخی از فقهای سده‌های اخیر از جمله حسینی مراغی بر این باورند که خسارت ایجادشده از راه «تفویت منافع»، موجب ضمان نیست؛ زیرا بر عدم دستیابی به منفعت انتظاری، «تفویت منافع انسان» و ضرر مالی صدق نمی‌کند. از باب مثال، اگر شخصی بخواهد زمین خودش را کشت و زرع نماید یا روی آن بنایی تأسیس کند، اما دیگری مانع انجام این کار شود، چنین منعی مصداق «ضرر در مال» نیست؛ زیرا مالی وجود ندارد تا دچار کمبود شود. به همین ترتیب اگر شخصی، مالک مالی است که می‌خواهد آن را به بالاترین قیمت بفروشد و دیگری مانع فروش آن شود تا قیمت مال پایین بیاید، ضرر مالی به وی وارد نکرده است؛ چرا که عین مال او موجود است و بر سود حاصل از فروش قبل از تحقق معامله، مال صادق نیست تا از فقدان آن، ضرر لازم آید (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۱/۳۱۰؛ نراقی، ۱۳۷۵: ۵۰).

قابل ذکر است که صاحب جواهر در ذیل کلام محقق حلّی: «لو حبس صانعاً لیضمن أجرته ما لم ینتفع به»، ابتدا طرفین قضیه را به صورت مفصل بررسی کرده و بعد از تصریح به حکم اصحاب به عدم ضمان در آن فرض، بدون اینکه مخالفی در بین آنان باشد، بلافاصله با دقت محققانه خود می‌فرماید:

«اگرچه علامه در تذکرة الفقهاء از این قول به عدم ضمان، به لفظ اقوی تعبیر کرده است، که بیانگر این است که در "حبس صانع" قول دیگری هرچند غیر قوی مبنی بر احتمال ضمان وجود دارد؛ بلکه محقق اردبیلی در مجمع الفائده والبرهان، قول به احتمال ضمان حابس را به دلایل ذیل قوی دانسته است: اولاً به خاطر قاعده نفی ضرر و ثانیاً به خاطر اینکه حابس شخص صانع، ظالم و متعدی است، بنابراین مشمول این سخن خداوند متعال واقع می‌شود که فرمود: ﴿فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ (بقره/۱۹۴) و ﴿جَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا﴾ (شوری/۴۰) و نیز دیگر آیاتی که بر تقاص و مقابله به مثل دلالت دارد از قبیل: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ...﴾ (نحل/۱۲۶). پس حکم به ضمان به استناد این آیات، به خاطر ضرر رساندن و ظلم و تعدی کردن است نه به جهت غصب، تا گفته شود غصب که مقتضی ضمان نیست؛ زیرا مغضوب [شخص حرّ محبوس] مال به حساب نمی‌آید که بعد به تبع آن شخص حابس ضامن منافعش باشد» (نجفی، ۱۳۶۵: ۳۷/۳۹).

صاحب جواهر تقریباً عمده اقوال مطرح درباره «حبس صانع» تا زمان خودش را از نظر گذرانده و از آن جمله، به تمایل سیدعلی طباطبایی صاحب *ریاض المسائل* به ضمان حابِس (به این جهت که او سبب تفویت منافع شخص محبوس صاحب حرفه گردیده است)، اشاره نموده است (همان).

همچنین ایشان سخن دیگری از صاحب *ریاض بیان* می‌کند که می‌گوید:
 «به احتمال قوی آنچه اصحاب [درباره عدم ضمان منافع فوت‌شده شخص محبوس] گفته‌اند، اختصاص به موردی دارد که حبس شخص حرّ، مستلزم تفویت منافعش نباشد. مفهوم این سخن آن است که اگر ملازمه بین حبس شخص حرّ و تفویت منافعش باشد، آنجا به احتمال قوی ضمان هست» (طباطبایی حائری، ۱۴۲۲: ۱۶/۱۴).

این بیان هم تأکید دیگری است بر نظر ایشان که وجود ضمان نسبت به تفویت منافع انسان حرّ کسوب را علی‌الاقوی محتمل می‌دانست.

همچنین صاحب جواهر در ادامه کلامش در بررسی اقوال فقهای پیش از خود می‌گوید:

«چه بسا این حکم [به ضامن بودن شخص حابِس نسبت به منافع از دست‌رفته شخص محبوس صاحب حرفه]، از [سخن علامه در] *تذکرة الفقهاء* هم استفاده بشود؛ زیرا علامه بعد از تصریح به آنچه اصحاب [درباره حکم حبس صانع صاحب حرفه] مطرح کرده‌اند، در عنوان همین بحث گفته است: منفعت شخص حرّ در صورت تفویت [به سبب کسی] ضمان آور است نه در صورت فوت شدن [خودبه‌خود و بدون سبب]» (نجفی، ۱۳۶۵: ۳۹/۳۷).

این سخن ایشان صراحت دارد در اینکه به نظر ایشان، مشهور فقها فرق گذاشته‌اند بین محبوسی که صاحب حرفه باشد و حبس‌شده‌ای که صاحب حرفه نباشد. اگر شخص حبس شده، صاحب حرفه و شغل بوده باشد، حابِس ضامن منافع فوت‌شده در مدت حبس می‌باشد؛ چون او سبب فوت منافع محبوس گردیده است و اما اگر صاحب حرفه نبوده، حابِس ضامن نخواهد بود؛ چون چنین محبوسی دارای منفعتی نبوده که حابِس سبب تفویت آن شده باشد. صاحب جواهر تقریباً در جمع‌بندی این اقوال به‌عنوان نتیجه می‌گوید: در حد برداشت احتمالی ما از حکم اصحاب به نفی ضمان،

مراد آنان همین شق دوم یعنی نفی ضمان نسبت به حبس شخص بی‌شغل و درآمد است. در این هم شبهه‌ای نیست (همان: ۳۹/۳۷-۴۰). مفهومش این است که برداشت احتمالی صاحب جوهر از نظر فقهای که به سخن آنان اشاره کرد، این است که آنان هم احتمال ضمان تفویت منافع شخص مجبوس صاحب حرفه را منتفی نمی‌دانند.

به هر حال ایشان بعد از این تحلیل و برداشت اولیه، در پاسخ کسانی چون محقق اردبیلی و صاحب ریاض که در مسئله «کسب حرّ کسوب»، به دلیل «لاضرر» و آیات نفی ظلم و عدوان استناد کرده‌اند، چنین می‌گویند: «قلت: لا یخفی فساد الاحتمال المزبور علی من لاحظ کلمات الأصحاب...». گویا می‌خواهد بفرماید که احتمال ضمان نسبت به تفویت منافع انسان کسوب (صانع و صاحب حرفه) هم فاسد و نادرست است؛ و مراد از لفظ «تفویت» در عبارت *تذکرة الفقهاء*، استیفای منفعت است؛ همچنان که سخن علامه حلّی به روشنی مشعر و گویای همین مطلب است که مراد ایشان از «تفویت» در *تذکرة الفقهاء* موردی است که منفعت شخص مجبوس استیفا شده باشد، آنجا که می‌فرماید:

«منفعة بدن الحرّ تضمن بالتفویت لا بالفوات. فلو قهر حرّاً واستعمله فی شغل ضمن أجرته، لأنّه استوفی منافعه وهی متقوّمة، فلزمه ضمانها، کما لو استوفی منافع العبد. ولو حبسه مدّة لمثلها أجره وعطل منافعه فالأقوی أنّه لا یضمن الأجرة، لأنّ منافعه تابعة لما لا یصحّ غصبه... لأنّ الحرّ لا یدخل تحت الید، فمنافعه تفوت تحت یده، فلم یجب ضمانها بخلاف الأموال...» (علامه حلّی، بی‌تا: ۳۸۲/۲).

صاحب جوهر بعد از استشهاد به این بخش از سخن علامه در *تذکرة الفقهاء* می‌گوید: «و آن کلام علامه به منزله سخن صریح است درباره آنچه ما بیان کردیم، مبنی بر اینکه تسبیبی را که ذکر نموده است، وقتی ضمان را اقتضا می‌کند که آن تسبیب به تلف اموال تعلق گرفته باشد و منافع شخص حرّ قبل از استیفا وجود خارجی ندارد [و مال به حساب نمی‌آید]. پس زمینه‌ای برای سبب شدن در تلف آن منافع و ضمانش متصور نیست؛ به خصوص که اگر چنین حکم نفی ضرر مستفاد از حدیث لاضرر که مربوط به تلف اموال است، برای منفعت تلف‌شده انسان نیز استنباط بشود، پیدایش فقه جدید لازم خواهد آمد و فقیه [ناخواسته] باید به فروعی ملتزم شود که در فقه سابقه نداشته است» (نجفی، ۱۳۶۵: ۴۰/۳۷).

این اشکال از سوی ایشان نشان می‌دهد که صاحب جواهر، امکان دلالت حدیث بر لزوم جبران هر ضرری را دور از انصاف نمی‌داند. در عین حال از افتاء بر اساس این استنباط، به دلیل پیامدهای آن، که به قول ایشان پیدایش فقه جدید است، خودداری کرده و از استناد به قاعده لاضرر در استنباط حکم به ضمان تقویت منافع انسان سر باز زده است. در مقابل این ایراد از سوی صاحب جواهر (و فتوا ندادن ایشان به ضمان تقویت منافع به استناد قاعده لاضرر)، برخی از فقهای بزرگ معاصر بر این باورند که در چنین مواردی احتمال می‌رود که تدارک ضرر وارد شده، از فروع و لوازم نفی حکم ضرری باشد؛ زیرا هدف اصلی، جبران زیان است و رفع حکم ضرری نیز به عنوان یکی از وسایل جبران ضرر، مورد استفاده واقع می‌شود. باقی گذاردن منبع ضرر نیز در حکم رضای شارع به ورود مجدد آن ضرر در آینده است؛ امری که در حدیث لاضرر نفی شده است؛ چنان که در مطالب پیش گفته به مرافعه انصاری و سمره بن جندب در محضر پیامبر و تصمیم حاکمیتی پیامبر اشاره گردید، که حضرت در مقام خشکاندن ریشه فتنه، حکم به قلع درخت سمره کرد، با بیان این حکم تاریخی: «لا ضرر ولا ضرار فی الإسلام». گویا آن حضرت، قلع درخت سمره از یک طرف و فیصله یافتن نزاع بین او و مرد انصاری به صورت ریشه‌ای از سوی دیگر را به روشنی ملازم یکدیگر می‌دید. پس استناد به اطلاق حدیث لا ضرر محدودیت ندارد، مگر در جایی که دلیل متقنی بر خلاف مفاد و محتوای جریان آن قاعده وجود داشته باشد.

۷. گسترش قلمرو قاعده لاضرر، زمینه‌ساز اجرای عدالت

(و پیشگیری از زیان)

در حقوق اسلام، «قاعده لاضرر» قلمروی گسترده‌تر از مسئولیت مدنی به معنای مرسوم در حقوق عرفی دارد، تا جایی که دست کم جمعی از فقیهان، از آن به عنوان حکم ثانوی و محدودکننده استفاده کرده‌اند، تا هر جا که ضرر نامشروع یا نامتناسبی از احکام ناشی شود، از آن پرهیز کنند. برای مثال، اگر حکم لزوم قراردادهای در موردی باعث ایجاد ضرر شود، قاعده لاضرر این حکم را تعدیل می‌کند و برای زیان‌دیده حق

بر هم زدن عقد را ایجاب می‌نماید. بر همین مناسبت که خیار فسخ به عنوان وسیله جبران خسارت، با مسئولیت مدنی ارتباط پیدا می‌کند. به بیان دیگر، قاعده لاضرر یکی از عوامل اجرای عدالت و تأمین برابری سود و زیان و وسیله ایجاد تعادل در روابط اقتصادی و اجتماعی است.

۱-۷. گستره قاعده لاضرر و تأثیر آن در پذیرش ضمان قهری تفویض

منافع انسان

با توجه به مطالب یادشده، اگر مراد «لاضرر» نفی حکم ضرری باشد، بر دلایل سایر احکام حکومت دارد؛ بدین معنا که هر گاه بین اجرای حکمی با این قاعده تزامنی ایجاد شود، باید «جبران ضرر» را حاکم دانست (غروی نائینی، ۱۴۲۱: ۲۱۳/۲؛ انصاری، ۱۳۷۵: ۲۷۳)؛ همچنان که بر همین مبنا، در ماده ۱۳۲ قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران هم آمده است:

«در مقام تزامنی قاعده تسلیط و "لاضرر"، باید از اختیار مالک کاست تا ضرری به همسایه نرسد، مگر اینکه تصرف به منظور رفع ضرر یا رفع حاجت مالک باشد».

بنابراین «قاعده لاضرر»، حکم تعبدی و خلاف قاعده نیست که محصور در املاک بماند. بلکه افزون بر مفاد قاعده لاضرر، عقل نیز جبران ضرر ناروا را لازم می‌داند و همین امر سبب گسترش قلمرو قاعده به تمام مواردی است که از فعل شخص یا حکمی، ضرری به دیگری برسد که ناروا و ستم باشد، یا شخص به اقدامی دست زند که مضر به حال عموم باشد، مانند اختلال در نظم راه عمومی (حرّ عاملی، ۱۴۱۲: ۲۴۱/۲۹).

نسبت به اینکه ضرر مادی و صدمات بدنی مشمول قاعده لاضرر باشد، تردید قابل توجهی وجود ندارد، و تنها در مورد «منافع از دست رفته» است که جمعی از فقها، آن را در زمره ضررهای مادی نیاورده‌اند؛ همچنان که از میرزای قمی در جامع‌الاشتات نقل شده است که در جواب استفتایی فرمود:

«... بنا بر مشهور که غرامت منافی که از کسب حاصل شود، مضمونه نیست، مثل اینکه کسی مانع دیگری از بیع متاعش شود و سپس قیمت آن متاع نازل شود، هر چند قولی از شهید نقل شده که آن هم مضمونه است و باید غرامت بدهد...» (جیلانی قمی، ۱۳۷۱).

۸. بررسی نظر فقیهان قائل به ضمان تفویض منافع انسان به استناد لاضرر

برخی فقها برای ثبوت ضمان در اتلاف عمل انسان کسوب گفته‌اند: دلیل ما حدیث لاضرر است؛ به این بیان که با حبس این فرد و اتلاف عملش، حبس‌کننده بر او ضرر وارد کرده است و بر طبق حدیث نبوی «لا ضرر ولا ضرار فی الإسلام» و به حکم و مفاد آن حدیث، ضمان بر واردکننده ثابت است.

سیدجواد عاملی در *مفتاح الکرامه* به مقدس اردبیلی نسبت داده که به باور ایشان، عمل انسان کسوب ضمان دارد، «لأنّ فی عدم ضمانه ضرر»، که تمسک به لاضرر کرده است و نیز یکی از شاگردان امام خمینی به ایشان نسبت می‌دهد که عمل انسان کسوب قبل از تعلق عقد هم اگر فوت شود، ضمان دارد به خاطر قاعده لاضرر (قدیری، ۱۴۱۹: ۲۹۰-۲۹۳).

در صفحات پیشین گذشت که یکی از اساتید معاصر، انتساب این نظریه به امام خمینی را درست نمی‌داند؛ با این استدلال که امام خمینی برای اثبات این حکم با توجه به مبانی اش، قطعاً نمی‌تواند به قاعده لاضرر تمسک کند؛ چون ایشان قاعده لاضرر را از احکام حکومتی می‌داند و به همین خاطر تصریح می‌کند که «لاضرر» با احکام اولیه هیچ نسبت‌سنجی نمی‌شود. گواه بر این امر، آن است که خود امام خمینی در *کتاب البیع*، دلیل بر ضمان عمل انسان کسوب را بنای عقلا یا حکم عقلایی دانسته و گفته است:

«حکم عقلا بر این است که تفویض عمل انسان حرّ کسوب ضمان آور است؛ چون ظاهر این است که شارع مقدس در اینجا طریق جدیدی جعل نکرده است. لذا قائلیم که عمل حرّ کسوب ضمان آور است» (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۴۰/۱).

پس روشن است که خود امام خمینی در *کتاب البیع* به حکم عقلا تمسک کرده است.

همچنین از سخن آیه‌الله خویی در *مصباح الفقاهه* استفاده می‌شود که ایشان نیز منافع تفویض‌شده حرّ کسوب محبوس و بازمانده از عمل و کار را به استناد سیره قطعی عقلا موجب ضمان می‌داند (موسوی خویی، ۱۳۷۸: ۳۶/۲).

همچنین در مطالب پیشین از آن استاد جواد مروی نقل شد که فرمود حتی اگر قاعده لاضرر را هم مثبت حکم بدانیم که نمی‌دانند، باز هم این دلیل اخص از مدعا خواهد بود؛ زیرا همه جا «تفویت عمل انسان حرّ» مصداق ضرر نیست که کسی بخواهد با «لاضرر» تدارکش کند و ضرر معنای خاصی دارد. اگر حابس فردی را به زندان انداخته یا حبس کرده که حساب بانکی‌اش خالی است و زن و بچه‌اش به عسر و حرج افتاده‌اند، چنین فرد محبوسی می‌تواند لاضرر را جاری کند؛ اما اگر حساب بانکی فرد پر است و حبس وی ضرری متوجه زن و بچه‌اش نمی‌کند، اگر چنین شخصی یک هفته هم از کار باز بماند، هیچ مشکلی ایجاد نمی‌شود و اینجا «تفویت المنفعه» صورت گرفته است نه ضرر، و بین ضرر و تفویت منفعت تفاوت است. لذا بر فرض که کسی مثل محقق اردبیلی قاعده لاضرر را جاری بدانند، در پاسخش گفته می‌شود: دلیل اخص از مدعاست و همه موارد را شامل نمی‌شود.^۱

هرچند ممکن است حداقل برخی از ایرادهای استاد جواد مروی نسبت به صحت انتساب نظر بهره‌گیری از قاعده لاضرر به امام خمینی، بر انتساب‌دهنده وارد باشد، اما در مجموع، نظر فقها درباره اینکه آیا لزوم جبران ضرر یا به اصطلاح حقوقی «ضمان قهری» را نیز می‌توان از قاعده لاضرر استنباط کرد، مختلف است:

فقهایی که مفاد قاعده را «نهی ضرر جبران‌نشده» یا «نهی اضرار به غیر» می‌دانند، از این قاعده برای اثبات ضمان و مسئولیت کسی که عامل ورود زیان بوده است، استفاده می‌کنند؛ زیرا اگر مقصود نفی ضرر جبران‌نشده یا نهی از اضرار باشد، تدارک ضرر از لوازم این نفی است؛ چنان که در عرف نیز نهی از پذیرش هدیه بی‌عوض، کنایه از این است که هدیه را بی‌عوض مگذار و هر احسان را به احسان مقابل پاداش بده (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۱/۱۸۲). همچنین نهی از امری، دلالت بر حرمت بقای آن می‌کند و لازمه آن وجوب رفع ضرر است (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۱/۳۱۰-۳۱۱). ولی بیشتر کسانی که حکم ضرری را منفی می‌دانند، قاعده لاضرر را حکم اثباتی نمی‌بینند و برای اثبات ضمان قهری کافی نمی‌شناسند (غروی نائینی، ۱۴۲۱: ۲/۲۰۱).

۱. استماع حضوری نگارنده مسئول در جلسه درس خارج فقه «کتاب الاجاره» استاد جواد مروی.

با وجود این تفاوت دیدگاه و ایرادات از سوی برخی محققان، باز هم این احتمال منتفی نیست که تدارک ضرری که وارد شده، از فروع و لوازم نفی حکم ضرری باشد؛ زیرا هدف اصلی، جبران زیان است و رفع حکم ضرری نیز به عنوان یکی از وسایل جبران ضرر، مورد استفاده واقع می‌شود. باقی گذاردن منبع ضرر نیز در حکم رضای شارع به ورود آن در آینده است؛ امری که (بنا بر آنچه در صفحات پیش بیان شد) در حدیث لاضرر نفی شده است. نیز نسبت به ایراد اول استاد جواد مروی بر سخن محمدحسن قدیری، می‌شود این سؤال را مطرح کرد که آیا بین استناد امام خمینی در کتاب البیع^۱ به بنای عقلا و یک حکم عقلایی دانستن آن (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۴۰/۱) و سخن و برداشت قدیری از سخن منسوب به امام خمینی^۲ از نظر نتیجه تهاافت و تفاوتی دیده می‌شود؟ که ظاهراً چنین نیست؛ به ویژه که ایشان در پایان می‌گوید:

«... تقریب قاعده لاضرر بر مبنای سیدالاستاذ الامام... کفایت می‌کند در مصحح اینکه کسی که به دیگری ضرر رسانده، در مقابل او ضامن باشد. پس حکم به ضمان و اگرچه امر ثبوتی است و قاعده لاضرر نفی ضرر می‌کند، الا اینکه کفایت همان امر ثبوتی برای ادعا [حکم به ضمان به استناد قاعده لاضرر] موجب و سبب است بر دلالت آن بر ضمان» (قدیری، ۱۴۱۹: ۲۹۳).

نتیجه‌گیری

اثبات «ضمان تقویت منافع انسان» در پرتو قاعده لاضرر، علی‌رغم وجود دیدگاه‌های مختلف در بین فقها، حتی با استناد به روش‌های سنتی و متداول در فقه به ویژه به مفاد و روح برخی روایات همچون صحیح‌ه ابی‌ولاد، دور از صواب نیست، بلکه امکان پذیرش آن وجود دارد؛ زیرا شخصی که با رفتار زیانبار یا ترک وفای به عهد، دیگری را از سودهای مسلم‌الحصول محروم کرده، بر عمل وی عنوان «اضرار» صادق است و «اضرار به غیر» در فرض صدقش می‌تواند خود سببی جداگانه برای ضمان، در کنار اتلاف، تسبیب و غصب قرار گیرد.

۱. «حکم عقلا بر این است که تقویت عمل انسان حرّ کسوب ضمان‌آور است».

۲. «عمل انسان کسوب قبل از تعلق عقد هم اگر فوت شود، ضمان دارد به خاطر قاعده لاضرر».

کتاب شناسی

۱. قرآن کریم.
۲. آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، کفایة الاصول، قم، مؤسسة آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۰۹ ق.
۳. ابن اثیر جزری، مجدالدین ابوالسعادات مبارک بن ابی الکریم محمد بن محمد بن عبد الکریم بن عبد الواحد شیبانی موصلی، النهایة فی غریب الحدیث والاثر، تحقیق طاهر احمد الزاوی، محمود محمد الطناحی، ریاض، دار ابن الجوزی، ۱۴۲۱ ق.
۴. انصاری، مرتضی بن محمد امین، رسائل فقهیه (جلد ۲۳ از مجموعه ۳۰ جلدی تراث الشیخ الاعظم)، قم، لجنة تحقیق تراث الشیخ الاعظم، ۱۴۱۴ ق.
۵. همو، فرائد الاصول، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۶. همو، کتاب المکاسب، به خط طاهر خوشنویس، چاپ دوم، تبریز، چاپخانه اطلاعات، ۱۳۷۵ ق.
۷. جوهری، اسماعیل بن حماد، معجم الصحاح؛ قاموس عربی - عربی، تحقیق خلیل مأمون شیخا، چاپ سوم، بیروت، دار المعرفه، ۱۴۲۸ ق.
۸. جیلانی قمی، میرزا ابوالقاسم بن محمد حسن، جامع الشتات فی اجوبه السؤالات، تصحیح مرتضی رضوی، تهران، کیهان، ۱۳۷۱ ش.
۹. حرّ عاملی، محمد بن حسن، تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعه، قم، مؤسسة آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۲ ق.
۱۰. حسینی سیستانی، سیدعلی، قاعدة لا ضرر ولا ضرار، بیروت، دار المورخ العربی، ۱۴۱۴ ق.
۱۱. حسینی شیرازی، سید محمد، الفقه؛ موسوعة استدلالیة فی الفقه الاسلامی، چاپ دوم، بیروت، دار العلوم، ۱۴۰۹ ق.
۱۲. حسینی عاملی، سید جواد بن محمد، مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۸ ق.
۱۳. حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح بن علی، العناوین الفقهیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۱۴. خوری شرتونی لبنانی، سعید، اقرب الموارد فی فصیح العربیة والشوارد، تهران، دار الاسوه، ۱۳۷۴ ش.
۱۵. رشتی، میرزا حبیب الله، کتاب المنصب، چاپ سنگی، تهران، بی نا، ۱۳۲۲ ق.
۱۶. صافی گلپایگانی، لطف الله، الرسائل الفقهیه من فقه الامامیه (الرسالة الاولى فی التعزیر - انواعه و ملحقاته)، قم، واحد نشر بین الملل دفتر آیه الله صافی گلپایگانی، ۱۴۳۵ ق.
۱۷. صدوق، محمد بن علی بن حسین بن موسی بن بابویه قمی، من لایحضره الفقیه، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۱۸. طباطبایی حائری، سیدعلی بن محمدعلی، ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل، قم، مؤسسة آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۲۲ ق.
۱۹. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، تهذیب الاحکام، تحقیق سیدحسن موسوی خراسان، تهران، دار الکتب الاسلامیه، بی تا.
۲۰. همو، تهذیب الاحکام فی شرح المقنعة للشیخ المفید، تصحیح و تعلیق علی اکبر غفاری، چاپ دوم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۹۸ ش.
۲۱. علامه حلی، ابومنصور جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تذکرة الفقهاء، قم، مؤسسة آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ ق.

۲۲. همو، تذکرة الفقهاء، طبع رحلی، بی جا، بی نا، بی تا.
۲۳. غروی نائینی، میرزا محمدحسین، منیة الطالب فی شرح المکاسب، تقریر موسی بن محمد نجفی خوانساری، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۱ ق.
۲۴. فاضل تونی، عبدالله بن محمد بشروی خراسانی، الوافیة فی اصول الفقه، تحقیق سیدمحمدحسین رضوی کشمیری، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۵ ق.
۲۵. فراهیدی، خلیل بن احمد، ترتیب کتاب العین، تحقیق مهدی مخزومی و ابراهیم سامرائی، قم، اسوه، ۱۴۱۴ ق.
۲۶. قدیری، محمدحسن، الاجاره، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۲۷. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، الکافی، تصحیح علی اکبر غفاری، چاپ چهارم، بیروت، دار صعب و دار التعارف، ۱۴۰۱ ق.
۲۸. محقق اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الاذمان الی احکام الایمان، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۶۲ ش.
۲۹. مدرس، سیدحسن، الرسائل الفقهیه، تحقیق ابوالفضل شکوری، تهران، ستاد بزرگداشت پنجاهمین سالگرد شهادت مدرس، ۱۴۰۸ ق.
۳۰. موسوی بجنوردی، سیدحسن بن آقابزرگ، القواعد الفقهیه، قم، الهادی، ۱۴۱۹ ق.
۳۱. موسوی خمینی، سیدروح الله، کتاب البیع، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ ق.
۳۲. موسوی خوئی، سیدابوالقاسم، مصباح الفقاهة فی المعاملات، تقریر محمدعلی توحیدی تبریزی، چاپ دوم، قم، نشر مهدی حاجیانی، ۱۳۷۸ ش.
۳۳. نجفی، محمدحسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، چاپ دوم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۵ ش.
۳۴. نراقی، ملا احمد بن محمد مهدی، عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال والحرام، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۵ ش.
۳۵. وحید بهبهانی، محمدباقر بن محمد اکمل، حاشیة مجمع الفائدة والبرهان، قم، کنگره بزرگداشت مقدس اردبیلی، ۱۴۱۷ ق.

بررسی مسئولیت

واگذاری اراضی مستثنیات

ناشی از خطا در تشخیص اراضی ملی*

- مجیدرضا شیخی نصرآبادی^۱
- سیدحسن وحدتی شبیری^۲
- محمدعلی سعیدی^۳
- سیدسعید موسوی نژاد نائینی^۴

چکیده

در یک تقسیم‌بندی کلان زمین، اراضی کشور به دو قسمت اراضی ملی و اراضی مستثنیات تقسیم می‌گردد که در مرحله اجرای قانون ملی شدن، گاهی اراضی مستثنیات به عنوان اراضی ملی تشخیص داده شده و سپس به منظور بهره‌برداری برای ایجاد طرح‌های خدماتی، صنعتی و کشاورزی به اشخاص ثالث واگذار می‌گردد. نیک روشن است که ممیزی و تشخیص اراضی ملی نیز مانند

* تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۲/۲۶ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۵/۹.

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی (نویسنده مسئول) (alfeghh@yahoo.com).
۲. دانشیار دانشگاه قم (vahdati11@gmail.com).
۳. استادیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی (saeedi_mha@yahoo.com).
۴. کارشناس منابع طبیعی (hoghoghi@manabeisf.ir).

سایر فعالیت‌های بشری، فرایندی آمیخته با خطای انسانی است و در حقیقت، پرسش اصلی این تحقیق آن است که مسئولیت جبران خسارات مجریان طرح‌های واگذاری که به علت خطا و اشتباه در ملی‌انگاری اراضی مستثنیات رخ می‌دهد، بر عهده کیست؟ آیا دولت با وصف کلی دولت مسئول است یا عاملان دولت یعنی دستگاه‌های اجرایی همچون مرجع تشخیص یا مرجع واگذاری مسئول می‌باشند یا کارگزاران دولت یعنی اشخاص حقیقی صاحب سمت در فرایند ممیزی و تشخیص اراضی ملی مانند ممیز یا جنگل‌دار مسئول جبران خسارت بوده و یا شخص خاصی ضامن نیست؟ این نوشتار، نخست به مطالعه فرایند تشخیص اراضی ملی و سپس به بررسی واگذاری نادرست، مسئولیت مراجع مربوطه در جبران خسارات وارده و همچنین به ضمان درک ناشی از اشتباه در تشخیص اراضی ملی از دیدگاه قانون مدنی و قوانین و مقررات خاص پرداخته است. دستاورد این جستار که به روش تحلیلی - توصیفی نگارش یافته، این است که اصولاً دولت یا اشخاص دولتی یعنی مرجع تشخیص و مرجع واگذاری، به خاطر عدم تقصیر شخصی و اداری و اینکه تشخیص و واگذاری اراضی ملی، عملی حاکمیتی می‌باشد، مسئول جبران خسارات مجری طرح واگذاری نیستند و مرجع واگذاری نیز صرفاً موظف به استرداد ثمن یا اجاره‌بهاست و گراماتی چون کاهش ارزش پول و هزینه سرمایه‌گذاری بر عهده دولت نیست. در انتها نیز چند راه حل جهت جلوگیری از تبعات واگذاری اراضی مستثنیات پیشنهاد شده است.

واژگان کلیدی: تشخیص اشتباه اراضی ملی، مسئولیت ممیزی اراضی ملی، مسئولیت دولت، واگذاری فضولی، مستحق للغير.

مقدمه

اعتراض به ملی شدن، از جمله دعاوی رایج و شایعی است که سالیانه میزان قابل توجهی از دعاوی دادگاه‌های کشور را تشکیل می‌دهد. گاهی پیش می‌آید که محاکم دادگستری، آن دسته از اراضی را که قبلاً توسط ادارات منابع طبیعی ملی تشخیص داده شده و به اشخاص ثالث واگذار گردیده است، به عنوان اراضی مستثنیات اعلام می‌کنند و صاحبان اصلی زمین به استناد حکم دادگاه، به طرح دعوی خلع ید و مطالبه اجرة‌المثل و خسارات علیه واگذارگیرنده اقدام می‌نمایند. شخص ثالث نیز که با سختی فراوان و طی فرایند زمانبر اداری و کسب مجوزهای لازم و صرف هزینه جهت

ایجاد طرحی خدماتی، صنعتی یا کشاورزی، با استقرار تأسیسات، موفق به راه‌اندازی یک واحد تولیدی یا خدماتی شده است، سرمایه خود را تاراج شده دیده، چاره‌ای نمی‌یابد جز اینکه به طرفیت مرجع واگذاری یعنی جهاد کشاورزی و مرجع تشخیص اراضی ملی یعنی ادارات منابع طبیعی و آبخیزداری استان‌ها، اقدام به طرح دعوی ابطال قرارداد (مالی) واگذاری (که عموماً در قالب بیع و اجاره است) نماید. همچنین ثمن (ضمان درک) معامله به نرخ روز و غرامات دیگر از جمله سرمایه‌گذاری صورت گرفته را مطالبه نماید.

در حقیقت، این تحقیق به دنبال پاسخ این پرسش است که قلمرو مسئولیت مرجع تشخیص و مرجع واگذاری در قبال تشخیص و ممیزی اشتباه اراضی ملی به جای اراضی مستثنیات به چه میزان است؟ در خلال این تحقیق، از مباحث سرنوشت‌سازی چون مسئولیت دولت در اعمال حاکمیتی و مبنای تقصیر نیز به فراخور این پژوهش بحث می‌گردد. در راستای بررسی مسئولیت مرجع تشخیص و مرجع واگذاری، این نوشتار در چند بند تنظیم شده است: بند ۱ به اختصار به پیشینه تشخیص اراضی ملی و پیشینه واگذاری اراضی ملی اختصاص یافته است. بند ۲ به فرایند تشخیص اراضی ملی و صور مختلف موضوع اشتباه در تشخیص اراضی ملی می‌پردازد. در بندهای ۳ و ۴ به مسئولیت دولت در اعطای زمین معوض یا قیمت کارشناسی در پرتو تبصره ۱ ماده ۹ قانون افزایش بهره‌وری بخش کشاورزی و منابع طبیعی و مسئولیت دولت به اعطای قیمت کارشناسی در پرتو تبصره (الحاقی ۲/۲/۱۳۸۸) ماده ۱ لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت مصوب ۱۳۵۸/۱۱/۱۷ پرداخته شده و ایرادات این تبصره‌ها ارزیابی می‌شود. در بند ۵ نیز به مسئولیت مرجع واگذاری در قبال ضمان درک واگذاری فضولی و بررسی مسئولیت دولت و دستگاه‌های اجرایی و ادله موافق و مخالف در قبال غرامات مجری طرح واگذاری پرداخته شده و در نهایت پیشنهادات و نتیجه‌گیری ارائه می‌شود.

همچنین بدواً خاطرنشان می‌سازد که اشتباه در تشخیص اراضی ملی به چند دسته تقسیم می‌گردد: نخست، اشتباه در تعیین مساحتی و تعیین حدود؛ دوم، اشتباه در ملی‌انگاری ناشی از اجرای قوانین موازی، برای مثال اشتباه در ملی‌انگاری اراضی مستثنیات که در کمیسیون رفع تداخلات ماده ۵۴ قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر مشخص

می‌گردد؛ سوم، اشتباه ناشی از ملی‌انگاری اراضی مستثنیات که این خطای انسانی توسط دادگاه احراز می‌گردد و این پژوهش تنها به قسم سوم اختصاص یافته است.

۱. تشخیص اراضی ملی و سیر تاریخی آن

از نظر مفهومی، ملی شدن در مقابل خصوصی‌سازی قرار می‌گیرد. به اختصار، ملی کردن دارای دو مؤلفه اصلی است؛ نخست بر انداختن قدرت سرمایه‌داران بخش خصوصی و انتقال دائم اموال و دارایی‌ها به مالکیت عمومی، و دیگری تصدی و بهره‌برداری از این اموال عمومی به نفع عموم جامعه (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۱۰؛ پیران، ۱۳۸۹: ۲۲۷؛ روحانی، ۱۳۵۳: ۷؛ زرگوش، ۱۳۹۱: ۳۳۸-۳۳۹). یکی از مهم‌ترین تصمیم‌گیری‌های کلان در عرصه زمین در قوانین موضوعه ایران، «قانونی ملی شدن جنگل‌ها و مراتع کشور» مصوب مورخ ۱۳۴۱/۱۰/۲۷ است. به موجب ماده ۱ این قانون:

«از تاریخ تصویب قانون ملی کردن جنگل‌ها، عرصه و اعیانی کلیه جنگل‌ها و مراتع و بیشه‌های طبیعی و اراضی جنگلی کشور، جزء اموال عمومی محسوب شده و متعلق به دولت می‌باشد؛ حتی اگر قبل از این تاریخ، این جنگل‌ها و بیشه‌ها توسط افراد تصرف شده باشد و دارای سند مالکیت نیز باشند».

استثنای ماده ۱ قانون ملی شدن جنگل‌ها، تبصره ۳ ماده ۲ قانون مآل‌ذکر است که به طور حصری، چهار مورد یعنی ۱- عرصه و محاط تأسیسات، ۲- خانه‌های روستایی، ۳- زمین‌های زراعی، ۴- باغات واقع در محدوده اسناد مالکیت جنگل‌ها و مراتع که تا تاریخ تصویب این قانون احداث شده‌اند، را مشمول ماده ۱ این قانون ندانسته است.

برابر ماده ۲۰ آیین‌نامه اجرایی قانون ملی شدن جنگل‌ها:

«تشخیص منابع ملی مندرج در ماده ۱ قانون ملی شدن جنگل‌ها با جنگل‌دار^۱ مربوطه است و هر گاه نظر مزبور، مورد اعتراض سازمان منابع طبیعی یا شخص ذی‌نفع واقع شود، در کمیسیونی مرکب از رئیس کل کشاورزی استان، سرجنگل‌دار و بازرس سرجنگل‌داری مطرح و مورد رسیدگی قرار خواهد گرفت و نظر اکثریت این هیئت قطعی و لازم‌الاجراست».

۱. به رئیس ادارات منابع طبیعی و آبخیزداری شهرستان‌ها «جنگل‌دار»، و به مدیر کل ادارات منابع طبیعی و آبخیزداری استان‌ها «سرجنگل‌دار» می‌گویند.

با تصویب ماده ۵۶ قانون «حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع»، تغییراتی در نحوه اعتراض اشخاص به تشخیص اراضی ملی صورت گرفت.

قطعیت تشخیص جنگل‌داران تا اواخر دهه هشتاد نسبتاً پابرجا بود. در این خلال، گاهی معترضان به کمیسیون ماده ۵۶ و آراء هیئت ماده واحده که در سال ۱۳۶۷ جایگزین کمیسیون مذکور شد، اقدام به طرح دعوی در مرجع قضایی می‌کردند. در این برهه، رویه واحدی بین محاکم در صلاحیت دادگاه‌های عمومی در رسیدگی به دعاوی اعتراضی وجود نداشت. برخی شعب به استناد رأی شماره ۳/۷۶-هـ.۱۰/۱۰/۱۳۷۶ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری و رأی وحدت رویه شماره ۶۹۷-۱۱/۲۴-۱۳۸۵ هیئت عمومی دیوان عالی کشور که تصریح دارد: تنها مرجع رسیدگی به شکایات مربوط به اجرای ماده ۵۶ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع، هیئت موضوع همین قانون است و به علت اینکه هیئت ماده واحده مرجعی اداری است، رسیدگی به شکایت از این هیئت را در صلاحیت دیوان عدالت اداری می‌دانستند؛ لذا قرار ردّ دعوی صادر می‌کردند و برخی شعب به استناد رأی وحدت رویه شماره ۶۰۱-۱۳۷۴/۷/۲۵ هیئت عمومی دیوان عالی کشور مبنی بر اینکه «رأی دادگاه حقوقی یک در مقام رسیدگی به شکایت از رأی قاضی موضوع "ماده واحده قانون تعیین تکلیف اراضی اختلافی موضوع اجرای ماده ۵۶ قانون جنگل‌ها و مراتع" مصوب ۱۳۶۷ اصطلاحاً "رسیدگی به اعتراض" می‌باشد» که در محاکم عمومی رسیدگی می‌گردد و اصل ۱۵۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی و رأی وحدت رویه ۶۶۵-۱/۱۸-۱۳۸۳ هیئت عمومی دیوان عالی کشور که رأی قاضی هیئت تعیین تکلیف اراضی اختلافی موضوع ماده ۵۶ قانون حفاظت و بهره‌برداری را قابل اعتراض در دادگاه عمومی و سپس دادگاه تجدیدنظر استان دانسته و همچنین رأی ۶۵۵-۲۷/۹/۱۳۸۰ هیئت عمومی دیوان عالی کشور در مورد اوقاف و اینکه دادگستری مرجع رسمی تظلمات و رسیدگی به شکایات است و صلاحیت مراجع غیر دادگستری، صلاحیت عام مراجع دادگستری را منتفی نمی‌کند، مراجعه به دادگاه عمومی را صالح دانسته و به دعاوی رسیدگی می‌کردند. این ابهام به موجب «قانون اصلاح قانون تعیین تکلیف اراضی اختلافی موضوع اجرای ماده ۵۶ قانون جنگل‌ها و مراتع» مصوب سال ۱۳۸۷ برطرف شد و

دادگاه محل وقوع ملک، مرجع رسیدگی به آراء تشخیصی ادارات منابع طبیعی گردید. این تحول پیامدهای دیگری نیز به همراه داشت که از جمله تبعات آن، سیل اعتراض اشخاص به تشخیص هیئت‌های ماده واحده می‌باشد. پیامد دیگر این قانون، غیر ملی اعلام شدن اراضی است که قبلاً ملی تشخیص داده شده و به اشخاص ثالث جهت ایجاد طرح‌های صنعتی و کشاورزی و غیره واگذار گردیده بود.

بنابراین به اختصار، ادوار تاریخی قطعیت تشخیص اراضی ملی را می‌توان به چهار

دوره تقسیم نمود:

- ۱- از سال ۱۳۴۱ تا ۱۳۶۱ که تشخیص اراضی ملی در کمیسیون ماده ۵۶ قطعی بود.
- ۲- از سال ۱۳۶۱ تا سال ۱۳۸۷ که می‌توان نسبت به تصمیمات اداری جنگل‌دار و کمیسیون در دیوان عدالت اداری طرح دعوی کرد.
- ۳- از سال ۱۳۷۴ که اعتراض ابتدا در کمیسیون ماده واحده طرح شده، سپس در صورت اعتراض به رأی کمیسیون می‌توان در دادگاه بدوی محل وقوع اراضی، اقدام به طرح دعوای اعتراض به رأی کمیسیون ماده واحده نمود.
- ۴- از سال ۱۳۹۱ که بنا به تبصره ۱ ماده ۹ تصویب قانون افزایش بهره‌وری بخش کشاورزی و منابع طبیعی، معترض به ملی شدن اراضی باید در شعب اختصاصی ویژه رسیدگی به دعوای منابع طبیعی در مراکز استان‌ها، اقدام به طرح دعوای اعتراض به ملی شدن اراضی نماید.

۲. نحوه تشخیص اراضی ملی

شیوه تشخیص اراضی ملی این گونه است که ابتدا کارشناس ممیزی به همراه نقشه‌بردار، اقدام به بازدید عرصه کرده و فرم گزارش وضعیت عرصه را تنظیم و به جنگل‌دار ارائه می‌نماید. در این گزارش به امارات و قرائنی مانند شیب زمین، پوشش گیاهی، منبع آبی و غیره توجه شده و کروکی یا نقشه ترسیم می‌گردد. همچنین اظهارنامه‌های ثبتی و سوابق اصلاحات ارضی استعمال، و در اختیار جنگل‌دار (رئیس اداره منابع طبیعی شهرستان) قرار می‌گیرد. جنگل‌دار به عنوان مسئول اصلی تشخیص اراضی ملی، با بازدید میدانی و مطالعه گزارش، اقدام به تنظیم نظریه یا صورتمجلس

می‌نماید. رأی جنگل‌دار مبنی بر ملی بودن، مطابق با آیین‌نامه اجرایی ماده ۲ قانون حفظ و حمایت منابع طبیعی و ذخایر جنگلی کشور مصوب ۱۳۷۲، با برگه‌های چاپی یکسان‌سازی شده که به برگ تشخیص مشهور است، صادر می‌شود. برگ تشخیص ادارات منابع طبیعی یا سازمان متبوع آن‌ها طبق ماده ۱۲۸۷ قانون مدنی، چون به وسیله مأمور رسمی و در حدود صلاحیت طبق مقررات قانونی تنظیم شده است، سندی رسمی محسوب می‌گردد و بر اساس رأی وحدت رویه شماره ۶۸۱-۲۶/۷/۸۴ هیئت عمومی دیوان عالی کشور، به صرف صدور برگ تشخیص و آگهی آن، اراضی در مالکیت دولت قرار می‌گیرد؛ هرچند افراد قبل از آن، سند رسمی گرفته باشند. اشتباه در تشخیص اراضی از نظر علم جنگل‌دار و امارات علمی، به سه دوره تقسیم می‌گردد:

دوره جنگل‌داران اولیه (از سال ۱۳۴۱ تا سال ۱۳۵۰): از ویژگی‌های این دوره، فاصله کوتاه بین تاریخ تصویب قانون ملی شدن جنگل‌ها و مراتع و تاریخ تشخیص اراضی ملی و دوم تشخیص قطعی و غیر قابل اعتراض در کمیسیون ماده ۵۶ و در نتیجه مالکیت قطعی دولت بر اراضی ملی است (توگلی، ۱۳۹۰: ۱۲۸-۱۲۹).

دوره جنگل‌داران سنتی (سال ۱۳۵۰ تا سال ۱۳۸۵): ویژگی این دوره، توجه به امارات و قرائن طبیعی می‌باشد.

دوره جنگل‌داران نوین: در سال‌های اواخر دهه هشتاد و تا کنون با دسترسی به عکس هوایی، با ورود سیستم‌های رایانه‌ای از نیمه دهه هشتاد شمسی به ادارات منابع طبیعی، تحولی در تشخیص اراضی ملی رخ داد که می‌توان این دوره را جنگل‌داری نوین نام نهاد. به موجب تبصره ۱ ماده ۴۵ قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر و ارتقای نظام مالی کشور مصوب ۱۳۹۴ مقرر شد که «عکس‌های هوایی سال ۱۳۴۶ در محاکم به عنوان مستندات قابل قبول تلقی گردد». امروزه عکس هوایی^۱ سال‌های مقارن قانون

۱. سودمندی‌های استفاده از عکس هوایی عبارت‌اند از: اطمینان از نتایج، قابلیت تشخیص جزئیات، پوشش دادن کامل ناحیه مورد مطالعه، دیدن سه‌بعدی اجسام، راحتی تفسیر، رفع محدودیت عدم دسترسی به ناحیه، راحتی اندازه‌گیری، راحتی کنترل اشتباهات، داشتن امکان بررسی ناحیه در طول سال، سرعت در به دست آوردن داده‌ها، اقتصادی بودن آن (مخدوم، ۱۳۸۴: ۴۲).

ملی شدن جنگل‌ها و مراتع به عنوان پایگاهی مستحکم در حفظ و تشخیص اراضی ملی از اراضی مستثنیات شناخته می‌شود.

۳. مسئولیت دولت به اعطای زمین معوض یا قیمت کارشناسی

در پرتو تبصره ۱ ماده ۹ قانون افزایش بهره‌وری

آنچه واگذاری فضولی را از دیگر عقود فضولی متمایز می‌سازد این است که در واگذاری اراضی مستثنیات، در صورتی که عرصه واگذار شده، محل استقرار تأسیسات سنگین یا غیر قابل انتقال مانند شهرک مسکونی، نیروگاه، پالایشگاه، واحد پتروشیمی، کارخانه تولید فولاد، شهرک صنعتی، فرودگاه، دانشگاه، صنایع دفاعی، آرامستان و غیره قرار گرفته باشد، تعطیلی آن واحد، انتقال مستحذات و تأسیسات یا تخریب آن، نابسامانی‌هایی را برای دولت فراهم می‌نماید. اما از آنجا که طبق مواد ۳۰۸ و ۳۱۱ قانون مدنی، واگذارگیرنده «در حکم غاصب است» و «باید عین مال مغضوب را عیناً به صاحبش رد نماید و اگر عین تلف شده باشد، باید مثل یا قیمت آن را بدهد و اگر به علت دیگری رد عین ممکن نباشد، باید بدل آن را بدهد»، بنابراین قاعداً ممکن است بگوئیم در اینجا نیز غاصب به علت اینکه زمین واگذار شده، تلف نشده است، ولی رد آن نیز ممکن نمی‌باشد، باید بدل بدهد (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۲۵۹؛ همو، ۱۳۷۴: ۵۷).

به خاطر مشکلات بازگشت اراضی مستثنیات واگذار شده به مالک، قانون‌گذار به ناچار مسیر دیگری در پیش گرفت. بدین منظور قانون‌گذار در تبصره ۱ ماده ۹ قانون افزایش بهره‌وری بخش کشاورزی و منابع طبیعی، دولت را مکلف به تعیین زمین معوض یا قیمت کارشناسی زمین به مالک دانست. این تبصره مقرر داشت:

«چنانچه ذی‌نفع، حکم قانونی مبنی بر احراز مالکیت قطعی و نهایی خود (در شعب رسیدگی ویژه‌ای که بدین منظور در مرکز از سوی رئیس قوه قضاییه تعیین می‌شود) دریافت نموده باشد، دولت مکلف است در صورت امکان، عین زمین را به وی تحویل داده و یا اگر امکان‌پذیر نباشد و در صورت رضایت مالک، عوض زمین و یا قیمت کارشناسی آن را پرداخت نماید».

بدین منظور در تبصره مذکور، دو صورت وجود دارد: اول اینکه استرداد عین زمین

امکان‌پذیر باشد که در این صورت واگذارگیرنده مکلف به تحویل عین آن است. قسم دوم اینکه تحویل عین زمین میسر نیست. فرض اخیر نیز خود دو قسم می‌گردد: قسم نخست اینکه مالک به دریافت عوض زمین یا قیمت کارشناسی راضی است که دولت با اعطای معوض یا پرداخت قیمت کارشناسی، رضایت مالک را جلب می‌نماید و دیگر نیازی به استرداد عرصهٔ مورد واگذاری نمی‌باشد. دوم اینکه مالک راضی به دریافت معوض یا قیمت کارشناسی نیست و خواهان دریافت همان محدودهٔ واگذارشده است و از طرفی امکان تحویل عین نیز فراهم نمی‌باشد که در این صورت، تبصره مذکور ظاهراً دلالت می‌کند که عرصه به مالک اصلی بازگردانده شود.

۴. ایرادات تبصره ۱ ماده ۹ قانون افزایش بهره‌وری بخش کشاورزی و منابع طبیعی

در بررسی تبصره مذکور، ایراداتی مطرح می‌شود: ایراد نخست اینکه زمین از اموال قیمی بوده و با توجه به موقعیت و مرغوبیت ناشی از حاصلخیزی و دسترسی به امکانات و انشعابات، ارزش آن متفاوت است. بنابراین تعیین زمین معوض نمی‌تواند مایهٔ دقت آن باشد و اصولاً تعیین مال مثلی به جای اموال قیمی، خلاف قاعده است. دوم اینکه تعیین زمین معوض خلاف اصل عدم واگذاری اموال عمومی است که در ادامه خواهد آمد. سوم اینکه وقتی امکان تحویل عین به مالک نیست، جای این بود که قانون‌گذار مواردی را استثنا کند و دریافت عوض را مشروط به رضایت مالک نسازد؛ برای مثال زمانی که اخلال در نظم عمومی پیش می‌آید و روشن است که اخلال در نظام از محرمات شریعت است یا زمانی که تحویل عرصه به مالک با حقوق مسلم بخشی از جامعه در تضاد است، مانند استرداد عرصه آرامستانی که به شهرداری واگذار شده، به مالک عرصه که طبیعتاً تصرف مالک حتی جابه‌جایی سنگ‌های قبور می‌تواند هتک حرمت پیکر افراد مدفون شده باشد و حرمت افراد از حرمت اموال افزون‌تر بوده، مشروط نمودن معوض عرصه به رضایت مالک به طور مطلق در تنافی با فلسفه تبصره و عملاً نقض غرض است؛ خصوصاً اینکه اموال مالک با دریافت عوض

از دولت مورد تصحیح قرار نگرفته و احترام مال مالک همچنان پابرجاست، ولی استرداد عرصه به مالک برای مثال، موجب هتک احترام افراد مدفون در آن خاک است و یا حداقل موجب پذیرفتن حق مالک برای ممانعت از حضور بازماندگان در مزار رفتگان است که منافی با حق عرفی بازماندگان است. ایراد چهارم اینکه مخاطب تکلیف در تبصره فوق معین نشده است که مسئولیت تشخیص امکان‌پذیر بودن تحویل عرصه و همچنین مسئولیت تعیین عوض یا قیمت کارشناسی با کدام بخش از دستگاه‌های دولتی است. ایراد پنجم اینکه معترض به ملی شدن عرصه، پس از دریافت رأی مبنی بر غیرملی بودن اراضی و اثبات مالکیت، دادخواست خلع ید و مطالبه اجرةالمثل به طرفیت مجری طرح واگذاری، تقدیم محاکم می‌نماید و محکمه نیز طبق تبصره که رضایت مالک را شرط دریافت معوض دانسته، دادخواست خلع ید را دال بر نارضایتی مالک دانسته و حکم به خلع ید و پرداخت اجرةالمثل صادر می‌نماید؛ بنابراین در عمل، تبصره مذکور لغو و بیهوده می‌نماید. ایراد ششم اینکه برخی از حقوق‌دانان مواردی را که شخصی با استفاده از یک حق یا جواز شرعی، به دیگری زیان وارد سازد که با عنوان «سوءاستفاده از حق» شناخته می‌شود، روا ندانسته و آن را مشمول حدیث مشهور «لا ضرر ولا ضرار» دانسته‌اند. دلیل ایشان این است که رسول اکرم صلی الله علیه و آله شخص ضررزننده را مضار خواند و ناگفته پیداست که وی با استفاده از حق خود می‌خواست به صاحب منزل زیان وارد سازد (محقق داماد، ۱۳۸۹: ۱۴۱/۱). همچنین بر اساس قاعده «لا ضرر ولا ضرار فی الإسلام» و قاعده «تقدیم اهم بر مهم»، در تزامن ضرر شخصی با ضرر عمومی و اجتماعی، جلوگیری از ضرر اجتماعی مقدم بر ضرر فردی است (عبداللهی، ۱۳۸۸: ۲۶۶). ضمن اینکه مالک با دریافت عوض متضرر نمی‌گردد، ولی بازگشت عین به مالک نیز موجب اضرار کارگران و مستخدمان، تعطیلی کارگاه، ضرر مصرف‌کنندگان کالا و خدمات، سهامداران و غیره می‌گردد و حاکمیت برای جلوگیری از زیان اجتماعی لازم است که به نفع مجری طرح واگذاری مداخله نماید؛ خصوصاً اینکه برخی فقیهان نیز مجرای قاعده لا ضرر را از باب اوامر حکومتی رسول خدا دانسته‌اند (موسوی خمینی، ۱۳۸۲: ۱۱۲/۳). بنابراین در زمانی که تأسیسات سنگین بر ملک استقرار یافته و امکان تحویل عین وجود ندارد، شرط تعیین عوض به رضایت مالک، محمل منطقی و شرعی

نیز ندارد. در حقیقت راهکار این بود که تبصره ماژالذکر، محاکم دادگستری را خطاب قرار دهد و به وسیله محاکم دادگستری، دولت ملزم به انتقال قهری معادل اراضی واگذار شده در قالب احکام قضایی گردد؛ همچنان که به علت بلا تکلیفی مجری طرح واگذاری و فرایند زمانبر اداری و قضایی، مدیران و تصمیم گیرندگان طرح واگذاری، انگیزه لازم جهت ادامه فعالیت اقتصادی را از دست داده و در بسیاری مواقع با اشتباه در تصمیمات، سرمایه گذاری انجام شده نهایتاً متوقف شده و در معرض تضییع قرار می گیرد و دست آخر چاره‌ای جز مطالبه کلیه خسارات وارده از مرجع تشخیص و مرجع واگذاری پیدا نمی کنند و این مسئله نیز در تضاد آشکار با مصلحت اجتماعی است که قانون گذار دنبال می کند. ایراد آخر نیز اینکه در فرایند قضایی از مجری طرح واگذاری، سلب مالکیت شده و اسناد وی باطل می شود. حال به فرض اینکه به مالک اصلی عوض اعطا گردد، تکلیف مالکیت مجری طرح واگذاری مسکوت مانده است.

۵. مسئولیت دولت به اعطای قیمت کارشناسی در پرتو تبصره الحاقی

به ماده ۱ لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و

املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت

مصوب ۱۳۵۸/۱۱/۱۷

برابر تبصره الحاقی به ماده ۱ لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک

برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت:

«در مواردی که اسناد یا اقدامات دستگاه‌های اجرایی مبنی بر مالکیت قانونی (اعم از اینکه به اشخاص حقیقی و حقوقی واگذار شده یا نشده باشد)، به موجب احکام لازم‌الاجرای قضایی ابطال گردیده یا می گردد، دستگاه مربوطه موظف است املاک یاد شده را به مالک آن مسترد نماید؛ لکن چنانچه در اثر ایجاد مستحذات یا قرار گرفتن اراضی مذکور در طرح‌های مصوب، استرداد آن به تشخیص مرجع صادرکننده حکم متعذر باشد، دستگاه اجرایی ذی ربط می تواند با تأمین اعتبار لازم نسبت به تملک این قبیل املاک مطابق این قانون اقدام نماید. در صورتی که حکم دادگاه مبنی بر خلع ید یا قلع و قمع صادر شده باشد، دادگاه مزبور با درخواست

دستگاه اجرایی، دستور توقف اجرای حکم مزبور را صادر و دستگاه اجرایی ذی‌ربط موظف است ظرف مدت شش ماه از تاریخ صدور دستور موقت، نسبت به پرداخت یا تودیع قیمت روز املاک یادشده اقدام نماید».

بنابراین زمانی که قطعه زمینی پس از ملی اعلام شدن، به اشخاص حقیقی یا حقوقی واگذار شده و آن اشخاص در پلاک مذکور اعیانی احداث نموده و متعاقباً با اعتراض ذی‌نفع قانونی به موجب حکم نهایی، پلاک مذکور جزء مستثنیات تشخیص داده شده و به مالکیت مالک آن اعاده گردیده است، در صورتی که استرداد زمین مذکور به جهات یادشده در استعلام به تشخیص دستگاه اجرایی و نهاد دولتی مربوطه متعذر باشد، موضوع مشمول تبصره ذیل ماده ۱ لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت مصوب ۱۳۵۸/۱۱/۱۷ خواهد بود. همچنین با وصف پرداخت قیمت روز ملک مورد تملک دستگاه اجرایی، مطالبه اجرة‌المثل ایام تصرف و خسارت تأخیر تأدیه، فاقد وجهت قانونی است؛ زیرا قیمت روز ملک، خسارات مذکور را نیز شامل می‌شود.

۶. ایراد تبصره ۱ ماده ۱ لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و

املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت

با این حال به نظر می‌رسد این تبصره نیز مانند مقرره پیشین راهگشا نباشد. علت آن نیز مشکلات اجرایی آن است؛ زیرا زمانی که زمین توسط مرجع واگذاری به شخص ثالثی واگذار می‌گردد و بعداً معلوم می‌شود که زمین ملی نبوده است و مالک درخواست خلع ید و استرداد زمین را می‌نماید، برابر این تبصره، «دستگاه اجرایی ذی‌ربط می‌تواند با تأمین اعتبار لازم نسبت به تملک این قبیل املاک مطابق این قانون اقدام نماید». بنابراین طبق این مقرره، تکلیف قانونی متوجه دستگاه‌های اجرایی نمی‌باشد؛ یعنی ایراد مهم این تبصره، عدم قابلیت اجرایی آن است؛ چرا که ادارات منابع طبیعی به عنوان نهاد حاکمیتی حفاظت از اراضی ملی که به عنوان پلیس منابع طبیعی و اراضی ملی شناخته می‌شود، عموماً فاقد هر گونه اعتبار کافی در تأمین اعتبار لازم نسبت به

تملك این قبیل املاک می‌باشد و مدیران دولتی در مرجع تشخیص و مرجع واگذاری به علت کثرت مخارج دستگاه زیرمجموعه خود، حاضر به متعهد کردن اداره مبنی بر پرداخت قیمت زمین و واگذار شده به مالک نمی‌شوند. دلیل روشن آن نیز عدم وجود ردیف بودجه این تبصره در مخارج دستگاه‌های دولتی است. با این حال، این اشکال به نظر وارد نیست؛ چرا که برای این موضوع نیز هر ساله باید ردیف بودجه‌ای در نظر گرفته شود. از این رو، این تبصره تنها می‌تواند در زمینه مشکل دستگاه‌های اجرایی که در اراضی واگذار شده مستقرند، کاربرد داشته باشد و زمانی که مجری طرح واگذاری از اشخاصی غیر از دستگاه‌های اجرایی ماده ۱ این قانون باشد، قابلیت اجرایی ندارد.

۷. نظریه مسئولیت دولت، دستگاه‌های اجرایی و کارگزاران دولتی

با عنایت به اینکه برابر ماده ۳۹۰ قانون مدنی، هر گاه عقد باطل باشد، هر یک از عوضین که قبض شده، قابض مسئول استرداد آن است و در صورتی که معلوم شود موضوع واگذاری از آن غیر است، مرجع واگذاری به عنوان طرف عقد و دریافت‌کننده ثمن یا مال‌الاجاره، مسئول استرداد آن است. همچنین در مورد نحوه بازگشت عرصه به مالک اصلی یا دریافت عوض یا قیمت کارشناسی به صورت مبسوط بحث گردید؛ اما آنچه در واگذاری فضولی اهمیت دوچندان دارد، جبران خسارات سرمایه‌گذاری است که مجری طرح واگذاری بر روی زمین انجام داده و زمانی که مشخص می‌گردد زمین از اراضی ملی نبوده و مالک خصوصی داشته است، مجری طرح واگذاری، خواهان مطالبه خسارات این سرمایه‌گذاری صورت گرفته است. برای مثال در واگذاری فضولی یک پالایشگاه نفت که روزی صد هزار بشکه نفت تصفیه می‌کند، بخشی از عرصه تحت تأسیسات آن غیر ملی اعلام شود. برای تعیین میزان غرامت باید ارزش اقتصادی پروژه تعیین شود. برای تعیین ارزش پروژه، میزان سرمایه‌گذاری، میزان درآمد حاصل شده قبلی، میزان درآمد قابل انتظار آتی، عمر مفید پروژه و تعهدات آن مدنظر قرار می‌گیرد (شیروی، ۱۳۹۳: ۱۹۱). آنچه روشن است، واژه «غرامات» در قانون مدنی خصوصاً در ماده ۳۹۱ ق.م. اطلاق دارد و شامل کلیه «هزینه‌های معامله»، «خسارت تأخیر تأدیه ثمن»، «عدم نفع قطعی الحصول»، «هزینه‌های سرمایه‌گذاری»، «خسارات معنوی» و غیره

است؛ آن چنان که در صورت کاهش ارزش ثمن نیز مطابق رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳ مورخ ۱۳۹۳/۷/۱۵ هیئت عمومی دیوان عالی کشور با توجه به اطلاق عنوان غرامات در ماده ۳۹۱ قانون مدنی، بایع قانوناً ملزم به استرداد ثمن متناسب با شاخص ارزش پول بانک مرکزی است. از آنجا که خسارات سرمایه گذاری غالباً بسیار گسترده تر از قیمت اراضی واگذاری است، بدین منظور با جدا کردن خسارات ناشی از واگذاری فضولی از مطالب ضمان درک، به ادله طرفین در این خصوص پرداخته خواهد شد. در خصوص لزوم جبران خسارات اشخاص خصوصی به وسیله دولت یا مرجع تشخیص و مرجع واگذاری در صورت مستحق للغير درآمدن مورد معامله، دو دیدگاه وجود دارد:

بر اساس دیدگاه نخست، مرجع تشخیص مسئول جبران کلیه خسارات است؛ چرا که ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی تصریح دارد:

«هر کس بدون مجوز قانونی عمداً یا در نتیجه بی احتیاطی به جان یا سلامتی یا مال... لطمه‌ای وارد نماید که موجب ضرر مادی یا معنوی دیگری شود، مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خود می‌باشد».

همچنین با استناد به ماده ۳۳۱ قانون مدنی که بیان داشته است: «هر کس سبب تلف مالی بشود، باید مثل یا قیمت آن را بدهد»، مرجع تشخیص به جهت تسبیب در ورود ضرر و زیان، مسئول جبران کلیه خسارات وارده به مجری طرح واگذاری است. برخی شعب نیز بر این مبنا به محکومیت مرجع تشخیص رأی داده‌اند. برای مثال در سال ۱۳۸۰، میزان ۲۰ هکتار از اراضی ملی به شرکت واستریوش جهت پرورش شتر مرغ واگذار گردید. در سال ۱۳۸۷، اشخاص ثالث به رأی هیئت ماده واحده اعتراض کردند و نهایتاً در سال ۱۳۹۲ به موجب رأی دادگاه معلوم شد که میزان ۷ هکتار از محدوده مورد واگذاری، ملی نبوده و از اراضی مستثنیات بوده است. با طرح دعوای مطالبه خسارت شرکت مذکور به طرفیت مرجع تشخیص، دادگاه به موجب دادنامه شماره ۹۹/۲/۲-۹۹۰۹۹۷۳۷۴۹۱۰۰۴۳، مرجع تشخیص را محکوم به پرداخت کلیه خسارات وارده نمود. استدلال دادگاه به تسبیب در ورود زیان و احراز انتساب تقصیر به جهت تشخیص اشتباه در ملی‌انگاری اراضی مستثنیات است. ایراد رأی مذکور این است که صرف اشتباه در تشخیص اراضی ملی به خودی خود تقصیر اداری نیست که در بخش

عدم مسئولیت مرجع تشخیص بیان خواهد شد.

از آنجا که در ماده ۳۹۱ قانون مدنی بیان شده است: «در صورت مستحق للغير برآمدن کل یا بعض از مبیع، بایع باید ثمن مبیع را مسترد دارد و در صورت جهل مشتری به وجود فساد، بایع باید از عهده غرامات وارده بر مشتری نیز برآید» و همچنین طبق ماده ۲۶۳ قانون مدنی که بیان می‌دارد: «هر گاه مالک معامله را اجازه نکند و مشتری هم بر فضولی بودن آن جاهل باشد، حق دارد که برای ثمن و کلیه غرامات به بایع فضولی رجوع کند و در صورت عالم بودن، فقط حق رجوع برای ثمن را خواهد داشت»، مرجع واگذاری نیز مسئول جبران کلیه غرامات وارده به واگذارگیرنده می‌باشد؛ ولی در زمانی که مرجع واگذاری غیر از مرجع تشخیص می‌باشد، چون سبب اقوی از مباشر وجود دارد، باید مرجع تشخیص را مسئول جبران خسارات دانست.

۸. نظریه عدم مسئولیت دولت، دستگاه‌های اجرایی و کارگزاران دولتی

ادله عدم مسئولیت جبران خسارات مجری طرح واگذاری، به دو قسم تقسیم می‌گردد: نخست ادله عدم مسئولیت جبران خسارت مشترک بین دولت و عاملین آن؛ و دوم ادله عدم مسئولیت عاملین دولت، یعنی مرجع تشخیص و مرجع واگذاری و کارمندان مربوطه، که به ترتیب به این ادله پرداخته می‌شود:

۸-۱. ادله عدم مسئولیت دولت و عاملان آن

۸-۱-۱. عدم مسئولیت دولت در جبران خسارت اعمال حاکمیتی

بر اساس ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی، دولت با تحقق شرایطی از پرداخت خسارت معاف می‌شود؛ از جمله اینکه دولت باید در مقام اجرای اعمال حاکمیت باشد و آن عمل به حسب ضرورت بوده و در جهت تأمین منافع اجتماعی صورت گیرد و چهارم اینکه طبق قانون به عمل آید (میرداداشی، ۱۳۹۲: ۲۶؛ سامانی، ۱۴۰۰: ۹۲). در قانون ملی شدن نیز از جمله وظایف ادارات منابع طبیعی، تشخیص اراضی ملی است که در راستای وظایف دیگر یعنی حفظ، احیاء، توسعه و بهره‌برداری از اراضی ملی می‌باشد. هدف از تشخیص اراضی ملی نیز تصدی‌گری نیست؛ بلکه صیانت از اراضی عمومی در راستای

تأمین منافع اجتماع است. در ماده ۸ قانون مدیریت خدمات کشوری نیز که به آثار و پیامدهای اعمال حاکمیتی پرداخته، آمده است:

«امور حاکمیتی، آن دسته از اموری است که تحقق آن موجب اقتدار و حاکمیت کشور است و منافع آن بدون محدودیت شامل همه اقشار جامعه گردیده و بهره‌مندی از این نوع خدمات، موجب محدودیت برای استفاده دیگران نمی‌شود».

بدیهی است که تشخیص اراضی ملی، موجب اقتدار حاکمیت و منافع همگانی خواهد شد. قانون‌گذار پس از تعریف اعمال حاکمیتی، به ذکر مواردی از آن در بندهای ج و ط این ماده پرداخته است که به تشخیص و واگذاری اراضی ملی مرتبط است. قانون‌گذار در بند ج، «ایجاد فضای سالم برای رقابت و جلوگیری از انحصار و تضییع حقوق مردم» و در بند ط، «حفظ محیط زیست و حفاظت از منابع طبیعی و میراث فرهنگی» را از موارد اعمال حاکمیتی برشمرده است. بدین خاطر با اوصاف فوق‌الذکر، تشخیص اراضی ملی و واگذاری آن‌ها واجد کلیه مؤلفه‌های عمل حاکمیتی است؛ چراکه از موضع برتر صورت می‌گیرد و هیچ وابستگی به میل و خواست افراد جامعه ندارد و جزء معدود مواردی است که پس از تشخیص ملی بودن زمین، حتی نیاز به دادخواست ابطال اسنادی که قبلاً اداره ثبت برای اشخاص خصوصی صادر کرده، در هیچ مرجعی نمی‌باشد، بلکه اسناد آنان طبق ماده ۱ قانون ملی شدن جنگل‌ها و مراتع کشور، به خودی خود باطل است.

همچنین در رویه قضایی، محاکم تشخیص اراضی ملی را امری حاکمیتی تلقی نموده و در صورت احراز تشخیص اشتباه از سوی مرجع تشخیص، حکم به تدارک زیان نمی‌کنند؛ مثلاً در دادنامه شماره ۹۹۰۳۶۹۹۰۲۱۶۲/۷-۹۹۰۹۹۷۰۳۶۹۹۰۲۱۶۲ دادگاه تجدیدنظر در قبال محکومیت اداره منابع طبیعی به جهت تشخیص اشتباه در اراضی ملی شده بیان داشته است:

«با توجه به تکلیف اداره منابع طبیعی در اجرای ماده ۲ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع مصوب ۱۳۴۶ و با عنایت به بند ج ماده ۸ قانون مدیریت خدمات کشوری، بنابراین وفق قسمت اخیر ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹، حکم به پرداخت خسارت در دادنامه بدوی صحیح نبوده و حکم به بی‌حقی خواهان

بنابراین به نظر می‌رسد بخش اخیر ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی، بر ادله مسئولیت مرجع تشخیص و مرجع واگذاری حاکم است و مسئولیت جبران خسارت ناشی از تشخیص اشتباه در دوره جنگل‌داران اولیه و سنتی را برداشته است؛ چرا که تشخیص اراضی ملی در مقام اعمال حاکمیت و حسب ضرورت و برای تأمین منافع اجتماعی و مطابق قانون صورت گرفته است. مگر اینکه مجری طرح واگذاری اثبات نماید که تشخیص اراضی ملی در دوره جنگل‌داران نوین صورت گرفته و اشتباه در تشخیص اراضی ملی ناشی از نقص وسایل اداره بوده است، یا اینکه ثابت نماید که جنگل‌داران نوین، عکس هوایی محدوده مورد نظر را لحاظ نکرده‌اند که تقصیر شخصی بوده و جنگل‌دار مسئول جبران خسارت است، یا اینکه تاریخ قرارداد واگذاری مقدم بر تاریخ تشخیص ملی بودن زمین است. در اینجا نیز چون نظامات اداری طی نگردیده و واگذاری طبق قانون صورت نگرفته است، مرجع واگذاری مسئول جبران خسارت است.

۱-۱-۱-۸. نقد نظریه تفکیک اعمال حاکمیتی از اعمال تصدی

برخی ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی را «کی‌برداری غیر عالمانه از حقوق قدیم غرب» دانسته (هوشمند فیروزآبادی و دیگران، ۱۳۹۹: ۱۴۵) و اشکالات متعددی را به این ماده قانونی وارد نموده‌اند. ایراد نخست اینکه ضابطه دقیقی برای تمایز عمل حاکمیتی از عمل تصدی وجود ندارد (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۲۴۶؛ صفائی، ۱۳۸۵: ۲۱/۱؛ هوشمند فیروزآبادی و دیگران، ۱۳۹۹: ۱۴۶). این ایراد به نظر قابل دفع است؛ چرا که شناسایی عمل حاکمیتی، امری عرفی و امکان‌پذیر است. معنا و مصادیق عمل حاکمیتی گاهی به وسیله قانون مانند ماده ۸ قانون مدیریت خدمات کشوری مشخص شده و گاهی عرف به وسیله معیارهایی، مصادیق محرز عمل حاکمیتی را معین می‌نماید؛ چنان که ماده ۱۱ قانون مدیریت خدمات کشوری مقرر داشته است:

«[اعمال تصدی اعمالی است که دولت] مانند اشخاص حقیقی و حقوقی در حقوق

خصوصی عمل می‌کند».

بنابراین عمل حاکمیتی عملی است که به پشتوانه اقتدار حاکمیت یا توسل به قوه قهریه با سلب اختیار افراد جامعه و از موضع برتر انجام می‌دهد و برعکس عمل تصدی یعنی دولت در انجام امور از قدرت عمومی استفاده نکرده و نسبت به افراد در وضع برابری قرار دارد و در موارد تردید می‌توان قدر متیقن گرفت.

اما مهم‌ترین ایراد بر ماده ۱۱ ق.م.م.ا اینکه پذیرفته نیست که دولت به عنوان تافته‌ای جداافتاده از دیگر اشخاص باشد. همان‌گونه که اشخاص غیر دولتی در صورت ایراد خسارت مسئول‌اند، زمانی که اقدامات دولت موجب ایراد خسارت شود، دولت ملزم به جبران خسارت است؛ چرا که ادله مسئولیت عام بوده و شامل دولت نیز می‌گردد. لذا «مصونیت دولت در قبال عمل حاکمیتی توجیهی نداشته» (میرداداشی، ۱۳۹۲: ۱۲۲) و «دلیلی که اعمال حاکمیتی را مسقط قاعده احترام بدانند، دیده نمی‌شود» (هوشمند فیروزآبادی و دیگران، ۱۳۹۹: ۱۵۲). از آنجا که این نقد، وجه مشترک تمامی منتقدان ماده ۱۱ ق.م.م.ا است، در ادامه، اشکالات نقد صورت گرفته به تفصیل بیان می‌گردد:

۱-۱-۱-۲. اشکالات نظریه تعمیم مسئولیت اشخاص به اعمال حاکمیتی دولت

۱- اشکال نخست اینکه فرض این ایراد بر قیاس یا همانندی دولت با سایر اشخاص استوار است، در صورتی که دولت موضوعی نوپیدا و مستحدثه بوده و از ویژگی‌ها و نیازهای قالبی منحصر به فردی برخوردار است که اشخاص عادی فاقد آن هستند. به عبارت دیگر، از جمله اصول حاکم بر خدمات عمومی دولت، اصل ثبات و استمرار خدمات عمومی و اصل انطباق است؛ بدین معنا که خدمات عمومی به خاطر لزوم و ضرورت پاسخگویی به نیازهای عمومی تعطیل بردار نبوده (رستمی و رشیدی، ۱۳۹۶: ۱۶۸) و باید به صورت مستمر و بدون وقفه ادامه یابد و همواره بر استانداردهای روز منطبق گردد. بنابراین دولت هیچ‌گاه نباید در حالت ورشکستگی یا توقف قرار گیرد و بدهی‌هایش نباید آن‌قدر افزایش یابد که حاکمیت، توانایی مالی تأمین هزینه برای ارائه خدمات عمومی جاری را نداشته باشد یا نتواند بر استانداردهای روز جامعه منطبق گردد. از این رهگذر، جایگاه دولت جایگاهی فرای اشخاص، و حفظ توان مالی دولت همواره امری ضروری است و از مصادیق قاعده ضرورت حفظ نظام می‌باشد. ثانیاً قانون‌گذار نیز در

موقعی برای دولت احکامی وضع کرده که بیانگر قواعد خاص دولت است؛ برای مثال، معافیت از پرداخت هزینه دادرسی در برخی دعاوی مالی، عدم پذیرش دعوای اعسار در پرداخت هزینه دادرسی یا اعسار از پرداخت محکوم به یا عدم پذیرش مستثنیات دین برای دولت یا عدم پذیرش درخواست تقسیط بدهی در آراء علیه دولت؛ در صورتی که این امور نیز ادله عام داشته و تفاوتی بین دولت و افراد وجود ندارد، اما به لحاظ ویژگی های خاص دولت، قانون گذار مسئولیت دولت را با اشخاص دیگر قیاس نکرده است.

۲- اشکال دیگر بر دیدگاه یکسان انگاران مسئولیت دولت با سایر اشخاص اینکه این نظریه در ذات خود عام الشمول است و استثنا نمی پذیرد؛^۱ چرا که دلایل این نظریه مانند قاعده «اتلاف» و «قاعده احترام» تعمیم داشته (العلّة تعمّم) و با گسترده سازی آن، شامل کلیه اجزاء حاکمیت می گردد و همان طور که برخی اذعان نموده اند، «شامل مسئولیت حاکمیت ناشی از اعمال تقنینی، قضایی و اجرایی می گردد» (هوشمند فیروزآبادی و دیگران، ۱۳۹۹: ۱۵۶-۱۶۵). نیک روشن است که قانون انگاری این مسئله، به اختلال در نظام مالی دولتی و بی ثباتی منتهی خواهد شد که تا کنون نظام های حقوقی، این میزان از مسئولیت را برای دولت برتافته اند (ر.ک: امیرارجمند و زرگوش، ۱۳۸۸: ۹۲-۱۲۵)؛ برای اینکه حجم اقدامات خسارات آمیز دولت به اندازه ای گسترده است که به تعداد افراد جامعه، زیان دیده به وجود می آید و پرداخت این خسارات عملاً به ناتوانی دولت می انجامد، به ویژه که خسارات تنها به افعال حاکمیت محدود نخواهد شد و حتی ترک فعل های قانون گذار را هم شامل می گردد و تجربه نشان داده است که نظریات مسئولیت در خصوص دولت توسعه پذیر بوده و کمتر خسارتی است که نتوان پای دولت را به میان آورد تا جایی که برخی حتی مسئولیت جبران خسارات ناشی از بلایای طبیعی را نیز بر عهده دولت نهاده اند (السان، ۱۳۸۷: ۳۲). با توجه به اینکه این میزان از مسئولیت با اشکال «ایده ای دست نیافتنی» و گاه «خیال بافی» و «ذهنیت غیر قابل اجرا» که به لحاظ عقلی و منطقی ممتنع بوده، مواجه شده (همان: ۸)، روشن است که میزان مسئولیت دولت همواره پیوندی ناگسستنی با توانایی مالی دولت دارد و در صورتی که

۱. در اصطلاح فقهی، «آبی از تخصیص» است.

تبادل در میزان مسئولیت دولت رعایت نگردد، ارائه خدمات دولتی به طور حتم مختل می‌گردد. بنابراین پیشگیری از اختلال در نظام مالی دولت برای قانون‌گذار در درجه‌ای از اهمیت قرار داشته که قانون‌گذار ترجیح می‌دهد برخی خسارت‌ها بدون جبران باقی مانده و به صورت «دین طبیعی» بر عهده دولت‌ها قرار گیرد و در نظام قضایی قابل مطالبه نباشد؛ چرا که ایجاد نظم و تنظیم روابط در اجتماع که در کنار عدالت، از اهداف علم حقوق است، این مسئله را ایجاب می‌نماید (قاسمی حامد، ۱۳۹۴: ۱۹). در حقیقت، منتقدان به ماده ۱۱ ق.م.م. معیاری برای مسئولیت محدود دولت ارائه نکرده و صرفاً بر افزایش مالیات و سرشکن نمودن خسارات بین آحاد جامعه تأکید ورزیده‌اند (حاجی‌عزیزی، ۱۳۹۸: ۲۴۰). در نقد این راه حل به نظر می‌رسد که بر اساس حکم عقل و «قاعده وزر»، هیچ حکم فقهی نباید مسئولیت عملکرد شخصی را بر عهده دیگران نهد؛ چرا که عقل، مسئولیت شخص در قبال عمل غیر را بی‌آنکه فرد دخالتی در آن عمل داشته باشد، ظلم می‌داند (ایروانی، ۱۳۹۲: ۱۳) و اینکه دولت‌ها زبانی که خود وارد ساخته‌اند، به وسیله گرفتن مالیات به عهده شهروندان قرار دهند، در حقیقت گذاشتن بار مسئولیت بر دوش افرادی است که زبانی وارد نساخته‌اند. بنابراین به نظر این راه حل مناسب نمی‌باشد.

۳- اشکال سوم اینکه غیر از پیش فرض همانندنگاری مسئولیت دولت با سایر اشخاص، پیش فرض دیگر نظریه تعمیم این است که «حکومت در چهارچوب احکام فرعی مانند قاعده احترام و قاعده اتلاف و روایات خاص، دارای اختیار قانون‌گذاری است». دلیل وجود این پیش فرض اینکه تأکیدات مکرر طرفداران این نظریه بر این مطلب است که ماده ۱۱، خلاف مبانی فقهی مسئولیت مدنی و خلاف موازین شرعی است (میرداداشی، ۱۳۹۲: ۱۲۴؛ هوشمند فیروزآبادی و دیگران، ۱۳۹۹: ۱۴۵؛ سامانی، ۱۴۰۰: ۹۵-۱۰۸). همچنین در نوشته‌های برخی آمده است:

«حکم به عدم جبران خسارت‌هایی که از عمل حاکمیتی ناشی می‌شود، به معنای امکان هتک و مهدور دانستن موضوع احترام است و این بر خلاف صریح قاعده احترام و ناقض آن محسوب می‌گردد» (هوشمند فیروزآبادی و دیگران، ۱۳۹۹: ۱۵۱).

اما این پیش فرض (در تعیین حدود اختیارات حکومت اسلامی) نیز با تردید روبه‌رو

می‌باشد؛ بدین خاطر که برخی صاحب‌نظران در عرصه فقه حکومتی تصریح دارند:

«حکومت به معنای ولایت مطلقه از جانب خدا به نبی اکرم و اگذار شده و از اهم احکام الهی است و بر جمیع احکام شرعی الهیه تقدم دارد. اگر اختیارات حکومت در چهارچوب احکام فرعی الهیه است، باید عرض حکومت الهیه و ولایت مطلقه مفوضه به نبی اسلام، پدیده بی‌معنا باشد و این مسئله پیامدهایی دارد که هیچ کس نمی‌تواند ملتزم به آن‌ها باشد؛ مثلاً خیابان‌کشی‌ها که مستلزم تصرف در منزلی است یا حریم آن است، در چهارچوب احکام فرعی نیست. نظام وظیفه، و اعزام الزامی به جبهه‌ها، و جلوگیری از ورود و خروج ارز، و جلوگیری از ورود یا خروج هر نحو کالا و... صدها امثال آن، از اختیارات دولت است» (موسوی خمینی، ۱۳۶۸: ۴۵۱/۲۲).

بنابراین اولاً حکم به عدم پرداخت خسارت لزوماً به معنای مهدور بودن موضوع نیست، بلکه گاهی به خاطر وجود مصلحت، از اختیارات ولایت در تصرف در انفس و اموال می‌باشد. ثانیاً همان‌گونه که قواعدی چون قاعده «سلطنت بر اموال» یا «تسلیط»، ده‌ها و بلکه صدها مرتبه به وسیله قوانینی چون قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها تخصیص خورده و این تقییدات، نافی مبانی فقهی قلمداد نگردیده است، همان‌طور نیز قانون‌گذار به هنگام ضرورت صلاحیت دارد که برای تنظیم روابط، گستره جغرافیای جبران خسارت را محدود سازد یا گسترش دهد و قواعدی چون «قاعده احترام» یا «قاعده اتلاف» را مقید نماید و این مسئله در مغایرت با مبانی فقهی مسئولیت مدنی نیست.

بنابراین به نظر می‌رسد که ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی همچنان به خاطر وجود مصلحت و ضرورت، دارای استحکام مبنایی بوده و اشکالات وارده به این ماده صحیح به نظر نمی‌رسد؛ لذا به استناد این ماده قانونی می‌توان به عدم مسئولیت دولت در جبران خسارات وارده ناشی از اشتباه در تشخیص اراضی ملی استدلال نمود.

۸-۱-۲. فقدان تقصیر دولت و کارگزاران حقیقی و حقوقی دولت

۸-۱-۲-۱. مقدمه اول: مبنای مسئولیت در نظام حقوقی ایران

در مسئولیت ناشی از تسبیب، هرچند لزوم تقصیر در هیچ ماده‌ای به صراحت نیامده

است، ولی بنا بر مصادیق مسئولیت منوط به خطای سبب مانند مواد ۳۳۳ و ۳۳۴ قانون مدنی، به نظر می‌رسد مبنای مسئولیت در نظام حقوقی ایران تقصیر است (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۲۰۶-۲۰۷)؛ چرا که قانون‌گذار در ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی بیان داشته است:

«هر کس بدون مجوز قانونی، عمداً یا در نتیجه بی احتیاطی، به جان یا سلامتی یا مال یا آزادی یا حیثیت یا شهرت یا هر حق دیگری که به موجب قانون برای افراد ایجاد گردیده است، لطمه‌ای وارد نماید که موجب ضرر مادی یا معنوی دیگری شود، مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خود می‌باشد».

بدیهی است که این مقرر، مبنای مسئولیت را تقصیر دانسته است. همچنین قانون‌گذار در ماده ۲۲۷ قانون مدنی در بیان مسئولیت قراردادی ذکر کرده است:

«متخلف از انجام تعهد، وقتی محکوم به تأدیه خسارات می‌شود که نتواند اثبات نماید که عدم انجام به واسطه علت خارجی بوده است که نمی‌توان مربوط به او نمود».

و در ماده ۲۲۹ قانون مذکور نیز بیان مشابه وجود دارد. این مواد و مواد ۵۰۲، ۵۱۶ و ۶۳۰ قانون مجازات اسلامی بر عدم مسئولیت بر اثر علت خارجی نیز تأکیدی بر مبنای عمومی تقصیر در مسئولیت است. همچنین به موجب ماده ۵۲۹ قانون مجازات اسلامی نیز که بیان نموده: «در کلیه مواردی که تقصیر موجب ضمان مدنی یا کیفری است، دادگاه موظف است استناد نتیجه حاصله به تقصیر مرتکب را احراز نماید»، تقصیر را از موجبات ضمان مدنی، و دادگاه را ملزم به احراز تقصیر مرتکب دانسته است.

۱-۲-۱-۸. مقدمه دوم: وجود تقصیر شخصی و تقصیر اداری

تقصیر اداری عبارت است از:

«هر اداره و مؤسسه عمومی در انجام وظایف خود باید در حدود متعارف مراقبت داشته باشد که از اعمال آن اداره، زیانی به کسی وارد نشود» (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۷۹: ۴۰۱).

تقصیر دولت هم در به کارگیری نیروی متخصص، تقصیر در تأمین تجهیزات، تقصیر در نظارت بر رعایت تشریفات و اصول حرفه‌ای کارمندان متصور است. مطابق ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، الزام به جبران خسارت

توسط وزارتخانه‌ها و سازمان‌ها... منوط به اثبات تقصیر اداری است. تبصره ۱ این قانون نیز مقرر داشته است:

«تعیین میزان خسارات وارده از ناحیه مؤسسات و اشخاص مذکور پس از صدور رأی در دیوان بر وقوع تخلف، با دادگاه عمومی است».

همچنین مطابق مفاد رأی وحدت رویه ۱۳۹۴/۱۰/۲۹-۷۴۷ هیئت عمومی دیوان عالی کشور:

«از شرایط برقراری مسئولیت مدنی، وجود تقصیر است و اثبات تقصیر دولت، در صلاحیت دیوان عدالت اداری بوده و محاکم رأساً صلاحیت قانونی جهت احراز تقصیر آن‌ها را ندارند».

بنابراین دستگاه‌های دولتی صرفاً زمانی مسئول پرداخت خسارت می‌باشند که تقصیر آنان قبلاً در دیوان عدالت اداری اثبات شده باشد و این دلیل دیگری بر مبنای تقصیر بوده که در رویه برخی محاکم، مطالبه خسارت از مرجع تشخیص به علت اشتباه در تشخیص، منوط به اثبات تقصیر در دیوان عدالت اداری است (دادنامه شماره ۱۴۰۰/۱/۱۷-۱۴۰۰۹۳۹۰۰۰۲۱۶۸۷۰).

لذا از آنجا که قبلاً گفته شد تشخیص اراضی ملی ممکن است در دوره جنگل‌داران اولیه، دوره جنگل‌داران سنتی و دوره جنگل‌داران نوین صورت گرفته باشد، صرفاً در صورت سوم اشتباه در تشخیص اراضی ملی، تقصیر محرز بوده است و آن هم در صورتی است که عکس‌های هوایی به وضوح وجود آثار مستثنیات را گواهی نماید؛ چراکه با وجود علم جنگل‌دار به غیر ملی بودن عرصه، تقصیر شخصی کارمند خاطی و حتی تقصیر اداری مرجع تشخیص محرز بوده، ولی در صورت اول و دوم به علت اینکه تشخیص اراضی ملی با تجهیزات متعارف و با رعایت نظامات و تشریفات قانونی در زمان خود صورت گرفته و سپس واگذار گردیده است و در سیر تاریخی پس از تصویب «قانون اصلاح قانون تعیین تکلیف اراضی اختلافی موضوع اجرای ماده ۵۶ قانون جنگل‌ها و مراتع» مصوب ۱۳۸۷/۳/۵، اشخاص ثالث به برگ تشخیص ادارات منابع طبیعی اعتراض کرده و محاکم با ارجاع به کارشناس و تفسیر عکس هوایی به این نتیجه رسیده‌اند که عرصه مورد واگذاری در سال ۱۳۴۱ دارای آثار مستثنیات بوده است

و آن‌چنان که گفته شد، تفسیر عکس هوایی در دوران جنگل‌داران اولیه و سنتی اصلاً وجود نداشته و امری است که با پیشرفت علم حاصل شده است، بنابراین تقصیر یعنی «خروج از رفتار متعارف» یا «تقصیر اعم از بی احتیاطی، بی‌مبالاتی، عدم مهارت، عدم رعایت نظامات دولتی»^۱ در تشخیص اراضی ملی رخ نداده است. همچنین در صورتی که اراضی مستثنیات به وسیله مرجعی غیر از مرجع تشخیص واگذار شده باشد و قرارداد واگذاری بین مجری طرح واگذاری و سازمان‌های ذی‌صلاح منعقد شده باشد، صرفاً از باب تسبیب می‌توان مسئولیت جبران خسارات وارده را بر عهده مرجع تشخیص قرار داد و انتساب مسئولیت در فرض تسبیب به جهت غیر مستقیم بودن ورود زیان، نیازمند احراز تقصیر به عامل ورود زیان است (امامی، ۱۳۶۸: ۳۹۲؛ کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۱۷۵). بنابراین اگر اشتباه در دوره جنگل‌داران نوین از روی عمد رخ داده باشد، جنگل‌دار و همچنین اعضای کارگروه تفسیر عکس‌های هوایی مستقر در ادارات کل منابع طبیعی استان‌ها که برگ تشخیص یا برگ تفسیر عکس هوایی را امضا نموده‌اند، بی‌احتیاطی کرده و شخصاً مسئول هستند و مرجع تشخیص نیز به علت نقصان در نظارت و تقصیر اداری، مسئولیت جبران خسارت را دارد.

البته برخی بر شرط دانستن تقصیر در تسبیب اشکال کرده‌اند که آنچه ملاک است، استناد عرفی فعل زیانبار به شخص خاصی است که گاهی از طریق تسبیب و گاهی از طریق تقصیر اثبات می‌گردد (باریکلو، ۱۳۸۴: ۱۸۵). با این حال، حتی اگر از منبای نظریه تسبیب که تقصیر را شرط ایجاد مسئولیت می‌داند، عدول گردد و به این مبنا قائل شویم که استناد عرفی کفایت می‌کند، باز هم در فرض مسئله، استناد عرفی وجود ندارد؛ چرا که در تسبیب، گذشته از عامل تقصیر، شرط دیگری نیز ضرورت دارد و آن این است که احتمال ائتلاف چندان قوی باشد که عرف اقدام مسبب را مقتضی ورود خسارت بشناسد (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۲۰۷) و قبلاً گفته شد که در دوران جنگل‌داران اولیه و جنگل‌داران سنتی، تلقی رایج این بود که تشخیص جنگل‌دار قطعی است و امکان تشخیص خلاف آن وجود ندارد، چه رسد به اینکه تشخیص جنگل‌دار در زمانی که

۱. تبصره ۱ ماده ۳۳۶ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۵.

زمین به دیگری واگذار شده باشد، نقض گردد. یعنی در حقیقت، امکان اعتراض به رأی جنگل‌دار پس از انقلاب و مشخصاً در سال ۱۳۸۷ در قانون پیش‌بینی شد و برای مراجع تشخیص در زمان تشخیص، احتمال اتلاف مالی از دیگران وجود نداشت.

۸-۱-۳. تأملی در مشروعیت تصرفات ناقله بر اراضی ملی

این دلیل، بر اساس اصول کلی حقوقی و تحلیل ماده ۴۵ قانون اساسی اقامه می‌شود. مطابق اصل ۴۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، منابع ملی چون کوه‌ها، دریاها، دریاچه‌ها، جنگل‌ها و مراتع، ثروت عمومی بوده و در اختیار حکومت اسلامی است تا بر طبق مصالح عامه نسبت به آن‌ها عمل نماید. در حقیقت این دلیل، مرکب از دلایل انتقادی به مشروعیت انتقال مالکیت اراضی ملی است؛ چرا که جنگل‌ها و مراتع ثروت عمومی بوده و لازمه ثروت عمومی بودن این اموال، ملک مشاع شهروندان بوده که به وسیله دولت اداره می‌گردد. بنابراین برای اشخاص اعم از دولتی یا خصوصی، تملک آن امکان‌پذیر نمی‌باشد و بدیهی است در صورتی که برای دولت تملک اراضی ملی ممکن نیست، قهراً دولت صلاحیت تصرفات ناقله در این اراضی را ندارد. بنابراین مقررات انتقال مالکیت اراضی ملی که در قالب عقد واگذاری مقرر شده، در تنافی با اصل عدم واگذاری اموال عمومی و اصل عدم قابلیت تملک خصوصی اموال عمومی مصرح در ماده ۲۶ قانون مدنی و مغایر با مصلحت عامه مندرج در اصل ۴۵ قانون اساسی است (صیدی‌نژاد، ۱۳۷۹: ۱۹). لازم به ذکر است که واگذاری اراضی ملی در وزارتخانه جهاد کشاورزی به وسیله دو مقرر صورت گرفته است؛ مقرر نخست، «لایحه قانونی نحوه واگذاری و احیاء اراضی در حکومت جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۵۸» که مرجع تصویب آن شورای انقلاب است و مقرر دوم، قانون اصلاح ماده ۳۴ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع مصوب سال ۱۳۵۴ و الحاق چند تبصره به آن مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام در سال ۱۳۷۳. در مورد مقرر اول، صلاحیت قانون‌گذاری این نهاد در قانون اساسی تعریف نگردیده است و قانون دوم نیز خلاف شرع و قانون اساسی بودن آن توسط شورای نگهبان تشخیص داده شده و لذا مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام است.

نکته دیگر اینکه قانون اساسی بهره‌برداری از اراضی ملی را موکول به رعایت غبطه عمومی دانسته است که در قوانین واگذاری، این شرط نیز به دلایل زیر موجود نیست: نخست اینکه عموماً انتقال مالکیت اموال غیر منقول به مصلحت عموم نیست؛ بدین خاطر که تعداد محدودی برخوردار و مابقی افراد و نسل‌های آینده از منافع این اراضی محروم می‌مانند. دوم اینکه در واگذاری‌های منابع ملی، تعیین قیمت پایه توسط کارشناسان رسمی دادگستری و فرایند مزایده صورت نگرفته است و اطلاعات شناسایی اراضی ملی مستعد کشاورزی و صنعت نیز در دسترس عموم نیست و صرفاً افراد خاصی از این اطلاعات برخوردارند؛ بنابراین واگذاری‌های انتقال مالکیت، مخالف بند ۹ از اصل ۳ قانون اساسی نیز هست که دولت را مکلف به رفع تبعیضات ناروا و ایجاد امکانات عادلانه برای همه در تمام زمینه‌های مادی و معنوی دانسته است. سوم اینکه به موجب بند ۲ ماده ۸۴ قانون وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین مصوب ۱۳۸۰ و قوانین مشابه، مجریان طرح‌های واگذاری تا پنجاه درصد از تخفیف در پرداخت قیمت این اراضی برخوردارند؛^۱ بنابراین تخفیف در بهای اراضی ملی، قرارداد واگذاری را از جرگه عقود مغایه خارج کرده و رعایت غبطه عمومی نگردیده است. چهارم اینکه مصلحت رونق تولید و رفاه اجتماعی و تأمین زمین مورد نیاز دستگاه‌ها، ملازمه با انتقال مالکیت اراضی ملی ندارد و اگر اشخاصی قصد تولید یا سرمایه‌گذاری دارند، دولت می‌تواند با انعقاد عقد اجاره یا صدور پروانه بهره‌برداری، نیاز آنان را برطرف نماید و در عین حال، مالکیت اراضی ملی را نیز برای عموم محفوظ دارد.

نیک روشن است که این شیوه واگذاری اراضی ملی، به صلاح عموم نبوده و از عوامل ایجاد نابرابری و شکاف طبقاتی در جامعه امروز است. گواه این اشتباه تقنینی نیز آن است که قانون‌گذار طبق تبصره ۲ ماده ۹ قانون افزایش بهره‌وری بخش کشاورزی و منابع طبیعی مصوب ۱۳۸۹ مقرر داشت در اراضی خارج از حریم شهر، «با تصویب این

۱. همچنین بر اساس تبصره ۲ ماده ۸ آیین‌نامه اجرایی قانون اصلاح ماده ۳۴ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع مصوب ۱۳۵۴/۳/۱۴ و الحاق چند تبصره به آن، «مبنای قیمت‌گذاری، میانگین زمان تصرف و تاریخ کارشناسی هیئت تقویم و ارزیابی است و کمیسیون می‌تواند برای طرح‌های کشاورزی اعم از زراعت، باغ و طرح‌های تولیدی دام و طیور، حداکثر تا ۵۰٪ قیمت تعیین‌شده، تخفیف قائل شود».

قانون، انتقال قطعی مالکیت دولت در واگذاری اراضی ملی، دولتی و موات به متقاضیانی که از تاریخ این قانون به بعد، شروع به تشکیل پرونده درخواست اراضی می‌نمایند، ممنوع بوده و قوانین مغایر لغو می‌گردد». بنابراین به خاطر جهات فوق‌الذکر، جهت این معاملات نامشروع است و لذا تابع عموماً صحت عقود نبوده و خارج از اصل ۱۹۰ قانون مدنی قرار می‌گیرد و طبق ماده ۱۰ قانون مدنی، عقود و قراردادهایی که افراد منعقد می‌کنند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، معتبر است؛ ولی این عقود مخالف صریح قانون اساسی است و طبق ماده ۹۷۵، محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که خلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه‌دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر، مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود، به موقع اجرا گذارد؛ ولی بسیاری از قراردادهای واگذاری، مخالف اخلاق حسنه است و احساسات جامعه را برمی‌انگیزد. علت آنکه مردم کمتر به غیر عادلانه بودن این قراردادها واکنش نشان می‌دهند نیز عدم شفافیت و عدم اطلاع و آگاهی مردم در این خصوص است، نه اینکه اگر مردم بدانند، واکنشی نشان نمی‌دهند. بنابراین زمانی که اصل واگذاری منتهی به صدور سند، در تضاد با قانون اساسی است، قرارداد واگذاری خارج از حدود اختیارات مرجع واگذاری بوده و خلاف قوانین آمره است و حال که مستحق‌الغیر بودن آن نیز احراز شده، مجری طرح واگذاری، تصرفات غیر مأذونه بر اراضی مستثنیات داشته است که احکام آن تابع قواعد عقد فضولی قانون مدنی است و مجری طرح واگذاری نیز به علت علم به غیر قانونی بودن واگذاری و اینکه فرض این است که تمام افراد جامعه، از احکام و قوانین آگاهی دارند، اقدام علیه خود نموده و دولت مسئولیتی در تدارک زیان وارده ندارد.

در نقد این نظریه به نظر می‌رسد مرجع تفسیر قانون اساسی، شورای نگهبان است و تا زمانی که این مرجع، مغایرت قوانین با قانون اساسی را اعلام نکند، نمی‌توان به این نظر قائل شد و قوانینی نیز که توسط مجمع تشخیص مصلحت نظام تأیید می‌گردد، مادامی معتبر است که با قانون دیگر نقض یا اصلاح نگردد. همچنین واگذاری اراضی ملی و تغییر نمایندگی این اراضی در حریم شهرها تا کنون به پشتوانه چندین قانون دیگر چون ماده ۱۰ قانون زمین شهری مصوب ۱۳۶۶ و ماده ۲۰ آیین‌نامه اجرایی آن مصوب

۱۳۷۱ و ماده ۱۰۰ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت مصوب ۱۳۸۰ و مواد ۴ و ۶ قانون ساماندهی و حمایت از تولید و عرضه مسکن مصوب ۱۳۸۷ صورت گرفته است و شورای نگهبان این قوانین را مخالف قانون اساسی تلقی ننموده است و این امر منطبق با اصل ۳۱ قانون اساسی است که بیان می‌دارد:

«داشتن مسکن متناسب با نیاز، حق هر فرد و خانواده ایرانی است. دولت موظف است با رعایت اولویت برای آن‌ها که نیازمندترند، به خصوص روستائینان و کارگران، زمینه اجرای این اصل را فراهم کند».

بنابراین واگذاری اراضی ملی، امری منطبق با قانون بوده و خالی از اشکال می‌باشد.

۲-۸. ادله عدم مسئولیت دستگاه‌های اجرایی یعنی مرجع تشخیص و مرجع واگذاری

۱-۲-۸. دلیل نخست: مقتضای قاعده ملازمه عرفی بین امر به فعل و عدم مسئولیت هنگام کشف اشتباه

این نظریه فقهی که در باب اشتباه در اجتهاد ناشی از عمل به امارات و اصول شرعی آمده است، با ذکر مثالی عرفی بیان می‌گردد. در عرف اگر مولی به عبد دستوری دهد و طریق امثال را بیان نماید یا طرق امثال، منحصر و منصرف به طرق خاصی باشد، عموم مردم بر این باورند که اگر عبد وظیفه را انجام داده و از همان طریقی که مولی به او دستور داده، اطاعت نمود، در صورتی که بعداً مشخص گردد که اشتباهی در طریق رخ داده یا راه جدیدی پیدا شود که در زمان تکلیف فعلی مولی در دسترس نبوده است، مولی نباید عبد را ضامن یا مسئول بداند؛ چرا که اگر مولی به شیئی امر کند و طریق امثال آن را بیان نماید، مکلفی که طبق دستور عمل کرده است، مسئولیت ندارد و اگر غرض مولی حاصل نشد، ارتباطی به عبد ندارد؛ زیرا او در مقام امثال کوتاهی نکرده است (ر.ک: طباطبایی بروجردی، ۱۴۱۵: ۱۲۹).

بر این اساس، همان گونه که قبلاً ذکر شد، به دلیل خلأهای قانونی موجود در خصوص نامحدود بودن مهلت اعتراض اشخاص نسبت به اعلام ملی شدن اراضی

(حتی پس از صدور سند مالکیت دولت بر روی اراضی ملی) و نیز نامحدود بودن مهلت اعتراض اشخاص به رأی کمیسیون ماده واحده در مرجع قضایی، قطعیت تشخیص اراضی ملی به مفهوم خاص تقریباً غیر ممکن است و رفع این نقصان، خارج از خواست و اراده ادارات منابع طبیعی می باشد. روشن است که با توجه به نامحدود بودن مهلت اعتراض به برگ تشخیص و آراء کمیسیون ماده ۵۶ و همچنین هیئت ماده واحده، مالکیت دولت هیچ گاه تثبیت نمی گردد و از سویی، ادارات با در نظر گرفتن وظایف خویش در خصوص بهره برداری از اراضی ملی (موضوع مواد ۲ و ۳ قانون حفاظت و بهره برداری از جنگل ها و مراتع کشور) مکلف اند در صورت درخواست متقاضی و مهیا بودن شرایط واگذاری، عرصه را به مجری طرح واگذاری واگذار نمایند. بنابراین حتی در زمانی که ادارات منابع طبیعی با بررسی عکس های هوایی از اشتباهی آشکار در تشخیص اراضی ملی اطلاع حاصل نمایند، فاقد اختیار برای اصلاح برگ تشخیص صادره هستند و ابطال یا اصلاح برگ تشخیص ادارات منابع طبیعی چون سندی رسمی است، صرفاً به وسیله حکم محاکم دادگستری امکان پذیر است و اصل نیز در حقوق عمومی بر عدم صلاحیت و اهلیت است. همچنین مرجع واگذاری نیز قانوناً فاقد اختیار در ممانعت از واگذاری به اشخاص متقاضی در صورت احراز سایر شرایط قانونی می باشد. بنابراین گذاشتن بار مسئولیت بر عهده شخصی که خود محکوم به انجام امری است، خلاف قاعده است؛ چرا که در غیر این صورت، از یک طرف مرجعی موظف به تکلیفی قانونی است و از سوی دیگر در صورت تشخیص و واگذاری که در زمان خود طبق امارات و اصول متعارف صورت گرفته است، به لحاظ حکم وضعی ضامن می باشد و این امر با بنای عقلا و رویه قانون گذاری ناسازگار است. همچنین هر گونه خسارتی که مجری طرح واگذاری متحمل گردد، به خاطر عدم اراده و اختیار به مرجع تشخیص استناد پیدا نمی کند و قابل جبران نخواهد بود. بنابراین چنانچه مرجع تشخیص یا مرجع واگذاری، محکوم به پرداخت خسارت گردد، طبق بند ج ماده ۲۴ قانون الحاق برخی مواد به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت (۲) مصوب ۱۳۹۳/۱۲/۴، «سازمان مدیریت و برنامه ریزی کشور باید مبلغ محکوم به را از بودجه سنواتی آن دستگاه کسر و به محکوم له یا اجرای احکام پرداخت کند». بر این اساس، حکم به

پرداخت خسارت عرفاً نوعی مجازات برای انجام وظیفه است که از مصادیق مؤاخذه ناروا برای سازمان مجری قوانین جاری کشور است. همچنین پرداخت خسارت از بیت‌المال نیز در قانون جز در مورد دیه وجود ندارد^۱ و مسئولیت بیت‌المال در قانون استثنا بوده و گستره آن باید به نص قانونی محدود گردد. بنابراین در خطاهایی که به وسیله دولت رخ می‌دهد و منشأ خطا، ارائه طریق‌های قانونی یا تکالیف فعلی است که به طرق متعارف منصرف است، علی‌القاعده آمر یعنی قانون‌گذار و نه مجری قانون، باید مسئول جبران خسارت باشد که در دلیل سوم (اعمال حاکمیتی) بدان پرداخته خواهد شد.

۸-۲-۲. دلیل دوم بر عدم مسئولیت دستگاه‌های اجرایی: تفاوت نوع تعهد

بر اساس نظریه قرارداد اجتماعی، دولت می‌کوشد با تکیه بر مفهوم توافق و مشروعیت نشئت گرفته به ایفای تعهدات خود بپردازد (صلیبا، ۱۳۶۶: ۴۷۱). بر این اساس، تعهدات دولت اصولاً تعهدات به وسیله است؛ چون پیش‌بینی و تضمین نتایج آن از اختیار دولت خارج است و دولت‌ها در پی ایفای وظیفه فعلی هستند و مکلف به واقع یا نتیجه نمی‌باشند. برای مثال، تعهد نمایندگان حقوقی دولت یا معلمان یا پزشکان به شرکت در جلسات دادرسی یا کلاس درس یا حضور در بیمارستان‌های عمومی، تعهد به نتیجه است، ولی تعهد آنان در گرفتن حکم قطعی به نفع دولت یا یادگیری مطالب توسط دانش‌آموزان یا درمان قطعی بیماران، تعهد به وسیله است؛ با این تفاوت که پزشک بیمارستان دولتی در هنگام تشخیص و پس از بررسی عکس‌های سی‌تی اسکن، ام‌آر‌آی و سونوگرافی می‌تواند برای رفع مسئولیت اقدامات با خطر بالا، شروع درمان را منوط به سپردن تبری (رضایت‌نامه) بیمار یا همراه او نماید (محقق داماد، ۱۳۸۹ الف: ۱۵۷)، اما در اعمال حاکمیتی چون تشخیص اراضی ملی، این امکان برای عاملین دولت نیست که برای تشخیص اراضی ملی در مواردی که (به جهت وجود امارات متضاد یا گویا نبودن عکس هوایی) تردید وجود دارد، تبری از شخصی گرفته شود و بدین جهت تشخیص اراضی ملی، نیازمند حمایت قانونی افزون‌تر است. بنابراین زمانی که مرجع تشخیص از طریق امارات قانونی و متعارف به تشخیص اراضی ملی مبادرت می‌ورزد،

۱. مواد ۴۳۵، ۴۷۴، ۴۷۵ و ۴۸۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲.

مادامی که از اصول حرفه‌ای پیروی نماید، خاطی واقعی وجود نداشته و مسئولیتی بر جبران خسارت ندارد؛ هرچند بعداً احراز گردد که تشخیص خلاف واقع بوده است.

۸-۲-۳. دلیل سوم بر عدم مسئولیت دستگاه‌های اجرایی: علل سماوی یا علل خارجی
 قانون مدنی و قانون مسئولیت مدنی در مبحث اتلاف و تسبیب، از علل خارجی که دخالت آن‌ها در ایراد خسارت، موجب معافیت از مسئولیت است، سخن نگفته است؛ ولی در ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی غیر قراردادی، علل خارجی طرح شده است. همچنین در مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ قانون مدنی در مورد مسئولیت مدنی قراردادی، قوه قاهره بیان شده است. بنابراین اگر زیان ناشی از امری طبیعی غیر قابل پیش‌بینی و اجتناب‌ناپذیر باشد که نتوان آن را به شخص خاصی نسبت داد، قوه قاهره است. به نظر می‌رسد که قانون‌گذار از اینکه به جای واژه حادثه از واژه «علت خارجی» استفاده نموده، غرض خاصی داشته است؛ همان گونه که در ماده ۵۰۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مقرر داشته است:

«در مواردی که جنایت یا هر نوع خسارت دیگر، مستند به رفتار کسی نباشد، مانند اینکه در اثر علل قهری واقع شود، ضمان منتفی است».

طبیعتاً یکی از عوامل قهری نیز گذشت زمان و پیشرفت علم و فناوری و ارتقاء زیرساخت‌های اداری است و قبلاً ذکر گردید که منشأ کشف اشتباه در تشخیص اراضی ملی عمدتاً به تفسیر عکس هوایی بازمی‌گردد که در دوره جنگل‌داران اولیه و جنگل‌داران سنتی، این تجهیزات و امکانات برای تشخیص اراضی ملی وجود نداشته است. تفاوت این دلیل مبنی بر عدم مسئولیت دولت با دلیل اول، آن است که در دلیل نخست، بار اثبات تقصیر بر عهده خواهان بوده، ولی در اثبات قوه قاهره بر عهده خواننده یعنی مرجع تشخیص می‌باشد.

پیشنهادات

برای جلوگیری از معضلات و اگذاری اراضی مستثنیات و همچنین عدم جبران خسارات مجری طرح و اگذاری، چند پیشنهاد به نظر می‌رسد:

۱- مجریان طرح‌های واگذاری، قبل از اقدام به درخواست واگذاری، با ارائه نقاط utm به سازمان نقشه‌برداری کشور یا سازمان جغرافیایی نیروهای مسلح، درخواست ارائه عکس سال‌های مقارن قانون ملی شدن از محدوده واگذاری را نمایند.

۲- لزوم تصویب قانونی که قبل از واگذاری اراضی ملی، مرجع تشخیص قبل از تشکیل کمیسیون تخصیص و استعدادیابی اراضی ملی به طرح‌های واگذاری، مکلف به تفسیر عکس هوایی از محدوده مورد درخواست واگذاری شود و مرجع واگذاری نیز مکلف گردد که در صورت وجود آثار در عکس‌های هوایی، واگذاری اراضی ملی متوقف گردد.

۳- اصلاح تبصره ۱ ماده ۹ قانون افزایش بهره‌وری بخش کشاورزی و منابع طبیعی به گونه‌ای که در صورتی که اراضی واگذار شده، محل استقرار تجهیزات و تأسیسات صنعتی و کشاورزی قرار گرفته است، محاکم دادگستری مرجع واگذاری را مکلف به اعطای زمین معوض نمایند.

۴- در قراردادهای واگذاری، شرط عدم مسئولیت در قبال ضمان درک عرصه مورد واگذاری قید گردد.

۵- صندوقی مشابه صندوق بیمه اجباری شکل گیرد که بخشی از درآمد واگذاری‌های طرح‌های صنعتی و کشاورزی را که بر بستر قانون ملی شدن جنگل‌ها و مراتع کشور صورت گرفته است، جهت پرداخت خسارات وارده توسط جنگل‌داران و جنگل‌بانان و محیط‌بانان برای حفظ منابع طبیعی و محیط زیست در اختیار این ادارات قرار دهند.

نتیجه‌گیری

در این نوشتار، ادله فراوانی برای عدم مسئولیت دولت، دستگاه‌های اجرایی و کارگزاران دولتی جهت جبران خسارات مجری طرح واگذاری در فرض اشتباه در تشخیص اراضی ملی اقامه گردیده است. کلیه این ادله زمانی قابل استناد است که جریان تشریفات اداری ملی شدن ملک، بر اساس قانون صورت گرفته باشد و تقصیری در فرایند تشخیص و واگذاری رخ نداده باشد و با گذشت زمان، این خطای انسانی هویدا گردد. بنابراین دولت و دستگاه‌های اجرایی چون مرجع تشخیص یعنی ادارات

منابع طبیعی، با وجود اینکه سبب اصلی اشتباه در واگذاری اراضی مستثنیات به جای اراضی ملی هستند، ولی از آنجا که مهم‌ترین ارکان مسئولیت در تسبیب، ورود زیان و اثبات تقصیر سبب است، تقصیری برای آنان قابل تصویر نیست؛ چرا که با توجه به دسته‌بندی که ارائه گردیده، غالباً کشف اشتباه در تشخیص اراضی ملی در دادگاه‌ها به خاطر ارجاع محاکم به تفسیر عکس هوایی بوده و سازمان جنگل‌ها در دهه‌های پیشین و در زمان تشخیص، قصور یا تقصیر یا نقص وسایل نداشته است و جنگل‌دار نیز بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی نکرده است؛ چرا که بر اساس ابزار متعارف و رایج اراضی ملی تشخیص داده شده و عکس هوایی در اثر پیشرفت علم بعداً حاصل شده، بنابراین تقصیر سازمان مزبور نمی‌باشد. مطلب دیگر اینکه پس از تشخیص جنگل‌دار، سازمان مذکور اختیاری جهت تصحیح سند رسمی صادره نداشته و تصحیح این سند صرفاً از مجرای محاکم دادگستری امکان‌پذیر است و مرجع واگذاری نیز اختیاری جهت ممانعت و قفل کردن فرایند واگذاری ندارد. بنابراین دور از عدالت است که مسئولیت بر عهده دستگاه‌های اجرایی قرار گیرد که اختیارات لازم جهت ممانعت از ایراد خسارت را ندارند. همچنین تشخیص اراضی ملی، امری کاملاً حاکمیتی است و ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی در مورد تشخیص اراضی ملی که طبق قانون صورت گرفته و تقصیری متوجه دولت یا دستگاه اجرایی یا جنگل‌دار نیست، که همگی این ادله دلالت بر عدم لزوم جبران خسارت دارد. دلیل چهارم بر عدم مسئولیت مرجع تشخیص و مرجع واگذاری، تأکیدی بر عدم مسئولیت دولت در قبال علل سماوی است. بنابراین اصولاً در نظام حقوقی ایران، دولت و دستگاه‌های اجرایی مادامی که فرایندهای قانونی به طور صحیح صورت گرفته باشد، در قبال خسارات وارده به مجری طرح واگذاری مسئول نمی‌باشند و مجری طرح واگذاری باید احتمال خطر غیر ملی اعلام شدن زمین واگذار شده را بپذیرد.

کتاب‌شناسی

۱. السان، مصطفی، «نظریه مسئولیت مدنی دولت در قبال حوادث طبیعی»، پژوهش حقوق و سیاست، سال دهم، شماره ۲۴، بهار و تابستان ۱۳۸۷ ش.
۲. امامی، سیدحسین، حقوق مدنی، چاپ هشتم، تهران، کتابفروشی اسلامیه، ۱۳۹۱ ش.
۳. امیرارجمند، اردشیر، و مشتاق زرگوش، «تقصیر در حقوق مسئولیت مدنی دولت؛ مطالعه تحلیلی - تطبیقی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۴۹، بهار و تابستان ۱۳۸۸ ش.
۴. ابروانی، جواد، و رضا حق‌پناه، «بررسی قاعده فقهی، کلامی "عدم مؤاخذة و مسئولیت فرد در قبال عملکرد دیگری"»، فصلنامه مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و پنجم، شماره ۹۳، تابستان ۱۳۹۲ ش.
۵. باریکلو، علیرضا، مسئولیت مدنی، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴ ش.
۶. بیران، حسین، مسائل حقوقی سرمایه‌گذاری بین‌المللی، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۹ ش.
۷. توکلی، بابک، علی صالحی، و برمک اسلامی، روند رسیدگی به پرونده‌های حقوقی در جنگل و قوانین مرتبط با آن، رشت، حق شناس، چاپخانه توکل، ۱۳۹۰ ش.
۸. رستمی، ولی، و رضا رشیدی، «نقد و تحلیل نظریه خدمات عمومی و اصول حاکم بر آن، مبتنی بر آموزه‌های اسلامی»، فصلنامه حکومت اسلامی، سال بیست و دوم، شماره ۴ (پیاپی ۸۶)، زمستان ۱۳۹۶ ش.
۹. روحانی، فواد، تاریخ ملی شدن صنعت نفت ایران، چاپ دوم، تهران، شرکت سهامی کتاب‌های جیبی، ۱۳۵۳ ش.
۱۰. زرگوش، مشتاق، حقوق اداری؛ تملک املاک، شبه تملک‌ها و سلب مالکیت از سرمایه‌ها توسط دولت، تهران، میزان، ۱۳۹۱ ش.
۱۱. سامانی، احسان، و سیدحسن وحدتی شبیری، «تحلیل فقهی حقوقی مسئولیت مدنی دولت نسبت به اعمال زیان‌بار حاکمیتی در قبال شهروندان»، فصلنامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال سوم، شماره ۶، بهار ۱۴۰۰ ش.
۱۲. شیروی، عبدالحسین، حقوق نفت و گاز، چاپ دوم، تهران، میزان، ۱۳۹۰ ش.
۱۳. صلیبا، جمیل، فرهنگ فلسفی، ترجمه منوچهر صانعی دژبیدی، تهران، حکمت، ۱۳۶۶ ش.
۱۴. طباطبایی بروجردی، سیدحسین، نه‌ایة الاصول، تهران، تفکر، ۱۴۱۵ ق.
۱۵. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران، سمت، ۱۳۷۹ ش.
۱۶. عبداللهی، عبدالکریم، قواعدی از فقه، تهیه دفتر تبلیغات اسلامی - شعبه خراسان رضوی، قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۸ ش.
۱۷. قاسمی حامد، عباس، حقوق اقتصادی، تهران، دراک، زمستان ۱۳۹۴ ش.
۱۸. کاتوزیان، ناصر، الزام‌های خارج از قرارداد: ضمان قهری، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۴ ش.
۱۹. همو، اموال و مالکیت، چاپ سوم، تهران، دادگستر، ۱۳۷۸ ش.
۲۰. همو، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، چاپ سی و چهارم، تهران، میزان، ۱۳۹۱ ش.
۲۱. محقق داماد، سیدمصطفی، فقه پزشکی، تهران، حقوقی، ۱۳۸۹ ش. (الف)
۲۲. همو، قواعد فقه؛ بخش مدنی (مالکیت - مسئولیت)، تهران، علوم اسلامی، ۱۳۸۹ ش. (ب)
۲۳. مخدوم، مجید، شالوده‌آمایش سرزمین، چاپ ششم، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۴ ش.
۲۴. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، القواعد الفقهیه و الاجتهاد و التقليد (تهذیب الاصول)، تقریر جعفر سبحانی تبریزی، قم، دار الفکر - اسماعیلیان، ۱۳۸۲ ق.

۲۵. همو، صحیفه امام؛ مجموعه آثار امام خمینی، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۶۶ ش.
۲۶. میرداداشی، سیدمهدی، «میانی فقهی حقوقی مسئولیت مدنی دولت»، فصلنامه حقوق اسلامی، سال دهم، شماره ۳۷، تابستان ۱۳۹۲ ش.
۲۷. هوشمند فیروزآبادی، حسین، حسین جاور، و طاهای زرگریان، «مسئولیت مدنی دولت در قبال رفتار زیانبار حاکمیتی»، فصلنامه حکومت اسلامی، سال بیست و پنجم، شماره ۲ (پیاپی ۹۶)، تابستان ۱۳۹۹ ش.

قاعده فقهی مصلحت

در قوانین و مقررات فرزندخواندگی و کودکان بی سرپرست*

□ عبدالحمید طالبی^۱

چکیده

فقه اسلامی نسبت به کودکان بی سرپرست یا بدسرپرست بی تفاوت نبوده و تصدی امور آنان را به عنوان واجبی کفایی بر عهده اقرای اطفال، حاکم و مسلمانان گذارده و از تسری احکام مترتب بر رابطه طبیعی والدین و فرزندان به فرزندخوانده نهی نموده است و چالش‌های آن در قوانین مربوطه در کشورهای اسلامی بی‌اثر نبوده است. باید دید که راه برون‌رفت از این مشکل در فقه اسلامی چیست؟ این مقاله با استفاده از مطالعات کتابخانه‌ای و به شیوه توصیفی - تحلیلی تدوین شده و با تمسک به قاعده فقهی مصلحت، ضمن نقادی قوانین موضوعه ایران، این چالش را واکاوی و راهکارها را بیان نموده است. یافته‌های این مقاله به استناد مبانی قرآنی و روایی، پذیرش مشروط و محدود فرزندخواندگی در فقه اسلامی با استفاده از عنصر مصلحت به عنوان پشتوانه احکام شرعی و فلسفه جعل احکام در تمام تصمیماتی است که ولیّ او اعم از حاکم یا پدرخوانده اتخاذ

می‌کند. همچنین حفظ نسب حقیقی کودک، لزوم انفاق و حضانت در راستای حفظ حیات او و حفظ حقوق مالی کودک (ارث) و رعایت محرمیت شرعی در خانواده نیز مورد تأکید قرار گرفته و در موارد متعدد با هدف رشد و تعالی کودکان بدسرپرست علاوه بر کودکان بی‌سرپرست، اخذ تصمیم منوط به رعایت مصلحت گردیده است.

واژگان کلیدی: قاعده مصلحت، کودکان بی‌سرپرست، فرزندخواندگی، فرزند حقیقی، ولایت.

مقدمه

فرزندخواندگی یا به اصطلاح «تبنی»، عنوانی فقهی در متون کهن است که امروزه نیز مصادیق نوین فراوان یافته است. این عنوان با قضیه‌ای در تاریخ اسلام که حاکی از رسمی دیرین در زمان جاهلیت است، پیوند خورده و شأن نزول آیات چهارم و پنجم سوره احزاب دالّ بر ممنوعیت فرزندخواندگی به شکل دوران پیش از اسلام، یعنی تسری کلیه احکام فرزندان حقیقی به فرزندخوانده، موجب شده است که تحلیل این مسئله مورد توجه و مذاقه بیشتری قرار گیرد. تعالیم عالی دین مبین اسلام، اهتمام به امور ایتم را مورد تأکید ویژه قرار داده است. از سویی این کودکان دارای حقوقی می‌باشند و به علت معلوم نبودن نسب آن‌ها، برخی از حقوق مانند ارث و لزوم انفاق، از آن‌ها سلب می‌شود؛ لکن بر اساس مصلحت و ضرورت‌های اجتماعی باید دید که از چه راهی می‌توان این حقوق را بازیافت یا ایجاد نمود.

فرزندخواندگی به صورت‌های کامل و ساده یا ناقص در حقوق کشورهای غربی با آثار متفاوت پذیرفته شده است در ایران به علت فواید فردی و اجتماعی و نیاز مبرم جامعه و حمایت از اطفال بی‌سرپرست یا بدسرپرست، قانون حمایت از اطفال بدون سرپرست در سال ۱۳۵۳ تصویب شد و در سال ۱۳۹۲ پس از تجدیدنظر و اصلاحات تحت عنوان «قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بدسرپرست» به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید.

از دیگر سوی، ارتباط فقه و احکام آن اعم از تکلیفی و وضعی با مصالح و مفاسد، از مباحث مهم فقهی است که تأثیر کلیدی در استنباط احکام از مبانی و موازین خود

دارد. این موضوع در فقه امامیه با عنوان «ابتنای احکام شرعی بر مصالح و مفاسد» (غروی نائینی، ۱۳۶۹: ۲/۳۵۲) و در فقه اهل سنت با عناوینی چون «مصلح مرسله» (فضلی، بی‌تا: ۲۱۵) آمده است و فقهای شیعه و سنی در موضوعات مختلف اجتماعی، به عمل بر اساس مصالح فتوا داده‌اند (عجم، ۱۹۹۸: ۲/۱۴۳۴ و ۱۴۳۹؛ موسوی خمینی، ۱۴۱۰: ۲/۴۶۱).

فرزندخواندگی یا سرپرستی کودکان بی‌سرپرست، مسائل فراوانی از جمله وضعیت ارث‌بری کودکان، حضانت، نفقه، حریمیت و ده‌ها مسئله تبعی دیگر را به وجود می‌آورد که ممکن است اشخاص را از تن دادن به این مسئولیت خطیر اجتماعی که تکافل کودکان بی‌سرپرست یا بدسرپرست است، منصرف نماید. حال باید دید که چگونه قانون‌گذار با در نظر داشتن مصلحت توانسته است این مسائل را که بعضاً موجب نگرانی فرزندپذیران یا فرزندخوانده می‌شود، از طرق شرعی و قانونی حل نماید. حقوق دانان نیز موضوع فرزندخواندگی را صرفاً از نگاه حقوقی و پرداختن به قوانین مربوط در ایران و کشورهای دیگر بررسی نموده‌اند.

طرح مسئله

مسئله‌ای که اکنون وجود دارد و جامعه با آن مواجه است این است که در شرایط کنونی جامعه و با توجه به وضع کودکان بی‌سرپرست و بدسرپرست و نیاز آنان به قوانینی که از حقوقشان در وضعیت موجود حمایت نماید، آیا می‌توان از مبانی فقهی اسلام برای پاسخ به این مشکلات استفاده نمود یا خیر؟ آنچه در این پژوهش مطرح است، ارتباط عنصر مصلحت با موضوع کودکان بی‌سرپرست و نهاد فرزندخواندگی و نقش آن در قوانین و مقررات ایران با هدف حل مشکلات آنها می‌باشد.

۱. مفهوم مصلحت

واژه مصلحت از ریشه صلح گرفته شده و در مقابل مفسده و فساد قرار گرفته است (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۳/۳۳۵؛ جوهری، ۱۴۰۴: ۲/۵۱۹؛ فیروزآبادی، ۱۴۱۵: ۱/۳۲۳) و به معنای خوبی و نیکی (طریحی، ۱۳۷۵: ۲/۶۲۷) و نیز هر چیزی که مانع از فساد و تباهی و خروج شیء از حالت اعتدال می‌باشد (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۳۷۹)، آمده است.

در کاربردهای دقیق لغوی، تفاوت‌هایی میان «صلاح»، «خیر» و نیز «فلاح» وجود دارد. صلاح به معنای استقامت در چیزی است که حکمت ما را به آن فرا می‌خواند و کاربرد آن درباره اموری است که یا فی‌نفسه نفع می‌باشند یا به نفع می‌انجامند (عسکری، ۱۴۱۲: ۳۲۰).

واژه دیگری که از نظر کاربرد با واژه مصلحت، صلاح و خیر همراه می‌باشد، «نفع» در مقابل «ضرر» است. راغب اصفهانی در مفردات، نفع را آن چیزی می‌داند که برای رسیدن به خیر از آن بهره می‌گیرند که در آن صورت، خود نیز خیر است (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۵۲۳) یا در اقرب‌الموارد، مصلحت را اعمال صادره از انسان دانسته است که موجب نفع رسیدن به خود می‌شود (خوری شرتونی، ۱۴۰۳: ۱/۶۵۶). محمد غزالی نیز در المستصفی در تعریف مصلحت بیان می‌دارد: «مصلحت عبارت است از جلب منفعت و رفع ضرر» (غزالی، ۱۴۱۳: ۱۷۴).

معنای لغوی مصلحت، همان معنا و مفهوم عرفی آن است و در اکثر موارد در ردیف منفعت ذکر شده و بدین معنا تفسیر شده است (قلعه‌چی، ۱۴۰۸: ۴۳۲؛ ابوجیب، ۱۴۰۸: ۲۱۶). «نفع» و «منفعت» نیز از واژه‌هایی است که در فقه، موضوع حکم واقع شده است و رابطه نزدیکی با واژه «صلاح» و «مصلحت» دارد. آنچه در جمع‌بندی می‌توان بیان داشت این است که مصلحت و مفسده به مطلق نفع و ضرر تفسیر شده است؛ اعم از اینکه نفع و ضرر، شخصی یا عام، دنیوی یا اخروی باشند.

از نظر اصطلاحی باید مدنظر داشت که ماهیت مصلحت در شریعت و علم فقه، با تعریفی که در عرف بیان شده است، تفاوت دارد؛ زیرا توجه به مصالح و منافع مردم، بدون عنایت به اهداف و مقاصدی که شارع مقدس برای نظام تشریح در نظر گرفته است، نمی‌تواند سازگار باشد. لذا اکثر علما معنای اصطلاحی مصلحت را حفظ مقاصد و اهداف شرع دانسته‌اند که عبارت است از حفظ دین، نفس، عقل، نسل و مال بندگان. از برخی تعاریف استنباط می‌گردد که عقل یا عمل عُقلا در کشف مصلحت دخیل است؛ برای مثال، برخی اصول مصلحت را با اصطلاح «مناسب»^۱ (محقق حلی،

۱. مناسب، چیزی است که با افعال عادی عُقلا سازگار و ملائم است.

۱۴۰۳: ۲۰۶) یا معنای «سیاست عادلانه»^۱ (درار بشیر، بی‌تا: ۱۸۵) معادل دانسته‌اند.

اصول مصلحت شرعی، همان اهدافی است که نصوص شرعی و عقل معتبر برای خلقت انسان در تکوین، و برای ارسال رسولان و انزال کتب و مقررات در تشریح بیان می‌دارد. بر این اساس، عمل و حرکتی مصلحت است که در رسیدن انسان به هدف نهایی خلقت و در تحقق اهداف انبیا مؤثر باشد؛ زیرا شارع مقدس در تکوین و تشریح، دو هدف متفاوت و جدا از هم را تعقیب نمی‌کند و بالطبع هر اقدامی را خود صورت می‌دهد (تکوین) یا فرمان انجام آن را می‌دهد (تشریح)، در راستای تأمین یک هدف است. منظور از اصول مصلحت، اهدافی است که با مراجعه به نصوص بیان‌کننده هدف خلقت و ارسال رسل و انزال کتب و تشریح مشخص می‌شود (علیدوست، ۱۳۸۹: ۸۷).

۲. فقه و مصلحت

مصلحت در فقه امامیه در دو مورد استفاده شده است: نخست مصلحت به عنوان پشتوانه احکام شرعی و فلسفه جعل احکام که از آن به مصلحت واقعی یا نفس‌الامری تعبیر شده است و دوم مصلحت به عنوان قید موضوع احکام شرعی. البته مصلحت قسم سومی نیز دارد که به عنوان دلیلی برای استنباط احکام شرعی تحت عنوان مصالح مرسله مطرح می‌گردد و این قسم در فقه امامیه کاربرد ندارد، بلکه در فقه اهل سنت به آن توجه خاصی شده است (ر.ک: رهبر، ۱۳۸۹).

موضوع مصلحت در مقام جعل و تشریح و تبعیت احکام از مصالح، بیشتر در علم کلام مطرح می‌گردد؛ لکن با توجه به طرح مسائلی همچون ثابت و متغیر بودن احکام در اثر تغییر زمان و مکان یا مباحثی همچون درک علل احکام یا مبحث قیاس منصوص‌العله باید گفت که بحث مصلحت در جایگاه تشریح، در علم فقه قابل بررسی است و ملاحظه می‌شود که مصلحت در کتب یا ابواب فقهی متعددی به کار رفته است. البته مصلحتی که در ابواب فقهی مختلف مطرح گردیده است، دارای ویژگی‌هایی است که

۱. مجموعه افعالی که مردم را به صلاح نزدیک‌تر ساخته و آن‌ها را از فساد دورتر می‌کند، سیاست نامیده می‌شود، هرچند این افعال از سوی پیامبر ﷺ تشریح نگشته و یا درباره آن وحی نازل نشده باشد. البته بنا به گفته ابن قیم، سیاست عادلانه موافق با شرع، بلکه جزئی از آن است.

این ویژگی‌ها سبب مقید کردن مصلحت به قیودی خاص می‌گردد و در حقیقت مانعی است در برابر مصلحت‌اندیشی‌های نابه‌جا و در رد ادعای کسانی است که احکام شریعت را متأثر از مصلحت و تغییر احکام به نفع خود می‌دانند.

مصلحت در فقه امامیه غالباً به عنوان عاملی برای تقیید و در مواردی به عنوان مخصص بیان شده است؛ برای مثال در خصوص تقیید می‌توان به بیان محقق حلی در خصوص جواز رهن مال طفل توسط سرپرست وی با رعایت مصلحت اشاره نمود (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۶۹/۲) یا به بیان فاضل هندی در خصوص جواز طلاق خلع ولی از جانب مجنون با رعایت مصلحت وی استناد نمود (فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۱۵۴/۲).

۳. فرزندخواندگی و کودکان بی‌سرپرست

فرزندخواندگی از حیث لغوی به این معناست که شخصی، بیگانه‌ای را که با وی نسبت فرزندی ندارد، فرزند خود بخواند (دهخدا، ۱۳۷۷: ۱۰۰۴۲/۷) یا به معنای پذیرش داوطلبانه یک کودک به فرزندی (رضوی بهابادی، ۱۳۷۴: ۷۰۷/۲) یا بچه کسی را به فرزندی پذیرفتن می‌باشد (عمید، ۱۳۷۱: ۳۷؛ انوری، ۱۳۸۱: ۵۳۰/۶).

در زبان عربی نیز واژه «دعی» را به جای فرزندخوانده و واژه «تبتی» را معادل فرزندخواندگی به کار برده‌اند (فاروقی، ۱۴۱۰: ۲۴/۱). همچنین واژه «دعی» از «دعو، دعی» آمده که به معنای صدا زدن، خواندن و نامیدن است (آذرنوش، ۱۳۸۶: ۱۳۹۷/۸). تبتی عبارت است از اینکه کسی فرزند دیگری را به عنوان فرزند خود اتخاذ نماید (طوسی، ۱۴۰۹: ۳۱۵/۷). قرطبی در تعریب دعی می‌گوید: و آن عبارت از کسی است که فرزند غیر پدرش شناخته شود یا غیر پدرش او را به فرزندی بخواند (انصاری قرطبی، ۱۴۰۵: ۱۲۱/۱۴؛ وزارت اوقاف و شئون اسلامی کویت، ۱۴۱۰: ۸۳/۲).

کودکان بی‌سرپرست به کودکانی گفته می‌شود که بنا به دلایلی به طور دائم یا موقت از سرپرستی مناسب و باصلاحیت محروم گردیده‌اند؛ مانند کودکان رها شده در معابر، اماکن عمومی و زیارتگاه‌ها که دیگران حمایت آنان را بر عهده می‌گیرند که اصطلاحاً به این فرزندان، سر راهی، رهی یا لقیط می‌گویند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۷۵۶).

۴. حکم فقهی فرزندخواندگی و کودکان بی سرپرست

۱-۴. فرزندخواندگی

فقه‌های اسلامی، موضوع فرزندخواندگی را در ضمن تفسیر آیاتی از سوره احزاب که مربوط به فرزندخواندگی زید بن حارثه است، مورد بررسی قرار داده و تقریباً همگی به یک شیوه فرزندخواندگی را تعریف کرده‌اند. معمولاً این بحث در کتب فقهی ذیل عنوان «تَبْنَى» مطرح شده است و از اطلاق و مفهوم کلمات فقها در ابواب مختلف فقهی استفاده می‌شود که در حرمت تَبْنَى و عدم ثبوت نسب به واسطه آن، هیچ اختلاف نظری بین فقها وجود ندارد. همچنین در باب اقرار به نسب، اگر فردی به فرزند فرد دیگری که نسبش مشهور است، اقرار کند یا به فرزند فردی که منازع دارد، اقرار نماید، آن فرزند به هیچ یک از آن دو ملحق نمی‌شود، مگر اینکه همراه با ادعای خود بینه‌ای ارائه نماید (سلمی، ۱۳۸۸: ۴۳۷/۲؛ کرکی عاملی، ۱۴۱۱: ۳۴۵/۹). همچنین به بیان فقها، علت اینکه کودک رهی (لقیط) در صورت داشتن شرایط خاص می‌تواند به ملتقط ملحق شود، آن است که کسی او را کفالت و سرپرستی نمی‌نماید؛ پس نمی‌توان حکم التقاط را به کودک معروف‌النسبی نسبت داد که پدر یا جد و یا فردی وجود دارد که حضانت کودک بر او واجب است (عاملی جزینی، ۱۴۱۷: ۷۳/۲؛ عاملی جبعی، ۱۴۲۱: ۴۶۱/۱۲؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۹: ۱۳۹-۱۴۰؛ محقق اردبیلی، ۱۳۷۵: ۳۹۵/۱۰؛ نجفی، ۱۳۶۷: ۱۴۸/۳۸). نتیجه آنکه در تَبْنَى، شرایط الحاق طفل به فرد و شرایط اقرار به نسب وجود ندارد و شرع مقدس اسلام هم برای ثبوت نسب، راهی به غیر از این دو طریق معرفی نکرده است. پس نسب با تَبْنَى ثابت نمی‌شود و اگر از طریق تَبْنَى، فرزند را بپذیرد، احکام بنوت، پدری یا مادری بر آن مترتب نیست و این عمل به واسطه اختلاط انساب و مفاسد دیگر حرام است (موسوی گلپایگانی، بی‌تا: ۱۷۵/۲؛ صافی گلپایگانی، بی‌تا: ۴۴-۴۳/۲؛ موسوی خویی، ۱۴۲۵: ۳۳۵/۱؛ حسینی سیستانی، ۱۴۲۴: ۲۱۱/۲).

۱-۱-۴. ادله عدم جواز تَبْنَى (فرزندخواندگی)

دلایل تحریم تَبْنَى و عدم ثبوت نسب به واسطه آن عبارت‌اند از:

دلیل اول: قرآن کریم

آیات ۴ و ۵ سوره احزاب که خداوند متعال می فرماید:

«... خداوند فرزندخوانده های شما را (أدعیاء کم) فرزند حقیقی قرار نداده است. این سخنی است که شما تنها به زبان خود می گویند، اما خداوند حق می گوید و به راه راست هدایت می کند * آن ها را به نام پدرانشان بخوانید که این کار نزد خدا عادلانه تر است و اگر پدرانشان را نمی شناسید، آن ها برادران دینی و موالی شما هستند...».

این آیات راهنمایی می کنند که فرزندان را به پدرانشان بخوانید و اگر پدرانشان را نمی شناسید، آنان را موالی و برادران دینی خود بدانید.

«ادعیاء» جمع «دعی» است؛ یعنی طفلی که انسان او را تبئنی می کند و خداوند سبحان در این آیه تبیین نموده است که متبئنی فرزند حقیقی به حساب نمی آید (طوسی، ۱۴۰۹: ۲۸۵/۸؛ طباطبایی، ۱۴۱۷: ۲۷۵/۱۶؛ انصاری قرطبی، ۱۴۰۵: ۱۴/۱۱۸).

دلیل دوم: روایات

احادیثی که در کتب شیعه و اهل سنت از رسول گرامی اسلام ﷺ نقل گردیده و در آن ها از انتساب فرزند به غیر پدرش نهی شده است:

«الولد للفراش وللعاهر الحجر، من ادعی إلی غیر أیه أو تولی غیر موالیه فعلیه لعنة الله والملائكة والناس أجمعین» (حرّ عاملی، ۱۳۹۸: ۲۹۰/۱۹)؛ [پیامبر اسلام ﷺ در خطبة الوداع فرمود: [فرزند به صاحب فراش نسبت داده می شود و زناکار [اگر محصن باشد، [رجم می گردد و هر کس به غیر پدرش نسبت داده شود یا به غیر آزادکنندگان خویش منتسب گردد، لعنت خدا و ملائکه و تمام مردم بر اوست.

همچنین علی بن حسین علیه السلام فرمود:

«المستلاط لا یرث ولا یورث ویدعی إلی أیه» (طوسی، ۱۴۱۷: ۳۴۸/۹)؛ فرزندخوانده نه ارث می برد و نه از او ارث برده می شود و به نام پدرش خوانده می شود.

دلیل سوم: اجماع فقها

آنچه فقها به اجماع یادآور شده اند این است که وقتی فردی در خصوص عدم انتساب حقیقی طفلی نسبت به خودش آگاهی و علم دارد، واجب است که انتساب طفل را به

خودش نفی نماید (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۶۵۷/۲؛ علامه حلی، ۱۴۲۳: ۳۱۶/۷).

دلیل چهارم: سیره متشرعه

سیره متشرعه بیانگر این است که فردی که ادعای تبنی طفل مجهول‌النسب یا طفل یتیمی را می‌نماید، چنانچه قرینه‌ای دال بر صداقت بر این ادعا نباشد، نسب طفل ثابت نمی‌شود و مفروض در اینجا آن است که مدعی دلیلی بر ادعای خود ندارد. نتیجه بحث آنکه اقدامی که بعضی از مردم امروزه نسبت به کودکان رهی و یا اطفال مجهول‌النسب انجام داده و از طریق تبنی، این اطفال را به خانواده خود ملحق می‌نمایند، جایز نیست و بلکه حرام است و بر فرزندی که با تبنی به فردی سپرده شده است، هیچ یک از آثار و احکام فرزند حقیقی مترتب نیست و این طفل، یک فرد اجنبی و بیگانه به حساب می‌آید، مگر اینکه از طریق شرعی و با دو سبب نکاح و رضاع، محرمیت ایجاد شود.

۴-۱-۲. نقد و بررسی

با مطالعه منابع فقهی، تفسیری و روایی باید دید که آیا دین مبین اسلام، فرزندخواندگی را به طور کامل پذیرفته است یا هیچ‌گاه آن را نپذیرفته و نافی آن بوده است و یا اینکه فرزندخواندگی را در ابتدا به صورت کامل پذیرفته و بعداً بعضی از آثار آن مانند نسب و آثارش را نفی کرده است؟

در پاسخ باید بیان داشت که آیات ۴، ۵ و ۳۷ سوره احزاب، فرزندخواندگی را از عادات غلط جاهلی دانسته‌اند که از ناحیه شرع مقدس رد شده است.

با اندکی تأمل مشخص می‌گردد که اسلام ابتدائاً تبنی را پذیرفته است؛ زیرا به اتفاق نظر مورخان و مفسران و سیره‌نویسان، اقدام عملی پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله بر فرزندخواندگی زید پیش از بعثت و پس از ازدواج با خدیجه در همان اوایل رخ داده و تا زمان نزول آیات فوق (سال پنجم هجری)، حدود سی سال و بلکه بیشتر طول کشیده است؛ اما با توجه به اینکه پیامبر صلی الله علیه و آله معصوم است و فعل و قول و تقریر معصوم هم مقید به قبل یا بعد از بعثت نیست و رسول گرامی اسلام هم هیچ اجبار و ضرورتی به این اقدام نداشته است، اگر فرزندخواندگی در اسلام پذیرفته نشده بود، حضرت می‌توانست در همان ابتدای

اسلام، آن را نفی کند، نه اینکه بعد از هجده سال از بعثت و پس از نزول آیات قرآن کریم، بعضی از آثار آن نهی گردد.

از این رو می‌توان فرزندخواندگی را سنت پیامبر صلی الله علیه و آله دانست و این سنت به طور کامل در اسلام پذیرفته شده و پس از نزول آیات سوره احزاب، بعضی از آثار آن نفی گردیده است و نسخ تبیی در بسیاری از منابع اعم از تفسیری و غیر آن، نسخ سنت با قرآن شمرده شده است. بنابراین بعید نیست که این عمل را سنت بدانیم؛ همان طور که بسیاری از مفسران بر این باورند (طباطبایی، ۱۴۱۷: ۲۷۵/۱۶). از سوی دیگر بدیهی است که تحریم کردن چیزی پس از تحریم چیز دیگر و نزول تدریجی حکم، ارتباطی به نسخ ندارد (طالقانی، ۱۳۶۲: ۱۲/۵) و مفسرانی که موارد تدریجی بودن احکام را بیان کرده‌اند، فرزندخواندگی را از آن موارد نشمرده‌اند.

بنابراین اسلام فرزندخواندگی را به طور کامل نفی نکرده است و آنچه در خصوص فرزندخواندگی نفی گردیده است، شامل نسب، ارث و محرمیت است و برخی مفسران تصریح کرده‌اند که فرزندخواندگی پیامبر صلی الله علیه و آله مانند عرف آن زمان بوده است؛ لذا تمامی آثار آن را مرتب می‌کرده‌اند (دروزه، ۱۳۸۳: ۳۵۱/۷) و اینکه بسیاری از مفسران تعبیر به نسخ کرده‌اند، آن هم نسخ السنّة بالقرآن، خود دلیل بر این است که اسلام ابتدا فرزندخواندگی را پذیرفته است؛ زیرا تا حکمی نباشد، نسخ آن حکم معنا ندارد، لکن بعضی از آثار آن نفی شده است. بنابراین اسناد حقیقی فرزند به غیر، پذیرفتنی نیست و اسناد مسامحه‌ای که آثار قرابت ناشی از نسب حقیقی را به دنبال نداشته باشد، نه تنها تحریم نشده است، بلکه این گونه تعابیر مجازی در آیات و روایات از پیامبر صلی الله علیه و آله و معصومان علیهم السلام آمده است؛ برای مثال، آنجا که حضرت رسول صلی الله علیه و آله می‌فرماید: «یا علی! أنا وأنت أبوا هذه الأمة»؛ من و تو پدران این امت هستیم.

همچنین آیه ۴ سوره احزاب صراحتاً این حقیقت را بیان می‌نماید که پیامبر صلی الله علیه و آله زید را به عنوان فرزندی پذیرفته است و این نسبت تنها سخنی است که به زبان جاری می‌شود و آثار دیگری در بر ندارد.

در نتیجه، اسناد مجازی میان فرزندخوانده و فرزندپذیر و عدم ترتب آثار نسب بر

این اسناد، مورد تأیید علمای اسلام است و فرزندخواندگی کامل مورد تأیید دین مبین اسلام نمی‌باشد. اما با توجه به سفارش زیاد و تأکید فراوان شریعت اسلامی مبنی بر رسیدگی و سرپرستی ایتم و کودکان بی‌سرپرست، فرزندخواندگی به نحو سرپرستی که به طور ناقص و با شرایط خاص و رعایت قوانین ارث و محرمیت و... صورت پذیرد، عمل به یکی از دستورات بزرگ اسلام است که موجب می‌گردد کودک بی‌پناه و بدون سرپرست، در درون خانه‌ای مانند خانه پدر و مادر حقیقی خود، طعم عواطف پدری و مادری را چشیده و نیازهای روحی، مادی و معنوی‌اش را برطرف سازد. بنابراین می‌توان فرزندخواندگی را که بر آن آثار نسب مترتب نباشد، مصداق اتم سرپرستی کودکان بی‌سرپرست مورد نظر اسلام دانست.

۲-۴. کودکان بی‌سرپرست (لقیط)

با توجه به اهمیت اجتماعی و فردی رسیدگی به امور کودکان بی‌سرپرست، فقها باب مستقلی را با عنوان «باب اللقیط» در کتاب‌های خود به بیان احکام حضانت، نفقه، میراث و نسب کودک بی‌سرپرست (لقیط یا کودک رهی) اختصاص داده‌اند تا از این طریق، راه حلی جهت نگهداری و تربیت چنین اطفالی ارائه داده و از اتلاف و یا انحراف چنین کودکانی جلوگیری شود.

جمهور فقها بر این نظرند که برداشتن و نگهداری لقیط یا کودک بی‌سرپرست واجب است؛ زیرا این کار به معنای نجات زندگی یک انسان است و برداشتن لقیط یک واجب کفایی است و اگر همه از برداشتن وی امتناع ورزند، چنانچه از وجودش آگاه باشند و برداشتن او برای آن‌ها ممکن باشد، همگی گناهکارند و اگر فقط یک نفر از وجود وی آگاهی یابد، برداشتنش بر او واجب است و رها کردن دوباره کودک بر او حرام است؛ زیرا کودک در معرض خطر و تلف قرار می‌گیرد و حاکم شرع می‌تواند یابنده را مجبور به پذیرش و نگهداری کودک نماید. (طوسی، ۱۴۰۰: ۲/۴۲۰؛ علامه حلی، بی‌تا: ۳۴۳/۱۷؛ زیدان، ۱۴۱۷: ۹/۴۱۷).

این نهاد از آن جهت که مربوط به کودکانی است که والدین آن‌ها نامعلوم بوده و نیاز به مراقبت و سرپرستی دارند، بی‌شبهت به نظام فرزندخواندگی نیست. علاوه بر

این، کفالت و سرپرستی ایتم از جمله مواردی است که مورد توجه ویژه اسلام قرار گرفته است.

۵. جایگاه مصلحت در تقنین احکام فرزندخواندگی کودکان بی سرپرست

نقش خانواده در آموزه‌های دینی از اهمیت زیادی برخوردار است. این نهاد دارای کارکردهای گوناگونی است که یکی از آن‌ها، تأمین منطقی نیازهای عاطفی و روانی و فراهم نمودن آرامش برای اعضا و برقراری یک نظام مراقبتی و حمایتی نسبت به کودکان و آماده‌سازی آن‌ها برای ورود به جامعه می‌باشد. لذا برای شناخت حقوق خانواده باید به مصالح کلان اجتماعی و نظر شرع توجه کرد.

مشروعیت قواعد حقوقی و وضع آن‌ها با اراده حکیمانه توسط شارع مقدس، به خاطر مصالحی است که به مردم برمی‌گردد و سؤال این است که مفسده و مصلحتی که قانون‌گذار در وضع قاعده مصلحت و یا قواعد دیگر در نظر داشته و بر پایه آن قانون‌گذاری کرده است، چیست؟ آیا قانون‌گذار به انجام پاره‌ای از امور بر اساس مصلحت دستور داده است و از انجام پاره‌ای دیگر از امور بنا بر مفسده‌ای که داشته است، نهی کرده است؟

برخی که مبنای قانون‌گذاری را اراده مطلق قانون‌گذار دانسته و توجه به هر گونه مصلحت و مفسده‌ای را منتفی قلمداد می‌نمایند، خود را از بررسی مفاد این قاعده حقوقی بی‌نیاز می‌دانند؛ اما کسانی که مبنای قوانین را اراده حکیمانه شارع می‌دانند، باید به سؤال فوق پاسخ دهند.

بر همین اساس، اشاعره احکام شرعی را تابع مصالح و مفساد واقعی نمی‌دانند؛ زیرا بر این باورند که افعال خداوند غرضی را دنبال نمی‌کند و هیچ چیز نمی‌تواند ذات خداوند و صفات و کارش را مقید سازند (ارموی، ۲۰۰۲: ۲۵۷/۲). در برابر این اندیشه نیز مبنای اراده حکیمانه شارع می‌باشد که مطابق با آن، دستورات الهی بنا به مصالح و مفاسدی است که مربوط به بندگان است و در حقیقت، تبعیت غالبی احکام از مصالح و مفاسد در متعلق احکام است. لذا دو نتیجه ذیل را می‌توان بیان نمود:

الف) بر اساس آموزه‌های دینی، خانواده دارای کارکردهای گوناگونی است که

یکی از آن‌ها تأمین نیازهای عاطفی و برقراری یک نظام حمایتی و مراقبتی نسبت به کودکان است.

ب) شارع مقدس در وضع قواعد فقهی و حقوقی و قاعده مصلحت، خود نفعی نمی‌برد و نفع آن به اعضای خانواده و یا مصالح کلی خلقت برمی‌گردد. مصلحت در قاعده مصلحت دارای تعابیر مختلفی همچون مصلحت عمومی، مصلحت مردم و جامعه، مصلحت خانواده و مشابه این‌ها می‌باشد، بنابراین مصلحت متغیر بوده و با انتفاء موضوع مصلحت، حکم آن نیز از درجه اعتبار ساقط خواهد شد و تنها از اختیارات حاکم اسلامی است و نه هر فقیه دیگر (خسروپناه، ۱۳۷۹: ۱۶۳). لذا کاربرد مصلحت در مورد مدیریت جامعه و مجموعه احکام و قوانینی مطرح می‌شود که برای اداره جامعه توسط حاکم اسلامی وضع می‌گردد که به آن حکم حکومتی گفته می‌شود.

بنابراین قاعده مصلحت، ابزار کارآمدی است که حاکم اسلامی به کمک آن می‌تواند مشکلات حکومت اسلامی را مرتفع سازد و در امور مهمی همچون فرزندخواندگی و کودکان بی‌سرپرست یا بدسرپرست از آن بهره‌برد؛ زیرا حاکم اسلامی به کمک حکم حکومتی، مصالح نظام خانواده را موضوع قرار داده و حکم مادام‌المصلحتی را بر اساس آن تعیین می‌کند.

۱-۵. مبانی کاربرد قاعده مصلحت در احکام قانونی فرزندخواندگی و

کودکان بی‌سرپرست یا بدسرپرست

الف) کودکان یکی از گروه‌های آسیب‌پذیر اجتماعی هستند و از زوایای مختلفی از سوی روان‌شناسان، جامعه‌شناسان، فقها و حقوق‌دانان مورد توجه قرار گرفته‌اند.

ب) به فرزندخواندگی و کودکان بی‌سرپرست باید مانند سایر نهادهای حقوقی به عنوان یک پدیده اجتماعی و دارای کارکرد اجتماعی نگریست که جامعه و اجتماع باید حمایت از طفل را بر منافع والدین اصلی و پذیرندگان ترجیح دهد.

ج) ایتم هم در زمره کودکان بی‌سرپرست به حساب می‌آیند و دین مبین اسلام رسیدگی به امور ایتم را یکی از مهم‌ترین واجبات دانسته و آن را بر دوش جامعه و

حکومت اسلامی قرار داده است.

د) حق حیات و زندگی کودکان بی سرپرست و حفظ جان انسان‌ها که در نظام حقوقی اسلام قبل از هر چیز مورد توجه قرار گرفته است و قوانین اسلام و ایران، قبل یا بعد از اینکه کودک متولد شود، حمایت شرعی و قانونی از او را مدنظر قرار داده است؛ از این رو سقط جنین منع و حتی جرم تلقی می‌شود و حفظ حیات از فرایض بزرگ الهی به شمار می‌رود.

۱-۱-۵. نقد و بررسی آثار اعمال قاعده مصلحت

۱-۱-۱-۵. فواید

الف) پرورش و تربیت کودک و رشد جسمی و روانی طفل در محیط گرم و صمیمی خانواده.

ب) خانواده‌هایی که از نعمت فرزند محروم مانده‌اند یا آنان که نتوانسته یا نخواسته‌اند خانواده‌ای تشکیل دهند، با هدفی مشروع و انسانی، بخشی از کمبودهای روانی خود را جبران کرده و سبب استحکام و گرمی بخشیدن به کانون خانواده‌های خود می‌شوند.

ج) کاهش بار وظایف دولت نسبت به کودکان بی سرپرست یا بدسرپرست.

د) کاهش عوامل زمینه‌ساز انحراف و بزهکاری در میان کودکان بی سرپرست.

۱-۱-۲-۱-۵. آسیب‌ها

الف) ایجاد سهولت و سادگی در سپردن فرزند به دیگران و پذیرفتن کودکان، به ارج و اهمیت نقش خانواده زیان می‌رساند؛ زیرا برای داشتن فرزند، دیگر ضرورتی به تشکیل خانواده مشروع احساس نمی‌شود؛

ب) افراد بی‌بندوبار، از بیم بی‌پناه ماندن فرزندان نامشروعشان آسوده‌خاطر می‌شوند و تازه منبعی برای درآمد می‌یابند؛

ج) خرید و فروش کودکان رواج می‌یابد و سوداگران در صدد برمی‌آیند که کودکان نیازمندان و درماندگان را بخرند و با بهایی گران‌تر به توانگران بفروشند.

د) بعضی افراد برای فرار از مالیات و جمعی دیگر به انگیزه به دست آوردن خدمتکار

یا پرستار، فرزندخواندگی را سرپوش و بهانه مناسبی می‌بینند.

ه) مادرانی که در حالت اضطرار از فرزند خود می‌گذرند و پس از عادی شدن شرایط، برای بازپس‌گیری فرزند خود به تکاپو می‌افتند که در نتیجه نزاعی بین مادر و خانواده سرپرست کودک درمی‌گیرد و در نهایت، صدمه‌های عاطفی آن متوجه کودک بی‌گناه می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۷۵: ۳۸۴/۲).

و) با همه مهر و علاقه‌ای که خانواده به کودک نشان می‌دهد، اگر فرزندخوانده‌ها از وضع و موقعیت خویش مطلع شوند، احساس عدم امنیت پیدا می‌کنند و خود را در شرایط بی‌ثباتی می‌یابند و به خود حق می‌دهند که نسبت به اعضای این خانواده بی‌اعتماد باشند و عوارض رفتاری از جمله: آسیب‌دیدگی روانی، روابط سطحی، احساسات بی‌ریشه، کاهش ظرفیت روانی و... برای آنان ایجاد شود (قائمی، ۱۳۷۰: ۳۰۴ و ۳۰۶).

در نتیجه باید از این موارد تجربه اندوخت و از فرزندخواندگی تنها به منظور حمایت و سرپرستی از کودکان بی‌پناه استفاده کرد و آن را همیشه در معرض بازرسی دولت قرار داد. فرزندخواندگی نباید وسیله جدا شدن رابطه حقوقی کودک از خانواده طبیعی شود و چندان شیوع یابد که طمع سوداگران را برانگیزد و وسیله تهدید خانواده شود.

لذا باید پایه این نهاد را تنها بر پایه مصلحت فرزندخوانده، فرزندپذیر و مطابق با مبانی و قوانین اسلام و به منظور سرپرستی کودکان بی‌سرپرست و یا در حکم بی‌سرپرست جایز دانست. در این راستا دولت موظف است نظارت و بازرسی کامل داشته باشد تا از پیامدهای نامطلوب آن جلوگیری شود و هدف اصلی از قواعد سرپرستی کودک در فرزندخواندگی، تأمین منافع مادی و معنوی طفل است و فرزندخواندگی را نباید وسیله جبران تمام آسیب‌های اجتماعی دانست. بنابراین در به کارگیری این نهاد باید از افراط پرهیز کرد و آن را تنها طریق ساماندهی مشکلات خانوادگی و شیوه عام برخورد با اشخاص فاقد سرپرست ندانست (شریعتی‌نسب، ۱۳۹۰: ۴۲-۴۰).

۲-۵. آثار فقهی و حقوقی لزوم رعایت قاعده مصلحت

الف) ولایت حاکم اسلامی یا امین و نصب قیم از طرف او بر کودکان بی‌سرپرست یا بدسرپرست و در صورت نبود حاکم، ولایت عدول مؤمنین با رعایت غبطه و

مصلحت کودک؛

ب) حفظ نسب حقیقی کودک؛

ج) لزوم انفاق و حضانت در راستای حفظ حیات کودک؛

د) حفظ حقوق ورثه و حقوق مالی کودک (ارث).

۶. فرزندخواندگی و کودکان بی سرپرست در حقوق موضوعه ایران

در زمان‌های مختلف با توجه به هدف و کارکرد نهاد فرزندخواندگی، قالب حقوقی آن دگرگون شده است. در دوره کهن، فرزندخواندگی در حوزه حقوق خصوصی قرار داشت؛ زیرا ارتباط بین فرزندخوانده و فرزندپذیر همانند وضعیت انتقال اموال صورت می‌پذیرفت. در فرزندخواندگی نوین، فرزندخوانده به عنوان مال تلقی نگردیده، لذا از حوزه حقوق خصوصی فاصله گرفته است و رابطه پدری و مادری بیشتر با روابط اجتماعی و الزامات حاکم بر آن معنا پیدا می‌کند؛ یعنی کودکان نیز از آزادی منافع برخوردارند و بعضاً در مقابل تعدی دیگران، محتاج به حمایت دولت می‌باشند. در این نظام، فرزندخواندگی با در نظر داشتن مصلحت کودک و با هدف تأمین حمایت اجتماعی مطرح می‌شود و دولت با رعایت تشریفات قانونی، موافقت خود را در قالب یک حکم اعلام می‌دارد و قراردادی که در دوره کهن مطرح بود، جای خود را به حکم دادگاه می‌دهد.

اصولی که در فرزندخواندگی یا سرپرستی کودکان بی سرپرست، متأثر از آیات قرآنی به عنوان خطوط اصلی قانون‌گذار مدّ نظر قرار گرفته‌اند، عبارت‌اند از:
الف) فرزندخواندگی یا سرپرستی نمی‌تواند سبب جدایی فرزند از خانواده اصلی او گردد.

ب) فرزندخواندگی یا سرپرستی نمی‌تواند موجب ایجاد رابطه نسبی شود.
ج) جز در موارد مصرح، در بقیه موارد، اصل بر جواز تسری آثار روابط پدر و مادری و فرزندی است و منع آن نیاز به دلیل دارد.

نهاد فرزندخواندگی و سرپرستی کودکان بی سرپرست به دلایل متعدد از مصالح ضروری به شمار می‌رود؛ یعنی همان طور که ضرورت معاش و زندگی و نیازهای بشری،

عُقلا و مردم را وادار به تأسیس نهادهای مختلف حقوقی و فقهی مانند بیع و اجاره و... نموده است، ضرورت و نیاز به داشتن فرزند و پذیرش آن به انگیزه‌های گوناگون، نهاد فرزندخواندگی و یا سرپرستی کودکان بی سرپرست را به امری ضروری و بسیار مهم بدل ساخته است و حمایت از این کودکان و نیز رفع مشکلات شدید فرزندپذیران به صورت یک ضرورت با هدف حمایت‌های قانونی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران و قوانین مختلف مدّ نظر قرار گرفته است که در ادامه به آن پرداخته خواهد شد.

۱-۶. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

اصل ۳ قانون اساسی به طور غیر مستقیم، شامل کودکان بی سرپرست می‌شود و در اصل ۲۱ به حمایت مادران به ویژه در دوران بارداری و حضانت فرزند و حمایت از کودکان بی سرپرست اشاره شده است. اصل ۲۹ نیز دولت را موظف به برقراری نظام تأمین اجتماعی از نظر بازنشستگی، بیکاری، پیری، ازکارافتادگی، بی سرپرستی و... به عنوان حقی همگانی برای یکایک افراد کشور نموده است. واژه «بی سرپرستی» شامل کودکان و زنان و دختران بی سرپرست می‌شود که مطابق این اصل باید از مزایای تأمین اجتماعی برخوردار گردند. اصول ۳۰ و ۴۳ نیز دولت را موظف به تأمین نیازهای اساسی برای همه ملت دانسته است؛ اگرچه در این دو اصل به صراحت اشاره‌ای به کودکان بی سرپرست نشده است، ولی به طریق اولی آن‌ها را شامل می‌شود.

۲-۶. قوانین مربوط به سازمان بهزیستی، رفاه و تأمین اجتماعی

«لایحه قانونی راجع به تشکیل سازمان بهزیستی کشور» در ۲۴ خرداد ۱۳۵۹ به صورت یک ماده واحده تصویب شده و یکی از اهداف سازمان بهزیستی را حمایت از خانواده‌های بی سرپرست دانسته است. «قانون تأمین زنان و کودکان بی سرپرست» نیز در ۱۳۶۲/۱/۸ به تصویب رسید. بر اساس ماده واحده این قانون:

«دولت مکلف است نسبت به تضمین بیمه و رفاه زنان و کودکان بی سرپرست موضوع بند چهارم اصل بیست و یکم قانون اساسی اقدام و حداکثر ظرف ۳ ماه، لایحه آن را برای تصویب به مجلس تقدیم دارد».

به منظور حمایت از کودکان بی سرپرست، قانون‌گذار ایرانی قوانین خاص دیگری را

نیز تصویب کرده است. به عنوان مهم‌ترین قانون در این جهت می‌توان از «قانون تأمین زنان و کودکان بی‌سرپرست» و آیین‌نامه اجرایی آن مصوب ۱۳۷۴/۵/۱۱ نام برد که محور اساسی حمایت‌ها و اقدامات اجرایی موضوع این آیین‌نامه، ایجاد امنیت اجتماعی و اقتصادی و فراهم کردن زمینه‌ها و موجبات عادی‌سازی زندگی زنان و کودکان بی‌سرپرست است.

در سال ۱۳۸۳، «قانون ساختار نظام جامع رفاه و تأمین اجتماعی» تصویب شد که به عنوان جامع‌ترین قانون در زمینه رفاه کشور در مواد ۱ و ۴ به طور مستقیم به مسئله کودکان بی‌سرپرست و حمایت‌های قانونی از آن‌ها می‌پردازد. از دیگر مقررات مربوطه، «منشور حقوق و مسئولیت‌های زنان جمهوری اسلامی ایران» مصوب ۱۳۸۴/۶/۳۱ شورای عالی انقلاب فرهنگی است که موضوعات مرتبط با دختران بی‌سرپرست یا بدسرپرست و سایر موارد حمایتی را در بر می‌گیرد.

در «آیین‌نامه چتر ایمنی رفاه اجتماعی» مصوب ۱۳۸۴/۳/۲۲ هیئت وزیران، خانواده‌های دارای فقر شدید به صورت کامل تحت پوشش چتر ایمنی رفاه اجتماعی قرار می‌گیرند و برابر ماده ۳، اولویت اول ارائه خدمات به کودکان بی‌سرپرست است. «آیین‌نامه ساماندهی کودکان خیابانی» هیئت وزیران در ۱۳۸۴/۴/۲۴، کودک خیابانی را چنین تعریف می‌کند:

«فرد کمتر از ۱۸ سال تمام که به صورت محدود یا نامحدود در خیابان به سر می‌برد، اعم از کودکی که هنوز با خانواده خود تماس دارد و از سرپناه برخوردار است و یا کودکی که خیابان را خانه خود می‌داند و رابطه او با خانواده به حداقل رسیده و یا اساساً چنین ارتباطی وجود ندارد».

بر اساس ماده ۹ آیین‌نامه، سازمان بهزیستی موظف است نسبت به راه‌اندازی مراکز سطوح چهارگانه موضوع این آیین‌نامه در کلیه مراکز استان‌هایی که با مشکل کودکان خیابانی مواجه‌اند، اقدام نماید.

۳-۶. مواد قانونی مربوط به حضانت فرزند

مطابق ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی، حضانت کودک در درجه اول حق و تکلیف طبیعی

و قانونی پدر و مادر است که طفل را به دنیا آورده‌اند. تا زمانی که پدر و مادر کودک زنده‌اند و صلاحیت نگهداری از فرزند را دارند، حضانت با آنان است و هیچ یک از خویشان پدری و مادری نمی‌توانند در این مورد ادعایی کنند. به موجب ماده ۱۱۷۱ قانون مدنی در صورت فوت یکی از ابویین، حضانت طفل با والد زنده خواهد بود؛ هرچند متوفی پدر طفل بوده و برای او قیّم تعیین کرده باشد. در مورد فوت پدر و مادر، حضانت به جدّ پدری و در صورت نبودن او به وصی واگذار می‌شود و اگر در این گروه کسی نباشد، حضانت با قیّمی است که به پیشنهاد دادستان از طرف دادگاه تعیین شود. در تعیین قیّم نیز خویشان کودک با داشتن صلاحیت، بر دیگران مقدم‌اند.

بند ۳ ماده واحده «قانون اجازه رعایت احوال شخصیّه ایرانیان غیر شیعه در محاکم» مصوب ۱۳۱۲/۵/۱۰ مقرر می‌دارد:

«در مسائل مربوط به فرزندخواندگی، عادات و قواعد مسلمّه متداوله در مذهبی که پدرخوانده یا مادرخوانده پیرو آن است [رعایت می‌گردد].»

به دلیل صراحت آیه ۴ سوره احزاب در حقوق اسلام، فرزندخواندگی کامل به رسمیت شناخته نشده است؛ ولی در مورد اقلیت‌های دینی غیر مسلمان لازم است که عادات و قواعد مطابق مذهب پدرخوانده یا مادرخوانده، ملاک عمل قرار گیرد.

۴-۶. قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بدسرپرست

با توجه به آنچه گذشت، در حقوق ایران مطابق شرع مقدس اسلام، نهادی به عنوان فرزندخواندگی به این مفهوم که فرزندخوانده از هر حیث در حکم فرزند واقعی باشد و از آثار فرزند بهره‌مند گردد، وجود ندارد. لکن با توجه به آنکه نوع دوستی و کمک به نیازمندان در فرهنگ اسلامی و ایرانی مورد تأکید و پذیرش قرار گرفته است و نیز تأکیدات دین مبین اسلام در خصوص ضرورت توجه و رسیدگی به ایتام و اطفال بی‌سرپرست، مقررات و قوانینی به منظور سرپرستی اطفال بی‌سرپرست و یا بدسرپرست وضع و اجرا گردیده که بعضاً از آن به فرزندخواندگی ناقص تعبیر شده است، به نحوی که این ضوابط در قانون اساسی و قوانین عادی ظاهر گردیده است. «قانون حمایت از کودکان بی‌سرپرست» مصوب ۲۹ اسفند ۱۳۵۳، یکی از مهم‌ترین قوانین در مورد

کودکان بی‌سرپرست است که به خصوصیات و شرایط زن و مرد پذیرنده طفل بی‌سرپرست و نحوه واگذاری طفل و مرجع صالح واگذاری و آثار حقوقی آن و سایر موارد پرداخته است.

مطابق مقررات و ضوابط قانونی که قبلاً ذکر شد، مسئولیت مراقبت شبانه‌روزی از کودکان بی‌سرپرست و بدسرپرستی که از سوی مراجع قضایی معرفی می‌شوند، برعهده سازمان بهزیستی است و سازمان هم بر اساس سیاست‌های خود، مراقبت و پرورش کودکان مذکور را در قالب دو برنامه «مراقبت در خانواده زیستی و خانواده جایگزین و مراقبت در مراکز شبانه‌روزی» انجام می‌دهد. اگرچه تصویب قانون حمایت از کودکان بی‌سرپرست در سال ۱۳۵۳ با وجود همه مشکلات و موانع، گامی به جلو برای رفع مشکلات کودکان بی‌سرپرست یا بدسرپرست به شمار می‌رفت، لکن با توجه به اولویت‌های اساسی همانند تحکیم بنیاد خانواده و رعایت مصالح عالیه کودکان، قانون قبلی مشکلاتی را برای خانواده‌های متقاضی در بر داشت. لذا پیش‌نویس قانون جدید در سال ۱۳۸۳ تدوین و پس از طی مراحل قانونی در سال ۱۳۹۲ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید.

این قانون با ۳۷ ماده و ۱۷ تبصره به تقویت و تسهیل مراقبت از کودکان بی‌سرپرست و بدسرپرست پرداخته است. از نکات برجسته این قانون، توجه به ابعاد تخصصی فرزندپذیری و در نظر گرفتن مصلحت کودک از طریق حمایت‌های مادی و معنوی از کودکان بی‌سرپرست و بدسرپرست می‌باشد و قانون جدید نسبت به قانون سال ۱۳۵۳ برتری‌هایی دارد و در بعضی جهات نسبت به آن ناقص‌تر است.

اصالت قانون حمایت از کودکان بی‌سرپرست مصوب سال ۱۳۵۳ بر فرزندخواندگی استوار نبود و با مطالعه مواد ۱۷ گانه قانون، فقط در ماده ۱۳ آن به فرزندخواندگی ایرانیان غیر شیعه اشاره شده و در حقیقت قانون مذکور، موضوع سرپرستی بچه‌ها را مطرح نموده است و بحث فرزندخواندگی با توجه به محدودیت‌های شرعی در آن مطرح نیست؛ لکن بر اساس آن قانون، حکم فرزندخواندگی صادر می‌شد و علی‌رغم به کار نبردن لفظ فرزندخواندگی، روش‌های فرزندخواندگی و شرایط کودکان بی‌سرپرست و متقاضیان بیان شده است.

در قانون سال ۱۳۵۳، کودکان بی سرپرست به کودکانی اطلاق می‌شد که فاقد پدر، مادر و جدّ پدری باشند و شرایط واگذاری سرپرستی به صورت دائم به افراد واجد شرایط مطابق قانون صورت می‌پذیرفت و بر این اساس درصد کمی از کودکان، واجد شرایط انتقال به خانواده را داشتند. اما تعداد زیادی از این بچه‌ها که والدین یا جدّ پدری در کنارشان بود، اما صلاحیت نگهداری آن‌ها را نداشت و باید از آن‌ها در مراکز و مؤسسات نگهداری می‌شد، دچار مشکل بودند. کودکان بدسرپرست، فرزندان هستند که پدر و مادر و جدّ پدری آن‌ها زنده‌اند، اما به هر دلیل، تمایلی به نگهداری از فرزند یا فرزندان‌شان ندارند یا به دلایل گوناگون مانند اعتیاد یا محکومیت طولانی، شرایط سرپرستی فرزند خود را از دست داده‌اند و دادگاه حکم سلب مسئولیت نگهداری از فرزندشان را تأیید کرده است. با توجه به آمارهای منتشرشده فقط ۱۵ تا ۲۰ درصد از کودکان تحت سرپرستی سازمان بهزیستی، شرایط فرزندخواندگی را مطابق با قانون قدیم داشتند که در حال حاضر پس از انجام اصلاحات جدید موضوع کودکان بی سرپرست و بدسرپرست به طور تخصصی تحت پوشش قانون جدید قرار می‌گیرند.

۴-۶-۱. نقد و بررسی قانون جدید با در نظر داشتن قاعده مصلحت

- ۱- مصلحت کودک و نوجوان در قانون جدید مورد تأکید بسیار قرار گرفته و در مواد متعدد، اخذ تصمیم منوط به رعایت مصلحت گردیده است.
- ۲- علاوه بر کلیه اتباع ایرانی مقیم ایران، ایرانیان مقیم خارج از کشور می‌توانند تقاضای سرپرستی خود را از طریق سفارتخانه یا دفاتر حفاظت از منافع جمهوری اسلامی ایران به سازمان بهزیستی کشور تقدیم نمایند. دلیل محروم نمودن اتباع خارجی از سرپرستی اطفال ایرانی، بی‌اعتمادی به آنان و عدم اطمینان از تأمین منافع و مصالح کودک و نوجوان است. البته حذف شرط اقامت در ایران برای خانواده خواهان سرپرستی، اصلاح خوبی است؛ لکن منوط بر اینکه نظارت خوبی از طریق سفارتخانه‌های ایران بر آن صورت گیرد.
- ۳- زن و شوهر دارای فرزند مشروط بر اینکه حداقل یکی از آنان بیش از سی سال سن داشته باشد، می‌توانند تقاضای سرپرستی دهند.

۴- دختران و زنان بدون شوهر، در صورتی که حداقل سی سال سن داشته باشند، منحصراً حق سرپرستی اناث را خواهند داشت. حکم این بند بر اساس مصلحت طفل می‌باشد؛ زیرا به هر حال، بزرگ شدن کودک در کنار یک زن و زندگی با او، بهتر از حضور در بهزیستی است و در آیین‌نامه اجرایی واگذاری فرزند به دختران مجرد، شرایط لازم برای اعطای فرزندخواندگی به دختران مجرد بیان شده است. با توجه به جمعیت زیاد دختران مجرد، این فرصت ایجاد می‌شود که تعداد سرپرستان برای کودکان بدسرپرست یا بی‌سرپرست افزایش یابد و این از مزایای قانون جدید می‌باشد؛ لکن ایرادات ذیل بر این بند وارد است: اولاً شاید این کار مانع ازدواج آن‌ها شده یا آن‌ها را به ازدواج نکردن ترغیب نماید. ثانیاً هدف اصلی سرپرستی طفل که رعایت مصلحت و تأمین منافع مادی و معنوی اوست، کمتر در یک خانواده بدون پدر تأمین می‌گردد.

۵- بستگان کودک یا نوجوان برای قبول سرپرستی او، پس از اخذ نظر سازمان بهزیستی و رعایت مصلحت کودک و نوجوان می‌توانند از برخی شرایط مقرر در قانون مستثنا شوند.

۶- حمایت‌های مالی که از طفل تحت سرپرستی انجام می‌شود، به شرح زیر است:
- تعهدات درخواست‌کننده سرپرستی نسبت به تمامی هزینه‌های فرد تحت سرپرستی حتی پس از مرگ سرپرست تا تعیین سرپرست جدید استمرار خواهد یافت.
- در مورد طفل فاقد ولی قهری یا ولی قهری که برای اداره اموال طفل شخصی را تعیین نکرده باشد، مرجع صالح قضایی می‌تواند قیمومت طفل را برعهده سرپرست قرار دهد.

- تکالیف سرپرست نسبت به کودک یا نوجوان از لحاظ نگهداری، تربیت و نفقه و احترام، نظیر تکالیف والدین نسبت به اولاد است و در واقع تکلیف به پرداخت نفقه به اطفال تحت سرپرستی، یک قاعده استثنایی است که برای حمایت از طفل یا نوجوان و تأمین مصلحت و منافع و رفع نیازهای او مقرر شده و قانون به متقابل بودن نفقه در این باب تصریح نکرده است؛ از این رو می‌توان گفت که کودک یا نوجوان تحت سرپرستی، تکلیفی به انفاق پدرخوانده یا مادرخوانده ندارد.

- در صورت فوت سرپرست، پرداخت مستمری قانونی سرپرست به کودک و نوجوان تحت سرپرستی او تا تعیین سرپرست جدید قطع نمی‌گردد.

- سرپرست کودک از مزایای حمایتی حق اولاد، بیمه و بیمه‌های تکمیلی با هدف حمایت از کودک و انجام وظایف سرپرستی برخوردار می‌گردد.

۷- فردی که فاقد تمکن مالی است و توانایی تأمین هزینه‌های زندگی طفل را ندارد، شایسته سرپرستی نیست؛ اما این اصل با رعایت قاعده مصلحت در موارد زیر استثنا شده است:

- طفل بی‌سرپرست، به عنوان مثال از طریق ارثی که به او رسیده است، از تمکن مالی بهره‌مند می‌شود.

- در مواردی که به تشخیص دادگاه، اخذ تضمین عینی از درخواست‌کننده ممکن یا به مصلحت نباشد و سرپرستی کودک یا نوجوان نیز ضرورت داشته باشد.

این قواعد در قانون قبلی سابقه نداشته است و با توجه به ضرورت‌های اجتماعی و در نظر داشتن قاعده مصلحت برای حمایت هر چه بیشتر از اطفال و نوجوانان تحت سرپرستی از سوی قانون‌گذار مقرر شده و قابل توجیه و تأیید می‌باشد.

۸- در موضوع ازدواج، قانون‌گذار برابر ماده ۲۶ قانون جدید، ازدواج سرپرست با غیر و ازدواج او با فرزندخوانده را مطرح نموده است و در تبصره این ماده، ازدواج بین سرپرست و فرزندخوانده را چه در زمان حضانت و چه بعد از آن، ممنوع شمرده است، مگر اینکه دادگاه صالح پس از اخذ نظر مشورتی سازمان بهزیستی، این امر را به مصلحت فرزندخوانده تشخیص دهد.

بنابراین از نگاه فقهی، ازدواج با فرزندخوانده بر اساس مصالحی مجاز دانسته شده است؛ اما این تجویز به معنای عدم توجه به ارزش‌های اخلاقی حاکم بر جامعه نیست. لذا برای جلوگیری از آسیب‌های اجتماعی که ممکن است متوجه فرزندخوانده شود، در صورتی که کودک به حد رشد و بلوغ نرسیده باشد، اذن حاکم شرع و احراز غبطه و مصلحت در چنین ازدواج‌هایی شرط شده است. برخی ازدواج فرزندخوانده با پدرخوانده یا مادرخوانده را با قیاس به کراهت ازدواج شخص با قابل‌اش مکروه دانسته‌اند، در حالی که چنین قیاسی در فقه امامیه باطل است.

نتیجه‌گیری

عرصه مصلحت، عرصه‌ای است که در آن، تبدل احکام به واسطه تبدل و تغییر مصالح و عرف و عادات صورت می‌پذیرد و با توجه به اینکه فقه باید پاسخگوی نیازهای مردم و جامعه باشد، لاجرم موضوعی مهم برای پویایی و ماندگاری فقه است و اگر کارکرد مصلحت در فقه را قبول نماییم، نتیجه آن تحول‌پذیری و پویایی است تا فقه بتواند با نیازهای زندگی مردم همراه شود. لذا گروهی از فقها با اتکا به رعایت مصلحت و شرایط زمان و مکان در خصوص نظریه تحول فتوا، نظریه‌پردازی کرده‌اند.

۱- نقش قوانین و مقررات ایران در موضوع کودکان بی‌سرپرست و فرزندخواندگی با استفاده از قاعده مصلحت با هدف ایجاد حمایت‌های قانونی از کودکان بی‌سرپرست و یا بدسرپرست می‌باشد و در زمان‌های مختلف با توجه به هدف و کارکرد نهاد فرزندخواندگی، قالب حقوقی آن دچار تغییر و شکل آن نیز دگرگون شده است.

در دوره کهن، فرزندخواندگی در حوزه حقوق خصوصی قرار داشت؛ زیرا ارتباط بین فرزندخوانده و فرزندپذیر همانند انتقال اموال صورت می‌پذیرفت. لذا در این قالب باید فرزندخواندگی را به عنوان یک عمل حقوقی دانست و به تبع آن، شرایط اعمال حقوقی همانند قصد و رضا و... را بر آن بار نمود.

اما در فرزندخواندگی نوین، فرزندخوانده به عنوان مال تلقی نگردیده و لذا از حوزه حقوق خصوصی فاصله گرفته است و رابطه پدری و مادری بیشتر با روابط اجتماعی و الزامات حاکم بر آن معنا پیدا می‌کند؛ یعنی کودکان نیز از آزادی منافع برخوردارند و بعضاً در مقابل تعدی دیگران، محتاج به حمایت دولت می‌باشند.

در این نظام، فرزندخواندگی با هدف تأمین مصلحت حمایت اجتماعی کودکان بی‌سرپرست یا بدسرپرست مطرح شده و دولت با رعایت تشریفات قانونی موافقت خود را در قالب یک حکم اعلام می‌دارد و قراردادی که در دوره کهن مطرح بود، جای خود را به حکم دادگاه می‌دهد.

۲- حمایت از کودکان بی‌سرپرست یا بدسرپرست از دیرباز مورد توجه قانون بوده است و این موضوع در حقوق موضوعه ایران از جمله قانون اساسی، قانون حمایت از

کودکان بی‌سرپرست و بدسرپرست، لایحه قانونی راجع به تشکیل سازمان بهزیستی کشور، قانون تأمین زنان و کودکان بی‌سرپرست، منشور حقوق و مسئولیت‌های زنان جمهوری اسلامی ایران، قانون ساختار نظام جامع رفاه و تأمین اجتماعی، آیین‌نامه چتر ایمنی رفاه اجتماعی، آیین‌نامه ساماندهی کودکان خیابانی و مواد قانونی مربوط به حضانت فرزند و قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بدسرپرست، مدّ نظر قرار گرفته است.

۳- مصلحت کودک و نوجوان در قانون جدید با رعایت قاعده مصلحت و قواعد فقهی مورد تأکید بسیار قرار گرفته و در مواد متعدد، اخذ تصمیم منوط به رعایت مصلحت گردیده است که در اثر آن، حفظ حیات و نسب حقیقی کودک، لزوم انفاق و حضانت او با هدف رشد و تعالی کودکان بدسرپرست علاوه بر کودکان بی‌سرپرست و شرایط فرزندپذیران و کودکان بی‌سرپرست یا بدسرپرست، توسعه و گسترش یافته است. همچنین در پذیرش سرپرستی، اولویت‌هایی تعیین گردیده است و به شرایط درخواست‌کنندگان سرپرستی، حمایت‌های مادی و معنوی افزوده شده است. در قانون جدید، حقوق ورثه و حقوق مالی کودک (ارث) نیز حفظ گردیده است.

کتاب شناسی

۱. آذرنوش، آذرتاش، فرهنگ معاصر عربی-فارسی، تهران، نی، ۱۳۸۶ ش.
۲. ابن ادریس حلی، ابوجعفر محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۳. ابن منظور افریقی مصری، ابوالفضل جمال الدین محمد بن مکرم، لسان العرب، بیروت، دار صادر، ۱۴۱۴ ق.
۴. ابوجیب، سعدی، القاموس الفقهی لغة واصطلاحاً، چاپ دوم، دمشق، دار الفکر، ۱۴۰۸ ق.
۵. ارموی، محمد بن حسین، الحاصل من المحصول فی اصول الفقه، بیروت، دار المدار الاسلامی، ۲۰۰۲ م.
۶. انصاری قرطبی، ابوعبدالله محمد بن احمد، الجامع لاحکام القرآن، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۵ ق.
۷. جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح، تاج اللغة و صحاح العربیه، بیروت، دار العلم للملایین، ۱۴۰۴ ق.
۸. حرّ عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعه، تهران، المکتبه الاسلامیه، ۱۳۹۸ ق.
۹. حسینی سیستانی، سیدعلی، منهاج الصالحین، قم، نشر مدین، چاپخانه سرور، ۱۴۲۴ ق.
۱۰. خسروپناه، عبدالحسین، گفتمان مصلحت در پرتو شریعت و حکومت، تهران، مؤسسه فرهنگی دانش و اندیشه معاصر، ۱۳۷۹ ش.
۱۱. خوری شرتونی لبنانی، سعید، اقرب الموارد فی فصیح العربیة و الشوارد، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۳ ق.
۱۲. درار بشیر، ادریس جمعه، الرأی و اثره فی الفقه الاسلامی فی عصور ما قبل قیام المذاهب الفقهیه، بیروت، دار الکتب العربیه، بی تا.
۱۳. دروزه، محمد عزة، التفسیر الحدیث، چاپ دوم، قاهره، دار احیاء الکتب العربیه، ۱۳۸۳ ق.
۱۴. دهخدا، علی اکبر، لغت نامه دهخدا، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۷ ش.
۱۵. راغب اصفهانی، ابوالقاسم حسین بن محمد، مفردات الفاظ القرآن، تحقیق صفوان عدنان داوودی، بیروت، دار العلم، ۱۴۱۲ ق.
۱۶. رضوی بهابادی، سیدعلی و حسین حسن پور آاشتی، فرهنگ زبان فارسی، چاپ دوم، یزد، بهاباد، مهر دانش، ۱۳۷۴ ش.
۱۷. رهبر، مهدی، تحلیل کاربردهای مصلحت در فقه امامیه، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه امام صادق علیه السلام، ۱۳۸۹ ش.
۱۸. زیدان، عبدالکریم، المفصل فی احکام المرأة و البیت المسلم فی الشریعة الاسلامیه، بیروت، مؤسسه الرساله، ۱۴۱۷ ق.
۱۹. سلمی، ابومحمد عزالدین عبدالعزیز بن عبدالسلام، قواعد الاحکام فی مصالح الانام، به کوشش طه عبدالرؤوف سعد، قاهره، مکتبه الکلیات الازهریه، ۱۳۸۸ ق.
۲۰. شریعتی نسب، صادق، فرزندخواندگی، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی، ۱۳۹۰ ش.
۲۱. صافی گلپایگانی، لطف الله، جامع الاحکام، بی جا، بی نا، بی تا.
۲۲. طالقانی، سید محمود، پرتوی از قرآن، چاپ چهارم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۶۲ ش.
۲۳. طباطبایی، سید محمد حسین، المیزان فی تفسیر القرآن، چاپ پنجم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۲۴. طباطبایی حائری، سیدعلی بن محمدعلی، ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل، قم، مؤسسه آل البیت علیه السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۹ ق.

۲۵. طریحی، فخرالدین بن محمد، مجمع البحرین، تحقیق سیداحمد حسینی، چاپ سوم، تهران، کتابفروشی مرتضوی، ۱۳۷۵ ش.
۲۶. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، التبیان فی تفسیر القرآن، تحقیق و تصحیح احمد حبیب قصیر العاملی، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۹ ق.
۲۷. همو، النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی، چاپ دوم، بیروت، دار الکتب العربی، ۱۴۰۰ ق.
۲۸. همو، تهذیب الاحکام، تصحیح و تعلیق علی اکبر غفاری، تهران، صدوق، ۱۴۱۷ ق.
۲۹. عاملی جعبی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم، المعارف الاسلامیه، ۱۴۲۱ ق.
۳۰. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال الدین مکی، الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۳۱. عجم، رفیق، موسوعة مصطلحات اصول الفقه عند المسلمین، بیروت، مکتبة لبنان ناشرون، ۱۹۹۸ م.
۳۲. عسکری، ابوهلال حسن بن عبدالله بن سهل، معجم الفروق اللغویه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۲ ق.
۳۳. علامه حلّی، ابومنصور جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۳ ق.
۳۴. همو، تذکرة الفقهاء، تهران، المکتبة المرتضویه، بی تا.
۳۵. علیدوست، ابوالقاسم، فقه و مصلحت، قم، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۹ ش.
۳۶. عمید، حسن، فرهنگ عمید، تهران، امیرکبیر، ۱۳۷۱ ش.
۳۷. غروی نائینی، محمدحسین، اجود التقريرات، تقریر سیدابوالقاسم موسوی خویی، قم مؤسسه مطبوعات دینی، ۱۳۶۹ ش.
۳۸. غزالی، ابوحامد محمد بن محمد، المستصفی من علم الاصول، تحقیق محمد عبدالسلام عبدالشافی، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۳ ق.
۳۹. فاروقی، حارث سلیمان، المعجم القانوني، بیروت، مکتبة لبنان ناشرون، ۱۴۱۰ ق.
۴۰. فاضل هندی، بهاء الدین محمد بن حسن اصفهانی، کشف اللثام و الابهام عن قواعد الاحکام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
۴۱. فضلّی، عبدالهادی، اصول البحث، قم، دار الکتب الاسلامی، بی تا.
۴۲. فیروزآبادی، محمد بن یعقوب، القاموس المحیط، بیروت، دار الکتب العلمیه، منشورات محمد علی بیضون، ۱۴۱۵ ق.
۴۳. قائمی، علی، روان شناسی و تربیت کودکان شاهد، تهران، انجمن اولیاء و مربیان، ۱۳۷۰ ش.
۴۴. قلعه جی، محمد رواس، معجم لغة الفقهاء (عربی - انکلیزی - فرنیسی)، بیروت، دار الفنائس، ۱۴۰۸ ق.
۴۵. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی خانواده، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۵ ش.
۴۶. کرکی عاملی (محقق ثانی)، ابوالحسن علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۱ ق.
۴۷. محقق اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الاذهان الی احکام الایمان، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۷۵ ش.
۴۸. محقق حلّی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، تصحیح محمدعلی بقال، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.

۴۹. همو، معارج الاصول، قم، مؤسسه آل البيت عليه السلام، ۱۴۰۳ ق.
۵۰. موسوی خمینی، سیدروح الله، تحرير الوسیله، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۰ ق.
۵۱. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، صراط النجاة فی اجوبة الاستفتاءات، قم، مدین، ۱۴۲۵ ق.
۵۲. موسوی گلپایگانی، سیدمحمدرضا، مجمع المسائل، بی جا، بی نا، بی تا.
۵۳. نجفی، محمدحسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، تحقیق و تصحیح عباس قوچانی، چاپ سوم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۷ ش.
۵۴. وزارت اوقاف و شئون اسلامی کویت، الموسوعة الفقهية الكويتية، کویت، دار السلاسل، ۱۴۱۰ ق.

تبلیغات خلاف واقع در معامله با مطالعه‌ای در فقه امامیه و حقوق ایران؛ مسئولیت‌ها و راهکارها*

- مرتضی عزیزی^۱
- بهرام تقی‌پور^۲

چکیده

تبلیغات خلاف واقع، از طریق ارائه اطلاعات نادرست و نمایش غیر واقعی کالا و خدمات به وجود می‌آید که پیامدهای آن از جنبه‌های مختلفی قابل بررسی است. هدف جستار حاضر، بررسی این گونه تبلیغات در معاملات و مسئولیت‌ها و راهکارهای مقابله با آن در فقه امامیه و حقوق ایران است. فقها درباره مطلق تبلیغات در معامله، حکم به جواز و اباحه داده‌اند؛ اما تبلیغ خلاف واقعی که باعث تحصیل مال نامشروع می‌شود و فعالیت اشخاص واسطه اعم از مبلغ، بازاریاب و عرضه کننده را به استناد قواعد فقهی از جمله «اعانه بر اثم و عدوان» و «اکل مال به باطل» حرام می‌دانند. این تحقیق که به روش توصیفی و تحلیلی به انجام رسیده است، نتیجه‌اش این است که اولاً، فقها امر نظارت بر

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱/۲۵ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۷/۹.

۱. دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق، دانشگاه گنبد کاووس (نویسنده مسئول)
(m.azizi86@yahoo.com).

۲. استادیار گروه حقوق دانشگاه خوارزمی (manlaw62@gmail.com).

تبلیغات را مطابق قاعده فقهی ضمان حکومتی به عنوان یک تکلیف بر عهده حاکمان و کارگزاران گذارده و بر تقویت نهاد حسبه و تسعیر به عنوان راهکاری فقهی توصیه مؤکد نموده‌اند؛ ثانیاً، مطالب خلاف واقع در تبلیغ، اگر به صورت شرط و یا وصف دربیاید و به ارکان معامله آسیب وارد نماید، مسئولیت تضامنی آن متوجه تولیدکننده، عرضه کننده و سفارش دهنده است که بر مبنای الزامات قراردادی و خارج از عقد، شخص زیان دیده حق مطالبه خسارت را دارد.

واژگان کلیدی: تبلیغات، معاملات، خلاف واقع، مشتری، فقه.

۱. بیان مسئله

قانون یکی از بهترین تنظیمات در روابط اجتماعی بشر به شمار می‌آید که جنبه‌های مختلفی دارد (جابری، ۱۳۸۶: ۱۴۳). بحث معاملات، جلوه‌ای از این روابط است. در نظام حقوقی، موضوع معامله از اهمیت قابل توجهی برخوردار است. موضوع معامله در فقه تحت عنوان عوضین عقد بیان شده است و هر جا که معامله به صورت معاوضی صورت گیرد، بحث تخلفات و انحرافات از ضوابط آشکار می‌شود. امروزه این تخلفات قانونی که عمدتاً به منظور کسب سود و منفعت است، در پوشش تبلیغات از سوی تولیدکنندگان و عرضه کنندگان کالا و خدمات صورت می‌گیرد (لطفی، ۱۳۷۹: ۷۶) که به طور مستقیم با حقوق مشتری سروکار دارد. برخی از این تخلفات، تبلیغات خلاف واقع است و در معاملات به اندازه‌ای شایع و کم‌اهمیت گردیده که حتی در عرف معاملات، تبدیل به یک رویه مقبول نزد بازار شده است. فقهای امامیه بحث عوضین عقد را در باب مکاسب بیان کرده و گفته‌اند که هر گونه تجملات غیر واقعی در تزین المتاع، مدح السلعه، کتمان العیب و نجش در معامله، به نحوی که منجر به فریب و گمراه شدن مشتری شود، حکم حرمت دارد (موسوی بجنوردی، ۱۴۲۴: ۲۱۰/۴). همچنین تبلیغات در موضوع مورد معامله، زمانی خلاف واقع خواهد بود که اطلاعات نادرست و غیر واقعی به صورت تبلیغات وصفی و یا تبلیغات شرطی در اختیار مشتری قرار گیرد و موجب ضرر نفس و مال در معامله شود. در ادامه تلاش داریم تا موضوع تبلیغات خلاف واقع را که از طریق وصف یا شرط در معامله صورت می‌گیرد، مبتنی بر دیدگاه فقهای امامیه تحلیل نماییم.

واژه عبادات قرار دارد که اعمال مقید به قصد قربت است. فقها این واژه را از ایقاعات، معاطات، اذن و اباحه مجزا ساخته‌اند؛ برای نمونه شهید اول می‌گوید عقود، اسبابی هستند که بر آن‌ها احکام شرعی یعنی وجوب، استحباب، حرمت، کراهت و اباحه مترتب می‌شود.

۳. تبلیغات خلاف واقع در معامله

لغت‌شناسان، واژه خلاف واقع را مترادف با بی‌اساس، بیهوده، خیالی و ضعیف، و متضاد حقیقی و واقعی بیان کرده‌اند (معین، ۱۳۸۰). در اصطلاح، تبلیغات خلاف واقع به سلسله اقداماتی گفته می‌شود که از طریق ارائه اطلاعات غیر واقعی و نادرست و صحنه‌سازی‌های متقلبانانه که ممکن است مشتری را در تشخیص صحیح کیفیت و اوصاف واقعی کالا و خدمات به اشتباه بیندازد، از سوی بازاریابان و عرضه‌کنندگان کالا صورت می‌گیرد. تبلیغات خلاف واقع به طور عمده قبل از معامله صورت می‌گیرد که مسئولیت مدنی برای حمایت از زیان‌دیده پیش‌بینی شده است. قانون ممنوعیت تبلیغات کالا و خدمات غیر مجاز و آسیب‌رسان به سلامت در رسانه‌های داخلی و فضای مجازی در سال ۱۳۹۷ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید. تبصره ماده ۱ این قانون، مصادیق تبلیغات خلاف واقع را برشمرده است، ولی معیار تشخیص و مسئولیت‌های ناشی از آن را ارائه نداده است.

مبنای تعهد در معامله با قرارداد ایجاد می‌شود و قرارداد می‌تواند مکتوب یا شفاهی بین خریدار با فروشنده تنظیم شود. البته برخی تعهدات در معامله هست که برای حفظ نظم عمومی ایجاد می‌شود و برای اثبات آن‌ها نیازی به ارائه قرارداد هم نیست. این بحث در فقه تحت عنوان ضمان ارادی و ضمان قهری مطرح شده است؛ لیکن حقوق‌دانان از باب مسئولیت‌های مدنی، موضوع تبلیغات را مورد امعان نظر قرار داده‌اند. چون رویکرد غالب این مقاله، فقهی است، از این رو به دیدگاه‌های فقها حول موضوع تبلیغات در معامله به ویژه تبلیغات خلاف واقع اشاره می‌شود و در پایان نیز راهکارهای فقهی پیشنهاد خواهد شد.

۴. وصف خلاف واقع در تبلیغات

تبلیغات همچون سایر عقود، ایجاد تعهد و مسئولیت می‌نماید. از این رو، آثار حقوقی تبلیغات، زمانی موجب ضمان خواهد شد که وصف خلاف واقع در قالب عناصر عیب، تدلیس، اشتباه و تخلف در آگهی‌های تبلیغات و امور بازاریابی اتفاق بیفتد؛ برای نمونه، فروشنده عیوب کالا را از اطلاع و آگاهی مشتری در تبلیغات پنهان دارد و به مشتری وانمود نماید که کالایی عاری از عیب و کاملاً سالم و استفاده‌نشده تحویل می‌دهد. بررسی دیدگاه فقیهان و تبیین احکام وضعی و ضمان‌آور بودن تبلیغات خلاف واقع و همچنین راهکارهای پیشگیرانه در این موارد، وظیفه‌ای است که این مقاله عهده‌دار آن است.

۵. وصف ناشی از نقصان در تبلیغات و مسئولیت آن در معامله

تعاریفی که فقهای امامیه از عیب کرده‌اند، بیشتر شامل عیوب ظاهر در شکل و صورت کالا در هنگام معامله است. بی‌شک مطابقت دادن چنین دیدگاهی با اقتضائات کنونی در معاملات، کمی دشوار به نظر می‌رسد و نیازمند تعیین ضابطه‌ای مشخص از وصف ناشی از عیب در تبلیغات می‌باشیم.

فارغ از معنای لغوی عیب، در برخی روایات ملاحظه گردیده که لغت عیب را مترادف با عوار با حرف عطف «و» آورده‌اند. گرچه عطف دو کلمه بر یکدیگر، دلیل بر تغایر است نه ترادف، اما به نظر نگارندگان می‌توان چنین استنباط کرد که نسبت بین دو واژه عیب و عوار، عموم و خصوص مطلق است؛ بدین معنا که عوار جنبه ظاهری و قابل لمس عیب را شامل می‌شود، ولی خود عیب شامل عیوب ظاهری و باطنی می‌شود (اراک، ۱۴۱۴: ۲۰۹). یکی از فقها، ملاک و معیار عیب را «نقص مالی» یک شیء معرفی می‌نماید (انصاری، ۱۴۱۱: ۱۳۱/۳) و اگر این نقص مالی با طبیعت اغلب افراد یک نوع در تعارض بود، تنها خیار فسخ را برای مشتری ثابت می‌داند؛ یعنی این نقص مالی را عیب دانسته، ولی موجب حکم عیب نمی‌داند.^۱

۱. منظور از نقص مالی در کلام شیخ، کاهش ارزش و بهای مالی و پایین آمدن قیمت آن است.

به نظر نگارندگان، کلام شیخ در تبیین ملاک و ضابطه کلی عیب دچار تردید بوده و با جزمیت نمی‌تواند یک معیار ثابتی را ارائه دهد.

تحولات اجتماعی باعث شده که مفاهیم فقهی در معاملات بر حسب مکان و زمان از معیارهای جدید تبعیت نماید. تجارت امروز با ابزارهای مختلفی تبلیغ می‌شود و معاملات روزمره بخشی از این تجارت هستند که تبلیغات حلقه اتصال آن‌ها را شکل داده است. وصف کالا و خدمات به صورت انشایی یا خبری تبلیغ می‌شود. در وصف انشایی، خریدار حق دارد تغایر وصف تبلیغی با کالای تحویلی را از فروشنده پیگیری و مطالبه خسارت نماید، اما در وصف خبری، تحلیل چنین حقی برای مشتری کاری دشوار است؛ زیرا نظام حقوق تبلیغات در ایران، به طور دقیق تعهدات و مسئولیت‌های تبلیغات را تبیین نکرده است و فقط می‌توان بر اساس قواعد عام ناشی از قرارداد عمل نمود. اطلاع‌رسانی درباره نحوه استفاده کالا یا مزایا و معایب آن، نوعی از نقصان در تبلیغ به حساب می‌آید (ابراهیمی، ۱۳۸۲: ۵۴-۷۱) که لازم است در هنگام تبلیغ یک کالا و محصول ارائه شود:

- ۱- مزایا و معایب استفاده از کالا از طریق درج اطلاعات مورد نیاز باید به صورت دقیق و تفصیلی به مشتری اطلاع‌رسانی شود (جبری، ۱۳۸۶: ۷۰-۱۳۰).
- ۲- چنانچه کالایی که به واسطه تبلیغ خریداری می‌شود، دارای عیوب پنهانی باشد، اگر کالا عین معین باشد، مشتری می‌تواند معامله را فسخ کند یا مطالبه ارش نماید و در صورتی که کالا در اثر نقص حادث شده در تبلیغ از بین برود، فروشنده موظف است نمونه دقیق خود کالای تلف شده را جایگزین نماید و اگر امکان تحویل نمونه واقعی و مثلی کالا میسر نبود، باید قیمت روز آن کالا را در یوم‌الاداء به مشتری بپردازد.

۶. مصادیق تبلیغات خلاف واقع در معامله

تبلیغات کالا و خدمات، وقتی آمیخته به عناصر خلاف واقع گردد، از منظر فقه و نظام حقوقی در قالب تدلیس، عیب، تزویر، غش و غبن، قابل بحث و بررسی خواهد بود. مصادیق آن در فقه، عناوینی همچون «تزیین المتاع»، «کتمان العیب»، «مدح السلعه» و «مدح المبیع» است که به نحو غیر متعارف و غیر واقعی ایجاد می‌شود.

معامله، دخالتی در تحقق تدلیس ندارد؛ یعنی اگر طرف معامله علم داشته باشد که این صورت ظاهری در نتیجه برخی عملیات و اقدامات است و با وجود این، رغبت و میل او به معامله افزایش یابد، باز هم تدلیس محقق شده است (انصاری، ۱۴۱۱: ۲۲/۱). مؤلفه‌های تدلیس در تبلیغات کالا، شامل تدلیس نوشتاری، شنیداری و دیداری می‌باشد.

۲-۶. تدلیس به صورت نوشتاری در تبلیغات

چنانچه کیفیت کالا و ثمن در آگهی نوشتاری تبلیغاتی، به نحو خلاف واقع اعلام شود، مشمول حکم تدلیس نوشتاری و در برخی جهات، حرام و ضمان‌آور است. گاهی در تدلیس نوشتاری، مطلب درج‌شده در شناسنامه محصول و کالا چنان اغراق‌آمیز است که موجب فریب و گمراهی مشتری می‌شود. در تدلیس نوشتاری، از ابزار خط و رسم و انواع رنگ‌ها برای تزئین و همچنین قالب‌های مختلف در نوشتار استفاده می‌شود و ذهن را شیفته جذابیت متن نوشتاری می‌نماید. لذا در مصادیق تدلیس نمی‌توان به چارچوب کلی آن اکتفا کرد؛ زیرا قواعد خیارات در معامله، از فقه گرفته شده و تعاریف آن نیز در قالب فقه یاد شده است. بنابراین استفاده از علامت‌های تجاری مشابه در آگهی‌های نوشتاری تبلیغاتی که سبب اشتباه و گمراهی مشتری شود، از مصادیق تدلیس نوشتاری است. در حالت نوشتاری نیز تدلیس در تبلیغات صادق است و قابل استناد در معامله خواهد بود.

۳-۶. تدلیس با جلوه‌های سمعی و بصری در تبلیغات

مفهوم تدلیس در تبلیغات امروزی که با استفاده از جلوه‌های سمعی و بصری به صورت شنیداری و دیداری ایجاد می‌شود، با معیارهای فقهی قابل استمراج است. در این گونه از تبلیغات که با ترکیب نماها و نواها، آگهی‌های تبلیغی غیر چاپی و چندرسانه‌ای^۱ تولید می‌شود، تمام حواس مشتری را جذب معامله می‌نماید و چنانچه اوصاف اغواگرانه‌ای را به مشتری ارائه دهد، این گونه تدلیس هم در نظام تبلیغات قابلیت استناد دارد. گاهی

1. Multi media.

تدلّیس دیداری بوده و با استفاده از تصاویر گرافیکی، کالا و محصول را مغایر با آنچه که هست، معرفی می‌نماید. در همه این حالت‌ها، مدلس اگر با علم و آگاهی و عامدانه اقدام به فروش و معامله نماید، آن معامله ضمان‌آور است. از این رو، ضمان و مسئولیت قراردادی ضمنی تبلیغات نیز شکل می‌گیرد. آگهی‌های نوشتاری و الکترونیکی گرافیکی خلاف واقع در تبلیغات می‌تواند از مصادیق بارز تدلیس گفتاری و شنیداری و نوشتاری باشد (بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۰). برخی فقیهان از روایتی که پیامبر فرموده است^۱ (خورسندیان و پیت‌ساز، ۱۳۹۴: ۱۷۰)، حکم کراهت تبلیغات در مدح کالا را نتیجه گرفته‌اند (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۱۸۴/۳)؛ اگرچه نظر مشهور فقیهان بر جواز تبلیغاتی دلالت دارد که از آن تبلیغات، مدح متعارف شکل بگیرد و به فریب و گمراهی مشتری منجر نشود.

۷. ضمان حکومت بر تبلیغات در معاملات

مبنای ضمان حکومتی در خصوص آزادی تبلیغات، وجود دلایل و مستندات روایی و قرآنی است که بر حسب گزارش‌های تاریخی به دست آمده است و انسان را از تعدی به حقوق دیگران باز می‌دارد.

نقش نظارتی حکومت بر امور تبلیغات تجاری برای حمایت از زیان‌دیده، حق دادخواهی و درخواست جبران ضرر است. برگرفته از متون دینی می‌توان به اهمیت و جایگاه این نوع نظارت پی برد. در این مقاله به ادله نقلی در باب این جایگاه اشاره خواهیم داشت.

۱-۷. قرآن

در متون دینی همچون کتاب، مسئولیت و نظارت در آیات مختلفی به چشم می‌خورد که در اینجا به چند دسته از آن‌ها اشاره خواهیم داشت؛ آیاتی که به وجود مسئولیت

۱. «مَنْ بَاعَ وَاشْتَرَى فَلْيَحْفَظْ حَمْسَ خِصَالٍ، وَإِلَّا فَلَا يَشْتَرِيَنَّ وَلَا يَبِيعَنَّ؛ الرَّبَا وَالْحَلْفَ وَكَيْفَ الْعَيْبِ وَالْحَمْدَ إِذَا بَاعَ وَالذَّمَّ إِذَا اشْتَرَى»؛ [امام صادق علیه السلام به نقل از پیامبر خدا صلی الله علیه و آله] هر شخصی که به خرید و فروش اشتغال دارد، باید پنج خصلت و ویژگی را [در کسب و کار] رعایت نماید، وگرنه نباید به خرید و فروش پردازد؛ [این پنج خصلت عبارت‌اند از:] ربا، سوگند، پنهان کردن عیب، تعریف و تمجید در هنگام فروش و تبلیغات و بدگویی به هنگام خرید کالا.

فردی در جامعه و روابط اجتماعی اشاره دارند (برای نمونه ر.ک: انعام/ ۱۶۴؛ مدثر/ ۳۸).

۱- آیاتی که به حرمت تعدی نمودن به حقوق ثالث اشاره دارند (برای نمونه ر.ک: بقره/ ۱۸۸؛ نساء/ ۲۹).

۲- آیاتی که به ضرورت تناسب جرم و مجازات (مجازات یا ضمان) اشاره دارند (برای نمونه ر.ک: بقره/ ۱۹۴؛ نحل/ ۱۲۶؛ شوری/ ۴۰).

۲-۷. سنت

سیره نبوی و علوی، برگرفته از آیات نورانی قرآن کریم بوده و روش اهل بیت و پیامبران الهی علیهم‌السلام تأکید بر وجوب نظارت و ضمان حکومت بیان شده است که مهم‌ترین آن حدیث «لاضرر» است. اگرچه وجود دیدگاه‌های مختلف درباره این حدیث،^۳ دلالت بر ظنی بودن این روایت دارد، اما از نظر فقه‌الشریعه، نفی ضرر در دایره احکام شرعی محل اجماع است. این نفی بدین معنا نیست که اساساً ضرری در احکام اعم از تکوینی یا تشریحی وجود ندارد، بلکه ضرر در نظام خلقت ممکن است وجود داشته باشد، اما تکالیف شرعی در دایره احکام ضرری قرار نمی‌گیرند و مکلفان بابت ترخص از تکلیف ضرری، عقوبت نخواهند شد. ضرر در معاملات دو چهره ضرر مالی و نفسانی دارد (حسینی سیستانی، ۱۴۱۴: ۱۹۱)؛ یعنی اگر وجود تبلیغات در معامله به هر دلیل اعم از خلاف واقع بودن یا گمراه کننده بودن، باعث ضرر به مشتری و مصرف کننده و نقض نظم عمومی جامعه گردد، توقف پخش آگهی تبلیغاتی و ارجاع آگهی دهنده به ضابطان قضایی و ناظران بر تبلیغات برای مستندسازی و دادرسی، حداقل بُعد نظارتی حکومت خواهد بود. تبلیغات اگر صرفاً با وصف اطلاع‌رسانی باشد و بدانیم که از عدم اطلاع‌رسانی درباره موضوعی خاص، زیانی ایجاد خواهد شد، با استناد به قاعده لاضرر می‌توان به وجوب آن تبلیغ برای جلوگیری از ضرر حکم نمود. شاید این گفته

۱. «هیچ شخصی جز به زیان خود گناهی مرتکب نمی‌شود و گناه دیگری را هم به دوش نخواهد کشید».
 ۲. «و جزای بدی، مانند آن بدی است».
 ۳. برای آگاهی از دیدگاه محدثان و فقهای امامیه درباره معنای این حدیث ر.ک: حسینی سیستانی، ۱۴۱۴ (ایشان در این رساله به هفت دیدگاه اشاره می‌کند)؛ نیز برای آگاهی از سایر دیدگاه‌ها ر.ک: عبار، ۱۹۹۹: ۵۲۲ به بعد.

درست باشد که تعهدات این وجوب ناشی از قاعده لاضرر مطلق نیست، بلکه اطلاع‌رسانی خود رفتاری ضمان‌آور است. پس اعمال قاعده لاضرر به صورت مطلق در همه جا امکان‌پذیر نیست (مددی، ۱۳۸۸: ۸۴). بنابراین زیان باید نامتعارف و غیر قابل اغماض باشد، وگرنه زیان «متعارف» تعهدآور برای جبران زیان نمی‌باشد.

۸. راهیافت‌های فقهی در تبلیغات

در منابع فقهی، راهکارهایی برای پیشگیری و مقابله با تبلیغات خلاف واقع یافت می‌شود که تحت عنوان نهاد «تسعیر» و «حسبه» از باب ضمان حاکمیتی می‌توان در دو قسمت زیر بررسی کرد:

۱-۸. ملاک‌های شرعی در نظارت بر تبلیغات

آیین‌های دادرسی در نظام قضایی ایران باعث شده که به طور عمده، اقامه دعوی خسارت ناشی از تبلیغات خلاف واقع در پیچ و خم دادرسی، کمتر به نتیجه مطلوب برسد یا به سبب نداشتن تحلیل اقتصادی در برخی موارد، روند ارجاع مطالبه خسارت و وصول آن در محاکم ایران، فاقد منفعت عقلایی و مالی تلقی شود. به همین سبب باید از قوانین خودتنظیمی برای حقوق مشتری و نظام‌سازی فرهنگ و اصول تبلیغات در معاملات، که نقطه تلاقی مشتری با عرضه‌کننده محصولات و پخش‌کننده تبلیغات است، استفاده نمود. شارع مقدس نگاه دقیقی به روابط اجتماعی بشر به ویژه دادوستد داشته است؛ برای مثال می‌توان به شرایطی که فقها با استناد به ادله و نصوص روایی و شرعی برای صحت عقد بیع و کار تجاری ذکر کرده‌اند و همچنین به اوامر مولوی و ارشادی بزرگان دین به بازرگانان، اشاره کرد؛ همچنین ضامن قرار دادن سازندگان و پیشه‌وران (اجیر مشترک) نسبت به کالایی که برای تعمیر، اصلاح یا ساختن چیز خاصی از آن، به آن‌ها داده می‌شود.

از همین رو، دو راهکار مهم در فقه پیش روی قانون‌گذار از باب ضمان فقه حکومتی قرار گرفته است که به شرح و بیان آن خواهیم پرداخت.

۲-۸. خودنظارتی شهروندی در تبلیغات

اگرچه در شریعت اسلام، اغلب احکام معاملات به صورت ارشادی و ارجاع آن به سیره عقلا بوده است، لیکن هرآنچه مردم را به درستی (صلاح) نزدیک و از تباهی (فساد) دور سازد، قید «شرعی» بر آن اطلاق خواهد شد؛ به این معنا که ولیّ فقیه باید در ابلاغ سیاست‌گذاری‌های کلان، اصول و مقاصد شریعت را به کارگزاران متذکر شود و خود ناظر باشد؛ وگرنه نمی‌توان به چنین حکومتی لقب شرعی داد. سیاست شرعی از طریق دخالت دولت در فعالیت‌های اقتصادی، برای حمایت از حقوق مشتری صورت می‌گیرد که می‌توان به دو نمونه از آن اشاره کرد:

اول: تسعیر

یکی از مباحث مهم در تبلیغات، موضوع هزینه تمام‌شده کالا و مسائل مالی آن است. تسعیر در اسلام نهادی بوده که برای نرخ‌گذاری کالا و خدمات از جانب حکومت با هدف تعرفه‌گذاری و تثبیت قیمت کالاهای ضروری و وادار کردن بازاریان به مراعات آن شکل گرفته است. تسعیر، به معنای مشخص نمودن قیمت عادلانه کالاها توسط حکومت، برای مبارزه با حرص و طمع بازرگانان است.

دوم: حسبه

همچنان که از احادیث برمی‌آید، در زمان حیات پیامبر خدا ﷺ نظارت بر توزیع کالا در بازار وجود داشته است و همواره اشخاصی بر امور عرضه و تبلیغ کالا نظارت داشته‌اند. در ادوار بعد، این نظارت به صورت قانونمندتر ادامه یافته و عنوان «مظالم» و «حسبه»، متکفل امور نظارت مستقیم بر قیمت و شیوه تبلیغات کالا بوده‌اند. یکی از وظایف آن‌ها، اجرای قانون تسعیر (نرخ‌گذاری) و نظارت بر تبلیغ و فروش و عرضه کالاها بوده است.

امروزه فقدان تأسیس نهاد تسعیر در جامعه ایران، باعث سودجویی دلالان و برخی تاجران و بازاریان شده است. بی‌شک ضرورتی که امروز نسبت به تشریح قوانین جدید و بسترساز برای تبلیغات در معاملات و تجارت احساس می‌شود، بسیار بیشتر از آن روزگار است، و با توجه به اختیاراتی که فقها در این زمینه برای حاکم اسلامی

برشمرده‌اند، تشریح چنین قوانینی، حتی اگر در تضادِ ظاهری با متون فقهی باشد، ولی در حقیقت تا جایی که به نفع مشتریان و بازگرداندن تعادل به رابطه آن‌ها با تولیدکنندگان باشد، خارج از فلسفه تشریح نخواهد بود.

۹. بروز اشتباه در تبلیغات

اشتباه در تبلیغات به طور عمده در اوصاف کالا و خدمات رخ می‌دهد. پدیده اشتباه و عواقب حقوقی آن در معامله را می‌توان چنین تحلیل نمود: اولاً، در تبلیغات، اشتباه ممکن است نسبت به موضوع معامله ایجاد شود و ثانیاً، اشتباه در تشخیص نمادها و علائم مشابه تجاری در تبلیغات باشد. به هر حال، اشتباه اگر با علم و آگاهی از خلاف واقع بودن اوصاف تبلیغی با اوصاف واقعی و اصلی کالا ایجاد گردد، برخی از فقها قائل به حق فسخ برای مشتری هستند؛ اما اگر مشتری به دلیل قصور خود یا رفتار گمراه‌کننده فروشنده و یا متصدی تبلیغات، دچار اشتباه در موضوع معامله گردد، معامله نافذ نیست. بنابراین اشتباه در تبلیغات، اگر مربوط به رکن اصلی معامله باشد، عقد را باطل می‌نماید. لذا اگر فروشنده اقداماتی در تبلیغات انجام دهد که مشتری در جنس یا اوصاف اساسی مورد معامله دچار اشتباه شود، عقد باطل است؛ حتی اگر اوصاف عرفاً از اوصاف اساسی نباشد، ولی طرفین آن را اساسی قرار داده باشند (محقق داماد، ۱۳۸۹: ۸۷/۲).

۱۰. تبلیغات شرطی و وصفی در معامله

به نظر می‌رسد علایق طرفین معامله را بر مبنای شروط می‌توان در تبلیغات اعمال نمود؛ به گونه‌ای که هم بتوان در تبلیغات بدان تصریح کرد و هم به شکل عرفی و ضمنی مقدر به شرط قرار گیرد. از این رو در معاملات تجاری، عرف اقتضا می‌کند که متعاملین قصد خود را بر سلامت کالای تجاری و تعادل و برابری ثمن آن به طور ضمنی شرط نمایند، هرچند در متن قرارداد به آن تصریح نشود. چنین شروطی به صورت عرفی چارچوب عقد را تنظیم می‌نماید که تصریح به آن در قرارداد هم لازم نیست؛ زیرا اصول اولیه در معاملات، سلامت و ایمنی موضوع معامله است (خورسندیان و چیت‌ساز،

۱۳۹۴: ۱۷۴؛ شهیدی، ۱۳۸۷: (۴۱).

به طور معمول در معاملات معاوضی، اصل بر سلامت و دست اول بودن مبیع است، مگر در تبلیغات تصریح شود که کالا دست دوم یا دارای عیوب و اشکالاتی است که متناسب با آن از قیمت واقعی کالا کاسته شده است (خورسندیان و چیت‌ساز، ۱۳۹۴: ۱۷۴؛ عادل و غفاری فارسانی، ۱۳۸۸: ۲۶). بر همین اساس، مبنای بسیاری از اختیارات عقدی به ویژه در بیع را وجود شروط ضمنی می‌دانند (حسینی شیرازی، بی‌تا: ۳۰۷/۲). افزون بر این می‌توان اختیارات عیب، تخلف وصف و رؤیت را نیز بر مبنای شرط ضمنی، بدون نیاز به تصریح در عقد توجیه کرد (خورسندیان و چیت‌ساز، ۱۳۹۴: ۱۷۴؛ رفیعی و شجاعی، ۱۳۸۶: ۱۲۵). بنابراین اگر توصیف کالا در تبلیغات با عیب و نقصی همراه باشد، خریدار به استناد خیار عیب می‌تواند معامله را فسخ کند (موسوی خمینی، ۱۴۱۰: ۱۱۲/۱). همچنین توازن بین ثمن و مثنی، دلیل دیگری بر استناد به شرط ضمنی است؛ برای نمونه، بسته‌بندهای متنوع محصولات که در تبلیغات برای وصف آن محصول استفاده می‌شود، چنانچه حفظ تعادل و برابری ثمن و مبیع در شکل تبلیغات رعایت نشده باشد، می‌توان حق خیار فسخ را به خاطر عدم تعادل عوضین با نوع بسته‌بندی تبلیغات برای زیان‌دیده در نظر گرفت؛ زیرا خریدار و فروشنده در معاملات به دنبال برابری و حفظ تعادل در عوضین هستند و چنین استدلالی (عاملی جزینی، ۱۴۱۰: ۱۳۴/۳) نیز مورد تأیید بنای عقلاست. بنابراین هر عقدی به خودی خود مشروط به چنین شرطی است و در صورت کشف عدم برابری و عدم تعادل و توازن در عوضین، شخص مغبون مستحق خیار غبن برای فسخ معامله خواهد بود. در حقوق اسلام، عدم تعادل ارزش عوضین با یکدیگر، تأثیری در اراده ندارد و عقد صحیح واقع می‌گردد؛ ولی در اثر زیانی که متوجه مغبون شده است، متضرر بر طبق قاعده لاضرر می‌تواند با انحلال عقد، جبران زیان خود را بنماید و نمی‌تواند تفاوت ارزش را بخواهد (جعفری لنگرودی، بی‌تا: ۶۶/۳). فروشنده می‌تواند سقف زیان‌های قابل مطالبه در تبلیغات را مشخص و یا با وجه التزام، اندازه مقطوعی را برای غرامت تعیین نماید. افزون بر این دو، با شرط عدم ضمان می‌تواند به طور کلی مسئولیت عامل زیان را از خود سلب نماید. با این حال، گاه در اعتبار این شروط، اثرگذاری آن‌ها و نیز تمایز آن‌ها از یکدیگر اختلاف ایجاد می‌شود که متوجه

مغبون شده است. بر طبق قاعده لا ضرر، متضرر با انحلال عقد می‌تواند جبران زیان خود را بنماید و نمی‌تواند تفاوت ارزش را بخواهد.

۱۱. الزامات مبتنی بر نظام حقوقی در تبلیغات

استفاده از اطلاعات گمراه‌کننده در تبلیغات، با دو هدف عمده صورت می‌گیرد؛ گاه برای فریب دادن مشتری نسبت به موضوع آگهی و گاه برای ایجاد جهل و ناآگاهی مشتری از حقیقت کالای تبلیغی. بنابراین در معامله‌ای که به سبب آگهی تبلیغاتی خلاف واقع منعقد شود، شخص زیان‌دیده می‌تواند به استناد قواعد متعدد فقهی همچون قاعده فقهی «غرور»، اقامه دعوی مسئولیت مدنی به طرفیت شخص زیان‌زنده نماید. در تمام نظام‌های حقوقی، مقرراتی را برای تبلیغات گمراه‌کننده و خلاف واقع اعمال می‌نمایند؛ به ویژه انگلستان از دهه ۱۹۶۰ میلادی چنین قانونی را وضع و در دایره تبلیغات پخش و غیر پخش اجرا می‌نماید. این الزامات برای حمایت از حقوق مشتری ایجاد شده و نیازی به اثبات وجود رابطه قراردادی هم نیست. این بحث، طبق قواعد فقهی غرور، اتلاف، اضرار، تعهد و مسئولیت، به خودی خود برای عامل تخلف از تبلیغات ایجاد می‌شود و صرف نقض تعهدات قانونی در تبلیغات است که متعهد را ملزم به پاسخگویی و جبران خسارت به زیان‌دیده می‌کند. در تبلیغات خلاف واقع، مسائلی چون غرور و اضرار، جزو تعهدات غیر قراردادی به شمار می‌آید که نحوه دلالت و استناد آن در تبلیغات را در ادامه تبیین خواهیم نمود.

۱۲. ایجاد غرور در تبلیغات خلاف واقع

یکی از قواعد پرکاربردی که در زمینه تبلیغات خلاف واقع در معامله، قابل توجه و استناد است، «قاعده غرور» می‌باشد. واژه غرور، هم به معنای فریب دادن و حيله و هم به معنای خطر به کار رفته است (لطفی، ۱۳۷۹: ۱۸). اگر کسی با اقدامات فریب‌آمیز در تبلیغات، موجب ضرر به مشتری شود، فریب‌دهنده باید خسارت مزبور را جبران نماید (حسینی مراغی، ۱۴۱۸: ۴۴۰/۱)؛ لذا اگر فریب‌دهنده جاهل و یا امر بر او مشتبه شده باشد و یا خودش از ناحیه دیگری فریب خورده باشد، بر او واجب است که ضرر و زیان وارد شده

بر مغرور را بپردازد و ضامن خواهد بود. فقهای امامیه، حدیث نبوی «المغرور یرجع الی من غره» را به عنوان مدرک قاعده مورد بحث قرار داده و برخی دیگر، سیره عقلا را بهترین دلیل برای حجیت قاعده غرور می‌دانند (موسوی بجنوردی، ۱۳۹۱: ۲۲۴/۱). برای استناد به این قاعده در تبلیغات خلاف واقع، لازم است که جزئیات واقعیت کالا از دید مشتری مخفی بوده باشد؛ لکن لازم نیست که فروشنده از واقعیت آگهی تبلیغی مطلع باشد. به عبارت دیگر، علم و اطلاع مشتری از خلاف واقع بودن آگهی تبلیغی، برای وی حق مطالبه خسارت یا فسخ ایجاد نمی‌کند؛ اما اگر مشتری جاهل و فروشنده عالم به خلاف واقع بودن تبلیغات باشد، چون میان مشتری و فروشنده رابطه حقوقی قراردادی شکل گرفته است و خریدار و فروشنده دو نخ متصل به این قرارداد هستند، در این وضعیت، قاعده غرور برای هر یک از طرفین که علم به خلاف واقع بودن تبلیغات پیدا کند نیز ایجاد حق خواهد نمود. اما چنانچه هر دو جاهل به آن باشند، فروشنده حق رجوع به تعاقب ایادی را خواهد داشت. به باور فقیهان، شخص غارّ باید خسارت و زیان وارده به مشتری را جبران نماید و خود او نیز برای بازپس‌گیری خسارت می‌تواند به تولیدکننده رجوع نماید (حسینی مراغی، ۱۴۱۸: ۴۴۱/۱).

۱۳. انواع ضررهای احتمالی به مشتری در تبلیغات خلاف واقع

در حقوق ایران، تبلیغات خلاف واقع می‌تواند به اموال یا ابدان آسیب وارد سازد. این نوع تبلیغات برای مشتریان و مخاطبان اثرات زیان‌آور و خسارت‌بار دارد. خسارت‌زایی است که به طرق گوناگون وارد زندگی اجتماعی انسان می‌شود. این زیان ممکن است به تمامیت جسمی، روحی، اموال و آبرو آسیب بزند. بخشی زیادی از این خسارت‌ها قابل پیشگیری و کنترل است و بخشی دیگر، ناشی از حوادث قهری یا به اصطلاح فقهی، آفات سماوی خواهد بود. در هر حال، خسارت و زیان در حقوق نفی شده و مستندات زیادی برای این حکم از سوی فقیهان ذکر گردیده است. تبلیغات خدمات بهداشتی و پزشکی، از حساس‌ترین بخش‌های تبلیغ در معاملات است؛ زیرا موضوع سلامت جسم و روان انسان در میان است و اگر این موضوع مورد مراقبت قرار نگیرد، نظام اجتماعی را با چالش روبه‌رو خواهد ساخت. از این رو در بیشتر نظام‌های

حقوقی، به قوانین مربوط به تبلیغات در حوزه سلامت و بهداشت توجه خاصی شده است، به گونه‌ای که بیشترین اصول و مواد قانونی مربوط به این حوزه است. در ایران نیز مسئولیت‌های حقوقی تبلیغات، متوجه پزشکان و کادر درمان و همچنین عرضه‌کنندگان محصولات خدمات سلامت قرار داده شده است. این مسئولیت‌ها ناشی از ارائه خدماتی است که از طریق تبلیغات به جامعه تزریق شده و ممکن است سبب بروز صدمات جسمی و خسارات بدنی به مصرف‌کننده شود. با فرض اینکه مؤسسه تبلیغاتی، مجوزهای قانونی برای تبلیغ محصول آرایشی یا بهداشتی را کسب و اقدام به بازاریابی و فروش آن محصول نماید و یا اینکه تبلیغات خدمات پزشکی، مشتری را به سمت درمانگاه یا مطبی که موضوع خدمات بوده جذب نماید، و در اثر این خدمات و نحوه استفاده از آن، صدمات بدنی به شخص خدمات‌گیرنده وارد آید، میزان تشخیص خسارت و جبران آن چگونه خواهد بود و مسئولیت ضمان خدمات، متوجه کدام یک از طرفین می‌باشد؟ در مباحث مسئولیت مدنی، خسارات به دو حوزه مادی و معنوی تعلق می‌گیرد (حسینی، بی‌تا: ۴۳۵-۴۳۶/۲). خسارت معنوی در این بحث می‌تواند رنج ناشی از صدمه جسمی و تضييع سلامت و تلف شدن روحیه نشاط و خوشحالی در زندگی عادی و از دست رفتن زیبایی و همه مسائل مربوط به امور کیفی و کمی جسم را شامل گردد. از این رو برای تقویم خسارات معنوی به واحد پول، مقدار اندازه‌گیری مشخصی متصور نمی‌باشد. شخص زیان‌دیده از خدمات که به آسیب و صدمه جسمی دچار شده است، متحمل دو نوع هزینه و خسارت در زندگی گردیده است؛ یکی هزینه‌های درمان و ضرر مالی ناشی از کارافتادگی و دیگری زیان و خسارت غیر مالی که امروزه تحت عنوان خسارت معنوی تعبیر می‌شود. لذا خسارت‌های مالی و غیر مالی ناشی از تبلیغات خدمات در بخش پزشکی و سلامت را در ادامه مباحث، بررسی و واکاوی خواهیم نمود. تبلیغات در معاملاتی که موضوع آن مواد غذایی و خوراکی، یا لوازم بهداشتی و دارویی است، می‌تواند فواید و مضراتی در چگونگی استفاده از آن ایجاد نماید. معمولاً خسارت و زیان در جایی است که مضرات استفاده از کالا و خدمات در زندگی به شخص آسیب وارد نموده باشد، وگرنه در خصوص فوائد کالا و خدمات، موضوع خسارت و زیان منتفی است. با این حال، خسارت ناشی از به کارگیری

کالا و خدمات در اثر تبلیغات، بخشی از آسیبی است که ابتدا به جسم و بدن شخص وارد می‌شود و آنگاه شخص زیان‌دیده برای علاج و ترمیم صدمات فوق ناچار است هزینه‌های مالی و غیر مالی را متحمل شود. این هزینه‌های مالی را در قالب خسارات مادی و هزینه‌های غیر مالی را در قالب خسارت معنوی تحلیل کرده‌اند. خسارت معنوی به آن دسته از تألمات روحی و روانی ناشی از صدمات جسمی اطلاق می‌شود که به طور مستقیم جنبه مالی و اقتصادی ندارد، ولی گاهی برای علاج و درمانش نیاز به صرف مخارج هنگفت مالی خواهد بود. گاهی تبلیغات باعث کاهش اعتماد مشتری می‌شود؛ مانند تبلیغات نادرست و گمراه‌کننده‌ای که با شبیه‌سازی علامت و نام تجاری کالای اصلی، کالای غیر اصل و نامرغوب به مشتری ارائه می‌شود و مشتری به اعتبار نام و نشان تجاری در تبلیغات، معامله‌ای در موضوع دارو، غذا یا لوازم بهداشتی انجام می‌دهد و بعد از استفاده از آن محصولات، نه تنها متحمل ضرر مالی ناشی از پرداخت ثمن کالای اصلی می‌شود، بلکه دچار عوارض و بیماری‌های جسمی و روحی می‌شود که صدمات فراوانی به وی وارد می‌سازد. شاهد مثال دیگر این بحث در صنایع خودروسازی و لوازم خانگی مشهود است. در حقوق تبلیغات و در بحث خسارات ناشی از آن، آیا قوانینی در ایران و انگلستان وجود دارد که بتواند حمایت‌های مادی و معنوی را پوشش دهد؟ گرچه خسارات مالی قابل اندازه‌گیری است، ولی در اکثر نظام‌های حقوقی، خسارت‌های معنوی را نمی‌توان اندازه‌گیری نمود (زارع، ۱۳۹۰: ۱۱۷) و از همین رو، برخی معتقد به عدم ضمان خسارت معنوی در صدمات بدنی هستند. هرچند در قوانین جزایی ایران، نهاد مالی دیه در امور کیفری، نوعی مصداق جبران خسارت برای شخص زیان‌دیده از صدمات وارده یا مجنی‌علیه است و قانون اساسی ایران موضوع زیان معنوی در خسارت را بیان نموده است، اما در قوانین شکلی و ماهوی جزایی همچون قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، سخنی از مجازات‌های مالی ناشی از خسارت معنوی به میان نیامده بود تا اینکه در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۳، خسارات معنوی و لزوم جبران آن در ردیف سایر خسارت‌ها به رسمیت شناخته شد و قابل وصول و مطالبه گردید. اگرچه ناهماهنگی بین قوانین شکلی و ماهوی جزایی در تبیین خسارت معنوی مشهود به نظر می‌رسد، اما به هر صورت، خسارت

معنوی در قوانین عمومی ایران قابل مطالبه و به رسمیت شناخته شده است. اما نحوه تشخیص و تسجیل میزان خسارت، بنا به عوامل زیادی همچون جنسیت، شخصیت، سن و موقعیت‌های اجتماعی متفاوت خواهد بود و ارجاع به نظر کارشناسی ملاک عمل است. لیکن همین مقدار که چنین خسارتی اساساً قابل مطالبه است نیز امری مبارک برای نظام قانون‌گذاری ایران خواهد بود. در ایجاد اسباب خسارت ناشی از تبلیغات، هرچند اتلاف و ضرر به صورت مستقیم دخالتی ندارد، ولی به شکل تبلیغ اقلی باعث می‌شود که مشتری از تبلیغات خلاف واقع، دچار ضرر و زیان گردد. از این رو، تسبیب جزئی از اتلاف است که عامل اصلی خسارت، ضامن جبران ضرر زیان‌دیده خواهد بود (خوردندان و چیت‌ساز، ۱۳۹۴: ۱۸۰؛ نجفی، ۱۳۶۲: ۴۶/۲۷).

۱۴. ایجاب الزام‌آور در تبلیغات

امروزه یکی از روش‌های مؤثر در تبلیغات، تعیین جایزه و وعده اعطای آن در قبایل خرید مضاعف کالا است. فرصت برنده شدن جایزه ممکن است تأثیر مهمی در تصمیم مشتری برای خرید چنین کالاهایی داشته باشد. از این رو در بسیاری از مراکز تجاری برای ارتقای فروش، محصولات را با وعده قرعه‌کشی جوایز ارزنده و بسته‌های تشویقی همچون جشنواره‌های تخفیف کالا تبلیغ می‌کنند. حال پرسش آن است که ایجاب در چنین معاملاتی که متضمن وعده جایزه در تبلیغات است، عرضه‌کنندگان محصولات را تا چه اندازه متعهد به الزام ایجابی می‌نماید و در صورت عدم ارائه جایزه و خلف وعده، آیا مشتری می‌تواند طرف مقابل را ملزم به تعهد ایجابی نماید؛ برای نمونه، اپراتور همراه اول در طرح‌های مختلفی، بسته‌های تخفیفی و جایزه به مشترکانش ارائه می‌دهد و مشتری به خاطر چنین جوایزی، اقدام به شرکت در طرح‌های مزبور می‌کند. حال اگر اپراتور همراه اول به تعهد خود عمل نکرد، آیا مشتری حق دارد که اپراتور همراه اول را به تعهد ناشی از ایجاب ملزم خود الزام نماید؟ در فقه امامیه باید میان ایجاب و قبول توالی عرفی باشد (ترحینی عاملی، ۱۴۲۷: ج ۴). در نتیجه موجب قبل از دریافت قبول می‌تواند از ایجاب خود رجوع نماید. فقها (تستری، ۱۴۰۶: ج ۷) در خصوص یک‌طرفه بودن تعهد موجب اختلاف نظر دارند. برخی فقها (عاملی جعی، ۱۴۱۰: ج ۱۰) معتقدند که به صرف

انشاء ایجابی، آثار تعهدات عقد ایجاد می‌شود. حقوق دانان در پذیرش چنین الزامی برای ایجاب، شک و تردید دارند. تعیین جایزه و قرعه‌کشی در خرید بیشتر یا تخفیف‌های فروش، از شیوه‌های رایج در تبلیغات و بازاریابی در معاملات است.

ایجاب ملزم در تبلیغات، در بحث قرعه‌کشی جوایز تبلیغات کالا و خدمات مطرح است. فقیهان در خصوص یک‌طرفه بودن تعهد موجب در عقد اختلاف نظر دارند. برخی معتقدند که به صرف انشاء ایجابی، آثار تعهدات ایجاد می‌شود و ایجاب ملزم، ایجابی است که بدون پیوستن قبول به آن، منشأ تعهد باشد (خورسندیان و جیت‌ساز، ۱۳۹۴: ۱۷۷؛ قنوتی، ۱۳۸۳: ۲۶۸؛ محقق داماد، ۱۳۸۹: ۲۸/۲). به نظر می‌رسد چنین ایجابی در نظام‌های حقوقی دنیا، اگرچه تحت شرایطی به صورت محدود پذیرفتنی باشد، اما در ایران تا کنون برای الزام‌آور دانستن ایجاب بدون قبول و ایقاع تلقی نمودن آن، ظن و گمان‌هایی وارد شده است. شاید بتوان در باب قرعه‌کشی فقط به صورت موجز، اثر ایجاب الزام‌آور را پذیرفت (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۱۲۲). با این حال، به نظر می‌رسد که بتوان بحث قرعه‌کشی جوایز تبلیغی را به عنوان مصادیقی از ایجاب الزام‌آور پذیرفت. اصول تبلیغات و بازاریابی در معاملات، دادن امتیازهای خاص به مشتری همچون قرعه‌کشی و وعده‌های ایجابی است. برای قرعه‌کشی جوایز در معاملات، دو حالت قابل تصور است؛ در یک حالت، فروشنده از ابتدا اعلام می‌کند که هر خریدی از این فروشگاه با اهداء جوایز تبلیغی به قید قرعه همراه خواهد بود، و در حالت دیگر، کسانی که تا سقف مشخصی کالا خریداری کنند، در قرعه‌کشی شرکت داده خواهند شد. این شیوه را می‌توان با وعده به پاداش مطابقت داد که به نوعی مانند احکام جعاله است و عمل وعده‌دهنده ایجاب آن است.

۱۵. تحصیل مال نامشروع^۱ در تبلیغات خلاف واقع

تبلیغات خلاف واقع سبب تحصیل مال نامشروع و آثار آن در معامله خواهد شد. با استفاده از ادله نقلی و عقلی در فقه می‌توان قاعده «اکل مال به باطل» را مستند

۱. استیفای نامشروع یا استفاده بدون جهت در حقوق کشورهای عربی به «الإثراء بلا سبب»، یعنی دارا شدن بدون سبب یا استفاده بدون جهت، تعبیر شده است (سنهوری، ۱۹۵۸: ۱۱۰۳/۱ به بعد).

نامشروع بودن تبلیغات خلاف واقع برای چنین معاملاتی دانست^۱ (خورسندیان و چیت‌ساز، ۱۳۹۴: ۱۷۸؛ طوسی، ۱۴۰۷: ۱۸۵/۶؛ حر عاملی، ۱۴۰۹: ۱۶۷-۱۶۶/۱۷ و ۳۲۵/۱۸). بعضی از آیین‌های تبلیغاتی در جامعه نیز بر خلاف قواعد اخلاقی، به مقایسه کالاها یا مشابه در آگهی‌ها مبادرت می‌نمایند که برخی از این آگهی‌های مقایسه‌ای بعضاً به تحریف کالا و خدمات رقبای تجاری می‌پردازند یا از علامت تجاری متعلق به دیگران بدون رضایت استفاده می‌نمایند و حقوق معنوی صاحبان رعایت نمی‌شود، که در این صورت، در حکم اکل مال به باطل تلقی خواهد شد. همچنین ممکن است تولیدکننده یا عرضه‌کننده برچسب‌هایی را برای کالاها و خدمات خود ارائه نماید که گمراه‌کننده باشد؛ به گونه‌ای که مشتری را نسبت به علائم تجاری مشابه یا قیمت اصلی آن فریب دهد. این امر به شیوه‌های گوناگون صورت می‌پذیرد.

در تبلیغات برای کاهش هزینه‌های طراحی آگهی، عموماً از الگوهای مشابه برای بازاریابی استفاده می‌شود. این عمل سبب گمراه نمودن مصرف‌کننده نسبت به کالای اصلی که برای مشتری نام‌آشنا بوده است، می‌شود. بنابراین چنانچه این نوع الگوهای تصویربرداری شده از کالای اصلی، باعث گمراه شدن مشتریان آن کالا شود و اعتبار کالای اصلی به کالای غیر اصلی منتقل شود، به نحوی که فروش محصول جدید با برچسب مشابه قبلی افزایش یابد، این نوع تبلیغات نامشروع خواهد بود (خورسندیان و چیت‌ساز، ۱۳۹۴: ۱۷۸؛ کرد زعفرانلو کامبوزیا و شاهنواز، ۱۳۸۳: ۷۵).

بنابراین اگر جعل یا سوءاستفاده از علائم مشابه تبلیغاتی، موجب کاهش مشتریان آن محصول شود، به استناد نامشروع بودن تبلیغات، زیان‌دیده حق اقامه دعوی خسارت و توقیف پخش آگهی مذکور را از نهادهای قضایی خواهد داشت.

بر اساس آنچه بیان شد، چنانچه در اثر تبلیغات، وصفی ناروا و مخالف با حسن نیت، از جمله جعل یا سوءاستفاده از علائم تجاری یا شیوه‌نمایش یا شعارهای تبلیغاتی، مشتریان یک ارائه‌کننده محصول کاهش یابند یا در معرض از بین رفتن باشند، وی می‌تواند با استناد به تحصیل مال نامشروع، خواستار توقف عملیات یادشده شود و زیان وارده را مطالبه نماید.

۱. قاعده فقهی «حرمت اکل مال به باطل» برگرفته از آیات قرآن است: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم مِّنْ بَيْنِكُمْ بِالْبَاطِلِ» (نساء / ۲۹؛ نیز ر. ک. بقره / ۱۸۸؛ نساء / ۲؛ توبه / ۳۴).

نتیجه‌گیری

فقیهان موضوع تبلیغات خلاف واقع در معاملات را تحت مباحث «تزیین المتاع»، «مدح السلعه» و «کتمان العیب» در بیع مطرح نموده‌اند. تزیین یا مدح در تبلیغات که از طریق تمجید شخص ثالث از کالای دیگری اتفاق می‌افتد، به خودی خود ضمان‌آور نیست؛ اما اگر به نحوی انجام شود که سبب تدلیس یا اضرار به دیگری شود، از آن جهت ممنوع است. تبلیغات در صورت به اشتباه انداختن مشتری ضمان‌آور است؛ به ویژه اگر اشتباه در موضوع معامله باشد. همچنین به موجب شروط یک قرارداد که ممکن است از اظهارات تبلیغاتی برآید، خیار اشتراط یا وصف و یا رؤیت برای مشتری ایجاد می‌شود. همچنین جهل به واقعیت از سوی مخاطب در تبلیغات شرط است و به بیان دیگر، مخاطب باید جاهل به تبلیغ گمراه‌کننده و خلاف واقع تلقی گردد و فریب آن را خورده باشد. ضمان حکومت و تقویت نهاد حسبه و تسعیر، جزو راهکارهای فقهی بودند که مبانی آن‌ها با ادله نقلی کتاب و سنت مورد ارزیابی قرار گرفتند. در نتیجه تبلیغات خلاف واقع، اثر نامشروع در نفس معامله گذاشته و سبب بطلان عقد می‌گردد. البته حقوق مدنی و نظر مشهور فقیهان، بر بطلان ناشی از انگیزه و جهت نامشروع بودن دلالت دارد؛ ولی به اعتقاد نگارندگان و نظر غیر مشهور، احراز و کشف انگیزه و داعی، امری نفسانی است، فلذا در تبلیغات نمی‌توان آن را مستمسک قرار داد.

کتاب شناسی

۱. ابراهیمی، سید نصرالله، تحلیل حقوقی از مسئولیت در قبال ارائه کالای معیوب و حمایت از مصرف کنندگان، سخن سمت، شماره ۱۱، ۱۳۸۲ ش.
۲. اراکی، محمدعلی، الخیارات، قم، در راه حق، ۱۴۱۴ ق.
۳. اسماعیلی، محسن، حقوق تبلیغات بازرگانی در ایران و جهان، تهران، نشر شهر، ۱۳۸۵ ش.
۴. انصاری، مرتضی بن محمد امین، کتاب المکاسب، قم، دار الذخائر، ۱۴۱۱ ق.
۵. بحرانی، یوسف بن احمد، الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۶. ترحینی عاملی، سید محمد حسن، الزبدة الفقهية فی شرح الروضة البهية، قم، دار الفقه للطباعة و النشر، ۱۴۲۷ ق.
۷. تستری (شوشتری)، محمد تقی، التُّجعة فی شرح اللمعة، تهران، کتابفروشی صدوق، ۱۴۰۶ ق.
۸. جابری، عصمت الله، حقوق مصرف کننده، اصفهان، دادیار، ۱۳۸۶ ش.
۹. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، تأثیر اراده در حقوق مدنی، چاپ دوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۷ 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 سیستانی، سید علی، قاعدة لا ضرر ولا ضرار، قم، دفتر آیه الله سیستانی، ۱۴۱۴ ق.
۱۲. حسینی شیرازی، سید محمد، ایصال الطالب الی المکاسب، تهران، اعلمی، بی تا.
۱۳. حسینی مراغی، سید میر عبد الفتاح بن علی، العناوین الفقهیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۱۴. حسینی واسطی زبیدی، محب الدین سید محمد مرتضی بن محمد، تاج العروس من جواهر القاموس، بیروت، دار الفکر، ۱۴۱۴ ق.
۱۵. خورسندیان، محمد علی، و فاطمه چیت ساز، «مبانی مسئولیت ناشی از تبلیغات بازرگانی»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، سال چهل و پنجم، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۴ ش.
۱۶. رفیعی، محمد تقی، و کیوان شجاعی، «تأملی فقهی - حقوقی در شرط بنای تعلیقی در ایقاعات»، پژوهشنامه حقوق و علوم سیاسی، سال دوم، شماره ۵، تابستان ۱۳۸۶ ش.
۱۷. زارع، مریم، تعهد به دادن اطلاعات در نظام حقوقی ایران و کامن لو، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، ۱۳۹۰ ش.
۱۸. سنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید؛ نظریة الالتزام بوجه عام، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۵۸ م.
۱۹. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی - جلد اول: تشکیل قراردادها و تعهدات، چاپ سوم، تهران، مجد، ۱۳۸۶ ش.
۲۰. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، تهذیب الاحکام، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۲۱. عادل، مرتضی، و بهنام غفاری فارسانی، «حق مصرف کنندگان در برخورداری از محصولات ایمن»، فصلنامه پژوهشنامه بازرگانی، سال سیزدهم، شماره ۵۱، تابستان ۱۳۸۸ ش.
۲۲. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقیة، تحقیق سید محمد کلاتر، قم، کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.
۲۳. همو، فوائد القواعد، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۲۴. همو، مسالك الافهام الی تمیح شرائع الاسلام، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.

۲۵. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال‌الدین مکی، *اللمعة الدمشقية في فقه الامامية*، بیروت، دار التراث، الدار الاسلامیه، ۱۴۱۰ ق.
۲۶. عبار، سعد خلیفه، *ضمان عیوب المبیع فی ضوء مقاصد الشریعة؛ دراسة فقهیة مقارنه*، بنگازی، جامعه قاریونس، ۱۹۹۹ م.
۲۷. قنواتی، جلیل، *مطالعه تطبیقی ایجاب و قبول*، قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۳ ش.
۲۸. کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی - ایقاع*، تهران، دادگستر، ۱۳۷۷ ش.
۲۹. کرد زعفرانلو کامبوزیا، عالیه، و حمیدرضا شاهنواز، «بررسی واژگانی آگهی‌ها و تبلیغات بازرگانی»، *دوماهنامه بررسی‌های بازرگانی*، شماره ۹، آذر و دی ۱۳۸۳ ش.
۳۰. لطفی، اسدالله، *موجبات و مستقطات ضمان قهری در فقه و حقوق مدنی ایران*، تهران، مجلد، ۱۳۷۹ ش.
۳۱. محقق داماد، سیدمصطفی، جلیل قنواتی، سیدحسن وحدتی شبیری، و ابراهیم عبدی‌پورفرد، *حقوق قراردادها در فقه امامیه، جلد دوم (توافق اراده‌ها، شرایط متعاقدان و مورد معامله)*، تهران، سمت، ۱۳۸۹ ش.
۳۲. مددی، صادق، *مسئولیت مدنی تولیدکنندگان و فروشندگان کالا*، تهران، میزان، ۱۳۸۸ ش.
۳۳. معین، محمد، *فرهنگ فارسی*، تهران، امیرکبیر، ۱۳۸۰ ش.
۳۴. موسوی بجنوردی، سیدمحمد، *قواعد فقهیه*، تهران، میعاد، ۱۴۲۴ ق.
۳۵. موسوی بجنوردی، سیدمحمدحسن، *القواعد الفقهیه*، نجف، مکتبه الآداب، ۱۳۹۱ ق.
۳۶. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، *البیع*، چاپ چهارم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۱۰ ق.
۳۷. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۲ ش.

امداد و نجات

در موقعیت پر مخاطره و بیماری‌های واگیردار

از منظر فقه امامیه*

- محمدرضا علی‌زاده مقدم بیرکی^۱
- مجتبی الهی خراسانی^۲

چکیده

در شرایط پر مخاطره که حیات یا سلامت جسمی نجاتگران را مورد تهدید جدی قرار می‌دهد، تشخیص وظیفه دینی و قانونی برای نجات جان گرفتاران یا حفظ جان نجاتگران، کاری دشوار است. این تحقیق به روش توصیفی - تحلیلی، دلایل و مستندات فقهی را واریسی کرده و با بازخوانی ادله امداد و نجات پر مخاطره در موقعیت‌های مختلف، احکام متفاوتی را نتیجه گرفته است. در صورت تساوی نفوس، نجات و درمان واجب نیست؛ زیرا هر دو واجب‌الحفظ هستند. همچنین به مقتضای حدیث «لاضرر» و تعمیم نهی از عبادات و اطعمه زیان‌آور به موقعیت ضرر جسمانی، بر نجاتگر واجب نیست که در موقعیت نبود تجهیزات محافظتی به منظور درمان و دفع ضرر از دیگری، خودش متحمل ضرر معتابه شود. اما با

* تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱/۲۹ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۸/۵.

۱. دانش‌آموخته سطح ۴ حوزه علمیه مشهد (reza.alizzadehmoghaddam.blraki62@gmail.com).

۲. استادیار گروه فقه و مبانی اجتهاد، مرکز تخصصی آخوند خراسانی - دانشگاه باقرالعلوم (ع)، مشهد، ایران (noyabandeh.moshol@gmail.com).

توجه به اطلاقات ادله امداد و نجات، رجحان و استحباب در این شرایط به اثبات رسید. استناد به حدیث «لا عدوی» در نفی قانون سرایت بیماری و ماندن در محیط شیوع بیماری واگیردار، مردود است؛ لکن نجاتگران عرصه طبابت و پرستاری، علاوه بر برخورداری از دانش، تخصص و تجهیزات، طبق تعهد به عنوان الزام ثانوی تا حد امکان باید به درمان پردازند. اما در صورت ترک نجات در این شرایط، نمی‌توان حکم به ضمان تارک نجات نمود؛ هرچند فرد، مرتکب معصیت شده است.

واژگان کلیدی: نجات مصدومان، امداد، درمان، مخاطره، تهلکه، لاضرر، بیماری واگیردار، اضرار به نفس، حفظ نفس، ایتار.

مقدمه

از ابتدای تاریخ، زندگی انسان‌ها با بیماری‌ها و مخاطرات طبیعی و انسانی همراه بوده است و در این هنگام، انسان‌ها از باب نوع دوستی یا وظیفه دینی و یا الزام قانونی، به یاری گرفتاران می‌شتابند. در موقعیت پرمخاطره که میان نجات جان مجروح و بیمار و نجات جان خود نجاتگر، تراحم و دوران پیش می‌آید، تشخیص وظیفه انسانی و دینی بسیار سخت است؛ زیرا نجاتگر از طرفی مکلف به نجات جان گرفتاران در خطر است و از سویی دیگر، از به خطر انداختن جان خود ممنوع است. تصمیم‌گیری در این شرایط غالباً فوریت دارد و عملیات‌های نجات در این موقعیت‌های پرخاطر به گونه‌ای است که تأخیر و تردید در عملیات نجات، سبب هلاکت یا صدمات جبران‌ناپذیر جسمانی به مصدوم یا نجاتگر خواهد بود.

واژه «امداد»، مصدر باب «افعال» از ریشه «مدد» و به معنای یاری دادن و کمک‌رسانی است (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۳/۳۹۸؛ فراهیدی، ۱۴۰۹: ۱۶/۸؛ راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۷۶۳/۱) و در قرآن کریم هم به همین معنا آمده است: «أَمَدَّكُمْ بِأَنْعَامٍ وَبَيْنَينَ» (شعراء/۱۳۳): «شما را به دادن چهارپایان و پسران یاری کرد». مفهوم «نجات» در اصل به معنای رهایی و خلاصی یافتن است (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۳۰۵/۱۵؛ راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۷۹۲/۱). صرف نظر از تفاوت واژه امداد با نجات، مقصود از هیئت ترکیبی این دو، یاری‌رسانی و نجات انسان‌های گرفتار در خطرات و حوادث طبیعی و غیر طبیعی توسط دیگر انسان‌ها

نجاتگران) در قالب سازمانی و غیر سازمانی است. امروزه با تشکیل نظامات اجتماعی، این مهم غالباً توسط سازمان‌های امدادی مانند هلال احمر و اورژانس پیش‌بیمارستانی انجام می‌گیرد.

«مخاطره» عامل بالقوه‌ای است که می‌تواند خرابی، ویرانی و آسیب جانی به بار آورد (یاور، ۱۳۹۵: ۳۸۳/۱). منشأ مخاطرات، ممکن است فرایندهای طبیعی زمین (آشفشان، سیل، زلزله، رانش زمین) یا جو (باد، توفان، رگبار و رعد و برق، سرمازدگی) یا پدیده‌های بیولوژیک (همه‌گیری و شیوع بیماری‌ها، حمله آفات و حشرات و جانوران) باشد و در این صورت، «مخاطرات طبیعی» نامیده می‌شود. خطرات و حوادثی که توسط انسان‌ها به وجود می‌آید و موجبات بروز آن‌ها در اغلب موارد، اشتباه، سهل‌انگاری، عدم رعایت اصول ایمنی و ضعف فنی و ابزاری در فعالیت‌هاست، «مخاطرات انسان‌ساخت» نامیده می‌شود؛ مانند سوانح حمل و نقل، سوانح استخراج و بهره‌برداری از معادن، آتش‌سوزی اماکن مسکونی، مخازن سوخت، جنگل‌ها، سوانح مربوط به محل‌های پرازدحام و... (پورحیدری و دیگران، ۱۳۹۱: ۳۶۱/۱؛ حسینی جناب و دیگران، ۱۳۹۴: ۲۱/۱).

«بیماری واگیردار» به بیماری ناشی از یک عامل عفونی خاص یا فراورده سمی آن گفته می‌شود که به صورت مستقیم یا غیر مستقیم از طریق یک واسطه حیوانی یا گیاهی ناقل یا محیط غیر زنده، از شخص یا حیوان آلوده یا مخزن، به میزبان حساس منتقل گردد (فولادبند و دیگران، ۱۳۹۱: ۸/۱). امداد و نجات در حوادث و بیماری‌های پرخطر، از پرچالش‌ترین امداد‌رسانی‌ها به لحاظ فقهی و حقوقی است. برخی جهت حفظ جان، امداد و نجات در این موقعیت‌ها را منع نموده و برخی دیگر امداد‌رسانی در این شرایط را لازم می‌دانند و برخی دیگر نیز قائل به جواز و رجحان نجات‌گری در این موقعیت‌ها هستند.

علی‌رغم قدمت و تأکید فراوان دین مبین اسلام بر حفظ نفس محترمه و نجات جان خود و دیگران، این مسئله در مطالعات اسلامی و پژوهش‌های فقهی، مورد بررسی و توجه لازم قرار نگرفته است. البته فقیهان در اثنای ابواب فقهی به طرح گوشه‌هایی از این مسئله پرداخته‌اند و در تحقیقات مستقل معاصر نیز به طور ضمنی به این موضوع

پرداخته شده است؛ از جمله کتاب *امداد الهی (استفتائات امداد و نجات از دیدگاه مراجع تقلید)* (علیرضایی، ۱۳۹۲)؛ پایان نامه *امداد و نجات غیرمسلمان از نظر فقه امامیه* (خداوردی، ۱۳۹۷)؛ مقاله «تحلیل فقهی - حقوقی امداد و نجات» (امیدی فرد و دیگران، ۱۳۹۳). اما در پژوهش‌های مذکور، اصل مسئله امداد و نجات جان انسان‌ها به طور گذرا مطرح شده است، لکن به چالشی‌ترین مسئله امداد و نجات یعنی نجاتگری در شرایط پرمخاطره در حوادث و شیوع بیماری‌های واگیردار پرداخته‌اند و صورت‌های مسئله و دلایل کافی را نکاویده‌اند. در این تحقیق تلاش شده تا با صورت‌بندی دقیق مسئله و تحلیل آن، علاوه بر تبیین حکم فقهی و دلایل آن، به پیامدهای تکلیفی و وضعی خودداری و ترک امدادسانی نیز پرداخته شود. از این رو در سه بخش اصلی، به بررسی و تحلیل ادله و دیدگاه‌های گوناگون می‌پردازیم.

الف) ادله منع امداد و نجات در موقعیت پرمخاطره

در بررسی این ادله، ابتدا باید به آیات قرآن کریم و روایات متعدد وارده و سپس به تبع آن به کلمات فقیهان در این باره پرداخته شود.

۱. اطلاعات و عمومات و وجوب حفظ جان

وجوب حفظ جان و حرمت قتل نفس، از واضحات کتاب و سنت و از مقاصد قطعی شریعت است: «وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا» (نساء/۲۹)؛ «خودتان را نکشید که خداوند بسیار به شما مهربان است». روایات متعددی نیز بر حرمت خودکشی دلالت دارد؛ برای نمونه، امام صادق علیه السلام فرمود: «هر کس عمداً خودکشی کند، همیشه در آتش دوزخ خواهد بود» (صدوق، ۱۴۱۳: ۹۵/۴).

حجم این روایات به اندازه‌ای است که در *وسائل الشیعه* بابی تحت عنوان «باب تحریم قتل الإنسان نفسه» آمده است (حرّ عاملی، ۱۴۱۶: ۲۴/۲۹). علاوه بر آیات و روایات نهی از خودکشی، روایاتی وجود دارد که در آن به طور مستقیم به حفظ نفس دستور داده شده است. امام صادق علیه السلام فرمود:

«خداوند خلق را آفرید و می‌داند که چه چیزهایی برایشان زیان‌آور است؛ پس آنان را از آن چیزها نهی کرد و برایشان حرام نمود. اما همین چیزهای حرام را برای شخص مضطر مباح قرار داد و آنگاه که بدنش جز به آن سالم نمی‌ماند، آن را برایش حلال کرد و به او دستور داد که به اندازه نیاز و نه بیشتر، از آن‌ها استفاده کند» (همان: ۱۰۰/۲۴ و ۹/۲۵؛ کلینی، ۱۳۶۷: ۲۴۲/۶).

ادله نشان می‌دهد حتی در مواردی که حفظ جان متوقف بر امر حرامی باشد، ارتکاب آن جایز بلکه واجب است. خداوند می‌فرماید:

«حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالِدَمُ وَالْحَمْلُ الْحَزِيرِيُّ... فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرِ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ» (مانده/۳)؛ «بر شما مردار و خون و گوشت خوک و... حرام است. پس هر که در گرسنگی گرفتار شود، بی‌آنکه به گناه متمایل باشد، [می‌تواند به قدر احتیاج از آن‌ها بخورد و] قطعاً خداوند بخشنده و مهربان است».

«فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ» (بقره/۱۷۳)؛ «پس هر که [به خوردن] ناچار و مضطر شود، در صورتی که ستمگر و متجاوز نباشد، گناهی بر او نخواهد بود [که به قدر احتیاج از آن بخورد]؛ زیرا خداوند آمرزنده و مهربان است».

همچنین روایات، مرگ کسی را که در حال اضطرار جانی به خوردن حرام (مانند گوشت خوک و میته)، از خوردن آن خودداری کند، مرگ با حالت کفر شمرده‌اند:

«هر کس ناگزیر از خوردن میته یا خون یا گوشت خوک شود و نخورد تا از گرسنگی بمیرد، پس او کافر از دنیا رفته است» (صدوق، ۱۴۱۳: ۳۴۵/۳؛ حر عاملی، ۱۴۱۶: ۲۱۶/۲۴).

از این رو فقها در صورت بروز خطر جانی، خودداری از حرام را جایز نمی‌دانند (طوسی، ۱۴۰۷: ۹۴/۶؛ موسوی خمینی، ۱۳۸۴: ۱۷۰/۲). برخی دلیل آن را بدهات عقلی دفع ضرر از نفس شمرده‌اند (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۱۲۶/۳). همچنین شهید اول افزوده است: در خوف از تلف، مشرف به مرگ بودن شرط نیست، بلکه بیم مرگ هم موجب اباحه است (عاملی جزینی، ۱۴۱۷: ۲۴/۳). از همین روی فقها در باب درمان آورده‌اند: بر بیمار واجب است در صورت بیم بر جان خود به سبب ترک درمان، خود را درمان کند؛ در این صورت بر پزشک نیز درمان او واجب خواهد بود (حسینی روحانی، ۱۴۲۹: ۲۶۳/۲).

۱. راویان سند، ثقه جلیل یا ثقه و امامی می‌باشند (جامع احادیث الشیعه).

هرچند ظاهر آیات با صرف نظر از روایات، جواز خوردن حرام در حال اضطرار است و نه وجوب آن، لکن با توجه به روایات می توان وجوب حفظ نفس را استفاده کرد. بنابراین نجاتگران در عین مکلف بودن به نجات جان دیگران، باید از جان خود نیز محافظت کنند؛ زیرا حفظ نفس، واجب مؤکد است.

۲. اطلاعات حرمت القای نفس در تهلکه

آیات متعددی بر حرمت القای نفس در تهلکه دلالت دارد که شاخص ترین آن آیه زیر است: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾ (بقره/۱۹۵)؛ «با دست هایتان خود را به هلاکت نیندازید». واژه «تَهْلُكَةُ» از مصادر نادر و غیر قیاسی عربی و به معنای هر چیزی است که منجر به نابودی گردد (جوهری، ۱۴۰۷: ۱۶۱۶/۴) و «اهتلاك» به معنای قرار دادن خود در معرض هلاکت است (همان؛ فراهیدی، بی تا: ۳۷۷/۳؛ فیروزآبادی، ۱۴۱۵: ۳۲۵/۳).

بنابراین القای نفس در تهلکه که در آیه شریفه از آن نهی شده، یعنی انداختن خود در موقعیتی که موجب هلاکت می شود (طوسی، ۱۴۰۹: ۱۵۱/۲). این نهی نیز اطلاق دارد و منحصر در القای قطعی در تهلکه نیست و حتی شامل افراط و تفریطی هم که خطر تهلکه دارد، می شود (طباطبایی، ۱۳۹۳: ۶۴/۲). از این رو، وجوب اجتناب از تهلکه در آیه شریفه، صورت های ظن، شک، خوف و احتمال هلاکت را نیز شامل می شود.

اساساً از نظر عرفی، در معرض هلاکت قرار گرفتن نیز از مصادیق القای در تهلکه است و نگاه به مورد آیه نیز این معنا را ثابت می کند. مراد آیه به قرینه سیاق، نهی از ترک انفاق یا جهاد است و بدیهی است که در ترک هیچ کدام، هلاکت قطعی نیست و تنها زمینه آن وجود دارد. برخی با تأکید بر گستردگی موارد شمول آیه، به برخی از مصادیق مانند عبور از جاده های خطرناک، چه از نظر ناامنی و چه عوامل جوی و... بدون پیش بینی های لازم اشاره می کنند و آن را مجاز نمی دانند (مکارم شیرازی، ۱۳۸۰: ۳۶/۲). بنابراین دست زدن به کارهایی که احتمال و خوف خطر جانی دارد، مانند اقدام نجاتگران به نجات جان مصدوم و بیمار در موقعیت پرمخاطره را جایز نمی دانند؛ زیرا اقدام در این موقعیت، از کارهای قراردهنده در معرض هلاکت بلکه منجر به هلاکت محسوب می شود.

۳. اولویت نجات نفس خود نسبت به دیگران

هرچند جان‌ها و خون‌های مسلمین با یکدیگر تکافو دارند و در نجات دادن آن‌ها، با یکدیگر مساوی‌اند؛ لکن در تزامن بین نجات جان خود و دیگری، عقل حکم می‌کند که انسان باید جلوی ضرر رساندن به خود را بگیرد و تقدیم جان دیگری بر جان خود ترجیح بلا مرجح است.

در مسئله اطعام مضطر یعنی کسی که بر اثر گرسنگی، بیم تلف شدن او یا از کار افتادن عضو یا یکی از قوای بدنی‌اش مانند بینایی و شنوایی می‌رود، فقیهان زمانی اطعام را واجب می‌دانند که ضرری برای جان مالک در پی نداشته باشد (نجفی، ۱۳۶۲: ۴۳۳/۳۶).

۴. اطلاق ادله لاضرر

یکی از قواعد فقهی که بر احکام اولیه حکومت دارد، قاعده «لاضرر» است. روایات مدرک قاعده «لاضرر» به دو صورت: «لا ضرر وَلَا ضِرَار» (کلینی، ۱۳۶۷: ۲۹۳/۵؛ حرّ عاملی، ۱۴۱۶: ۲۲/۱۸) و «لا ضرر وَلَا ضِرَارَ عَلَی مُؤْمِن» (کلینی، ۱۳۶۷: ۲۹۴/۵؛ حرّ عاملی، ۱۴۱۶: ۲۲/۱۸) نقل شده است.

در شمول این قاعده برای اضرار به نفس، بین فقیهان اختلاف وجود دارد. برخی قاعده را ناظر به اضرار به غیر می‌دانند، نه اضرار به نفس (موسوی خویی، ۱۴۱۳: ۶۳۷/۱؛ طاهری اصفهانی و محقق داماد، بی‌تا: ۵۳۱/۲؛ حائری، بی‌تا: ۳۴۶/۴). در مقابل، گروهی مفهوم آن را عام و شامل اضرار به نفس نیز می‌دانند (انصاری، بی‌تا: ۱۱۵/۱).^۱ مستفاد از روایات متعدد، گرچه شأن ورود لاضرر را اضرار به دیگران نشان می‌دهد، ولی شأن ورود، مفهوم عام قاعده را محدود نمی‌کند و اضرار به نفس را نیز شامل می‌شود (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷: ۱۷۴/۳). آیه‌الله خویی می‌نویسد:

«شیخ انصاری در رساله‌ای که درباره قاعده «لاضرر» نوشته، فرموده است که ضرر رساندن به نفس مانند ضرر رساندن به دیگران، بر اساس ادله عقلی و نقلی حرام

۱. «فکل إضرار بالنفس أو الغير محرم غیر ماض علی من أضّر» (انصاری، ۱۴۱۹: ۴۶۱/۲). همچنین ایشان در رسائل فقهیه، میحث قاعده «لاضرر» چنین آورده است: «إِنَّ الْعُلَمَاءَ لَمْ يُفَرِّقُوا بَيْنَ الْإِضْرَارِ بِالنَّفْسِ وَالْإِضْرَارِ بِالْغَيْرِ» (همو، بی‌تا: ۱۱۵/۱). در کتاب طهارت نیز به این مطلب اشاره می‌کند: «نعم قد استفيد من الأدلة العقلية والنقلية تحريم الإضرار بالنفس» (همان: ۴۵۳/۲).

است. لکن تحقیق آن است که این حرمت به صورت مطلق ثابت نیست؛ یعنی در غیر از آنجا که جان خود را به هلاکت برساند یا آنجا که در شریعت مقدسه میغوض شمرده شده، مانند قطع اعضا و مانند آن، حرام نیست؛ زیرا عقل منعی نمی‌بیند که انسان به خاطر یک غرض عقلایی، متحمل ضرری در بدنش شود؛ بلکه سیره عقلا این گونه است، آن‌ها برای تجارت سفر می‌کنند، در حالی که به خاطر گرما و سرما متضرر می‌شوند، ضرر هم به اندازه‌ای است که اگر حکم شرعی چنین ضرری داشت، آن حکم با قاعده «لاضرر» رفع می‌شد. علاوه بر عقل، در نقل نیز چیزی که بر حرمت اضرار به نفس به طور مطلق دلالت داشته باشد، وجود ندارد» (موسوی خویی، ۱۴۱۳: ۶۳۶/۱).

تحلیل و ارزیابی

در بین ضررهایی که احتمال وقوع دارد، مهم‌ترین ضرر، ضرر جانی است. بالاترین درجه اهمیت را نیز ضررهای جانی مهلک و غیر قابل جبران دارند. به مقتضای حدیث «لاضرر»، بر نجاتگر واجب نیست که به منظور دفع ضرر از دیگری، خودش متحمل ضرر شود. از این رو، حکم به وجوب دفع ضرر از دیگری در موقعیت پرمخاطره، یک حکم ضرری است؛ زیرا لازمه‌اش این است که انسان به خودش ضرر برساند. البته «لاضرر» تنها وجوب را برمی‌دارد، نه رجحان و محبوبیت عمل را؛ زیرا ورود حدیث لاضرر در مقام امتنان است و امتنان تنها الزام حکم را برمی‌دارد. بنابراین حرمت ترک نجات و وجوب آن، هر دو منتفی می‌شوند و جواز ثابت می‌شود. البته باید به این نکته نیز توجه داشت که گرچه اطلاق حدیث «لاضرر»، شامل تمام موارد ضرررسانی به جان می‌شود، لکن نسبت به حکم حرمت ضررهای جبران‌پذیر و کم‌اعتنا و ضررهای اندک، جای بحث است و آنچه در عمل و کلام فقها دیده می‌شود این است که چنین ضررهایی را شامل نمی‌شود.

۵. تعمیم نهی از عبادات و اطعمه مضرّ به هر موقعیت زیان‌آور

افزون بر اینکه از اطلاق حدیث «لاضرر»، می‌توان ممنوعیت ضرررسانی به سلامتی بدن را استفاده کرد، با استناد به احادیث نهی از مصادیق ضرر به بدن از قبیل: روزه مضرّ، وضوی مضرّ، اطعمه و اشربه مضرّ نیز می‌توان هر گونه اضرار به سلامت بدن را استفاده کرد؛ برای نمونه در زیر، به برخی از موارد ناهیه از مصادیق ضرر به بدن اشاره می‌شود تا با الغای خصوصیت بتوان نهی را به هر گونه اضرار به بدن تعمیم داد.

۱-۵. نهی از روزه مضر

در روایت «كُلُّ شَيْءٍ مِنَ الْمَرَضِ أَضَرَّ بِهِ الصَّوْمُ فَهُوَ يَسَعُهُ تَرْكُ الصَّوْمِ» (حرّ عاملی، ۱۴۱۶: ۲۲۲/۱۰؛ طباطبایی بروجردی، ۱۴۱۵: ۲۸۴/۹)، جواز ترک روزه ضرری داده شده است. از روایاتی از قبیل: «هر گاه که صوم ضرر بزند، افطار کردن بر فرد واجب است» (صدوق، ۱۴۱۳: ۱۳۳/۲؛ حرّ عاملی، ۱۴۱۶: ۲۱۹/۱۰)، چنین نتیجه گرفته شده که اگر کسی روزه مضر بگیرد، این عمل حرام است. همه فقهای امامیه به تبع چنین روایات معتبری قائل اند که باید از روزه‌ای که موجب شدت یافتن بیماری و ضرر و سختی جسمی می‌شود، اجتناب کرد و بسیاری از ایشان، معیار و دلیل آن را حدیث لاضرر و مانند آن می‌دانند (طوسی، بی‌تا: ۱۵۸/۱؛ مفید، ۱۴۱۳: ۳۵۵/۱؛ محقق حلی، ۱۴۰۷: ۶۸۵/۲؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۷: ۴۵۰/۲).

۲-۵. نهی از وضوی مضر

مستند این مصداق، روایاتی است که بر لزوم تیمم به هنگام ترس از ضرر دلالت دارد. از امیر مؤمنان علی علیه السلام روایت شده که فرمود:

«از رسول خدا صلی الله علیه و آله و سلم در مورد جبیره [پانسمان روی زخم] پرسیدم؟ فرمود: دست [تر] کشیدن بر آن در غسل جنابت و وضو کفایت می‌کند. گفتم: اگر در جایی باشد که هوا سرد است و او بر جانش می‌ترسد که آب بر بدنش بریزد؟ پیامبر صلی الله علیه و آله و سلم این آیه را خواند: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾» (حرّ عاملی، ۱۴۱۶: ۴۶۶/۱؛ مجلسی، ۱۴۰۳: ۳۶۷/۷۷).

همچنین در صحیح محمد بن مسلم از امام باقر علیه السلام و صحیح ابن ابی نصر از امام رضا علیه السلام درباره مردی که جنب شده است و در بدنش قروح و جروحی دارد^۱ یا اینکه از سردی هوا بر جانش می‌ترسد، آمده است که فرد مزبور نباید غسل کند، بلکه باید به سراغ تیمم رود (کلینی، ۱۳۶۷: ۶۸/۳؛ حرّ عاملی، ۱۴۱۶: ۳۴۷/۳). جمله «لا یغتسل و یتیمم» اخباری در مقام انشاء و حتی مؤکدتر از انشاء است؛ زیرا از وقوع عمل در خارج خبر می‌دهد، گویا مسلم گرفته است که عمل فوق در خارج انجام خواهد شد. از این رو

۱. قرح در داخل بدن شکل می‌گیرد مانند دمل، و جروح از خارج است.

فقه‌ها قائل‌اند که اگر کسی جنب شود و آب برای او ضرر داشته باشد، نباید غسل کند؛ بلکه باید تیمم نماید (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۷: ۱۷۱/۲؛ موسوی خمینی، ۱۳۹۰: ۱۰۵/۱). البته در مقابل، بسیاری از فقها بطلان غسل و وضوی ضرری را نپذیرفته و آن را در برخی از مراتب پایین ضرر، صحیح دانسته و نتیجه گرفته‌اند که اضرار به نفس به طور مطلق حرام نیست و همان قول مشهور که در این مسئله، حکم به صحت طهارت مائیه کرده‌اند، صحیح است (ر.ک: موسوی خویی، ۱۴۱۳: ۶۴۰/۱؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۷: ۱۷۱/۲).

از تعبیر «بر جانش می‌ترسد» چنین برمی‌آید که ضرر باید در حد ترس بر جان باشد و امداد و نجات در مواضع پرخطر نیز دربردارنده چنین ترسی است.

۳-۵. نهی از اطعمه و اشر به مضر

در باب اطعمه و اشر به وسائل الشیعه، روایات متعددی سبب حرام بودن بعضی از خوردنی و آشامیدنی‌ها را وجود ضرر بیان می‌کنند؛ برای نمونه در روایت نسبتاً مفصلی از امام صادق (ع) چنین آمده است:

«خداوند خلق را آفرید و می‌داند که چه چیزهایی برایشان زیان‌آور است، پس آنان را از آن چیزها نهی کرد و برایشان حرام نمود. اما همین چیزهای حرام را برای شخص مضطر مباح قرار داد و آنگاه که بدنش جز به آن سالم نمی‌ماند، آن را برایش حلال کرد و به او دستور داد که به اندازه نیاز و نه بیشتر، از آن‌ها استفاده کند» (حرّ عاملی، ۱۴۱۶: ۱۰۰/۲۴؛ کلینی، ۱۳۶۷: ۲۴۲/۶).^۱

محل شاهد در این روایت، جمله «وَعَلِمَ مَا يَضُرُّهُمْ فَتَهَاؤُهُمْ عَنْهُ» است؛ یعنی هر

۱. «مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ وَعَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ جَمِيعًا عَنْ عَمْرِو بْنِ عُثْمَانَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِنَا عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) عَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ خَالِدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ سَالِمٍ عَنْ مُفَضَّلِ بْنِ عُمَرَ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) «...». این روایت دو سند دارد که یکی از آن‌ها صحیح است. سند اول کلینی، از سهل بن زیاد است و تعبیر «عَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا» به کار رفته است. در بین عده، حداقل یک نفر ثقه قرار دارد و به روایت سهل اخذ می‌شود. سند دوم از علی بن ابراهیم از پدرش. در این سند، «عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِنَا» می‌گوید که موجب ارسال سند می‌شود. همچنین مفصل بن عمر جعفی از چهره‌های جنجالی از روات است. آیه‌الله خویی بعد از حدود ۱۳ صفحه نقل و نقد و بررسی درباره مفصل، در پایان می‌نویسد: «والتیجّة أنّ المفصل بن عمر، جلیل ثقةً والله العالم» (موسوی خویی، بی‌تا: ۳۳۰/۱۹). بنابراین ایشان را ثقه می‌داند و خدشه‌ای از این ناحیه وارد نیست.

چیزی که مضر است، خداوند از آن نهی کرده و نهی هم ظهور در حرمت دارد. از این تعلیل استفاده می‌شود هر عملی که سبب اضرار به نفس باشد، حرام است. در واقع، امام علیه السلام در این حدیث یک ضابطه کلی را به سؤال کننده آموزش می‌دهد و آن اینکه هر چیزی که برای بندگان مضر باشد، از آن نهی شده و حرام است و مردار و خمر و... هم از مصادیق این قاعده هستند.

فقیهان نیز با استناد به چنین روایات معتبری از معصومان علیهم السلام، هر خوراکی مضر به جسم، کشنده یا باعث فرسایش توان و نیروی انسان را ممنوع و حرام دانسته‌اند (شریف مرتضی علم‌الهدی، بی تا: ۳۳۳/۲؛ علی بن بابویه، ۱۴۰۶: ۲۵۴/۱؛ نوری طبرسی، ۱۴۰۸: ۱۶۵/۱۶).

تحلیل ادله منع

با الغای خصوصیت از موارد مذکور و تعمیم نهی به ضرر ناشی از امداد و درمان، می‌توان به عنوان ضابطه کلی چنین بیان کرد: هر چیزی که به انسان، ضرر قابل توجهی می‌رساند، از طرف شارع منع و حرام شده است. بنابراین در ضرر ناشی از امداد و درمان، بسته به نوع آن، احکام متفاوتی لازم می‌آید؛ در شرایط کم‌ضرر و دوران میان نجات دیگران از مرگ و حفظ خود از آسیب و بیماری جزئی -مانند تحمل سرما در برف و یخبندان-، نجاتگران ملزم به نجات و درمانگری می‌باشند؛ همچنین است در صورت ضرر ناشی از خستگی متعارف؛ اما در صورت خستگی شدید و ناتوانی از ادامه امدادگری، ضرر جسمانی قابل توجهی وارد می‌شود و امدادگر تکلیف وجوبی ندارد. البته طبق تعهد سازمانی، به عنوان الزام ثانوی حتی الامکان نباید خلاف مقررات عمل نماید؛ مثلاً باید به مدیریت خبر دهد تا جایگزین قرار دهند.

اما در شرایط پرضرر منجر به هلاکت مانند عملیات احیای قلبی - ریوی با تنفس دهان به دهان در بیماری‌های مسری مرگ‌آور، فقط در فرض تجهیز نجاتگران به ابزارهای محافظتی، مکلف به نجات دیگری هستند، وگرنه تکلیف وجوبی متوجه آنان نیست. این مطلب را در مبحث نجات و درمان در محیط آلوده به بیماری‌های واگیردار، بیشتر مورد مذاقه قرار داده‌ایم.

ب) ادله لزوم امداد و نجات در موقعیت پرمخاطره

رهانیدن انسان‌ها از خطرات جانی، در آیات و روایات به طور مطلق مورد سفارش قرار گرفته و به شرایط بی‌خطر یا کم‌خطر اختصاص داده نشده است.

۱. وجوب تقدیم نجات دیگران، بر مناسک واجب

از آنجا که حفظ جان انسان واجب است و این حکم، مورد تصریح آیات و روایات و اتفاق فقهاست (برای نمونه ر.ک: بقره/۱۹۵؛ نساء/۲۹؛ حرّ عاملی، ۱۴۱۶: ۱۰۰/۲۴؛ طوسی، بی‌تا: ۹۵/۶؛ ابن بزّاج طرابلسی، ۱۴۱۱: ۲۰۸/۱؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۱۲۵/۳؛ نراقی، بی‌تا: ۲۶/۱۵؛ نجفی، ۱۳۶۶: ۴۳۲/۳۶؛ موسوی خمینی، ۱۳۹۰: ۱۷۰/۲)، عملیات امداد و نجات حادثه‌دیدگان و بیماران، اعانت بر واجبی است که بر واجباتی که بنیان اسلام بر آن‌ها استوار است مثل نماز و روزه نیز تقدم دارد. از این رو فقیهان چنین نگاهشته‌اند:

«نجات دادن مسلمانی که در حال غرق شدن می‌باشد، واجب است و در صورت توقف نجات او بر قطع نماز، قطع نماز واجب است» (عاملی جزینی، ۱۴۱۹: ۶/۴؛ نجفی، ۱۳۶۶: ۱۲۲/۱۱؛ نراقی، بی‌تا: ۶۳/۷).

امام خمینی در *تحریر الوسیله* چنین آورده است:

«قطع اختیاری نماز واجب، جایز نیست، ولی برای ترس بر خودش یا نفس محترمه یا آبرو یا مال قابل اعتنا و مانند آن قطع می‌شود، بلکه در برخی از صورت‌ها قطع نماز واجب می‌شود» (موسوی خمینی، ۱۳۸۴: ۱۷۲/۱).

همچنین در باب روزه نیز آورده‌اند:

«در صورت توقف نجات وی بر فرو رفتن در آب، بر روزه‌دار واجب است این کار را انجام دهد، هرچند روزه‌اش باطل می‌شود» (عاملی جبعی، ۱۳۹۸: ۱۴۲/۲؛ سبزواری، بی‌تا: ۸۰/۱۰).

۲. ترغیب به احیای نفس

مطابق آیه ۳۲ سوره مائده، زنده نگه داشتن یک انسان برابر با زنده نگه داشتن همگان است: ﴿مَنْ أَجْلٍ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَىٰ بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا﴾. مورد استناد در آیه شریفه، واژه

«كُتِبْنَا» و فراز «وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا» می‌باشد؛ بدین گونه که: اولاً گرچه مخاطب آیه، پیامبر اسلام و مسلمانان هستند، لکن با آوردن واژه «كُتِبْنَا» یادآوری می‌شود که پیش از این، سفارش به احیای جان، در دیگر ادیان و آیین یهود مقرر شده بود. ثانیاً ضمیر «أحیایها» به «نفس» برمی‌گردد. این واژه به معنای همان شیئی است که اضافه به آن می‌شود؛ مثلاً «نفس الإنسان» یعنی خود انسان و «نفس الشیء» یعنی خود شیء. اما نفس پس از این معنای اصلی، در مورد انسان که مرگب از روح و بدن است، شایع شد و به مجموع این دو (روح و بدن) اطلاق گشت (طباطبایی، ۱۳۹۳: ۲۸۵/۱۴).

در کلمات معصومان علیهم‌السلام، تطبیقاتی از «احیاء» مانند نجات از غرق شدن، آتش سوزی، خرابی، حیوان درنده و مانند آن بیان شده است (کلینی، ۱۳۶۷: ۲۱۱/۲؛ نوری طبرسی، ۱۴۰۸: ۲۳۹/۱۲). طبری در جامع البیان چند قول می‌آورد و در آخرین قول گفته شده است که معنای قول خداوند: «وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا»، کسی است که نفسی را از غرق شدن، آتش سوزی و خرابی نجات دهد (طبری، بی‌تا: ۳۵۴/۸-۳۵۵). تشبیه به احیای همه انسان‌ها از باب مبالغه در اهمیت و عظمت نجات جان یک انسان است.

۳. ترغیب به نجات دیگران از خطر و بیماری

در روایات برای دفع‌کننده خطر از انسان، ترغیب و تشویق ویژه‌ای رسیده و برای این کار، وعده آمرزش گناهان و اجر اخروی داده شده است. رسول خدا صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم فرمود:

«هر کس تجاوز آب یا آتشی را از گروهی از مسلمین بگرداند، بهشت برایش واجب گردد» (کلینی، ۱۳۶۲: ۱۶۴/۲).

در روایت قرب الاسناد از امیر مؤمنان علی علیه‌السلام وعده آمرزش گناهان داده شده است:

«هر کس طغیان آب [سیل]، فراگیری آتش یا سلطه دشمن زورگو را از مسلمانان دفع کند، خداوند گناهانش را می‌بخشد» (مجلسی، ۱۴۰۳: ۲۰/۷۲).

همچنین پیامبر اکرم صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم می‌فرماید:

«کسی که در انجام نیازمندی بیمار کوشش کند، از گناهان خود خارج می‌شود؛ خواه در آن کار موفق بشود و خواه نشود» (صدوق، ۱۴۱۳: ۱۶/۴؛ حرّ عاملی، ۱۴۱۶: ۴۲۷/۱۲؛ مجلسی، ۱۴۰۳: ۱۷/۷۸).

۴. امر خداوند به احسان و نیکوکاری

آیات متعددی انسان‌ها را به تعاون، عمل نیکو و احسان به یکدیگر به طور مطلق سفارش می‌کنند؛ مانند:

- ﴿تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾ (مائده / ۲)؛ «در راه نیکی و تقوا با یکدیگر همکاری کنید».
- ﴿وَأَفْعَلُوا الْخَيْرَ﴾ (حج / ۷۷)؛ «کار خیر انجام دهید».
- ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾ (نحل / ۹۰)؛ «همانا خداوند به عدل و احسان فرمان می‌دهد».
- ﴿وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ﴾ (بقره / ۱۹۵)؛ «نیکی کنید که خداوند نیکوکاران را دوست دارد».

یاری‌رسانی به دیگران در هنگام ضرورت، به ویژه در حوادث و بیماری‌ها که هستی و جان آنان در مخاطره قرار دارد، از بارزترین مصادیق احسان و نیکوکاری است که خداوند متعال در آیات مذکور، همگان را به آن فرا خوانده است. این احسان و نیکوکاری نیز اطلاق دارد و شامل موقعیت بی‌خطر، کم‌خطر و پرخطر می‌شود.

۵. فضیلت ایثار در حق دیگری

ایثار یعنی مقدم داشتن دیگری بر خویش (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۷/۴؛ طریحی، ۱۳۶۲: ۱۹۸/۳؛ راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۶۲/۱). قرآن کریم در شمردن اوصاف انصار، آن‌ها را چنین می‌ستاید: ﴿وَيُؤْتُونَ عَلَىٰ أَنفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ﴾ (حشر / ۹)؛ «و آن‌ها را بر خود مقدم می‌دارند، هرچند بدان نیاز شدیدی داشته باشند».

وصف مقدم داشتن دیگری بر خود اطلاق دارد و تمامی موارد تقدیم دیگری در کارهای نیک را شامل می‌شود. با توجه به عمومیت آیه شریفه، ممکن است کار نجاتگران را از قبیل ایثار در حق دیگری محسوب نموده و مجاز دانست.

ایثار در موارد تراحم، دو حالت دارد: صورت اول، نفس محترمه‌ای را که می‌خواهد نجات بدهد، اهمّ از نفس خودش باشد؛ مثلاً بین نفس خود و نفس نبی و امام معصوم علیه السلام تراحم شود. در اینجا نفوس معصومان علیهم السلام اهمّ از نفوس مسلمانان است. خداوند در قرآن کریم می‌فرماید: ﴿الَّتِي أُولَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ﴾ (احزاب / ۶)؛ «پیامبر

نسبت به مؤمنان از خودشان مقدم‌تر است». در این صورت، اقدام به نجات واجب است، گرچه منجر به هلاکت نفس مکلف شود. در صورت دوم، بین نفس محترمه و عموم انسان‌ها که از نظر اسلام و احترام مساوی هستند، فقها دو گروه شده‌اند: عده‌ای حکم به جواز نجات، و گروهی دیگر حکم به عدم جواز داده‌اند. شهید ثانی در باب اطعام مضطر معتقد است:

«اگر مالک طعام که خودش مضطر است، دیگری را بر خودش مقدم بدارد، در صورتی که دفع طعام بر او واجب نبوده است، در جایز بودن چنین کاری دو وجه وجود دارد: اصح دو قول، جواز است؛ زیرا در اسلام و احترام مساوی‌اند و به دلیل قول خداوند: ﴿وَيُؤْتِرُونَ عَلَىٰ أَنفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ﴾، و چون مقصود حفظ نفس محترمه است و با حفظ یکی از آن دو حاصل می‌شود و ترجیحی بر یکدیگر ندارند. وجه دوم، عدم جواز است؛ زیرا قدرت بر حفظ جاننش را با عدم بخشش مال دارد و بذل مال برای او جایز نیست؛ زیرا مصداق القاء در تهلکه، یعنی با دستان خود، خود را به هلاکت انداختن می‌باشد» (عاملی جبعی، ۱۴۱۶: ۱۷۱/۱۲).

محقق نراقی می‌نویسد:

«در صورتی که منجی بتواند با این اقدام چندین نفر را نجات دهد، جایز است» (نراقی، ۱۴۱۵: ۲۵/۱۵).

تحلیل ادله لزوم

در تقدیم نجات جان بر مناسک واجب، دو فرض -قطع نماز برای نجات جان دیگران و قطع نماز برای ترس بر جان خویش- جریان دارد. بنابراین تقدیم، اختصاص به نجات جان دیگران ندارد؛ بلکه در موقعیت پر مخاطره، نجات خود را بر دیگران مقدم می‌دارد. همچنین در تمسک به اطلاق آیه ۳۲ سوره مائده نسبت به شرایط پرخطر، می‌توان اشکال کرد که آیه در مقام بیان شرایط احیاء نیست تا بتوان به اطلاق آن تمسک کرد. سیاق آیه که در صدر آن، سخن از ممنوعیت و قبح قتل حتی یک انسان آمده، نشان می‌دهد که فقط در صدد بیان عظمت گناه قتل و شکوه فضیلت نجات انسان است و در مقام بیان شرایط و احکام نجات جان انسان‌ها نیست.

اما از روایات یادشده، استحباب دفع آتش، سیل و رفع نیازمندی بیمار، به طور

مطلق به دست می‌آید؛ زیرا مقید به شرایط بی‌خطر نشده است. علاوه بر اینکه مخاطراتی از قبیل آتش‌سوزی و سیل، غالباً خطر جدی برای جان نجاتگران را به همراه دارند. بنابراین می‌توان شرایط خطر را جزء فعل نجات و احیاء در این موارد دانست و وجوب درمان و نجات را مستند به انصراف ذهنی به این قید دانست. ایشار در آیات شریفه نیز مطلق آمده است و مقید به شرایط نشده است. بنابراین امدادسانی و درمانگری در مواضع عادی و پرخطر را در بر می‌گیرد.

از این رو در مجموع می‌توان گفت که ادله فضیلت نجات و درمان دیگران، شامل موارد خطرناک نیز می‌شود؛ خواه با تمسک به اطلاق و عموم (که البته مناقشه شد) و خواه با تمسک به انصراف مفاهیم و متعلقات امداد و نجات در ادله. اما از این ادله، فضیلت و رجحان نجات استفاده می‌شود، لکن وجوب آن قابل اثبات نیست؛ مگر آنکه به ادله دیگری تمسک شود و پس از اثبات وجوب، اتحاد حکم آن با موارد این ادله ثابت شود و سپس بتوان از اطلاق، عموم یا انصراف ادله یادشده سود جست.

لذا برخی از مراجع معاصر در پاسخ به این سؤال که اگر بین جان امدادگر و حادثه‌دیده فقط بتوان یکی را نجات داد، مثل سیلی که در راه است، باید چه کرد؟ خود را نجات داد یا جان مصدوم را؟ حضرات آیات حسینی خامنه‌ای، حسینی سیستانی و مکارم شیرازی پاسخ داده‌اند که امدادگر وظیفه نجات دیگری را ندارد و حضرات آیات صافی گلپایگانی و نوری همدانی، وظیفه را نجات جان خود دانسته‌اند و البته آیه‌الله سبحانی ضمن همین پاسخ، استثنایی قائل شده است که: مگر نجات جان مصدوم اهم باشد (علیرضایی، ۱۳۹۲: ۲۰/۱).

ج) ادله خاص نجات و درمان در محیط آلوده به بیماری واگیردار

در موقعیت پرمخاطره بیماری‌های واگیردار، برخی ادله، سرایت بیماری را نفی و از فرار نهی می‌کنند که لازم است بررسی و نقد شوند.

۱. روایات نفی سرایت بیماری و نهی از فرار از آن

در حدیثی به نقل از امام صادق علیه السلام آمده است:

«شخصی خدمت رسول اکرم صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رسید و به حضرت عرض کرد: گاهی به یک حیوانی می‌رسم که به خاطر بیماری‌ای که در حیوان وجود دارد، آن را نمی‌خرم؛ چون می‌ترسم که حیوانات دیگر مرا بیمار کند و بیماری آن حیوان به حیوانات دیگر سرایت کند. حضرت به او فرمود: چه کسی آن حیوان اول را بیمار کرده است؟! بعد حضرت فرمود: خیالت راحت باشد؛ سرایت رخ نمی‌دهد»^۱ (کلینی، ۱۳۶۲: ۱۹۶/۸؛ حرّ عاملی، ۱۴۱۶: ۵۰۶/۱۱).

مراد از «عدوی»، سرایت بیماری‌های واگیردار به دیگران است (فیروزآبادی، ۱۴۲۶: ۳۶۰/۴؛ مقرئ فیومی، ۱۴۱۸: ۲۰۶/۱؛ فراهیدی، ۱۴۰۹: ۲۱۳/۲). بنابراین از نظر دلالتی، ظهور ابتدایی فقره «لَا عَدْوَى»، این است که هیچ‌گونه سرایتی رخ نمی‌دهد؛ نه از جانب انسانی به انسان دیگر و نه از حیوانی به حیوان دیگر.

۲. تقبیح گریز از بیماری طاعون

برخی فرار از بیماری و واگیرداری مثل طاعون را اعتراض بر تقدیر و مقدرات الهی برشمرده‌اند (جصاص، ۱۴۱۵: ۵۴۵/۱؛ قسطلانی، ۱۳۲۳: ۱۱۳/۱۰؛ ابن بطلال، ۱۴۲۳: ۴۲۶/۹؛ مناوی، ۱۳۵۶: ۴۶۲/۴) و این گریز را تقبیح و عدول از مقتضای آیاتی از قبیل: راه نداشتن تقدیم و تأخیر در اجل، و نفع نداشتن فرار از مرگ دانسته‌اند (نساء/۷۸؛ اعراف/۳۴؛ احزاب/۱۶؛ جمعه/۸). اینان با افزودن روایاتی مانند «فرار از طاعون مانند فرار از جنگ است» (ابن حنبل، ۱۴۲۱: ۷۴/۴۱) یا «زمانی که طاعون در سرزمینی واقع شد و شما در آن بودید، از باب فرار از آن، از آنجا خارج نشوید» (ابن اثیر جزری، بی‌تا: ۸۶/۲)، این تلقی را تقویت نموده‌اند.

۱. «مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ عِيْسَى عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مَحْبُوبٍ قَالَ: أَخْبَرَنَا النَّضْرُ بْنُ قِرْوَانَ الْجَمَّالُ، قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنِ الْجَمَّالِ يَكُونُ بِهَا الْجَرَبُ، أَعْرَضَهَا مِنْ إِبِلِي مَخَافَةَ أَنْ يُعْدِيَهَا جَرِبُهَا وَالِدَابَّةُ رَبَّمَا صَفَرْتُ لَهَا حَتَّى تَشْرَبَ الْمَاءَ. فَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: إِنَّ أَعْرَابِيًّا أَتَى رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنِّي أُصِيبُ الشَّاةَ وَالْبَقْرَةَ وَالنَّاقَةَ بِالنَّمَنِ الْبَسِيرِ وَبِهَا جَرَبٌ فَأَكْرَهُ شِرَاءَهَا مَخَافَةَ أَنْ يُعْدِيَ ذَلِكَ الْجَرَبُ إِبِلِي وَغَنَمِي. فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: يَا أَعْرَابِيٌّ! فَمَنْ أَعْدَى الْأَوَّلُ؟ ثُمَّ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: لَا عَدْوَى» (کلینی، ۱۳۶۲: ۱۹۶/۸؛ حرّ عاملی، ۱۴۱۶: ۵۰۶/۳). روایت از نظر سندی مشکلی ندارد و محمد بن یحیی، کوفی و ثقة می‌باشد (نجاشی، بی‌تا: ۳۵۹/۱؛ موسوی خویی، بی‌تا: ۴۰/۱۹). در کتب رجال، نقدی بر سؤال کننده از امام عَلَيْهِ السَّلَامُ یعنی «نضر بن قراوش جمال» وارد نشده است (حسینی تفرشی، بی‌تا: ۳۳۸/۴؛ موسوی خویی، بی‌تا: ۱۷۵/۲۰). همچنین شیخ طوسی درباره حسن بن محبوب که از «نضر بن قراوش» نقل روایت می‌کند، تعبیر «کوفی و ثقة» دارد (طوسی، ۱۴۱۵: ۳۵۴/۱). بنابراین سند روایت مشکلی ندارد.

چنین برداشتی از روایات رسیده در شأن نزول آیه ۲۴۳ سوره بقره نیز به ذهن می‌رسد: ﴿الْم تَرِ إِلَى الَّذِينَ خَرَجُوا مِنْ دِيَارِهِمْ وَهُمْ أُلُوفٌ حَذَرَ الْمَوْتِ فَقَالَ لَهُمُ اللَّهُ مُوتُوا ثُمَّ أَحْيَاهُمْ﴾ (بقره/۲۴۳)؛ «آیا ندیدی جمعیتی را که از ترس مرگ، از خانه‌های خود فرار کردند که هزارها نفر بودند؟ پس خداوند به آن‌ها گفت: بمیرید! سپس آن‌ها را زنده کرد».

در شأن نزول این آیه، روایات مختلفی رسیده است؛ در یکی از شهرهای شام، بیماری طاعون شایع شد و مردم را یکی پس از دیگری از بین می‌برد. در این میان عده‌ای که توانایی و امکانات داشتند، از شهر خارج شدند. پروردگار، آن‌ها را در همان بیابان به همان بیماری نابود ساخت. برخی روایات دیگر، آمدن بیماری مزبور در این سرزمین را به عنوان مجازات دانسته‌اند؛ زیرا پیشوا و رهبرشان از آنان خواسته بود که برای رفتن به میدان جنگ آماده و از شهر خارج شوند، اما آن‌ها به بهانه اینکه در محیط جنگ، مرض طاعون است، از رفتن خودداری کردند و خداوند آن‌ها را به همان چیزی که از آن هراس داشتند و بهانه فرار قرار داده بودند، مبتلا ساخت و با شیوع بیماری طاعون در بین آنان، همگی در آن بیابان از بین رفتند (ر.ک: کلینی، ۱۳۶۲: ۱۹۸/۸؛ قمی مشهدی، ۱۴۰۷: ۵۷۸/۱؛ حسینی آلوسی، بی‌تا: ۵۵۵/۱؛ مکارم شیرازی، بی‌تا: ۲۵۷/۲).

تحلیل و ارزیابی روایات بیماری مُسری

برداشت عدم سرایت بیماری از حدیث «لا عدوی» مردود است؛ زیرا اولاً متعلق «لا عدوی»، بیماری خاص «جرب» است که عموم مردم آن زمان معتقد به سرایت آن حتی در حال مجاورت با بیمار بوده‌اند.^۱ پس این فقره از روایت نمی‌تواند هر گونه

۱. باید دانست که بیماری جرب (به فارسی: گال؛ به انگلیسی: Scabies) یکی از بیماری‌های واگیردار پوستی مهم است که در بین حیوانات هم شایع است. در واقع، این بیماری نوعی عفونت انگلی در اثر واکنش حساسیتی به نوعی هیره (mite) انگلی هشت‌پا با طولی کمتر از نیم میلی‌متر موسوم به سارکوپتس اسکابیه‌ای (sarcoptes scabieie) ایجاد می‌شود. این انگل به داخل پوست نقب می‌زند و تخم‌ریزی می‌کند. سپس این تخم‌ها به هیره‌های جدید تبدیل می‌شوند و رشد می‌کنند. پوست بدن نسبت به مدفوع یا بزاق این مایت‌ها حساس می‌شود و خارش شدید روی می‌دهد و شایع‌ترین علامت بیماری، همین خارش شدید است که اغلب در هنگام شب بدتر می‌شود. حدود ۳۰۰ میلیون نفر از مردم دنیا دچار آلودگی به این انگل هستند و از طریق تماس جنسی و احیاناً تماس پوستی انتقال می‌یابد (ر.ک: دهقانی و دیگران، ۱۳۹۲).

سرایتی را نفی کند؛ زیرا وجود قدر متیقن در مقام تخاطب و بلکه ارتکاز مخاطب در سرایت جرب به صرف مجاورت، مانع انعقاد ظهور روایت در عموم شده و فقط بر نفی سرایت در همان مورد خاص دلالت می‌کند.

به علاوه، از روایات درباره بیماری‌های طاعون و وبا، دست کم وقوع قطعی سرایت در بیماری‌های یادشده به دست می‌آید؛ چنان که در مورد بیماری جذام، تعبیر «فَرَّ مِنْ الْمَجْدُومِ فَرَارَكَ مِنَ الْأَسَدِ»^۱ (صدوق، ۱۴۱۳: ۵۵۷/۳) وارد شده است. از این رو به علت تعارض با روایات متعدد دیگر، عموم دلالت این فقره ساقط می‌شود و به همان مورد جرب اختصاص می‌یابد.

همچنین سرایت بیماری از شخصی به شخص دیگر، امری قطعی و روشن نزد پزشکان و عموم مردم، و مفروض فقیهان در ابواب مختلف است؛ برای مثال در باب عیوب نکاح، مطرح شده که آیا جذام مرد از عیوب موجب فسخ محسوب می‌شود یا نه؟ حتی برخی از بزرگان که جواز فسخ را برای بیماری جذام پذیرفته‌اند، با این حال، عیب بودن آن را به خاطر سرایت پذیرفته‌اند (نجفی، ۱۳۶۲: ۲۵۹/۲۳). در بحث حضانت، نداشتن بیماری مسری از شروط مورد بحث است (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۸: ۱۵۶/۱۲). در غسل با آب راکدی که مورد استفاده دیگران است، استفاده از حمام‌های عمومی را برای کسانی که مبتلا به بیماری‌های مسری‌اند، جایز نمی‌دانند (کاشف‌الغطاء، ۱۳۸۰: ۴۱۱/۲).

از این رو عموم یادشده به علت مخالفت با امر وجدانی قطعی ساقط می‌شود و در هر صورت با توجه به مطالب گفته‌شده، نمی‌توان به این حدیث برای وجوب نجات و امداد و درمان در موقعیت خطر سرایت بیماری‌ها استدلال کرد.

در پاسخ به تقبیح گریز از بیماری طاعون نیز می‌توان چنین گفت که اولاً ائمه علیهم‌السلام به این ارتکاز ذهنی (فرار از طاعون مانند فرار از جنگ است) تعرض کرده و فرموده‌اند حضرت این روایت را در مورد مردمی فرمود که در مرزها مشغول جنگ با دشمن بودند و به بهانه شیوع طاعون در آن منطقه، از آنجا فرار می‌کردند (کلینی، ۱۳۶۷: ۱۰۸/۸؛ حرّعاملی، ۱۴۱۶: ۴۲۹/۱۲؛ مجلسی، ۱۴۰۳: ۱۲۱/۶). باید توجه داشت که اگر مرزبانان با

۱. «از مجذوم فرار کن، همانند فرار از شیر».

شیوع طاعون بگریزند، سرزمین‌های اسلامی به دست کافران تسخیر می‌شوند؛ لذا حضرت فرمود فرار از طاعون مانند فرار از جنگ است. از این رو صاحب *وسائل الشیعه* عنوان باب مشتمل بر این حدیث را چنین نامید: «بَابُ جَوَازِ الْفِرَارِ مِنْ مَكَانِ الْوَبَاءِ وَالطَّاعُونِ إِلَّا مَعَ وُجُوبِ الْإِقَامَةِ فِيهِ كَالْمُجَاهِدِ وَالْمُرَابِطِ» و مجاهدان و مرزبانان را از جواز فرار استثنا نمود (حز عاملی، ۱۴۱۶: ۴۲۹/۱۲). ثانیاً حفظ نفس از قرار گرفتن در معرض خطرات، منافاتی با تسلیم مقدرات الهی بودن ندارد. معنای تسلیم این نیست که انسان در مقابل حوادث، خودش را از بلاها حفظ نکند، بلکه از خواسته‌های الهی، «وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ» (بقره/۱۹۵) است. از روایات باب علاج نیز این گونه استفاده می‌شود که معالجه لازم است؛ بلکه حتی پیشگیری از بیماری واجب است، تا جایی که محرمت نیز مورد ترخیص شارع قرار گرفته است: «لَيْسَ شَيْءٌ مِمَّا حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا وَقَدْ أَحَلَّهُ لِمَنْ اضْطُرَّ إِلَيْهِ» (طوسی، ۱۳۶۴: ۱۷۷/۳) و در جایی که علاج منحصر به حرام باشد، مجاز دانسته شده است.

اما استدلال به آیه ۲۴۳ سوره بقره نیز تمام نیست؛ زیرا از آیه استفاده نمی‌شود که نباید از طاعون فرار کرد. مفاد آیه این است که گروهی از دیارشان از ترس مرگ خارج شدند و مرگ دسته‌جمعی باز هم اتفاق افتاد؛ اما اینکه خروجشان حرام بوده باشد، استفاده نمی‌شود. نهایت چیزی که از این آیه استفاده می‌شود این است که اگر مرگ برای انسان مقدر باشد، نمی‌توان از آن فرار کرد؛ اما استفاده نمی‌شود که انسان در مقابل خطر مرگ تسلیم باشد و خودش را از مخاطرات دور نکند.

د) حکم نجاتگری در بیماری‌های واگیردار مانند کرونا

بیماری‌های واگیردار انواع متفاوتی دارند؛ در یک دسته‌بندی کلی می‌توان بیماری‌های واگیردار را به گُشنده، نسبتاً گُشنده و غیر گُشنده تقسیم نمود:

گُشنده: بیماری واگیرداری که مطابق یافته‌های پزشکی در صورت ابتلا فرد به این بیماری، امکان درمان بعدی وجود ندارد و به تعبیر دیگر، «لا علاج» است و موجب مرگ فرد خواهد شد.

نسبتاً گُشنده: بیماری واگیرداری که در واقع غیر گُشنده به حساب می‌آید، اما به

فراخور شرایط فرد، محیط و... ممکن است باعث مرگ فرد مبتلا شود؛ مانند ویروس کرونا که واگیردار و سریع‌الانتشار به دیگری از طریق هوا می‌باشد.

غیرکشنده: بیماری واگیرداری که راه درمان در آن وجود دارد و حالت کشندگی ندارد. حتی در برخی موارد، نیاز به دارو و درمان ندارد و خود به خود از بین می‌رود؛ مثل انتقال نوعی قارچ که منجر به بیماری برفک می‌شود.

به مقتضای حدیث «لاضرر»، بر نجاتگر واجب نیست که به منظور دفع ضرر از دیگری، خودش متحمل ضرر شود. حال تکلیف طبابت طبیبان و پرستاری پرستاران در رویارویی با بیماری همه‌گیر نسبتاً کشنده‌ای مانند کرونا چیست؟ سؤال مطرح این است که آیا طبابت یا پرستاری بیماران کرونایی را نباید مثل رزمندگان یا گروه‌های امدادی و پزشکی در مخاصمات مسلحانه و جنگ محسوب کرد؟

پاسخ این است که ذات شغل طبابت و پرستاری، درگیری با بیماری است؛ اما نجاتگران این عرصه با استفاده از دانش و تخصص خود، به راه‌های ایمنی در برابر آن آگاه‌اند و به علاوه، از تجهیزات ایمنی و محافظتی لازم برخوردارند. لذا به اقتضای شغلشان باید به درمان و پرستاری بپردازند. بنابراین صرف احتمال ابتلا به بیماری با بیم هلاکت پایین، مانع نجات نیست. اما اگر مجهز به ابزار محافظتی مانند لباس مخصوص، ماسک و... نباشند، یا خود مبتلا شوند و در معرض خطر جدی قرار گیرند که ادامه کار به لحاظ پزشکی جایز نباشد، تکلیف وجوبی متوجه آنان نیست. هرچند طبق تعهد سازمانی، به عنوان الزام ثانوی حتی الامکان مقررات مربوطه (ترک یا ادامه عملیات) را رعایت بنمایند.

همچنین باید در نظر داشت که شرایط رزمندگان و امدادگران در موقعیت پرخطره جنگ، با طبابت و پرستاری در بیماری‌ها متفاوت است؛ زیرا اولاً طبق روایات، مجاهدان و مرزبانان از جواز فرار از بیماری فراگیر طاعون و وبا استثنا شده‌اند، اما غیر جنگجویان مانند گروه‌های امدادی و پزشکی، خارج از دایره جنگ محسوب شده و حق فرار دارند. ثانیاً گرچه ابزار محافظتی در محیط پرخطر جنگ، کمترین کارایی را دارند، لکن در منابع اسلامی و اسناد بین‌الملل، کارکنان سازمان‌های امدادی، بهداشتی و پزشکی، به خاطر نجات مجروحان و بیمارانی که به سبب اقتضای جسمانی از توان

جنگی برخوردار نیستند، مورد حمایت قرار گرفته و مصون از تعرض می‌باشند. از این رو، گرچه شرایط جنگی پرمخاطره است، لکن به خاطر تأمین جانی نجاتگران، مکلف به نجات جان مجروحان و بیماران می‌باشند؛ مگر در موارد خاص که شرایط و قرائن مطمئن، حاکی از احتمال عدم رعایت قوانین و حمله به آنان باشد. همان طور که در سال‌های اخیر، کارکنان بهداری و پزشکی با تهدیداتی از قبیل مرگ، ربودن، آزار و... مواجه شده‌اند؛ به گونه‌ای که مراکز بهداشتی و درمانی و بیمارستانی نیز در مناطقی هدف حمله قرار گرفته‌اند.

شاید بتوان گفت که موقعیت درمانگری در بیماری‌های واگیردار، مانند موقعیت استفاده دشمن از جنگ‌افزارهای زیستی و شیمیایی عفونت‌زا و سمی است؛ که اقدام نجاتگران حتماً باید همراه با تجهیز به ابزار محافظتی مانند ماسک مخصوص و... باشد، وگرنه مصداق بارز القای نفس در تهلکه خواهد بود.

فقیهان معاصر نیز در پاسخ به این سؤال که چنانچه امدادگر احتمال بدهد مصدوم به بیماری ایدز، هپاتیت، سل یا بیماری‌های واگیردار دیگری مبتلاست و وسایل پیشگیری از انتقال بیماری مثل دستکش، ماسک و... وجود ندارد و در صورت کمک نکردن به بیمار، امکان دارد که او جاننش را از دست بدهد و در صورت کمک به او، ممکن است که امدادگر نیز به بیماری وی مبتلا شود، حال تکلیف امدادگر در چنین مواردی چیست؟ فرموده‌اند (علیرضایی، ۱۳۹۲: ۴۶/۱): اگر برای امدادگر احتمال خطر جانی قابل اعتنا نزد عرف باشد، می‌تواند از امداد خودداری کند و تکلیف واجبی ندارد (آیات عظام حسینی خامنه‌ای و مکارم شیرازی)، ولی بعید نیست در بعضی موارد جایز باشد (آیه‌الله حسینی سیستانی). از این رو تصریح کرده‌اند که در بیماری‌های خطرناک که امکان درمان بعدی وجود ندارد، کمک کردن لازم نیست (آیه‌الله شبیری زنجانی)، اما صرف احتمال ابتلا به بیماری، مانع کمک‌رسانی نمی‌باشد (آیه‌الله صافی گلپایگانی).

ه) ضمان تارک نجات نفس محترمه

فقیهان فریقین اتفاق نظر دارند که در صورت ترک نجات با توانایی بر آن، فرد مرتکب معصیت شده است (علامه حلی، بی‌تا: ۵۵۱/۵؛ نجفی، ۱۳۶۲: ۱۵۲/۴۳؛ جمعی از مؤلفان.

لکن آیا نجات ندادن فرد علاوه بر حرمت تکلیفی، موجب حکم وضعی یعنی ضمان هم می شود؟ در ضمان بودن شخص خوددار از نجات، اختلاف نظر وجود دارد؛ گروهی ضمان تارک را به دلیل عدم وجود مقتضی برای ضمان رد کرده و برخی دیگر قائل به مسئولیت با تفصیل در شرایط شده اند که در ادامه، به بررسی اقوال مسئله پرداخته می شود.

بررسی نظریه های فقیهان نشان می دهد که به باور برخی، اگر سبب هلاکت، عاملی مانند آتش سوزی، بیماری، مجروح شدن و... باشد و شخص قادر بر نجات، از آن خودداری کند و شخص بیمار یا گرفتار در خطر بمیرد، فرد خوددار فقط مرتکب حرام شده است؛ ولی حکم وضعی آن یعنی دیه یا قصاص بر عهده او نیست (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۱۲۶/۳؛ نجفی، ۱۳۶۲: ۱۵۲/۴۳). شهید ثانی در بحث اطعام مضطر در فرضی که مالک طعام نیازی به آن نداشته باشد و نیازمند مضطر را از آن منع کند، دو وجه بیان کرده است: الف- ضمان نخواهد بود؛ چون فعلی که سبب مرگ او شده، انجام نداده است، بلکه فقط نجات نداده و نجات ندادن موجب ضمان نیست. ب- ضمان است؛ چون به سبب اضطرار و درخواست غذا از سوی مضطر و عدم احتیاج صاحب غذا، مضطر نسبت به آن غذا اولویت پیدا خواهد کرد و مانند این است که کسی را از غذای خودش منع کند تا بمیرد، که در این صورت قطعاً ضمان خواهد بود (عاملی جبعی، ۱۴۱۶: ۱۱۸/۲). همچنین در فرضی که چند نفر سوار کشتی هستند و کشتی مشرف به غرق می شود، اما یکی از آنان بر خلاف تکلیفش، اموال خود را به دریا نمی اندازد، می نویسد:

«پس اگر اموال را به دریا نیندازد تا کشتی غرق شود، مرتکب گناه شده است، اما ضمانی بر عهده ندارد؛ همانند صاحب طعامی که مضطر را طعام نمی دهد تا هلاک شود» (همان: ۳۸۳/۱۵).

گرچه در فرض اول، قول مختار را مشخص نکرده و ظاهراً توقف را اختیار نموده اند، ولی در فرض انداختن اموال به دریا برای نجات کشتی، تصریح به عدم ضمان دارند. فقیهان مذاهب دیگر نیز معتقدند که ضمانی بر شخص ممتنع از نجات غریق

نیست؛ زیرا او غریق را هلاک نکرده و کاری را که موجب هلاکت شخص باشد نیز انجام نداده است، اما گناه و معصیت کرده است (جمعی از مؤلفان، ۱۴۲۷: ۱۸۳/۳۱).

مهم‌ترین دلیل این قول، عدم وجود مقتضی برای ضمان است؛ زیرا کاری که باعث تحقق تلف نفس محترمه و نسبت دادن هلاک به مکلف باشد، انجام نگرفته و فقط شخصی، انقاذ نفس از هلاکت را ترک کرده است و علت تلف چیز دیگری مانند غرق شدن در آب یا سوختن در آتش است و چه بسا هلاکت نفس مستند به فعل شخص ثالث است. بنابراین در صورتی که علت تلف، چیز دیگری باشد، ضمان بر آن مترتب نمی‌شود. پس اگر پزشکی بیماری را معالجه نکند و در نتیجه بیمار بمیرد، پزشک ضامن نخواهد بود؛ یعنی وارث متوفا حق قصاص یا دیه ندارد، گرچه پزشک با این کار مرتکب گناه بزرگی شده است، چون واجب مهمی را ترک کرده است. لکن اتلاف یا بالمباشره است یا بالتسبیب، و در ترک نجات هر دو منتفی است و نمی‌توان حکم به ضمان تارک نمود؛ زیرا مفهوم قاتل در جایی صدق می‌کند که انتساب قتل به فاعل صحیح باشد و در صورت عدم نجات، این نسبت صحیح نیست؛ چون نه اتلافی از تارک سر زده است و نه مسبب محسوب می‌شود.

از کلمات برخی فقیهان در بحث اطعام مضطر به دست می‌آید که برای ضمان، دو قید «طلب مضطر» و «بی‌نیازی صاحب طعام» را لازم می‌دانند. علامه حلی در بحث اطعام مضطر به ضمان صاحب طعام حکم کرده و چنین نگاشته است:

«در فرضی که گرسنه‌ای از کسی غذا درخواست کند و صاحب غذا در عین بی‌نیازی از آن، ممانعت کند تا وی بر اثر گرسنگی بمیرد، صاحب غذا ضامن است؛ چون گرسنه نسبت به غذا مضطر است و به واسطه اضطرار، سزاوارتر از مالک غذا به آن است، حتی می‌تواند غذا را به زور از مالک بگیرد. پس ممانعت صاحب غذا سبب تلف وی گردیده است» (علامه حلی، بی‌تا: ۵۵۱/۵؛ حسینی عاملی، بی‌تا: ۴۴۹/۴).

در اینجا در واقع بین حق حیات فرد گرسنه و حق مالکیت دیگری، تعارض رخ می‌دهد. با این حال، مضطر مطالبه می‌کند و مالک او را از آن منع کند. حال اگر بین صاحب طعام و مضطر درگیری و مجادله صورت گیرد و منجر به قتل صاحب طعام گردد، خون صاحب طعام هدر است؛ زیرا قتل او به حق است. اما اگر مضطر به قتل

برسد، صاحب طعام ضامن است؛ زیرا قتل مضطر ظالمانه بوده است. صاحب جواهر نیز یک مورد را از ضمان استثنا می‌کند و آن وقتی است که شخص گرسنه از شخصی که غذا دارد و خودش هم به آن نیاز ندارد، غذا طلب نکرده باشد و او هم نداده باشد و فرد گرسنه بمیرد (نجفی، ۱۳۶۲: ۱۵۳/۴۳).

این مسئله علاوه بر طرح در کتب فقهی، مورد توجه قانون‌گذار در مواد قانونی نیز قرار گرفته است. در ماده ۲۹۵ قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲) که اکنون ملاک عمل است، آمده است:

«هر گاه کسی فعلی که انجام آن را بر عهده گرفته یا وظیفه خاصی را که قانون بر عهده او گذاشته است، ترک کند و به سبب آن، جنایتی واقع شود، چنانچه توانایی انجام آن فعل را داشته باشد، جنایت حاصل به او مستند می‌شود و حسب مورد، عمدی، شبه عمدی یا خطای محض است؛ مانند اینکه مادر یا دایه‌ای که شیر دادن را بر عهده گرفته است، کودک را شیر ندهد یا پزشک یا پرستار وظیفه قانونی خود را ترک کند».

این قانون به صراحت بیان می‌دارد که قتل با ترک فعل هم واقع می‌شود. بنابراین برای اینکه ترک فعلی تبدیل به رفتار مجرمانه شود، سه شرط لازم است: یکم، احراز مکلف بودن فرد به انجام کار یا وظیفه‌ای؛ دوم، توانایی انجام کار؛ سوم، وجود رابطه سببیت. اما قانون مجازات اسلامی سابق (مصوب ۱۳۵۴) تحت عنوان ماده واحده در خصوص خودداری از کمک به مصدومان و رفع مخاطرات جانی، به صراحت قید عدم وجود خطر را بیان داشته و برای تحقق جرم نیز سه شرط - وجود شخص در معرض خطر، توانایی کمک، عدم وجود خطر برای خود یا دیگری - را لازم شمرده شده است. بنابراین فردی که توانایی کمک به دیگران را دارد، اما در موقعیت پرخطر جانی قرار دارد - به گونه‌ای که یک انسان متعارف را مجبور به ترک یاری‌رسانی و توقف عملیات نجات می‌کند - جرمی مرتکب نشده است.

به نظر می‌رسد با توجه به اینکه اتلاف یا بالمباشره است یا بالتسبیب، و در ترک نجات، هر دو منتفی است، نمی‌توان حکم به ضمان تارک نمود؛ زیرا مفهوم قاتل در جایی صدق می‌کند که انتساب قتل به فاعل صحیح باشد و در صورت عدم نجات،

این نسبت صحیح نیست؛ چون نه اتلافی از تارک سر زده است و نه مسبب محسوب می‌شود. بنابراین حفظ نکردن شخصی از آفات و بلاها از قبیل: نجات ندادن غریق، خاموش نکردن حریق و... جزء اسباب ضمان نیست؛ البته گناه بر آن مترتب است. گروهی هم که قائل به ضمان شده‌اند، در واقع تلاش کرده‌اند به نحوی تارک انقاذ را سبب هلاکت فرد معرفی کنند.

نتیجه‌گیری

- ۱- نجاتگران در عین مکلف بودن به نجات جان دیگران، باید از جان خود نیز محافظت کنند؛ زیرا از ایراد ضرر و آسیب‌رسانی به خود نهی شده‌اند.
- ۲- در صورت تساوی نفوس، نجاتگر بین نجات جان خود یا دیگری مخیر است؛ زیرا هر دو واجب‌الحفظ است و از موارد عدم وجوب امداد رسانی به شمار می‌آید و بلکه نجات خود بر دیگری اولویت دارد.
- ۳- به مقتضای حدیث «لا ضرر» و الغای خصوصیت از نهی از عبادات و اطعمه زیان‌آور و تعمیم نهی به موقعیت ضرر جسمانی، بر نجاتگر واجب نیست که به منظور دفع ضرر از دیگری، خودش متحمل ضرر شود.
- ۴- با توجه به اطلاقاتی از قبیل: ترغیب به احیای نفس، ترغیب به نجات دیگران از خطر و بیماری، دستور خداوند به احسان و نیکوکاری، و فضیلت ایثار در حق دیگری، رجحان و استحباب امداد و نجات در موقعیت پرخطر ثابت می‌شود.
- ۵- استناد به حدیث «لا عدوی» در نفی قانون سرایت بیماری و ماندن در محیط شیوع بیماری مسری پذیرفتنی نیست؛ زیرا مراد، نفی سرایت در بیماری خاصی مانند «جرب» است که ارتکاز عموم مردم آن زمان، سرایت آن بوده است. علاوه بر آنکه سرایت بیماری از شخصی به شخص دیگر نزد اطباء و فقیهان، مسلم و بدیهی است. همچنین فرار از این نوع بیماری، منافاتی با تسلیم مقدرات الهی بودن ندارد؛ زیرا از خواسته‌های الهی، عدم القای نفس در تهلکه است.
- ۶- نجاتگران عرصه طبابت و پرستاری با استفاده از دانش و تخصص خود، به راه‌های ایمنی در برابر بیماری‌های واگیردار آگاه‌اند و نوعاً از تجهیزات ایمنی و محافظتی لازم

برخوردارند. لذا به اقتضای شغلشان باید به درمان و پرستاری بپردازند. لکن در موارد نبود تجهیزات و ابزار متناسب، تکلیف الزامی به نجات و درمان بیماران، از فعلیت ساقط است و چه بسا اقدام به نجات و درمان در این موقعیت، از مصادیق القای نفس در تهلکه محسوب شود که مورد نهی آیه شریفه می‌باشد. اما در همین وضعیت نیز از باب ایثار، استحباب دارد. البته نجاتگران سازمانی طبق تعهد، به عنوان الزام ثانوی حتی الامکان بر اساس مقررات مربوطه به وظیفه خود - ترک یا ادامه عملیات - عمل نمایند.

۷- در صورت ترک نجات، با توجه به اینکه اتلاف یا بالمباشره است یا بالتسبیب، و در ترک نجات هر دو منتفی است، نمی‌توان حکم به ضمان تارک نجات نمود؛ هرچند مرتکب معصیت شده است.

۸- پیشنهاد می‌شود گروه‌ها و نهادهای امدادی که به نجات جان انسان‌ها می‌پردازند، در عرصه پیاده‌سازی امداد و نجات در تراحمات، مطابق نتایج فوق، ضوابط دینی را به کار بندند.

کتاب‌شناسی

۱. قرآن کریم.
۲. ابن اثیر جزری، مجدالدین ابوالسعادات مبارک بن محمد، *النهاية في غرب الحديث والاثر*، تحقیق طاهر احمد الزاوی، محمود محمد الطناحی، بیروت، المكتبة العلمیه، ۱۳۹۹ ق.
۳. ابن ادریس حلّی، محمد بن منصور بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۴. ابن بزّاج طرابلسی، سعدالدین ابوالقاسم عبدالعزیز بن نحریر، *جواهر الفقه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۱ ق.
۵. ابن بَطّال، ابوالحسن علی بن خلف بن عبدالملک، *شرح صحیح البخاری*، تحقیق و تعلیق ابوتیمیم یاسر بن ابراهیم، چاپ دوم، ریاض، مکتبه الرشد، ۱۴۲۳ ق.
۶. ابن منظور افریقی مصری، ابوالفضل جمال‌الدین محمد بن مکرم، *لسان العرب*، بیروت، دار الفکر - دار صادر، ۱۴۱۴ ق.
۷. امیدوی فرد، عبدالله، سیدمهدی جوکار، و مجیدرضا عرب‌احمدی، «تحلیل فقهی - حقوقی امداد و نجات»، *فصلنامه امداد و نجات*، سال ششم، شماره ۴ (پیاپی ۲۴)، زمستان ۱۳۹۳ ش.
۸. انصاری، مرتضی بن محمدامین، *رسائل فقهیه*، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.
۹. حصّاص، ابوبکر احمد بن علی رازی، *احکام القرآن*، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۵ ق.
۱۰. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعه*، تحقیق سیدمحمدرضا حسینی جلالی، چاپ سوم، قم، مؤسسه آل‌البتّین (پب) لاحیاء التراث، ۱۴۱۶ ق.
۱۱. حسینی آلوسی بغدادی، شهاب‌الدین محمود بن عبدالله، *روح المعانی فی تفسیر القرآن العظیم و السبع المثانی*، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.
۱۲. حسینی تفرشی، سیدمصطفی بن حسین، *نقد الرجال*، قم، مؤسسه آل‌البتّین (پب) لاحیاء التراث، بی‌تا.
۱۳. حسینی جناب، وحید و دیگران، *اصول و مبانی مدیریت بحران*، تهران، رویان پژوه، ۱۳۹۴ ش.
۱۴. حسینی روحانی، سیدمحمدصادق، *منهاج الفقاهة؛ التعليقة على مکاسب الشیخ الاعظم*، قم، انوار الهدی، ۱۴۲۹ ق.
۱۵. حسینی سیستانی، سیدعلی، *قاعدة لا ضرر ولا ضرار*، قم، دفتر آیه‌الله سیستانی، ۱۴۱۴ ق.
۱۶. خداوردی، حسین، *امداد و نجات غیر مسلمان از نظر فقه امامیه*، پایان‌نامه سطح ۳ حوزه علمیه قم، ۱۳۹۷ ش.
۱۷. دهقانی، روح‌الله، حمیدرضا سیدی آرانی، ایران زرقي، و بتول شهریسوند، «مروری بر وضعیت آلودگی گال در ایران و عوامل مرتبط با آن»، *مجله دانشگاه علوم پزشکی ایلام*، سال بیست و یکم، شماره ۷ (پیاپی ۸۳)، بهمن ۱۳۹۲ ش.
۱۸. راغب اصفهانی، ابوالقاسم حسین بن محمد بن مفضل، *المفردات فی غریب القرآن*، تصحیح صفوان عدنان داوودی، بیروت - دمشق، دار العلم - الدار الشامیه، ۱۴۱۲ ق.
۱۹. شریف مرتضی علم‌الهدی، ابوالقاسم علی بن حسین بن موسی، *الذریعة الی اصول الشریعه*، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.
۲۰. صدوق، ابوجعفر محمد بن علی بن حسین بن موسی بن بابویه قمی، *من لایحضره الفقیه*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.

۲۱. طباطبائی، سیدمحمدحسین، المیزان فی تفسیر القرآن، چاپ سوم، بیروت، مؤسسة الاعلمی للمطبوعات، ۱۳۹۳ ق.
۲۲. طباطبائی حائری، سیدعلی بن محمدعلی، ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل، قم، مؤسسة آل البيت (علیهم‌السلام) لاحیاء التراث، ۱۴۱۸ ق.
۲۳. طباطبائی یزدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، العروة الوثقی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۲۴. طریحی، فخرالدین بن محمد، مجمع البحرین، تحقیق سیداحمد حسینی، چاپ دوم، تهران، کتابفروشی مرتضوی، ۱۳۶۲ ش.
۲۵. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، التبیان فی تفسیر القرآن، تحقیق و تصحیح احمد حبیب قصیر العالمی، قم، مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۰۹ ق.
۲۶. همو، النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی، چاپ دوم، بیروت، دار الکتب العربی، ۱۴۰۰ ق.
۲۷. همو، تهذیب الاحکام، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۴ ش.
۲۸. همو، رجال الطوسی، چاپ سوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۷۳ ش.
۲۹. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، تحقیق سیدمحمد کلاتر، نجف اشرف، جامعه النجف الدینیة، ۱۳۸۶ ش.
۳۰. همو، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم، مؤسسة المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۶ ق.
۳۱. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال الدین مکی، ذکری الشیعة فی احکام الشریعه، قم، مؤسسة آل البيت (علیهم‌السلام) لاحیاء التراث، ۱۴۱۹ ق.
۳۲. علامه حلّی، ابومنصور جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه، قم، مؤسسه امام صادق (علیهم‌السلام)، بی تا.
۳۳. علیرضایی، جواد، امداد الهی (استفتائات امداد و نجات از دیدگاه مراجع تقلید)، تهران، جمعیت هلال احمر، ۱۳۹۲ ش.
۳۴. فراهیدی، خلیل بن احمد، کتاب العین، چاپ دوم، قم، هجرت، ۱۴۱۰ ق.
۳۵. فولادبند، فرح ناز و دیگران، بیماری‌های واگیر (پایه یک)؛ از مجموعه کتب آموزشی ویژه بهوزران، شیراز، دانشگاه علوم پزشکی و خدمات بهداشتی درمانی استان فارس، بهار ۱۳۹۱ ش.
۳۶. فیروزآبادی، مجدالدین ابوطاهر محمد بن یعقوب، القاموس المحیط، چاپ هشتم، بیروت، مؤسسة الرسالة، ۱۴۲۶ ق.
۳۷. قسطلانی، احمد بن محمد بن ابی بکر بن عبدالملک، ارشاد الساری لشرح صحیح البخاری، چاپ هفتم، مصر، المطبعة الکبری الامیریة ببولاق، ۱۳۲۳ ق.
۳۸. قمی مشهدی، محمد بن محمدرضا، تفسیر کنز الدقائق و بحر الغرائب، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۳۹. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، الکافی، تصحیح علی اکبر غفاری، چاپ سوم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۷ ش.
۴۰. مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی، بحار الانوار الجامعة لدرر اخبار الائمة الاطهار (علیهم‌السلام)، تصحیح محمدباقر محمودی و دیگران، چاپ دوم، بیروت، دار احیاء التراث العربی - مؤسسة الوفاء، ۱۴۰۳ ق.
۴۱. محقق حلّی، نجم الدین ابوالقاسم جعفر بن حسن بن یحیی بن سعید هذلی، المعترف فی شرح المختصر، قم، مؤسسة سیدالشهداء العلمیه، ۱۴۰۷ ق.

۴۲. مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری بغدادی، *المقنعه*، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، ۱۴۱۳ ق.
۴۳. مقری فیومی، احمد بن محمد، *المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير*، چاپ دوم، قم، دار الهجرة، ۱۴۱۴ ق.
۴۴. مکارم شیرازی، ناصر و جمعی از نویسندگان، *تفسیر نمونه*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۸۰ ش.
۴۵. مناوی، محمد عبدالرؤف، *فیض القدير؛ شرح الجامع الصغير*، مصر، المكتبة التجارية الكبرى، ۱۳۵۶ ق.
۴۶. موسوی خمینی، سیدروح الله، *بدائع الدرر فی قاعدة نفی الضرر*، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۵ ق.
۴۷. همو، *تحریر الوسيله*، چاپ دوم، قم، دار الکتب العلمیه، ۱۳۹۰ ش.
۴۸. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *مصباح الاصول*، قم، مؤسسه احیاء آثار السید الخوئی، ۱۴۱۳ ق.
۴۹. همو، *معجم رجال الحدیث*، قم، مؤسسه الخوئی الاسلامیه، بی تا.
۵۰. همو، *منهاج الصالحین*، قم، مؤسسه الخوئی الاسلامیه، بی تا.
۵۱. همو، *موسوعة الامام الخوئی*، قم، مؤسسه الخوئی الاسلامیه، بی تا.
۵۲. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۲ ش.
۵۳. نراقی، احمد بن محمد مهدی، *مستند الشیعه فی احکام الشریعه*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۵ ق.
۵۴. نوری طبرسی، حسین بن محمد تقی، *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*، بیروت، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۰۸ ق.

حکم ازدواج پسر و پدر زانی با زانیه از نگاه مذاهب خمسّه*

- احد گوهری^۱
- محسن جهانگیری^۲

چکیده

جرائم جنسی، آثار فقهی و احکام تکلیفی متعددی دارد که در پژوهش‌های فقهی، موارد محدودی مانند حرمت ابدی ازدواج در زنا یا ذات‌البعول و معتدّه واکاوی شده است؛ ولی آثار دیگر آن بررسی نگردیده است. مسئله اصلی این پژوهش، حکم فقهی ازدواج پسر یا پدر زانی با زانیه از نگاه مذاهب خمسّه است. طرح و واکاوی این مسئله برای به دست آوردن احکام و آثار مرتبط با آن ضروری می‌باشد و طبیعی است که عدم ارائه چنین تحقیقی، در تبیین احکام فقهی جزایی خلل ایجاد خواهد کرد. از این رو، در این تحقیق با جمع‌آوری اطلاعات به روش کتابخانه‌ای و با دیدگاه توصیفی و تحلیلی، مسئله از نگاه مذاهب خمسّه بررسی شده و در نهایت این نتیجه به دست آمده است که در

* تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۷/۳۰ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۵/۹.

۱. دانشجوی دکتری فقه جزایی دانشگاه علوم اسلامی رضوی (ahadgohari1934@yahoo.com).

۲. دانشیار گروه فقه و اصول دانشگاه علوم اسلامی رضوی (نویسنده مسئول) (m.jahangiri2008@gmail.com).

نگاه فقه شیعه، چنین ازدواجی حرام است؛ ولی از نظر فقه اهل سنت، اختلافاتی به چشم می‌خورد که بارد ادله جواز ازدواج، ادله حرمت تقویت گشته و دیدگاه شیعه ثابت می‌شود.

واژگان کلیدی: جرائم جنسی، آثار فقهی، مذاهب خمس، انتشار حرمت، زنا.

مقدمه

هر غریزه و نیرو و نیازی که در نهاد انسان قرار داده شده است، به طور یقینی در رشد و تکامل وی ضروری بوده و نبود آن، در اعتلای شخصیت و در زندگی او اختلال پدید می‌آورد. غریزه جنسی، یکی از همان موهبت‌های الهی است که در رشد و تکامل انسان و جامعه بشری نقشی به سزا دارد؛ زیرا ارضای صحیح آن، افزون بر آرامش روحی - روانی، فراهم آوردن بستر رشد انسان، عامل کشش به جنس مقابل (جنس مکمل) و تشکیل زندگی و رشد کنار همسر و نیز تداوم نسل بشری است.

اسلام بر خلاف بعضی از مکاتب انحرافی، به این غریزه نگاه مثبت داشته و از این رو انسان‌ها را به ازدواج و داشتن همسر تشویق می‌کند (نور/۳۲؛ حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۰/۴). البته باید توجه داشت که کنترل نکردن این غریزه و آزاد گذاشتن آن، تبعات و آثار مخرب سنگینی در ابعاد شخصی، خانوادگی و اجتماعی به همراه دارد. از این رو، اسلام نیز مانند بسیاری از ادیان و مکاتب مختلف، برنامه‌ها و دستورالعمل‌هایی ویژه جهت کنترل و ارضای صحیح این غریزه ارائه نموده است. اسلام در همین راستا با شهوت‌گرایی به شدت برخورد می‌کند و هم آثار فقهی غیر مجازاتی بر آن بار می‌کند و هم شدیدترین مجازات را در این زمینه در نظر می‌گیرد.

یکی از تبعات جرائم جنسی، ایجاد حرمت ازدواج است و اگر عقدی در اثر حرمت ازدواج باطل بوده و زوجیتی میان مرد و زن ثابت نباشد، آثار و تبعات زیادی در خانواده و جامعه در پی خواهد داشت؛ زیرا نه تنها این امر باعث گناه مکرر بین این مرد و زن، و مانع رشد و کمال معنوی خواهد شد، بلکه باعث به دنیا آمدن فرزندان حرام یا حداقل شبهه خواهد بود و ایجاد نسلی که حلال زاده نبودن آن در تربیت و اخلاق و بسیاری از امور تأثیرگذار می‌باشد.

مسئله اصلی پژوهش پیش رو این است که اگر مردی با زنی زنا کرده باشد، آیا پسر و پدر آن مرد می‌توانند با آن زن ازدواج کنند؟ به بیان دیگر، همان طور که در عقد شرعی، پسر نمی‌تواند با معقود پدر ازدواج کند و همچنین پدر نمی‌تواند با عروس خود ازدواج کند، آیا در زنا هم پسر نمی‌تواند با مدخوله پدر ازدواج کند یا پدر نمی‌تواند با مدخوله پسر ازدواج کند یا می‌تواند؟

این مسئله پیش از شیخ طوسی در کتب فقهی شیعه مانند *المقنعه* شیخ مفید و *ناصریات و الانتصار* سید مرتضی مطرح نشده است. اولین بار شیخ طوسی به این مسئله اشاره کرده و در این باره می‌نویسد: اگر مردی با زنی زنا کند، آن زن بر پدر و پسر مرد حرام می‌شود (طوسی، ۱۴۰۰: ۴۵۲). بعد از ایشان، فقها به این مسئله اشاره کرده‌اند؛ مانند حلبی در *کافی* که در شمار محرمات ازدواج آورده (ابوصلاح حلبی، ۱۴۰۳: ۲۸۶) و قاضی ابن براج در *مهذب* فقط ادعای حرمت دارد (ابن براج طرابلسی، ۱۴۰۶: ۱۸۳/۲) و صاحب *ریاض* در کنار حرمت، احتمال کراهت را نیز منتفی نمی‌داند (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۱۹۵/۱۱) و سید مجاهد در *مناهل*، حرمت را به مشهور نسبت می‌دهد (مجاهد طباطبایی حائری، بی‌تا: ۵۲۶) و نراقی حکم حرمت را به اکثر نسبت می‌دهد (نراقی، ۱۴۱۵: ۳۴۴/۱۶). در میان فقهای معاصر، آیات عظام خویی و وحید خراسانی، حکم حرمت را مشهور دانسته‌اند (موسوی خویی، ۱۴۲۷: ۳۰۰/۳)؛ آیه‌الله سیستانی آن حکم را مطابق احتیاط می‌داند (حسینی سیستانی، ۱۴۱۷: ۵۹/۳)؛ اما امام خمینی حکم مذکور را علاوه بر اینکه مشهور دانسته، مطابق با احتیاط نیز می‌داند (موسوی خمینی، ۱۴۰۹: ۲۴۸/۲).

تحقیق پیش رو توانسته است علاوه بر تبیین و تنقیح مبانی تأثیرگذار بر حکم شرعی مسئله در میان فقهای شیعه، مبانی استنباطی حکم مذکور را در مقایسه با مبانی و آراء اهل سنت بررسی نماید و ضمن تبیین نقاط ضعف و قوت هر یک از مبانی، به نقد مبانی و ادله فقهی عامه پرداخته و در نهایت با بیانی مستدل، نظر فقهای امامیه را در این مسئله به اثبات برساند. این مهم در هیچ یک از آثار فقه مقارن شیعه محقق نشده است. علامه حلی در *مختلف الشیعه* مسئله را از بُعد مقارن آن مورد بررسی قرار نداده است. جزیری نیز آراء اهل سنت را بدون اشاره به اختلافات درون‌مذهبی آن و بدون اثبات قول حق مطرح کرده است (جزیری، ۱۴۱۹: ۶۵/۴).

۱. بررسی مبانی اثرگذار در بحث

پیش از بررسی اقوال، مبانی اثرگذار در این بحث را مورد واکاوی قرار می‌دهیم.

۱-۱. انتشار حرمت در زنا

از نگاه فقهی، ازدواج و رابطه جنسی حلال، آثاری دارد که انتشار حرمت، یکی از آن‌ها به شمار می‌آید؛ یعنی بعد از ازدواج با زنی، مادر و دختر آن زن بر مرد حرام می‌شود یا آن زن بر پسر آن مرد حرام می‌شود، که صاحب جواهر این حکم را به کافه مسلمین نسبت می‌دهد (نجفی، بی‌تا: ۳۴۹/۲۹). حال سؤال این است که آیا این آثار در زنا هم ثابت می‌شود و این حرمت با زنا هم انتشار می‌یابد؟ این مسئله میان فقهای شیعه و سنی اختلافی است. موافقان انتشار حرمت به چند دلیل استناد می‌کنند:

۱-۱-۱. آیات

از جمله آیاتی که به آن استناد می‌شود، آیه ۲۳ سوره نساء است: ﴿وَرَبَّائِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجْرِكُمْ مِّنْ نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾. قرآن در شمارش زن‌هایی که نمی‌توان با آن‌ها ازدواج کرد، می‌فرماید: «و دختران همسرانتان که در دامان شمایند، از آن همسرانی که با آنان آمیزش داشته‌اید»، به این بیان که مزنی‌بها هم نساء محسوب می‌شود (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۵۳/۷).

توضیح اینکه قید «فی حجورکم» غالبی بوده و موضوعیتی ندارد؛ پس اگر مردی با زنی زنا کرد، دختر آن زن، مصداق دختر زنی است که به او دخول کرده است و در روایات در تحریم ربیبه، قید دخول مطرح شده است، ولی تفصیلی میان در حجر بودن یا نبودن داده نشده است. پس دخول حلال باشد یا حرام، موجب انتشار حرمت می‌گردد.

۱-۱-۱-۱. نقله و بررسی

این استدلال کامل به نظر نمی‌رسد؛ زیرا اگرچه تفصیل در خانه بودن یا نبودن زن موضوعیتی ندارد و اگرچه به زن «مزنی‌بها» هم نساء اطلاق می‌شود، ولی موضوع بحث در مورد ربیبه است و ربیبه به اتفاق نظر دانشمندان علم لغت، به دختر همسر که از مرد دیگری است، گفته می‌شود (فراهیدی، ۱۴۱۰: ۲۵۷/۸؛ ابن منظور، ۱۴۱۴: ۴۵۸/۱). بنابراین

همسر بودن موضوعیت دارد و به دختر هر زنی ولو مزنی بها باشد، ربیبه اطلاق نمی شود.

۱-۲. روایات

روایات به دو دسته تقسیم می شوند:

۱- روایاتی که در موضوعاتی خاص بیان شده اند و از آن ها قانون کلی استفاده کرده اند؛ مانند این روایات:

- «محمد بن مسلم از امام باقر یا امام صادق علیهما السلام نقل می کند که از حضرت درباره مردی سؤال شد که با زنی گناه کرده، آیا می تواند با دخترش ازدواج کند؟ حضرت فرمود: خیر»^۱ (طوسی، ۱۴۰۷: ۳۲۹/۷).

- «عیص بن قاسم روایت می کند که از امام صادق علیه السلام درباره مردی پرسیدم که با زنی مباشرت کرده و او را بوسیده، ولی به دخول منجر نشده است؛ آیا می تواند با دخترش ازدواج کند؟ فرمود: اگر با مادرش همبستر نشده، می تواند؛ ولی اگر همبستر شده، با دخترش ازدواج نکند»^۲ (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۴۲۴/۲۰).

- «منصور بن حازم از امام صادق علیه السلام روایت می کند درباره مردی که میان او و زنی گناهی واقع شده است، آیا می تواند با دخترش ازدواج کند؟ فرمود: اگر بوسه و مانند آن بوده، می تواند؛ ولی اگر آمیزش بوده، نمی تواند با دخترش ازدواج کند. اما اگر بخواهد، می تواند با خودش ازدواج کند»^۳ (همان).

۲- دسته دوم روایاتی است که در باب رضاع وارد شده و بنا بر قانون اولویت می توانند در بحث ما استفاده شود؛ مانند:

«محمد بن مسلم از امام باقر یا امام صادق علیهما السلام روایت می کند: از ایشان درباره مردی پرسیدم که با زنی گناه کرده، آیا می تواند با مادر یا دختر رضاعی آن زن ازدواج کند؟ فرمود: خیر»^۴ (همان: ۴۲۷/۲۰).

۱. «عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام أنه سئل عن رجل يفجر بامرأة، أيتزوج ابنتها؟ قال: لا».
۲. «ما عن العيص بن القاسم قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باشر بامرأة وقبل، غير أنه لم يفض إليها، ثم تزوج ابنتها؟ فقال: إن لم يكن أفضى إلى الأم فلا بأس، وإن كان أفضى إليها فلا يتزوج ابنتها».
۳. «عن منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل كان بينه وبين امرأة فجور، هل يتزوج ابنتها؟ فقال: «إن كان من قبله أو شبهها فليتزوج ابنتها، وإن كان جماعاً فلا يتزوج ابنتها، وليتزوجها هي إن شاء».
۴. «عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام قال: سألت عن رجل فجر بامرأة، أيتزوج أمها من الرضاة أو ابنتها؟ قال: لا».

۱-۱-۱-۱. نقد و بررسی

استناد به روایات هم برای اثبات انتشار حرمت در زنا کامل به نظر نمی‌رسد؛ زیرا مبتلا به معارض هستند و در مقابل این روایات، روایاتی وجود دارند که بر عدم انتشار حرمت و جواز ازدواج دلالت می‌کنند؛ مانند این روایات:

«سعید بن یسار می‌گوید: از امام صادق علیه السلام دربارهٔ مردی پرسیدم که با زنی گناه کرده، آیا می‌تواند با دخترش ازدواج کند؟ فرمود: آری ای سعید! زیرا حرام باعث افساد حلال نمی‌شود»^۱ (همان: ۴۲۵/۲۰).

«هشام بن مثنی از امام صادق علیه السلام روایت می‌کند که از آن حضرت دربارهٔ مردی سؤال شد که با زنی به صورت حرام بوده، آیا می‌تواند با او ازدواج کند؟ فرمود: آری، با مادر و دخترش هم می‌تواند»^۲ (همان).

۱-۱-۲-۱. بررسی وجوه جمع میان روایات

۱-۱-۲-۱-۱. بررسی دیدگاه صاحب جواهر

صاحب جواهر میان این دو دسته از روایات به سه وجه جمع کرده است (نجفی، بی‌تا:

۳۷۲/۲۹) که با توضیحی، این سه وجه را بیان می‌کنیم:

وجه اول: روایات حرمت ازدواج در فرضی است که میان زن و مرد رابطهٔ کامل جنسی برقرار شده است و روایات جواز ازدواج در فرضی است که میان آنها فقط خلوت یا لمسی بوده است؛ زیرا در روایات جواز ازدواج، به اتیان یا فجور تعبیر شده است که منظور مطلق گناه است نه خصوص آمیزش. مؤید این وجه حمل آن است که در روایت منصور بن حازم، حضرت به صراحت تفصیل می‌دهد که اگر بوسه یا لمس بوده، ازدواج جایز است؛ اما اگر آمیزش بوده، جایز نیست.

وجه دوم: روایات جواز ازدواج بر بعد از عقد و روایات حرمت ازدواج بر قبل از عقد حمل شود؛ یعنی اگر در مورد سؤال، مردی دختری را عقد کند و بعد از آن با مادر آن دختر زنا کند، زنا یا لاحق، عقد سابق را فاسد نمی‌کند، ولی اگر قبل از عقد

۱. «عن سعید بن یسار قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل فجر بامرأة، يتزوج ابنتها؟ قال: نعم يا سعید! إن الحرام لا يفسد الحلال».

۲. «عن هشام (هاشم) بن المثنی عن أبي عبد الله عليه السلام أنه سئل عن الرجل يأتي المرأة حرامًا أيتزوجها؟ قال: «نعم، وأمتها وبناتها».

دختر، با آن زن زنا کند، دیگر نمی‌تواند با دختر آن زن ازدواج کند.

وجه سوم: روایات حرمت ازدواج، نظر واقعی ائمه علیهم‌السلام بوده و روایات جواز ازدواج، حمل بر تقیه شوند؛ زیرا فقهای اهل سنت به قاعده «إِنَّ الْحَرَامَ لَا يَفْسُدُ (لَا يَحْرَمُ) الْحَلَالَ» که منقول از پیامبر صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم است، استناد می‌کنند.

ایشان بعد از بیان این وجوه می‌گویند: روایات مانعه از لحاظ سند و دلالت و تعداد روایت و تعداد عاملان قوی‌تر است و وجه سوم را که تقیه باشد، بهترین وجه جمع می‌شمارد. اما این کلام ایشان کامل نیست؛ زیرا روایات مجوزه، هم از لحاظ سندی و دلالتی کامل هستند و هم از لحاظ تعداد روایت یا تعداد عاملان به آن، کمتر از روایات مانعه نیستند و سه وجه جمع مطرح شده نیز هر کدام دارای اشکالاتی است:

اشکال وجه اول: اگر به تعبیر هر دو دسته از روایات دقت شود، تعبیر یکسانی دارند و فجور و اتیان، هم در روایات مانعه و هم در روایات مجوزه به کار برده شده‌اند؛ برای مثال از روایات مانعه در روایت محمد بن مسلم، و از روایات مجوزه در روایت سعید بن یسار، تعبیر به فجور (گناه) شده است، پس لسان هر دو دسته از روایات یکسان بوده و این تفصیل شاهد و قرینه‌ای ندارد. بنابراین، اینکه بگوییم منظور از فجور ما دون الجماع است، صحیح نیست.

اشکال وجه دوم: این تفصیل هم صحیح نیست؛ زیرا مورد سؤال در روایات این است که آیا مرد می‌تواند با مادر یا دختر زنی که با او زنا کرده، ازدواج کند؟ یعنی موضوع سؤال پیش از عقد است و بعد از زنا؛ زیرا حضرت به صراحت فرمود: «إِنَّ كَانُ جَمَاعًا»، یعنی اگر زنا اتفاق افتاده، و الان از حکم ازدواج با مادر یا دخترش می‌پرسد، و نمی‌توان تفصیل داد که اگر زنا بعد از عقد باشد، ازدواج آن‌ها جایز است و اگر قبل از عقد باشد، حرام است!

اشکال وجه سوم: اینکه اهل سنت به روایتی استناد می‌کنند که ائمه علیهم‌السلام هم به همان روایت استناد کرده‌اند، دلیل بر تقیه‌ای بودن آن نیست که فرمودید اهل سنت به قاعده «إِنَّ الْحَرَامَ...» استناد کردند که منقول از پیامبر است و در نتیجه آن را حمل بر تقیه کردید؛ زیرا در موارد زیادی، ائمه علیهم‌السلام و فقهای شیعه به قواعدی استناد می‌کنند که متن قاعده، نص کلام رسول خدا صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم است و دلیل بر تقیه‌ای بودن آن نمی‌شود،

همچون حدیث «علی الید ما أخذت حتی تؤدّیه» (همان: ۷۶/۳۷) و مانند آن. گذشته از این، خود اهل سنت هم در این باره نگاه یکسانی ندارند و همه آن‌ها جوازی نیستند تا مجبور شویم قانون «إِنَّ الْحَرَامَ لَا يَفْسُدُ الْحَلَالَ» را بر تقیه حمل کنیم. ضمن اینکه در ادامه بررسی خواهد شد که فقهای اهل سنت نیز مانند فقهای شیعه در این موضوع اختلاف نظر داشته و بسیاری از آن‌ها قائل به حرمت هستند و به این قاعده استناد نمی‌کنند؛ اگرچه شهرتی در میان علمای اهل سنت نسبت به ثبوت یا عدم ثبوت حرمت ثابت نیست.

۱-۲-۲-۱. بررسی دیدگاه آیه‌الله مکارم شیرازی

آیه‌الله مکارم در *انوار الفقاهه* (مکارم شیرازی، ۱۳۹۰: ۲/۲۴۴) وجه چهارمی بیان کرده و می‌گوید بهترین وجه و حتی تنهاترین وجه جمع، این وجه می‌باشد.

وجه چهارم: روایات جواز را بر حلیت، و روایات منع را بر کراهت حمل کنیم؛ زیرا قانون جمع دلالتی این است که اگر مطلبی، نص در جواز و ظهور در حرمت باشد، از باب تقدیم نص بر ظاهر و از آنجا که نهی فقط ظهور در حرمت دارد نه تعیین در آن، روایات مانع بر کراهت حمل می‌شود. در بحث ما نیز چون روایات جواز، به صراحت بر جواز ازدواج حکم می‌کند و روایات ناهیه در حرمت ظهور دارد، از این رو می‌توان روایات مانع را بر کراهت حمل کرد.

این وجه نیز کامل به نظر نمی‌رسد؛ زیرا در بعضی از روایات مانع، تعبیری آمده که امکان حمل بر کراهت را منتفی می‌کند مانند «فلیفارقها» که امر به مفارقت می‌کند و چون امر ظهور در وجوب دارد، عدم جدایی با کراهت سازگاری نداشته و ظهور در حرمت خواهد داشت؛ زیرا از این تعبیر معلوم می‌شود عقد آن‌ها باطل بوده و باید جدا شوند.

بنابراین با هیچ یک از این محامل چهارگانه نمی‌توان بین این روایات جمع کرد. در این صورت، دو حالت متصور خواهد بود: نخست اینکه بگوییم چون روایات مجوزه با ظاهر قرآن و آیه شریفه «وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ» (نساء/ ۲۴) موافق بوده، آن‌ها را مقدم کنیم؛ دوم اینکه بگوییم بعد از تعارض و تساقط هر دو دسته از روایات، به

عمومات حلّ و اصاله‌الحلّ رجوع کنیم. بنابراین می‌توان نتیجه گرفت که از طریق روایات نیز نمی‌توان انتشار حرمت را ثابت کرد.

۱-۱-۳. بررسی یک قاعده فقهی

بر اساس یک قاعده فقهی، هر رابطه‌ای که با حلال اثر دارد، از حرام هم اثر دارد؛ مانند رابطه در ایام حیض یا در حال احرام (علامه حلّی، ۱۴۱۳: ۵۴/۷). بنابراین اگر رابطه جنسی حلال با زنی موجب حرمت ازدواج با مادر یا دختر او می‌شود، رابطه جنسی حرام نیز همین اثر را دارد. علامه از این قانون استفاده کرده و می‌خواهد قانون کلی انتشار حرمت در هر زنايي را ثابت کند.

اما این قاعده کلیت ندارد و موارد نقضی دارد که به چند مورد اشاره می‌کنیم: الف) اگر زنی رابطه حلال داشته و طلاق بگیرد، واجب است عده نگه دارد (نجفی، بی‌تا: ۲۱۹/۳۲)؛ ولی اگر زنا کند، عده لازم نیست (موسوی خویی، ۱۴۲۷: ۳۴۳/۳).

ب) اگر مردی زنش را طلاق سوم دهد و مردی با آن زن زنا کند، شوهر آن زن نمی‌تواند با او ازدواج کند، ولی اگر مرد دیگری او را عقد کرده و رابطه برقرار کرده و طلاق دهد، می‌تواند (نجفی، بی‌تا: ۱۶۱/۳۲).

ج) اگر مردی زنی را عقد کند و رابطه حلال ایجاد کند، قبل از طلاق آن زن نمی‌تواند با خواهرش ازدواج کند؛ ولی اگر با زنی زنا کند، قبل از استبراء می‌تواند با خواهرش ازدواج کند (موسوی خویی، ۱۴۱۸: ۳۶۰/۳۲). بنابراین در آثار فقهی، رابطه حلال و حرام همه جا یکسان نیست.

۱-۱-۴. قائلان به انتشار حرمت

با وجود مناقشه در ادله انتشار حرمت، فقهایی به انتشار حرمت در زنا قائل هستند؛ مانند شیخ طوسی در *المبسوط* (طوسی، ۱۳۸۷: ۲۰۲/۴) و حلبی در *کافی* (ابوصلاح حلبی، ۱۴۰۳: ۲۸۶) و قاضی ابن براج در *المهذب* (ابن براج طرابلسی، ۱۴۰۶: ۱۸۸/۲) و ابن حمزه که تصریح می‌کند هر وطی حرامی موجب انتشار حرمت است (ابن حمزه طوسی، ۱۴۰۸: ۲۹۴). در مقابل، مخالفان انتشار حرمت هم به ادله‌ای استناد می‌کنند:

۱- اصالة الاباحه: می‌گویند هر فعلی حلال است، مگر حرمت آن با دلیل معتبر ثابت شود و ازدواج بعد از زنا هم تحت این قاعده می‌باشد (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۵۲۳/۲). اشکال این وجه آن است که زمانی می‌توان به اصالة الاباحه استناد کرد که هیچ دلیل معتبری برای حرمت نباشد و روایات ناهیه، یا جواب داده شوند یا در تعارض با روایات مجوزه به تساقط قائل شویم.

۲- عمومات قرآنی مانند آیه شریفه ﴿وَأَجَلٌ لَّكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾ (نساء/ ۲۴) و ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ (نساء/ ۳) که خداوند متعال در این آیات، غیر از موارد شمرده شده، ازدواج با بقیه زنان را آزاد می‌کند و زن مزنی‌بها یا دختر و مادر او جزء موارد ممنوعه شمرده نشده و ازدواج با آنها بر اساس این عمومات آزاد است (همان).

استناد به این آیه شریفه برای اثبات عدم انتشار صحیح نیست؛ زیرا موارد حرمت ازدواج، به موارد شمرده شده در این آیه منحصر نبوده و مواردی نیز در روایات بیان شده است، مانند حرمت ازدواج لائط با خواهر و مادر لواط شده و حرمت ازدواج زانی با زانیه ذات‌البعل یا معتده و امثال آن.

۳- روایات دال بر جواز ازدواج که چند نمونه از آنها در صفحات پیشین بیان شد. در پاسخ باید گفت همان طور که در بررسی روایات مانعه بحث شد، روایات از هر دو طرف، به معارض مبتلا بوده و قابل استناد نیستند؛ مگر اینکه بگوییم روایات مجوزه دارای ترجیح به موافقت کتاب هستند، چون با آیات ذکر شده در بالا موافق‌اند.

۴- چون زنا هیچ حرمت و ارزشی ندارد، هیچ آثاری هم ندارد (صیمیری بحرانی، ۱۴۲۰: ۵۲/۳).

این وجه هم صحیح به نظر نمی‌رسد؛ زیرا زنا با عمه و خاله به اجماع موجب حرمت ازدواج با دختر عمه یا خاله می‌شود (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۳۲۸/۱۲) یا زنا در حال عدۀ رجعی به اجماع موجب حرمت ابدی است (نجفی، بی‌تا: ۴۳۰/۲۹). بنابراین انکار اثر زنا چون حرمتی ندارد، صحیح نیست.

۱-۱.۵. قائلان به عدم انتشار حرمت

شیخ مفید تصریح می‌کند که اگر کسی با زنی زنا کند، می‌تواند با مادر و دختر آن

زن ازدواج کند و فرقی ندارد که زنا بعد یا قبل از عقد اتفاق افتاده باشد (مفید، ۱۴۱۳: ۵۰۴) و سید مرتضی هم تصریح می‌کند که زنا موجب انتشار تحریم نیست (شریف مرتضی علم‌الهدی، ۱۴۱۷: ۳۱۸، مسئله ۱۴۹: ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۵۲۳/۲).

به نظر می‌رسد نظر و ادله هیچ یک از طرفین کامل نیست؛ به این بیان که در بحث انتشار یا عدم انتشار حرمت در زنا، نمی‌توان به صورت قانون کلی به انتشار یا عدم انتشار حکم داد و در هر موضوعی باید موردی بحث کرد. برای مثال در بحث زنا با خاله نص داریم که موجب انتشار حرمت بوده و زانی نمی‌تواند با دختر وی ازدواج کند که فقها با تنقیح مناط، عمه را نیز داخل در حکم کرده‌اند و این مسئله میان فقها اتفاقی است (نجفی، بی‌تا: ۳۶۶/۲۹) و یا در زنا با زن در عده رجعیه بالاجماع موافق هستند که موجب حرمت ابدی می‌شود (همان: ۴۳۰/۲۹) و به نظر مشهور، در زنا با زن شوهردار هم حکم همین جاری است (همان: ۴۴۶/۲۹) و یا حرمت ازدواج فاعل با خواهر و مادر مفعول در لواط (همان: ۴۴۷/۲۹). ولی در غیر از موارد اتفاقی یا منصوص باید به عموماًت حلّ مراجعه کرد و به راحتی نمی‌توان حکم به انتشار حرمت داد.

۱-۱-۶. بررسی اقوال اهل سنت

این مسئله میان علمای اهل سنت نیز اختلافی است. جزیری در کتاب *الفقه علی المذاهب الاربعه* قائل است که حنبلی‌ها و حنفی‌ها به ثبوت انتشار حرمت معتقد هستند و شافعی‌ها و مالکی‌ها به عدم انتشار حرمت (جزیری، ۱۴۱۹: ۶۸/۴-۶۵). ولی به نظر می‌رسد که اختلاف نظرهایی میان فقهای مذاهب وجود دارد و این برداشت ایشان کامل نیست که به همه اقوال مذاهب اشاره می‌کنیم.

از حنفی‌ها ابن نجیم در *البحر الرائق* به ثبوت تصریح می‌کند (ابن نجیم مصری، بی‌تا: ۱۰۵/۳) و از حنبلی‌ها بهوتی در *کشاف القناع* (بهوتی حنبلی، بی‌تا: ۷۰/۵). ولی از شافعی‌ها زکریا انصاری در *اسنی المطالب* می‌گوید: «احکام مصاهره با زنا و لواط ثابت نمی‌شود؛ زیرا حرام حرمتی ندارد» (زکریا انصاری، بی‌تا: ۱۵۰/۳) و رافعی قزوینی در *العزیز شرح الوجیز* نیز همین مطلب را بیان می‌کند (رافعی قزوینی، ۱۴۱۷: ۳۶/۸ و ۴۲۳/۹).

ابن شرف نووی در *المجموع توضیح مفیدی* در این موضوع ارائه داده و نظر خود را

که عدم حرمت است، با دلیل بیان می‌کند و می‌گوید:

«عمرانی در البیان می‌گوید: اگر با زنی زنا کند، تحریم مصاهره با این عمل ثابت نمی‌شود؛ پس برای زانی، زن زانیه و مادر و دخترش حرام نمی‌شوند و همچنین برای پدر و پسر زانی، زن زانیه حرام نمی‌شود و همچنین اگر به جای زنا بوسه شهوتی کند یا لمس نماید یا به فرجش نگاه کند».

وی در ادامه می‌افزاید:

«اوزاعی و احمد انفراد معتقدند که دختر و مادر ملوط بر لائط حرام می‌شوند. ابوحنیفه هم می‌گوید: اگر زنی را با شهوت بیوسد یا لمس حرام نماید یا به فرجش بنگرد، تحریم مصاهره به آن تعلق می‌گیرد و اگر مادر زنش را بیوسد، نکاح زنش فسخ می‌شود و اگر مردی عروسش را بیوسد، نکاح پسر با عروسش فسخ می‌شود... دلیل بر مدعای من (عدم ایجاد حرمت) قول خداوند است که می‌فرماید: ﴿وَأَجَلٌ لَّكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾ (نساء / ۲۴) و همچنین: ﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا﴾ (فرقان / ۵۴). بنابراین خداوند متعال مصاهره را در موضع نسب ثابت می‌کند و چون با زنا نسب ثابت نمی‌شود، پس مصاهره هم ثابت نمی‌گردد» (نووی، بی‌تا: ۲۲۱/۱۶).

در نتیجه می‌توان گفت که در فقه شافعی، زنا موجب انتشار حرمت نیست.

حنبل‌ها هم در این زمینه اتفاق نظر ندارند و بهوتی در حاشیه الروض المربع به اختلاف نظر در این مورد پرداخته و می‌گوید:

«کسی که با زنی زنا کند یا وطی به شبهه کند، مادر و دخترش بر وی حرام می‌شود و آن زن هم بر پدر و پسر زانی حرام می‌شود که البته این مذهب ابوحنیفه است و بر اساس دیدگاهی دیگر حرام نمی‌شود؛ به خاطر اینکه حرام، حلال را حرام نمی‌کند» (عاصمی نجدی، ۱۳۹۷: ۲۹۲/۶).

دیدگاه مالکی‌ها نیز درباره این موضوع یکسان نیست. دسوقی در الشرح الکبیر

می‌گوید:

«در مورد انتشار حرمت با زنا اختلاف است و به نظر من باعث حرمت ابدی نمی‌شود. پس برای کسی که با زنی زنا کرده، جایز است که با اطرافیانش ازدواج کند و همچنین پسر و پدرش می‌توانند با زانیه ازدواج کنند» (دسوقی مالکی، بی‌تا: ۲۵۱/۲).

ابوعبدالله مالکی در منح الجلیل به اقوال سه گانه حرمت و عدم حرمت و کراهت

اشاره می‌کند (علیش، ۱۴۰۹: ۳/۳۳۰). قاضی عبدالوهاب تنها به نقل آراء پرداخته، نظر مذهب مالکی را بیان نمی‌کند. وی در کتاب *الاشراف علی نکت مسائل الخلاف* می‌گوید:

«انتشار حرمت منسوب به ابوحنیفه است و عدم انتشار حرمت منسوب به شافعی. وجه ثبوت انتشار حرمت این است که هر تحریمی که به حلال تعلق دارد، به حرام هم تعلق دارد و در وجه عدم ثبوت انتشار حرمت می‌گوید به خاطر قانون "الحرام لا یحرّم الحلال"» (بغدادی مالکی، ۱۴۲۰: ۲/۷۰۴).

در نتیجه می‌توان گفت که مسئله انتشار حرمت با زنا در فقه شیعه و فقه اهل سنت اتفاقی نیست.

۲-۱. ثبوت یا عدم ثبوت حقیقت شرعیه

یکی از مباحث بحث برانگیز و اختلافی که ثمرات فقهی زیادی هم دارد، بحث «ثبوت یا عدم ثبوت حقیقت شرعیه» است. برخی فقها منکر ثبوت حقیقت شرعیه‌اند؛ مانند مقدس اردبیلی (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۶/۵۳ و ۹/۳۴۳) و صاحب معالم (حسن بن الشهید الثانی، ۱۳۷۶: ۵۰) و محمدتقی نجفی اصفهانی در *هدایة المسترشدين* (رازی نجفی اصفهانی، ۱۴۱۲: ۱) تا جایی که محقق نائینی اصلاً این بحث را در *فوائد الاصول* مطرح نکرده است. آیه‌الله خوبی در تبیین این بحث می‌گوید:

«اگرچه کبرای ثمره مطرح شده را [که الفاظ صادر از لسان پیامبر ﷺ در صورت ثبوت حقیقت شرعیه و شک در معنای لغوی و اصطلاحی بودن آن، حمل بر معنای اصطلاحی می‌شود] قبول داریم، ولی اصلاً نیازی به طرح این بحث نیست؛ زیرا شکی در اصطلاحی شدن این الفاظ نداریم؛ چون روایات فقهی از پیامبر ﷺ، یا از طریق غیر اهل بیت ﷺ منقول‌اند که حجت نیستند یا از طریق اهل بیت ﷺ رسیده‌اند که یقیناً حقیقت شرعی شده‌اند» (موسوی خوبی، ۱۴۱۷: ۱/۱۲۶).

امام خمینی نیز همین نظر را دارد (موسوی خمینی، ۱۴۲۳: ۱/۴۶). نظر این گروه از فقها آن است که چون الفاظ شرعی رسیده از اهل بیت ﷺ بسیار واضح بوده و شکی در نقل یا عدم نقل از معنای لغوی نداریم، از این رو طرح این بحث بی‌فایده یا کم‌فایده است. در مقابل، برخی فقها مانند آیه‌الله مکارم شیرازی می‌گویند این طور نیست که همه الفاظ فقهی روشن باشد و شکی در نقل از معنای لغوی و ثبوت حقیقت شرعی

نداشته باشیم؛ بلکه الفاظ فقهی در روایات سه دسته‌اند: برخی در زمان خود پیامبر ﷺ حقیقت شده‌اند، برخی در زمان صادقین (علیهم‌السلام)، و برخی هم حتی حقیقت شدنشان در زمان صادقین (علیهم‌السلام) نیز مسلم و روشن نیست و هنوز می‌توان شک کرد که معنای لغوی یا اصطلاحی آن منظور است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۸: ۱۰۰/۱).

در بحث ما نیز آیه شریفه ۲۲ سوره نساء می‌فرماید: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾. حال اگر قائل به حقیقت شرعی شویم، منظور معنای اصطلاحی «نکاح» بوده و فقط عقد شرعی را در بر می‌گیرد، یعنی معقود پدر بر شما حرام است؛ ولی اگر به حقیقت شرعی قائل نشده و استصحاب عدم نقل جاری کرده و بگوییم که همان معنای لغوی مدنظر است، مقصود مدخول پدر یا شخص زانی است؛ زیرا در لغت، «نکاح» یعنی «دَحَلَ» و مطلق دخول را می‌گویند (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۶۲۶/۲).

علامه در *مختلف الشیعه* این بحث را مطرح کرده و می‌گوید:

«قائلان به حرمت ازدواج، نظرشان این است که در لغت، از نکاح وطی اراده شده است و اجماعاً در لغت، همین معنا مراد است، پس در شرع نیز همین معنا باید اراده شود؛ زیرا اگر معنای دیگری مقصود باشد، اشتراک لازم می‌آید و در بعضی از آیات که صحبت از نکاح و طلاق آمده [مانند آیه ۴۹ احزاب] و مسلماً معنای اصطلاحی نکاح منظور است، استعمال مجازی است نه حقیقی؛ زیرا عقد هم منتهی به وطی می‌شود، بنابراین به عقد مجازاً نکاح گفته می‌شود. و اگر هم بر حقیقت شرعی بودن آن اصرار داشته باشید، مانعی ندارد که در بعضی از استعمالات مانند آیه مدنظر ما، معنای لغوی آن مقصود باشد» (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۵۵/۷-۵۶).

صاحب جواهر نیز به این نظر تمایل دارد (نجفی، بی‌تا: ۵/۲۹).

از اهل سنت هم سرخسی در *المبسوط* تصریح می‌کند که نکاح، حقیقت در وطی است (شمس‌الائمه سرخسی، ۱۴۱۴: ۲۰۵/۴).

در مقابل، ابن ادریس چنین استدلالی را تمسک به خانه عنکبوت دانسته، می‌گوید: «اگر کلمه‌ای، هم معنای عرفی و هم معنای شرعی داشته باشد، باید بر معنای شرعی آن حمل شود و شکی نیست که معنای شرعی نکاح، عقد است و این معنا مانند نسخ می‌ماند که معنای لغوی آن را از بین می‌برد. بنابراین به وطی حرام در عرف، شرع و استعمالات آن نکاح گفته نمی‌شود» (ابن ادریس حلی، ۱۳۸۷: ۲۲۱/۱۱).

به نظر می‌رسد که حق با ابن ادریس باشد؛ زیرا اولاً اگر معنای لغوی نکاح در استعمالات قرآنی و روایی منظور باشد، در بعضی آیات به مشکل برخوردیم خورد؛ مانند آیه شریفه ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ (نساء/۳) که در این صورت معنای آیه چنین می‌شود: هر چهقدر دوست دارید با زنان آمیزش کنید! ثانیاً در آیه شریفه ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ (نساء/۲۲) باید وحدت سیاق حفظ شود و نمی‌توان «ولا تنکحو» را بر معنای اصطلاحی و «ما نکح» را بر معنای لغوی حمل کرد. توضیح اینکه در این آیه شریفه اگر طبق بیان علامه، منظور از «نکح» معنای لغوی آن باشد، ترجمه آیه چنین می‌شود: با زن‌هایی که پدران شما با آن‌ها رابطه داشته‌اند، مقاربت نکنید! در حالی که در حرمت زنا و مقاربت بدون عقد، فرقی میان مدخول پدر یا زن دیگر نبوده و هر دو حرام هستند. بنابراین سه احتمال مطرح خواهد بود: ۱- در هر دو کلمه، معنای اصطلاحی منظور است؛ ۲- در کلمه اول معنای اصطلاحی و در کلمه دوم معنای لغوی مدنظر است؛ ۳- هر دو در آن واحد مقصود هستند؛ یعنی هم معقود پدر و هم مدخول پدر حرام است. اما باید گفت که چاره‌ای جز قائل شدن به احتمال اول نیست؛ زیرا احتمال دوم باطل است، چرا که دلیلی بر این تفصیل نداریم و به خاطر وحدت سیاق باید بگوییم که در هر دو، یک معنا مدنظر است و احتمال سوم نیز جایز نیست؛ زیرا مستلزم استعمال یک لفظ در دو معنا خواهد بود که به نظر اکثریت قریب به اتفاق فقها جایز نیست. ثالثاً پیامبر ﷺ در حدیثی که خود علامه در همان کتاب *مختلف الشیعه* و چند صفحه قبل از این بحث آورده است، می‌فرماید:

«أیما رجل نکح امرأة ودخل بها، لا یحلّ له نکاح ابنتها» (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۴۹/۷)؛ اگر مردی زنی را عقد کند و به او دخول نماید، جایز نیست دخترش را عقد کند.

حال اگر «نکح» به معنای لغوی و دخول است و با صرف دخول، انتشار حرمت لازم می‌آید، تکرار کلمه «دخل بها» لازم نبود و همان کلمه «نکح امرأة»، مقصود را می‌رساند. از این رو در تمام استعمالات قرآنی از این کلمه، معنای اصطلاحی آن منظور است؛ همان طور که در *لسان العرب* هم در ردّ ادعای لغوی بودن معنای نکاح آمده است که همه استعمالات قرآنی به معنای تزویج یعنی عقد می‌باشد (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۶۲۶/۲). راغب اصفهانی هم در *مفردات* همین نظر را دارد و می‌گوید:

«اصل در نکاح به معنای عقد می‌باشد و از باب استعاره در مورد وطی به کار می‌رود و محال است که اصل آن برای جماع باشد و [به صورت] استعاره‌ای برای عقد به کار رود و محال است که اول برای جماع وضع شده باشد و پس از آن به استعاره در عقد به کار رفته باشد؛ زیرا نام‌های جماع همه کنایات اند و عرب، تصریح به آن را قبیح می‌داند، و این غیر ممکن است که با لفظ قبیح از غیر قبیح تعبیر آورند؛ یعنی لفظی را که برای جماع وضع شده است، در عقد خواندن به کار برده باشند» (راغب اصفهانی، ۱۴۲۶: ۸۲۳).

بنابراین نتیجه می‌گیریم که منظور از «نکح»، همان معنای اصطلاحی بوده و مقصود از «ما نکح» یعنی معقود پدر.

۲. حکم فقهی ازدواج پسر یا پدر زانی با زانیه

با بررسی این دو مبنای فقهی و اصولی اثرگذار در بحث ما، تا کنون حرمت ازدواج پسر زانی با مدخول پدر ثابت نشد. حال به بررسی روایات وارده در این بحث و نظر فقها پرداخته و نظر اصح را با دلیل بررسی می‌کنیم.

۱-۲. بررسی روایات وارده

در این زمینه، ۷ روایت داریم که فقط به ۲ روایت اشاره می‌کنیم:

روایت اول

«ابوبصیر می‌گوید: از حضرت پرسیدم مردی که با زنی زنا کرده، آیا آن زن بر پسر آن مرد حلال است؟ یا اگر پسری با زنی زنا کرده، آن زن بر پدر زانی حلال است؟ فرمود: اگر پدر یا پسر، آن زن را مس کرده باشند، حلال نمی‌شود»^۱ (حزّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۰/۴۳۱).

روایت دوم

«علی بن جعفر نقل می‌کند: از امام کاظم علیه السلام پرسیدم مردی که با زنی زنا کرده، آیا

۱. «عن محمد بن عمیر عن أبي بصير قال: سألته عن الرجل يفجر بالمرأة أو تحل لابنه؟ أو يفجر بها الابن أو تحل لأبيه؟ قال: لا، إن كان الأب أو الابن مسها واحد منهما فلا تحل».

حلال است پسرش با آن زن ازدواج کند؟ فرمود: «خیر»^۱ (همان).

این روایات صحیح‌السند بوده و مورد عمل فقها در کتب فقه استدلالی است که آیه‌الله مکارم شیرازی در کتاب نکاح خود به این مطلب تصریح می‌کند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ۱۳۴/۳) و آیه‌الله فاضل در *تفصیل الشریعه* (فاضل موحدی لنکرانی، ۱۴۲۱: ۲۲۹). این دو روایت از لحاظ دلالتی نیز در موضوع بحث ما صراحت دارند و حتی اگر کسی مبنای عدم انتشار حرمت در زنا را داشته باشد، به خاطر صراحت در روایات باید تعجباً آن را بپذیرد. تنها مشکل این روایات، ابتلای آن به یک معارض می‌باشد که باید رفع تعارض شود و آن روایتی از زراره است که می‌گوید:

«اگر مردی با زن یا کنیز پدر خود زنا کند، باعث نمی‌شود که آن زن بر شوهرش یا صاحبش حرام شود و زمانی حرام می‌شود که آن جاریه [یا زن] برای فاعل حلال بوده، دیگر بعد از آن برای پدر یا پسر حلال نمی‌شود»^۲ (حزّ عاملی، ۱۴۰۹: ۴۱۹/۲۰).

مطلبی که باعث تعارض می‌شود، حصری است که توسط «إِنَّمَا» بیان شده است؛ یعنی فقط در صورتی که رابطه حلال باشد، موجب ایجاد تحریم می‌گردد که مفهوم آن گویای این مطلب است که در صورت حرام بودن رابطه، انتشار حرمتی نخواهد بود و در علم اصول ثابت شده است که حصر با «إِنَّمَا» دارای مفهوم می‌باشد.

این تعارض به چند صورت حل می‌شود:

۱- این روایت واحد بوده و در مقابل آن ۷ روایتی که دو نمونه از آن‌ها ذکر شد، که هم شهرت عملی دارند (و آیه‌الله مکارم شیرازی در کتاب نکاح خود تصریح کرده‌اند که مورد عمل اصحاب‌اند و قبلاً بیان شد) و هم شهرت روایی دارند، قدرت تعارض ندارد.

۲- کسی از فقها طبق مضمون این روایت در قبال روایات تحریم فتوا نداده است؛ زیرا علامه هم که در *ارشاد قائل* به عدم انتشار است، فتوای خود را مستند به این روایت

۱. «عن علی بن جعفر عن أخیه موسی بن جعفر رضی الله عنهما قال: سألته عن رجل زنا بامرأة، هل یحلّ لابنه أن یتزوجها؟ قال: لا.»

۲. «قال أبو جعفر رضی الله عنهما: إن زنا رجل بامرأة أیهة أو بجارية أیهة فإنّ ذلك لا یحرّمها علی زوجها ولا یحرّم الجارية علی سیدها. إنّما یحرّم ذلك منه إذا أتى الجارية وهي له حلال، فلا تحلّ تلك الجارية لابنه ولا لأیهة.»

نکرده است، از این رو در عمل مطرود می‌باشد.

۳- در قسمت اول روایت، صحبت از همسر و جاریه است، ولی ذیل روایت که محل استناد ماست، فقط از جاریه بحث شده است؛ از این رو می‌توان گفت که این حصر در مورد جاریه بوده و به غیر آن نمی‌توان تعمیم داد.

به هر حال شهرت عملی و روایی با روایات تحریم بوده و همه فقها (جز علامه در *ارشاد الاذهان*) طبق مضمون آن فتوا داده و قائل به انتشار تحریم شده‌اند؛ از این رو می‌توان گفت که در فقه شیعه، انتشار حرمت در زنای پدر برای ازدواج پسر قطعی می‌باشد.

۱-۱-۲. دیدگاه فقهای اهل شیعه

با وجود این روایات، همه فقهای شیعه (جز علامه در *ارشاد الاذهان*) به ایجاد تحریم قائل شده و به انتشار تحریم فتوا داده‌اند؛ مانند شیخ طوسی (طوسی، ۱۴۰۰: ۴۵۲)، حلبی (ابوصلاح حلبی، ۱۴۰۳: ۲۸۶)، قاضی ابن براج (ابن براج طرابلسی، ۱۴۰۶: ۱۸۳/۲)، صاحب *ریاض* (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۱۹۳/۱۱؛ همو، ۱۴۱۹: ۳۳۳/۲)، سید مجاهد (مجاهد طباطبایی حائری، بی‌تا: ۵۳۶)، نراقی (نراقی، ۱۴۱۵: ۳۴۴/۱۶)، امام خمینی (موسوی خمینی، ۱۴۱۷: ۲۴۸/۲)، آیات عظام خویی و وحید خراسانی (موسوی خویی، ۱۴۲۷: ۳/۳۰۰) و آیه‌الله سیستانی (حسینی سیستانی، ۱۴۱۷: ۵۹/۳).

در مقابل این اتفاق نظر، فقط علامه در *ارشاد الاذهان* قول دوم را اختیار کرده و حکم به عدم تحریم داده است (علامه حلّی، ۱۴۱۰: ۲۱/۲). این نظر از ایشان بسیار جای تعجب دارد؛ زیرا ایشان در بحث حقیقت شرعیه اصرار داشت که «نکح» معنای لغوی بوده و شامل وطی می‌شود و در آیه «وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ» (نساء/۲۲)، منظور موطوء پدر است. طبق این مبنا علی‌القاعده باید به تحریم حکم دهد، البته به قول تحریم هم اشاره می‌کند و همچنین در کتب دیگر فقهی، قائل به تحریم است (همو، ۱۴۱۳: ۵۵-۵۶/۷).

با توجه به مخالفت کلام علامه در کتاب‌های معتبر دیگر وی و اتفاق نظر همه فقهای شیعه می‌توان گفت که این مسئله میان فقهای شیعه اتفاقی است.

۲-۱-۲. نظر فقهای اهل سنت

ولی فقهای اهل سنت درباره این موضوع اتفاق نظری ندارند و عده کمی از فقهای اهل سنت قائل به حرمت هستند که به تفصیل مذاهب به مبانی و آراء آنها اشاره می‌کنیم:

۲-۱-۲-۱. حنبلی

از حنبلی‌ها این قدامه در *المعنی* به این بحث پرداخته و به تحریم حکم داده است و دلیل خاصی در این موضوع مطرح نمی‌کند؛ بلکه این بحث را بر کبرای انتشار حرمت تطبیق می‌دهد و چون قائل است هر چیزی که با رابطه حلال موجب انتشار حرمت است، با حرام نیز می‌باشد، از این رو در این موضوع نیز به حرمت فتوا می‌دهد و تصریح می‌کند که مستند ما در این بحث، آیه شریفه «وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ» (نساء/ ۲۲) می‌باشد (ابن قدامه مقدسی، ۱۳۸۸: ۱۱۷/۷) و مرداوی در *الانصاف فی معرفة الراجح من الخلاف* دقیقاً به همین کیفیت استدلال می‌کند (مرداوی، بی‌تا: ۱۱۸/۸). لذا برای خصوص موضوع مستندی ارائه نکرده و فقط تطبیق به قانون کلی انتشار حرمت می‌کنند.

۲-۱-۲-۲. حنفی

از حنفی‌ها کاسانی در *بدائع الصنائع* به آیه شریفه «وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ» (نساء/ ۲۲) استناد کرده، می‌گوید:

«چون نکاح، هم به عقد و هم به وطی گفته می‌شود، هم معقود پدر بر پسر حرام است و هم مدخول او».

و در ادامه می‌گوید که این ادله در مورد معقود پدر است و رابطه فاسد (زنا) هم همین اثر را اجماعاً دارد و مستند ایشان در بحث انتشار حرمت با زنا در این بحث فقط اجماع است (کاسانی حنفی، ۱۴۰۶: ۲۶۰/۲).

همچنین سرخسی در *المبسوط* در رد نظر شافعی چنین اشاره می‌کند:

«نکاح، حقیقت در وطی است و به تصریح این آیه، موطوء پدر بر پسر حرام است و این مطلب خبر واحد یا قیاس نیست و بلکه نص کلام خداوند می‌باشد».

و در توضیح این مطلب اشاره می‌کند که همه فقها از این آیه، حرمت مملوک پدر بر پسر را استفاده کرده‌اند و چون «نکح» به وطی هم اطلاق می‌شود، پس در حرمت زانیه بر پسر زانی هم باید همین مطلب را قائل شد (شمس‌الائمه سرخسی، ۱۴۱۴: ۲۰۵/۴).

۲-۲-۳. شافعی

در بحث انتشار حرمت معلوم شد که شافعی‌ها قاطعانه به عدم ثبوت انتشار قائل هستند و در موضوع بحث ما نیز به عدم ثبوت حرمت قائل هستند. خود شافعی در *الأمم* می‌گوید:

«اگر سؤال شود که نکاح هم به عقد گفته می‌شود و هم به وطی، پس چرا در عقد باعث تحریم می‌شود، ولی در زنا نمی‌شود؟ در پاسخ می‌گوییم که خداوند به نکاح امر کرده و آن را سببی برای نسل و صهر و الفت و ارث و نفقه و مهر و اطاعت زوج و... قرار داده است، ولی زنا را حرام کرده و فرموده است: ﴿وَلَا تَقْرُبُوا الزَّوَاجَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾ (اسراء/ ۳۲)؛ پس رابطه حلال حمد شده و رابطه حرام رجم شده است» (شافعی، ۱۴۱۰: ۱۶۴/۵-۱۶۵).

همچنین نووی در *المجموع* برای عدم حرمت به آیه شریفه ﴿وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾ (نساء/ ۲۴) و آیه شریفه ﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا﴾ (فرقان/ ۵۴) استناد کرده، می‌گوید:

«خداوند صهر [سبب] را در کنار نسب ذکر کرده و در جایی که نسب را ثابت می‌کند، سبب را ثابت می‌کند و وقتی با زنا نسبی ثابت نمی‌شود، طبیعتاً سببی هم ثابت نخواهد شد».

و همچنین به روایت «لا یحرم الحرام الحلال» (ابن ماجه قزوینی، بی‌تا: ۶۴۹/۱) استناد می‌کند (نووی، بی‌تا: ۲۲۱/۱۶).

۲-۲-۴. مالکی

در بحث انتشار حرمت بیان شد که مالکی‌ها در این موضوع وحدت نظری ندارند. چنانچه لخمی در کتاب *التبصره* به این اختلاف نظر اشاره کرده، می‌گوید:

«مالک در *الموطأ* می‌گوید: اگر با زنی زنا کند، پسرش اگر بخواهد، می‌تواند با او

ازدواج کند؛ و در المدونه می گوید: این ازدواج مکروه است؛ و در کتاب ابن حیب می گوید: حرام است» (ربعی لخمی، ۱۴۳۲: ۲۰۷۴/۵).

نفرای مالکی در الفواکه الدوانی عدم تحریم را به مشهور مذهب مالکی و خود امام مالک نسبت می دهد، ولی در همان کتاب، نقل قول هایی می آورد که قائل هستند مالک از این نظر برگشته و به حرمت قائل شده است (نفرای مالکی، ۱۴۱۵: ۱۹/۲). بنابراین هر دو نظر منسوب به مالک و مذهب مالکی است. با بررسی اقوال مذاهب اربعه اهل سنت معلوم شد که هر دو نظر، قائلان زیادی دارد و هر کدام هم نظر خود را به قرآن نسبت می دهند.

۳. دیدگاه برگزیده

با توجه به روایات و نصوص وارد شده در این موضوع که به صراحت به تحریم حکم داده اند، نظر عدم تحریم فقهای اهل سنت صحیح به نظر نمی رسد؛ به ویژه اینکه دلیل و مستند محکمی هم ندارند. دلیل شافعی بر عدم تحریم این است که خداوند حلال را ارج و احترام نهاده تا نعمت هایش افزایش یابد و حقوقی بر آن بار می شود که قبلاً نبوده، ولی در فعل حرام چنین حرمت و احترام و احکامی وجود ندارد (شافعی، ۱۴۱۰: ۱۶۴/۵). این دلیل، اجتهاد به رأی بوده و استنباط حکم الهی با ظن و نظر شخصی است، بنابراین هیچ ارزش فقهی ندارد.

دلیل ابوزکریا هم آیات شریفه «وَأَجَلٌ لَّكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ» (نساء/ ۲۴) و «وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا» (فرقان/ ۵۴) می باشد؛ به این بیان که قرآن بعد از شمارش زن هایی که ازدواج با آن ها حرام است، می فرماید غیر از این موارد بیان شده بر شما حلال است. به این استدلال پیشتر پاسخ دادیم که موارد حرام شده به این آیه شریفه منحصر نمی باشد، به گونه ای که ازدواج با هر زنی که در این آیه بیان نشده، حلال باشد؛ مانند خواهر و مادر پسری که با او لواط شده یا زنی که در حال احرام عقد شده یا زن پنجم یا زن مشرک و... در مورد آیه دوم چنین استدلال می کند که چون در زنا، نسب ثابت نمی شود، پس صهر و تحریم هم ثابت نمی شود؛ در حالی که موضوع بحث آیه خلقت، انسان می باشد و اینکه چگونه از آبی بی ارزش خلق شده و با نسب و صهر

(سبب و نسب) از تنهایی خارج شده است و در صدد بیان تحریم ازدواج ... نیست؛ یعنی آیه شریفه از این جهت اصلاً در مقام بیان نیست.

یکی دیگر از ادله‌ای که بسیاری از قائلان به عدم حرمت به آن استناد می‌کنند، حدیثی از پیامبر ﷺ می‌باشد: «الحرام لا یحرم الحلال» (حز عاملی، ۱۴۰۹: ۴۲۶/۲۰؛ ابن ماجه قزوینی، بی‌تا: ۶۴۹/۱)؛ یعنی فعل حرام موجب تحریم حلالی نمی‌شود. در پاسخ باید گفت مقصود از این روایت آن است که حرام بعدی، حلال سابق را حرام نمی‌کند؛ از این رو زنا یا لواط اگر بعد از عقد باشد، هیچ آسیبی به عقد سابق نمی‌زند و همچنین آمیزش در حال حیض یا احرام که حرام است، موجب انحلال عقد نیست و حتی زنا با زن موجب تحریم عقد با وی نمی‌شود، مگر در مواردی معدود (زنا با زن شوهردار آن هم طبق قولی و زنا با زن در حال عده طلاق رجعی). بنابراین با توجه به تصریح روایات بر حرمت چنین ازدواجی و نیز اجماع فقهای شیعه و همچنین محکم نبودن ادله قائلان به عدم حرمت، حرمت چنین ازدواجی مسلم بوده، حق با قائلان به حرمت می‌باشد.

بررسی دیدگاه سید مرتضی

سید مرتضی حرمت ازدواج زانی با دختر زانیه را از آیه شریفه ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ (نساء/ ۲۲) استفاده کرده و حرمت هر دو را از این آیه استنباط می‌کند؛ با این بیان که می‌گوید:

«لفظ نکاح بر وطی و عقد هر دو اطلاق می‌شود و انگار آیه می‌گوید هر کسی که پدراتان عقد کرده یا وطی کرده، با او ازدواج نکنید، و هر کسی که به خاطر زنا بر پسر حرام می‌شود، دخترش نیز بر زانی و پسرش حرام می‌شود» (شریف مرتضی علم‌الهدی، ۱۴۱۵: ۲۶۶).

اما این استدلال صحیح به نظر نمی‌رسد؛ زیرا:

۱- اگر این دو حکم همزمان از آیه شریفه استفاده می‌شود، باید هر فقیهی که در ازدواج پسر زانی با زانیه، حکم به حرمت داده، در ازدواج زانی با دختر زانیه هم حکم به حرمت دهد؛ در حالی که چنین نیست و فقهای زیادی در آن بحث به حرمت، و در این بحث به عدم تحریم فتوا می‌دهند؛ مانند شیخ مفید در *المقنعه* (مفید، ۱۴۱۳: ۵۰۴) و

خود سید مرتضی در *المسائل الناصریات* (شریف مرتضی علم‌الهدی، ۱۴۱۷: ۳۱۸) و سلار در *المراسم العلویه* (سلار دیلمی، ۱۴۰۴: ۱۴۹) و ابن ادریس در *السرائر* (ابن ادریس حلّی، ۱۴۱۰: ۲۵۳/۲) و محقق حلّی در *المختصر النافع* (محقق حلّی، ۱۴۱۸: ۱۷۷/۱).

۲- در بسیاری از احکام، بین معقود یا مدخول یا حتی ملموس پدر بر پسر و دختر همسر یا دختر مدخوله تفاوت وجود دارد؛ مانند کراهت ازدواج ملموس یا منظور پدر بر پسر (حتی برخی قائل به حرمت آن هستند) (همو، ۱۴۰۸: ۲۲۳/۲) که این حکم در دختر زنی که مردی او را لمس یا نگاه شهوانی کرده، جاری نیست یا معقود پدر به صرف عقد بر پسر حرام می‌شود، ولی دختر زن بعد از دخول.

۳- روایات در حرمت ازدواج با معقود یا مدخول پدر بر پسر، اختلاف و تعارضی ندارند؛ ولی در دختر مدخوله متعارض هستند.

نتیجه‌گیری

با بررسی مبانی فقهی و اصولی فقها در بحث انتشار حرمت با زنا و روایات وارد شده در این موضوع و نیز با بررسی اقوال فقهای شیعه و سنی به این نتیجه می‌رسیم که با قانون انتشار حرمت در زنا نمی‌توان حرمت ازدواج پسر زانی با زانیه را ثابت کرد؛ ولی با توجه به تصریح برخی روایات به تحریم چنین ازدواجی، که از حیث سند و دلالت قابل خدشه نمی‌باشند، مشهور فقهای شیعه فتوا به حرمت چنین ازدواجی داده‌اند که البته اگر نظر مخالف علامه حلّی در *ارشاد الاذهان* را با توجه به مخالفت ایشان با این نظر در کتب فقهی دیگرش نادیده بگیریم، می‌توان گفت که این مسئله در فقه شیعه اجماعی است؛ ولی در فقه اهل سنت اختلافی بوده و حنبلی‌ها و حنفی‌ها فتوا به حرمت و شافعی‌ها فتوا به عدم حرمت داده‌اند و در فقه مالکی اختلافی بوده که بیشتر تمایل به عدم حرمت داشتند. با نقد ادله قائلان به جواز از فقهای اهل سنت، نظر حرمت ازدواج ثابت شد.

کتاب شناسی

۱. قرآن.
۲. ابن ادریس حلی، محمد بن منصور بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۳. همو، *موسوعة ابن ادریس*، قم، دلیل ما، ۱۳۸۷ ش.
۴. ابن بزّاج طرابلسی، قاضی عبدالعزیز بن نحریر، *المهذب*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۵. ابن حمزه طوسی، محمد بن علی، *الوسيلة الى نيل الفضيلة*، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۸ ق.
۶. ابن قدامه مقدسی، ابومحمد موفق الدین عبدالله بن احمد بن محمد، *المغنی*، قاهره، مکتبه القاهره، ۱۳۸۸ ق.
۷. ابن ماجه قزوینی، ابوعبدالله محمد بن یزید، *سنن ابن ماجه*، قاهره، دار احیاء الکتب العربیه، بی تا.
۸. ابن منظور افریقی مصری، ابوالفضل جمال الدین محمد بن مکرم، *لسان العرب*، بیروت، دار الفکر، ۱۴۱۴ ق.
۹. ابن نجیم مصری، زین الدین بن ابراهیم بن محمد، *البحر الرائق شرح کنز الدقائق*، بی جا، دار الکتب الاسلامی، بی تا.
۱۰. ابوصلاح حلبی، تقی الدین بن نجم الدین، *الکافی فی الفقه*، تصحیح رضا استادی، اصفهان، کتابخانه عمومی امام امیرالمؤمنین علیه السلام، ۱۴۰۳ ق.
۱۱. اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الازهان الی احکام الایمان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
۱۲. بغدادی مالکی، قاضی ابومحمد عبدالوهاب بن علی بن نصر، *الاشراف علی نکت مسائل الخلاف*، بیروت، دار ابن حزم، ۱۴۲۰ ق.
۱۳. بهوتی حنبلی، منصور بن یونس بن ادریس، *کشف القناع عن متن الاقناع*، بیروت، دار الکتب العلمیه، بی تا.
۱۴. جزیری، عبدالرحمن بن محمد عوض، *الفقه علی المذاهب الاربعه و مذهب اهل البيت وفقاً لمذهب اهل البيت علیهم السلام*، بیروت، دار الثقلین، ۱۴۱۹ ق.
۱۵. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعه*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۰۹ ق.
۱۶. حسن بن الشهد الثانی، *معالم الاصول (معالم الدین و ملاذ المجتهدین)*، تصحیح علی محمدی، قم، قدس، ۱۳۷۶ ش.
۱۷. حسینی سیستانی، سیدعلی، *منهاج الصالحین*، قم، مهر، ۱۴۱۷ ق.
۱۸. دسوقی مالکی، شمس الدین محمد بن احمد بن عرفه، *حاشیه الدسوقی علی الشرح الكبير*، بیروت، دار الفکر، بی تا.
۱۹. رازی نجفی اصفهانی، محمدتقی، *هدایة المسترشدين فی شرح اصول معالم الدین*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۹ ق.
۲۰. راغب اصفهانی، ابوالقاسم حسین بن محمد، *مفردات الفاظ القرآن*، قم، طلیعة النور، ۱۴۲۶ ق.
۲۱. رافعی قزوینی شافعی، ابوالقاسم عبدالکریم بن محمد بن عبدالکریم، *العزیز شرح الوجیز المعروف بالشرح الكبير*، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۷ ق.

۲۲. ربیع لخمی، ابوالحسن علی بن محمد، التبصره، قطر، وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلاميه، ۱۴۳۲ ق.
۲۳. زکریا انصاری، زین الدین ابویحیی زکریا بن محمد بن احمد بن زکریا انصاری سنکی مصری شافعی، اسنی المطالب فی شرح روض الطالب، بی جا، دار الكتاب الاسلامی، بی تا.
۲۴. سلار دیلمی، ابویعلی حمزة بن عبدالعزیز، المراسم العلویة و الاحکام النبویة، تصحیح محمود بستانی، قم، منشورات الحرمین، ۱۴۰۴ ق.
۲۵. شافعی، ابوعبدالله محمد بن ادریس، الأم، بیروت، دار المعرفه، ۱۴۱۰ ق.
۲۶. شریف مرتضی علم الهدی، سیدعلی بن حسین موسوی، الانتصار فی انفرادات الامامیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۵ ق.
۲۷. همو، مسائل الناصریات، تهران، رابطه الثقافة و العلاقات الاسلامیه، ۱۴۱۷ ق.
۲۸. شمس الأئمه سرخسی، ابوبکر محمد بن احمد بن ابی سهل، المبسوط، بیروت، دار المعرفه، ۱۴۱۴ ق.
۲۹. صیمری بحرانی، مفلح بن حسن، غایة المرام فی شرح شرائع الاسلام، بیروت، دار الهادی، ۱۴۲۰ ق.
۳۰. طباطبائی حائری، سیدعلی بن محمدعلی، الشرح الصغیر فی شرح المختصر النافع (حدیقه المؤمنین)، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۹ ق.
۳۱. همو، ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل، قم، مؤسسة آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۸ ق.
۳۲. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، تهران، المكتبة المرتضویة لاحیاء الآثار الجعفریة، ۱۳۸۷ ق.
۳۳. همو، النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی، بیروت، دار الكتاب العربی، ۱۴۰۰ ق.
۳۴. همو، تهذیب الاحکام، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۳۵. عاصمی نجدی حنبلی، عبدالرحمن بن محمد بن قاسم، حاشیة الروض المربع شرح زاد المستقنع، بی جا، بی تا، ۱۳۹۷ ق.
۳۶. علامه حلّی، ابومنصور جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، ارشاد الازهان الی احکام الایمان، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۳۷. همو، مختلف الشیعة فی احکام الشریعه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۳۸. علیش، ابوعبدالله محمد بن احمد بن محمد، منح الجلیل شرح علی مختصر سیدی خلیل، بیروت، دار الفکر، ۱۴۰۹ ق.
۳۹. فاضل موحدی لنکرانی، محمد، تفصیل الشریعه (نکاح)، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، ۱۴۲۱ ق.
۴۰. فراهیدی، خلیل بن احمد، کتاب العین، چاپ دوم، قم، هجرت، ۱۴۱۰ ق.
۴۱. کاسانی حنفی، علاء الدین ابوبکر بن مسعود، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، چاپ دوم، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۰۶ ق.
۴۲. کرکی عاملی (محقق ثانی)، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، چاپ دوم، قم، مؤسسة آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ ق.
۴۳. مجاهد طباطبائی حائری، سیدمحمد بن علی، کتاب المناهل، قم، مؤسسة آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، بی تا.
۴۴. محقق حلّی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن، المختصر النافع فی فقه الامامیه، چاپ ششم، قم، مؤسسة المطبوعات الدینیة، ۱۴۱۸ ق.
۴۵. همو، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.

۴۶. مرداوی، علاء‌الدین ابوالحسن علی بن سلیمان. *الانصاف فی معرفة الراجح من الخلاف علی مذهب الامام المجلد احمد بن حنبل*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
۴۷. مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری بغدادی، *المقنعه*، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، ۱۴۱۳ ق.
۴۸. مکارم شیرازی، ناصر، *انوار الاصول*، قم، دار النشر الامام علی بن ابی طالب علیه السلام، ۱۴۲۸ ق.
۴۹. همو، *انوار الفقاهة فی احکام العترة الطاهرة*، قم، دار النشر الامام علی بن ابی طالب علیه السلام، ۱۳۹۰ ش.
۵۰. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، *تحریر الوسیله*، قم، دار العلم، ۱۴۰۹ ق.
۵۱. همو، *تهذیب الاصول*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۳ ق.
۵۲. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *محاضرات فی اصول الفقه*، قم، دار الهادی، ۱۴۱۷ ق.
۵۳. همو، *منهاج الصالحین مع فتاوی شیخ حسین وحید خراسانی*، قم، مدرسه امام باقر علیه السلام، ۱۴۲۷ ق.
۵۴. همو، *موسوعة الامام الخوئی*، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۱۸ ق.
۵۵. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
۵۶. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، *مستند الشیعة فی احکام الشریعه*، قم، مؤسسه آل‌البت علیهم السلام، ۱۴۱۵ ق.
۵۷. نراوی مالکی، احمد بن غنیم بن سالم بن مهنا، *الفواکه الدوانی علی رساله ابن ابی زید القيروانی*، بیروت، دار الفکر، ۱۴۱۵ ق.
۵۸. نووی، ابوزکریا محیی‌الدین یحیی بن شرف، *المجموع شرح المذهب (مع تکملة السبکی و المطمعی)*، بیروت، دار الفکر، بی تا.

تعهدات پردازش‌کننده داده شخصی

در اتحادیه اروپا

و امکان‌سنجی پذیرش آن در حقوق ایران*

- مهدیه لطیف‌زاده^۱
- سیدمحمد مهدی قبولی درافشان^۲
- سعید محسنی^۳
- محمد عابدی^۴

چکیده

با تصویب مقررات عمومی حفاظت از داده اتحادیه اروپا (GDPR)، تمامی

* تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۴/۲۱ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۵/۹.

- این اثر تحت حمایت مادی صندوق حمایت از پژوهشگران و فناوران کشور (INSF) برگرفته از طرح شماره ۹۸۰۲۸۶۸۹ انجام شده است.
۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران (m.latifzadeh@mail.um.ac.ir).
 ۲. دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران (ghaboli@um.ac.ir).
 ۳. دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران (s-mohseni@um.ac.ir).
 ۴. استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران (dr.m.abedi@um.ac.ir).

کشورهای عضو اتحادیه اروپا، ملزم به حمایت حداکثری نسبت به داده‌های شخصی هستند. در راستای تحقق کامل این حمایت‌ها، اشخاص پردازش‌کننده داده، ملزم به رعایت تعهدات مختلفی به موجب این مقررات هستند. این تعهدات در مواد مختلف GDPR به هدف حفاظت مؤثر از داده‌های شخصی و اشخاص موضوع داده بیان شده‌اند. با تبیین تعهدات مذکور از نگاه مقررات اروپایی مربوط به داده شخصی، مشخص شد که نظام حقوقی ایران چنین تعهداتی را مورد تصریح قرار نداده است و صرفاً کلیات این تعهدات از منابع مختلف حقوق ایران مانند قوانین موضوعه، مبانی حقوق ایران و فقه امامیه قابل استنباط است. باید گفت که این اشارات ضمنی در جهت تبیین دقیق تعهدات مختلف اشخاص پردازش‌کننده داده کافی نیست و شفافیت جزئیات این امر نیاز به تصریح قانون‌گذار دارد. در این راستا، این پژوهش مفاد پیشنهادی در خصوص تعهدات مختلف اشخاص پردازش‌کننده داده، از جمله در خصوص مسئولیت کنترل‌کننده نسبت به فرایند پردازش، تعهد کنترل‌کننده نسبت به انتخاب پردازنده مناسب، حفظ سوابق فعالیت‌های پردازش، همکاری با مراجع نظارتی، تضمین امنیت پردازش، اطلاع‌رسانی و ابلاغ نقض داده شخصی به مراجع نظارتی و اشخاص موضوع داده و انتصاب مأمور حفاظت از داده، ارائه نموده است.

واژگان کلیدی: داده شخصی، پردازنده، شخص موضوع داده، کنترل‌کننده، مقررات عمومی حفاظت از داده (GDPR).

مقدمه

حمایت جامع از داده‌های شخصی و اشخاص موضوع داده در برخی نظام‌های حقوقی مانند اتحادیه اروپا به گونه‌ای مناسب مورد توجه قانون‌گذار قرار گرفته است. در این راستا در سال ۲۰۱۶، پارلمان و شورای اروپا جامع‌ترین بستر قانونی در خصوص حمایت از داده‌های شخصی، یعنی مقررات عمومی حفاظت از داده (GDPR)^۱ -زین پس GDPR- را تصویب نمودند. داده شخصی مطابق با GDPR، به معنای هر اطلاعاتی است که مربوط به شخص حقیقی شناخته شده یا قابل شناسایی (شخص موضوع داده) است. یک فرد حقیقی قابل شناسایی، کسی است که به طور مستقیم یا

1. General Data Protection Regulation (GDPR).

غیر مستقیم، به ویژه با ارجاع به یک شناسه از جمله نام، شماره شناسایی، اطلاعات مکانی، شناسه برخط یا به یک یا چند ویژگی خاص مانند هویت فیزیکی، فیزیولوژیکی، روانی، اقتصادی، فرهنگی و اجتماعی آن فرد حقیقی، شناسایی شود (EUR-Lex, 2016: 33). این مقررات از سال ۲۰۱۸ در تمامی کشورهای عضو اتحادیه اروپا لازم‌الاجرا شده است. گرچه اتحادیه اروپا در خصوص حفاظت از داده شخصی سابقاً نیز قانون‌گذاری کرده بود (دستورالعمل حفاظت از داده شخصی سال ۱۹۹۵)، لیکن GDPR به دلیل حمایت‌های بدیع و دقیق خود، کامل‌ترین بستر قانونی در خصوص حمایت از داده‌های شخصی است که به جنبه‌های مختلف حمایت از داده‌های شخصی ورود نموده است. این مقررات از یکسو در جهت حمایت از اشخاص حقیقی نسبت به پردازش داده‌های شخصی‌شان، و از سوی دیگر در خصوص جریان آزاد چنین داده‌هایی در اتحادیه اروپاست. GDPR به اشخاص حقیقی، حقوق ویژه در مورد حفاظت از داده شخصی‌شان اعطا می‌نماید و در مقابل، اشخاص پردازش‌کننده داده‌های شخصی (کنترل‌کننده‌ها^۱ و پردازنده‌ها^۲) را ملزم به رعایت تعهدات خاصی نسبت به پردازش^۳ می‌نماید (Jones, 2009). به عبارت دیگر با تصویب GDPR، تمامی کشورهای عضو اتحادیه اروپا ملزم به حمایت حداکثری از داده‌های شخصی و اشخاص موضوع داده شدند (با وجود اینکه این

۱. Controller: کنترل‌کننده به معنای شخص حقیقی یا حقوقی، مرجع عمومی یا نهاد دیگری است که به تنهایی یا به طور مشترک با دیگران، اهداف و ابزار پردازش داده‌های شخصی را تعیین می‌کند (EUR-Lex, 2016: 33). اگر یک شخص -اعم از حقیقی یا حقوقی- یا یک مرجع عمومی یا یک نهاد تصمیم بگیرد که چرا و چگونه داده‌های شخصی باید پردازش شوند، کنترل‌کننده داده است (Colcelli, 2019: 1031).

۲. Processor: پردازنده به معنای شخص حقیقی یا حقوقی، مرجع عمومی یا نهاد دیگری است که از جانب کنترل‌کننده، پردازش داده‌های شخصی را انجام می‌دهد (EUR-Lex, 2016: 33). پردازنده داده‌های شخصی را فقط به نمایندگی از کنترل‌کننده پردازش می‌کند. پردازنده باید ضمانت‌های کافی را برای اجرای اقدامات فنی و سازمانی مناسب ارائه کند تا اطمینان حاصل شود که پردازش توسط پردازنده، مطابق با استانداردهای GDPR و تضمین حفاظت از حقوق افراد است (European Commission, 2018^P).

۳. Processing: پردازش مطابق با GDPR، به معنای عملیات یا مجموعه‌ای از عملیات است که بر روی داده شخصی یا مجموعه داده‌های شخصی، با وسایل خودکار و غیر آن صورت گیرد. چنین عملیاتی اعم از جمع‌آوری، ضبط، سازمان‌دهی، طبقه‌بندی، ذخیره‌سازی، تطبیق، تغییر دادن، بازیابی، استفاده کردن، مورد مذاکره قرار دادن، افشا به وسیله مخابره کردن یا منتشر کردن یا دیگر طرق دسترسی، تنظیم یا ترکیب کردن، محدود کردن، حذف و پاک کردن و یا تخریب است (EUR-Lex, 2016: 33).

مقررات مصوب اتحادیه اروپاست، لیکن به دلیل الزامات خاص خود، بر بسیاری از اشخاص خارج از اتحادیه اروپا نیز اثرگذار است و ضمانت اجراهای آن بر اشخاص خارج از اتحادیه اروپا نیز قابل اعمال است). حمایت‌های مقرر در GDPR نسبت به بسترهای قانونی سابق اتحادیه اروپا و سایر نظام‌های حقوقی در خصوص حمایت از داده‌های شخصی، دقیق‌تر، سختگیرانه‌تر و در مقام عمل کاربردی‌تر است.

خارج از اتحادیه اروپا، با وجود اهمیت حفاظت از داده‌های شخصی، بسیاری از کشورها سند قانونی در این خصوص ندارند یا هنوز پیش‌نویس‌های خود را نهایی نکرده‌اند. ایران نیز یکی از کشورهایی است که قانون مستقل در خصوص حمایت از داده‌های شخصی و اشخاص موضوع داده ندارد؛ در حالی که نظام حقوقی ایران از ضرورت حمایت از داده‌های شخصی مستثنا نیست و اشخاص موضوع داده که در بسترهای مختلف داده‌هایشان پردازش می‌شوند، انتظار حمایت از خود و داده‌هایشان را دارند. در واقع، چنین حمایتی یکی از حقوق شهروندی است که هر نظام حقوقی از جمله ایران باید از عهده این مهم برآید. البته حقوق ایران با ارائه پیش‌نویس لایحه «صیانت و حفاظت از داده‌های شخصی» در تیرماه سال ۱۳۹۷ - منتشر شده در وبگاه وزارت ارتباطات و فناوری اطلاعات^۱ و طرح «حمایت و حفاظت از داده و اطلاعات شخصی»^۲ اعلام وصول شده در صحن علنی مجلس در شهریورماه ۱۴۰۰، در این خصوص گامی برداشته است؛ لیکن این اقدامات در خصوص حمایت از این داده‌های شخصی کافی نیست. بدین جهت و با فقدان قانون در خصوص حمایت از داده شخصی در نظام حقوقی ایران، حمایت از داده‌های شخصی و اشخاص موضوع داده باید از خلال قوانین موضوعه، دکترین حقوقی، مبانی حقوق ایران و فقه امامیه استنباط شود.

با لحاظ مطالب پیش‌گفته و دامنه موضوعی پژوهش حاضر باید گفت که در این پژوهش، تعهدات مختلف اشخاص پردازش‌کننده داده که در مواد مختلفی از GDPR مورد تصریح قرار گرفته است، تبیین خواهد شد (بند ۱)؛ سپس جریان تعهدات مذکور در نظام حقوقی ایران امکان‌سنجی می‌شود (بند ۲).

1. <<https://www.ict.gov.ir/fa/newsagency/21691>>.

2. See: <<https://dotic.ir/news/10419>>.

۱. تبیین تعهدات اشخاص پردازش‌کننده داده به موجب GDPR

تعهدات مختلف کنترل‌کننده‌ها و پردازنده‌ها در خلال مواد ۲۴ تا ۳۹ GDPR مطرح شده است. تمامی این تعهدات در خصوص کنترل‌کننده‌ها و برخی از آن‌ها برای پردازنده‌ها وجود دارد. این تکالیف به ترتیب عبارت‌اند از: پاسخ‌گویی کنترل‌کننده (بند ۱-۱)، تعهد کنترل‌کننده نسبت به انتخاب پردازنده مناسب (۲-۱)، حفظ سوابق فعالیت‌های پردازش (۳-۱)، همکاری با مراجع نظارتی (۴-۱)، تضمین امنیت پردازش (۵-۱)، اطلاع‌رسانی و ابلاغ نقض داده شخصی به مراجع نظارتی و اشخاص موضوع داده (۶-۱)، انتصاب مأمور حفاظت از داده (۷-۱). تفصیل این تعهدات به شرح زیر است.

۱-۱. کنترل‌کننده، پاسخ‌گو و مسئول اصلی پردازش

به موجب ماده ۲۴ GDPR و به عنوان یک قاعده کلی، مسئولیت و پاسخ‌گویی نسبت به پردازش داده شخصی با کنترل‌کننده است؛ چه پردازش توسط خود کنترل‌کننده یا از طرف کنترل‌کننده - به نمایندگی توسط پردازنده - انجام شده باشد (ICO, 2018^A). در هر پردازش ممکن است کنترل‌کننده منفرد یا مشترک باشد. اشخاص موضوع داده هنگامی که با تعدد کنترل‌کنندگان مواجه می‌شوند، نباید سطح حفاظت از داده‌ای که در GDPR برای آن‌ها تضمین شده است، کاهش یابد. قانون‌گذار اروپایی، مفهوم «کنترل‌کنندگان مشترک»^۱ را در ماده ۲۶ مقرر کرده است. در خصوص چنین مفهومی باید گفت، صرف اینکه اشخاص مختلف به تنهایی در پردازش داده‌ها همکاری کنند، لزوماً آن‌ها را به کنترل‌کنندگان مشترک تبدیل نمی‌کند؛ زیرا تبادل داده‌ها بین طرفین بدون اهداف یا ابزار مشترک در یک مجموعه مشترک از عملیات، صرفاً یک انتقال داده ساده بین کنترل‌کنندگان مجزا است. برای اینکه کنترل‌کننده‌ها به عنوان کنترل‌کنندگان مشترک به موجب ماده ۲۶ GDPR محسوب شوند، باید (۱) دو یا چند کنترل‌کننده (۲) به طور مشترک اهداف و ابزار پردازش را تعیین کنند. همچنین هر شخص درگیر باید الزامات لازم برای کنترل‌کننده بودن را داشته باشد. علاوه بر این، کنترل‌کننده‌ها باید جهت تعیین هدف یا عناصر اساسی ابزار پردازش داده که

1. Joint controllers.

مشخص‌کننده یک کنترل‌کننده است، با در نظر گرفتن عملیات پردازش، همکاری کنند. معیار نوعی تعیین خواهد کرد که آیا اشخاص مختلف به عنوان کنترل‌کننده مشترک، واجد شرایط هستند یا خیر. برای مثال، شرکت D تولیدکننده اتومبیل است و به منظور ارتقا خودروهایی الکترونیکی، گروه D با دیگر تولیدکنندگان خودرو، یعنی شرکت‌های X، Y و Z همکاری می‌کند و یک وبگاه تجاری ایجاد کرده‌اند که داده‌های کاربر، مانند آدرس‌های IP را جمع‌آوری می‌کند. D، X، Y و Z به طور مشترک بر سر اینکه کدام داده‌ها به چه شیوه‌ای پردازش خواهند شد، توافق دارند. در این مثال، D، X، Y و Z به طور مشترک اهداف و ابزارهای پردازش داده را تعیین می‌کنند؛ بنابراین کنترل‌کنندگان مشترک به موجب ماده ۲۶ GDPR تلقی می‌شوند (Voigt & von dem Bussche, 2017: 34 & 35).

مطابق ماده ۲۶(۳) GDPR، شخص موضوع داده می‌تواند حقوق خود به موجب این مقررات را علیه هر یک از کنترل‌کنندگان مشترک اعمال کند. به علاوه در صورت بروز خسارت، هر کنترل‌کننده مشترک مسئول تمام خسارت است؛ گرچه قانون ملی کشورهای عضو اتحادیه می‌تواند مسئولیت را بین آن‌ها تقسیم کند. با وجود اینکه از نگاه GDPR هر کنترل‌کننده مشترک، مسئول جبران خسارت کامل نسبت به شخص موضوع داده است، اگر یک کنترل‌کننده مشترک، غرامت را به طور کامل پرداخت کند، می‌تواند اقداماتی را علیه دیگر کنترل‌کنندگان مشترک انجام دهد تا آن‌ها سهم خود از خسارت را پرداخت نمایند (Colcelli, 2019: 1041).

۲-۱. تعهد کنترل‌کننده به انتخاب پردازنده مناسب

روشن شد که به عنوان یک قاعده کلی، کنترل‌کننده پاسخ‌گو و مسئول تعهدات حفاظت از داده است. با این حال، این بدان معنا نیست که کنترل‌کننده باید خود پردازش داده را انجام دهد؛ چرا که می‌تواند از یک پردازنده برای عمل کردن از جانب خود استفاده کند. لیکن باید گفت مطابق با ماده ۲۹ GDPR، پردازش توسط پردازنده صرفاً باید بر اساس دستور کنترل‌کننده صورت گیرد (ICO, 2018^A).

مطابق ماده ۲۸(۱) GDPR:

«در صورتی که قرار است پردازش از طرف کنترل‌کننده انجام شود، کنترل‌کننده باید تنها از پردازنده‌هایی استفاده کند که ضمانت‌های کافی برای اجرای اقدامات فنی و سازمانی مناسب را ارائه می‌دهند، به گونه‌ای که پردازش مطابق با الزامات این مقررات باشد و حفاظت از حقوق اشخاص موضوع داده تضمین شود» (EUR-Lex, 2016: 49).

بنابراین کنترل‌کننده ملزم است قبل از انتخاب یک پردازنده خاص، ارزیابی کند که آیا پردازنده موردنظر اقدامات حفاظت از داده فنی و سازمانی مناسب را فراهم می‌کند و کنترل‌کننده نیز به طور مداوم اطمینان حاصل کند که اقدامات حفاظت داده مذکور، در حال انجام است (ICO, 2018^c). به منظور تعهد پردازنده نسبت به برآورده کردن شرایط مورد نظر کنترل‌کننده، هر دو طرف باید یک قرارداد منعقد کنند یا با دیگر اقدامات حقوقی چنین تعهدی را روشن سازند (EUR-Lex, 2016: 49).

۳-۱. حفظ سوابق فعالیت‌های پردازش

ماده ۳۰ GDPR، کنترل‌کننده، پردازنده و نمایندگان آنها را ملزم به حفظ سابقه فعالیت‌های پردازش می‌کند. این تعهد مبنی پاسخگویی کنترل‌کننده و پردازنده است. الزامات مربوط به محتوای سوابق تا حدودی بین کنترل و پردازنده متفاوت است. مسئولیت حفظ سوابق توسط کنترل‌کننده گسترده‌تر است؛ زیرا کنترل‌کننده مسئول اصلی حفاظت از داده به موجب GDPR است، البته برای مواردی که کنترل‌کننده طبق ماده ۳۰ GDPR ملزم به مستندسازی و حفظ سوابق است، اما پردازنده‌ها طبق ماده ۳۰ چنین الزامی ندارند، می‌توان چنین الزامی را در قرارداد بین کنترل‌کننده و پردازنده، برای پردازنده مقرر کرد و بدین ترتیب در عمل، تعهد حفظ سوابق برای کنترل‌کننده و پردازنده یکسان می‌شود (Hintze, 2018: 16).

مطابق با ماده ۳۰(۳) GDPR، سوابق باید کتبی، از جمله به صورت الکترونیکی باشد (EUR-Lex, 2016: 51). به علاوه برای جمع‌آوری اطلاعات لازم جهت حفظ سوابق، بخش‌های مختلف نهاد کنترل‌کننده و پردازنده که با داده‌های شخصی سروکار دارند، باید بررسی شوند. این کار می‌تواند از طریق نرم‌افزارهای تخصصی انجام شود

(Eija, 2018: 20). همچنین هر کنترل‌کننده و پردازنده ملزم به همکاری با مرجع نظارتی در صورت درخواست است و به محض درخواست باید سوابق فعالیت‌های پردازش را در اختیار مراجع نظارتی قرار دهد تا چنین مراجعی بر عملیات پردازش نظارت کنند (Kubben et al., 2019: 64).

۴-۱. همکاری با مراجع نظارتی

ماده ۳۱ GDPR، تعهد همکاری با مراجع نظارتی را مقرر می‌کند. این تعهد در مورد کنترل‌کننده، پردازنده و در صورت وجود نمایندگان آن‌ها وجود دارد. چنین مرجعی در منابع مرتبط با واژگان مرجع (ملی) حفاظت از داده^۱ (DPA) یا مرجع نظارتی^۲ (SA) ذکر شده است. این مراجع را کشورهای عضو اتحادیه اروپا مطابق با ماده ۸(۳) منشور حقوق اساسی اتحادیه اروپا ایجاد نموده‌اند (European Commission, 2016).

طبق ماده ۳۱ GDPR، همکاری باید بر اساس «درخواست» مراجع نظارتی صورت گیرد. این بدان معناست که کنترل‌کننده یا پردازنده مجبور نیست با ابتکار عمل خود همکاری کند. با وجود این، همکاری بدون درخواست مراجع نظارتی ممکن است مفید باشد؛ زیرا همکاری داوطلبانه ممکن است به یک عامل تخفیف‌دهنده تبدیل شود، در جایی که اشخاص پردازش‌کننده داده با جریمه‌ها یا سایر ضمانت اجراها به موجب GDPR مواجه می‌شوند (Voigt & von dem Bussche, 2017: 37). ضمانت اجرای نقض GDPR در فصل نهایی بیان خواهد شد.

در خصوص ماده ۳۱ GDPR باید گفت، تعهد همکاری با مراجع نظارتی مصادیق مختلفی دارد که در مواد مختلف بدان اشاره شده است؛ مانند ماده ۳۰ که بیان شد. کنترل‌کننده و پردازنده ملزم به همکاری با مرجع نظارتی در صورت درخواست هستند و به محض درخواست باید سوابق فعالیت‌های پردازش را در اختیار مراجع نظارتی قرار دهند، اما خود تعهد همکاری به موجب ماده ۳۱ GDPR، قابلیت اجرایی ندارد؛ بدین توضیح که برای نقض آن ضمانت اجرایی در مقررات پیش‌بینی نشده است

1. Data Protection Authority.
2. Supervisory Authority.

و اگر کنترل‌کننده و پردازنده به دلیل عدم همکاری با مراجع نظارتی مورد توبیخ، جریمه یا مجازات قرار می‌گیرند، به دلیل عدم رعایت مصادیق متفاوت همکاری با مراجع نظارتی به موجب مواد دیگر است. بنابراین قابلیت اجرایی این ماده باید توسط سایر اصول حقوقی اتحادیه اروپا یا قوانین ملی کشورهای عضو اتحادیه اروپا مشخص شود؛ چرا که تعهد همکاری به موجب ماده ۳۱ GDPR فی‌نفسه الزامی ندارد (Ibid.: 37 & 38).

۵-۱. تضمین امنیت پردازش (اجرای اقدامات فنی و سازمانی مناسب)

اقدامات فنی و سازمانی (TOM)^۱ مناسب باید حفاظت از داده‌های شخصی را تضمین کند. ماده ۳۲ GDPR، کنترل‌کننده و پردازنده را ملزم به انجام چنین اقداماتی در جهت حفظ امنیت داده‌های شخصی می‌کند. اقدامات فنی و سازمانی مناسب شامل هر گونه اقدام در ارتباط با جمع‌آوری، پردازش یا استفاده از داده‌های شخصی است که سطح مناسبی از حفاظت از داده‌ها را بر اساس GDPR فراهم می‌کند (Eija, 2018: 18). الزامات ماده ۳۲ GDPR به طور مساوی برای کنترل‌کننده‌ها و پردازنده‌ها اعمال می‌شود و کنترل‌کننده‌ها و پردازنده‌ها ملزم به «اجرای اقدامات فنی و سازمانی مناسب جهت تضمین سطح امنیت متناسب با خطر» هستند. البته کنترل‌کننده‌ها باید در قراردادهای خود با پردازنده‌ها، تعهدات لازم جهت اجرای مناسب ماده ۳۲ را مورد توجه قرار دهند. این تعهدات برای پردازنده‌های فرعی نیز جاری است و به هر پردازنده فرعی که درگیر پردازش است نیز منتقل می‌شود (Hintze, 2018: 11 & 12).

مطابق ماده ۳۲(۱) GDPR، اقدامات مختلفی به عنوان اقدامات فنی و سازمانی مناسب تلقی می‌شود: الف- مستعار ساختن و رمزگذاری داده‌های شخصی؛ ب- امکان نظارت اشخاص موضوع داده بر پردازش داده‌ها و دسترسی به داده‌های شخصی، همچنین توانایی بازیابی به موقع جهت دسترسی به داده‌های شخصی در صورت بروز حادثه فیزیکی یا فنی؛ ج- حفظ محرمانگی و تمامیت داده‌های شخصی با مفاهیم بازدارنده حفاظت از داده با طراحی و به طور پیش‌فرض؛ د- فرایندی برای آزمایش منظم،

1. Technical and organisational measures.

ارزیابی و اثربخشی اقدامات فنی و سازمانی مناسب جهت اطمینان از امنیت پردازش (EUR-Lex, 2016: 51 & 52). برخی از اقدامات فنی و سازمانی مذکور نیاز به توضیح دارد:

- مستعارسازی^۱ به موجب ماده ۴ GDPR:

«به معنای پردازش داده‌های شخصی به روشی است که داده‌های شخصی دیگر نتواند به یک شخص موضوع داده خاص بدون استفاده از اطلاعات اضافی نسبت داده شود؛ به شرطی که چنین اطلاعات اضافی به طور جداگانه و همراه با اقدامات فنی و سازمانی نگهداری شود تا اطمینان حاصل شود که داده‌ها به یک شخص حقیقی شناسایی شده یا قابل شناسایی نسبت داده نمی‌شوند» (Ibid.: 33).

داده‌های شخصی که مستعار هستند یا رمزگذاری^۲ شده‌اند (کدگذاری تا فقط افراد مجاز بتوانند به داده شخصی دسترسی داشته باشند)، می‌توانند برای شناسایی مجدد یک فرد استفاده شوند و بدین ترتیب در محدوده GDPR قرار گیرند. در مقابل، داده‌های شخصی اگر به گونه‌ای ناشناس (ناشناس ساختن^۳) ارائه شوند که فرد قابل شناسایی نباشد یا دیگر قابل شناسایی نیست، داده‌های شخصی نیست (European Commission, 2019).

- حفاظت از داده با طراحی و به طور پیش فرض^۴: اشخاص پردازش کننده داده ملزم به اجرای اقدامات فنی و سازمانی مناسب جهت حفاظت از داده هستند. بدین منظور از همان مراحل اولیه، طراحی عملیات پردازش باید به گونه‌ای باشد که اصول حفاظت از حریم خصوصی و حفاظت از داده از همان ابتدا رعایت شود (حفاظت از داده با طراحی). حفاظت از داده با طراحی در واقع اقدامات پیشگیرانه است که خطرات حریم خصوصی را پیش‌بینی و از آن‌ها جلوگیری می‌کند؛ بنابراین این نوع از حفاظت، راه حلی برای معضلات ارائه نمی‌دهد، بلکه هدف آن جلوگیری از وقوع معضلات است (Ferrara & Spoto, 2018: 3).

به علاوه به طور پیش فرض، اشخاص پردازش کننده داده باید اطمینان حاصل کنند که داده شخصی با بالاترین سطح حفاظت از داده پردازش می‌شود. برای مثال تنها

1. Pseudonymisation.
2. Encryption.
3. Anonymisation.
4. Data Protection by Design and by Default.

داده‌های لازم باید پردازش شوند، دوره ذخیره‌سازی داده‌ها کوتاه و دسترسی محدود باشد و پردازش داده به طور پیش‌فرض باید به گونه‌ای باشد که داده شخصی برای تعداد زیادی از افراد قابل دسترس نباشد (حفاظت از داده به طور پیش‌فرض). با توجه به تعاریف مذکور، مثال‌های حفاظت از داده با طراحی مستعارسازی و رمزگذاری است و برای حفاظت از داده به طور پیش‌فرض می‌توان موردی را گفت که تنظیمات یک پیام‌رسان اجتماعی به گونه‌ای است که پروفایل کاربران از ابتدا و به طور پیش‌فرض، برای تعداد نامحدودی از افراد قابل دسترس نباشد (European Commission, 2018^c).

۱-۶. اطلاع‌رسانی و ابلاغ نقض داده شخصی به مراجع نظارتی و اشخاص

موضوع داده

مطابق ماده ۴ شماره ۱۲ GDPR:

«نقض داده شخصی، نقض امنیت است که منجر به تخریب اتفاقی یا غیر قانونی، از دست دادن، تغییر، افشای غیر مجاز یا دسترسی غیر مجاز به داده شخصی منتقل شده، ذخیره شده یا پردازش شده [به شیوه‌های دیگر] می‌شود» (EUR-Lex, 2016: 34).

نقض داده شخصی می‌تواند به صورت یک حادثه فنی یا فیزیکی رخ دهد. در واقع، داده مربوطه باید شخصی باشد و باید قبل از وقوع حادثه، منتقل شده، ذخیره شده یا به شیوه‌های دیگر پردازش شده باشد. تعریف مذکور از نقض، به عنصر قصد (عمد) یا سهل‌انگاری (غیر عمد) نیاز ندارد. بنابراین نسبت به هر گونه وقوع نقض داده، اعمال می‌شود و مهم نیست که نقض داده‌ها چگونه و چرا اتفاق افتاده است و حتی نقض تصادفی را نیز شامل می‌شود. همچنین مشخص نیست که آیا «افشای غیر مجاز یا دسترسی غیر مجاز»، مستلزم آن است که چنین افشا یا دسترسی واقعاً اتفاق افتاده باشد یا احتمال دسترسی نیز شامل تعریف است. با توجه به رویکرد مبتنی بر خطر GDPR، مورد اخیر باید مدّ نظر باشد. در نتیجه و به طور کلی، حتی از دست دادن واسطه داده یا دسترسی به پایگاه داده رمزگذاری شده، نقض داده شخصی است (Eija, 2018: 22 & 23). GDPR برای زمانی که داده‌های شخصی نقض می‌شوند، تعهدی را برای کنترل‌کننده و پردازنده نسبت به مراجع نظارتی و اشخاص موضوع داده مقرر می‌کند.

این تعهد، اطلاع‌رسانی نقض داده شخصی به مرجع نظارتی (به موجب ماده ۳۳ GDPR) و ابلاغ نقض به شخص موضوع داده (به موجب ماده ۳۴ GDPR) است. بنابراین در فراز نخست به تعهد اطلاع‌رسانی به مرجع نظارتی، و در فراز بعدی به ابلاغ به شخص موضوع داده، پرداخته خواهد شد.

۱-۶-۱. تعهد اطلاع‌رسانی به مرجع نظارتی

مطابق ماده ۳۳ GDPR:

«۱- در مورد نقض داده‌های شخصی، کنترل‌کننده باید بدون تأخیر غیر ضروری و در صورت امکان، ظرف ۷۲ ساعت پس از آگاهی، نقض داده‌های شخصی را به مرجع نظارتی صالح مطابق با ماده ۵۵ اطلاع دهد، مگر اینکه نقض داده‌های شخصی برای حقوق و آزادی‌های اشخاص حقیقی خطری ایجاد نکند. در صورتی که ظرف ۷۲ ساعت اطلاع‌رسانی به مرجع نظارتی انجام نشود، اطلاع‌رسانی با دلایل تأخیر همراه خواهد بود. ۲- پردازنده باید پس از آگاهی از نقض داده‌های شخصی، بدون تأخیر غیر ضروری کنترل‌کننده را مطلع سازد. ۳- اطلاع‌رسانی مذکور در بخش ۱ باید حداقل شامل موارد ذیل باشد: الف- توصیف ماهیت نقض داده‌های شخصی و در صورت امکان، دسته‌ها و تعداد تقریبی اشخاص موضوع داده مربوطه و دسته‌ها و تعداد تقریبی داده‌های شخصی مربوطه؛ ب- نام و جزئیات تماس مأمور حفاظت داده و یا سایر مسیرهای ارتباطی در صورتی که اطلاعات بیشتری می‌توان از آنها به دست آورد؛ ج- پیامدهای احتمالی نقض داده‌های شخصی؛ د- توصیف اقدامات صورت گرفته یا پیشنهادشده توسط کنترل‌کننده برای رسیدگی به نقض داده‌های شخصی و در صورت لزوم، اقداماتی برای کاهش اثرات منفی احتمالی با نقض داده‌های شخصی...» (EUR-Lex, 2016: 52).

همان طور که ملاحظه می‌شود، مطابق ماده ۳۳(۲) GDPR، پردازنده تعهد ندارد که نقض داده‌ها را به مراجع نظارتی اطلاع دهد، بلکه تنها موظف است به کنترل‌کننده اطلاع می‌دهد. در واقع، گرچه GDPR تعهد اطلاع‌رسانی را مستقیماً برای کنترل‌کننده داده قرار می‌دهد نه پردازنده، با این حال، اگر پردازنده از نقض داده‌های شخصی آگاه شود، باید به کنترل‌کننده اطلاع دهد و بدین صورت پردازنده نیز متعهد است (Hintze, 2018: 12). برای پردازنده محدودیت زمانی ۷۲-ساعت نیز وجود ندارد؛ لیکن

باید گفت که مطابق مشروع ۸۷ GDPR، چنین اطلاع‌رسانی باید بر اساس موقعیت هر پردازش، فوری باشد. این مشروع بیان می‌کند:

«... این امر که اطلاع‌رسانی باید بدون تأخیر غیر ضروری باشد، به طور خاص با در نظر گرفتن ماهیت و اهمیت نقض داده‌های شخصی، عواقب و اثرات منفی آن برای شخص موضوع داده تعیین می‌شود. چنین اطلاع‌رسانی ممکن است منجر به مداخله مرجع نظارتی، مطابق با وظایف و اختیارات مذکور در این مقررات شود» (EUR-Lex, 2016: 17).

به علاوه مطابق ماده ۳۳(۱) GDPR:

«کنترل‌کننده باید نقض داده را بدون تأخیر غیر ضروری و در صورت امکان، ظرف ۷۲ ساعت پس از آگاهی از نقض اطلاع‌رسانی کند».

با این حال، حتی اگر این اطلاع در ۷۲ ساعت داده شود، ممکن است «بدون تأخیر غیر ضروری» نباشد (Reini, 2019: 18)؛ زیرا همان طور که ذکر شد، مطابق مشروع ۸۷ GDPR، این فوریت باید با در نظر گرفتن ماهیت و اهمیت نقض داده‌های شخصی و عواقب و اثرات سوء آن برای اشخاص موضوع داده تعیین شود. بنابراین هرچه خطرات نقض داده برای حقوق و آزادی‌های اشخاص بیشتر باشد، اطلاع‌رسانی باید سریع‌تر صورت گیرد. از سوی دیگر در برخی موارد، اگر دلایل موجه وجود داشته باشد، این اطلاع‌رسانی ممکن است بیش از ۷۲ ساعت طول بکشد که در این صورت، کنترل‌کننده باید دلایل تأخیر را با اطلاع‌رسانی بیان نماید (BNA, 2016: 9).

همچنین مطابق مفاد مذکور (ماده ۳۳(۱) GDPR) باید گفت، دوره اطلاع‌رسانی با آگاهی کنترل‌کننده‌ها از نقض داده آغاز می‌شود؛ با این حال، GDPR مشخص نمی‌کند که کنترل‌کننده چقدر سریع باید از نقض داده در حال وقوع آگاه شود. با توجه به رویکرد مبتنی بر خطر GDPR و وظیفه اجرای اقدامات فنی و سازمانی - که در فراز سابق بیان شد، اطلاع‌رسانی نقض داده‌هایی که با پردازش، خطرات مهمی دارد، باید از مواردی که پردازش خطر کمتری دارد، سریع‌تر باشد. همچنین به موجب GDPR مشخص نیست که آیا آگاهی پردازنده به کنترل‌کننده نسبت داده خواهد شد یا خیر. اگر چنین باشد، دوره اطلاع‌رسانی، با آگاهی پردازنده بدون توجه به زمان

آگاهی کنترل‌کننده از نقض داده آغاز می‌شود. البته با توجه به اینکه قاعده کلی این است که مسئول اصلی پردازش کنترل‌کننده است و باید اقدامات پردازنده را نیز برعهده بگیرد، بعید نیست که آگاهی پردازنده به کنترل‌کننده نسبت داده شود (Voigt & von dem Bussche, 2017: 66 & 67) و بتوان چنین امری را به قصد قانون‌گذار اروپایی منتسب کرد.

۱-۶-۲. تعهد ابلاغ به شخص موضوع داده

به موجب ماده ۳۴ (۱) GDPR، به هنگام شناسایی احتمال خطر مهم از نقض داده‌ها برای حقوق و آزادی‌های اشخاص موضوع داده، کنترل‌کننده باید نقض داده شخصی را به اشخاص موضوع داده متأثر، بدون تأخیر غیر ضروری ابلاغ کند. این اطلاع‌رسانی به اشخاص موضوع داده اجازه می‌دهد تا اقدامات احتیاطی لازم را انجام دهند^۱ (European Commission, 2018^F: 15). ماده ۳۴ GDPR مقرر می‌کند:

«۱- هنگامی که نقض داده‌های شخصی به احتمال زیاد منجر به خطر مهم برای حقوق و آزادی‌های اشخاص حقیقی می‌شود، کنترل‌کننده باید نقض داده‌های شخصی را بدون تأخیر غیر ضروری، به شخص موضوع داده ابلاغ کند. ۲- ابلاغ مذکور در بخش ۱ این ماده باید با زبانی روشن و واضح، ماهیت نقض داده‌های شخصی را شرح داده و حداقل حاوی اطلاعات و اقدامات اشاره‌شده در بندهای ب، ج و د ماده ۳۳ (۳) باشد. ۳- در صورت وجود هر یک از شرایط ذیل، ابلاغ به شخص موضوع داده مذکور در بخش ۱ الزامی نیست: الف- کنترل‌کننده اقدامات فنی و سازمانی مناسب را انجام داده است و آن اقدامات بر روی داده‌های شخصی متأثر از نقض اعمال شده است، به خصوص اگر که داده‌های شخصی برای هر فردی که مجاز به دسترسی به آن نیست، غیر قابل فهم شده باشد، مانند رمزگذاری؛ ب- کنترل‌کننده اقدامات بعدی را اتخاذ کرده و اطمینان حاصل نموده است که خطر مهم برای حقوق و آزادی شخص موضوع داده مذکور در بخش ۱، دیگر احتمال تحقق ندارد؛ ج- ابلاغ مستلزم تلاش نامتناسب است. در چنین حالتی باید یک ابلاغ عمومی یا اقدامی مشابه انجام شود، به صورتی که به موجب آن، شخص

۱. اقدامات اصلاحی (جبرانی) که قادر به کاهش خسارت باشند، مانند حذف داده‌های شخصی از بسترهایی که موجب نقض شده یا در معرض نقض هستند (Singh, 2016: 131 & 132).

موضوع داده با روشی به همان اندازه مؤثر مطلع شود. ۴- اگر کنترل کننده نقض داده‌های شخصی را به شخص موضوع داده ابلاغ نکند، مرجع نظارتی با در نظر گرفتن اینکه نقض داده‌های شخصی ممکن است خطر مهمی داشته باشد، می‌تواند این کار را انجام دهد یا تصمیم بگیرد که هر یک از شرایط مذکور در بخش ۳ رعایت شود» (EUR-Lex, 2016: 52 & 53).

۷-۱. انتصاب مأمور حفاظت از داده

مأمور حفاظت از داده^۱ (DPO)، مسئول نظارت و اعمال مقررات حفاظت از داده است که به طور مستقل بر رعایت چنین مقرراتی نظارت می‌کند. چنین مأموری نقشی کلیدی در انطباق با GDPR ایفا می‌کند (European Commission, 2016). مواد ۳۷ تا ۳۹ GDPR در خصوص مأمور حفاظت از داده مقرر شده است. تا زمان معرفی مأمور حفاظت از داده توسط GDPR، تعهد انتصاب مأمور حفاظت از داده به طور گسترده‌ای در بیشتر کشورهای عضو اتحادیه اروپا ناشناخته بود. با این حال، تعدادی از کشورهای عضو اتحادیه اروپا، مانند لهستان، فرانسه و سوئد، امکان تعیین داوطلبانه مأمور حفاظت از داده را بیان کرده بودند. البته انتصاب اجباری چنین مأموری، بیش از ۳۰ سال است که در قانون حفاظت از داده آلمان ارائه شده و موفقیت آن به اثبات رسیده است (Voigt & von dem Bussche, 2017: 53).

به موجب GDPR، هم کنترل کننده و هم پردازنده در معرض تعهد انتصاب مأمور حفاظت از داده قرار دارند (Hintze, 2018: 4): زیرا طبق ماده ۳۷(۱) بندهای ب و ج :GDPR

«در صورتی که فعالیت اصلی کنترل کننده یا پردازنده شامل پردازشی است که مستلزم نظارت منظم و نظام مند بر اشخاص موضوع داده در مقیاس وسیع با توجه به ماهیت، دامنه و اهداف پردازش است، یا فعالیت اصلی کنترل کننده یا پردازنده شامل پردازش دسته‌های خاص از داده‌های شخصی مذکور در ماده ۹ و داده‌های شخصی مرتبط با محکومیت‌های کیفری و جرائم مذکور در ماده ۱۰ در مقیاس وسیع است، کنترل کننده و پردازنده باید مأمور حفاظت از داده منصوب نمایند».

1. Data Protection Officer.

به علاوه مطابق ماده ۳۷(۱) بند الف GDPR:

«مراجع و نهادهای عمومی همیشه ملزم به انتصاب مأمور حفاظت از داده هستند، مگر دادگاه‌هایی که در صلاحیت قضایی خود عمل می‌کنند» (EUR-Lex, 2016: 55).

مثال برای لزوم انتصاب مأمور حفاظت از داده می‌تواند ردیابی برخط اشخاص موضوع داده باشد؛ بدین توضیح که یک وبگاه مرکز خرید، از الگوریتم‌هایی جهت نظارت بر جستجوها و خریدهای کاربران خود استفاده می‌کند و بر اساس این اطلاعات به آن‌ها پیشنهادهایی را ارائه می‌دهد. از آنجایی که این امر به طور مداوم و با توجه به معیارهای از پیش تعریف شده رخ می‌دهد، می‌تواند به عنوان نظارت منظم و نظام‌مند اشخاص موضوع داده در مقیاس وسیع تلقی شود یا در خصوص داده‌های حساس می‌توان مثالی را فرض نمود که یک شرکت بیمه سلامت، طیف وسیعی از داده‌های شخصی در مورد تعداد زیادی از افراد، از جمله شرایط پزشکی و سایر اطلاعات بهداشتی را پردازش می‌کند. این مورد می‌تواند به عنوان پردازش داده‌های حساس در مقیاس وسیع در نظر گرفته شود (ICO, 2018^B). در مثالی دیگر می‌توان گفت که چنانچه یک شرکت، داده‌های شخصی را به هدف ارسال تبلیغات از طریق موتورهای جستجو بر اساس رفتار برخط مردم پردازش می‌کند، باید مأمور حفاظت از داده داشته باشد؛ با این حال، اگر این شرکت تنها یک بار در سال، مطالب تبلیغاتی برای مشتریان خود ارسال می‌کند، به چنین مأموری نیاز نخواهد داشت (European Commission, 2018^F: 13).

مأمور حفاظت از داده می‌تواند کارمند سازمان، شرکت یا نهاد کنترل‌کننده یا پردازنده داده‌های شخصی باشد (مأمور حفاظت از داده داخلی^۱) و یا ممکن است بر اساس قرارداد خدماتی و به صورت خارجی منصوب شود (مأمور حفاظت از داده خارجی^۲). نیز چنین مأموری می‌تواند شخص حقیقی یا حقوقی باشد (Id., 2018^A).

GDPR الزامات برای دوره انتصاب و الزامات رسمی جهت انتصاب این مأمور را تعیین نمی‌کند. با این حال، شکل کتبی توصیه می‌شود؛ زیرا به اهداف مستندسازی و

1. Internal DPO.
2. External DPO.

اثباتی کمک می‌کند. همچنین در حالی که در پیش‌نویس GDPR، یک دوره انتصاب ۲ ساله برای مأمور حفاظت از داده تعیین شده بود، این الزام در متن نهایی GDPR وجود ندارد. اما به نظر می‌رسد که هنوز هم بهتر است مأمور حفاظت از داده برای حداقل ۲ سال منصوب شود تا استقلال آن تضمین شود و بتواند نظارت مداوم بر فعالیت‌های پردازشی داشته باشد (Voigt & von dem Bussche, 2017: 58).

فارغ از تعهد انتصاب مأمور حفاظت از داده، که کنترل‌کننده و پردازنده در موارد خاصی ملزم به چنین تعهدی هستند، در اینجا بیان مطالبی در خصوص مأمور حفاظت از داده نیز مفید است. مواد ۳۸ و ۳۹ GDPR، وظایف مأمور حفاظت از داده را بیان می‌کنند که عبارت‌اند از: آگاهی و مشاوره به کنترل‌کننده، پردازنده یا کارمندانی که به موجب این مقررات یا سایر قوانین مربوط به حفاظت از داده اتحادیه یا کشورهای عضو، پردازش را انجام می‌دهند؛ نظارت بر رعایت این مقررات یا سایر قوانین حفاظت از داده کشور عضو یا اتحادیه، همچنین نظارت بر سیاست‌های کنترل‌کننده یا پردازنده در ارتباط با حفاظت از داده‌های شخصی، از جمله تخصیص مسئولیت‌ها، افزایش آگاهی و آموزش کارکنان درگیر در عملیات پردازش و انجام بررسی‌ها مربوطه؛ در صورت درخواست، ارائه مشاوره در مورد ارزیابی تأثیر حفاظت از داده^۱ و نظارت بر عملکرد آن مطابق ماده ۳۵؛ همکاری با مراجع نظارتی؛ عمل نمودن به عنوان نقطه ارتباطی برای مراجع نظارتی در مورد مسائل مربوط به پردازش، از جمله مشاوره قبلی مذکور در ماده ۳۶ و در صورت لزوم در مورد هر موضوع مهم دیگر؛ عمل نمودن به عنوان نقطه ارتباطی برای اشخاص موضوع داده تا اشخاص موضوع داده بتوانند در خصوص تمام مسائل مربوط به پردازش داده‌های شخصی خود و اعمال حقوق خود به موجب GDPR با مأمور در تماس باشند.

۱. مطابق با ماده ۳۵ بخش ۱ GDPR، اگر نوعی از پردازش داده به ویژه با استفاده از فناوری‌های جدید، به احتمال زیاد منجر به خطر مهم برای حقوق و آزادی‌های افراد با در نظر گرفتن ماهیت، دامنه، زمینه و اهداف پردازش شود، کنترل‌کننده باید ارزیابی در مورد تأثیر فعالیت‌های پردازشی پیش‌بینی‌شده نسبت به حفاظت از داده‌ها انجام دهد. در واقع، مطابق با رویکرد کلی مبتنی بر خطر GDPR، کنترل‌کننده باید در صورت شناسایی احتمالی خطر مهم، اثرات فعالیت‌های پردازشی خود را نسبت به آینده پیش‌بینی کند (European Commission, 2018^c: 14).

مطابق ماده ۳۸(۶) GDPR، مأمور حفاظت از داده می‌تواند وظایف دیگری را انجام دهد، لیکن کنترل‌کننده یا پردازنده باید اطمینان حاصل کنند که چنین وظایفی منجر به تعارض منافع نمی‌شود (56: 2016, EUR-Lex). بنابراین مطابق با GDPR، کنترل‌کننده یا پردازنده می‌توانند وظایف و مسئولیت‌های بیشتری را -علاوه بر وظایف الزامی مذکور- به مأمور حفاظت از داده اختصاص دهند؛ البته تا زمانی که چنین تخصیص مسئولیت و وظایفی منجر به تضاد منافع با وظایف اولیه و الزامی مأمور حفاظت از داده نشود. برای مثال، ماده ۳۰ GDPR مستلزم آن است که کنترل‌کننده یا پردازنده باید سوابق عملیات پردازش را حفظ کنند و تخصیص این وظیفه به مأمور حفاظت از داده مانعی ندارد و تعارض منفعی ایجاد نمی‌کند. در مقابل، این مأمور نمی‌تواند در سازمان، نهاد یا شرکت کنترل‌کننده و پردازنده جایگاهی داشته باشد که در تعیین اهداف و ابزارهای پردازش داده‌های شخصی دخیل باشد؛ زیرا اگر مأمور حفاظت از داده، مسئول تعیین اهداف و ابزارهای پردازش داده یا تضمین مجاز بودن فعالیت‌های پردازش باشد، تضاد منافع رخ خواهد داد؛ چرا که این مأمور نمی‌تواند بر پیروی خود از GDPR نظارت کند. همچنین مأمور حفاظت از داده نمی‌تواند اهداف رقابتی‌ای داشته باشد که نقشی در منافع کسب و کار دارد و تأثیر بر حفاظت از داده‌ها می‌گذارد. برای مثال، رئیس بازاریابی یک شرکت، پویشی تبلیغاتی را برنامه‌ریزی می‌کند، از جمله اینکه کدام یک از مشتریان شرکت باید هدف قرار گیرد یا کدام روش ارتباطی و جزئیات شخصی باید مورد استفاده قرار گیرد. در این صورت، این شخص نمی‌تواند مأمور حفاظت از داده شرکت باشد؛ چون وظایف او منجر به تعارض منافع بین اهداف پویش (استفاده از داده‌های شخصی برای اهداف تبلیغاتی) و تعهدات حفاظت از داده شرکت می‌شود (ICO, 2018^B). به عنوان یک قاعده کلی، انتصاب هر شخصی با هر یک از نقش‌های مدیریتی (مدیر عامل، مدیر اجرایی)، رؤسای بخش‌های فناوری اطلاعات، بازاریابی یا منابع انسانی و سایر نقش‌های دیگری که در ساختار سازمانی در مرتبه پایین‌تری قرار دارند، ولی به تعیین اهداف و ابزارهای پردازش داده می‌پردازند، به عنوان مأمور حفاظت از داده ممکن نیست (Kubben et al., 2019: 65).

با توجه به نقش کلیدی این مأمور در حفاظت از داده، نامزدهای این موقعیت باید

صلاحیت‌های قانونی مشخصی را داشته باشند. طبق ماده ۳۷(۵) GDPR، این مأمور باید خصوصیات حرفه‌ای، دانش تخصصی در زمینه قانون و رویه‌های حفاظت از داده و توانایی انجام وظایف قانونی مذکور را داشته باشد. از آنجایی که صلاحیت آن‌ها با توانایی انجام مسئولیت‌های قانونی‌شان مرتبط است، نامزد مأموریت حفاظت از داده، باید در ارتباط با فعالیت‌های پردازش داده شرکت، نهاد یا سازمان ارزیابی شود. سطح مورد نیاز دانش تخصصی نیز با توجه به عملیات پردازشی و حفاظت مورد نیاز برای داده‌های شخصی مشخص می‌شود (Voigt & von dem Bussche, 2017: 56 & 57).

در نهایت باید گفت مأمور حفاظت از داده، عملکرد مشاوره‌ای دارد و شخصاً مسئول عدم رعایت GDPR نیست؛ لیکن باید پاسخ‌گوی وظایف مخصوص به خود باشد (Kubben et al., 2019: 65). همچنین مطابق ماده ۳۸(۳) GDPR، مأمور حفاظت از داده نباید به خاطر انجام وظایف خود توسط کنترل‌کننده یا پردازنده اخراج یا جریمه شود. در مقابل، اخراج یا جریمه به دلایل دیگر - برای مثال، دلایل قراردادی یا اقتصادی - در هر زمانی ممکن است. با وجود این، دلایل دیگری که ذکر شد، نباید منجر به اخراج یا جریمه این مأمور جهت انجام وظایفش شود؛ زیرا این کار، خلاف ماده ۳۸(۳) GDPR (قصد قانون‌گذار) است (Voigt & von dem Bussche, 2017: 60).

۲. بررسی تعهدات اشخاص پردازش‌کننده داده در نظام حقوقی ایران

جهت بررسی تعهدات اشخاص پردازش‌کننده داده در نظام حقوقی ایران، به دلیل عدم اشاره صریح به این امر در قوانین موضوعه و دکتترین حقوقی، باید چنین تعهداتی از مبانی حقوق ایران و فقه امامیه استنباط شود. همچنین اسناد مرتبط یعنی پیش‌نویس لایحه «سیانت و حفاظت از داده‌های شخصی» مورخ ۱۳۹۷ و طرح «حمایت و حفاظت از داده و اطلاعات شخصی» اعلام وصول شده در مجلس به تاریخ شهریورماه ۱۴۰۰، در این خصوص قابل بررسی هستند. در این بند، موارد مذکور در فرازهای جداگانه مورد واکاوی قرار خواهند گرفت.

۱-۲. جستجوی تعهدات اشخاص پردازش‌کننده داده در مبانی حقوق ایران

و فقه امامیه

از آنجایی که در مبانی حقوق ایران و فقه امامیه، تعهدات اشخاص پردازش‌کننده داده مورد تصریح قرار نگرفته است، باید چگونگی ید یعنی استیلا و تصرف اشخاص پردازش‌کننده داده نسبت به داده شخصی تبیین شود. در مرحله بعد و با کشف نوع استیلاي اشخاص پردازش‌کننده داده نسبت به داده شخصی، تعهدات چنین اشخاصی قابل استنباط است.

تصرف یا ید به طور کلی به ید امانی و ید ضمانی قابل تقسیم است. به موجب قاعده استیمان (امانی بودن ید و عدم ضمان امین)، امین نسبت به مال امانتی که تلف شده یا دچار نقص گشته است، بدون تعدی و تفریط ضامن نیست: «عدم ضمان الأمین إلا مع التعدی أو التفریط» (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲: ۲۷۸/۶). البته در مواردی ممکن است که تصرف غیر مجاز، موجب تلف یا نقص مال هم نشود، بلکه بر بهایش نیز بیفزاید، لیکن موجب ضمان است؛ زیرا این ضمان ناشی از آن است که ید مأذون به ید غیر مأذون و عدوانی تبدیل شده و اینجا مجرای قاعده «علی الید ما أخذت حتی تؤذیه» است (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۹: ۱۹۲/۱). همچنین در مواردی، امانت در جهت مصلحت مالک است (مانند ودیعه) و در برخی موارد نیز برای مصلحت امین (مانند عاریه) و در سایر موارد ممکن است که هر دو از آن منتفع شوند (مانند اجاره) (لطفی، ۱۳۷۸: ۹۵). ملاک جریان قاعده استیمان، اذن و تسلیط مجانی بر مال مالک است که در این صورت، ضامن تلف و نقص نیز نیست؛ زیرا او امین است و بدون تعدی و تفریط، ضمان از وی ساقط است (ر.ک: موسوی بجنوردی، ۱۳۷۹: ۱۱۲/۱). ید امانی، اعم از ید مالکی و شرعی (قانونی) است. ید امانی مالکی آن است که خود مالک، شیء را به امانت نزد دیگری می‌گذارد و اذن در تصرف از جانب مالک می‌باشد؛ اعم از اینکه چنین اذنی بر اساس عقدی باشد که امانت موضوع اصلی آن است، مانند ودیعه،^۱ یا به وسیله عقدی باشد که امانت، مسئله تبعی آن عقود است و از اراده ضمنی اطراف عقد کشف می‌شود،

۱. حقیقت ودیعه استنباط در حفظ است (قزوینی، بی تا: ۲۱۷).

مانند اجاره، رهن، وکالت، عاریه، مضاربه، شرکت (موسوی خمینی، ۱۳۸۳: ۵۴۹/۲؛ موسوی گلپایگانی، بی‌تا: ۵/۳). ید امانی شرعی (قانونی) نیز آن است که خود مالک، آن را به امانت نگذاشته، ولی شارع یا قانون‌گذار آن را به عنوان امانت تلقی کرده است، مانند یابنده مال گمشده که شارع او را امین محسوب می‌نماید (مدرسی، ۱۳۹۳: ۳۲۷).

دو عنصر اذن و مجانی بودن برای جریان امانت در کلام برخی فقها قابل مشاهده است.^۱ برای نمونه، محقق خوبی با عبارت «فهو طبعاً أمين من قبل المالك أی مجاز فی إبقاء المال عنده مجّاناً» به عنصر اذن و مجانی بودن اشاره نموده است. با لحاظ این امر، در مورد اجاره یا برخی از عقود امانی دیگر، ممکن است اشکالی به ذهن متبادر شود؛ بدین مضمون که این عقود معوض هستند و عنصر مجانی بودن که برای جریان ید امانی لازم است، در آنها وجود ندارد. در پاسخ به این اشکال باید گفت که منظور از مجانی بودن این است که بقای عین در نزد امین به صورت مجانی و با اذن مالک باشد؛ برای نمونه در اجاره، اجرت در قبال منفعت باشد نه ذات عین؛ بدین جهت امانت که شامل اذن و مجانی بودن است، در خصوص اجاره وجود دارد (موسوی خوبی، ۱۴۱۸: ۲۲۰/۳۰؛ تسخیری، ۱۴۳۱: ۶۲/۳). همچنین باید گفت که اثر اذن صرفاً اباحه است و مطلق اباحه، نفی ضمان نمی‌کند، بلکه تنها اباحه مجانی رافع ضمان است (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰: ۳۹/۱؛ شهیدی تبریزی، بی‌تا: ۲۱۸/۲؛ حسینی روحانی، ۱۴۲۹: ۳۵۸/۲). بدین جهت است که برای جریان ید امانی، عنصر مجانی بودن ضروری است؛ البته با لحاظ نکته‌ای که ذکر شد.

با بیان این امر که نگهداری عین در برخی از عقود امانی مجانی است و بدین جهت ید امانی است، ممکن است اشکال دیگری پیش آید؛ بدین بیان که در برخی از مصادیق جریان ید ضمانی، مانند مأخوذ بالسوم نیز نگهداری از عین مجانی است و با اذن مالک نیز می‌باشد، در حالی که ید ضمانی است. در پاسخ باید گفت مسئله مأخوذ بالسوم

۱. گرچه از نظر بسیاری از فقها، مجرای قاعده استیمان، وجود اذن از جانب مالک یا شارع است (امین کسی است که مأذون از سوی مالک یا شارع باشد) و عنصر مجانی بودن مورد تصریح قرار نگرفته است (فاضل Mohdی لنکرانی، ۱۳۸۳: ۲۸؛ موسوی بجنوردی، ۱۳۷۹: ۱۹۱/۱؛ مکارم شیرازی، ۱۳۷۰: ۲۶۹/۲). لیکن به دلیل تفکیک دقیق مصادیق ید امانی از ید ضمانی و دخالت این عنصر در تقسیم ید ضمانی به عدوانی و غیر عدوانی - که بیان خواهد شد - تصریح به مجانی بودن برای جریان ید امانی، دقیق‌تر است.

خارج از عنوان امانت است؛ زیرا در این مورد، مشتری با قصد خرید عین، آن را در اختیار می‌گیرد و لذا ضامن عوض و ثمن آن است. به عبارت دیگر، اخذ شیء (عین) به وسیله مشتری، مقدمه‌ای برای خرید است که از امانت - اعم از مالکی و شرعی - خارج است و موجب ضمان می‌باشد (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۹: ۱/۲۱۴).

در مقابل ید امانی، ضمان وجود دارد که اعم از ید ضمانی عدوانی و ید ضمانی غیر عدوانی است. ید ضمانی عدوانی در مواردی است که عنصر اذن مفقود، و علاوه بر آن عنصر عدوان موجود باشد، مانند غضب. ید ضمانی غیر عدوانی نیز در صورتی است که یکی از دو عنصر لازم برای تحقق ید امانی مفقود است و عنصر عدوان نیز وجود ندارد^۱ (محقق داماد، ۱۳۸۴: ۱۰۲؛ ر.ک: نراقی، ۱۳۸۰: ۱/۲۷).

با توجه به تقسیم‌بندی مذکور، اگر پردازش مجانی باشد (مانند پردازش داده‌های شخصی توسط رسانه‌ها و شبکه‌های اجتماعی مجازی یا موتورهای جستجو)، رابطه بین شخص موضوع داده و اشخاص پردازش‌کننده داده، رابطه امانی است؛ زیرا در این موارد، اذن توسط شخص موضوع داده و مجانی بودن برای جریان رابطه امانی موجود است. همچنین در صورتی که پردازش داده‌ها به موجب قرارداد باشد، ید امانی مالکی وجود دارد و در سایر موارد که پردازش به تجویز قانون است، می‌تواند ید امانی قانونی وجود داشته باشد (مانند پردازش داده‌های شخصی برای حفاظت از منافع حیاتی شخص موضوع داده یا دیگران یا پردازش به جهت منافع عمومی).

گرچه رابطه بین اشخاص پردازش‌کننده داده و شخص موضوع داده در صورت وجود اذن و با وجود عنصر مجانی بودن، رابطه‌ای امانی است و در حالات مختلف، از انواع متفاوت رابطه امانی می‌باشد، لیکن چنین رابطه امانی حتی در صورت قراردادی بودن، قابلیت تطبیق کامل با هیچ یک از عقود امانی معین را ندارد و بدین جهت نمی‌توان به طور مطلق تعهدات اطراف عقود امانی معین را برای اشخاص پردازش‌کننده داده

۱. در اینجا ذکر نکته‌ای مفید است؛ بدین توضیح که در هر دو فرض ید ضمانی عدوانی و ید ضمانی غیر عدوانی، مسئولیت مدنی وجود دارد؛ لیکن در فرض وجود عنصر عدوان مانند غضب، علاوه بر مسئولیت مدنی، مسئولیت کیفری نیز وجود دارد، ولی در مورد ید ضمانی غیر عدوانی، چنین مسئولیتی محقق نیست (محقق داماد، ۱۳۸۴: ۶۸).

در نظر گرفت. البته در مواردی می‌توان تطبیقاتی داد؛ بدین توضیح که به نظر می‌رسد بتوان ماهیت ارتباط بین شخص موضوع داده و اشخاص پردازش‌کننده داده را رابطه بین مودع و امین دانست و ارتباط بین این اشخاص را به نوعی عقد ودیعه تلقی نمود؛ زیرا ودیعه «عقدی است که به موجب آن، یک نفر مال خود را به دیگری می‌سپارد، برای آنکه آن را مجانی نگاه دارد». در بحث حاضر نیز داده‌های شخصی مال هستند^۱ و نگهداری^۲ نیز از مصادیق پردازش است که به آن در GDPR اشاره شده است (EUR-Lex, 2016: 33). بدین جهت در جایی که پردازش مجانی است، عناصر عقد ودیعه وجود دارد و می‌توان شخص موضوع داده را مودع و اشخاص پردازش‌کننده داده را مستودع یا امین دانست. با وجود امین بودن اشخاص پردازش‌کننده داده، تعهداتی که برای مستودع در مواد ۶۱۲ تا ۶۳۲ قانون مدنی مقرر شده است، در مواردی که موضوعیت دارد، قابل جریان است. موادی که بر بحث حاضر قابلیت جریان دارند، مواد زیر هستند:

«ماده ۶۱۲- امین باید مال ودیعه را به طوری که مالک مقرر نموده، حفظ کند و اگر ترتیبی تعیین نشده باشد، آن را به طوری که نسبت به آن مال متعارف است، حفظ کند؛ والا ضامن است.

ماده ۶۱۳- هر گاه مالک برای حفاظت مال ودیعه ترتیبی مقرر نموده باشد و امین از برای حفظ مال، تغییر آن ترتیب را لازم بداند، می‌تواند تغییر دهد؛ مگر اینکه مالک صریحاً نهی از تغییر کرده باشد که در این صورت ضامن است».

این دو ماده می‌توانند مبین تعهد «تضمین امنیت پردازش» به موجب GDPR باشند؛ زیرا اشخاص پردازش‌کننده داده به موجب GDPR باید اقدامات لازم جهت حفظ

۱. گرچه داده شخصی مانند آنچه در ودیعه متعارف است، شیء مادی قابل اشاره نیست، لیکن به جهت اینکه مجرای عقد ودیعه و قاعده امانت در جایی است که امر مورد امانت، مال باشد و شیء مادی بودن موضوعیت ندارد، همچنین داده‌های شخصی، ماهیتی دو جنبه‌ای دارند که مرکب از بعد مالی (ابعاد مالی داده شخصی، حق انحصاری هر گونه بهره‌برداری از داده شخصی است. بهره‌برداری متناسب با داده شخصی از طریق پردازش است که مصادیق آن در ماه ۴(۲) GDPR بیان شده است. این موارد از قبیل جمع‌آوری، ضبط، ذخیره‌سازی و... نسبت به داده شخصی است (EUR-Lex, 2016: 33)) و بعد معنوی‌اند، چنین داده‌هایی ارزشمند بوده، مال محسوب شده و می‌توانند مصداق مال‌الامانه باشند.

2. Storage.

امنیت پردازش را لحاظ نمایند، همان طور که امین باید ترتیبات لازم جهت حفظ مال‌الامانه را انجام دهد.

همچنین از ماده ۶۱۲ قانون مدنی، تعهد «کنترل‌کننده به انتخاب پردازنده مناسب» نیز قابل استنباط است؛ زیرا به موجب این ماده، امین باید مال‌الامانه را به صورت متعارف حفظ نماید. در خصوص بحث حاضر می‌توان گفت که عرف انتخاب پردازنده مناسب توسط کنترل‌کننده را با توجه به مال بودن داده‌های شخصی و با لحاظ این امر که پردازنده، نماینده کنترل‌کننده در پردازش است، لازم می‌داند. بنابراین کنترل‌کننده در مقام امین باید اموری که عرف ضروری می‌داند، مانند انتخاب پردازنده مناسب را رعایت نماید.

تعهد «ابلاغ نقض داده شخصی به شخص موضوع داده» نیز از عقد ودیعه قابل استنباط است؛ زیرا همان طور که در ودیعه، آسیب به مال‌الامانه منطقیاً باید به اطلاع مودع رسانده شود، به موجب GDPR نیز نقض داده شخصی باید به شخص موضوع داده اطلاع داده شود.

به علاوه، مطابق با ماده ۶۱۴ قانون مدنی، «امین ضامن تلف یا نقصان مالی که به او سپرده شده است، نمی‌باشد، مگر در صورت تعدی یا تفریط»، و به موجب ماده ۶۱۵، «امین در مقام حفظ، مسئول وقایعی نمی‌باشد که دفع آن از اقتدار او خارج است». در واقع امین ید امانی دارد. ماده ۸۲ GDPR نیز مقرر می‌کند:

«... ۲- هر کنترل‌کننده درگیر در پردازش، مسئول آسیب ناشی از پردازش است که این مقررات را نقض کرده است. پردازنده تنها در صورتی مسئول آسیب ناشی از پردازش است که از الزامات این مقررات به طور خاص در مورد پردازنده‌ها پیروی نکرده باشد یا در صورتی که خارج یا برخلاف دستورالعمل‌های قانونی کنترل‌کننده عمل کرده باشد. ۳- کنترل‌کننده یا پردازنده از مسئولیت بخش ۲ معاف هستند، اگر ثابت کنند که به هیچ وجه مسئول حادثه موجب خسارت نیستند».

از آنچه در ماده ۸۲ مقرر شده، استنباط می‌شود که ید اشخاص پردازش‌کننده داده، ید امانی است و در صورت نقض مقررات یا عدم پیروی از دستورات و عمل نمودن برخلاف دستورات - که از مصادیق تعدی و تفریط هستند - مسئولیت وجود دارد. در

صورت مجانی بودن پردازش و با جریان رابطه امانی بین اشخاص موضوع داده و اشخاص پردازش کننده داده، می توان گفت که در نظام حقوقی ایران، اشخاص پردازش کننده داده در صورت تعدی و تفریط (تقصیر) مسئولیت دارند و باید نسبت به شخص موضوع داده پاسخ گو باشند.

فارغ از تطبیق رابطه بین شخص موضوع داده و اشخاص پردازش کننده داده با مودع و مستودع، باید گفت که رابطه امانی بین اشخاص پردازش کننده داده و شخص موضوع داده، رابطه ای ویژه است که درک تعهدات کامل این رابطه، نیاز به تصریح قانون دارد. البته روشن است که به طور کلی با جریان رابطه امانی، اشخاص پردازش کننده داده با تقصیر ضامن هستند و بدون تعدی و تفریط مسئولیتی ندارند.

تا کنون فرضی از پردازش بیان شد که با اذن شخص موضوع داده، پردازش مجانی است. در مقابل، اگر پردازش داده های شخصی مجانی نباشد (مانند پردازش داده های شخصی توسط بانک ها برای امور مالی)، ید اشخاص پردازش کننده داده نسبت به شخص موضوع داده، ید ضمانتی غیر عدوانی است؛ زیرا با وجود اذن و عدم مجانی بودن ید ضمانتی غیر عدوانی محقق است. همچنین اصل بر ضمانتی بودن تصرف است و با فقدان یکی از عناصر ید امانی، به اصل رجوع می شود. ید ضمانتی غیر عدوانی، مصادیق متفاوتی مانند مقبوض به عقد فاسد، مأخوذ بالسوم و... دارد که رابطه حاضر، قابل تطبیق با هیچ یک از این مصادیق نیست و باز هم شفافیت تعهدات اشخاص پردازش کننده، تصریح قانون را می طلبد. در اینجا نیز از رابطه ضمانتی غیر عدوانی صرفاً می توان به این نتیجه دست یافت که با وجود ضمانتی بودن رابطه، شخص پردازش کننده داده بدون تقصیر ضامن است.

۲-۲. بررسی تعهدات اشخاص پردازش کننده داده در پیش نویس لایحه «صیانت و حفاظت از داده های شخصی» و طرح «حمایت و حفاظت از داده و اطلاعات شخصی»

فارغ از امور پیش گفته در خصوص تعهدات اشخاص پردازش کننده داده از مبانی حقوق ایران و فقه امامیه، می توان این تعهدات را از اسناد مرتبط یعنی پیش نویس لایحه

«صیانت و حفاظت از داده‌های شخصی» منتشر شده در تیرماه ۱۳۹۷ و طرح «حمایت و حفاظت از داده و اطلاعات شخصی» اعلام وصول شده در مجلس به تاریخ شهریورماه ۱۴۰۰ نیز بررسی نمود.

پیش‌نویس لایحه «صیانت و حفاظت از داده‌های شخصی» در تیرماه سال ۱۳۹۷ در وبگاه وزارت ارتباطات و فناوری اطلاعات ایران در خصوص حمایت از داده شخصی منتشر شده است. چنین سندی پیش‌نویس است و تا کنون حتی نسخه نهایی برای این پیش‌نویس منتشر نشده است. البته به نظر می‌رسد با ارائه طرح «حمایت و حفاظت از داده و اطلاعات شخصی» که در ۲۴ شهریورماه ۱۴۰۰ در صحن علنی مجلس اعلام وصول شده است، پیش‌نویس مذکور در همین مرحله رها شده باشد؛ به ویژه که طرح مذکور گزیده‌ای از پیش‌نویس سابق است. در واقع این طرح که با چند سال فاصله از ارائه پیش‌نویس، به تازگی در خصوص حمایت از داده شخصی و اشخاص موضوع داده، در مجلس وصول شده است، در محتوا نسبت به مواد استفاده شده از پیش‌نویس تغییری نکرده است و با عدم شفافیت و فقدان افزایش حمایت از داده شخصی و اشخاص موضوع داده، با همان کیفیت مقرر در پیش‌نویس، به حمایت از داده‌های شخصی و اشخاص موضوع داده پرداخته است. حتی پیش‌نویس سال ۱۳۹۷ متضمن ماده ۷۸، مفاد آن در جهت حمایت مفصل‌تر و مواد مختلف آن نیز با عناوین و زیرعنوان‌های مختلف و جزئی جدا شده‌اند؛ در حالی که طرح مذکور در ۵۶ ماده تنظیم و به صورت کلی‌تری ارائه شده است. بدین جهت طرحی که به تازگی به مجلس ارائه شده است، نسبت به پیش‌نویس سال ۱۳۹۷ ضعیف‌تر است. البته از سوی دیگر، پیش‌نویس به دلیل اینکه حتی به صورت لایحه مطرح نشده است، نسبت به طرح در مرحله پایین‌تری قرار دارد. با لحاظ مطالب پیش‌گفته و توجه به این امر که حمایت‌های طرح و پیش‌نویس یکسان است و در عین حال پیش‌نویس به جنبه‌هایی در خصوص داده‌های شخصی اشاره نموده است که از نگاه طرح مورد غفلت واقع شده‌اند، مبنای بررسی، پیش‌نویس است؛ لیکن در مطالب مرتبط، علاوه بر ارجاع به پیش‌نویس، به شماره ماده طرح نیز جهت دسترسی بهتر اشاره می‌شود (در موضوع‌های واحد، شماره مواد در پیش‌نویس و طرح متفاوت است).

اکنون باید گفت که باب سوم پیش‌نویس لایحه «صیانت و حفاظت از داده‌های شخصی» در چندین ماده، دامنه تعهدات کنترل‌کننده‌ها و پردازنده‌ها را مشخص می‌کند. مواد مذکور به شرح ذیل هستند:

ماده ۱۵ پیش‌نویس (مفاد این ماده در طرح وجود ندارد):
 «تعهدات مقرر در این باب به عهده کنترل‌گر است؛ مگر اینکه به موجب قانون یا توافق یا قرارداد، پردازشگر عهده‌دار آن‌ها شود».

ماده ۱۶ پیش‌نویس (ماده ۲۷ طرح):
 «همه کارکردهای فرایند پردازش داده‌های شخصی باید بر پایه دستور یا درخواست مستند کنترل‌گر باشد؛ در غیر این صورت، پردازشگر به عنوان کنترل‌گر پردازش هم شناخته می‌شود».

ماده ۱۷ پیش‌نویس (تبصره ۱ ماده ۲۷ طرح):
 «چنانچه هر یک از کارکردهای پردازش، کنترل‌گر یا پردازشگر مختص به خود را داشته باشد، تنها نسبت به همان کارکرد تعهد خواهند داشت».

ماده ۱۸ پیش‌نویس (تبصره ۲ ماده ۲۷ طرح):
 «در صورت تعدد کنترل‌گران یا پردازشگران در هر کارکرد، فرض بر تعهد برابر آن‌هاست؛ مگر اینکه خلاف آن ثابت شود».

با توجه به ماده ۱۵ پیش‌نویس، کنترل‌کننده مسئول اصلی پردازش است و پاسخ‌گویی بر عهده اوست، مانند آنچه در GDPR مقرر شده است؛ لیکن ماده ۱۵ با مواد GDPR در خصوص مسئولیت کنترل‌کننده تفاوت دارد، بدین توضیح که به موجب GDPR، اصل بر مسئولیت کنترل‌کننده است و تنها در صورتی که پردازنده بدون مشورت با کنترل‌کننده، عملی مستقل در مورد فعالیت‌های پردازش داده داشته باشد، پردازنده به عنوان کنترل‌کننده داده‌ها در نظر گرفته خواهد شد و به عبارت دیگر، تمام مسئولیت‌ها و تعهدات یک کنترل‌کننده با پردازنده خواهد بود (Eija, 2018: 17-18). در واقع از نگاه GDPR، تجاوز پردازنده از دستورات کنترل‌کننده تنها استثنا بر اصل مسئولیت کنترل‌کننده است. گرچه چنین استثنایی در ماده ۱۶ پیش‌نویس مقرر شده است، لیکن ماده ۱۵ پیش‌نویس نیز استثنایی دیگر بر اصل مسئولیت کنترل‌کننده دارد و مسئولیت را با پردازنده

می‌داند اگر که «به موجب قانون یا توافق یا قرارداد، پردازشگر عهده‌دار آن‌ها باشد». همچنین به موجب بند ت ماده ۲ این پیش‌نویس: «... در صورت نبود کنترلگر یا عدم امکان اتصاف پردازش به آن، پردازشگر به عنوان کنترلگر نیز شناخته می‌شود».

در خصوص دو استثنای اخیر بر اصل مسئولیت کنترل‌کننده که در GDPR وجود ندارد باید گفت که گرچه این دو استثنا با افزایش دامنه تعهدات پردازنده‌ها موجب تقویت حمایت از داده‌های شخصی و اشخاص موضوع داده است، لیکن در بند ت ماده ۲، فرض دقیقی بیان نشده است؛ چرا که کنترل‌کننده در اصل، مسئول پردازش است و نمی‌توان حالتی را فرض کرد که پردازش متصف به کنترل‌کننده نباشد؛ زیرا کنترل‌کننده شخصی است که پردازش را به پردازنده واگذار کرده است و پردازنده نماینده کنترل‌کننده است، مگر اینکه عدم اتصاف پردازش به کنترل‌کننده به دلیل این باشد که پردازنده بر خلاف یا بدون دستور کنترل‌کننده عمل کرده است که این امر در ماده ۱۶ پیش‌نویس مورد تصریح قرار گرفته و در این بند نیاز به اشاره به آن با عبارات دیگر نیست.

همچنین نسبت به ماده ۱۸ پیش‌نویس (تبصره ۲ ماده ۲۷ طرح) که «در صورت تعدد کنترلگران یا پردازشگران در هر کارکرد، فرض را بر تعهد برابر آن‌ها می‌داند؛ مگر اینکه خلاف آن ثابت شود» نیز ابهامی وجود دارد و آن عبارت «تعهد برابر» است. در واقع معلوم نیست که تعهد برابر به چه معناست و با بروز خسارت، روشن نیست که نحوه جبران به صورت مساوی یا به صورت نسبی است. بدین جهت مناسب بود که از عبارت دقیق‌تری استفاده می‌شد. برای نمونه، همان‌طور که ذکر شد، GDPR مسئولیت اشخاص پردازش‌کننده داده را در زمانی که مشترک باشند، تضامنی دانسته و بر این امر در ماده ۲۶(۳)^۱ تصریح نموده است؛ گرچه به موجب مفهوم مخالف ماده ۴۰۳ قانون تجارت^۲

۱. «شخص موضوع داده می‌تواند حقوق خود به موجب این مقررات را در خصوص و علیه هر یک از کنترل‌کننده‌ها اعمال کند» (EUR-Lex, 2016: 48).

۲. «در کلیه مواردی که به موجب قوانین یا موافق قراردادهای خصوصی، ضمانت تضامنی باشد، طلبکار می‌تواند به ضامن و مدیون اصلی مجتمعاً رجوع کرده یا پس از رجوع به یکی از آن‌ها و عدم وصول طلب خود، برای تمام یا بقیه طلب به دیگری رجوع نماید».

و اصل عدم که مبین عدم تضامن است، مسئولیت تضامنی در نظام حقوقی ایران خلاف قاعده و اصل است و وجود مسئولیت تضامنی نیاز به تصریح دارد و بدین جهت مسئولیت تضامنی منتفی است، لیکن عبارت ماده ۱۸ پیش نویس بین مسئولیت مساوی و نسبی مجمل است.

همچنین به موجب ماده ۳۱ پیش نویس (ماده ۳۸ طرح):

«کنترلگران در برابر اشخاص موضوع داده از پاسخ گویی کامل برخوردارند؛ اعم از آنکه تعهداتشان با آنها پیرو عقد لازم منعقد شده یا در تفاهم نامه یا اسنادی مانند خط مشی های حریم خصوصی مندرج باشد».

این ماده نیز مبین اصل مسئولیت کنترل کننده بر اساس GDPR است، با این تفاوت که ماده ۳۱ پیش نویس به بستری که چنین تعهداتی را الزامی می سازد نیز اشاره نموده است. گرچه اشاره به این امر مناسب است، لیکن جای حکم قانون بین این موارد خالی است؛ زیرا ممکن است تعهدات مختلف کنترل کننده در مقابل اشخاص موضوع داده به موجب حکم قانون باشد که جدای از قرارداد، تفاهم نامه یا اسناد مربوط به حریم خصوصی است.

در این راستا ماده ۵۹ پیش نویس (ماده ۴۵ طرح) نیز بیان می کند:

«کنترلگر و پردازشگر در برابر تعهدات خود مسئولیت مستقل دارند».

این امر در GDPR نیز پیش بینی شده است و اشاره پیش نویس به این امر مناسب است. به علاوه به موجب ماده ۶۰ پیش نویس (ماده ۴۵ طرح):

«پردازشگر در صورتی معاف از مسئولیت است که: الف- اقدام وی با دستور یا درخواست کنترلگر مغایرت نداشته باشد؛ ب- در صورت غیر قانونی دانستن دستور یا درخواست مورد نظر، آگاهی لازم را به کنترلگر داده باشد»^۱.

۱. ماده ۴۵ طرح در این خصوص، بند زیر را اضافه نموده است: «کنترلگر و پردازشگر در برابر تعهدات خود مسئولیت مستقل دارند و زیان دیده همزمان می تواند به کنترلگر یا پردازشگر مراجعه و جبران همه زیانها را مطالبه نماید. پردازشگر در صورتی معاف از مسئولیت است که: الف- اقدام وی با دستور یا درخواست کنترلگر مغایرت نداشته باشد؛ ب- در صورت غیر قانونی دانستن دستور یا درخواست مورد نظر، هشدار لازم را به کنترلگر داده باشد؛ پ- در صورت زیانبار دانستن پردازش، از ناظر ویژه کسب تکلیف کرده باشد».

به نظر می‌رسد مفاد مذکور غیر دقیق تدوین شده است؛ زیرا مبنای معافیت از مسئولیت، اموری مانند عدم تقصیر است (با توجه به مبانی مختلف مسئولیت، مبنای معافیت هم متفاوت می‌گردد) و عدم مغایرت با دستورات کنترل‌کننده از موجبات معافیت نیست. از این ماده استنباط می‌شود در فرضی که پردازنده تقصیر نموده، لیکن از دستورات کنترل‌کننده تجاوز نکرده است، مسئولیتی ندارد که این امر صحیح به نظر نمی‌رسد. بند ب نیز همین اشکال را دارد؛ زیرا اطلاع‌رسانی به کنترل‌کننده نمی‌تواند مبنای معافیت از مسئولیت باشد.

پیش‌نویس و طرح به نوعی به تعهد «حفظ سوابق فعالیت‌های پردازش» نیز اشاره نموده‌اند؛ بدین توضیح که به موجب ماده ۳۳ پیش‌نویس (ماده ۴۰ طرح):

«کنترلگر یا پردازشگر موظف است همه یا هر یک از داده‌ها و اطلاعات ذیل را تا حداقل تا شش ماه پس از پاک شدن داده‌های شخصی نگهداری کند: الف- داده‌های رخداد نگار (Log (Files و داده‌های ترافیک حاصل از پردازش داده‌های شخصی؛ ب- اطلاعات هویتی اشخاص موضوع داده‌ها؛ پ- انواع پردازش‌های انجام‌شده بر روی داده مورد نظر و هدف یا اهداف آن؛ ت- اطلاعات هویتی کنترل‌گران یا پردازشگران مرتبط با پردازش مورد نظر. تبصره ۲ - کمیسیون می‌تواند زمان نگهداری و حفاظت از اطلاعات و داده‌های موضوع این ماده را حسب مورد تا دو سال افزایش دهد».

این مفاد نیز خالی از اشکال نیست، بدین توضیح که اولاً حفظ سوابق را منوط به وضعیتی نموده که داده‌های شخصی پاک شده است. ثانیاً به طور کلی باید گفت که عبارت این ماده غیر دقیق است: «همه یا هر یک از داده‌ها را بعد از پاک شدن داده شخصی نگه دارد». این عبارت به چه معناست؟ در واقع در زمانی که داده‌ها پاک شده است، چگونه می‌توان همه یا هر یک از داده‌ها را حفظ نمود؟ مگر اینکه بیان شود بعد از پاک کردن داده‌ها، که بدین معناست که با حذف داده‌های شخصی باید داده‌ها و اطلاعاتی حفظ شوند. با این فرض هم باز اشکال وجود دارد؛ زیرا در زمانی که

۱. ابتدای ماده در طرح بدین صورت تغییر نموده است: «کنترلگر یا پردازشگر موظف است اطلاعات ذیل را تا ۱۸ ماه پس از پردازش داده‌ها و اطلاعات را شخصی نگهداری کند».
۲. تبصره طرح نیز به این محتوا تغییر یافته است: «تبصره- داده‌ها و اطلاعات و اطلاعات موضوع این گفتار علیه کنترلگر و پردازشگر آن قابل استناد است».

داده‌ها باید حذف شوند و هدف از پردازش حاصل شده و دیگر مبنای حقوقی برای حفظ داده‌ها و پردازش وجود ندارد، با چه مبنایی باید داده‌ها حفظ شوند. (البته به دلیل اینکه ابتدای ماده در طرح بدین صورت تغییر کرده است: «کنترلگر یا پردازشگر موظف است اطلاعات ذیل را تا ۱۸ ماه پس از پردازش داده‌ها و اطلاعات را شخصی نگهداری کند»، این اشکال بر قسمت ابتدایی طرح وارد نیست؛ هرچند ایراد دیگری مانند نارسایی معنایی دارد.)

همچنین این اشکال در مورد بند ب نیز وجود دارد (پیش‌نویس و طرح) که بیان کرده باید «اطلاعات هویتی اشخاص موضوع داده‌ها» نگهداری شود. اطلاعات هویتی چنین اشخاصی، مصداق بارز داده شخصی است و با پاک کردن داده‌ها و عدم مبنای حقوقی برای پردازش، به چه دلیل باید اطلاعات هویتی اشخاص موضوع داده حفظ شوند؟ در اینجا باید گفت که اگر حفظ چنین اطلاعاتی ضروری است، این اطلاعات هویتی باید به صورت مستعار و رمزگذاری شده نگهداری شوند تا ضرورت قانونی در کنار حقوق اشخاص موضوع داده رعایت گردد.

تعهد «تضمین امنیت پردازش» نیز در مواد ۲۸ تا ۳۰ پیش‌نویس (مواد ۳۵ تا ۳۷ طرح) بیان شده است. مواد مذکور مقرر می‌کنند:

ماده ۲۸:

«هر یک از کارکردها و مراحل پردازش، باید از تمهیدات ایمنی و امنیتی ویژه خود برخوردار باشد. این تمهیدات باید هر سه سطح ذیل را در بر گیرد: الف- ایمنی و حفاظت فیزیکی، شامل زیرساخت‌ها، سازه‌ها و سامانه‌های سخت‌افزاری مرتبط؛ ب- ایمنی و حفاظت اطلاعات، شامل انواع پردازنده‌های سخت‌افزاری و نرم‌افزاری؛ و پ- ایمنی و حفاظت انسانی، شامل همه کنترلگران و پردازشگران اصلی و مرتبط».

ماده ۲۹:

«سازوکارها و ابزارهای سخت‌افزاری و نرم‌افزاری ایمنی و حفاظتی مقرر یا پیشنهادی باید با شرایط ذیل سازگار باشد: الف- نوع و میزان آسیب‌زایی تهدیدهای بالقوه و بالفعل از نگاه اشخاص موضوع داده؛ ب- تأمین‌پذیری آن‌ها؛ و پ- توانمندی فنی و اجرایی».

ماده ۳۰:

«اشخاص موضوع داده تنها در صورتی می‌توانند کنترلگر یا پردازشگر را به رعایت تمهیدات ایمنی و حفاظتی فراتر از ضوابط مراجع صلاحیت‌دار ملزم کنند که اجرای آن تمهیدات، ایفای تعهدات آن‌ها را مختل نکرده و هزینه‌های آن را نیز عهده‌دار شوند».

مواد مذکور مناسب هستند؛ لیکن بهتر بود که مصادیقی برای «تمهیدات ایمنی و امنیتی» نیز بیان می‌شد، مانند آنچه در GDPR وجود دارد و یکی از مصادیق چنین تمهیداتی را مستعار ساختن و رمزگذاری داده‌های شخصی می‌شمارد.

همچنین مشابه با مأمور حفاظت از داده به موجب GDPR، در پیش‌نویس به ناظر ویژه اشاره شده است. بند ۲ ماده ۲ پیش‌نویس (بند ۲ ماده ۲ این طرح) مقرر می‌کند: «ناظر ویژه کسی است که پیرو حکم صادره از سوی کمیسیون، صلاحیت نظارت بر پردازش داده‌های شخصی را می‌یابد».

به موجب GDPR، مأمور حفاظت از داده توسط کنترل‌کننده و پردازنده در موارد مشخصی منصوب می‌شود؛ اما به موجب این پیش‌نویس، ناظر ویژه را کمیسیون صیانت از داده‌های شخصی^۱ تعیین می‌کند. به نظر می‌رسد اعطای اختیار تعیین چنین ناظری به کنترل‌کننده‌ها و پردازنده‌ها، برای هدف تعیین چنین ناظری یعنی نظارت بر پردازش داده‌های شخصی و حفاظت از چنین داده‌هایی مناسب‌تر است؛ زیرا در مواردی که وجود چنین ناظری ضروری است، یک کنترل‌کننده یا پردازنده بهتر می‌تواند ناظر متخصص و مناسب با فعالیت‌های پردازشی را انتخاب نماید. در واقع، چنین ناظری

۱. به موجب ماده ۴۰ پیش‌نویس (ماده ۱۴ طرح)، اعضای کمیسیون به شرح ذیل هستند: «کمیسیون از اعضای ذیل تشکیل می‌شود: وزیر ارتباطات و فناوری اطلاعات به عنوان رئیس کمیسیون؛ وزیر اطلاعات؛ وزیر کشور؛ وزیر دادگستری؛ وزیر فرهنگ و ارشاد اسلامی؛ وزیر اقتصاد و امور دارایی؛ دبیر شورای عالی و رئیس مرکز ملی فضای مجازی؛ معاون پیشگیری از وقوع جرم قوه قضاییه؛ رئیس کمیسیون اصل ۹۰ مجلس شورای اسلامی؛ دادستان کل کشور؛ و دبیر شورای اجرایی فناوری اطلاعات به عنوان دبیر کمیسیون». در طرح، بند دوازدهم نیز وجود دارد که بیان می‌کند: «دو نفر از صاحب‌نظران دارای سوابق مرتبط با مدیریت، سیاست‌گذاری، حکمروایی داده‌ها و اطلاعات به پیشنهاد دبیر و تأیید رئیس کمیسیون» از اعضای کمیسیون هستند.

مانند داور است که طرفین یک دعوی خود بهتر می‌توانند داور مناسب را جهت حل و فصل انتخاب نمایند.

به علاوه بر اساس ماده ۵۴ پیش‌نویس (ماده ۲۳ طرح)، وجود ناظر ویژه در موارد خاصی ضروری است. این موارد عبارت‌اند از:

«الف- پردازش داده‌های شخصی حیاتی و حسّاس؛ ب- پردازش کلان‌داده‌های شخصی؛^۱ پ- زیان‌ها و آسیب‌های جدی یا پرشمار بالقوه و بالفعل پردازش‌ها به داده‌های شخصی؛ ت- سایر موارد به تشخیص هیئت نظارت و تأیید کمیسیون».

مفاد مذکور مناسب است و لزوم وجود چنین ناظری در برخی موارد مشابه با GDPR است؛ زیرا بندهای الف و ب پیش‌نویس مطابق با ماده ۳۷(۱)ب و ج GDPR - که بیان شده است.

همچنین به موجب ماده ۵۵ پیش‌نویس (ماده ۲۴ طرح)، شرایط احراز صلاحیت ناظر ویژه عبارت‌اند از:

«الف- نداشتن سوء پیشینه کیفری و انتظامی؛ ب- داشتن حسن شهرت؛ پ- دارا بودن تجربه و تخصص لازم؛ ت- نداشتن تعارض منافع با موضوع نظارت».

شرایط مذکور مناسب و مشابه با مفاد مربوطه در GDPR است. به موجب ماده ۳۷(۵) GDPR، مأمور حفاظت از داده باید خصوصیات حرفه‌ای، دانش تخصصی در زمینه قانون و رویه‌های حفاظت از داده و توانایی انجام وظایف قانونی مذکور را داشته باشد. به علاوه بر اساس ماده ۳۸(۶) GDPR، مأمور حفاظت از داده می‌تواند وظایف

۱. کلان‌داده‌ها مجموعه عظیمی از داده‌ها مانند ابرداده‌ها در جستجوهای اینترنتی، تراکنش کارت‌های اعتباری، داده‌های موجود در پیام‌رسان‌های اجتماعی، داده‌های موقعیت تلفن همراه، داده‌های حسگرها در خودروها و دیگر دستگاه‌ها و... هستند. کلان‌داده‌ها در حال حاضر، موضوع اصلی در زمینه مدیریت، بازاریابی و تحقیقات علمی هستند و هر دو بخش عمومی و خصوصی در حال استفاده مکرر از کلان‌داده‌ها هستند؛ برای مثال، یک سازمان سلامت از روش‌های تحلیلی برای کاهش بستری مجدد بیماران بستری شده به دلیل حمله قلبی استفاده می‌کند. این سازمان از داده‌های جمع‌آوری شده در طول مدت اقامت بیماران در بیمارستان استفاده می‌کند. با تحلیل چنین داده‌هایی، این سازمان می‌تواند ویژگی‌ها یا رفتارهای مرتبط را که موجب بستری مجدد بیمار می‌شوند، تشخیص دهد و اگر یک بیمار خاص، این رفتارها را نشان دهد، سازمان سلامت می‌تواند در موقعیت مناسب از بیمار حفاظت کند تا مانع بستری مجدد وی شود (Information Commissioner's Office, 2014: 6-8).

دیگری را انجام دهد، لیکن کنترل‌کننده یا پردازنده باید اطمینان حاصل کنند که چنین وظایفی منجر به تعارض منافع نمی‌شود (EUR-Lex, 2016: 56).

با وجود شباهت‌های بیان‌شده بین مأمور حفاظت از داده به موجب GDPR و ناظر ویژه بر اساس پیش‌نویس و طرح ایرانی، تفاوت‌هایی نیز وجود دارد؛ برای نمونه، مطابق با ماده ۵۶ پیش‌نویس (ماده ۲۵ طرح):

«مدت فعالیت ناظر ویژه به دو شکل تعیین می‌شود: الف- موردی متناسب با موضوع نظارت و گذارنده به وی؛ ب- دوره‌ای برای مدت سه سال و قابل تمدید برای دوره‌های مشابه».

همان‌طور که از ماده مذکور روشن است، در صورت عدم تعیین مدت در موارد خاص، دوره نظارت سه سال است؛ لیکن به موجب GDPR همان‌طور که بیان شد- برای نظارت مأمور حفاظت از داده، بازه زمانی مقرر نشده است و این امر می‌تواند به عنوان نقص GDPR تلقی شود. از دیگر تفاوت‌ها می‌توان به عدم اشاره پیش‌نویس و طرح به وظایف ناظر ویژه اشاره کرد؛ در حالی که مواد ۳۸ و ۳۹ GDPR به طور خاص و تفصیلی، وظایف مأمور حفاظت از داده را بیان کرده‌اند- همان‌طور که بیان شد- این امر نیز از نواقص پیش‌نویس و طرح ایرانی است و ضرورت بیان وظایف ناظر ویژه احساس می‌شود.

تا بدینجا در مقام قیاس پیش‌نویس لایحه «صیانت و حفاظت از داده‌های شخصی» و طرح «حمایت و حفاظت از داده و اطلاعات شخصی» با GDPR، نقدهای مختلفی نسبت به دو سند ایرانی بیان شد. ضروری است که قانون‌گذار اشکالات پیش‌گفته را رفع نماید. همچنین مناسب است با توجه به حمایت‌های GDPR، مفاد مناسبی در خصوص تعهدات اشخاص پردازش‌کننده داده ارائه نماید که حمایت‌های مؤثر و کافی از داده‌های شخصی و اشخاص موضوع داده نماید.^۲

۱. این بند در طرح بدین صورت است: «ب- دوره‌ای برای مدت چهار سال و قابل تمدید برای دوره‌های مشابه بر اساس شیوه‌نامه مصوب کمیسیون».

۲. مفاد پیشنهادی این پژوهش در خصوص تعهدات مذکور با توجه به حمایت‌های موجود در GDPR در «پیوست شماره ۱» قابل دسترسی است.

نتیجه گیری

تعهدات اشخاص پردازش کننده داده در میان مواد ۲۴ تا ۳۹ GDPR مقرر شده است. مواد مذکور متضمن تعهدات خاصی هستند؛ ماده ۲۴ GDPR، مبنی اصل مسئولیت و پاسخ گویی کنترل کننده است، چه پردازش توسط خود کنترل کننده یا از طرف کنترل کننده انجام شده باشد. ماده ۳۰ GDPR، کنترل کننده، پردازنده و نمایندگان آن‌ها را ملزم به حفظ سابقه فعالیت‌های پردازش می‌کند. ماده ۳۱ GDPR، تعهد همکاری با مراجع نظارتی را مقرر می‌کند. ماده ۳۲ GDPR، کنترل کننده و پردازنده را ملزم به انجام اقدامات فنی و سازمانی مناسب در جهت حفظ امنیت داده‌های شخصی می‌کند. ماده ۳۳(۱) GDPR در مورد نقض داده‌های شخصی، کنترل کننده را ملزم می‌نماید که بدون تأخیر غیر ضروری و پس از آگاهی، نقض داده‌های شخصی را به مرجع نظارتی صالح اطلاع دهد. همچنین ماده ۳۴(۱) GDPR به هنگام شناسایی احتمال خطر مهم از نقض داده‌ها برای حقوق و آزادی‌های اشخاص موضوع داده، کنترل کننده را ملزم به اطلاع‌رسانی برای اشخاص موضوع داده می‌نماید و در نهایت مواد ۳۷ تا ۳۹ GDPR در خصوص مأمور حفاظت از داده و تعهد انتصاب این مأمور توسط اشخاص پردازش کننده است. جهت بررسی تعهدات مذکور در نظام حقوقی ایران، به دلیل عدم اشاره قوانین موضوعه و دکترین حقوقی به این امر، با جستجو در مبانی حقوق ایران و فقه امامیه روشن شد که با توجه به نوع تصرف اشخاص پردازش کننده داده نسبت به داده شخصی، چگونگی تعهدات اشخاص پردازش کننده داده متفاوت می‌گردد. در این خصوص، این نتیجه حاصل شد که اگر پردازش مجانی باشد، رابطه بین شخص موضوع داده و اشخاص پردازش کننده داده، رابطه امانی است و در مقابل، اگر پردازش داده‌های شخصی مجانی نباشد، ید اشخاص پردازش کننده داده نسبت به شخص موضوع داده، ید ضمانتی غیر عدوانی است. با تبیین نوع تصرف اشخاص پردازش کننده داده باید گفت در مواردی که ید امانی است، تعهدات اشخاص پردازش کننده داده مانند امان است و در سایر موارد که محل جریان ید ضمانتی است، اشخاص پردازش کننده داده ضامن هستند. فارغ از بحث مبنایی پیش گفته، پیش‌نویس

لایحه «صیانت و حفاظت از داده‌های شخصی» و طرح «حمایت و حفاظت از داده و اطلاعات شخصی» نیز به تعهدات کنترل‌کننده‌ها و پردازنده‌ها در مواد مختلفی اشاره نموده‌اند؛ لیکن سندهای مذکور علاوه بر عدم اعتبار قانونی، اشکالات مختلفی نیز دارند که از کارآمد بودن آن‌ها می‌کاهد. بدین جهت تبیین دقیق تعهدات اشخاص پردازش‌کننده داده نیاز به تصریح قانون‌گذار دارد. در این خصوص مفاد پیشنهادی در «پیوست شماره ۱» قابل استفاده‌اند.

پیوست شماره ۱

ماده نخست- مسئولیت و پاسخ‌گویی کنترل‌کننده: با در نظر گرفتن ماهیت، دامنه، زمینه و اهداف پردازش و همچنین خطرات احتمالی و شدت خطر برای حقوق و آزادی‌های اشخاص حقیقی، کنترل‌کننده باید اقدامات فنی و سازمانی مناسبی را برای تضمین و اثبات اینکه پردازش مطابق با این قانون است، انجام دهد. این اقدامات در صورت لزوم باید بازبینی و به‌روزرسانی شوند.

ماده دوم- کنترل‌کنندگان مشترک: در صورتی که دو یا چند کنترل‌کننده به طور مشترک، اهداف و ابزار پردازش را تعیین کنند، آن‌ها کنترل‌کنندگان مشترک هستند که باید به طور شفاف، مسئولیت‌های مربوط به خود را در قبال تعهدات مندرج در این قانون مشخص کنند، به ویژه در مورد اعمال حقوق اشخاص موضوع داده. این امر به موجب قرارداد بین کنترل‌کنندگان مشخص می‌شود، مگر اینکه مسئولیت‌های مربوط به کنترل‌کنندگان توسط قانون تعیین شده باشد.

تبصره ۱- قرارداد مذکور در این ماده باید به طور مناسب، نقش‌ها و روابط کنترل‌کنندگان مشترک را در مقابل اشخاص موضوع داده منعکس نماید. مفاد اصلی این قرارداد باید در دسترس شخص موضوع داده قرار گیرد.

تبصره ۲- صرف نظر از روابط مقرر در قرارداد به موجب تبصره ۱، شخص موضوع داده می‌تواند حقوق خود را بر اساس این قانون در خصوص و علیه هر یک از کنترل‌کنندگان اعمال کند.

ماده سوم- انتخاب پردازنده مناسب توسط کنترل‌کننده: در صورتی که پردازش از

طرف کنترل کننده انجام می شود، کنترل کننده باید صرفاً از پردازنده‌هایی استفاده نماید که اقدامات کافی جهت تضمین امنیت پردازش ارائه می کنند، به گونه‌ای که پردازش مطابق با الزامات این قانون باشد و حفاظت از حقوق اشخاص موضوع داده تضمین شود.

ماده چهارم- حفظ سوابق فعالیت‌های پردازش: هر کنترل کننده و در صورت وجود نماینده کنترل کننده، باید سوابق فعالیت‌های پردازش را تحت مسئولیت خود حفظ کند. این سوابق باید شامل تمام اطلاعات ذیل باشد: الف- نام و جزئیات تماس کنترل کننده و در صورت وجود، کنترل کنندگان مشترک، نماینده کنترل کننده و ناظر ویژه؛ ب- هدف از پردازش؛ ج- توصیف دسته‌های اشخاص موضوع داده و طبقه‌بندی داده‌های شخصی؛ د- گروه‌های دریافت کننده داده‌های شخصی از جمله دریافت کنندگان در کشورهای ثالث که داده‌های شخصی برای آن‌ها افشا خواهد شد؛ ه- در صورت انتقال داده‌های شخصی به کشور ثالث، بیان آن کشور ثالث؛ و- در صورت امکان، محدوده زمانی پیش‌بینی شده برای حذف دسته‌های مختلف داده؛ ز- در صورت امکان، توضیحات کلی در مورد اقدامات امنیتی فنی و سازمانی. همچنین هر پردازنده و در صورت وجود، نماینده پردازنده باید تمام سوابق فعالیت‌های پردازشی انجام شده از طرف کنترل کننده را که شامل موارد زیر است، نگهداری نماید: ۱- نام و جزئیات تماس پردازنده یا پردازنده‌ها و هر کنترل کننده‌ای که پردازش از طرف آن انجام شده است و در صورت وجود، نماینده کنترل کننده یا پردازنده و ناظر ویژه؛ ۲- دسته‌بندی پردازش انجام شده از طرف هر کنترل کننده؛ ۳- در صورت انتقال داده‌های شخصی به کشور ثالث، بیان آن کشور ثالث؛ ۴- در صورت امکان، توضیحات کلی در مورد اقدامات امنیتی فنی و سازمانی.

ماده پنجم- همکاری و مشورت با مرجع نظارتی: کنترل کننده و پردازنده و در صورت وجود، نمایندگان آن‌ها باید در صورت درخواست با مرجع نظارتی در انجام وظایف همکاری کنند. کنترل کننده قبل از پردازش باید با مرجع نظارتی مشورت کند، چنانچه با ارزیابی پردازش، متوجه خطرات مهم در خصوص حقوق و آزادی اساسی اشخاص موضوع داده می‌گردد؛ به طوری که در صورت عدم توجه به این امر توسط

کنترل‌کننده و عدم اقدام وی در جهت کاهش خطرات، پردازش پیامدهای منفی مهمی را به دنبال دارد. همچنین در این شرایط ممکن است به موجب قانون، نیاز به دریافت مجوز قبلی از مرجع نظارتی باشد.

ماده ششم- تضمین امنیت پردازش: با در نظر گرفتن وضعیت پردازش، هزینه‌های انجام آن، ماهیت، دامنه، زمینه و اهداف پردازش و همچنین خطرات با احتمال و شدت متفاوت برای حقوق و آزادی‌های اشخاص حقیقی، کنترل‌کننده و پردازنده باید اقدامات فنی و سازمانی مناسب را جهت تضمین سطح امنیت که متناسب با خطرات است، انجام دهند. این اقدامات عبارت‌اند از: الف- مستعارسازی و رمزگذاری داده‌های شخصی؛ ب- تضمین محرمانگی، تمامیت، در دسترس بودن و انعطاف‌پذیری دستگاه‌ها و خدمات پردازش؛ ج- بازیابی به موقع جهت دسترسی به داده‌های شخصی در صورت بروز حادثه فیزیکی یا فنی؛ د- فرایندی برای آزمایش منظم، ارزیابی و اثربخشی اقدامات فنی و سازمانی مناسب جهت اطمینان از امنیت پردازش.

ماده هفتم- اطلاع‌رسانی نقض داده‌های شخصی به مرجع نظارتی: در مورد نقض داده‌های شخصی، کنترل‌کننده باید بدون تأخیر غیر ضروری و در صورت امکان، ظرف ۷۲ ساعت پس از آگاهی، نقض داده‌های شخصی را به مرجع نظارتی اطلاع دهد؛ مگر اینکه نقض داده‌های شخصی برای حقوق و آزادی‌های اشخاص حقیقی خطری ایجاد نکند. در صورتی که ظرف ۷۲ ساعت اطلاع‌رسانی به مرجع نظارتی انجام نشود، همراه با اطلاع‌رسانی، دلایل تأخیر نیز باید بیان شود. پردازنده باید پس از آگاهی از نقض داده‌های شخصی، بدون تأخیر غیر ضروری، کنترل‌کننده را مطلع سازد.

ماده هشتم- ابلاغ نقض داده‌های شخصی به شخص موضوع داده: هنگامی که نقض داده‌های شخصی به احتمال زیاد منجر به خطر مهم برای حقوق و آزادی‌های اشخاص حقیقی می‌شود، کنترل‌کننده باید نقض داده‌های شخصی را بدون تأخیر غیر ضروری به شخص موضوع داده نیز ابلاغ کند. ابلاغ مذکور باید با زبانی روشن و واضح باشد.

ماده نهم- انتصاب ناظر ویژه: کنترل‌کننده و پردازنده باید ناظر ویژه را در موارد

ذیل منصوب کنند: الف- پردازش توسط مرجع یا نهاد عمومی انجام می‌شود، مگر برای دادگاه‌هایی که در صلاحیت قضایی خود عمل می‌کنند؛ ب- فعالیت اصلی کنترل‌کننده یا پردازنده که مجموعه عملیات پردازشی آن‌ها را تشکیل می‌دهد، شامل پردازشی است که مستلزم نظارت منظم و نظام‌مند بر اشخاص موضوع داده در مقیاس وسیع با توجه به ماهیت، دامنه و اهداف پردازش است؛ یا ج- فعالیت اصلی کنترل‌کننده یا پردازنده که مجموعه عملیات پردازشی آن‌ها را تشکیل می‌دهد، شامل پردازش دسته‌های خاص از داده‌های شخصی - شامل داده‌های شخصی حساس، داده‌های مربوط به امور کیفری و داده‌های شخصی کودکان- در مقیاس وسیع است.

کتاب‌شناسی

۱. پیش‌نویس لایحهٔ صیانت و حفاظت از داده‌های شخصی تیرماه سال ۱۳۹۷ ش.، منتشرشده در وبگاه وزارت ارتباطات و فناوری اطلاعات به نشانی: <<https://www.ict.gov.ir/fa/newsagency/21691>>.
۲. تسخیری، محمدعلی، *القواعد الاصولية و الفقهية على مذهب الامامية*، تهران، المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الاسلاميه، المعاونة الثقافية، ۱۴۳۱ ق.
۳. حسینی روحانی، سیدمحمدصادق، *منهاج الفقاهه*، چاپ پنجم، قم، انوار الهدی، ۱۴۲۹ ق.
۴. شهیدی تبریزی، میرزا فتاح، *هدایة الطالب الی اسرار المکاسب*، قم، دار الکتب، بی‌تا.
۵. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، *حاشیة المکاسب*، قم، اسماعیلیان، ۱۴۱۰ ق.
۶. طرح «حمایت و حفاظت از داده و اطلاعات شخصی» اعلام وصول شده در مجلس مورخ شهریورماه ۱۴۰۰ ش.، قابل دسترس در پایگاه ملی اطلاع‌رسانی قوانین و مقررات کشور به نشانی: <<https://dotic.ir/news/10419>>.
۷. فاضل موحدی لنگرانی، محمد، *القواعد الفقهیه*، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار (عج)، ۱۳۸۳ ش.
۸. قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ ش.
۹. قانون مدنی مصوب ۱۳۰۷ ش.
۱۰. قزوینی، ملاعلی بن محمد، *صیغ العقود و الایقات*، حاشیه و شرح محمدعلی بن احمد قراچه‌داغی تبریزی، قم، شکوری، بی‌تا.
۱۱. لطفی، اسدالله، «قاعده استیمان در سقوط ضمان»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، دانشگاه تهران، شماره ۴۴، تابستان ۱۳۷۸ ش.
۱۲. محقق داماد، سیدمصطفی، *قواعد فقه (بخش مدنی - مالکیت، مسئولیت)*، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۴ ش.
۱۳. مکارم شیرازی، ناصر، *القواعد الفقهیه*، قم، مدرسه الامام علی بن ابی طالب (عج)، ۱۳۷۰ ش.
۱۴. موسوی بجنوردی، سیدمحمد بن حسن، *قواعد فقهیه*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، مؤسسه چاپ و نشر عروج، ۱۳۷۹ ش.
۱۵. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، *ترجمه تحریر الوسیله*، ترجمه علی اسلامی و محمد قاضی‌زاده، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۸۳ ش.
۱۶. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *موسوعة الامام الخوئی*، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۱۸ ق.
۱۷. موسوی گلپایگانی، سیدمحمدرضا، *مجمع المسائل*، قم، دار القرآن الکریم، بی‌تا.
۱۸. نراقی، احمد بن محمد مهدی، *رسائل و مسائل؛ شامل هشتصد و پانزده سؤال و جواب و دوازده رساله فقهی و غیره*، گردآوری رضا استادی، قم، کنگره بزرگداشت محققان ملامهدی و ملااحمد نراقی، ۱۳۸۰ ش.
۱۹. هاشمی شاهرودی، سیدمحمد، *فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (عج)*، قم، مؤسسه دائرةالمعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (عج)، ۱۳۸۲ ق.
20. Bureau of National Affairs (BNA), "The Final European Union General Data Protection Regulation", *Privacy & Security Law Report*, 15 PVL R 153, 2016.
21. Colcelli, Valentina, "Joint Controller Agreement Under Gdpr", *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series (ECLIC 3): "Eu and Member States – Legal and Economic Issues"*, 2019.

22. Eija, Saarinen, *Applying General Data Protection Regulation in Small Organizations; Simplified Framework and Templates for Managing a Privacy*, Bachelor's Thesis, School of Business and Culture, 2018.
23. EUR-Lex, Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation – GDPR), *Official Journal of the European Union*, L 119, 2016, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=EN>>.
24. European Commission, “Data protection in the EU”, 2016, <https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/data-protection-eu_en>.
25. Id., “Does my company/organisation need to have a Data Protection Officer (DPO)?”, 2018^A, <https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/rules-business-and-organisations/obligations/data-protection-officers/does-my-company-organisation-need-have-data-protection-officer-dpo_en>.
26. Id., “The GDPR: new opportunities, new obligations”, 2018^B, <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/44d8441b-5fc5-11e8-ab9c-01aa75ed71a1/language-en>>.
27. Id., “What does data protection ‘by design’ and ‘by default’ mean?”, 2018^C, <https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/rules-business-and-organisations/obligations/what-does-data-protection-design-and-default-mean_en>.
28. Id., “What is a data controller or a data processor?”, 2018^D, <https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/rules-business-and-organisations/obligations/controller-processor/what-data-controller-or-data-processor_en>.
29. Id., “What is personal data?”, European Commission Policies, Information and Services, 2019, <https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/what-personal-data_en>.
30. Ferrara, Pietro & Fausto Spoto, “Static Analysis for GDPR Compliance”, *CEUR Workshop Proceedings*, Vol. 2058, 2018.
31. Hintze, Mike, “Data Controllers, Data Processors, and the Growing Use of Connected Products in the Enterprise: Managing Risks, Understanding Benefits, and Complying with the GDPR”, *Journal of Internet Law (Wolters Kluwer)*, 2018, <<https://ssrn.com/abstract=3192721>>.
32. Information Commissioner's Office (ICO), “Controllers and processors”, 2018^A, <<https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/key-definitions/controllers-and-processors>>.

33. Information Commissioner's Office (ICO), "Data protection officers", 2018^B, <<https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/accountability-and-governance/data-protection-officers>>.
34. Information Commissioner's Office (ICO), "What responsibilities and liabilities do controllers have when using a processor?", 2018^C, <<https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/contracts-and-liabilities-between-controllers-and-processors-multi/responsibilities-and-liabilities-for-controllers-using-a-processor>>.
35. Jones, E., "Data protection", *Journal of Direct, Data and Digital Marketing Practice*, 2009, <https://edps.europa.eu/data-protection/data-protection_en>.
36. Kubben, Pieter, Michel Dumontier & Andre Dekker (Eds.), *Fundamentals of Clinical Data Science*, Springer International Publishing, 2019.
37. Reini, Pasi, *GDPR implementation, Case: Headpower Oy*, Master's thesis, University of Transport and Communications, March 2019, <https://www.theseus.fi/bitstream/handle/10024/166514/Reini_k7696_thesis_versio4.1.pdf?sequence=2>.
38. Singh, Atul, "Protecting Personal Data as a Property Right", *ILI (The Indian Law Institute) Law Review*, Winter Issue, 2016.
39. Voigt, Paul & Axel von dem Bussche, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR)*, Springer International Publishing, 2017, <<https://doi.org/10.1007/978-3-319-57959-7>>.

توافقات قراردادی در عملیات بانکی بدون ربا با توجه به نظریه ضمان پول*

- سیدمصطفی محقق داماد^۱
- سیدمجتبی مدنی بجستانی^۲

چکیده

در بانکداری متعارف در قالب عقد قرض، قراردادی بین بانک و مشتری منعقد می‌شود و بهره مشخصی بر اساس توافق قراردادی پرداخت می‌گردد. با توجه به ممنوعیت شرعی دریافت سود در عقد قرض، نحوه استفاده از عقود مشارکتی و غیر مشارکتی در عملیات بانکی بدون ربا برای دریافت سود، مورد مطالعه بسیاری از صاحب نظران قرار گرفته و قانون عملیات بانکی بدون ربا بر این اساس تنظیم، مصوب و اجرا شده است. ولی استفاده از این عقود، موجب پیچیدگی، پرهزینه کردن و صوری شدن عقود و سوق دادن آن به بنگاهداری شده است. هدف این مقاله، ارائه راه حل جهت رفع این مشکل با استفاده از نظرات فعلی راجع به نظریه ضمان پول است. علاوه بر جبران کاهش ارزش پول،

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۵/۶ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۱/۱۹.

۱. استاد دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران (mdamad@me.com).

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران (نویسنده مسئول)
(madani1347@yahoo.com).

منافع از دست‌رفته و جریمه تأخیر تأدیه نیز در پرتو این نظریه و با توجه به ماهیت پول در اقتصاد نوین در قالب توافقات قراردادی و شرط ضمن عقد بررسی شده است. استفاده از توافقات قراردادی با توجه به نظرات ارائه‌شده راجع به نظریه ضمان پول در قراردادهای بانکی می‌تواند در رفع این مشکل راهگشا باشد.

واژگان کلیدی: بانک، پول، بهره، بانکداری بدون ربا، سود ضمان.

مقدمه

در بانکداری بدون ربا، در حالی که استفاده از عقودی که اخذ سود در آن‌ها موجه است، توانسته دریافت سود توسط بانک‌ها را تا سررسید عقد توجیه نماید، ولی دریافت سود پس از فسخ قرارداد، تمدید بدهی و تقسیط آن، با چالش جدی شرعی مواجه است. در این مرحله، تفاوتی بین عملکرد بانکداری بدون ربا و عملیات بانکی متعارف وجود ندارد؛ در حالی که در بانکداری متعارف در دنیا، معیار دقیقی برای تعیین نرخ بهره متعارف وجود دارد.

در کشور ما از سال ۱۳۶۲ با تصویب قانون عملیات بانکی بدون ربا، نظام بانکی ایران وارد مرحله جدیدی از عملیات بانکی گردید که در بسیاری از موارد، با عملیات بانکی نظام سابق متفاوت بود. تلاش تدوین‌کنندگان قانون عملیات بانکی بدون ربا، صرف یافتن مبنای دریافت سود و کارمزد شد و استفاده از عقود مختلف در عملیات بانکی بدون ربا به نظر تدوین‌کنندگان می‌توانست این وظیفه و کارکرد را ایفا کند. لذا هم در تجهیز منابع و هم در مرحله تخصیص منابع، استفاده از عقود اجرایی و قراردادهای مفصلی برای اجرای آن تدوین گردید و شروط مفصلی در آن گنجانده شد. با این همه، اجرای عملیات بانکی بدون ربا پس از گذشت سال‌ها از تجربه آن، نتوانسته انتظارات را برآورده سازد.

هدف بانکداری بدون ربا، کارآمدتر کردن بانک‌ها، روان‌تر شدن چرخ تولید و اقتصاد، و پیشگیری از تکرر ثروت نزد افراد خاص بود. ولی عملاً این اهداف محقق نشده است؛ از جمله مشارکت واقعی در عقود مشارکتی که به انگیزه شریک جهت فعالیت بیشتر بیفزاید، واقع نمی‌شود. در این عقود، سود معینی در قرارداد پیش‌بینی و

اصل سهم‌الشرکه و سود توسط مشتری بدون لحاظ سود و زیان طرح تضمین می‌گردد. در عقود مبادله‌ای که هیچ تفاوتی با بانکداری متعارف دنیا ندارد و صرفاً تشریفاتی از قبیل ارائه برگ خرید صوری به آن اضافه شده، سود ثابتی تعیین می‌گردد و مشتری متعهد به پرداخت سود ثابت است. در واقع، کلیه عملیات صوری است. بنابراین، برخی صاحب‌نظران ضمن انتقاد از این عقود معتقدند:

«عقد فروش اقساطی خیلی کوتاه آن هم صرفاً روی کاغذ رخ می‌دهد. در فروش اقساطی، کار بانک اعطای وجه نقد به مشتری و گرفتن آن وجه به اضافه سود به صورت اقساطی است؛ دقیقاً همان گونه که در بانکداری ربوی صورت می‌گیرد» (موسویان، ۱۳۷۶: ۲۱۰).

«در آن نوع از معاملات که از نظر سود قابل پیش‌بینی است، مثل بیع اقساطی و معاملات سلف، مشکلی که به چشم می‌خورد صوری بودن معاملات است؛ یعنی بسیاری از مراجعین به بانک‌ها که برای یک فعالیت اقتصادی دیگر و یا احیاناً برای مصرف، تقاضای پول می‌کنند، مشاهده می‌کنند که بانک جز در قالب‌های خاص به آن‌ها اعتبار نمی‌دهد؛ مثلاً کشاورز تقاضای پول برای خرید تراکتور می‌دهد، ولی واقع این است که می‌خواهد مثلاً هزینه عروسی را تأمین کند» (مؤسسه بانکداری ایران، ۱۳۷۴: ۱۰۵) و هیچ‌گاه فروش اقساطی به معنای واقعی اتفاق نمی‌افتد و بانک مالک کالای موضوع قرارداد نمی‌شود؛ نه تحویل و تحول واقعی انجام می‌شود و نه واقعاً کالا در مالکیت بانک قرار می‌گیرد تا بانک آن را بفروشد، و همه کارها توسط مشتری با ارائه برگ خرید صورت می‌گیرد.

در این مقاله، ابتدا مشکلات و معضلات اجرای قانون عملیات بانکی بدون ربا بررسی گردیده و سپس نظرات مختلف راجع به ضمان پول، مشروعیت شرط ضمان، تمسک به دلایل عقلی و قاعده لاضرر جهت توجیه مشروعیت شرط ضمان و شمول این نظریه راجع به منافع از دست‌رفته و خسارت تأخیر تأدیه بیان شده و منتج به این نتیجه گردیده که استفاده از شرط ضمان پول می‌تواند در تسهیل امور بانکی و سادگی قراردادهای بانکی راهگشا باشد. بانک‌ها با درج شرط ضمان پول می‌توانند از تنوع قراردادهای پیچیدگی عملیات بانکی جلوگیری کنند.

۱. مشکلات وضع موجود

۱-۱. صوری بودن عقود

مهم‌ترین ایراد وارده به عملیات بانکی، صوری بودن عملیات بانکی بدون رباست. بانک جهت پرداخت تسهیلات به مشتریان مطابق قانون عملیات بانکداری بدون ربا از عقود مختلفی استفاده می‌کند؛ ولی به علت عدم امکان اجرای مفاد عقد و عدم اراده جدی طرفین بر تحقق واقعی عقد، هیچ یک از عقود به شکل واقعی محقق نمی‌گردد. گرچه در ظاهر و بر روی اسناد بانکی، عنوان عقود خاصی درج شده است، ولی آنچه واقع شده، مقصود طرفین نبوده و آنچه مقصود طرفین بوده، واقع نشده است. فروش اقساطی، مرابحه و مضاربه، رایج‌ترین عقود مشارکت مدنی در عملیات بانکی است. گرچه مبنای عقود مشارکتی، مشارکت در سود و زیان و احتمال ریسک است، ولی بانک عملاً با انعقاد قراردادهای و درج شروط مختلف، ریسک را در این عملیات از بین می‌برد و سود و اصل سرمایه را تضمین می‌کند. در نتیجه، مطابق قاعده «العقود تابعة للقصد» (عقود تابع قصد طرفین است)، در قراردادهای بانکی بر خلاف عنوانی که در قرارداد تصریح می‌گردد، قصد طرفین چیز دیگری است.

در حالی که در همان ابتدا، سود ثابت و معین و تضمین شده است و برای تمام افراد و در تمام بانک‌ها به طور یکسان محاسبه می‌گردد و گرچه بعضاً عنوان علی الحساب قید می‌گردد، ولی نحوه قطعیت یافتن چنین سودی در پایان سال معین نمی‌گردد. تفاوت سیستم جدید و قبلی صرفاً در جایگزین کردن عنوان سود و بهره است. یا در حالی که علی‌رغم قید در قرارداد، برای بانک و مشتری مسلم است که امکان پیش‌بینی سود طرح غیر ممکن است و بدون یک ارزیابی واقعی مشتری باید سود معین و ثابتی را بپردازد، آیا چنین سودی ربا نیست؟

این احساس عدم تغییر ماهیت، به مردم نیز منتقل شده است و آن‌ها هم تفاوتی احساس نمی‌کنند. تحقیقات صورت گرفته نیز حاکی از همین احساس است که بانکداری ماهیتاً تغییری نکرده است:

«اظهارات اکثر مشتریان بانک‌ها این بوده که فرقی ندارد و اغلب پاسخشان این بود

که سود و بهره در بانکداری بدون ربا، بیشتر از بانکداری ربوی است و از هر صد نفر مراجعه کننده به بانک، نزدیک یک سوم آن‌ها یعنی ۶۷ درصد، هیچ نوع تفاوتی بین بهره و سود بانکی قائل نبوده‌اند» (مصباحی مقدم، ۱۳۷۳: ۱۰۳؛ مؤسسه بانکداری ایران، ۱۳۷۴: ۱۰۳).

علت روی آوردن به معاملات صوری در بانک‌ها، عدم تأمین نیاز و ضرورت‌ها و الزاماتی است که بانکداری باید به آن توجه کند که متأسفانه در عملیات بانکی بدون ربا به آن پرداخته نشده است.

بانک به عنوان واسطه و جوه در حداقل زمان و با حداقل هزینه باید بتواند این وظیفه و کارکرد اصلی را عملیاتی کند. با قانون عملیات بانکی بدون ربا، بانک‌ها صرفاً وادار به عملیات صوری می‌شوند که مستلزم صرف هزینه هم برای مشتری و هم برای بانک است و نتیجه‌ای جز ناکارآمدی و بالا رفتن هزینه‌ها ندارد.

۲-۱. محدودیت عناوین عقود

عملیات بانکی به چابکی، تحرک و انعطاف نیاز دارد. بانک‌ها در دنیای امروز به عنوان واسطه و جوه باید بتوانند نیازهای پولی و اقتصادی بنگاه‌های بزرگ اقتصادی و بخش‌های مختلف اقتصاد، کشاورزی، خدمات و صنعت را برآورده کنند. این امر مستلزم سیستم کارآمدی است که بتواند نیازهای این بخش‌ها را پوشش دهد و از همان سرعتی که ویژگی ابزارهای مالی تجاری است، برخوردار باشد. وارد کردن سیستم بانکی در پیچ و خم شروط قواعد قراردادهای حقوق مدنی که اساس آن بر اساس استحکام و ثبات است و نه سرعت و سهولت، تحرک و چابکی و کارایی را از سیستم بانکی سلب می‌کند. صاحب نظران اقتصادی نیز اذعان دارند که عقود عملیات بانکی بدون ربا، سازگاری با عملیات بانکی ندارند و الزامات بازار پول در اقتصادهای نوین در نظر گرفته نشده است.

مقید کردن بانک‌ها به عقود خاص در حالی است که ماده ۱۰ قانون مدنی از این نظریه عبور کرده است. بنابراین محدود کردن بانک‌ها به عقود خاص، مشکلات زیادی را برای بانک‌ها فراهم کرده است؛ از جمله بانک‌ها در موارد عدم انطباق با عقد خاص،

یا از پرداخت تسهیلات خودداری می‌کنند و یا با ترفندهای حقوقی، قانون را دور می‌زنند. در حالی که قانون عملیات بانکداری بدون ربا به جای پیشنهاد عقود مشخص و تعریف عقود، می‌بایست چارچوب مجاز عملیات بانکی را ترسیم و ممنوعیت‌ها را مشخص می‌کرد و این اختیار را به بانک‌ها می‌داد تا بتوانند در آن چارچوب، عملیات بانکی متناسب را طراحی و اجرا کنند، مقید کردن فعالیت بانک‌ها به عقود خاص، بانک‌ها را ناگزیر به عملیات صوری و پیدا کردن راه‌های فرار از تعهدات قراردادهای خاص (عقود معین) می‌کند و عملاً از عقود مذکور پوسته‌ای تهی و فاقد هر گونه محتوا می‌سازد.

معرفی بیش از ۱۰ عقد جهت اعطای تسهیلات بانکی، باعث سرگردانی مشتری و کارمند بانک می‌شود. در حالی که یک بانکدار باید متمرکز در مدیریت بهتر بانک و افزایش کارایی مجموعه تحت مدیریتش باشد، تحلیل عقود مختلف و آشنایی با ماهیت و شکل حقوقی و اجرای دقیق آن‌ها که مستلزم دانش حقوقی و مطالعه دقیق است، انتظاری فراتر از توان و تخصص یک کارمند بانک بوده و در عمل غیر قابل اجراست. تجربه چند دهه بانکداری اسلامی در ایران، حاکی از عدم امکان اجرای عقود به طور صحیح و انتظاری بی‌مورد از سیستم بانکی است. هر یک از عقود دارای آیین‌نامه و دستورالعملی خاص است که مستلزم اشراف کارمند بانک و مشتری به تمام ابعاد حقوقی آن است. این معضل توسط کارشناسان بانکی نیز در همایش مؤسسه تحقیقات پولی و بانکی مورد توجه قرار گرفته است.

۳-۱. هزینه‌بر بودن بانکداری اسلامی

با توجه به صوری بودن عملیات و عدم امکان اجرای دقیق عقود در بانک‌ها در ساختار فعلی، چنانچه بانک بخواهد عقود را به شکل واقعی اجرا نماید، نیاز به چندین کارشناس فنی و حقوقی و حسابرس در هر شعبه دارد که مسلماً هزینه‌گزافی به بانک و نهایتاً به مشتری تحمیل خواهد کرد؛ زیرا محاسبه دقیق سود در یک طرح اقتصادی، افزون بر وجود متخصص آن رشته و تخصص فنی، مستلزم نظارت کارشناس و متخصص مالی و حسابرس و همچنین کارشناس حقوقی جهت انعقاد قرارداد و نظارت بر مسائل

حقوقی خواهد بود.

۴-۱. نگاه بنگاهداری به بانک

یکی دیگر از اشکالات بانکداری بدون ربا، نگاه بنگاهداریِ طراحان و مدافعان این قانون به بانک است.

در حالی که بانک‌ها به عنوان واسطه و جوه در اقتصاد تعریف می‌شوند و از عملیات واقعی اقتصادی و سرمایه‌گذاری و بنگاهداری گریزان‌اند و منع می‌شوند، قانون عملیات بانکی بدون ربا بانک‌ها را به سمت بنگاهداری و سرمایه‌گذاری سوق داده است. این دیدگاه در نظرات مدافعان بانکداری بدون ربا به وضوح بیان شده است:

«از جهت انطباق با فتاوی این بزرگان در این قانون [قانون عملیات بانکی بدون ربا] مشکلی نیست و از این جهت خرسندیم نتیجه اجرای این قانون در بانکداری بدون ربا این است که بانک به مثابه یک بنگاه اقتصادی باید مستقیماً وارد عملیات اقتصادی بازار شود یا غیر مستقیم با دادن اعتبارات کافی به اشخاص، شرکت‌ها و سایر نهادهای حقوقی وکالت دهد و این‌ها را وارد عملیات اقتصادی بازار کند و سود ناشی از عملیات اقتصادی بازار برگردد به بانک...» (مصباحی مقدم، ۱۳۷۳: ۱۰۲).

۵-۱. معضل دریافت سود

همان‌طور که قبلاً بیان شد، یکی از معضلات در عملیات بانکی بدون ربا، دریافت سود از وام‌گیرندگان و پرداخت سود به سپرده‌گذاران است. در اقتصاد تورمی، بانک‌ها نمی‌توانند صرفاً به دریافت کارمزد اکتفا کنند. یکی از کارکردهای اصلی آن‌ها که مدیریت نقدینگی است، از بین می‌رود و راه حل ارائه‌شده در نظام عملیات بانکداری بدون ربا، جایگزینی سود به جای بهره و استفاده از سایر عقود به جای عقد قرض است. ولی آیا صرف تغییر عنوان می‌تواند دریافت سود را مشروع کند، در حالی که قصد و اراده طرفین بر قرض است؟ تعیین سود ثابت، عدم مشارکت واقعی و عدم نظارت در عملیات مشارکتی، همه حاکی از عدم قصد واقعی مشارکت است. در عقود مشارکتی، بانک هیچ‌گونه ریسکی را نمی‌پذیرد و اصل و سود تسهیلات را تضمین‌شده از شریک می‌خواهد. در عقود مبادله‌ای هم حقیقتاً قصد جدی به اجرای عقد و وقوع

عقد وجود ندارد.

بانکداری بدون پرداخت و دریافت سود ناممکن است؛ زیرا بانک‌ها علاوه بر اینکه یک بنگاه اقتصادی هستند که باید برای مشتریان‌شان جذابیت داشته باشند، به عنوان مهم‌ترین ابزار کنترل اقتصاد کشور و سیاست‌گذاری و هدایت و اجرای سیاست‌های اقتصادی کشور، نقش ویژه‌ای را در مدیریت نقدینگی با جذب و تخصیص نقدینگی ایفا می‌کنند. لذا بانک‌ها برای وجاهت شرعی دادن به دریافت و پرداخت سود، از عقود مختلفی استفاده کرده‌اند.

۲. شرط ضمان پول

همان طور که در قسمت قبل توضیح داده شد، بانکداری بدون ربا در استفاده از عقود جهت شرعی کردن عملیات بانکی به طور کامل موفق نبوده است و به همین جهت به سمت بنگاهداری، عملیات صوری و پرهزینه کردن عملیات بانکی رفته است. لذا استفاده از شرط ضمان پول می‌تواند با وجاهت شرعی دادن به دریافت سود بانکی، از ایرادات فوق بکاهد.

شرط ضمان پول از حیث ماهیت، نوعی شرط فعل است که مفاد آن انجام یک فعل می‌باشد؛ یعنی پرداخت مبلغی بیشتر از مبلغ قرض گرفته‌شده و در حد ارزش و قدرت خرید حقیقی و مالیت مال قرض گرفته‌شده به عنوان جبران کاهش ارزش پول و منافع از دست‌رفته. بنابراین شرط ضمان پول در عقد قرض، نوعی شرط فعل است که در ضمن عقد قرض قرار داده می‌شود.

۱-۲. مشروعیت شرط ضمان پول

در مشروعیت شرط ضمان پول که به موجب آن اشتراط پرداخت بر مبنای قدرت واقعی پول تصریح می‌گردد، شکی نیست و هدف طرفین نیز در هنگام اشتراط چنین تعهدی عموماً این می‌باشد که از نوسان ارزش پول در امان باشند و به ظاهر پول ملی تکیه نمایند.

در فرض کاهش ارزش پول، بدهکار ملزم است که کاهش ارزش پول را جبران

نماید و با این کار در حقیقت، معادل دین خویش را داده است و او نمی‌تواند به دفاع پردازد و بگوید که ممکن بوده است بستانکار به هنگامی که به موقع، پرداخت صورت می‌گرفته است از خرج کردن پول خودداری کرده و به کاهش ارزش پول رضایت می‌داده است؛ چه، بدهکار بر بستانکار ولایتی ندارد و مرز اداره فضولی مال غیر تا جایی است که به نفع غیر تمام بشود، نه به ضرر مسلم او. همچنین در این فرض، بدهکار ملزم به جبران منافع از دست‌رفته بستانکار نیز می‌باشد؛ چه او مسبب این حادثه می‌باشد. همچنان که مدیون می‌باید خساراتی را که از تأخیر خود به دائن زده است، پرداخت نماید (ماده ۲۲۱ قانون مدنی؛ ر.ک: حائری، ۱۳۷۶: ۲۰۶)، در عمل و در معاملاتی که در آن‌ها پرداخت پول می‌باید در آینده صورت گیرد، فروشنده میزان نوسان ارزش را تخمین می‌زند و قیمت را افزایش می‌دهد (زندى حقیقی، ۱۳۴۶: ۲۱۳). حال در چنین شرایطی، چرا آن که به جای تخمین و تقریب، بنا را بر دقت گذاشته است، کار نامشروع انجام داده باشد؟ در عقد قرض نیز شروط مذکور به ویژه شرط پرداخت بر اساس قدرت خرید پول، به نظر نمی‌رسد که باطل باشد؛ چه اگر کاهش ارزش پول به منزله خطری باشد که تحمل آن بر بستانکار مشروع شناخته می‌شود، با شرط پرداخت بر مبنای قدرت خرید پول در حقیقت، بستانکار به کمتر از طلب خود رضایت نداده است و دیگر نمی‌توان گفت که با چنین شرطی، زیادتی بر اصل دین حاصل شده است. ربای قرضی عبارت است از شرط اضافی در عقد قرض. بنابراین باید دید که آیا بر دریافت مقداری پول اضافه بر مبلغ اسمی وام، ولی معادل با قدرت خرید آن‌ها، دریافت منفعت یا بهره صدق می‌کند؟ توان خرید پول، وصف ذاتی پول می‌باشد، نه منفعتی اضافی یا ویژگی زائد بر ذات مال و کاربرد متعارف آن. بنابراین به دشواری می‌توان پذیرفت که التزام مقترض به پرداخت مال سالم در وضعیتی که همان مال سالم را قرض نموده است، التزام به پرداخت بهره و منفعتی زائد بر میزان دین می‌باشد. به همین خاطر گفته می‌شود که اگر مقدار پول‌های کسی افزایش یافته باشد، ولی ارزش پول پایین آمده باشد، خمس تعلق نخواهد گرفت؛ زیرا متعلق خمس، منفعت می‌باشد (آصفی، ۱۳۷۵: ۲۱). باید دانست که ربا در صورتی تحقق خواهد یافت که زیادتی حاصل شده باشد و مراد از این زیادت نیز زیادت واقعی می‌باشد نه اسمی و صوری و بی‌ارزش؛ همچنان که

افزایش مقدار بی‌ارزش بر اصل مال، فزونی بر دین تلقی نمی‌گردد (هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۴: ۷۵).

بنابراین با شرط پرداخت بر اساس قدرت خرید پول، اساساً طرفین مقدار قدرت خرید مشخصی را موضوع دین قرار داده‌اند و انتظار بر این است که همان قدرت خرید پرداخت گردد و در نتیجه شرط پرداخت بر اساس ملاحظه نرخ تورم، حقیقتاً و عرفاً شرط زیاده نیست و نفعی به مقرض نمی‌رسد تا گفته شود ربا تحقق یافته است (سبحانی، ۱۳۷۲: ۹۲؛ صافی گلپایگانی، ۱۳۷۲: ۹۸). حذف ماده ۶۵۳ قانون مدنی در اصلاح سال ۱۳۶۱ به این منظور صورت گرفت که وام‌دهنده به حيله نتواند ربا بگیرد؛ گرچه همین حيله در ماده ۵۵۸ در مورد مضاربه تجویز شده است. ماده مذکور مقرر می‌داشت:

«مقرض می‌تواند به وجه ملزومی به مقرض وکالت دهد در مدتی که قرض بر ذمه او باقی است، مقدار معینی از دارایی مدیون را هر ماه یا در هر سال مجاناً به خود منتقل نماید».

در واقع مقنن در سال ۱۳۰۷ با تصویب ماده مذکور سعی داشت که ظاهر احکام اسلامی را رعایت نماید و به همین خاطر، نامی از سود نبرد؛ ولی با تصویب ماده مذکور، برای تجویز سود حيله‌ای اندیشید و به قرض‌دهندگان پیشنهاد نمود (امامی، ۱۳۷۵: ۲۰۲-۲۰۳).

ممکن است گفته شود که اگر قرض‌دهنده نوسان ارزش را محاسبه کند و در هنگام قرض، بر مبلغ افزایش، متوسل به حيله گشته است؛ ولی در این فرض نیز نباید بدون درنگ وام‌دهنده را رباخوار دانست؛ چه به نظر می‌رسد که بتوان از فتوای برخی فقها (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۶: ۲۶۲) در خصوص موردی که ذمه شخصی به یک قران قدیم مشغول است و بخواهد به قران جدید که وزن آن معلوم نیست، بپردازد، استفاده کرد که در آن موضوع گفته‌اند با احراز مساوات، محکوم به صحت است؛ چون مدار بر واقع است و در نتیجه مدیون تنها با احراز خلاف تخمین بستانکار می‌تواند مابه‌التفاوت ارزش را استرداد نماید، یا اگر نپرداخته است، از پرداخت آن خودداری نماید (همان).

همچنین اگر وام‌گیرنده تعهد کند که دین پولی خود را با مقداری طلا یا ارز خارجی یا دیگر کالاها بپردازد، جایز می‌باشد و در تحلیل این عمل حقوقی گفته شده است که

عقد و شرط، قرض ساده نمی‌باشد و آنچه واقع شده، یا معاوضه است یا آمیزه‌ای از قرض و تبدیل تعهد که دادگاه باید در هر مورد بر مبنای مفاد تراضی، وصف حقوقی آن را تعیین نماید. به نظر می‌رسد بر فرض اینکه تعهد طرفین، قرض و تبدیل تعهد باشد، لازم است که در هنگام قرض آن کالا، همان مقدار پول ارزش داشته باشد؛ وگرنه به نظر می‌رسد که حيله‌ای برای اخذ ربا به کار رفته است؛ چه اینکه در قرض با شرط پرداخت به غیر جنس، تساوی قیمت یا کمتر بودن قیمت آنچه باید پرداخت شود، شرط می‌باشد (حائری، ۱۳۷۶: ۵۸۴). برخی فقها نیز شرط مذکور را مشروع می‌دانند:

- «وام‌دهنده به هنگام دادن قرض، شرط کند که من این مبلغ از اسکناس را که ارزش آن معادل است با فلان مقدار پول ثابت یا کالا، به تو قرض می‌دهم و به هنگام بازپرداخت باید این جهت را رعایت کند و مبلغی را بدهد که دارای چنین ارزش باشد، چنین شرطی ربا نیست؛ زیرا شرط افزایش نیست» (سبحانی، ۱۳۷۲: ۹۲).

- «از دیگر موارد ضمان کاهش ارزش پول، موردی است که در ضمن عقد شرط شده باشد که اگر هنگام پرداخت، ارزش پول کم شود، بدهکار ضامن آن خواهد بود و در اینجا شبهه ربا نیست؛ زیرا ربا به معنای زیاده و ربح است، حال آنکه ارزش صد هزار تومان به عهده بدهکار، به نود هزار تومان کاهش یافته است. اگر طلبکار بر اساس شرطی که ضمن عقد کرده است، صد و ده هزار تومان بگیرد، در حقیقت چیزی اضافه بر همان طلب خود نگرفته است و این مورد تخصصاً از ادله حرمت ربا خارج است و جنس شرطی هم نه خلاف مقتضای عقد است و نه خلاف کتاب و سنت؛ پس باید به آن عمل شود» (صالحی مازندرانی، ۱۳۷۶: ۴۲).

برخی دیگر از صاحب‌نظران ضمن مشروع دانستن شرط ضمان، مواردی را هم که کاهش شدید ارزش پول به صراحت در عقد قید نشده، متضمن شرط ضمنی می‌دانند: «... در [ضمان عقد یا مسمی یعنی عوض قرارداد شده] مانعی ندارد که بگوییم نگرش همگانی در قیمت‌ها به خود پول است؛ بدین معنا که ارزش اسمی آن را می‌نگرند و هر گاه چیزی را به صورت نسیه به بهای هزار تومان فعلاً خریده باشند، حالت طبیعی و پذیرفته شده آن است که بها، همان هزار تومان روز خرید است، نه روز پرداخت؛ مگر آنکه آن را به روشنی یا در ضمن عقد به گونه‌ای که ابهام و جهالتی در اندازه بها در پی نداشته باشد، شرط کرده باشند؛ مانند اینکه شرط کنند

که کاهش بها به عهده بیاید. البته دور از ذهن نیست که بگوییم در موارد دگرگونی و کاهش شدید، نوعی شرط ضمنی مورد پذیرش عرف خودبه‌خود وجود دارد... تورم و کاهش ارزش پول گاهی در نتیجه بالا رفتن بهای کالاها یا دیگر در پی کاهش عرضه و تولید آن رخ می‌نماید. در چنین جایی دور از ذهن نیست که بگوییم ارزش پول مانند ارزش کالاها یا حقیقی از ویژگی‌های جایگزین مثل نبوده و از این روی به عهده نمی‌آید، مگر اینکه در ضمن عقد لازمی شرط شده باشد» (هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۴: ۶۹).

برخی حقوق دانان نیز با اشاره به مفاد ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی، شرط مذکور در ماده را که بدهکار متعهد به پرداخت بدهی بر اساس شاخص بانک مرکزی می‌باشد، در حقیقت پرداخت قسمتی از عین همان پولی می‌دانند که به عهده مدیون قرار گرفته است، نه خسارت تأخیر در ادای دین (شهیدی، ۱۳۸۶: ۲۸۲/۳).

۱-۱-۲. لزوم جبران کاهش ارزش پول به دلیل ارتکاز عقلایی

شارع امر به ادای دین کرده و تشخیص مصداق به عرف واگذار شده است و با شارع نیست. لذا اگر تورم در میان باشد، عرف پرداخت همان مبلغ قرض گرفته‌شده را ادای دین نمی‌داند و در صورت شک نیز محکوم به جریان قاعده اشتغال است؛ چرا که اصل تکلیف به ادای دین معلوم بوده و شک در امتثال آن داریم.

پول‌های کاغذی چیزی جز قدرت خرید ندارند. لذا مقتضی ضامن مبلغی است که قدرت خرید، وصف مقوم آن است؛ یعنی مقتضی ضامن مبلغی است که موصوف به این وصف است. به عبارت دیگر، مقتضی هم ضامن عین مبلغ و هم ضامن وصف مقوم آن است. از دید عرف نیز قدرت خرید، حیثیت تقییدیه پول اعتباری است؛ یعنی پول اعتباری چیزی جز قدرت خرید ندارد.

عرف هزار تومان الان را با هزار تومان ده سال پیش یکی نمی‌داند. به فرض، اگر مالیت پول قرض گرفته‌شده به قدری کاسته شود که نتوان یک کالای بی‌ارزش هم خرید، آیا عرف نمی‌گوید که غاصب مال را تلف کرد، در حالی که در زمان قرض با مبلغ مذکور می‌شد خانه‌ای خرید، ولی الان ارزش آن به قدری کاهش یافته که فقط می‌توان با آن یک آدامس خرید، و آیا عرف عمل غاصب را مصداق تلف مال غیر و

ضمان نمی‌داند؟ برخی استناد کرده‌اند که در زمان ائمه علیهم‌السلام هم کاهش ارزش پول موضوعیت داشته است، ولی حکم به ضمان نداده‌اند. در حالی که سقوط ارزش درهم در زمان ائمه علیهم‌السلام اعتباری نبوده و مستند به اسبابی چون اسقاط سلطان یا زیاد شدن خلیط بوده و تورمی که در این زمان مطرح است، در آن زمان مطرح نبوده است.

۲-۱-۲. اثبات ضمان کاهش ارزش با عمومات حرمت ظلم

برای اثبات ضمان کاهش ارزش در فرض تورم فاحش می‌توان به عمومات حرمت ظلم نیز تمسک کرد: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾ و قطعاً تشخیص مصادیق عدل و ظلم به دست عرف است،

هر جا عرف عام عقلایی گفتند که این مورد از مصادیق ظلم است، قول آن‌ها منبع است؛ مگر اینکه ردعی از جانب شارع بر ارتکاز عقلا وارد شود. حجیت نظر عقلا در تشخیص مصادیق ظلم، نظیر «اکل مال به باطل» است از این حیث که ظاهر ادله ناهیه از اکل مال به باطل آن است که هر چیزی را که عرف مصداق باطل بداند، حجیت دارد.

آیه شریفه ظلم را تحریم کرده است؛ اولاً، نظر عرف طبق ظهور آیه‌ای که خطاب به عرف نهی از ظلم می‌کند، در تشخیص مصادیق ظلم متبع و حجت است؛ ثانیاً، عدم جبران کاهش ارزش پول در فرض اختلاف فاحش در ارتکاز عقلا از مصادیق ظلم است؛ ثالثاً، نتیجه اینکه جبران کاهش ارزش پول امری ثابت و لازم است و شرط جبران کاهش ارزش بلاشکال است.

سخن این است که مقتضی برای ضمان وجود دارد و شرط جبران کاهش ارزش برای این است که مقتضی ضمان تام باشد؛ چرا که اگر این شرط ذکر نگردد، ظهور عرفی قرض یعنی کفایت بازپس‌دهی نفس مبلغ قرض مستقر می‌شود، منتها شرط جبران کاهش ارزش موجب می‌گردد که عقد قرض، ظهور در این معنا پیدا نکند و مقتضی ضمان تأثیر خود را بگذارد.

بنابراین دست‌کم باید گفت که تورم فاحش در اوراق نقدی بنا بر احتیاط واجب (احتیاط واجبی که رجوع به غیر در آن جایز نیست) موجب ضمان هست.

شرط ضمانِ نقص خالی از اشکال است؛ چرا که «المؤمنون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرّم حلالاً». یعنی مثلاً هنگامی که بانک وام داده و پول قرض می‌دهد، شرط کند که بدهکار در مقام دفع اقساط وام، باید ارزش ساقط‌شده مبلغ وام را به نرخ روز جبران کند، این شرط طبق عموماً و وجوب و فاء به شرط نافذ است، مشروط به اینکه مصداق ربا نباشد.

قدر متیقن از ربا شرط فایده و شرط سود است، نه شرط جبران ضرر. کسی که ده میلیون وام می‌دهد و شرط می‌کند که در زمان بازپرداخت وام، اگر ارزش پول نصف شده باشد، بدهکار باید مبلغ بیست میلیون پرداخت کند، شرط سود نمی‌کند، بلکه مانع از متضرر شدن خویش می‌شود، چنین شرطی شرعاً چه اشکالی دارد؟! این شرط بلااشکال است به این بیان که ربا به معنای زیاده مالیه است نه هر زیاده‌ای، و عرف چنین شرطی را از مصادیق زیاده مالیه و ربا نمی‌داند؛ لذا اگر کسی در مقابل یک اسکناس هزار تومانی، دو اسکناس پانصد تومانی بگیرد، ربا نخواهد بود، ولو زیاده عینیه حاصل شود.

در این مورد نیز مجرد اینکه قرض‌دهنده مبلغ بیشتری اخذ می‌کند، دلیل بر آن نیست که گفته شود ربا گرفته است؛ چرا که ولو زیاده عینیه محقق شده است، لکن زیاده مالیه‌ای که مناط تحقق رباست، منتفی بوده و رخ نداده است؛ کما اینکه فایده - که موضوع خمس در نزد بعض بزرگان است - نیز نبرده است؛ چرا که عرف حفظ ارزش پول در زمان تورم را فایده نمی‌داند؛ به این بیان که ضایع شدن ارزش پول ضرر است. در مقابل، حفظ ارزش پول مصداق عدم‌الضرر خواهد بود و نه فایده.

به ارتکاز عرفی، اگر این شخص با ده میلیون کالایی بخرد و ارزش آن کالا تا انتهای سال به بیست میلیون برسد، البته بیست میلیونی که ناشی از تورم است، چنانچه گفته شود خمسی بر وی لازم نیست، قابل قبول است؛ چرا که این شخص عرفاً سودی نبرده است، هرچند که ده میلیونش دو برابر شده است؛ زیرا قدرت خرید ده میلیون پارسال با بیست میلیون امسال برابر است. بنابراین اگر این شخص عرفاً سود نکرده است، شرطی که متضمن چنین مطلب و زیاده‌ای نیز باشد، از مصادیق سود و ربا نخواهد بود (شهیدی پورزنجانی، ۱۳۹۸).

۲-۲. آیا شرط ضمان علاوه بر کاهش ارزش پول می‌تواند شامل

عدم‌النفع و خسارت تأخیر تأدیه نیز باشد؟

اگر این موارد از مصادیق ضرر باشد، ضمان آن بلاشکال خواهد بود. لذا تبیین مفهوم ضرر ضرورت دارد. ضرر یک امر موضوعی است نه حکمی و فقهاتی، لذا عرف مصداق آن را معین می‌کند و از نظر عرف، عدم‌النفعی هم که ممکن‌الحصول باشد، در حکم ضرر است:

«اگر منصفانه در این مورد به ارزیابی بپردازیم، باید مواردی را که عرفاً تمام عناصر و عوامل وجود سود فراهم آمده و تحقق بالفعل آن صرفاً به انجام قرارداد بستگی داشته باشد را از روی قاعده عدم‌النفع استثناء نمود؛ زیرا عرف به این گونه منافع به چشم تقدیری و بالقوه نمی‌نگرد و برای آن وجود قائل است که عدم‌النفع ضرر و قابل جبران است. فوت منفعت مسلم را حقوق‌دانان ضرر محسوب می‌کنند و عدم‌النفع را از اقسام ضرر می‌دانند» (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۲۱۹؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶: ۴۱۵).

در تعریف عدم‌النفع گفته‌اند:

«حرمان از منافی که به احتمال قریب به یقین در جریان عادی امور و اوضاع و احوال خاص، امید به وصول به آن معقول و مترقب و مقدور بوده است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۲۵۰۷/۱).

هنگامی از عدم‌النفع یا منفعت تفویت شده سخن به میان می‌آید که در نتیجه عمل زیانبار، دارایی شخص فزونی نیافته است؛ در حالی که اگر این واقعه رخ نمی‌داد، بر طبق روال عادی امور و تجربه جاری و آماری زندگی، این افزایش انجام می‌پذیرفت (درودیان، ۱۳۷۸: ۸۲).

منفعت را هم به معنای سود و ربح در مقابل ضرر معنا کرده‌اند و هم منفعت را در برابر عین، یعنی قوه و استعدادی که در اشیاء و موجودات وجود دارد و با عقود به دیگران منتقل می‌شود؛ مثلاً ممنوعیت فروشنده از فروش اجناسش در فقه به عنوان یکی از مصادیق عدم‌النفع شمرده شده و مقصود از نفع، همان سود و ربح و ضد ضرر است. رابطه محرومیت از سود انتظاری با عدم‌النفع، رابطه عموم و خصوص مطلق است؛ یعنی هر محرومیتی از سود انتظاری، عدم‌النفع است، اما هر عدم‌النفعی، محرومیت از سود

مورد انتظار نیست.

عدم‌النفع بالقوه احتمالی (محتمل‌الحصول) عبارت است از منفعتی که هر گاه فعل معین موجود نمی‌گشت، احتمال داشت که عاید آن طرف گردد. این منفعت به عوامل مختلفی بستگی دارد و معلوم نیست که اگر فعل زیانبار محقق نمی‌شد، حتماً منافع مورد انتظار، عاید صاحب آن می‌گشت. در این مورد به اتفاق همگان، عامل فعل زیانبار ضامن منافع تقویت‌شده نیست، جبران رابطه سببیت بین فعل او و عدم حصول منفعت وجود ندارد و تقویت منفعت را نمی‌توان منحصرأ متوجه عامل فعل زیانبار دانست (صفاکیش، ۱۳۷۴: ۷۹).

در منافع غیر مستوفات غصب، اکثراً قائل به ضمان غاصب نسبت به منافع غیر مستوفات که از مصادیق عدم‌النفع است، می‌باشند.

به همین جهت در عقد مزارعه، اهمال عامل را که موجب کم شدن محصول می‌شود، موجب ضمان می‌دانند. برخی فقها معتقدند که قاعده لاضرر، هم نفی و هم اثبات حکم می‌کند؛ بنابراین چون عدم جعل ضمان، ضرر را متوجه زیان‌دیده می‌کند، با شمول قاعده لاضرر، قبول ضمان کرده و ضرر را مرتفع می‌سازیم (حسینی سیستانی، ۱۳۸۹: ۲۱۱؛ محقق داماد، ۱۳۸۷: ۱۶۱).

برخی موارد را که در فقه از آن به عنوان عدم‌النفع یاد کرده‌اند، باید خسارت تلقی کرد و عدم‌النفع ندانست. در این مثال‌ها، سببیت به عنوان یکی از دو رکن ضمان و مسئولیت در مقررات فقهی محرز است و اگر فقها به آن اشکال گرفته‌اند، فقط از این باب است که آن را ضرر تلقی نمی‌کنند. لکن اگر منصفانه در این موارد به ارزیابی بپردازیم، باید مواردی را که عرفاً تمام عناصر و عوامل وجود سود فراهم است و تحقق بالفعل آن صرفاً به انجام قرارداد بستگی دارد، از قاعده عدم‌النفع استثنا نمود؛ زیرا عرف به این گونه منافع به چشم تقدیری و بالقوه نمی‌نگرد و برای آن نوعی وجود قائل است که به همین لحاظ آن‌ها را مورد معامله قرار می‌دهد و به ویژه در اجاره به عنوان منافع موجود می‌نگرد. ضمان منافع غیر مستوفات، از همین مقوله اموال عرفی محقق‌الوجود است که عدم وجود خارجی آن به وجود عرفی آن لطمه وارد نمی‌آورد (عمید زنجانی، ۱۳۸۹: ۲۱۵).

۱-۲-۲. تمسک به قاعده لا ضرر

طبق دلیل لا ضرر، موضع شارع نباید مستلزم ضرر بر مردم گردد؛ چه موقف وجودی باشد که مستلزم جعل حکم وجودی شود و چه موقف عدمی باشد که عدم جعل حکم، مستلزم ضرر گردد. برای مثال، عدم جعل حکم تحریم اتلاف مال مردم، با دلیل لا ضرر منافات دارد؛ چه زیانی از این بالاتر که زیان زدن به دیگران به خاطر منافع بدون محذور باشد.

«در عقود فاسدی که یکی از دو مورد آن پول باشد، علاوه بر امکان مطالبه میزان پولی که از اسکناس در اثر گذشت زمان تخلیه می‌شود، خسارت ناشی از محروم ماندن از منافع پول با ربا متفاوت است و قابل مطالبه می‌باشد» (شپیدی، ۱۳۸۵: ۱۴۳/۲).

واقعیت این است که عدم جبران خسارت ناشی از محروم ماندن قرض‌دهنده از منافع پول در قرض، از نظر عرف موجب ضرر قرض‌دهنده خواهد شد. چنین ضرری با قاعده «لا ضرر ولا ضرار» نفی شده است. بنابراین برای جلوگیری از این ضرر، قرض‌گیرنده هنگام بازپرداخت باید خسارت را جبران کند. با توجه به نظرات برخی بزرگان که قبلاً بیان شد، تشخیص نفع و ضرر با عرف است و عدم‌النفع در مواردی که مقتضای آن کامل شده باشد، ضرر به شمار می‌آید. می‌توان قول مشهور فقهای امامیه را ناظر به عدم‌النفعی دانست که عرف آن را ضرر نمی‌داند.

محروم ماندن از منافع پول در دین‌ها، مصداق تلف کردن اموال دیگران است و تلف‌کننده ضامن است؛ بنابراین خسارت باید جبران شود.

۲-۲-۲. عدم‌النفع در رویه قضایی

بررسی آرای قضایی نشان می‌دهد که دادگاه‌ها در مورد مفهوم خسارت عدم‌النفع و قابلیت جبران، آرای متفاوتی صادر کرده‌اند:

«... در خصوص خواسته دوم مبنی بر تصدیق ورود خسارت دیرکرد سه سال تأخیر صدور پایان کار، نظر به اینکه با عدم صدور پایان کار، خسارتی به شاکی وارد نشده، بلکه موضوع مشمول عدم‌النفع می‌باشد که وفق تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی قابل مطالبه نمی‌باشد، لذا قرار رد خواسته دوم صادر می‌گردد و رأی مذکور وفق ماده ۷ قانون دیوان عدالت اداری

قطعی است».^۱

در این رأی به علت اینکه خسارت مورد مطالبه را از مصادیق عدم‌النتفع شمرده، غیر قابل مطالبه دانسته است.

در حالی که در رأی صادره ذیل علت رد شکایت شاکی، مسلم‌الحصول نبودن عدم‌النتفع عنوان شده است:

«شاکی در دادخواست تقدیمی به طور خلاصه عنوان داشته که در اثر فعل و ترک فعل‌های متعدد خواننده [دانشگاه...] در خصوص امکان ادامه تحصیل وی (موضوع دادنامه شماره ۳۱۲۶-۸/۱۱/۸۵) صادره از شعبه اول تجدیدنظر دیوان عدالت اداری، فرصت‌های فراوانی در زمینه ادامه تحصیل در مقاطع بالاتر، فعالیت حق‌التدریس و انتشار مقاله را از دست داده و از این حیث متحمل خسارت شده که مباشر و مسبب آن مشتکی عنه است و لذا خواهان صدور حکم به تصدیق خسارت گردیده است که با توجه به مراتب فوق و سایر محتویات پرونده، نظر به اینکه شاکی مصداق معینی از خسارت یا عدم‌النتفع مسلم‌الحصولی را که بر اثر رفتار خواننده به وی وارد شده باشد، اثبات ننموده و اینکه مطابق تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی، خسارت ناشی از عدم‌النتفع قابل مطالبه نمی‌باشد، در نتیجه شکایت و خواسته شاکی موجه به نظر نمی‌رسد و رأی به رد آن صادر و اعلام می‌گردد. این رأی قطعی است».^۲

در رأیی دیگر، عدم کسب درآمد مورد انتظار (درآمد نویسنده به لحاظ عدم نشر کتاب در زمان مقرر)، مصداق عدم‌النتفع و جبران‌ناپذیر اعلام شده است؛ زیرا این خسارت بر مبنای نظریه هیئت کارشناسی که در بند ج اظهار داشته‌اند: «مؤلف با فروش کتاب‌هایش برای هر صفحه می‌توانسته معادل ۲۰۰ ریال سود کسب کند و با فروش ۴۰۰ نسخه از کتاب‌ها رقمی معادل ۲۶۵/۴۴۰/۰۰۰ ریال نصیب وی می‌شده»، منطبق بر عنوان عدم‌النتفع بوده که مطابق ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی قابلیت مطالبه ندارد.^۳

اداره حقوقی قوه قضاییه، عدم‌النتفع احتمالی را غیر قابل مطالبه دانسته است و منافع

۱. دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۳۱۰۲۴۸۹ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۲ شعبه ۳۱ دیوان عدالت اداری.

۲. دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۳۱۰۰۲ مورخ ۱۳۹۲/۰۴/۲۲ شعبه ۳ دیوان عدالت اداری.

۳. دادنامه ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۰۰۰۷۱۴ مورخ ۱۳۹۳/۰۶/۰۳ شعبه ۱۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

مسلم از دست رفته را قابل مطالبه می‌داند.

«عدم‌النتفع در تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی به معنای آن است که مدعی ضرر و زیان، منافع مسلمی را از دست نداده باشد»^۱.

بررسی آراء صادره نشان می‌دهد که در رویه قضایی، عدم‌النتفع احتمالی غیر قابل مطالبه بوده و در مواردی که عدم‌النتفع مسلم باشد، قابل مطالبه خواهد بود. لذا عدم‌النتفع احتمالی نمی‌تواند مبنایی برای اضافه پرداخت باشد.

۲-۳. خسارت تأخیر تأدیه و منافع از دست رفته

پول از آنجایی که مال است، می‌تواند منفعی برای دارنده آن به ارمغان بیاورد. منفعت اصلی پول عبارت از توان خرید کالاها و خدمات است که در حقیقت ماهیت پول‌های امروزی می‌باشند.

علاوه بر آن، دارنده پول می‌تواند آن را خرج کرده و به کالای دیگر تبدیل نماید و آن را نیز تبدیل به پول کند و قدرت خریدی اضافی به دست آورد یا از منفعت آن کالاها استفاده نماید. ممکن است کالایی که می‌خواسته با خرج کردن پول به دست آورد، قیمتش از دیگر کالاها بیشتر افزایش یابد و در نتیجه صاحب پول می‌تواند با به دست آوردن آن کالا و فروش دوباره آن سود ببرد یا اینکه با مبادله آن کالا و اضافه نمودن قیمت آن کالا، صاحب سود گردد. به دست آوردن منفعت اضافه، بسته به حرفه و استعداد اشخاص و موقعیت‌های فراهم آمده، متفاوت است.

هنگامی که مدیون در بازپرداخت دین خود تأخیر نماید، بستانکار را از کسب منفعتی محروم کرده است و علی‌الاصول می‌باید جبران نماید. خسارت تأخیر تأدیه نیز چیزی جز جبران منفعت از دست رفته پول نیست (کاتوزیان، ۱۳۶۸: ۲۷۹/۴؛ شهیدی، ۱۳۷۲: ۴۳).

۲-۳-۱. آیا خسارت تأخیر تأدیه، همان جبران ارزش کاهش یافته پول است؟

جبران کاهش ارزش پول، منافع از دست رفته پول و خسارت تأخیر تأدیه، سه مقوله

۱. نظریه مشورتی شماره ۷/۸۰۴۷ مورخ ۸۲/۰۹/۳۰ اداره حقوقی و تدوین قوانین قوه قضائیه.

متفاوت‌اند. جبران کاهش ارزش پول معادل ارزش واقعی پول و منافع ازدست‌رفته پول، منافعی است که در صورت عدم قرض پول توسط داین می‌توانست تحصیل گردد و خسارت تأخیر تأدیه، خسارتی است که بر اساس توافق، مدیون متعهد به پرداخت آن در صورت عدم تأدیه به موقع دین به بستانکار است.

به نظر می‌رسد مبنا و دلیل فقهی پرداخت مبلغ مازاد بر ارزش اسمی پول در دیون پولی به جهت ماهیت خاص پول، قاعده لزوم وفای به عهد می‌باشد؛ به دلیل اینکه مدیون باید آن مقدار پولی را تأدیه نماید که از نظر قدرت خرید و مالیت، برابر با مقدار پول در ذمه است و چنانچه پولی معادل پول مورد تعهد از نظر شماره ادا نماید، به نحوی که به جهت کاهش ارزش پول، پول با آن شماره دارای قدرت خرید پول در ذمه نباشد، وفای به عهد محقق نمی‌شود و یک وفای به عهد ناقص خواهد بود، در حالی که برابر با آیه و روایات، هر مدیونی باید دین خود را به طور کامل ادا نماید (غریبه، ۱۳۸۷: ۵۶).

قاعده لزوم وفای به عهد ایجاب می‌نماید که در دیون پولی نیز مدیون برای برائت ذمه و تحقق وفای به عهد باید مالی برابر مال در ذمه پرداخت نماید و چون عرفاً در صورت کاهش ارزش پول، دادن پول با شماره برابر با پول مورد تعهد، موجب وفای به عهد نمی‌شود، لازم است پولی داده شود که از نظر مالیت و قدرت خرید، برابر قدرت خرید و مالیت پول در ذمه باشد (بیگدلی، ۱۳۸۸: ۴۱۲).

مطابق با نظریه ارزش واقعی پول، در دیون پولی، ذمه مدیون به میزان قدرت خرید پول تعلق می‌گیرد و نه به ارقام و اعداد خاصی که روی اسکناس‌ها درج شده است. بنابراین پرداخت مبلغ بیشتر نسبت به آنچه دریافت شده است، جبران ضرر متعهدله و جایگزین تعهد اصلی نیست، بلکه انجام خود تعهد است، لذا نیازی به وجود شرایط مسئولیت مدنی نیز ندارد. پس فقط کافی است که ارزش پول دریافتی کاهش یافته باشد تا متعهد مجبور به بازگرداندن مبلغی بیشتر شود. بنابراین تعبیر جبران کاهش ارزش پول از دیدگاه طرفداران این نظریه، مسامحه در کلام است (همان). برخی صاحب‌نظران در مورد خسارت تأخیر تأدیه بعد از اشاره به بحث کاهش ارزش پول عنوان می‌دارند: تأخیر در تأدیه، مطلب دیگری است. متعهدی که باید در سر رسید، مقدار معینی پول (با قدرت خرید مشخص) به بستانکار بپردازد، اما تخلف می‌ورزد، در واقع بستانکار را از

دسترسی به همان مقدار قدرت خرید محروم می‌کند و به علاوه آن را به نفع خود و البته من غیر حق مورد استفاده قرار می‌دهد. عدالت چنین نابرابری و اجحافی را نمی‌پذیرد و حقوق باید چاره‌ای برای آن بیندیشد. به طور کلی، قانون متعهدی را که به موقع به تعهد خود عمل نمی‌کند، مسئول می‌داند و در صورتی که موضوع تعهد او پرداخت وجه نقد باشد، او را مکلف به جبران خسارت تأخیر تأدیه نموده است. در واقع خسارت تأخیر تأدیه، ادامه تعهد اولیه به پرداخت وجه نقد است و به همین لحاظ تا روز تأدیه باید محاسبه و پرداخت شود. بی‌ارتباطی خسارت تأخیر تأدیه با نرخ کاهش یا افزایش تورم نیز دلیلی بر تفاوت آن با کاهش ارزش پول می‌باشد. بنابراین در صورتی که ارزش پول دارای ثبات باشد و حتی در صورتی که ارزش پول افزایش یابد، خسارت تأخیر تأدیه قابل مطالبه است (باطنی و افتخار جهرمی، ۱۳۷۸: ۱۲).

اگر مقصود از پرداخت خسارت تأخیر تأدیه، جبران کاهش ارزش پول باشد، محدودیتی در زمان پس از سررسید دین ندارد؛ بلکه قبل از آن نیز چنین توجیهی وجود دارد. به علاوه، با توجه به اعتقاد طرفداران جبران کاهش ارزش پول که اجرای کامل تعهد را مستلزم در نظر گرفتن کاهش ارزش می‌دانند، در این صورت نیازی به پیش‌بینی خسارت تأخیر تأدیه در قانون نیز نخواهد بود. چون دریافت آن، جزء حقوق متعهدله قلمداد خواهد شد. پس وضع نهادی به نام خسارت تأخیر تأدیه، خود دلیلی بر متفاوت بودن این دو نهاد است (بیگدلی، ۱۳۸۸: ۳۹۹).

در حقوق فرانسه که منشأ ورود این نهاد به حقوق ایران بوده است (و در دیگر کشورهای پذیرنده آن)، کاهش ارزش پول تأثیری در این نهاد ندارد؛ بلکه از دست دادن منافع ناشی از عدم دسترسی به موقع طلب، دلیل وضع این مقرره است، هرچند تنزل ارزش پول نیز از جمله منافع ازدست‌رفته مال محسوب می‌شود. دلایل یادشده و دلایل دیگری که نشان‌دهنده جدایی نهادهای مورد مقایسه است، باعث تفکیک و بررسی جداگانه آن‌ها در کتب حقوقی شده است. به علاوه، بسیاری از حقوق‌دانان، داوری مختلفی در مورد صحت و سقم هر یک از این دو نهاد دارند (همان: ۴۰۰).

بنابراین در درجه نخست باید بین مورد منفعت ازدست‌رفته پول و مورد خسارات ناشی از تأخیر در ادای دین تفاوت گذاشت؛ منفعت ازدست‌رفته، سودی است که

بستانکار می‌توانسته به دست آورد، ولی خسارات ناشی از تأخیر، ضرری است که در دارایی بستانکار وارد شده است. به عبارت دیگر، منفعت از دست رفته پول موجب عدم افزایش دارایی مثبت می‌گردد و خسارات ناشی از تأخیر، موجب کاهش در دارایی مثبت می‌گردد. قسمت دوم قطعاً قابل مطالبه است؛ چه، زیانی است که مستند به تأخیر و تقصیر مدیون می‌باشد. ماده قانونی نیز در این خصوص وجود دارد و نه نسخ شده و نه نامشروع شناخته شده است. آن هم ماده ۲۲۸ قانون مدنی می‌باشد که شامل این خسارات است (حائری، ۱۳۷۶: ۲۰۶).

بنابراین در درجه نخست باید بین «عدم‌المنفع» و تفویت منفعت عین، تفکیک قائل شد؛ چه، منفعت عین نیز همانند خود عین، مال محسوب می‌شود و فی‌الحال قابل تقویم و واگذاری است. مثلاً متصرف عدوانی که مالک را از منافع خانه خود محروم کرده است، موجب تفویت منافی گشته که موجود بوده است (سامت، ۱۳۷۷: ۵۴-۵۵؛ ماده ۳۲۰ قانون مدنی و ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی). اما عدم‌المنفع، از دست دادن نفع مورد انتظار در آینده می‌باشد. عدم‌المنفع، خود به اعتبار متعلق منفعت به دو قسم تقسیم می‌شود: عدم‌المنفع محقق و عدم‌المنفع محتمل. عدم‌المنفع محقق، از دست دادن منفعت یا فایده‌ای است که مقتضی حصول آن فراهم گردیده، لکن اگر فعل زیانبار پدیدار نشود، آن نفع و فایده محققاً عاید صاحب آن خواهد شد. عدم‌المنفع محتمل، از دست دادن منفعتی است که هر گاه فعل معینی موجود نمی‌گشت، احتمال داشت که آن عاید صاحبش گردد (همان).

قول مشهور در فقه امامیه آن است که عدم‌المنفع، ضرر نیست و بدین لحاظ قابل مطالبه و جبران نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۹: ۳۰۹/۱). در مقابل این قول، قول دیگری وجود دارد که بر مبنای آن، منفعت محقق‌الحصول، مضمونه تلقی گردیده است؛ از جمله بعضی از فقها معتقدند در صورتی که شأن و مقتضای منفعتی این باشد که عادتاً حاصل شود، ضرر می‌باشد و سبب از بین رفتن آن، اضرار. فقهای دیگری نیز در موارد مختلف، عدم‌المنفع محقق را ضرر شناخته‌اند و معیار را داوری عرف قرار داده‌اند؛ به نحوی که هر گاه عرف عدم‌المنفع را ضرر بدانند، قابل مطالبه و جبران است و در نتیجه می‌توان گفت که تفویت منفعت مسلم، خسارت می‌باشد و سبب آن می‌باید

مسئول جبران شناخته شود (سامت، ۱۳۷۷: ۵۴-۵۵).

اکثر حقوق دانان نیز بر این عقیده اند که عدم النفع، ضرر می باشد و جبران آن بر عامل فوت منفعت واجب است. برخی حقوق دانان (امامی، ۱۳۷۵: ۴۰۸/۱) با استناد به ماده ۹ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۲۹۰ (ماده ۱۴ قانون فعلی) که بر لزوم جبران منافع ازدست رفته و ضرر و زیان مادی ناشی از جرم صراحت داشته است و با توجه به وحدت ملاک ماده ۷۲۸ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ که خسارات حاصل از عدم انجام تعهد قراردادی را شامل ضرر ناشی از بین رفتن مال و فوت شدن منفعت می دانست، معتقد بودند که تفویت منفعت محقق مسلماً ضرر می باشد. بعضی دیگر از حقوق دانان (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۹: ۳۰۹-۳۰۸/۱)، مستند نظر خویش را علاوه بر موارد مذکور، ماده ۲۲۶ قانون مدنی و ماده ۳۹ قانون ثبت علائم مصوب ۱۳۱۰/۴/۱۵ نیز قرار داده و به طور کلی عدم النفع را ضرر دانسته اند. بعضی دیگر از حقوق دانان نیز علاوه بر تکیه بر ماده ۷۲۸ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸، معتقدند که ازدست دادن نفع آینده قابل جبران می باشد؛ منتها آن نفع آینده ای که به احتمال ناچیز حاصل خواهد شد، استثناست (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۲۱۹ و ۲۴۹).

بنا بر اوصاف مذکور، نظر به اینکه حکم ماده ۹ قانون آیین دادرسی کیفری سابق، در ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ نیز منصوص گردیده است و با توجه به اینکه مواد ۲۲۱ و ۲۲۶ و ۲۲۸ قانون مدنی هنوز پابرجا می باشند و با توجه به اطلاق ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی و ماده ۵۲۰ همان قانون و قاعده «الجمع مهمما أمکن أولى من الطرح» باید گفت که منافع ممکن الحصول که در حقیقت عبارت است از منافع محقق و مسلم آینده مال، قابل جبران می باشد و تنها خواهان می باید ثابت کند که ضرر بلاواسطه از اقدام خواننده ناشی شده و جبران خسارت مورد تصریح عرف قرار گرفته است و انجام تعهد نیز باید مطالبه شده باشد (مگر در خصوص دیون موعددار) و حکم پول نیز نمی تواند مستثنا باشد (محمدی و دیگران، ۱۳۹۷: ۱۰۱).

با توجه به اینکه ماهیت پول در توان خرید آن خلاصه می شود و کسی که باعث کاستی این توان شده، می باید جبران نماید و با توجه به اینکه در صورت تأخیر در پرداخت دین، ممکن است خساراتی به بار آید که از یک طرف در نتیجه دست نیافتن

به منفعتی مسلم حادث می‌شود و از طرف دیگر می‌تواند در نتیجه به کار نبردن پول و به صورت افزایش دارایی منفی حاصل گردد، قاعدتاً تمام موارد مذکور قابل جمع می‌باشد.

برخی با اشاره به خارج شدن پول از کارکرد اولیه معتقدند که پول سرمایه است و مثل سایر عناصر تولید، تولید سود می‌کند. اینان با تمایز سرمایه‌داری جدید و قدیم، پول را پدیده‌ای مستحدث معرفی می‌کنند که به عنوان سرمایه می‌تواند نقش عمیقی در فعالیت‌های اقتصادی داشته باشد:

«پول که در حقیقت تنها وسیله مبادله بود، فی حد ذاته ارزش پیدا کرد. اینک پول در یک پروسه تولید قرار می‌گیرد و بالقوه به منزله اساسی‌ترین عنصر مولد و خلاق قلمداد می‌گردد. با این حساب، سرمایه پولی در نظام مذکور از موقعیت و مکانی برخوردار می‌شود که ویژگی‌های خاصی پیدا می‌کند؛ از جمله آن‌ها گفته می‌شود جلب ربح و بهره برای این سرمایه به صفت لازمی مبدل شده که فی حد ذاته می‌بایست به مجرد استعمال پول در اختیار صاحب آن قرار گیرد و در توجیه تعلق بهره گفته شده در وضع حاضر برای یک اقتصاد در سطح کلان، امکان وجود نرخ سوددهی با احتمال مقبول و معتبر را می‌توان معقول و منطقی دانست» (شعبانی، ۱۳۹۲: ۱۹۶).

در اقتصادی که بهره واقعی سرمایه، نه توسط دولت و نه توسط افراد، بلکه به وسیله سازوکار بازار تعیین می‌شود، آیا ضمان افراد فقط نسبت به از بین رفتن قدرت خرید پولی است که قرض گرفته‌اند یا نسبت به بهره واقعی که منافع قطعی‌الحصول در یک اقتصاد نوین است نیز ضمان وجود دارد؟

منافع ممکن‌الحصول پول از دیدگاه اقتصاددانان هزینه-فرصت نامیده می‌شود. همین که کسی مال خودش را به دیگری قرض می‌دهد، فرصتی را از خودش دریغ نموده و به دیگری واگذار می‌کند. آیا این هزینه-فرصت را می‌تواند تحت عنوان خسارت عدم‌المنفع مسلم مطالبه کند یا خیر؟ هزینه-فرصت گاهی هزینه اقتصادی و هزینه واقعی نامیده می‌شود. چیزهایی است که می‌توانستیم با آن پول به دست آوریم، اما از آن‌ها چشم‌پوشی کردیم (میرمعزی، ۱۳۷۸: ۹۷).

۲-۳-۲. رویه قضایی در خصوص خسارت تأخیر قراردادی و جمع آن با ماده ۵۲۲ آیین دادرسی مدنی

دادگاه‌ها در مورد ماهیت حکم ماده ۵۲۲ و خسارت تأخیر تأدیه، نظرات مختلفی بیان نموده و آراء متناقضی بر اساس این اختلاف ماهیت صادر کرده‌اند؛ در برخی آراء به ماهیت مسئولیت نظر داده و در برخی دیگر، این طبیعت را نفی و تصریح کرده‌اند که حکم مزبور فاقد جنبه مسئولیت است و ناظر بر پرداخت ارزش روز پول است: «... آنچه در ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی با مسامحه، خسارت تأخیر تأدیه نامیده شده، فی الواقع خسارت تأخیر تأدیه نیست، بلکه با توجه به ویژگی وجه رایج به عنوان نماد و معیار قدرت خرید در زمان و مکان واحد و شاخصی که برای محاسبه خسارت معنون به تأخیر تأدیه مقرر شده است [نرخ رسمی تورم]، به تحقیق مطالبه خسارت تأخیر تأدیه مذکور، همان مطالبه اصل پول است که در طول زمان ارزش خود را از دست داده است»^۱.

در این رأی، طبیعت مسئولیت مدنی خسارت تأخیر تأدیه رد شده و آن را پرداخت ارزش روز پول معرفی می‌نماید.

نظر دیگری راجع به رابطه ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی و مواد ۲۲۸ و ۲۳۰ قانون مدنی از سوی مراجع قضایی ارائه شده که در آن با نفی ماهیت حکم ماده ۵۲۲، آن را نافی مواد ۲۲۸ و ۲۳۰ قانون مدنی معرفی کرده و شرط ضمان پول را نامشروع دانسته است:

«... بنابراین مقررات ماده ۵۲۲ در دعوی که موضوع آن دین و از نوع وجه رایج می‌باشد، حاکم بر مواد ۲۲۸ و ۲۳۰ قانون مدنی است و دریافت مازاد بر آن، بر اساس ماده ۵۹۵ قانون مجازات اسلامی، ربا محسوب می‌گردد. لذا تعیین شرط در جهت پرداخت وجه التزام، برای تعهدات پولی بوده و شرطی است نامشروع و باطل (بند ۳ ماده ۲۳۲ ق.م. و دعوی مرتبط با آن، قابلیت استماع در محاکم ندارد»^۲.

مشخص نیست که دادگاه محترم بر چه اساس، توافق در مورد تأخیر در انجام

۱. دادنامه ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۴۴۰۱۳۹۳ مورخ ۱۳۹۳/۱۱/۲۷ شعبه ۳۶ دادگاه عمومی تهران.
 ۲. دادنامه ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۲۸۰۱۲۹۳ مورخ ۱۳۹۳/۰۹/۲۵ شعبه ۲۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

تعهدات پولی قرارداد را نامشروع و باطل اعلام کرده و مبلغ مازاد بر نرخ تورم را ربوی (موضوع ماده ۵۹۵ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲) تلقی کرده است؟ در حالی که ماده ۵۲۲، توافق مزبور را مشروع و برای دادگاه لازم‌الاجرا اعلام نموده است.

شایان ذکر است که تفاوت‌های جدی بین ربا و توافق راجع به خسارت تأخیر تأدیه وجود دارد. در واقع، قصد مشترک طرفین قرارداد ربوی، پرداخت مال از یک طرف و عودت آن مال با اضافه معین به طرف دیگر است. به تعبیر قرآن مجید، منظور از ربا فرونی یافتن مال یکی در مال دیگری است: ﴿وَمَا آتَيْتُمْ مِنْ رَبًّا لِيَرْبُوًا فِي أَمْوَالِ النَّاسِ...﴾ (روم/۳۹). در حالی که منظور و قصد مشترک طرفین توافق راجع به خسارت تأخیر تأدیه، تضمین انجام تعهد پرداخت مال در موعد مقرر و تعیین پیشاپیش خساراتی است که از عدم انجام تعهد به موقع قرارداد می‌تواند متوجه طرف دیگر شود؛ هرچند که در بسیاری موارد، این توافق و شرط می‌تواند جنبه شرط کیفری به خود گیرد. بدین نحو استناد به ماده ۵۹۵ قانون مجازات اسلامی که به صراحت به طبیعت قرارداد ربوی اشاره کرده است، در مورد توافق راجع به خسارت تأخیر تأدیه، بی‌مورد و اشتباه است.

نتیجه‌گیری

بانکداری بدون ربا برای مشروعیت بخشیدن به دریافت سود، از عقود مختلف استفاده می‌کند. استفاده از عقود مشخص شده در قانون عملیات بانکداری بدون ربا، موجب بروز مشکلاتی از قبیل سوق دادن بانکداری به بنگاهداری، پیچیده کردن عملیات بانکی، پرهزینه شدن و صوری بودن آن شده است. تجربه چند دهه بانکداری اسلامی نشان داده که اجرای نظریه مشارکت واقعی در سود و زیان امکان‌پذیر نیست.

پیشنهاد مشخص برای رفع این مشکلات، استفاده از یک قرارداد و درج شرط ضمان در متن قراردادهای بانک است. چنین شرطی منافاتی با شرع نیز ندارد؛ زیرا شرط جبران کاهش ارزش پول، مستلزم دریافت مبلغ اضافی توسط مشروط‌له نیست و تخصصاً از ادله حرمت ربا خارج است. این شرط موجب ادای کامل دین می‌شود یا عین همان پولی را می‌پردازد که به عهده مدیون بوده و چیز اضافه‌ای نپرداخته است. در ضمن قرارداد نیز می‌توان شرط جبران و ضمان عدم‌النفع مسلم را درج کرد؛ با توجه به

اینکه مفهوم ضرر را عرف تعیین می‌کند و عرف عدم‌المنفع مسلّم را مال می‌داند و از بین بردن آن مصداق ضرر است.

در مورد پول نیز در موردی که همه عناصر و عوامل ایجاد سود مسلّم وجود دارد و این نوع منفعت، منفعت تقدیری و بالقوه نیست، عرف برای آن وجود قائل است. مانع ایجاد این منفعت، موجب ضرر شده و بر مبنای قاعده لا ضرر ضامن است و ضرر ایجاد شده باید تدارک شود. چیزی که مقتضی قریب به وجود آمدن آن وجود داشته باشد، عرف آن را موجود تلقی می‌کند. منفعت قوه و استعدادی است که در اشیا وجود دارد و با عقود به دیگران منتقل می‌شود؛ مثلاً مانعیت فروش اجناس توسط فروشنده، یکی از مصادیق عدم‌المنفع است. در اینجا ممانعت از فروش، باعث عدم تحقق نفع و سود مسلّم فروشنده شده است؛ یعنی محرومیت از سود انتظاری. اگر نفعی در آینده از نظر عرفی محقق‌الوقوع باشد، قابل مطالبه است؛ زیرا اگر قرض‌دهنده طلب خود را به موقع دریافت می‌کرد، می‌توانست آن را در تجارت و مانند آن به کار گیرد و از این طریق کسب سود کند. تعادل قراردادی ایجاب می‌کند که قرض‌دهنده متضرر نشود. عدالت و انصاف و اجرای با حسن نیت قرارداد اقتضا می‌کند که ارزش کاهش یافته را جبران کند؛ زیرا به دلیل کاهش ارزش، پول ماهیت و جوهر خود را از دست داده است.

پول مال است و می‌تواند منافعی را برای دارنده آن به ارمغان بیاورد. منفعت اصلی پول، توان خرید کالا و خدمات است که در صورت خرید کالا و خدمات از منافع آن بهره‌مند می‌شود. زمانی که مدیون در پرداخت دین تأخیر می‌کند، در واقع بستانکار را از کسب منفعت مسلّمی محروم کرده است.

همچنین با تأخیر در پرداخت، قرض‌دهنده را از دسترسی به همان مقدار پول محروم کرده و به نفع خود و من غیر حق مورد استفاده قرار داده است و چنین اجحاف و بی‌عدالتی پذیرفته نیست و حقوق باید چاره‌ای برای آن بیندیشد. حتی اگر ارزش پول ثابت باشد، باز هم خسارت تأخیر تأدیه قابل مطالبه است؛ زیرا خسارت تأخیر تأدیه، چیزی متفاوت از کاهش ارزش پول و منافع ازدست‌رفته است. منفعت ازدست‌رفته، سودی است که بستانکار می‌توانست به دست آورد؛ ولی خسارت تأخیر تأدیه، ضرری

است که در دارایی بستانکار وارد شده است. به عبارت دیگر، منفعت ازدست‌رفته پول موجب عدم افزایش دارایی مثبت می‌گردد؛ ولی خسارت تأخیر تأدیه موجب کاهش در دارایی مثبت می‌گردد.

استفاده از یک نمونه قرارداد بانکی با درج شرط ضمان پول شامل جبران کاهش ارزش پول، منافع ازدست‌رفته بر مبنای بهره طبیعی و وجه التزام تأخیر تأدیه، می‌تواند راهگشا باشد. شرط منافع ازدست‌رفته که به آن هزینه-فرصت نیز می‌گویند، همان بهره طبیعی است و برخی از آن به عنوان خسارت نام می‌برند؛ از این جهت که فرد با در اختیار گذاشتن پول به بانک یا شخص دیگر، در واقع فرصت بهره‌برداری مادی از سرمایه خویش را از دست می‌دهد و برای همین فرصت ازدست‌رفته، مستحق جبران خسارت است. از دست رفتن فرصت، مفهومی جز زیان مسلم به سپرده‌گذاران و در نتیجه از دست دادن فرصت بهره‌مندی از سرمایه ندارد و عدم‌النفع در مواردی که امکان حصول آن نفع در صورت نبود مانع مسلم بوده باشد، ضرر محسوب شده و قابل مطالبه شناخته شده است.

کتاب‌شناسی

۱. آصفی، محمد مهدی، «آیا پول از قیمت است یا از مثلیات؟»، مقاله در: *پول در نگاه اقتصاد و فقه*، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و معارف اسلامی، ۱۳۷۵ ش.
۲. امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، تهران، کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۷۵ ش.
۳. باطنی، سید محمد، و گودرز افتخار جهرمی، *بررسی فقهی و حقوقی تأثیر تورم در بازپرداخت دیون*، تهران، اصلانی، ۱۳۷۸ ش.
۴. بیگدلی، سعید، *تعدیل قرارداد*، چاپ دوم، تهران، میزان، ۱۳۸۸ ش.
۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *ترمیبولوژی حقوق*، چاپ ششم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۶ ش.
۶. همو، *حقوق تعهدات*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۶۹ ش.
۷. همو، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۸ ش.
۸. حائری (شاهباغ)، سید علی، *شرح قانون مدنی*، ویرایش جدید، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۶ ش.
۹. حسینی سیستانی، سید علی، *قاعده لا ضرر ولا ضرار (تقریرات)*، ترجمه اکبر نایب‌زاده، تهران، خرسندی، ۱۳۸۹ ش.
۱۰. درویدیان، حسنعلی، *جزوه درس حقوق مدنی ۴*، تهران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۷۵-۷۶ ش.
۱۱. زندی حقیقی، منوچهر، *پول و بانک*، چاپ دوم، تهران، آذر، ۱۳۴۶ ش.
۱۲. سامت، محمد علی، «فوت منفعت یا "عدم‌المنفع" در حقوق ایران و اسلام»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی (دانشگاه تهران)*، شماره ۴۲، زمستان ۱۳۷۷ ش.
۱۳. سبحانی، جعفر، «نظرخواهی از فقها پیرامون مسائل فقهی و حقوقی ناشی از کاهش ارزش پول»، *فصلنامه رهنمون*، شماره ۶، پاییز ۱۳۷۲ ش.
۱۴. شعبانی، احمد، *بانکداری اسلامی (رویکردی اقتصادی و فقهی)*، تهران، دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۹۲ ش.
۱۵. شهیدی، مهدی، *حقوق مدنی - جلد سوم: آثار قراردادها و تعهدات*، چاپ سوم، تهران، مجد، ۱۳۸۶ ش.
۱۶. همو، *سقوط تعهدات*، چاپ سوم، تهران، کانون وکلای دادگستری، ۱۳۷۲ ش.
۱۷. شهیدی پورزنجانی، محمد تقی، *تقریرات درس خارج فقه*، ۱۳۹۸ ش.
۱۸. صافی گلپایگانی، لطف‌الله، «نظرخواهی از فقها پیرامون مسائل فقهی و حقوقی ناشی از کاهش ارزش پول»، *فصلنامه رهنمون*، شماره ۶، پاییز ۱۳۷۲ ش.
۱۹. صالحی مازندرانی، محمد، «احکام فقهی پول (۲)» (گفتگو)، *فصلنامه فقه اهل بیت (ع)*، سال سوم، شماره ۹، بهار ۱۳۷۶ ش.
۲۰. صفاکیش، مهدی، «بررسی تحلیلی عدم‌المنفع و تقویت منفعت در حقوق ایران و فقه امامیه»، *مجله کانون وکلای دادگستری خراسان*، سال اول، شماره ۱، ۱۳۷۴ ش.
۲۱. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم بن عبدالعظیم، *سؤال و جواب (استفتائات و آراء فقهی کبیر سید محمد کاظم یزدی طاب‌ثراه)*، به اهتمام سید مصطفی محقق داماد، تهران، مرکز نشر کتب علوم انسانی، ۱۳۷۶ ش.
۲۲. عمید زنجانی، عباسعلی، *موجبات ضمان (درآمدی بر مسئولیت مدنی و اسباب و آثار آن در فقه اسلامی)*، چاپ دوم، تهران، میزان، ۱۳۸۹ ش.
۲۳. غریبه، علی، «بررسی فقهی - حقوقی قابلیت مطالبه میزان کاهش ارزش پول و خسارت تأخیر تأدیه»، *فصلنامه تخصصی فقه و تاریخ تمدن*، سال چهارم، شماره ۱۶، تابستان ۱۳۸۷ ش.

۲۴. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: معاملات معوض، عقود تملیکی (بیع، معاوضه، اجاره، قرض)، چاپ ششم، تهران، شرکت انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا و انتشارات مدرس، ۱۳۷۴ ش.
۲۵. همو، قواعد عمومی قراردادها، جلد چهارم: اجرای قرارداد، تهران، انتشارات به نشر، ۱۳۶۸.
۲۶. محقق داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه: بخش مدنی (مالکیت و مسئولیت)، چاپ هفدهم، تهران، علوم اسلامی، ۱۳۸۷ ش.
۲۷. محمدی، پژمان، امیر مرادپورشاد، و حجت مبین، «تأثیر قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ بر امکان مطالبه خسارات معنوی و عدم نفع در نظام حقوقی ایران»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال هفتم، شماره ۲۴، پاییز ۱۳۹۷ ش.
۲۸. مصباحی مقدم، غلامرضا، مجموعه سخنرانی‌ها و مقالات پنجمین سمینار بانکداری اسلامی، تهران، مؤسسه بانکداری ایران، ۱۳۷۳ ش.
۲۹. مؤسسه بانکداری ایران، مجموعه سخنرانی‌ها و مقالات سومین سمینار بانکداری اسلامی، تهران، مؤسسه بانکداری ایران، ۱۳۷۲ ش.
۳۰. همو، مجموعه سخنرانی‌ها و مقالات هشتمین سمینار بانکداری اسلامی، تهران، مؤسسه بانکداری ایران، ۱۳۷۶ ش.
۳۱. میرمعزی، سیدحسین، مجموعه سخنرانی‌های ماهانه سال ۷۷، تهران، مؤسسه تحقیقات پولی و بانکی، ۱۳۷۸ ش.
۳۲. هاشمی شاهرودی، سید محمود، «ضمان کاهش ارزش پول»، فصلنامه فقه اهل بیت (علیهم‌السلام)، سال اول، شماره ۲، تابستان ۱۳۷۴ ش.

آموزه‌های فقه مدنی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، دوره پانزدهم، شماره ۲۷، بهار - تابستان ۱۴۰۲
نوع مقاله: علمی - پژوهشی (۳۱۷-۳۳۶)

شرط خلاف مقتضای ذات عقد*

- رضا مقصودی^۱
- سیدمصطفی محقق داماد^۲
- سیدمهدی علامه^۳
- علیرضا مظلوم رهنی^۴
- هرمز اسدی کوه‌باد^۵

چکیده

بند ۱ ماده ۲۳۳ قانون مدنی، یکی از شرایط اختصاصی صحت شرط را

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۸/۲۵ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۲/۳.

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد اصفهان (خوراسگان)، دانشگاه آزاد اسلامی، اصفهان، ایران (maghsoudi99@gmail.com).
۲. استاد گروه حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران (نویسنده مسئول) (mostafa.ahmadabadi@gmail.com).
۳. استادیار گروه حقوق، واحد اصفهان (خوراسگان)، دانشگاه آزاد اسلامی، اصفهان، ایران (sm_allameh@khuisf.ac.ir).
۴. استادیار گروه حقوق، واحد شهر قدس، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران (dr.mazloom14@yahoo.com).
۵. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد رامهرمز، دانشگاه آزاد اسلامی، رامهرمز، ایران (asadi.koohbad@gmail.com).

سازگاری آن با مقتضای عقد می‌داند. اما نسبت به مبنای بطلان شرط خلاف مقتضای عقد و اینکه ضابط در تعیین و تمیز مقتضای ذات از اطلاق چیست، ساکت است. لذا حکم مذکور جامع و روشن نبوده، ناکافی است. این نقص و اجمال، موجب اختلاف نظر بین نویسندگان حقوق مدنی شده است. نگارندگان با استفاده از روش توصیفی - تحلیلی، ابتدا مبانی نظری حکم مذکور شامل برهان عقلی و برهان نقلی را در آثار فقهی احصا و تبیین نموده، سپس از بین تفاسیر موجود در معیار تشخیص اقتضای ذات از اطلاق، نظریه عناصرشناسی عقود را ترجیح داده، برمی‌گزینند. پس هر شرطی که ضد یکی از عناصر عمومی یا اختصاصی عقدی باشد، به جهت تضاد درون آن شرط در رابطه با آن عقد، مانع تحقق عقد و مخالف مقتضای ذات عقد است.

واژگان کلیدی: شرط، مقتضای عقد، اثر عقد، عناصر عقد.

مقدمه

قانون مدنی، فصل چهارم از باب اول کتاب مربوط به معاملات و تعهدات را به بیان شروط ضمن عقد اختصاص داده و در ۱۵ ماده، اقسام و احکام این شروط را ذکر کرده است. آنچه در مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ احصا شده، درباره شرایط اختصاصی صحت شرط است. بند ۱ ماده ۲۳۳ یکی از این شرایط را عدم منافات شرط با مقتضای عقد می‌داند؛ اما در اینکه مقصود از مقتضای عقد، کدام یک از مصادیق آن (ذات یا اطلاق) است و مبنای باطل و مبطل بودن چیست، قانون مدنی ساکت است. همچنین در شناسایی ضابطی برای تشخیص مقتضای ذات از اطلاق، ابزاری به دست نمی‌دهد. از آنجا که نظام حقوق مدنی ایران به ویژه شاکله قانون مدنی و از جمله حکم مذکور، از فقه غنی و پویای امامیه نشئت گرفته، وابسته به منبع و مبنای اصلی است. پژوهنده برای فهم آثار و احکام مسکوت یا مغفول، ناگزیر از مراجعه به آثار فقهی است. لذا شرط نخست، مطالعه و فهم موضوع، توانایی رجوع و بهره‌گیری از این معدن غنی و استخراج احکام و قواعد راهگشا از آن است. وانگهی، اصل ۱۶۷ قانون اساسی نیز دادرس را در هر موردی که حکم دعوی را در متون قانونی نیابد، ناگزیر از مراجعه به این سرمایه ارزشمند ساخته است. در این طرح، مبانی اصلی پژوهش، منبعث و ملهم از چنین میراث کهن و پایداری است.

پیشینه پژوهش

در تبیین موضوع حاضر، مؤلفان و شارحان قانون مدنی، تفاسیر مختلفی ارائه نموده‌اند. برخی مقالات پژوهشی همچون «تحلیل مبنای بطلان شرط خلاف مقتضای عقد» (علی‌آبادی، ۱۳۸۲) تلاش دارد دلایل باطل و مبطل بودن چنین شرطی را بررسی نماید. در این تحقیق همچنین به راه‌های شناخت مقتضای عقد اشاره شده است. اما به نظر می‌رسد این قبیل آثار در دایره‌بسته تعاریف شرح‌الاسمی اسیر شده و در نهایت ضابط روشن و دقیقی به دست نمی‌دهد. ذکر عبارات کلی نظیر: «مقتضای ذات آن‌قدر به ماهیت نزدیک است که با حذف آن، ماهیت عقد نیز از بین می‌رود» یا «مقتضای عقد متأثر از عرف است...»، نه تنها ابهام را برطرف نکرده که در مواردی بر پیچیدگی موضوع افزوده است. علاوه بر مقالات، در آثار حقوقی و تألیفات فقهی نیز در این باره گفتگو شده است. نویسندگان کتاب *نظریه عمومی شروط و التزامات* به بیان آثار برخی شروط ویژه در عقود مختلف مانند شرط ضمان مطلق مستأجر در عقد اجاره و عقد مضاربه، اشتراط مالی معین افزون بر محصول در ضمن عقد مزارعه، شرط اختصاص بخشی از اشجار برای یکی از طرفین در عقد مساقات، اشتراط خيار در عقد ضمان، شرط فرزندانوری و عدم آن در نکاح دائم و شرط انفاق و توارث در ضمن نکاح منقطع از نظر مخالفت با مقتضای این عقود پرداخته است (محقق داماد، ۱۳۹۷: ۳۸۷/۲). درباره برخی از این شروط مانند شرط ضمان در عقود امانی، اختلاف نظر در فقه جدی است. در حالی که نظر مشهور در فقه آن است که شرط ضمان در عقود امانی مانند ضمان مستأجر نسبت به عین مستأجره یا ضمان مضارب راجع به سرمایه، فاسد و مفسد است، علامه فانی خاصیت شرط ضمان را این می‌داند که مانعی را که ید امانی بر راه ضمان ایجاد کرده بود، برمی‌دارد. پس سیر طبیعی امور شامل سه مقدمه است: نخست، استیلا ید بر مال دیگری به طبع اولی سبب ضمان است. دوم، امانت (مالکانه یا شرعی) مانع چنین اقتضایی است یا به بیان دیگر، مقتضای رفع ضمان است. سوم، اشتراط رافع مانع مذکور است: «وإذا ارتفع المانع، يؤثر المقتضى أثره» (علامه فانی اصفهانی، ۱۴۰۳: ۹۰).

جنبه نوآوری

سکوت و ابهام قانون مدنی، ناکافی بودن تحقیقات انجام شده و اضطراب عبارات نویسندگان از یکسو و اهمیت و تأثیر کاربردی موضوع از سوی دیگر ایجاب می‌کند که موضوع نزاع در دو حوزه تحریر و تبیین گردد؛ نخست، مبنای فاسد و مفسد بودن شرط خلاف مقتضای عقد، و دوم ارائه معیاری روشن و دقیق که در هر عقدی بتوان مقتضای ذات را از اطلاق بازشناخت. در تحقیق حاضر، چرایی افساد عقد در نتیجه شرط خلاف مقتضای ذات با دو برهان عقلی و نقلی، تحلیل و ایرادات هر یک شمارش شده است. از این مهم‌تر در مرحله اثبات یعنی شناسایی و تشخیص و تفکیک مصادیق شرط مخالف مقتضای ذات عقد به روشی ابداعی، نظرات فقیهان و حقوق دانان در سه ضابط کلی دسته‌بندی و تنظیم و سپس ملاک عناصرشناسی به عنوان معیار برتر برگزیده شده است. با در اختیار داشتن معیاری منضبط، یعنی احصاء عناصر عمومی و اختصاصی سازنده ماهیت هر عقد می‌توان مقتضای ذات را به روشنی از اقتضای اطلاق تشخیص داد و آثار شرط باطل مبطل و یا باطل غیر مبطل را بسته به مورد جاری ساخت.

۱. تعریف

مقتضای عقد یا راجع به مطلق عقد (ذات عقد) است یا منظور، عقد مطلق است. مقصود از مقتضای مطلق عقد، آن دسته عناصری است که در تحقق ماهیت عقد تأثیر داشته و انتفاء آن موجب زوال عقد است؛ چه آن عنصر از ارکان داخلی عقد باشد، مثل خروج مال از ملک ناقل و دخول در ملک منقول‌الیه که مقتضای ذات عقود تملیکی (بیع، اجاره، صلح...) است، یا از لوازم و آثار خارجی ماهیت عقد محسوب شود، چون سلطه بر مورد معامله در عقود تملیکی. مراد از عقد مطلق، اثری است که اطلاق عقد، گواه و گویای آن است؛ پس عقدی که مقید به وصف، وقت، مکان یا مانند آن نیست و نیز مشروط به شرطی نباشد، عقد مطلق است؛ خواه آن اثر، عرفی باشد، مثل اقتضای تسلیم و تسلّم عوضین و نقد بودن ثمن، خواه از حقوق مجعول شرعی شمرده شود، مانند خیار حیوان، خیار مجلس و خیار تأخیر ثمن در بیع.

۲. مبانی باطل و مبطل بودن شرط خلاف مقتضای ذات عقد

۱-۲. برهان عقلی (تنافی با مضمون عقد)

شیخ انصاری علاوه بر اجماع، یک برهان عقلی بر اثبات بطلان شرط منافی عقد ذکر کرده است؛ به این بیان که قصد عقد با شرط منافی آن، سبب از بین رفتن قدرت بر وفای به شرط است و چون قدرت بر انجام موضوع، شرط صحت است، شرط منافی عقد باطل است. بنابراین بطلان از ناحیه منافات حاصل از عدم قدرت بر جمع بین شرط و عقد است. مشروط با عقد منافات دارد؛ لازمه تحقق شرط، فساد عقد و لازمه انجام عقد، نفی شرط است (انصاری، ۱۴۳۴: ۴۴).

ملاحظه

ایرادی که به این استدلال وارد دانسته‌اند، آن است که شیخ انصاری شرط خلاف مقتضای عقد را موجب تناقض می‌داند. در این بیان، دلیل اخص از مدعاست؛ یعنی چنین نیست که شرط مخالف مقتضای عقد همیشه موجب تناقض شود. علت آن است که اگر مقتضای را به معنای مقوم یا رکن بدانیم، شرط مخالف با مقتضای، مانع تحقق عقد است؛ یعنی اصلاً عقدی تشکیل نمی‌شود تا سخن از تضاد و آثار مخالفت جایگاهی پیدا کند. ساحت شرط نمی‌تواند با مقتضای ذات عقد مخالفت کند؛ چرا که حیثیت موجب بطلان، باید وجهی غیر از تنافی با ذات عقد باشد (موسوی خمینی، ۱۳۶۸: ۱۸۶). بحث در شرط مخالف با مقتضای عقد است و لاجرم باید ابتدا عقدی باشد که طرح مخالفت شرط با آن موجه بنماید. بنابراین اگر شرط با تحقق ذات عقد منافات داشت، مثل اینکه در بیع شرط شود که معامله، بدون ثمن باشد یا مشتری مالک مبیع نشود یا در عقد نکاح بر زوج شرط شود که حق هیچ‌گونه استماعی نداشته باشد، چنین شرطی در واقع موجب اخلال در ارکان و ماهیت عقد است که سبب عدم تحقق اراده انشایی از اساس می‌گردد. شرط عدم ثمن یا عدم تسلط مشتری بر مبیع در عقد بیع، نافی عقد و به منزله عدم حیات بیع است. بنابراین باطل بودن شرط از باب مخالفت با مقتضای عقد نیست؛ بلکه اساساً نطفه عقد بسته نمی‌شود تا مفهوم مخالفت صدق کند. پس

کلام جایی است که مورد شرط، منافی مقتضای اطلاق عقد (یا مطلقاً عقد یعنی جزء طبیعت یا لازمه ماهیت عقد) باشد نه منافی آنچه عقد مطلق (آثار و تعهدات تبعی و فرعی) اقتضا می‌کند. عقد مطلق، در مقابل عقد مشروط است. اگر مخالفت را به معنای تنافی با عقد مطلق بدانیم، هیچ شرطی خلاف مقتضای عقد نیست؛ مثلاً عقد بیع وقتی مطلق باشد، اقتضای نقد بودن ثمن را دارد و شرط مخالف آن صحیح است؛ زیرا چنین اثری با فرض مطلق بودن عقد، بر بیع حاکم است. پس تناقضی که مراد شیخ انصاری است، در فرض اول (مخالفت شرط با ذات و ذاتی عقد) قابل تحقق نیست و در وجه دوم یعنی ضدیت شرط با اثر فرعی عقد نیز شرط مخالف، نافذ است.

جعفری لنگرودی بر این نظر است که شرط مخالف مقتضای ذات عقد سبب می‌شود که درون آن شرط در رابطه با آن عقد، تضادی حاصل شود که مانع تحقق عقد است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰: ۲۷۳).

بنابراین اگر بایع مال خود را بفروشد و شرط کند که میباید را به مشتری تحویل ندهد یا مشتری شرط کند که ثمن را به بایع تحویل ندهد یا هر دو یا یکی از آنها با اعتراف به تحقق ملکیت، شرط کند که طرف مقابل از آنچه به او منتقل شده، بهره نبرد، شرط خلاف مقتضای ذات عقد و باطل و مبطل است؛ زیرا تحقق بیع در عرف، فقط در صورتی است که عوضین تحویل داده شوند و تحقق ملکیت بدون انتفاع از آن کار، غیر عقلایی شمرده می‌شود و سفهی بودن بیع، از نظر عقلاً موجب بطلان بیع است، اگر نگوییم که به واسطه سفهی بودن، عرفاً نیز از مصداق بیع خارج می‌شود. پس معیار این است که عقد به سبب شرط، از حقیقت عرفی یا شرعی خود خارج نشود (میرزای قمی، ۱۳۹۶: ۳۵).

حاصل آنکه شرط خلاف مقتضای عقد به استحاله عقلی برمی‌گردد. چگونه ممکن است مشروطه بدون اینکه ساهی، ناسی، غافل و جاهل به حکم و موضوع باشد، شرطی بگذارد که به امر محال و هزل منجر شود؟ کسی که می‌داند بیع مفید تملیک است، چگونه می‌تواند با انشای تملیک، شرط عدم تملیک کند؟ چنین شرطی دارای امتناع عقلی است که اصطلاحاً می‌گویند جدّ او متمسّی نمی‌شود؛ یعنی تلاشش سامان نمی‌یابد و به ثمر نمی‌رسد.

۲-۲. برهان نقلی (شرط نامشروع)

۱-۲-۲. مخالفت با کتاب و سنت

دلیل دیگری که شیخ انصاری بر بطلان شرط مخالف مقتضای عقد آورده است، نقلی است. شرط مخالف مقتضای عقد، به شرط مخالف با کتاب برگشت دارد؛ چرا که امر مشروط، ملازم با ذات عقد است و قابل انفکاک از آن نیست. شرط منافی باعث تخلف لازم از ملزوم و انفکاک عقد از لازمه ذات خود می‌شود. لازمه لاینفک زوجیت، جواز تمتع است و شرط عدم، مخالفت با کتاب دارد. کتاب و سنت، فعل مشروط را لازمه ذات عقد قرار داده و شرط باعث جدایی لازم از عقد می‌شود و لذا باطل است (انصاری، ۱۴۳۴: ۴۴).

برخی فقها، لزوم وفای به شرط را شامل هر موردی دانسته‌اند که در کتاب و سنت تصریح بر خلاف آن نشده باشد. پس در موضوعی که کتاب و سنت رخصت داده یا سکوت کرده یا اشتراط فعل و ترک فعل در آن، موافق احکام شریعت باشد (که در این صورت مثل نذر بر امر واجب یا ترک حرام است)، شرط صحیح و ملزم است (امامی خوانساری، بی‌تا: ۴۶۰).

اما گاهی ممکن است در شناخت مسئله شک حاصل شود و ندانیم که موضوع در کدام طبقه قرار می‌گیرد که از موارد تعارض یا تراحم دو حکم است. شیخ انصاری با رجوع به عموم «المؤمنون عند شروطهم»، اصل را بر عدم مخالفت شرط با کتاب و سنت می‌گذارد (انصاری، ۱۴۳۴: ۳۱)؛ مثلاً اگر شک شود که حرمت شطرنج قابل تغییر با شرط است یا خیر، در واقع نمی‌دانیم که آیا بازی شطرنج مطلقاً حرام است یا تا زمانی که عنوان قمار را دارد به وصف حرمت متصف است، که با جریان اصل عدم، حکم قابل تغییر است و شرط خلاف، مخالف کتاب و سنت تلقی نمی‌شود.

ملاحظه

استناد به دلیل نقلی به جهات زیر مخدوش است:

اولاً: از نظر برخی فقیهان، شرطی که علت بطلان آن مستقل نبوده و مستند به سایر اسباب باشد، مبنای تازه‌ای نیست. سبب بطلان شرط، باید نفس تنافی با مقتضای عقد

باشد. پس اگر دلیل بطلان، مثلاً بازگشت به مخالفت شرط با کتاب و سنت باشد، از مدار بحث خارج است (موسوی خمینی، ۱۳۶۸: ۱۸۸).

ثانیاً: اگر مقتضای را به تبعات و لوازم ذاتی عقد تعبیر کنیم، سلب لازمه عقد به صورت جزئی مانند اینکه مشتری حق تصرف خاصی را در مبیع نداشته باشد، خلاف کتاب و سنت نیست و صحیح است. پس در این برهان نیز دلیل اخص از مدعاست؛ یعنی شرط مخالف مقتضای عقد همیشه خلاف کتاب و سنت نیست.

صاحب جواهر از زاویه‌ای دیگر، ضابطه را به چهره شرط وابسته می‌سازد و برای تشخیص شرط مخالف کتاب، ملاک متفاوتی عرضه می‌دارد:

«وعن جماعة أنّ ضابطَ المنافی كُلُّ ما يقتضی عدمَ ترتّب الأثرِ الذی جعلَ الشارعُ العقدَ من حیث هو هو یقتضیه ورتبه» (نجفی، ۱۴۳۷: ۲۰۹).

در واقع، شرط خلاف کتاب را به شرط مخالف مقتضای مطلق عقد برمی‌گرداند. اثر عقد بیع، مالکیت مشتری بر مبیع و ملکیت بایع بر ثمن است. اگر شرطی این اثر را نفی کند، خلاف کتاب و سنت است. پس شرط مخالف اثری که شارع برای یک عمل حقوقی وضع یا امضا کرده، موجب تخلف از کتاب و سنت است.

همچنین در عقود نامعین، چنانچه از عقود معهود در عرف بوده، یعنی عرف خاص یا عامی در آن مورد شکل گرفته باشد، برای تعیین مقتضای باید به آن عرف رجوع کرد و در مورد عقود بی‌سابقه و جدید نیز که نه در قانون تصریح شده و نه عرف خاصی وجود دارد، اگر دو طرف به صراحت یا به طور ضمنی مقتضای ذات را تعیین کرده باشند، همان ملاک است، والا تابع مفاد عقد و نظر عرف است. در این موارد نیز از آنجا که اساس عقود و تعهدات بر فهم عرفی مردمان استوار است و احکام شارع در معاملات امضایی و تابع نظر عرف است، می‌توان گفت که شرط خلاف مقتضای مطلق عقد، نامشروع است.

ایراد این مبنا آن است که اگر مراد از اثر عقد، اثر عقد مطلق، یعنی اثری باشد که بدون ملاحظه شروط و طواری و حالات دیگر بر یک عمل حقوقی عارض می‌شود، لازمه‌اش این است که همه شروط ضمن عقد، مخالف کتاب و سنت و باطل باشند؛ مثلاً عقد بیع، بدون شرط ضمن عقد، موجب خیار است. بنابراین شرط عدم خیار به معنای

مخالفت با اقتضای عقد و باطل است. از طرفی، حدیث «المؤمنون عند شروطهم»، آنگاه دارای معنا و اثر است که بتوان با شرط احکامی را تغییر داد. اگر مبنا به گونه‌ای باشد که با شرط نتوان حکمی را دگرگون ساخت، حدیث لغو و بی‌معنا می‌شود.

۲-۲-۲. تحریم حلال و تحلیل حرام

آنچه کانون مطالعه در این بخش را تشکیل می‌دهد، تحلیل روایت «المؤمنون عند شروطهم إلا شرطاً حراماً حلالاً أو أحلاً حراماً» است. در واقع محور بحث، در معنای شرط محلل حرام یا محرم حلال است و اینکه آیا اساساً تحلیل و تحریم به دست شارط است یا شارع؟ یعنی آیا شارط می‌تواند با شرط، حلالی را حرام یا حرامی را حلال کند؟ شیخ انصاری شرط خلاف حکم خدا را شرط غیر مقدور می‌داند و چون شرط غیر مقدور، عقلایی نیست، باطل است؛ چرا که حلال و حرام در اختیار اشخاص نیست که بتوانند تسبیحاً حکم الهی را تغییر دهند. از این رو چنین مبنایی به اشتراط امر غیر مقدور بازگشت دارد (انصاری، ۱۴۳۴: ۲۶).

اگر گفته شود که حکم شارط می‌تواند حلال را حرام یا حرام را حلال نماید، زمام تغییر حکم و قانون‌گذاری را به شارط سپرده‌ایم. عقلاً در مناسبات اجتماعی و روابط معاملی خود از شرط چنین مفهومی که مشروط‌علیه حرامی مثل قمار، خیانت و دزدی را حلال کند، استفاده نمی‌کنند؛ چون هم غیر مقدور است و هم غیر مفید. به علاوه ضابط در شرط سائع آن است که قبل از اشتراط، فعل یا ترک آن برای مشروط‌علیه جایز باشد تا الزام و التزام به مفاد شرط معنا یابد. محال بودن تغییر حکم شرعی از راه اشتراط به دلیل مخالفت با کتاب و سنت نیست؛ بلکه به این جهت است که بندگان قادر به تغییر نفس حکم (وضعی یا تکلیفی) نیستند و شرط امر نامقدور باطل است. این تفسیر عبارتی است که می‌گوید: «تحلیل و تحریم به ید شارع است نه شارط».

بنا بر نظر امامی خوانساری، در مباحث نیز مفاد شرط نمی‌تواند بر تحریم حلال یا تحلیل حرام تعلق گیرد، مثل اینکه بگوید نمک را بر تو حرام کردم؛ زیرا شرط باید مقدور باشد و شرط مذکور از این جهت که بندگان قادر بر تغییر نفس حکم شرعی نیستند، غیر مقدور و باطل است. اما درج آنچه مقتضای شرط یعنی التزام به فعل یا

ترک فعل است، مغایر حکم شرع نیست؛ زیرا شارع، زمام احکام وضعی در حقوق و اموال را در توان و اقتدار شرط قرار داده است. پس او می‌تواند حق استفاده از این امور را (مانند اسقاط خیار) ممنوع یا محدود سازد (امامی خوانساری، بی‌تا: ۴۶۰).

در حقوق موضوعه، این عنوان ذیل موضوع «التزام به ترک مباح یا شرط اسقاط حق» بررسی و تحلیل می‌شود. واژه «حق» در این کاربرد به معنای امتیازی است که شرع یا قانون برای اشخاص به رسمیت شناخته است و با معنای دیگر این اصطلاح یعنی توانستن یا مجاز بودن تفاوت دارد.

مبنای میرزای قمی این است که بین سلب حق کلی که قاعده‌ساز است و سلب حکم جزئی، تفاوت وجود دارد. از نظر ایشان، شرطی که موجب سلب یک امر مباح به صورت جزئی شود، صحیح، اما سلب حق به شکل کلی، مصداق تحریم حلال است. لذا ایشان مراد از عبارت «حلال کردن حرام و حرام کردن حلال» را که مورد نهی واقع شده، تأسیس قاعده‌ای کلی و ابداع حکمی جدید می‌داند. پس در شرع، بنا گذاشتن بر شروط اجازه داده شده است، مگر شرطی که موجب ابداع حکم کلی جدید باشد؛ مثل تحریم ازدواج یا شرط منع بهره‌وری جنسی از کنیز. از جمله مثال‌های شرطی که التزام به آن و استمرار بر آن از محرمات است، انجام دادن کارهای مرجوح و ترک کارهای مباح و انجام دادن مستحبات است؛ مثل اینکه شرط شود که برای همیشه ناخن‌ها را با دندان بگیرد یا لباس خز نپوشد یا نوافل را ترک نکند؛ زیرا واجب کردن مکروه و مستحب و حرام کردن مباح، بدون رخصت شارع که با یکی از اسباب شرعی مثل نذر و قسم و عهد حاصل می‌شود، از محرمات است. وی سپس برای همین مطلب از گفتار حضرت علی علیه السلام استفاده می‌کند که فرمود:

«من شرط لامرأته شرطاً فلیف لها به فإن المسلمین عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً
أو أحل حراماً» (میرزای قمی، ۱۳۹۶: ۳۸).

محقق داماد در تفسیری بدیع از ماده ۹۵۹ ق.م.، سلب حق تمتع و حق استیفا را از احکام و رخصت‌های قانونی دانسته که بر خلاف حق مدنی، قابل اسقاط و انتقال نیست. گاهی شارع مصلحت را در آزادی و برخورداری انسان از حق دانسته است. در این صورت، اباحه مانند واجب و حرام، حکم است. پس اباحه اقتصادی از کاربرد حق

در معنای توانستن و مجاز بودن فاصله می‌گیرد و به مقصود دیگر از حق، یعنی معنای امتیاز نزدیک می‌شود.^۱ حق تمتع، حکم شرعی و حق استیفا، جواز شرعی است. این دو با حق مدنی قابل اسقاط متفاوت‌اند و لذا توافق بر سلب آن معتبر نبوده و از قبیل «شرط محرّم حلال» شمرده می‌شود. پس اگر منظور از شرط تحدیدی این باشد که مثلاً کسی حق خرید و فروش یا اجاره کردن را ساقط و از خود سلب کند، باطل است؛ اما اگر قصد مشترک مفید این معنا باشد که مشروط‌علیه تعهد نموده از جواز شرعی خود در مورد تمتع از حق عینی یا جواز شرعی نسبت به مالک شدن استفاده نکند، به معنای سلب حق مدنی نیست و نافذ است (محقق داماد، ۱۳۹۸: ۲۷۱/۱).

۳. ضابط در تشخیص مقتضای ذات از اطلاق

مقصود آن است که معیار شناسایی مقتضای ذات عقد از اطلاق آن چیست و چه ابزار یا قوه‌ای برای تعیین دقیق مرز باریک بین این دو مفهوم وجود دارد. تعاریف و دلایل مذکور، مربوط به مقام ثبوت است؛ اما مسئله مهم در این طرح، مرحله اثبات و شناسایی، تشخیص و تفکیک مصادیق شرط مخالف مقتضای ذات عقد در عمل است. شیخ انصاری نیز بر مشکل بودن تشخیص این موارد اذعان نموده و ۱۰ مورد را به عنوان موارد شبهه مثال می‌زند (انصاری، ۱۴۳۴: ۴۵-۴۷). برخی نویسندگان نیز به بیان نفوذ و اعتبار شروطی چون شرط خیار، شرط فرزندآوری و یا عدم آن، شرط عدم رابطه زناشویی در عقد نکاح و شرط انفاق و توارث در خصوص عقد منقطع از حیث مخالفت با مقتضای عقد، به طور جداگانه پرداخته‌اند (محقق داماد، ۱۳۹۷: ۳۹۲/۲). تشخیص مقتضای ذات از اطلاق عقد، آن‌چنان خطیر و از مرتبه‌ای برخوردار است که کاشف‌الغطاء فایده فقاهت، قوه استنباط، دقت نظر و لطف قریحه فقیه را در فهم

۱. برخی نویسندگان در تحلیل واژه «حق»، آن را واجد دو معنا دانسته‌اند: نخست، معنای توانستن یا مجاز بودن از نظر شرع یا قانون. «در این معنا، واژه «حق» همراه با فعل «داشتن» به کار می‌رود و بعد از آن دو، یک فعل می‌آید؛ مانند: «مرد حق دارد همسر خود را طلاق دهد» و دوم، معنای امتیاز؛ مانند: حق مالکیت یا حق تحجیر» (محقق داماد، ۱۳۹۸: ۴۰/۱). مطابق نظر یادشده در تعریف حق، اولین عنصر اصلی سازنده حق، اختصاص و امتیاز آن برای صاحب حق است. لذا در اصطلاح فقهی، به مباحثاتی از نوع رخصت، توانستن و مجاز بودن، «اباحه لاقتضایی» گفته می‌شود.

این تفاوت و تمییز آن می‌داند (کاشف‌الغطاء، ۱۳۹۰: ۲۳۵).

لذا ضرورت ابداع ضابط و تأسیس معیاری دقیق که در هر مورد به فراخور موضوع بتوان خلاف مقتضای ذات را بازشناخت و از اقتضای اطلاق تمییز داد، همواره مورد توجه و سبب دغدغه بوده است. شیخ هادی تهرانی عبارات بزرگان را در شناسایی ضابط در غایت اضطراب و سرگشتگی می‌بیند (طهرانی نجفی، ۱۳۹۰: ۱۹۶). با وجود این، شاید بتوان با استقرا در آثار و کلمات فقها و حقوق‌دانان، سه معیار را شناسایی و ارائه کرد.

۳-۱. شناسایی ارکان، اجزا و اسباب عقد

۳-۱-۱. معیار تعیین از نگاه فقیهان

فقها در شناخت سبب و رکن هر عقد و ارائه روشی مضبوط برای تشخیص مقتضای ذات از اطلاق، روش‌های مختلفی برگزیده‌اند.

برخی مخالفت شرط را به مخالفت با مقتضای عقد، مخالفت در هویت عقد و مخالفت در اثر جدانشدنی عقد تقسیم کرده‌اند. اگر شخصی ملکی را بفروشد، به این شرط که خریدار آن را وقف کند، فقها گفته‌اند که چنین شرطی صحیح است؛ اما اگر شرط این باشد که مشتری حق فروش ملک را نداشته باشد، به دلیل مخالفت با مقتضای عقد باطل است. فرق میان دو مثال آن است که اولی، تثبیت مالکیت است و دومی، نفی مالکیت (مبیزای قمی، ۱۳۹۶: ۳۵).

دسته‌ای دیگر مسئله را موشکافانه‌تر بررسی کرده و حالات مختلفی برای مخالفت شرط با مطلق عقد به تصویر کشیده‌اند:

الف) منافی صورت عقد؛ مثل اشتراط اینکه الفاظ عقد بیع مفید اجاره، و نکاح دائم مفید موقت، و مضاربه موجب شرکت باشد، یا بیع سلم به نقد، و بیع نقد به نسیه واقع شود.

ب) منافی معنا و ماهیت عقد؛ مانند اشتراط تملیک عین به عقد اجاره یا تملیک بعضی رأس‌المال در مضاربه و منافع در ودیعه.

ج) منافی طبیعت یا یکی از ارکان سازنده عقد؛ مثل اشتراط اینکه عقد بیع بدون عوض یا اجاره بدون اجرت باشد که با طبیعت بیع (مبادله اعیان به اموال) و اجاره

(مبادله منافع به اموال) ناسازگار است.

د) منافی مدلول التزامی عقد؛ نظیر اشتراط بقای سلطه فروشنده بر مبیع بعد از بیع یا تسلط موجر بر منفعت بعد از اجاره یا سلطنت راهن بر مرهونه بعد از رهن.

ه) منافی آثار طبیعی عقد؛ سلب کلی حق تمتع یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی (ماده ۹۵۹ ق.م.ا) می‌تواند مصداق این بند باشد. پس اشتراط سلب مطلق تصرفات در مبیع توسط مشتری یا عدم استمتاع در همه وجوه (حتی به نظر) در نکاح، باطل مبطل است (فَبَطُلُ وَ يُبْطَلُ). این قسم آثار به مثابه مقومات عقد است و شروط منافی آن، عقد را بدون منشأ می‌سازد.

و) منافی اثر ظاهری عقد؛ اگر حقیقت بیع را «مبادله مال به مال» بدانیم، شرط عدم ملکیت مشتری بر مبیع با اثر ظاهری عقد منافات دارد. اما اگر به تبع قانون مدنی، بیع را «تملیک عین به عوض معلوم» تعریف کنیم، چنین شرطی با ماهیت عقد در تضاد است (امامی خوانساری، بی تا: ۴۷۷).

نگاه اجتهادی و تأسیسی برای تعیین این ضابطه در برخی آثار دیگر دیده می‌شود. کاشف الغطاء در یک تقسیم بدیع، شروط ضمن عقد را از حیث مضمون به مؤکدات، مقتضیات، مؤسسات و منافیات دسته‌بندی می‌کند. مؤکدات زمانی است که یکی از مقتضیات عقد یا لوازم آن را شرط کنند؛ مانند شرط انتقال مال از دارایی فروشنده به کیسه خریدار و انتقال ثمن از مالکیت خریدار به فروشنده یا شرط مالکیت نمائات و منافع و شرط خیار مجلس، تأخیر ثمن یا حیوان در عقد بیع که به این قبیل شروط، لوازم مقتضی عقد گویند. شروط مؤکد، نفع و ضرر و تأثیری بر صحت و فساد عقد ندارند. شرط مقتضی صحت عقد نظیر شرط قدرت و منفعت. شرط تأسیسی نیز شرطی است که متعاقدين در راستای منافع خود در عقد درج می‌کنند؛ مانند شرط رهن و ضمان و اجل و خیار و شهادت. اما گاهی شرط با قسم اول یعنی مؤکدات در تضاد است که آن را منافیات نام می‌نهد (کاشف الغطاء، بی تا: ۱۱۹).

گروهی دیگر برای تشخیص مقتضای ذات از اطلاق، معیار اثرشناسی عقود را ترجیح داده‌اند. لذا مقتضای عقد چیزی است که شرعاً به سبب ذات عقد، بدون مدخلیت و تأثیر چیز دیگر حاصل می‌شود. بنابراین عقد نباید از مقتضای خود عاری

باشد؛ مثلاً مقتضای عموم آیه «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» این است که آثار بیع بر هر آنچه در عرف، بیع نامیده می‌شود، در صورتی که جامع شرایط صحت باشد، بار شود. از جمله مثال‌های مخالف این مقتضا آن است که بائع شرط کند مبیع را به مشتری تحویل ندهد یا مشتری شرط کند که ثمن را تحویل بائع ندهد یا هر دو یا یکی از دو طرف شرط کند که طرف مقابل از آنچه به او منتقل شده است، بهره نبرد؛ زیرا تحقق بیع در عرف، فقط در صورتی است که عوضین تحویل داده شوند و تحقق مالکیت بدون انتفاع از آن، کار سفیهانه‌ای است و سفیهانه بودن بیع، شرعاً موجب بطلان بیع است؛ اگر نگوییم که به واسطه سفهی بودن، عرفاً نیز از مصداق بیع خارج می‌شود. پس معیار، این است که عقد به سبب شرط، از حقیقت عرفی یا شرعی خود خارج نشود. اگر بین مقتضای دلیل شرط با دلیل بیع تنافی باشد، بطلان شرط موجه است (میرزای قمی، ۱۳۹۶: ۳۵).

به نظر می‌رسد اقتضای ذات عقد به معنای اثر اصلی و مستقیم یا مقصود بالاصالة عقد است. عاقدین در هر عقد، چند اثر را در ظرف اعتبار انشاء می‌کنند: محور اصلی اثر عقد، شامل تبادل دو مال نظیر عین (بیع)، منفعت (اجاره)، حق (انتفاع - ارتفاق) یا تبادل (پیوند) زوجین در عقد نکاح می‌شود. دومین اثر، تسلیم است که در طول و تابع اثر نخست است. این دو اثر، یعنی تملیک و تعهد تسلیم، در حریم انشاء واقع می‌شود و الفاظ عقد بر آن گواهی می‌دهد. امر سوم که از لوازم عرفی عقد است، شامل ترتب آثار مالکیت از جمله سلطه بر مورد معامله است. امر چهارم، آن است که شارع با امضای لوازم عرفی معامله، برخی احکام و آثار خاص را بر آن بار نموده است؛ نظیر خیار مجلس، خیار حیوان و خیار تأخیر ثمن در عقد بیع. پس هر عقدی غیر از آثار ذاتی خود، دارای آثار و نتایج فرعی هم هست که از عقد قابل تفکیک و در صورت سکوت طرفین بر رابطه آنها حاکم است که از آن به مقتضای اطلاق یاد می‌شود. دو اثر نخست، مربوط به منشآت عاقدین و از عناصر تشکیل دهنده عقد است؛ ولی دو امر بعدی، جزء آثار مترتب بر عقد و از دایره انشاء بیرون است. بیان این مطلب که شرط، وقتی صحیح است که مخالف مقتضای عقد نباشد، به چه معناست؟ آیا شرط نباید مخالف هیچ یک از امور چهارگانه باشد یا مخالفت آثار اصلی و محوری که در حوزه انشاء قرار دارند، منوط اعتبار است؟

دو اثر نخست عقد در حوزه انعقاد و انتقال است. پس شرط مخالف با این آثار، موجب عدم انعقاد قرارداد و باطل است. در آن واحد نمی‌توان دو انشای متضاد اعتبار کرد که یکی دلالت بر تملیک متقابل و دیگری شامل شرط عدم تملیک باشد. این، جمع نقیضین و فی نفسه محال است. سخن از صحت و فساد، فرع بر اصل وجود است؛ امری که تحقق آن مشروط به عدم ایجاد شده است؛ یعنی معدوم محض، و این، طرح مسئله صحت و فساد را منتفی می‌سازد. تسلیم نیز اگرچه اثر طولی و تبعی انتقال است، اما خود از عناصر عمومی عقد است. بنابراین اگر حین عقد معلوم باشد که موضوع قرارداد یا شرط در خارج قابل تحقق نیست یا زمام شرط از اختیار مشروطه خارج است یا شرط سلب مطلق تسلیم گردد، شرط حوزه انعقاد را درگیر می‌کند و لذا باطل و مبطل است. چنین شروطی لغو، سفهی و لقلقه زبان است و جز از غافل، ساهی، نائم یا سکران صادر نمی‌شود؛ اما اگر تحقق این اثر تنها توسط فروشنده ممتنع باشد و خریدار خود قادر بر تسلّم باشد، صحیح است (ماده ۳۴۸ ق.م.ا.).

دو اثر اخیر (سوم و چهارم) از مقومات و ارکان سازنده عقد نیستند و شرط خلاف آن‌ها قابل بررسی است. شرط سلب اثر خاص معامله و حق سلطنت خریدار بر مبیع، مثلاً فروشنده ضمن عقد بیع بر خریدار شرط کند که مبیع را به دیگری اجاره ندهد یا به مدت محدودی حق فروش آن را نداشته باشد، در آثار نویسندگان حقوق تحت عنوان «اسقاط حق» (موضوع ماده ۹۵۹ ق.م.ا.) و در تألیفات فقهی با نام «تحریم حلال» مرکز مطالعه قرار گرفته است. بنابراین با تحلیل محورهای اصلی و فرعی می‌توان از راه اسباب و ارکان تشکیل دهنده جوهر و طبیعت هر عقد، اقتضای ذات آن را از اطلاق تشخیص و تمییز داد.

۲-۱-۳. معیار تعیین در دکترین حقوقی

۱-۲-۱-۳. شناسایی از راه تشخیص قصد مشترک

برخی حقوق دانان ضابط شناسایی مقتضای ذات را لازمه ماهیت عقد دانسته‌اند. کاتوزیان در مرجع‌شناسی معیار مقتضای عقد، از بین عرف، قانون و قصد مشترک، ضابط اخیر را که مبنای میرزای نائینی است، با اصلاحاتی پذیرفته و جنس و فصل

تعریف مقتضای عقد را چنین طرح می‌کند:

«موضوع اصلی است که عقد به خاطر ایجاد آن واقع می‌شود و به خواست طرفین یا احکام مترتب بر آن، لازمه ماهیت عقد است» (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱۸۲).

نشان و اثر این معیار در نظرات دیگر فقیهان جز میرزای نائینی نیز دیده می‌شود. امام خمینی نیز از شناسایی قصد مشترک برای تشخیص شرط خلاف مقتضای عقد بهره برده است. با این استدلال که عناوین اعتباری مثل بیع، وسیله‌ای برای رسیدن عاقدین به اغراض عقلایی است که از معامله داشته‌اند. پس نفس عنوان بیع، مطلوب دو طرف نیست؛ بلکه ابزاری برای نیل به مقصود اصلی یعنی مبیع و ثمن است. لذا با فرض عدم تسلیم و تسلّم، انشاء بیع جز هزل و لقلقهٔ زبان نیست (موسوی خمینی، ۱۳۶۸: ۱۸۶).

کاشف‌الغطاء شرط منافی با عقد را چهار قسم می‌داند: نخست، شرطی که با شکل عقد مخالفت دارد؛ مانند اینکه در عقد بیع اجاره، در عقد نکاح موقت دوام، و در عقد سلم نقد بودن مبیع را شرط کنند. دوم، شرطی است که با ماهیت و ارکان عقد در تنافی است؛ مانند اشتراط تملیک عین در عقد اجاره. سوم اینکه گاهی شرط با لوازم عقد منافات دارد؛ مثل شرط بقای سلطهٔ بایع بر مبیع یا استفادهٔ منفعت توسط موجر یا اشتراط ضرر تنها بر یک شریک در عقد شرکت. چهارم، عبارت از شرطی است که با غرض عاقدین از معامله در تضاد باشد؛ از قبیل شرط عدم فروش مال به طور کلی یا در مدت معین و اشتراط سلب تصرف خاص (کاشف‌الغطاء، بی‌تا: ۱۱۹).

۳-۱-۲-۲. شناسایی از راه آثار

حقوق‌دانان تابع این معیار نیز تصویر یکسان و روشنی از اثر ذات عقد و شرط خلاف مقتضای آن ارائه نداده‌اند و در تعریف و ترسیم حدود و ثغور آن اختلاف دارند:

۱- شهیدی اثر ذاتی عقد را با اثر طبیعی امور مادی مقایسه کرده و نتیجه می‌گیرد همان طور که شوری نمک یا شیرینی شکر، مقتضای این دو ماده است، مقتضای ذات عقد نیز اثری است که عقد بدون وجود آن تشکیل نمی‌شود و به عبارتی، عقد بالذات تولیدکنندهٔ آن اثر است (شهیدی، ۱۳۹۳: ۱۱۳).

۲- محقق داماد مقتضای ذات عقد را نتیجه و اثر مستقیمی می‌داند که طرفین به قصد حصول، آن را منعقد کرده‌اند (محقق داماد، ۱۳۹۸: ۱۳۳/۱).

۳- علامه مقتضای ذات را اثر «من حیث هی» دانسته است؛ به گونه‌ای که به جعل شارع بر اینکه آن امر بر عقد مترتب گردد، نیازی ندارد (علامه، ۱۳۸۷: ۱۵۱).

۲-۳. شناسایی از راه عناصرشناسی عقود

جعفری لنگرودی دریچه‌ای تازه بر فهم شرط مخالف مقتضای عقد گشوده و مسئله را از راه عناصرشناسی عقود حل کرده است؛ نه به روش سنتی که ماهیات حقوقی را به وسیله دستگاه (ارکان، اجزاء، شروط، اسباب) شناسایی می‌کند. ایشان می‌گوید:

«هر شرطی که ضد یکی از عناصر عمومی یا اختصاصی عقدی باشد، آن شرط، مخالف مقتضای عقد است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۲۰۶).

و چون تعریف به گونه‌ای مبهم و منوط به شناسایی عناصر مذکور است، ذیل بحث کلیات عقود و ایقاعات، عناصر عمومی عقود را در ۹ بند احصا نموده است. عناصر اختصاصی نیز در هر عقد منحصر و محتاج احصا و تمیز است؛ مانند زمان در عقد اجاره و مغاینه در عقد بیع و اجاره (همان: ۷۶۲). در اثری دیگر، مقتضای ذات عقد را شامل سه دسته امور می‌داند؛ آنچه از عناصر عمومی یا اختصاصی عقود باشد، عوارض لازم ماهیت عقد (مثل تعهد تسلیم مبیع یا ثمن)، و قانون که چیزی را جزء ذات عقد قرار داده باشد (مانند عقد نکاح که شرع آن را شبه عبادی دانسته است. پس شرط خیار در نکاح، منافی عبادی بودن و فاسد و مفسد است) (همو، ۱۳۹۰: ۲۷۲).

۳-۳. نظر برگزیده

شاید تفصیل و تفکیک جعفری لنگرودی در ضابط قرار دادن عناصر عمومی و اختصاصی عقد بتواند گره فروبسته این امر را بگشاید و راه خلاصی را رهنمون گردد. با عناصرشناسی عقود، راه تشخیص مقتضا با ذات هموار شده و مسئله از انضباط حقوقی برخوردار می‌گردد؛ چرا که نداشتن معیار و ابزار دقیق اندازه‌گیری، موجب اختلاط و التقاط در موارد شبهه است. چنانچه گاهی یک شرط در عقدی صحیح و در

عقدی دیگر باطل است؛ مثلاً اگر در معامله‌ای شرط عدم فروش مبیع بر مشتری شود، شرط باطل، اما همین شرط در عقد وقف صحیح است. اقتضای ذات عقد وقف، عدم حق بیع است، جز در موارد خاص (ماده ۸۸ ق.م.ا). حتی در یک عقد، گاهی یک شرط در فرضی درست و در حالتی دیگر باطل است. بنابراین احصا و تعیین دقیق عناصر عمومی و اختصاصی هر عقد، ملاک لازم را به دست می‌دهد؛ مثلاً در عقد شرکت، مشهور فقها شرطی را که به موجب آن، یک شریک از زیان معاف می‌شود، خلاف مقتضای عقد دانسته‌اند. پس اگر این اصل را که در هر معامله، عوض و معوض جایگزین یکدیگرند و عوض از کیسه هر کس خارج شد، معوض باید به دارایی او اضافه شود، مسلم و از عناصر عمومی عقود انگاریم، شرط معافیت از ضرر، باطل و مبطل شرکت است. معنای چنین شرطی این است که عوضی که از جیب یک شریک رفته و دارای معوض زیانبار است، این ضرر به دارایی منفی آن شریک وارد نشود و به شریک دیگر بخورد. عقد مضاربه نیز همین حکم را دارد. برای اجتناب از چنین پیامدی، در قراردادهای مشارکت مدنی بانک‌ها، در قالب شرط فعل، ضرر نه دفع بلکه رفع می‌شود. لذا مضمون شرط چنین است که اگر به سرمایه مشترک خسارت وارد شد، مشتری در قبال مبلغ ناچیزی که بانک به حسابش واریز می‌کند (۱۰۰۰ ریال)، تعهد می‌کند که معادل زیان وارد شده به سهم شرکت متعلق به بانک را صلحاً و تبرعاً از اموال خود تأمین و پرداخت نماید. پس زیان به سرمایه مشترک وارد، اما به وسیله شرط مذکور برداشته می‌شود. قسمت دوم ماده ۵۵۷ ق.م.ا نیز شرط ضمان بر مضارب را نه به صورت دفع بلکه به نحو رفع و در چهره جبران خسارت پذیرفته است:

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

نتیجه‌گیری

مطابق نظر مشهور فقها، هر شرط فاسدی مبطل نیست. اگر التزام به عقد را مستقل

از التزام به شرط بدانیم و تقیید رضای معاملی به شرط را برداریم، فساد شرط به عقد سرایت نمی‌کند؛ چرا که معامله مشروط، قرارداد مرگبی است که به اجزای خود تحلیل و به دو انشاء تجزیه می‌شود.

با وجود این، گاهی شرط فاسد موجب باطل شدن خود عقد می‌شود و این زمانی اتفاق می‌افتد که مدلول شرط با عقد، تنافی داشته باشد و به یکی از عناصر اصلی قرارداد آسیب بزند و بالمآل مانع تحقق عقد شود. یکی از این موارد، شرط خلاف مقتضای عقد است. مقتضا به مقتضای ذات و مقتضای اطلاق تقسیم می‌شود. باطل و مبطل بودن شرط خلاف مقتضای ذات عقد، مورد اتفاق فقهاست. قانون مدنی نیز به موجب بند ۱ ماده ۲۳۳، در این حکم تابع نظر اجماع است. اما همچنان در اینکه مبنای بطلان و غرض از مقتضای عقد چیست، معیاری تعیین نکرده است. مسئله مهم‌تر، تمییز اقتضای ذات از اطلاق است که بنا بر اذعان بزرگانی از فقها، محتاج قوه استنباط و لطف قریحه می‌باشد.

در این پژوهش، ابتدا به مبانی یعنی موجبات باطل و مبطل بودن شرط خلاف مقتضای عقد پرداخته شد که علاوه بر اجماع، شامل دلایلی چون وجود مانع ذاتی برای تحقق شرط یعنی عدم امکان تحقق قصد انشاء با وجود شرط مخالف، و نامشروع بودن چنین شرطی از باب مخالفت با کتاب و سنت یا بازگشت آن به تحریم حلال و تحلیل حرام می‌گردد. آنگاه ایرادات هر نظریه مطرح شد.

در مقام دشوار اثبات، موضوع تفسیر مقتضای ذات و مقتضای اطلاق و معیار تشخیص هر یک از دیگری قرار دارد که موجب اختلاف در نظرات فقهی و حقوقی شده است. در این مرحله، با احصای سه روش شناسایی از راه ارکان، اسباب و اجزاء و نیز تشخیص آثار و نظریه متفاوت و بدیع عناصرشناسی، در نهایت معیار سوم به عنوان ضابطی دقیق و مورد اطمینان برگزیده شد. پس مقتضای ذات عقد شامل عناصر عمومی یا اختصاصی تشکیل‌دهنده عقود، عوارض لازم ماهیت عقد مثل تعهد تسلیم مبیع یا ثمن و قانون است که چیزی را جزء ذات عقد قرار داده باشد. هر شرطی که مخالف منشئات عاقدین یا ضد یکی از موارد مذکور باشد، آن شرط مخالف مقتضای عقد است. عناصرشناسی عقود، محتاج صعود به قلل ماهیات حقوقی و غوص در ژرفای شروط است.

کتاب‌شناسی

۱. امامی خوانساری، محمد، *الحاشیة الثانية على المكاسب*، قم، کتابخانه آیه‌الله مرعشی نجفی، بی‌تا.
۲. انصاری، مرتضی بن محمد امین، *فرائد الاصول*، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۳۴ ق.
۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *فلسفه اعلی در علم حقوق*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲ ش.
۴. همو، *فلسفه حقوق مدنی*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۰ ش.
۵. شهیدی، مهدی، *حقوق مدنی - جلد چهارم: شروط ضمن عقد*، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۹۳ ش.
۶. طهرانی نجفی، محمد هادی، *ذخائر النبوة فی الخيارات والصلح*، اهواز، مکتبه دار العلم للآیة الحجة البیهانی، ۱۳۹۰ ق.
۷. علامه، مهدی، *شروط باطل و تأثیر آن در عقود*، تهران، میزان، ۱۳۸۷ ش.
۸. علامه فانی اصفهانی، علی، *کتاب الاجاره*، قم، بی‌نا، ۱۴۰۳ ق.
۹. علی‌آبادی، علی، «تحلیل مبنای بطلان شرط خلاف مقتضای عقد»، *فصلنامه مقالات و بررسی‌ها*، سال سی و ششم، شماره ۷۳، تابستان ۱۳۸۲ ش.
۱۰. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، تهران، انتشار، ۱۳۷۶ ش.
۱۱. کاشف‌الغطاء، محمد حسین بن محمد رضا، *تحریر المجله*، تهران، مجمع تقریب مذاهب اسلامی، ۱۳۹۰ ش.
۱۲. محقق داماد، سید مصطفی، *نظریه عمومی شروط و التزامات*، ج ۱، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۸ ش.
۱۳. همو، *نظریه عمومی شروط و التزامات*، ج ۲، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۷ ش.
۱۴. موسوی خمینی، سید روح‌الله، *کتاب البیع*، قم، اسماعیلیان، ۱۳۶۸ ش.
۱۵. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، *رساله در شروط ضمن عقد*، تصحیح و ترجمه امیر بارانی بیرانوند و فاطمه امیری پاک، تهران، خرسندی، ۱۳۹۶ ش.
۱۶. نجفی، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام فی ثوبه الجدید*، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم‌السلام، ۱۴۳۷ ق.

موجز المقالات

التولية على الوقف في حال عدم تعيين متولٍ من قبل الواقف

- معجد أستاذ مؤدب خوشرو (طالب المستوى الثالث بحوزة مشهد العلمية)
- غلامرضا يزداني (أستاذ مساعد بجامعة الرضوية للعلوم الإسلامية)
- مصطفى حسيني (عضو الهيئة التدريسية بالجامعة الرضوية للعلوم الإسلامية)

من الأمور الأساسية في عقد الوقف طريقة إدارته. وفقاً لراى الفقهاء وكذلك القانون المدني فإن مسؤولية إدارة مال الوقف تقع على المتولّى. عادة ما يتمّ تعيين المتولّى من قبل الواقف ضمن عقد الوقف. الآن إذا لم يتمّ الواقف بتعيين متولٍ فإنّ السؤال الذي يطرح نفسه هو من سيكون المتولّى؟ نصّت المادة ٨١ من تعديل القانون المدني أنّه في الوقف العامّ الذي لم يعيّن له متولٍ فإنّ الحاكم هو من يعيّن المتولّى. جاء في الفقرة ١ من المادة ١ من قانون تنظيم وصلاحيات منظمة الحجّ والأوقاف والشؤون الخيرية المعتمد بتاريخ ١٣٦٣/١٠/٢ شمسي أنّ إدارة شؤون الوقف العامّ الذي ليس له متولٍ أو مجهول التولية، والأوقاف الخاصة في حال كانت مصلحة الوقف والبطون اللاحقة أو تسوية النزاع بين الموقوف عليهم متوقّف على تدخل الوليّ الفقيه توكل إلى هذه المنظمة من تاريخ المصادقة على هذا القانون. ومع ذلك فقد اختلف آراء الفقهاء في

عقود الوقف التي لم تعين متولياً. يعتقد البعض أنه في كلا النوعين من الوقف فإن تعيين المتولّى مع الموقوف عليهم. بينما اعتبر فريق آخر أن التولية في كلّ نوع هي للحاكم. يعتقد البعض أنه في الوقف العام يكون الحاكم هو المتولّى، وفي الوقف الخاص يتولّى الموقوف عليهم تلك المهمة. في الدراسة الحاليّة التي تمّت بالاستعانة بالمنهج التوصيفيّ - التحليليّ وبالاستفادة من أسلوب المكتبة تمّ التوصل إلى نتيجة مفادها أنه في الحالات التي لا يحدّد فيها الواقف المتولّى في عقد الوقف فإنّ متولّى مال الوقف هو الحاكم، ولا فرق هنا بين الوقف العام ولا الوقف الخاصّ.

الكلمات الأساسيّة: الوقف، التولية، الحاكم، الموقوف عليهم، المتولّى.

دراسة نقدية لتعاريف العقد في فقه الإمامية

وتقديم نظرية الاختلاف الجوهرى بين «طبيعة العقد» و«إبرام العقد»

- عطاء الله بيگلدى (أستاذ مساعد بجامعة الإمام الحسين عليه السلام)
- محمّد رضا محمّدى (طالب ماجستير فى القانون العام بجامعة الإمام الصادق عليه السلام)

تعتبر طبيعة وطريقة اكتشاف المؤسسات الاجتماعيّة وعلاقتها بالإرادة البشرية من القضايا الهامة في دراسات العلوم الإنسانيّة؛ السؤال الرئيسي لهذا البحث هو السؤال عن طبيعة «العقد» باعتباره مؤسسة اجتماعية وعلاقة إرادة المتعاملين بهذه المؤسسة. كانت هناك نظريات ومقاربات مختلفة حول طبيعة مؤسسة العقد على طول تاريخ القانون الغربى والسنة الإسلامية لفقهاء الإمامية؛ تُظهر مراجعة النظريات أنّ الفقهاء قد عرّفوا العقد بأشكال متعدّدة، وتلك التعاريف لديها مسار تاريخي وقد شهدت تغييرات كثيرة؛ فالبعض يعتبر العقد أنه بمثابة «أمر لفظي» والبعض الآخر عرّفه بأنه «إنشاء» والبعض الآخر عرّفه على أنه بمثابة «الربط». فرضية هذا البحث أنه في كلّ هذه التعاريف تمّ تجاهل قضية أساسية وهي عدم التمييز بين مفهوم «العقد» و«إبرام العقد»؛ في هذه التعاريف لا يُنظر إلى الزواج كمؤسسة اجتماعية، بعبارة أخرى العقد يمكن أن يكون له معنيان؛ أولاً بمثابة طبيعة ومؤسسة اجتماعية تنشأ في فقه الإمامية من إرادة الشارع ويكشف الفقيه طبيعتها، وثانياً كعمل اتّفاقي بين إرادتين بشريتين من أجل الانضمام إلى الإطار الشرعيّ الموجود من قبل. لذلك حاولنا في هذه الدراسة بمنهج استنباطي

وتفسيرى واستدلاليّ دراسة نصوص الفقهاء ورجال القانون بجديّة أكبر .
الكلمات الأساسيّة: طبيعة العقد، إبرام العقد، العقد بمثابة اللفظ، التزام، العقد بمثابة
العهد.

نطاق المدة فى الزواج المؤقت

- إبراهيم جوانمرد فرخانىّ (أستاذ مساعد فى قسم الإلهيات بجامعة كنبند كاووس)
- سعيد إبراهيميّ (أستاذ مساعد فى قسم الفقه والقانون الإسلامى بجامعة مازندران)
- سيّد محمّد رضوىّ (أستاذ مساعد فى قسم القانون بجامعة بيرجند)

هناك اختلاف فى الرأى بين الفقهاء ورجال القانون حول الحد الأدنى والأقصى للزواج المؤقت. لا يوجد فى القانون المدنىّ مادّة حول نطاق المدة فى هذه المؤسسة القانونيّة. وعلى هذا الأساس حاولنا فى هذا المقال ضمن شرح الآراء المختلفة أن نختار وجهة نظر تقوم على قواعد الفقه المدنىّ والمبادئ القانونيّة. تمّ جمع معلومات هذا البحث بطريقة المكتبة. وقد أظهرت نتائج التحقيق أنّ الحد الأدنى للمدة فى الزواج المؤقت تكون بما يكفى للاستمتاع والتلذذ الجسدىّ كما أنّ الحد الأقصى للمدة لا ينبغى أن يكون أكثر من عمر الزوجين أو أحدهما. فى النهاية وبحسب تفسير إرادة الطرفين ونظراً للعرف وإلزامهم بمراعاة الأمور العرفيّة يمكن القول أنّ الزواج الذى ينعقد لفترة زمنيّة طويلة هو بحكم الزواج الدائم، وتترتب عليه كلّ آثار الزوجيّة الدائمة مثل الطلاق والإرث والعدة وحقّ القسمة والنفقة.

الكلمات الأساسيّة: قصير، طويل، المدة، الزواج، المؤقت.

جدوى قبول ضمان المصالح الضائعة للإنسان فى ضوء قاعدة لا ضرر

- سيّد على سجّادى زادة (أستاذ مساعد بالجامعة الرضويّة للعلوم الإسلاميّة)
- علىّ أصغر صائميّ (طالب المستوى الرابع بحوزة مشهد العلميّة)

على الرغم من اتّفاق آراء معظم الفقهاء على مبدأ وجوب تعويض الخسائر والأضرار الجائرة ومعقوليتها، غير أنه يلاحظ اختلاف فى وجهات النظر فى نطاق فقه الإماميّة حول موضوع «ضمان المصالح الضائعة للإنسان» ويعود أصل هذا الاختلاف إلى نهج

الفقهاء فيما يتعلّق «بالضمان». لذلك فإنّ أحد الأدلّة الفقهيّة الهامّة على وجوب التعويض عن الضرر (الضمان) هو قاعدة لا ضرر التي قبلها عدد من الفقهاء ولا سيّما مجموعة من فقهاء الإماميّة، والسؤال الذي يحاول البحث الإجابة عنه هو هل يمكن النظر في «ضرورة تعويض الخسارة الناجمة عن المصالح الضائعة للإنسان» في إطار «قاعدة لا ضرر» والآراء الفقهيّة المطروحة بهذا الخصوص أم لا؟ بحسب نتائج هذا البحث الذي تمّ بمنهج توصيفيّ - تحليليّ ومع الرجوع للمصادر الفقهيّة الموثوقة بهذا الخصوص فإنّ هناك رأيان فقهيّان مختلفان بهذا الخصوص. حيث دافع الباحث عن رأي توسيع نطاق قاعدة لا ضرر والدليل العقليّ كما أثبت الرأي الفقهيّ القائل «بضمان الخسارة الناجمة عن المصالح الضائعة للإنسان».

الكلمات الأساسيّة: مصالح الإنسان، الضمان، المسؤولية المدنيّة، لا ضرر.

دراسة مسؤوليّة تعيين الأراضى المستثناة الناج عن خطأ في تحديد الأراضى الوطنية

- مجيد رضا شيخى نصرآبادى (طالب دكتوراه فى القانون الخاص بالجامعة الرضوية للعلوم الإسلاميّة)
- سيد حسن وحدتى شيرى (أستاذ مشارك بجامعة قم)
- محمّد علىّ سعيدى (أستاذ مساعد بالجامعة الرضوية للعلوم الإسلاميّة)
- سيد سعيد موسى نژاد نائينى (بكالوريوس فى الموارد الطبيعيّة)

فى تقسيم كلّى للأرض يتمّ تقسيم أراضى الدولة إلى قسمين: أراضى وطنيّة وأراضى استثنائيّة، فى مرحلة تنفيذ قانون التأميم فى بعض الأحيان يتمّ الاعتراف بالأراضى الاستثنائيّة كأراضى وطنيّة، ثمّ يتمّ تسليمها للغير لاستغلالها وإنشاء مشاريع خدميّة وصناعيّة وزراعيّة. يتّضح أنّ التفتيش وتحديد الأراضى الوطنيّة كغيره من الأنشطة البشريّة هى عمليّة مختلطة بالخطأ البشرىّ وفى الحقيقة فإنّ السؤال الأساسىّ فى هذا البحث من هو المسؤول عن مسؤوليّة تعويض منفذى مشاريع التسليم بسبب الخطأ فى تأميم أراضى الاستثناءات؟ هل الحكومة مسؤولة بالمعنى العامّ للحكومة، أم المسؤولين الحكوميين، أى الوكالات التنفيذيّة مثل سلطة التقييم أو سلطة تسليم المسؤول أم وكلاء الحكومة أى الأشخاص الحقيقيين الذين يشغلون منصباً فى عمليّة التفتيش وتحديد الأراضى الوطنيّة،

مثل المفتّشين أو الحراجيين المسؤولين عن التعويض، أم أنّ الشخص الخاص ليس ضامناً؟ يقوم هذا البحث أولاً عملية تحديد الأراضي الوطنية ثمّ تبحث في التخصيص الخاطئ ومسؤولية السلطات المختصة في التعويض عن الأضرار وكذلك ضمان فهم الأخطاء في تحديد الأراضي الوطنية من وجهة نظر القانون المدني والأنظمة الخاصة. أظهرت نتيجة هذه الدراسة التي تمت بمنهج وصفيّ - تحليليّ أنّ من حيث المبدأ، لا تتحمّل الحكومة أو الجهات الحكوميّة، أى سلطة تحديد الهوية وسلطة التنازل، مسؤولية تعويض خسائر منفذ خطة التنازل بسبب عدم وجود خطأ شخصيّ وإداريّ وحقيقة أنّ التحديد والتنازل من الأراضي الوطنية هو عمل سياديّ. وسلطة التسليم ملزمة فقط بإعادة السعر أو الإيجار، والحكومة ليست مسؤولة عن التعويضات مثل تخفيض قيمة الأموال وتكاليف الاستثمار؛ في النهاية، تمّ اقتراح بعض الحلول لمنع عواقب نقل الأراضي الاستثنائية.

الكلمات الأساسية: التشخيص الخاطئ للأراضي الوطنية، مسؤولية تفتيش الأراضي الوطنية، مسؤولية الحكومة، التسليم الفضوليّ، مستحقّ للغير.

القاعدة الفقهيّة للمصلحة في قوانين وقواعد التبني والأطفال الأيتام

□ عبد الحميد طالبيّ

□ أستاذ مساعد بجامعة المذاهب الإسلاميّة

لم يكن الفقه الإسلاميّ غير مبال بالنسبة للأطفال دون معيل أو لديهم معيل سيّئ، وقد ترك مسؤولية رعاية شؤونهم كواجب كفائيّ على أقارب الأطفال والحكّام والمسلمين، ونهى عن تسرى الأحكام المترتبة على العلاقة الطبيعيّة للوالدين والأبناء إلى التبني، كما أنّ تحدياتها في القوانين ذات الصلة في الدول الإسلاميّة لم تكن دون أثر. يجب أن نؤي ما هو سبيل الخروج من تلك المشكلة في الفقه الإسلاميّ؟ تمّ تدوين هذا المقال بالاستفادة من دراسات المكتبة وبمنهج وصفيّ تحليليّ، وبالتمسك بقاعدة المصلحة الفقهيّة تمّ تحليل هذا التحدّي وتبيين الحلول ضمن نقد قوانين إيران ذات الصلة. إنّ نتائج هذا المقال قد استندت إلى الأسس القرآنيّة والروائيّة والقبول المشروط والمحدود للتبني في الفقه الإسلاميّ مع الاستفادة من عنصر المصلحة كداعم للأحكام الشرعيّة وفلسفة جعل الأحكام في جميع القرارات التي يتخذها وليّه بما في ذلك الحاكم

أو الولي أو الأب بالتبني، كما تمّ التأكيد على حفظ النسب الحقيقي للطفل وضرورة الإنفاق والحضانة في سياق المحافظة على حياته وحماية الحقوق الماليّة للطفل (الإرث) ومراعاة الخصوصية الشرعيّة في الأسرة، وفي كثير من الحالات وبهدف تنمية وتمييز الأطفال ذو المعيل السيئ إضافة إلى الأطفال بدون معيل مع مراعاة المصلحة. الكلمات الأساسية: قاعدة المصلحة، أطفال دون معيل، التبني، الابن الحقيقي، الولاية.

الدعاية المخالفة للواقع في المعاملة

مع دراسة في الفقه الإمامي والقانون الإيراني؛ المسؤوليات والحلول

- مرتضى عزيزي (دكتوراه في القانون الخاص)
- بهرام تقى پور (أستاذ مساعد في قسم القانون بجامعة خوارزمي)

تحدث الإعلانات المخالفة للواقع من خلال تقديم معلومات خاطئة وعرض غير واقعي للسلع والخدمات حيث يمكن دراسة عواقبها من جهات مختلفة. الهدف من هذا المقال دراسة هذا النوع من الدعاية في المعاملات والمسؤوليات وطرق التعامل معها في الفقه الإمامي والقانون الإيراني. حكم الفقهاء بالجواز والإباحة للطبيعة المطلقة للإعلان في المعاملات، بينما اعتبروا أنّ الإعلان المخالف للواقع ويؤدى إلى الكسب غير المشروع للمال عبر أنشطة وأشخاص بما في ذلك المبلغ والمسوّق والمورد بالاستناد للقواعد الفقهية بما في ذلك «قاعدة الإعانة على الإثم والعدوان» و«أكل المال بالباطل» هو أمر حرام. تمّ تنظيم هذا البحث وفق المنهج الوصفي - التحليلي والنتيجة هي أنّ الفقهاء قد وضعوا مهمّة مراقبة الإعلانات وفق القاعدة الفقهية للضمان الحكوميّ بمثابة تكليف للحكّام والقائمون، وأوصوا بتقوية مؤسسة الحسبة والتسعير كحلّ فقهيّ؛ ثانيًا إذا كان المحتوى المخالف للواقع في الإعلان على شكل شرط أو وصف وألحق الضرر بأركان المعاملة فإنّ المسؤولية التضامنيّة توجّه إلى المنتج أو المورد أو العميل وبناءً على المتطلّبات التعاقدية وغير التعاقدية يحقّ للطرف المتضرّر المطالبة بالتعويض. الكلمات الأساسية: الإعلان، معاملات، خلاف الواقع، العميل، الفقه.

الإغاثة والإنقاذ في الحالات شديدة الخطورة والأمراض المعدية

من منظور فقه الإمامية

- محمّد رضا على زادة مقدّم بيركّي (خزيج المستوى الرابع من حوزة مشهد العلميّة)
- مجتبي إلهي خراساني (أستاذ مساعد بجامعة باقر العلوم والإعلام، مشهد)

في الظروف الخطرة التي تهدّد بشكل جدّي حياة المنقذين أو صحّتهم يكون من الصعب تحديد الواجب الديني والقانوني لإنقاذ حياة المحاصرين أو الحفاظ على حياة المنقذين. قام هذا البحث بمنهج توصيفي - تحليلي بدراسة الأدلّة والوثائق الفقهيّة، ومع مراجعة أدلّة الإغاثة والإنقاذ شديدة الخطورة في الحالات المختلفة تمّ التوصل إلى أحكام مختلفة. في حالة تساوى النفوس لا يكون الإنقاذ والعلاج واجباً، لأنّ كليهما واجب الحفظ. كذلك وبموجب حديث «لا ضرر» وتعميم النهي عن العبادات والأطعمة الضارّة على حالة الأذى الجسمي، فلا يجب على المنقذ أن يتحمّل ضرراً شديداً في حالة عدم وجود معدّات وقائيّة بهدف العلاج ودرء الضرر. لكن ونظراً لإطلاق أدلّة الإغاثة والإنقاذ فقد تمّ إثبات الرجحان والاستحباب في هذه الظروف. كما أنه مرفوض الاستشهاد بحديث «لا عدوى» في رفض قانون انتقال المرض والبقاء في بيئة انتشار الأمراض المعدية. ومع ذلك يجب على المنقذين في مجال الطبّ والتمريض إضافة إلى تمتّعهم بالمعرفة والاختصاص والمعدّات وفقاً للتعهد كالتزام ثانويّ فإنّه ينبغي أن يقوموا بالمعالجة قدر الإمكان. وفي حال ترك الإنقاذ فإنّه لا يمكن الحكم بضمان تارك الإنقاذ على الرغم من أنّ الشخص قد ارتكب معصية.

الكلمات الأساسيّة: إنقاذ المصابين، الإغاثة، العلاج، الخطر، التهلكة، لا ضرر، الأمراض المعدية، الإضرار بالنفس، حفظ النفس، الإيثار.

حكم زواج ابن الزاني وأبيه مع الزانية من وجهة نظر المذاهب الخمسة

- أحد گوهری (طالب دكتوراه في الفقه الجزائري بالجامعة الرضويّة للعلوم الإسلاميّة)
- محسن جهانگيری (أستاذ مشارك في قسم الفقه والأصول بالجامعة الرضويّة للعلوم الإسلاميّة)

للجرائم الجنسيّة العديد من الآثار الفقهيّة والأحكام التكليفيّة والتي تمّ تحليلها في

الدراسات الفقهيّة مثل حرمة الزواج الأبديّ في الزنا بذات البعل والمعتدّة، ولكن لم يتمّ بحث آثارها الأخرى. الموضوع الأساسيّ لهذا البحث هو الحكم الفقهيّ لزواج ابن الزاني أو أبيه مع الزانية من منظور المذاهب الخمسة. إنّ طرح وتحليل هذه المسألة ضروريّ للحصول على الأحكام والأعمال المتعلّقة بها، ومن الطبيعيّ أن يؤدّى عدم وجود مثل هذا البحث إلى مشاكل في تفسير أحكام الفقه الجنائيّ. لذلك في هذا البحث ومن خلال جمع المعلومات بطريقة المكتبة وبمنهج وصفيّ - تحليليّ وتمّت دراسة المسألة من منظور المذاهب الخمسة. وفي النهاية خلص البحث إلى أنّ مثل هذا الزواج محرّم من وجهة نظر الفقه الشيعيّ، ولكن هناك اختلاف من حيث وجهة النظر السنيّة في رفض أدلّة الزواج وتقوية أدلّة الحرمة ووجهة النظر الشيعيّة.

الكلمات الأساسيّة: الجرائم الجنسيّة، الآثار الفقهيّة، المذاهب الخمسة، انتشار الحرمة، الزنا.

التزامات معالج البيانات الشخصية في الاتحاد الأوروبيّ وجدوى قبوله في القانون الإيرانيّ

- مهديّة لطيف زادة (طالب دكتوراه في القانون الخاصّ بجامعة فردوسيّ مشهد)
- سيّد محمّد مهديّ قبوليّ درافشان (أستاذ مشارك في قسم القانون الخاصّ بجامعة فردوسيّ مشهد)
- سعيد محسنيّ (أستاذ مشارك في قسم القانون الخاصّ بجامعة فردوسيّ مشهد)
- محمّد عابديّ (أستاذ مساعد في قسم القانون الخاصّ بجامعة فردوسيّ مشهد)

مع المصادقة على اللائحة العامّة لحماية البيانات في الاتحاد الأوروبيّ (GDPR) يتعيّن على جميع الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبيّ توفير أقصى قدر من الحماية للبيانات الشخصية. من أجل تحقيق تلك الحماية بشكل كامل يتعيّن على معالجي البيانات الامتثال للالتزامات المختلفة وفقاً لتلك اللوائح. تمّ تحديد هذه الالتزامات في موادّ مختلفة GDPR بهدف الحماية المؤثّرة للبيانات الشخصية والأشخاص الذين هم موضوع البيانات. من خلال شرح الالتزامات المذكورة أعلاه من وجهة نظر اللوائح الأوروبيّة المتعلّقة بالبيانات الشخصية وجد أنّ النظام القانونيّ لإيران فإنّه لم يتمّ النصّ على مثل تلك الالتزامات ويمكن فقط استنباط العموميّات لهذه الالتزامات من مصادر

مختلفة من القانون الإيراني مثل القوانين الوضعيّة وأسس القانون الإيراني وفقه الإماميّة. وتجدر الإشارة إلى أنّ هذه الإشارات الضمنيّة لا تكفي لشرح الالتزامات المختلفة لمعالجي البيانات كما أنّ شفافيّة تفاصيل هذا الأمر تتطلّب تصريح من المشرّع. في هذا السياق يقترح هذا البحث أحكامًا تتعلّق بالالتزامات المختلفة لمعالجي البيانات، بما في ذلك مسؤوليّة وحدة التحكّم تجاه عمليّة المعالجة، والتزام المراقب تجاه اختيار المعالج المناسب، والاحتفاظ بسجلات أنشطة المعالجة، التعاون مع السلطات التنظيميّة، وضمان أمن المعالجة، والإبلاغ عن انتهاكات البيانات الشخصية وإبلاغها إلى السلطات التنظيميّة وأصحاب البيانات، وتعيين مسؤول حماية البيانات.

الكلمات الأساسيّة: البيانات الشخصية، المعالج، الشخص موضوع البيانات، المراقب، اللائحة العامّة لحماية البيانات (GDPR).

الاتفاقات التعاقدية في العمليات المصرفية الالبروية

وفق نظرية ضمان النقود

□ سيّد مصطفى محقق داماد (أستاذ في قسم القانون بجامعة الشهيد بهشتي)

□ سيّد مجتبي مدنيّ بجستانيّ (طالب دكتوراه في القانون الخاصّ بجامعة الشهيد بهشتي)

في الأعمال المصرفية المتداولة على شكل عقد القرض يتمّ إبرام عقد بين البنك والعميل، ويتمّ دفع فائدة محدّدة وفق الاتفاق التعاقدية. بالنظر إلى التحريم الشرعيّ للفائدة في عقد القرض، فقد تمّت دراسة طريقة الاستفادة من عقود الشراكة وعدم الشراكة في العمليات المصرفية الالبروية للحصول على الفائدة من قبل الكثير من أصحاب الرأى، وعلى هذا الأساس تمّ إعداد قانون العمليات المصرفية الالبروية والمصادقة عليه وتنفيذه. لكن استخدام تلك العقود تسبّب في تعقيد العقود وزيادة تكاليفها وإضفاء الطابع الصوريّ عليها وجعلها شركة مصرفية. الغرض من هذه المقالة تقديم حلّ لهذه المشكلة بالاستفادة من الآراء الحاليّة المتعلّقة بنظرية ضمان الأموال. إضافة إلى تعويض انخفاض قيمة النقود، فإنّ الفوائد المفوتة وغرامات التأخير في السداد في ضوء هذه النظرية ونظرًا لطبيعة النقود في الاقتصاد الحديث فقد تمّت دراستها في إطار الاتفاقات التعاقدية والشرط ضمن العقد. يمكن أن يكون استخدام الاتفاقيات

التعاقدية وفقاً للآراء المقدّمة حول نظرية ضمان الأموال في العقود المصرفية حلاً لهذه المشكلة.

الكلمات الأساسية: البنك، النقود، الفائدة، المصرفية اللاربوية، ضمان الفائدة.

الشرط المخالف لمقتضى العقد

- رضا مقصودى (طالب دكتوراه في القانون الخاص بجامعة آزاد الإسلامية فرع أصفهان (خوراسگان))
- سيد مصطفى محقق داماد (أستاذ في قسم القانون بجامعة الشهيد بهشتي)
- سيد مهدي علامة (أستاذ مساعد في قسم القانون بجامعة آزاد الإسلامية فرع أصفهان (خوراسگان))
- علي رضا مظلوم رهنى (أستاذ مساعد في قسم القانون بجامعة آزاد الإسلامية فرع شهر قدس، طهران)
- هرمز أسدي كوه باد (أستاذ مساعد في قسم الفقه بجامعة آزاد الإسلامية فرع رامهرمز)

تعتبر الفقرة ١ من المادة ٢٣٣ من القانون المدني أنّ أحد الشروط المختصة بصحة الشرط هو توافقه مع مقتضى العقد. غير أنّها لا تحدّد عن أساس بطلان الشرط المخالف لمقتضى العقد، وما هو المعيار في تحديد وتمييز مقتضى الذات عن الإطلاق. لذلك فإنّ الحكم المذكور لم يكن جامعاً وواضحاً بالشكل الكافي. هذا النقص والإجمال تسبّب في اختلاف الرأى بين كتّاب القانون المدني. قام المؤلّفون باستخدام المنهج الوصفي التحليلي بتحليل وشرح الأسس النظرية للحكم المذكور بما في ذلك البرهان العقلي والبرهان النقلى في المؤلّفات الفقهية، ثمّ من بين التفسيرات الموجودة حول معيار تحديد مقتضى الذات عن الإطلاق قام بترجيح نظرية معرفة عناصر العقود. لذلك فإنّ أى شرط يتعارض مع أحد العناصر العامة أو المختصة بالعقد فإنّه مانع لتحقيق العقد ومخالف لمقتضى ذات العقد بسبب التناقض داخل هذا الشرط فيما يتعلّق بهذا العقد.

الكلمات الأساسية: الشرط، مقتضى العقد، أثر العقد، عناصر العقد.



also, silent about what the criterion is in determining and distinguishing the requirements of the substance from the absoluteness. Therefore, the mentioned ruling (judgment) is not comprehensive and clear and is insufficient. This shortcoming and obscurity have caused a difference of opinion among civil rights authors. First of all, the authors by descriptive-analytical method enumerate and explain the theoretical foundations of the aforementioned ruling, including rational proof and narrative proof in jurisprudential works, and then, selects the theory of the elements of contracts among the interpretations available in the criterion of distinguishing the necessity of the substance (essence, nature) from the application. Therefore, any condition which is contrary to one of the general or specific elements of the contract, because of the contradiction within that condition in relation to that contract, is an obstacle to the realization of the contract and against the requirements of the nature of the contract.

Keywords: *Condition, Requirement of contract, Effect of contract, Elements of contract.*

without usury) has been prepared, approved and implemented accordingly. However, the use of these contracts has caused the complexity, cost and formalization of the contracts and led them to be corporatism. Providing a solution to solve this problem by using the current opinions about the money liability theory (monetary theory) is the purpose of this article. In addition to the devaluation of money, loss of benefits and delayed payment fine (late payment fine) have also been studied in the light of this theory and due to the nature of money in the modern economy in the form of contractual agreements and condition as an integral part of contract (proviso) in the contract. The use of contractual agreements according to the opinions presented about the theory of money liability in banking contracts can be helpful in resolving this problem.

Keywords: *Bank, Money, Interest, Interest free banking, Guaranteed profit.*

The Term Which is Contrary to the Requirements of the Substance (Nature) of Contract

- *Reza Maqsūdi (PhD student in Private Law)*
- *Sayyid Mustafa Mohaqqiq Damad (Full professor at Shahid Beheshti University)*
- *S. Mahdi Allameh (Assistant prof. at Islamic Azad Univ., Isfahan, Khorasgan)*
- *A.R. Mazlūm Rahni (Assistant professor at Islamic Azad Univ., Tehran, Qods City)*
- *Hormoz Asadi Koohbad (Assistant professor at Islamic Azad Univ., Ramhormoz)*

The compatibility with the requirements of the contract, according to clause 1 of Article 233 of the Civil Code, is one of the special conditions of the correctness (validity) of the condition. However, it is silent about the basis of the nullity of the repugnant condition and it is

that these implied significations are insufficient to accurately explain the various obligations of data processors and the transparency of the details of this matter needs to be clarified by the legislator. This research in this regard has provided the proposed provisions regarding various obligations of data processors, including the controller's liability towards the processing process, the controller's commitment towards choosing the appropriate processor, keeping records of processing activities, cooperating with supervisory authorities, ensuring the security of processing, informing and servicing the breach of personal data to supervisory authorities and the data subject (relevant persons of data), and appointing data protection officers (DPOs).

Keywords: *Personal data, Processor, Data subject person, Controller, General Data Protection Regulation (GDPR).*

Contractual Agreements in Banking Operations Without Usury According to the Theory of the Liability of Money

- *Sayyid Mustafa Mohaqqiq Damad (Full professor at Shahid Beheshti University)*
- *Sayyid Mojtaba Madani Bajestani (PhD student in Private Law)*

A contract in the conventional banking is signed between the bank and the customer in the form of a loan contract and a certain interest is paid in accordance with the contractual agreement. The use of partnership and non-partnership contracts according to the religious prohibition of receiving profits in the contract of debt in banking operations without usury to receive profits has been studied by many experts and Law for Usury (law on banking operations

jurisprudence, but there are differences in Sunni jurisprudence that the proofs (evidence) of prohibition is strengthened by rejecting the proofs of the permissibility of marriage, and the Shī'a's view is proved.

Keywords: *Sexual offences, Jurisprudential effects, Five Islamic Denominations (Arabic: مَذَاهِبُ الْخَمْسَةِ, Five Schools of Islamic Thoughts), Becoming forbidden, Adultery (Zinā' (زِنَاء) or zinā (زِنًا or زِنِي)).*

The Obligations of the Personal Data Processor in the European Union and the Feasibility of Its Acceptance in Iranian Law

- Mahdiyeh Latifzadeh (PhD student in Private Law)
- S.M.M. Qabuli Dorafshan (Associate professor at Ferdowsi Univ. of Mashhad)
- Saeed Mohseni (Associate professor at Ferdowsi University of Mashhad)
- Muhammad Abedi (Assistant professor at Ferdowsi University of Mashhad)

All EU member states are required to have maximum protection over personal data by ratifying the EU General Data Protection Regulation (GDPR). Data processors in order to fully realize these protections are required to comply with various obligations according to these regulations. These obligations are expressed in various GDPR articles for the purpose of effective protection of personal data and data subject persons. It became clear by explaining these obligations from the point of view of European regulations relating to personal data that the Iranian Legal System did not stipulate such obligations and that only the generalities of these obligations can be inferred from various sources of Iranian law, such as the statute laws, the fundamentals of Iranian law, and Ja'farī Jurisprudence. It should be noted

The Ruling of Marriage of Adulterer

(Arabic: زانی, Zānī)'s Father and Adulterer's Son with Adulteress (Arabic: زانیة, Zānīyah)

from the Point of View of Five Islamic Denominations

□ *Ahad Gohari (PhD student in Criminal Jurisprudence)*

□ *Mohsen Jahangiri (Associate professor at Razavi University of Islamic Sciences)*

Sexual offences have several jurisprudential effects and imperative rulings, which have been studied limitedly in jurisprudential researches, such as the permanent prohibition of marriage (Arabic: نِكَاح, Romanized: nikāḥ, literally marriage, Persian: ازدواج) in adultery with a married woman (Arabic: ذَاتُ الْبُعْل) and also, the permanent prohibition of marriage in adultery with a woman in her period of waiting (al-'idda), but other effects have not been studied. The jurisprudential ruling of the marriage of the son or father of an adulterer with an adulteress is the main issue of this research from the point of view of five Islamic Denominations (Arabic: مَذَاهِبُ الْخَمْسَةِ, Shī'a, Shafī'i, Ḥanbalī, Ḥanafīyah and Mālīkī Schools). It is necessary to express and analyze this issue in order to obtain the rulings (aḥkām, Arabic: أَحْكَام, plural of ḥukm, Arabic: حُكْم) and its related effects, and it is obvious that failure to present such research will cause problems in the explanation of criminal jurisprudence rulings. Therefore, authors by collecting information through library method and with descriptive and analytical perspectives have examined the issue from the point of view of five Islamic Denominations in this research. It was finally concluded that such a marriage is forbidden in Shī'a

rescuers. This research has reviewed the reasons and jurisprudential documents in a descriptive-analytical method and concluded different rulings by rereading the evidence of venturous search and rescue in different situations. Rescue and treatment in the case of equality of lives are not obligatory, because both of the lives must be saved. It is not obligatory, according to the necessity of the Ḥadīth (“News” or “Story”) of “prohibition of detriment (Arabic: لا ضَرَر، Ḥadīth of harm)” and the generalization of harmful worships and food to the situation of physical harm, on the savior to suffer the harm in the absence of protective equipment for the purpose of treating and repel the harm from others. However, according to the absoluteness of the proofs of search and rescue, preference (Arabic: رُجْحَان، Rujhān) and recommendation (Arabic: اسْتِحْبَاب، Istihbāb) were proved in these conditions. It is rejected to refer to the Ḥadīth of “No Infectiousness (Arabic: لا عَدْوَى)” in denying the contagion of disease and staying in the environment of the outbreak of the contagious disease. However, the rescuers in the field of medicine and nursing, in addition to having knowledge, expertise and equipment, according to the commitment, should provide treatment as much as possible as secondary necessity. However, it is not possible to sentence to the liability of a leaver of rescue in case of failing (abandoning) to rescue in these circumstances, although the leaver has committed a sin.

Keywords: *Rescuing injured people, Rescue, Treatment, Venturous, Destruction (Arabic: تَهْلُكَة), Prohibition of detriment (Arabic: لا ضَرَر، Ḥadīth of harm), Contagious disease, Self-harm (or damaging others), Protection of human, Altruism.*

transactions, but they also prohibit advertising that is contrary to the facts that causes misappropriation through this way and activities by persons such as advertisers, marketers and distributors based on jurisprudential rules such as “rule of assistance with sin and transgression” and “unlawful ownership”. This research is regulated by descriptive and analytical method and the result is that firstly, jurists have put the supervision of advertising in accordance with the jurisprudential rule of governmental liability as a duty to the rulers and agents and have strongly advised the strengthening of the institution of audit (Arabic: *حسبة*, *ḥisbah*) and *tas‘īr* (Arabic: *تسعير*, fixing the price by the government) as a jurisprudential solution, and secondly, its joint and several liability lies with the manufacturer, supplier, customer, who has the right to claim damages based on contractual requirements and tortious liability in the contrary contents in advertising if it becomes conditional or descriptive and damage the bodies of the transaction.

Keywords: *Advertising, Transactions, Untruthful, Customer, Jurisprudence.*

Search and Rescue

in Venturous Situations and Infectious Diseases from the Point of View of Ja‘farī Jurisprudence

- M.R. Alizadeh Moqaddam Beiraki (4th level graduate of Mashhad seminary)
- M. Elahi Khorasani (Assistant professor at Baqir al-Olum University, Mashhad)

It is difficult to discern the religious and legal duty to save the lives of those trapped or to save the lives of rescuers in dangerous situations that seriously threaten the life or physical health of the

Expediency and expressed the solutions. The findings of this article based on Quranic and narrative principles, conditional and limited adoption in Islamic jurisprudence using the element of expediency as the basis of Sharia rulings and the philosophy of the enactment of rules are in all decisions that his/her guardians, whether judge or godfather make and preserving the child's true lineage, the necessity of alimony and custody in order to preserve his life and preserve the child's financial rights (inheritance) and observe the religious blood relations within the prohibited degrees of marriage in the family are also emphasized and the decision is subject to the observance of expediency with the aim of the growth and excellence of bad parenting children in addition to children without guardians in many cases.

Keywords: *Expediency Rule, Children without guardians, Adoption, Real Biological child, Guardianship.*

False Advertising in Transaction in Dealing with a Study in Ja'farī Jurisprudence and Iranian Law; Liabilities and Solutions

□ *Morteza Azizi (PhD in Private Law)*

□ *Bahram Taqipour (Assistant professor at Kharazmi University)*

False advertising is caused by misrepresentation and unrealistic display of goods and services, the consequences of which can be investigated in various aspects. The examination of this type of advertising in transactions and liabilities and ways to deal with it in Ja'farī jurisprudence and Iranian law is the purpose of this article. Jurists have given permission on the absolute nature of advertising in

compensating the losses of the executor of the delegated project and the transfer authority is only obliged to restitute the price or rent, and the government is not liable for compensations such as devaluation of money and investment costs. Finally, some solutions have been proposed to prevent the consequences of the delegation of excluded lands.

Keywords: *Wrong detection of national lands, Liability for distinguishing of national lands, State liability, Unauthorized delegation, Belonging to another person (Arabic: مُسْتَحَقُّ لِلْغَيْرِ).*

The Jurisprudential Rule of Expediency in the Laws and Regulations of Adoption and Children Without Guardians

□ *Abdolhamid Talebi*

□ *Assistant professor at University of Islamic Denominations*

Islamic jurisprudence is not indifferent to children without guardians or bad parenting children (children without adequate parental care) and has placed their affairs as a collective duty (an act which is rested on Muslims till it is done by some of them alternatively) to the direct affinity of children, judge and Muslims, and has prevented the expansion of the rulings on the natural relationship between parents and adopted children, and its challenges have not been ineffective in the relevant laws in Islamic countries. It is important to notice what is the way out of this problem in Islamic jurisprudence? This article has been compiled using library studies and descriptive-analytical method and has studied this challenge while criticizing Iran's statute laws by adhering to the jurisprudential Rule of

The country's lands in a large (major) land division are divided into two parts, national lands and excluded lands, which in the implementation of the law of nationalization, sometimes the excluded lands are detected as national lands and then delegated (disposed) to third parties for exploitation to create service, industrial and agricultural projects. It is obvious that the detection of national lands like other human activities is a process mixed with human error and in fact, the main question of this research is who is liable for compensating the losses of the executors of the delegated (disposal) projects, which occurs due to errors and mistakes in the nationalization of the excluded lands? Is the government liable with the general description of the state, or are the agents of the state, i.e., the executive agencies, such as the verifying authority or the delegating authority liable, or are the government's agents, i.e., relevant natural persons in the national lands detection process such as the distinguisher or forester, liable for compensation or not a particular person is not liable? This article first studies the process of verifying national lands and then investigates wrongful delegation, the liability of the relevant authorities to compensate for the damages, and also, studies the liability for the compensation caused by fault in detecting national lands from the perspective of civil law and special legislation. The result of this research, which is written in an analytical-descriptive method, is that basically, the government or government entities, i.e., the verifying authority and the delegating authority for not having personal and administrative fault and that the detection and delegation of national lands are sovereign acts (jobs), are not liable for

rooted in the difference between the approach of jurists in the jurisprudential principles of “liability”. Therefore, one of the remarkable jurisprudential proofs (evidence) of the necessity of compensation (liability) is the rule of “prohibition of detriment (Arabic: لا ضَرَرٌ, principle of harm)”, which has been accepted by a number of jurists, especially a group of Imami jurists. The question of this research is whether it is possible to consider “the necessity of compensating for the loss caused by the lost interests of human” within the rule of the “prohibition of detriment” and the jurisprudential views about it? There are two different jurisprudential views in this regard based on the findings of this study, which have been accomplished in descriptive-analytical method and by referring to reliable sources of jurisprudence. The authors, by defending the view of expanding the rule of “prohibition of detriment” and the evidence of reason, has proved the jurisprudential view that believes in the “liability of human lost interests”.

Keywords: *Human interests, Liability, Civil liability, Prohibition of detriment (Arabic: لا ضَرَرٌ, principle of harm).*

The Investigation of Liability for Delegating of Excluded Lands Caused by Fault in the National Lands Detection

- *Majid Reza Shaykhi Nasrabadi (PhD student in Private Law)*
- *Sayyid Hassan Vahdati Shubairi (Associate professor at University of Qom)*
- *M. Ali Saeedi (Assistant professor at Razavi University of Islamic Sciences)*
- *Sayyid Saeed Mousavinejad Naeini (Bachelor of Natural Resources)*

jurisprudence and legal principles. This research has been collected in a library method. The results show that the minimum duration in temporary marriage is long enough to allow sexual satisfaction and enjoyment. The maximum duration should not be more than the life of the couple or one of them. It can be finally said based on the interpretation of the will of the parties according to their custom and their obligation to observe customary affairs that a marriage which has been concluded for a long time is a permanent marriage (Arabic: النِّكَاحُ الدَّائِمُ, Romanized: nikāh ad-Dā'im) all the effects of permanent marriage such as divorce, inheritance, iddah (Arabic: العِدَّةُ, Romanized: al-'idda; "period of waiting"), right of sexual intercourse (Arabic: حَقُّ الْقَسْمِ, Romanized: qasm, the right to sleep together, and the right to sleep at night during marriage in Islam) and alimony are considered.

Keywords: *Short, Long, Duration, Marriage, Temporary.*

The Feasibility Study of the Acceptance of the Liability of Human Interests Loss in the Light of the Rule of Prohibition of Detriment (Arabic: لا ضَرَرَ, principle of harm)

- *S. Ali Sajjadzadeh (Assistant professor at Razavi University of Islamic Sciences)*
- *Ali Asghar Sa'emi (A student at the 4th level of Mashhad seminary)*

There are disagreements about the issue of the "liability of human lost interests" in Imamiyyah jurisprudence, despite the consensus of the majority of jurists on the principle of the necessity of compensating for unjust losses and its reasonableness, which can be

and “‘aqd conclusion”, and in these definitions, ‘aqd has not been considered as a social institution. In other words, ‘aqd in two senses can be our meaning, firstly as a social nature and institution which is derived from the will of Allah as the law-giver (religious legislator) in Ja’farī jurisprudence and its nature is discovered by the jurist, and secondly, as a practical agreement between two human wills to join the existing religious framework beforehand. We try for this purpose to investigate the texts of jurists and lawyers more seriously by inferential, interpretive and argumentative methods.

Keywords: *Nature of ‘aqd (Arabic: عَقْدٌ, contract), Conclusion of ‘aqd, ‘Aqd as verbal (oral, unwritten) issue, Obligation, ‘Aqd as a covenant (promise).*

The Duration Range in Temporary Marriage

(Nikah mut'ah, Arabic: نِكَاحُ الْمُتَعَةِ,

Romanized: nikāḥ al-mut‘ah, literally temporary

marriage or Sigheh, Persian: ازدواج موقت (صیغه،

□ *Ebrahim Javanmard Farkhani (Assistant professor at Gonbad Kavous University)*

□ *Saeed Ebrahimi (Assistant professor at University of Mazandaran)*

□ *Sayyid Muhammad Razavi (Assistant professor at University of Birjand)*

There are disagreements between jurists and lawyers regarding the minimum and maximum duration of temporary marriage (Nikah mut'ah, Arabic: نِكَاحُ الْمُتَعَةِ, Romanized: nikāḥ al-mut‘ah, literally temporary marriage or Sigheh, Persian: ازدواج موقت (صیغه، ازدواج موقت). There is no stipulation in the civil law that specifies the duration range of this legal institution. Accordingly, we are going to explain different opinions in this article and choose a view that is based on the rules of civil

Ruler, Beneficiaries of an endowment (Arabic: *موقوف عليهم*), Administrator (Arabic: *متولی*).

The Critical Study of Definitions of ‘Aqd (Arabic: *عَقْد*, contract) in Ja‘farī Jurisprudence and the Theoretical Presentation of the Fundamental Difference Between “the Nature of ‘Aqd” and “Conclusion of ‘Aqd”

- *Ata'ollah Bigdeli (Assistant professor at Imam Hossein University)*
- *Muhammad Reza Muhammadi (An MA student of Public Law)*

The nature and manner of discovering (or constructivism of) social institutions and their relationship with human wills are important issues in humanities studies and the main question of this research is the question of the nature of “‘aqd (Arabic: *عَقْد*, contract)” as a social institution and the relation of the will of the parties with this institution. There have been various theories and approaches about the nature of the institution of ‘aqd throughout the history of Western law and the Islamic tradition of Ja‘farī jurists. The review of theories shows that jurists have defined the marriage in several forms and these definitions have historical course and have undergone changes. Some have defined ‘aqd as “verbal (oral, unwritten) issue” and others have defined it as “originating” (Arabic: *إنشاء*, concluding) and others have defined it as “copula” (connection). The hypothesis of this research is that in all these definitions, a basic issue has been ignored, and it is the lack of distinction between the concept of “‘aqd”

will be the administrator, if the founder has not appointed the administrator? Article 81 of the amendment of the Civil Code has identified the custodian as the ruler in public endowments, which does not have a specific custodian. According to Clause 1 of Article 1 of the Law on Institutions and Powers of the Organization of Hajj and Endowments and Charitable Activities (Affairs), approved on December 23, 1984, the administration of general endowments that do not have an administrator or have unknown administrators and if the expedient of the endowment and the next generation or resolving the dispute of beneficiaries of an endowment (Arabic: *مَوْقُوفٌ عَلَيْهِم*) are subjected to the intervention of the guardian of the Islamic jurist in private endowment (endowment for the benefit of certain individuals) will be delegated to this organization from the date of approval of this law. However, the opinions of jurists differ where the founder does not appoint an administrator in the endowment. Some believe that the administration (trusteeship) is with the beneficiaries of an endowment in both types of endowments. A group considers the administration as the ruler in every kind of it. Some believe that the administrator in the general endowment is the ruler and the beneficiaries of an endowment bear the mentioned responsibility in the private endowment. It was concluded, by analytical-descriptive method and using the library method, in this study that the administrator of the endowed property is the ruler in cases where the founder does not specify the administrator in the endowment, and there is no difference between the general endowment and the private endowment in this regard.

Keywords: *Waqf* (Arabic: *وَقْفٌ*, endowment), *Administration* (Arabic: *تَوَلَّى*),

Abstracts

The Management of the Endowed Property in the Case of Not Appointing and Not Choosing the Administrator (Arabic: مُتَوَلِّي) of Endowment by the Founder (Arabic: واقف, Wāqif)

- *Majid Ostad Moadab Khoshrou (A student at the 3rd level of Mashhad seminary)*
- *G. Reza Yazdani (Assistant professor at Razavi University of Islamic Sciences)*
- *Mustafa Hosseini (A college member at Razavi University of Islamic Sciences)*

The way to manage waqf (Arabic: وَاقِف, endowment) is one of the main issues in the endowment contract. The responsibility of the management of the endowed property rests with the administrator (Arabic: مُتَوَلِّي) according to the opinion of jurists and also the civil law. The administrator is usually appointed by the founder (Arabic: واقف, Wāqif) during the endowment. Now, the question arises who

Table of contents

The Management of the Endowed Property in the Case of Not Appointing and Not Choosing the Administrator (Arabic: مُتَوَلَّى) of Endowment by the Founder (Arabic: وَاَقِف, Wāqif)/ Majid Ostad Moadab Khoshrou & Golam Reza Yazdani & Mustafa Hosseini ...	3
The Critical Study of Definitions of 'Aqd (Arabic: عَقْد, contract) in Ja'farī Jurisprudence and the Theoretical Presentation of the Fundamental Difference Between “the Nature of 'Aqd” and “Conclusion of 'Aqd” Ata'ollah Bigdeli & Muhammad Reza Muhammadi	23
The Duration Range in Temporary Marriage (Nikah mut'ah, Arabic: نِكَاحُ الْمُتَعَةِ, Romanized: nikāh al-mut'ah, literally temporary marriage or Sigheh, Persian: ازدواج موقت, صیغه) Ebrahim Javanmard Farkhani & Saeed Ebrahimi & Sayyid Muhammad Razavi	45
The Feasibility Study of the Acceptance of the Liability of Human Interests Loss in the Light of the Rule of Prohibition of Detriment (Arabic: لَا ضَرَرَ, principle of harm) Sayyid Ali Sajjadizadeh & Ali Asghar Sa'emi	69
The Investigation of Liability for Delegating of Excluded Lands Caused by Fault in the National Lands Detection/ Majid Reza Shaykhi Nasrabadi & Sayyid Hassan Vahdati Shubairi & Muhammad Ali Saeedi & Sayyid Saeed Mousavinejad Naeini	101
The Jurisprudential Rule of Expediency in the Laws and Regulations of Adoption and Children Without Guardians/ Abdolhamid Talebi	137
False Advertising in Transaction in Dealing with a Study in Ja'farī Jurisprudence and Iranian Law; Liabilities and Solutions/ Morteza Azizi & Bahram Taqipour	165
Search and Rescue in Venturous Situations and Infectious Diseases from the Point of View of Ja'farī Jurisprudence Muhammad Reza Alizadeh Moqaddam Beiraki & Mojtaba Elahi Khorasani	189
The Ruling of Marriage of Adulterer (Arabic: زَانِي, Zānī)'s Father and Adulterer's Son with Adulteress (Arabic: زَانِيَة, Zānīyah) from the Point of View of Five Islamic Denominations/ Ahad Gohari & Mohsen Jahangiri	219
The Obligations of the Personal Data Processor in the European Union and the Feasibility of Its Acceptance in Iranian Law/ Mahdiyeh Latifzadeh & Sayyid Muhammad Mahdi Qabuli Dorafshan & Saeed Mohseni & Muhammad Abedi	245
Contractual Agreements in Banking Operations Without Usury According to the Theory of the Liability of Money Sayyid Mustafa Mohaqqiq Damad & Sayyid Mojtaba Madani Bajestani	287
The Term Which is Contrary to the Requirements of the Substance (Nature) of Contract Reza Maqsūdi & Sayyid Mustafa Mohaqqiq Damad & Sayyid Mahdi Allameh & Ali Reza Mazlūm Rahni & Hormoz Asadi Koohbad	317
Translation of Abstracts:	
Arabic Translation/ Kamel Esmail	337
English Translation/ Muhammad Hossein Golyari	362

صاحب امتیاز: **فصلنامه علمی پژوهشی**

مدیر مسئول: **علی خیاط**

سر دبیر: **محمد حسن 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 محمد حسن حائری (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)

دکتر حسین صفایی (استاد دانشگاه علوم اسلامی رضوی)

دکتر محمد تقی فخلعی (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)

دکتر محسن ملک افضلی اردکانی (استاد جامعه المصطفی العالمیه)

دکتر محمد صادق موسوی (دانشیار دانشگاه شهید مطهری)

دکتر سید ابوالقاسم نقیبی (دانشیار دانشگاه شهید مطهری)



مشاوران علمی این شماره (به ترتیب حروف الفبا):

دکتر بی بی رحیمه ابراهیمی / دکتر احمد احمدی / حجة الاسلام دکتر سید مهدی

احمدی نیک / حجة الاسلام دکتر عبدالرضا اصغری / حجة الاسلام دکتر محمد

امامی / دکتر امین امیرحسینی / دکتر علیرضا پوراسماعیلی / حجة الاسلام دکتر

سید ابوالقاسم حسینی زیدی / دکتر موسی حکیمی صدر / حجة الاسلام دکتر جعفر

زنگنه شهرکی / دکتر علی ساعتچی / دکتر محمد عبدالصالح شاهنوش / دکتر

ابوالفضل علی شاهی قلعه جوئی / دکتر محمدرضا غلام پور / دکتر محمد تقی

فخلعی / حجة الاسلام دکتر حسین فرزانه / حجة الاسلام دکتر سید محسن قائمی

خرق / دکتر مرتضی مرتضوی / حجة الاسلام دکتر سید مهدی نقیبی /

حجة الاسلام دکتر سید حسن وحدتی شبیری / دکتر حسین هوشمند فیروز آبادی /

حجة الاسلام دکتر غلامرضا یزدانی



تأییدیه علمی پژوهشی:

«مجله آموزه های 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 وبگاه های 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 می باشد.»

«آرای نویسندگان مقالات لزوماً دیدگاه مجله نیست.»

«نقل مطالب مجله با ذکر مأخذ بلامانع است.»

آموزه های فقه مدنی

بهار - تابستان ۱۴۰۲، شماره ۲۷



کارشناس مسئول

اسماعیل شفیعی

کارشناس اجرایی

علی برهان زهی

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. 27

Spring & Summer 2023



Proprietor:

Razavi University of Islamic
Sciences

Managing Director:

A. Khayyat

Editor -in- Chief:

M. H. Haeri

Executive Chief:

E. Shafiei

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