فهرست مطالب

نکاح، حیله‌های شرعی و چالش‌های فرارو / سید مهدی احمدی نیک؛ محمد امامی ۵

بررسی دیدگاه شورای نگهبان در خصوص زمان قابل قبول برای احیای اراضی در محدودهٔ منابع طبیعی، با تحلیلی بر تبصرهٔ ۶ الحاقی قانون ابطال اسناد فروش رقبات آب و اراضی موقوفه / مجتبی باقرزاده؛ سید مصطفی محقق داماد؛ غلامعلی سیفی زیناب ۲۹

مبنای مسئولیت متصدی حمل‌ونقل در حقوق داخلی و کنوانسیون سی.ام.آر (CMR) با نگرشی بر لایحهٔ تجارت ۱۳۹۸/ مهسا نظری؛ سعید خردمندی ۵۹

اعتبارسنجی شرطیت پیش‌بینی‌پذیری خسارت قابل مطالبه در مسئولیت قراردادی و قهری در فقه امامیه، حقوق ایران و مصر / محمدعلی سعیدی؛ جعفر زنگنه شهرکی؛ مهدی میری ۹۱

ارزیابی نقدهای مطرح‌شده دربارهٔ عقد مشارکت کاهنده / سید مجتبی صدیقیان کاخکی؛ محمد عربشاهی؛ سید علی سجادی‌زاده ۱۱۹

بررسی مشروعیت سرمایه‌گذاری اموال خمس و زکات بر اساس مبانی امام خمینی(ره) / رحمت‌اله کریم‌زاده؛ غلامعلی مقدم ۱۴۹

تأثیر مشروعیت انگیزه در ضمان قهری / مهدی بیکی شورکی؛ عباس کریمی ۱۷۳

واکاوی انتقادی مواجههٔ فقیهان امامیه با دلایل ارث‌بری زوجه از اموال غیرمنقول زوج / البرز محقق گرفمی؛ مصطفی حسینی؛ فاطمه انصاری ۲۰۵

نقش تصرف در بیع شرط، با نگاه انتقادی به مادهٔ ۴۶۰ق.م / مهدی معظمی گودرزی ۲۳۹

مطالعهٔ انتقادی روش‌های محاسبهٔ ارش مدنی در فرض اختلاف نظر کارشناسان، با نگاه به آرای شیخ انصاری / مهدی موحدی محب؛ مسیح لسانی ۲۶۱

نقدی بر ادله مشهور در شرط توارث زوجین در ازدواج موقت / سید محسن موسوی‌فر؛ حمیدرضا صفائی اوندری؛ ماهان کرمانی ۲۸۵

ابقای اذن در نهاد قرارداد مشارکت مدنی / طاهره مصلحی؛ جواد نیک‌نژاد؛ محمد عالم‌زاده ۳۱۵

راهنمای تدوین مقالات

ـ مقاله باید حاصل نوآوری و پژوهش در زمینهٔ تخصصی نشریه یا مطالعات بینارشته‌ایِ مرتبط باشد. در صورت ارسال همزمانِ چند مقاله، فقط مقالهٔ اول داوری می‌شود.

ـ اطلاعات نویسندهٔ مسئول و همکاران، این‌گونه تنظیم می‌شود: «نویسنده مسئول، رتبهٔ دانشگاهی، نام گروه، نام دانشکده، نام دانشگاه، نام شهر، نام کشور. رایانامهٔ دانشگاهی».

ـ ارسال مقالات فقط از طریق سامانهٔ نشریات علمی به نشانی <https://journals.razavi.ac.ir> انجام می‌گیرد.

ـ در تایپ مقالهٔ فارسی، از قلم Irzar اندازهٔ ۱۳، برای عبارات عربی از قلم Traditnal Arabic اندازهٔ ۱۲ و برای کلمات انگلیسی از قلم Times New Roman اندازهٔ ۱۲ استفاده می‌شود.

ـ پانویس‌های فارسی و عربی با قلم بالا و اندازهٔ ۱۰ و پانویس انگلیسی با قلم بالا و اندازهٔ ۹ باشد.

ـ در پانویس، در پایان اسامی یا اصطلاحات، نقطه گذاشته نمی‌شود.

ـ تعداد کلمات مقاله، بدون کلمات چکیده و کلیدواژه‌ها، نباید از ۸۰۰۰ کلمه بیشتر شود.

ـ مقاله باید شامل عنوان، چکیده، مقدمه، بحث، نتیجه‌گیری، سپاسگزاری و فهرست منابع باشد.

ـ چکیدهٔ مقاله در یک پاراگراف و بین ۱۵۰ تا ۲۵۰ کلمه و مایل (Italic) باشد.

ـ رعایت اصول چکیده‌نویسی ضروری است و در چکیده باید چهار قسمتِ درآمد (Introduction)، روش (Methods)، یافته‌ها (Results) و نتیجه‌گیری (Conclusion) وجود داشته باشد.

ـ کلیدواژه‌های مقاله (چهار تا هفت واژه) به دنبال هر چکیده بیاید. لطفاً از واژهٔ «کلیدواژه‌ها» استفاده شود.

ـ کلیدواژه‌های فارسی و انگلیسی مطابق هم باشند.

ـ در مقدمه به «تعریف مسئله»، «پیشینهٔ تحقیق»، «اهمیت، ضرورت و نوآوری پژوهش»، «سؤال یا سؤالات پژوهش» و «فرضیه یا فرضیه‌های تحقیق» پرداخته می‌شود.

ـ در مقدمه، ذکر «پیشینهٔ پژوهش» الزامی است.

ـ تیتر «چکیده»، «مقدمه»، «نتیجه‌گیری و پیشنهادها» و «فهرست منابع» شماره‌گذاری نمی‌شود.

ـ تیترها با شمارهٔ ۱، ۲ و... و زیرمجموعهٔ آنها از راست به چپ (۱-۱، ۱-۲) تنظیم می‌شود.

ـ رعایت دستور خط زبان فارسی فرهنگستان الزامی است.

ـ نقل‌قول مستقیم در صورت بیش از ۴۰ کلمه، در پاراگرافِ مایل (Italic) تنظیم می‌شود.

ـ ترجمهٔ آیه و روایت، به دنبال متن عربی و پس از نقطه‌ویرگول (؛) داخل گیومه قرار می‌گیرد.
ـ در عبارات عربی روایات و غیره یا رونوشتِ آنها از نرم‌افزارها، به اعراب‌های ضروری بسنده شود و از ناهماهنگی در اعراب‌گذاری بپرهیزید.
ـ ارجاعات به شیوهٔ APA (American Psychological Association) است.
ـ نام کتاب و نشریه در متن و فهرست منابع، مایل (Italic) و عنوان مقالات در متن، داخل گیومه باشد.
ـ درج شناسهٔ DOI یا DOR در انتهای هر مقاله در فهرست منابع ضروری است.
ـ در فهرست منابع، نام مؤلفِ چند اثر، باید تکرار شود.
ـ نشریه در ویرایش مقالات آزاد است و آرای نویسندگان لزوماً دیدگاه نشریه نیست.

اصول اخلاقی مجله

ـ فهرست نام نویسندگان نشان‌دهندهٔ همکاری آنها در تدوین مقاله است. لذا تعیین نام نویسنده مسئول و ترتیب نویسندگان ضروری است.
ـ نویسنده مسئول فردی است که در تهیه، آماده‌سازی و... مقاله، سهم عمده را دارد و مسئولیت هر ایراد قانونی و رعایت ضوابط بر عهدهٔ اوست.

حقوق نویسندگان و داوران

ـ اطلاعات شخصی نویسندگان برای کارشناسان و عوامل اجرایی و اعضای تحریریهٔ مجله محرمانه است و از آن محافظت می‌شود.
ـ داوری نشریه دوسویه ناشناس و نام داوران محرمانه است.

قانون کپی‌رایت

ـ مقالات ارسالی نباید کپی‌برداری از آثار چاپ‌شده یا ترجمهٔ آثار باشد و قبلاً در نشریهٔ دیگری چاپ شده یا برای نشریهٔ دیگر همزمان ارسال شده باشد.
ـ در صورت تخلف نویسندگان، مطابق با مادهٔ ۳ از فصل دوم قانون حمایت از حقوق پدیدآورنده (تأییدشده در وزارت علوم، تحقیقات و فناوری) رفتار خواهد شد.
ـ همپوشانی مقالات چاپ‌شدهٔ نویسنده یا نویسندگان تا ۱۰ درصد پذیرفتنی است و بیشتر از آن شامل قانون کپی‌رایت می‌گردد.
ـ ارجاع به کتاب:
ـ در متن: (نام خانوادگی، سال انتشار، ص/ ج، ص).
ـ مثال: (جوادی آملی، ۱۳۸۶، ج۱، ص۱۲).
ـ در فهرست منابع: نام خانوادگی نویسنده، نام. (سال نشر). عنوان کتاب. محل نشر: نام ناشر.

ـ مثال: جوادی آملی، عبدالله. (۱۳۸۶ش). رحیق مختوم. قم: اسراء.

ـ ارجاع به مقاله:

ـ در متن: (نام خانوادگی نویسنده، سال نشر). مثال: (ایروانی؛ حق‌پناه، ۱۴۰۲).

ـ در فهرست منابع: نام خانوادگی نویسنده، نام. (سال نشر). عنوان مقاله. عنوان نشریه، دوره (شماره)، صفحهٔ آغاز ـ پایان مقاله. DOI یا DOR مقاله.

ـ مثال: ایروانی، جواد؛ حق‌پناه، رضا. (۱۴۰۲ش). پاسخ به شبههٔ اسارت زن در دست مرد (بررسی موردی: تجویز رابطهٔ زناشویی با کنیز شوهردار در قرآن). آموزه‌های قرآنی، ۲۰(۳۸)، ۳-۲۵، https://doi.org/10.30513/qd.2023.5167.2133

Civil Jurisprudence Doctrines

ISSN Print: 2251- 936x Online: 2783- 3690

Marriage (Nikāḥ), Jurisprudential Stratagems (Ḥiyal-i Sharʿī) and Existing Challenges

Seyed Mahdi Ahmadinik[1] | **Mohammad Imami**[2]

1. Associate Professor, Department of Fiqh and Foundations of Law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran; Professor of Advanced Islamic Jurisprudence (Kharij level) at the Seminary of Mashhad, Mashhad, Iran. Email: ahmadinik@razavi.ac.ir
2. Associate Professor, Department of Jurisprudence and Legal Foundations, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran. Email: dr.imami@razavi.ac.ir

Article Info

Article type:
Research Article

Article history:
Received: 19 March 2024
Revised: 19 October 2024
Accepted: 31 December 2024
Available online 4 January 2025

Keywords:
legal Stratagem (Ḥiyal-i Sharʿī), Marriage (Nikāḥ), Declaration of Apostasy (Irtidād), Nikāḥ-e Muḥallal (Legal or Permissible Re-Marriage after Divorce).

ABSTRACT

The use of legal stratagem (Ḥiyal-i sharʿī) in various branches of jurisprudence—such as purity (Ṭahārat), marriage (Nikāḥ), divorce (Ṭalāq), sale (Baiʿ), lease (Ejāreh), and others—as a means to avoid committing sins and to achieve lawful ends while overcoming legal hurdles, has always had both proponents and opponents. Some consider these stratagems prohibited, while others deem them permissible. The question is how a legally responsible person (Mukallaf) can employ an improper act as a means to achieve their objective and have legal effects attached to it. The present study, using a descriptive-analytical method and relying on library sources, examines the most important legal stratagems related to marriage (Nikāḥ) that have not yet been independently, thoroughly, or comprehensively discussed and analyzed. By referencing Quranic verses, traditions (Aḥādīth), and rational judgments, the study concludes that: (1) Declaring apostasy (Irtidād) without inner rejection does not render someone an apostate; (2) Contracting marriage with a suckling infant for the purpose of establishing Mahramiyyat (kinship prohibition) with her mother is not valid; (3) Stipulating the dissolution of the marriage contract after its legalization (Taḥlīl) does not result in the dissolution of the contract; and (4) Regarding the creation of marriage prohibitions for a man in relation to the woman he desires, although this may have legal effects, in some cases its use is forbidden.

Cite this article: Ahmadinik, S. M.; Imami. M. (2025). Marriage (Nikāḥ), Jurisprudential Stratagems (Ḥiyal-i Sharʿī) and Existing Challenges. *Civil Jurisprudence Doctrines*, 17(31), 5-28. https://doi.org/10.30513/cjd.2025.5942.1946

© The Author(s). Publisher: Razavi University of Islamic Sciences.

آموزه‌های فقه مدنی
ISSN Print: 2251- 936x Online: 2783- 3690

نکاح، حیله‌های شرعی و چالش‌های فرارو

سید مهدی احمدی نیک[۱] | محمد امامی[۲]

۱. نویسنده مسئول، دانشیار، گروه فقه و مبانی حقوق، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران؛ استاد دروس خارج فقه و اصول حوزهٔ علمیهٔ خراسان، مشهد، ایران. رایانامه: ahmadinik@razavi.ac.ir

۲. دانشیار، گروه فقه و مبانی حقوق، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران. رایانامه: dr.imami@razavi.ac.ir

اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۲/۲۹
تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۷/۲۸
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۰/۱۱
تاریخ انتشار برخط: ۱۴۰۳/۱۲/۱۵

کلیدواژه‌ها:
حیلهٔ شرعی، نکاح، اظهار ارتداد، نکاح محلّل.

چکیده

استفاده از حیلهٔ شرعی در ابواب گوناگون فقه مانند طهارت، نکاح، طلاق، بیع، اجاره و غیر آن به‌عنوان ابزاری برای رهایی از ارتکاب حرام برای رسیدن به حلال مورد نظر و عبور از تنگناهای شرعی همواره موافقان و مخالفانی داشته و برخی آن‌ها را ممنوع و برخی مجاز دانسته‌اند. اکنون مسئله این است که چگونه می‌شود مکلف عمل ناشایستی را به‌عنوان ابزاری برای رسیدن به هدف خود قرار دهد و اثر بر آن مترتب شود؟ پژوهش حاضر با روش توصیفی-تحلیلی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای، مهم‌ترین حیله‌های شرعی باب نکاح را که تاکنون به‌طور مستقل، مستدل و جامع مورد بحث و تحلیل قرار نگرفته‌اند بررسی نموده و به استناد آیات، روایات و حکم عقل به این نتیجه رسیده است که با اظهار ارتداد، بدون انکار قلبی، کسی مرتد نمی‌شود؛ و با عقد بر صغیرهٔ شیرخوار به‌منظور محرمیت با مادر او، محرمیتی محقق نمی‌شود؛ و با شرط انفساخ عقد بعد از تحلیل، عقد منفسخ نمی‌شود، و در مورد ایجاد مانع ازدواج برای مرد با زن مورد علاقهٔ او، اگرچه دارای اثر بوده، اما در مواردی، استفاده از آن حرام می‌باشد.

استناد: احمدی نیک، سید مهدی؛ امامی، محمد. (۱۴۰۴). نکاح، حیله‌های شرعی و چالش‌های فرارو. آموزه‌های فقه مدنی، ۱۷(۳۱)، ۵-۲۸. https://doi.org/10.30513/cjd.2025.5942.1946

ناشر: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.

© نویسندگان.

مقدمه

بحث از به‌کارگیری حیله‌های شرعی به‌منظور رهایی از یک حرام شرعی از بحث‌های جنجالی فقهی بوده و فقیهان امامی در مشروعیت یا ممنوعیت و اثرگذاری آن‌ها دارای اختلاف نظر بوده و هر کدام در جای خود به استناد ادله‌ای اقدام به اثبات دیدگاه خود نموده‌اند. دربارهٔ پیشینهٔ بحث باید اشاره نماییم که این مسئله از قدمت قابل توجهی برخوردار می‌باشد. مفسران و نیز فقهای ارجمند به بحث از آن پرداخته‌اند (نک: طبرسی، ۱۳۷۲، ج۴، ص۷۵۷؛ طباطبائی، ۱۴۱۷، ج۸، ص۳۰۱؛ زمخشری، ۱۴۰۶، ج۲، ص۱۷۰؛ فخر رازی، ۱۴۲۰، ج۳، ص۵۴۰؛ ج۱۵، ص۳۹۰؛ قرطبی، ۱۳۵۴، ج۷، ص۳۰۵؛ طوسی، ۱۳۸۷، ج۵، ص۹۵؛ سید مرتضی، بی‌تا، ص۸۳؛ حلی، ۱۴۰۸، ج۳، ص۲۰؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج۹، ص۲۰۳؛ فیض کاشانی، بی‌تا، ج۳، ص۳۳۳؛ نجفی، ۱۳۶۳، ج۳۲، ص۲۰۴؛ بحرانی، ۱۴۰۵، ج۲۵، ص۳۷۹). در پژوهش‌های جدید نیز تلاش‌هایی دراین‌باره انجام شده است که مرتبط‌ترین آن‌ها عبارت‌اند از:

- رسالهٔ دکتری الرّبا، نشأته وتطوّره، مفاسده وحیله اثر سید مهدی احمدی نیک. این رساله مشتمل بر تاریخ ربا، ربا در قرآن، ادله و علل حرمت ربا، مفاسد و حیله‌های ربا همراه با تحلیل و بررسی دیدگاه فقهای امامیه دراین‌باره است و هیچ بحثی از حیله‌های نکاح ننموده است.
- کتاب حیله‌های شرعی اثر ناصر مکارم شیرازی؛
- کتاب الحیل، المحظور منها والمشروع از عبدالسلام ذهنی بک؛
- کتاب حیل شرعی در فقه و حقوق اثر محمد صدری ارحامی.

هر سه کتاب فوق مباحثی پیرامون معنا و انواع حیله، تقلب و انواع آن در معاملات و مصادیق مختلفی از حیل شرعی و حیله‌های ممنوع و غیر آن را بررسی نموده‌اند.

- کتاب حیله‌های شرعی ناسازگار با فلسفهٔ فقه، از محمد عبدالوهاب بحیری، ترجمهٔ حسین صابری. در این کتاب پس از تعریف حیله و بیان اقسام آن عمدتاً با استفاده از قرآن و روایات، به حکم دو دستهٔ کلی از حیل پرداخته شده است، لکن در هیچ کدام حیله‌های باب نکاح مورد بحث قرار نگرفته است.

در بین مقالات منتشرشده نیز مقالات زیر را می‌توان برشمرد:

– مقالهٔ «آموزه‌ای نو در پدیدهٔ حیله‌های شرعی» اثر حسین ناصری (۱۳۸۹) در مجلهٔ فقه، که فقط اقسام حیله‌های شرعی و دلایل جواز و حرمت حیله را بررسی نموده است.

– مقالهٔ «بررسی حیله‌های فقهی در عقود» اثر محمود ویسی انتشاریافته در مجلهٔ تخصصی مطالعات فقه و اصول (شمارهٔ ۱، تابستان ۹۸) که پس از مفهوم‌شناسی و تقسیم حیله‌ها به جایز و غیرجایز، حکم حیله‌های مورد استفاده در عقود را بررسی و تبیین کرده و از بین حیل باب نکاح فقط به نکاح تحلیل پرداخته که گزارش مختصری از نظر فقهای امامیه بدون اشاره به ادلهٔ هر نظریه ارائه نموده است.

– مقالهٔ «بازپژوهی حیلهٔ شرعی در فقه امامیه و اهل‌سنت» اثر طاهر علی‌محمدی و حسین ناصری‌مقدم در شمارهٔ ۲۰ نشریهٔ جستارهای فقهی و اصولی که فقط به تقسیم حیله به حرام، جایز و مباح و بررسی آن‌ها پرداخته‌اند.

– مقالهٔ «حیلهٔ شرعی در نکاح» اثر الهه تفویضی و منصور امیرزاده جیرکلی و حسین صابری در فصلنامهٔ علوم اجتماعی (شمارهٔ ۴، سال ۱۳۹۵). نویسندگان این مقاله هرچند به پنج مورد از حیله‌های باب نکاح اشاره نموده‌اند و تاکنون مقالهٔ مذکور از این نظر جامع‌ترین محسوب می‌شود، اما مروری صرف بر دیدگاه موافقان و مخالفان بدون بررسی و حتی بعضاً ذکر ادلهٔ طرفین است، چه رسد به تحلیل و نقد آن‌ها و در واقع، پژوهش تلقی نمی‌شود.

مرور آثار منتشرشدهٔ پیش‌گفته در مورد حیله‌های شرعی نشان می‌دهد که اولاً حیله‌های باب نکاح در یک مجموعهٔ مستقل منتشر نشده و به‌علاوه بعضی از حیله‌های باب نکاح هم که به‌صورت پراکنده ذکر شده، به‌صورت گذرا و مرور دیدگاه‌ها و فارغ از مستندات هر نظریه و نقد آن‌هاست و نیز همهٔ حیله‌های باب نکاح به بحث گذارده نشده است و آن‌گونه که باید حیله‌های ناظر به باب نکاح و طلاق که از پر ابتلاترین ابواب فقهی و دارای آثار مهمی است، به‌طور مستقل، جامع و مستند مورد بحث قرار نگرفته است. اکنون مسئلهٔ پیش‌رو این است که بسیاری از افراد متدین از یک سو، تمایل به پایبندی به شریعت و احکام آن دارند و از دیگر سو، به دنبال رسیدن به اهداف دنیوی خود با ساده‌ترین راه هستند که اگر این حیله‌ها مجاز باشد گشایشی در روند برخورداری آن‌هاست و لذا این پرسش پیش می‌آید که با توجه به مبانی و مستندات فقهی، استفاده از

حیله‌های شرعی در باب نکاح و طلاق، دارای چه آثاری است؟ این مقاله به‌منظور یافتن پاسخ مستدل فقهی که تاکنون در آثار مسبوق بر این پژوهش به‌طور مستقل و جامع مورد بحث و مناقشه قرار نگرفته، این مسئله را مورد بررسی و تحلیل جامع قرار داده و مشروعیت و عدم مشروعیت هر کدام را با نظر به مستندات فقهی تعیین و آثار هر یک را تبیین نموده است. ازاین‌رو پژوهش حاضر با نظر به تمرکز بر حیله‌های باب نکاح و پرهیز از پراکندگی، جامعیت و تکثر ادله، نقد، تحلیل و مناقشات علمی و بر فرازی آثار حیله‌ها دارای نوآوری و غیرمسبوق به سابقه می‌باشد.

۱. مفهوم‌شناسی

۱-۱. مفهوم لغوی

«حیل» جمع «حیله» و از مادهٔ «حول» گرفته شده و به معنای دگرگونی و تغییر است (ابن‌منظور، ۱۴۱۴، ج۱۱، ص۱۸۵). «حیله» که «حِوَل» و «حِیَل» جمع آن است، برگرفته از احتیال، تحول و تحیل است و به معنای مهارت و قدرت بر دقت و عمل می‌باشد (فیروزآبادی، ۱۴۱۲، ج۳، ص۳۷۴). واژه‌نگاران دربارهٔ حیله گفته‌اند: از حول گرفته شده و «هو تحرک فی دور» به معنای حرکت دورانی داشتن. عرب سال را به همین جهت که دارای دَوَران است حول می‌گوید (ابن‌فارس، ۱۴۰۴، ج۲، ص۱۲۱) و نیز گفته شده: رَجُلٌ حُوَّل: ذُو حِیل، یعنی کسی که دارای مهارت و قدرت بر تصرف می‌باشد؛ یا حیله همان چاره است، اما باید شکل پنهانی داشته باشد. غالباً حیله بار منفی دارد، و گاهی هم در موارد مثبت به کار می‌رود و به همین جهت در وصف خداوند متعال گفته شده است: ﴿وَ هُوَ شَدیدُ الْمِحالِ﴾ (رعد / ۱۳) (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ص۲۶۷).

۱-۲. مفهوم اصطلاحی

دربارهٔ معنای اصطلاحی آن گفته شده است: «الحیلة هی حفظ ظواهر قوانین الشّرع وإن کانت روحها غیر موجودة؛ حیله عبارت است از حفظ ظاهر قوانین شرع، اگرچه روح قانون موجود نباشد» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۸، ص۱۴). بر این اساس، حیله چاره‌جویی برای حفظ ظواهر شریعت به‌منظور رسیدن به هدف مورد نظر می‌باشد.

۲. حیله‌های شرعی و دیدگاه‌ها

دربارهٔ حکم استفاده از حیله‌های شرعی در بین فقهای امامیه دیدگاه‌های مختلفی وجود دارد:

برخی معتقدند در صورتی که حیله فی‌نفسه مباح باشد، استفاده از آن جایز و اثر نیز بر آن بار می‌شود، ولی اگر فی‌نفسه حرام باشد، اگرچه به‌کارگیری آن ممنوع و مستلزم گناه است، اما در صورتی که به کار گرفته شود دارای اثر می‌باشد (نک: حلی (محقق)، ۱۴۰۸، ج۳، ص۲۰؛ حلی (علامه)، ۱۴۲۰، ج۴، ص۷۹؛ حلی (علامه)، ۱۴۱۹، ج۲، ص۵۶۶؛ حلی (علامه)، ۱۳۸۷، ج۴، ص۴۶؛ عاملی، ۱۴۱۳، ج۹، ص۲۰۳؛ فیض کاشانی، بی‌تا، ج۳، ص۳۳۳؛ بحرانی، بی‌تا، ج۱۴، ص۵۳۱-۵۳۷).

صاحب جواهر(ره) دراین‌باره با اظهار نظری دقیق‌تر فرموده است: حیله‌ای که به نقض غرض شارع بینجامد باطل می‌باشد و اثری بر آن بار نمی‌شود «إلا أن یثبت من الشّارع ما یقتضی معاملته بضدّ غرضه» (نجفی، ۱۳۶۳، ج۳۲، ص۲۰۳؛ نجفی، بی‌تا، ص۱۸۰). از این بیان به دست می‌آید که حیله‌های شرعی زمانی مشروع‌اند که با غرض شارع منافات نداشته باشند. از باب مثال، اگر مردی به غرض محروم کردن همسر خود از ارث، در مرضی که منتهی به فوتش می‌شود او را طلاق دهد، شارع حکم به بطلان چنین طلاقی می‌دهد و اثری بر آن بار نمی‌شود و همسر او از وی ارث می‌برد (نک: نجفی، ۱۳۶۳، ج۳۲، ص۲۰۳). به‌عنوان فلسفهٔ این حکم شاید بتوان گفت که یکی از اغراض شارع وحکمت‌های قرار دادن ارث برای زن پس از عقد، علاوه بر استحکام بنیان خانواده و جلوگیری از طلاق و ایجاد دلگرمی بیشتر، آن است که وی در زندگی همراه مرد گردد و سختی‌هایی را متحمل شود و به طور طبیعی دارای حقوقی از جمله ارث به‌منظور عدم استیصال وی پس از مرگ شوهر به‌موجب حکم شارع می‌باشد. بنابراین اگر مرد بخواهد در مرض منتهی به فوت، او را طلاق دهد تا وی را محروم از ارث نماید خلاف غرض شارع از جعل ارث برای اوست، لذا چنین طلاقی بی‌اثر است.

برخی از فقها به‌کارگیری آن را فی‌الجمله جایز شمرده‌اند (نک: طوسی، ۱۳۸۷، ج۵، ص۹۵؛ صدوق، ۱۴۱۳، ج۳، ص ۱۷- ۲۸؛ مجلسی اول، ۱۴۰۶، ج۶، ص۵۹).

بعضی دیگر به‌کارگیری حیله‌های منصوص را مجاز و غیرمنصوص را ممنوع دانسته‌اند

(بحرانی، ۱۴۰۵، ج۵، ص۳۷۵).

بر اساس مطالب پیش‌گفته، چنان‌که برخی تصریح نموده‌اند، حیله بنفسه نه به‌طور مطلق حلال است و نه به‌صورت مطلق حرام (نک: حلی (محقق)، ۱۴۰۸، ج۳، ص۲۰؛ حلی (علامه)، ۱۴۲۰، ج۴، ص۷۹؛ بحرانی، بی‌تا، ج۱۴، ص۵۳۱-۵۳۷؛ عاملی، ۱۴۱۳، ج۹، ص۲۰۳؛ فیض کاشانی، بی‌تا، ج۳، ص۳۳۳) و در بیان معیار شناخت حیلهٔ جایز از غیر آن می‌توانیم بگوییم هر روش مشروعی که با آن اهداف شریعت همانند عبودیت خداوند، پرهیز از نواهی آن، یا احقاق حقوق ستمدیده یا انتقام از ستمگران محقق شود، جایز و دارای ثواب است، ولی هر شیوه‌ای که به بازیچه قرار گرفتن اهداف شریعت همانند اسقاط واجب یا ارتکاب حرام یا احیاء باطلی بینجامد جایز نمی‌باشد و به تعبیر صاحب جواهر (نجفی، ۱۳۶۳، ج۳۲، ص۲۰۳) اگر به ضد غرض شارع بینجامد ممنوع است.

۳. حیله‌های شرعی؛ چالش‌ها

۳-۱. اظهار ارتداد به‌منظور فسخ نکاح

ارتداد یکی از مسائلی است که علاوه بر ثبوت مجازات و کیفر برای آن در فقه جزایی (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج۱۵، ص۲۶؛ نجفی، ۱۳۶۳، ج۴۱، ص۶۰۴؛ اردبیلی، ۱۴۰۳، ج۱۳، ص۳۱۸) دارای احکامی در فقه مدنی نیز می‌باشد، از جمله فسخ علقهٔ زوجیت بین زن و شوهر به مجرد ارتداد هر دو یا یکی از آن دو (نک: شهید ثانی، ۱۴۱۲، ج۲، ص۹۸؛ طوسی، ۱۴۰۸، ص۳۳۹؛ حلی، ۱۴۲۰، ج۳، ص۴۹۹؛ صیمری، ۱۴۲۰، ج۳، ص۷۲؛ محقق ثانی، ۱۴۱۴، ج۱۲، ص۴۰۹؛ فاضل آبی، ۱۴۱۷، ج۲، ص۱۴۸؛ حلی، ۱۴۰۴، ج۳، ص۱۰۱؛ حلی، ۱۴۰۷، ج۳، ص۲۹۴؛ طاهری، ۱۳۷۵، ج۱، ص۱۰۸). با توجه به آنچه بیان شد، اگر زنی به دلیل ناراضی بودن از شوهرش قصد جدا شدن از او را داشته باشد، ولی همسرش حاضر به طلاق وی نباشد، آیا می‌تواند برای انحلال عقد نکاح خود و همسرش، حیله و چاره‌جویی کند و اظهار ارتداد نماید و پس از انقضای عدّه به اسلام بازگردد؟

روشن است که این حیله اگر درست باشد، می‌تواند مقصود چنین خانمی را برآورده نماید، اما آیا به کار بردن چنین حیله‌ای مشروع و دارای اثر است؟

۱. شهید ثانی(ره) می‌گوید: از قسم حیلهٔ حرام آن است که زنی به دلیل ناراضی بودن

از شوهر خود به‌منظور برداشتن علقهٔ زوجیت و برهم زدن آن مرتد شود. در این صورت، عقد نکاح بین آن دو فسخ می‌شود. اگر ارتداد قبل از عمل زناشویی باشد، بلافاصله از همسر خود جدا می‌شود و عقد آنان فسخ می‌گردد، ولی اگر ارتداد بعد از عمل زناشویی باشد، جدایی و فسخ نهایی، متوقف بر سپری شدن عدهٔ چنین زنی است. اگر زن بعد از انقضای عده به اسلام برگردد، اسلام او پذیرفته است و حیلهٔ او نیز مؤثر می‌باشد (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج۹، ص۲۰۳).

۲. محقق بحرانی(ره) در رد عبارت فوق از شهید، نوشته است: مفاد کلام شهید این است که اظهار ارتداد، همراه با تغییر اعتقاد قلبی از اسلام به کفر نبوده است و کفری سبب فسخ نکاح و زوال علقهٔ زوجیت می‌شود که با اعتقاد قلبی همراه باشد نه صرف اظهار ارتداد، زیرا تظاهر به کفر به‌تنهایی بدون اعتقاد قلبی، اگرچه سبب فسق فرد می‌شود، ولی سبب کفر او نمی‌شود (بحرانی، ۱۴۰۵، ج۲۵، ص۳۷۹؛ و نک: فیض کاشانی، بی‌تا، ج۳، ص۳۳۴).

به اعتقاد نگارندگان، این مسئله از دو منظر قابل بررسی است: یکی از منظر ظاهر ادله و یکی از منظر غرض شارع. از منظر ظاهر ادله، همچنان‌که در کلام مرحوم فیض و بحرانی آمده است، فرمایش شهید قابل پذیرش نمی‌باشد، زیرا یکی از اسباب بینونت و جدایی زن و شوهر ارتداد است و قدر متیقن از ارتداد این است که فردی مسلمان، علاوه بر گفتار کفرآمیز، با اعتقاد قلبی، به انکار خدا یا پیامبری از پیامبران الهی یا جهان آخرت یا یکی از ضروریات دین بپردازد.

بر اساس ظاهر آیات و روایات (نک: مائده/ ۵۴ و ۳۲؛ بقره/ ۱۶۰-۱۶۱؛ آل عمران/ ۸۳؛ فصلت/ ۴۱؛ کلینی،۱۴۰۱، ج۸، ص۱۲۵؛ صدوق، ۱۴۱۳، ج۳، ص۱۴۹؛ طوسی، ۱۴۰۷، ج۱۰، ص۱۳۶) دوری کردن مردم از چنین پدیده‌ای به‌طور واقعی می‌باشد و ارتداد واقعی زمانی است که انکار قولی با انکار قلبی همراه باشد.

ازاین‌رو برخی از فقها دراین‌باره آورده‌اند: در تحقق ارتداد علاوه بر بلوغ، عقل و اختیار، انکار قلبی نیز شرط است. بنابراین اگر از کسی بدون اعتقاد قلبی، گفتار یا رفتار کفرآمیزی صادر گردد ارتداد تحقق پیدا نمی‌کند (نجفی، ۱۳۶۳، ج۴۱، ص۶۰۹-۶۱۰؛ و نک: موسوی سبزواری، ۱۳۹۶، ج۲، ص۱۱۰-۱۱۴).

بنابراین حیلهٔ مزبور به دلیل فقدان قصد جدی، کالعدم بوده، بلکه موضوع ارتداد به دلیل عدم انکار قلبی تحقق نیافته و از اساس منتفی است و ازاین‌رو به‌کارگیری چنین حیله‌ای علاوه بر آن‌که فی‌نفسه حرام می‌باشد، مشروعیتی ندارد و اثری بر آن بار نمی‌شود.

لازم به یادآوری است که در مقاله‌ای در یکی از مجلات فاخر علمی - پژوهشی وابسته به دانشگاه علوم اسلامی رضوی، برخی از پژوهشیان به نقل از یکی از فقهای صاحب‌نام چنین آمده است: ارتداد قطع رابطه با اسلام به‌صورت اعلام زبانی یا عملی است. در ادامه هم این فرمایش مورد نقد و بررسی قرار نگرفته که به‌گونه‌ای ظهور در پذیرش آن دارد (مرندی و دیگران، ۱۴۰۱، ص۲۷۳). از آنچه بیان شد، ضعف چنین مفهومی برای ارتداد روشن شد، زیرا ارتداد در صورت اعلام زبانی با فقدان قصد جدی و عدم انکار قلبی تحقق نیافته و منتفی است و احکام ارتداد نیز بر آن بار نمی‌شود.

اما از منظر غرض شارع نیز چه ارتداد واقعی باشد چه ظاهری ما نمی‌توانیم در مورد بحث چنین اثری را بر ارتداد بار کنیم، آن‌هم در جهت کمک کردن به رفع مشکلی از راه ارتداد، ترتب چنین اثری بر ضد غرض شارع خواهد بود، زیرا با توجه به آیات و روایات واردشده در منع ارتداد، غرض شارع دور نمودن مردم از آن است و ترتب اثر بر ارتداد معنایش باز شدن راه و به‌گونه‌ای تشویق به ارتداد است و ناقض غرض شارع، و برخی چنین حیله‌ای را منع نموده‌اند (نک: نجفی، ۱۳۶۳، ج۳۲، ص۲۰۳). ازاین‌رو بر چنین ارتدادی (فقط انکار زبانی و نه قلبی) چنین اثری بار نمی‌شود. از جهتی دیگر نیز تجویز این حیله با غرض شارع یعنی استحکام و بقای خانواده مخالفت دارد و با مذاق شریعت ناسازگار است.

۳-۲. عقد بر صغیرهٔ غیرقابل التذاذ به‌منظور ایجاد محرمیت

یکی از حیله‌هایی که امروزه در بین مردم رایج است و به‌منظور محرمیت انجام می‌گیرد، این است که فردی دختر خردسال، صغیرهٔ غیرقابل التذاذ و یا شیرخواری را که می‌خواهد با مادر او محرم شود به عقد خود در می‌آورد، با آن‌که هیچ گونه قصد جدی از سوی متعاقدین و ولی صغیره، بر نکاح وجود ندارد. آیا به‌کارگیری چنین حیله‌ای برای ایجاد

محرمیت صحیح است؟ دراین‌باره دیدگاه‌های مختلفی در بین فقها وجود دارد. برخی از فقها در صحت عقد اشکال نموده و نوشته است: اگر دختر قابلیت تلذذ را نداشته باشد، صحت عقد محل اشکال است (سیستانی، ۱۴۱۵، ص۵۰۷، م ۲۴۳۸) و برخی هم ضمن اشکال بر صحت عقد، محرمیت را نیز منتفی دانسته‌اند (نک: اصفهانی، ۱۳۹۳، ج۳، ص۱۸۳؛ گلپایگانی، بی‌تا، ص۴۱۳، م ۲۴۳۸) و برخی فرموده‌اند: احتیاط به این است که مادر او حرام، اما نظر محرمانه هم به او جایز نیست (خمینی، ۱۴۲۴، ج۲، ص۲۴۸؛ خمینی، ۱۳۷۵، ص۳۵۵، م ۲۴۲۹). برخی نیز با اشاره به بحث‌هایی در مفروض بحث، با تردید از آن گذشته‌اند (فیض کاشانی، ۱۴۰۶، ج۲، ص۱۷۰؛ عاملی، ۱۴۱۱، ج۱، ص۱۳۳). برخی هم حکم به جواز کرده و تحقق محرمیت را پذیرفته‌اند (فاضل لنکرانی، ۱۳۷۴، ص۴۲۵، م ۲۲۸۳؛ بحرانی، ۱۴۰۵، ج۲۵، ص۳۸۳) و برخی نیز از قول فقیه دقیق، اما غیرمعروف، جناب ابن‌ابی‌عقیل آورده‌اند: حرمت مادرِ زنی که بر او عقد بسته شده است، مشروط به عمل زناشویی با آن زن می‌باشد (عاملی، ۱۴۱۱، ج۱، ص۱۳۲). برخی نیز نوشته‌اند: به مجرد عقد بستن با زنی، مادر او بر انسان حرام می‌شود (نک: مفید، ۱۴۱۰، ص۵۰۲؛ بحرانی، ۱۴۰۵، ج۲۳، ص۴۴۵ -۴۵۴؛ بحرانی، ۱۴۲۳، ج۲، ص۲۳۲؛ عاملی، ۱۴۱۱، ج۱، ص۱۳۲؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶، ج۷، ص۱۷۵؛ قمی، ۱۴۲۶، ج۹، ص۶۰۵؛ قمی، ۱۴۱۲، ج۲۱، ص۲۳۳؛ حائری، ۱۴۱۸، ج۱۱، ص۱۷۳؛ سیستانی، ۱۴۱۶، ج۳، ص۵۷، م ۱۵۷؛ حلی، ۱۴۰۷، ج۳، ص۲۳۴).

با توجه به این‌که از یک سو عرفاً غرض و مقتضای عقد نکاح تمتعات است و از سوی دیگر، مسئلهٔ نکاح یک امر عرفی عقلایی است که شارع آن را امضا کرده و نکاح عرفاً برای جایی است که امکان تمتع باشد ولو شوهر نخواهد، و در فرض بحث، امکان تمتع نیست، بنابراین چنین عقدی که صرفاً به‌منظور تحقق محرمیت و نه استمتاع بسته می‌شود، در عرف بر آن نکاح اطلاق نمی‌شود، پس باید اول ماهیت نکاح حاصل شود تا احکام مترتب شود و اگر بخواهد حکم موضوع خود را درست کند، لازم می‌آید که حکم قبل از موضوع باشد و محلی که صالح تمتع نیست، ماهیت نکاح در آن‌جا معقول نیست و در این صورت، موضوعی برای حکم نداریم تا محرمیت تحقق یابد (نک: مکارم شیرازی، ۱۴۲۴، ج۵، ص۴۸).

به نظر نگارندگان، با توجه به آنچه گفته شد و نیز نکاتی که در ذیل خواهد آمد،

به‌کارگیری چنین حیله‌ای (عقد بر صغیره "شیرخوار یا غیرقابل التذاذ" به‌منظور تحقق محرمیت با مادر او) به‌رغم اشتهار آن در بین فقها، با تردیدِ جدی و اساسی مواجه است و نمی‌تواند چنین محرمیتی را به وجود آورد.

۳-۳. مؤیدات نظر برگزیده

در مورد برخی از عقود مانند نکاح، ممکن نیست که انسان تنها قصد ترتب یک اثر، در مورد بحث (محرمیت مادر صغیره) را داشته باشد و نه سایر آثار آن را، زیرا نکاح از عقودی است که نسبت به آثار خود، تجزیه‌بردار نیست (نراقی، ۱۴۲۲، ص۸۰) و در مورد بحث زوج قصد ترتب تنها یک اثر (محرمیت) را دارد و در نتیجه به دنبال تجزیهٔ آثار عقد می باشد. ازاین‌رو نیز چنین نکاحی مورد اشکال است.

ازآن‌جاکه قدر متیقن از صحت عقد زمانی است که معنای الفاظ به‌کاررفته در آن عقد و نیز آثار و یا حداقل مهم‌ترین آثار مترتب بر عقد قصد شود و در مورد بحث، چنین قصدی از سوی زوج نسبت به معنای الفاظ و مهم‌ترین آثار عقد یعنی استمتاع و استلذاذ و جواز نظر به صغیره وجود ندارد، شک داریم که چنین عقدی صحیح است یا نه؟ اصل عدم صحت آن است، چنان‌که برخی از فقهای معاصر نیز در موردی که دختر قابلیت تلذذ را نداشته باشد در صحت اصل عقد اشکال کرده‌اند (نک: سیستانی، ۱۴۲۸، ص۴۸۵، م۲۳۸۸؛ گلپایگانی، بی‌تا، ص۴۱۳، م۲۴۳۸). همچنین روشن است که ترتب اثر بر موضوع تابع تحقق موضوع است و نه تابع قصد مکلف، در نتیجه اگر موضوع تحقق یابد، تمام آثار بر آن بار می‌شود و الا هیچ کدام.

برخی در تحقق عقود، شرایطی را معتبر دانسته‌اند، از جمله قصد اثری را که شارع آن اثر را بالاصاله مسبب از عقد می‌داند. بنابراین اگر قصد کند انشاء غیر آن اثر را صحیح نمی‌باشد، مثلاً در مورد نکاح صغیره، اگر صرفاً قصد محرمیت مادر همسر شود (نه آنچه مقصود بالاصاله از نکاح می‌باشد یعنی استمتاع و عمل زناشویی)، پس آنچه مقصود بالاصاله از نکاح می‌باشد قصد نشده، و آنچه قصد شده مقصود بالاصاله از نکاح نیست، بنابراین چنین نکاحی محل اشکال و به تصریح برخی از فقها باطل است (میرزای قمی، ۱۴۲۷، ص۳۱۱؛ نراقی، ۱۴۲۲، ص۱۱۲- ۱۱۳)، زیرا در متعه، استمتاع و لذت‌جویی طرفین از

یکدیگر از آثار بارز و مقصود بالاصاله می‌باشد نه تحقق محرمیت، ازاین‌رو به دلیل فقدان قصد جدی بر ازدواج، اصلاً زوجیتی تحقق نیافته و در نتیجه مادر چنین معقوده‌ای مادر زن (أم الزوجة) بر او صادق نیست، پس محرمیتی هم بر آن بار نمی‌شود، به‌ویژه اگر عدم استمتاع یا عدم مباشرت شرط شود، چنین شرطی مخالف با مقتضای عقد است و باطل (نک: نائینی، ۱۳۷۳، ج۲، ص۱۱۲؛ نراقی، ۱۴۱۷، ص۱۵۲-۱۵۳؛ مراغه‌ای، ۱۴۱۷، ج۲، ص۲۴۷).

ازآن‌جاکه قصد مقتضای عقد فی‌الجمله از شروط صحت هر عقدی از جمله عقد متعه است، و مقتضای متعه و نکاح موقت، اگرچه حلیت استمتاع است نه فعلیت آن، ولی به دلیل آن‌که در مورد بحث، زوج هیچ قصدی نسبت به بارزترین مقتضای عقد که حلیت استمتاع است ندارد، پس شرط صحت، منتفی است، و چنان‌که فقها در جای دیگری گفته‌اند: «إذا انتفی الشرط ینتفی المشروط لقاعدة انتفاء المشروط بانتفاء الشرط» (نک: موسوی سبزواری، ۱۳۹۶، ج۲۵، ص۹۰)، در این‌جا نیز چنین است. بر این اساس، تحقق زوجیت مورد اشکال و بلکه منتفی است و در نتیجه محرمیت نیز منتفی می‌باشد.

ازآن‌جاکه وجود چنین نکاحی (عقد بر صغیره به‌منظور محرمیت با مادر او) در عصر معصومان(ع) مشکوک می‌باشد و بلکه به دلیل نبودن اثری از آن در اخبارِ باب، چنان‌که برخی فقها گفته‌اند معلوم‌العدم بوده و از مسائل نوپیداست (نک: مکارم شیرازی، ۱۴۲۴، ج۳، ص۱۲۶)، در نتیجه تحقق محرمیت، علی‌رغم شهرت فتوائیه چندان قابل اعتماد نمی‌باشد، زیرا ظن حاصل از چنین شهرتی نزد برخی از اصولیین حجیت ندارد (نک: آخوند خراسانی، ۱۴۰۹، ص۲۹۲؛ مظفر، ۱۳۷۵ ، ج۲، ص۱۵۲). ثانیاً به دلیل نوپیدا بودن و تردید در کاشفیت از رأی معصوم(ع) و نیز به احتمال مدرکی بودن آن جای تأمل دارد. همچنین با توجه به حاکم بودن اصالة الفساد در چنین عقدی که شک در صحت و فساد آن داریم (نک: مکارم شیرازی، ۱۴۲۴، ج۳، ص۱۲۷) و نیز اشکالات عدیدهٔ برخی فقها (نک: عاملی، ۱۴۱۱، ج۱، ص۱۳۳)، برخی در صحت عقد مورد اشکال نموده‌اند (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱، ص۲۲۰؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۴، ج۳، ص۱۲۶).

علاوه بر آنچه بیان شد، روایاتی نیز هست که برخی آن را پذیرفته و حکم به عدم تحقق حرمت ازدواج با مادر معقوده قبل از دخول کرده و یا توقف را برگزیده‌اند (نک: صدوق، ۱۴۱۳، ج۳، ص۴۱۵؛ حلی (علامه)، ۱۳۷۵، ج۷، ص۴۹-۵۳؛ ابن‌ابی‌عقیل؛ به نقل از علامه

حلی). نیز روایاتی (نک: طوسی، ۱۳۹۰، ج۳، ص۱۵۶-۱۵۹؛ طوسی (الف)، ۱۴۰۷، ج۷، ص۲۷۵؛ حر عاملی، ۱۴۰۹، ج۷، ص۳۵۶، ح۳؛ طوسی (الف)، ۱۴۰۷، ج۷، ص۳۵۴، ح۱؛ طوسی (الف)، ۱۴۰۷، ج۷، ص۳۵۶، ح۵ و ۶.) که در بین آن‌ها برخی صحیحه‌اند مانند صحیحهٔ جمیل بن درّاج و حمّاد بن عثمان (نجفی، ۱۳۶۳، ج۲۹، ص۳۵۰) می‌تواند شاهدی بر عدم تحقق محرمیت باشد، زیرا اگر به‌صرف عقد، حرمت تحقق نیافته، معنایش عدم تحقق محرمیت نیز می باشد، چه اگر محرمیت تحقق پیدا کرده باشد حرمت نیز به دلیل وجود ملازمه بین محرمیت و حرمت ازدواج، محقق می‌شود.

بر این اساس می‌توان گفت این روایات می‌تواند مؤید عدم تحقق محرمیت باشد، زیرا جواز ازدواج با مادر صغیره (در صورت عدم دخول) دال بر عدم تحقق محرمیت است.

نتیجه آن‌که با توجه به نکات پیش‌گفته، تحقق محرمیت به‌صرف عقد بر صغیره دارای اشکال جدی است و به‌کارگیری حیلهٔ مذکور به‌منظور ایجاد محرمیت پیش‌گفته با عدم امکان استمتاع، غیرصحیح و بدون اثر است و مادر صغیره نسبت به آن مرد، اجنبیه می‌باشد و در صورت اقدام به چنین عقدی، همان‌گونه که در کلام برخی از فقهای برجسته، ژرف‌نگر و نواندیش در ایجاد محرمیت، اشکال و توصیه به احتیاط شده (نک: خمینی، ۱۴۲۴، ج۲، ص۲۴۸؛ خمینی، ۱۳۷۵، ص۳۵۵، م۲۴۲۹)، به دلیل این‌که مستوریت بانوان اهمیت ویژه‌ای در نزد شارع دارد، ازدواج با مادر صغیره ترک شود و به خاطر عدم تحقق محرمیت، نگاه محرمانه نیز به مادر صغیره نباشد.

۴. نکاح محلّل و شرط انفساخ یا طلاق بعد از تحلیل

هر گاه کسی زن دائم خود را سه بار طلاق دهد، به‌طوری که مستلزم سه بار نکاح دائم باشد و بین این نکاح‌ها زن به عقد نکاح دائم یا منقطع کسی دیگر در نیامده باشد و شوهر هم در این بین، با او نکاح منقطع نکرده باشد، پس از طلاق سوم، بر همسر خود حرام است، مگر این‌که به عقد ازدواج دائم شخص دیگری که اصطلاحاً به او محلّل می‌گویند درآید و پس از عمل زناشویی، در صورتی که محلّل فوت کند یا او را طلاق دهد، برای شوهر اول جایز است با وی ازدواج نماید و حرمت برداشته می‌شود (خمینی، ۱۴۲۴، ج۲، ص۲۹۷؛ خویی، ۱۴۱۰، ج۲، ص۲۹۶؛ سیستانی، ۱۴۱۶، ج۲، ص۱۵۸؛ نیز نک: قانون مدنی، مادهٔ

.(۱۰۵۷

فقها در باب طلاق بحثی را مطرح کرده‌اند که اگر زن و شوهر اول تمایل به بازگشت به زندگی اول خود داشته باشند، آیا زنی که سه بار طلاق داده شده است، برای این‌که مطمئن شود محلّل او را رها می‌کند و می‌تواند نزد شوهر اول خود برگردد، می‌تواند در ضمن عقد نکاح با محلّل شرط نماید که پس از تحلیل، نکاح خودبه‌خود فسخ گردد و زوجیتی بین آن‌ها نباشد؟ به اعتقاد نگارندگان، همچون بسیاری از فقهای امامیه، این حیله مشروع نیست (نک: طوسی، ۱۳۸۷، ج۴، ص۲۴۷؛ حلی، ۱۴۰۸، ج۳، ص۲۰؛ بحرانی، ۱۴۰۵، ج۲۴، ص۹۶؛ نجفی، ۱۳۶۳، ج۳۰، ص۱۲۴)، زیرا:

اولاً ازآن‌جاکه عقد نکاح در مورد محلل باید دائمی باشد، چنین شرطی مخالف با مقتضای عقد است و شرط مخالف مقتضای عقد باطل است (نک: نائینی، ۱۳۷۳، ج۲، ص۱۱۲؛ نراقی، ۱۴۱۷، ص۱۵۲-۱۵۳؛ مراغه‌ای، ۱۴۱۷، ج۲، ص۲۴۷).

ثانیاً تراضی طرفین مبتنی بر چنین شرطی بوده، و ازآن‌جاکه چنین شرطی باطل است، تراضی مبتنی بر چنین شرطی هم باطل است.

ثالثاً چنان‌که برخی تصریح کرده‌اند، چنین شرطی از جهتی دیگر نیز موجب بطلان عقد می‌شود، زیرا عقد در این صورت نه دائم است و نه موقت. دائم نمی‌باشد، زیرا در عقد شرط انفساخ یا طلاق بعد المباشره شده است؛ و موقت نیز نمی‌باشد، زیرا زمان مضبوط نیست، زیرا مباشرت ممکن است بعد از یک ساعت یا یک روز یا یک هفته یا یک ماه یا کمتر و بیشتر باشد (نک: نجفی، ۱۳۶۳، ج۳۰، ص۱۳۵؛ بحرانی، ۱۴۲۳، ج۲، ص۴۱۴).

رابعاً برخی شرط انفساخ نکاح بعد از وقوع تحلیل را به استناد اجماع، باطل دانسته‌اند (نک: طوسی، ۱۳۸۷، ج۴، ص۲۴۷).

خامساً برخی شرط انفساخ را مخالف کتاب و سنت دانسته و پس از آوردن بحثی دراین‌باره فرموده‌اند: چنین شرطی مخالف با کتاب و سنت است، زیرا بر اساس کتاب و سنت، گسستن نکاح دائم نیاز به طلاق دارد و با شرط انفساخ از بین نمی‌رود (نجفی، ۱۳۶۳، ج۳۰، ص۱۲۵).

همچنین است اگر زن در هنگام عقد نکاح با محلل شرط کند که پس از تحلیل وی را طلاق دهد، در این‌جا نیز برخی از فقها قائل به بطلان شده‌اند (نک: شهید ثانی، ۱۴۱۳،

ج۵، ص۱۶۶؛ ج۷، ص۴۱۶؛ بحرانی، ۱۴۰۵، ج۲۴، ص۹۶). اما شیخ طوسی(ره) معتقد به صحت عقد است و شرط را باطل می‌داند (طوسی، ۱۳۸۷، ج۴، ص۲۴۷؛ طوسی، ۱۴۰۷، ج۴، ص۴۳۴). ابن‌ادریس نیز به‌گونه‌ای همین اعتقاد را ابراز داشته و فرموده است که خیار مجلس و شرط در عقد نکاح ثابت نمی‌باشد، زیرا نکاح عقدی است که از سوی طرفین لازم است و اگر به‌وسیلهٔ شرط، خیاری گذاشته شود، اگرچه شرط باطل است، اما عقد صحیح می‌باشد (نک: ابن‌ادریس، ۱۴۱۰، ج۲، ص۵۷۵). برخی ضمن نسبت دادن همین سخن به ایشان نوشته‌اند: وی در موارد متعددی از باب نکاح تصریح دارد که فساد شرط موجب فساد عقد نمی‌شود، زیرا اولاً عموم «أوفوا بالعقود» و ثانیاً جدا بودن هر یک از عقد و شرط از همدیگر، اقتضای صحت چنین عقدی را دارند (نک: عاملی، ۱۴۱۳، ج۷، ص۴۱۸؛ نجفی، ۱۳۶۳، ج۳۰، ص۱۲۵؛ حسینی عاملی، بی‌تا، ج۴، ص۵۶۱). از فقهای عامه هم ابوحنیفه نکاح را در این مورد صحیح و شرط را باطل می‌داند. (قفال، بی‌تا، ج۶، ص۴۰۰؛ ابن‌مودود شافعی، بی‌تا، ج۳، ص۱۵۱).

بر این اساس، استفاده از چنین حیله‌ای، صحیح نیست و مشروعیت ندارد، زیرا چنین شرطی خلاف مقتضای عقد است (محقق ثانی، ۱۴۱۴، ج۱۲، ص۴۰۵؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج۷، ص۴۱۸)، به جهت این‌که مقتضای عقد بقا و استمرار علقهٔ زوجیت است تا زمانی که زایل‌کننده‌ای اعم از طلاق یا غیر آن از چیزهایی که شارع معین کرده است (مانند موت و ارتداد) واقع شود.

علاوه بر این، چنان‌که برخی گفته‌اند، بطلان چنین شرطی متفق‌علیه است (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج۷، ص۴۱۸) و چون شرط باطل بوده است، تراضی مبتنی بر آن نیز باطل می‌باشد و با بطلان تراضی، عقد نیز باطل می‌شود، زیرا اگر عقد با فقدان این شرط صحیح باشد، لازمه‌اش این است که عقد بدون تراضی صحیح باشد و روشن است که عقد بدون تراضی صحیح نیست، چنان‌که برخی از فقها به این مطلب تصریح کرده‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج۷، ص۴۱۹؛ بحرانی، ۱۴۰۵، ج۲۴، ص۹۷). در پایان لازم به یادآوری است که ثمرهٔ بین این‌که اگر فساد شرط به عقد سرایت نماید و عقد نیز باطل شود و بین صورتی که فقط شرط باطل باشد نه عقد، این است که در صورت اول که عقد باطل باشد تحلیل تحقق پیدا نکرده است، زیرا ملاک تحلیل تحقق نیافته است، چراکه ملاک تحلیل صرفاً وطی نیست، بلکه

وطی با عقد صحیح شرعی سبب تحلیل است. بر این اساس، این زن نمی‌تواند با شوهر سابقش ازدواج نماید. ولی در صورت دوم، تحلیل تحقق پیدا کرده است و پس از انقضاء عده، این زن می‌تواند با شوهر خود ازدواج نماید (نک: محقق ثانی، ۱۴۱۴، ج۱۲، ص۴۹۷).

البته شیخ طوسی(ره) در این مورد نظری مخالف دارد و می‌فرماید: اگر زن شرط نماید که پس از نکاح وی را طلاق دهد نکاح صحیح، اما شرط باطل است، زیرا فاسد بودن شرط مقارن با عقد مفسد عقد نیست و فاسد شدن عقد نیاز به دلیل دارد. بنابراین اگر عقد صحیح باشد، تمام احکام نکاح صحیح هم به آن تعلق می‌گیرد (طوسی، ۱۳۸۷، ج۴، ص۲۴۷). ناگفته نماند که اگرچه زن می‌تواند شرط کند که وکیل در طلاق باشد و پس از برقراری رابطهٔ زناشویی در طهر غیرمواقعه بر اساس این شرط خود را طلاق دهد و به شوهر اول پس از اتمام عده برگردد، اما شرط وکیل بودن در طلاق غیر از شرط انفساخ عقد پس از عمل زناشویی است و بحث ما در صحت و عدم صحت اشتراط انفساخ هنگام عقد است و در این صورت، خود ایشان هم شرط انفساخ نکاح بعد از وقوع تحلیل را به استناد اجماع، باطل دانسته‌اند (نک: طوسی، ۱۳۸۷، ج۴، ص۲۴۷).

۵. ایجاد مانع ازدواج برای همسر با زن مورد علاقه‌اش

یکی دیگر از حیله‌های شرعی در باب نکاح، این است که اگر زنی بخواهد مانع ازدواج همسرش با زنی دیگر مورد علاقهٔ وی بشود، می‌تواند با تمسک به حیله‌ای به هدف خود برسد، به این صورت که فرزند همسرش را وادار به ازدواج با آن زن نماید و در نتیجه، آن زن می‌شود عروس شوهرش و حرام ابدی بر وی و لو فرزند همسرش بعد از ازدواج آن زن را طلاق دهد یا اگر متعه بوده است، مدتش تمام شود یا مدت را به او ببخشد. در نتیجه، ازدواج با چنین خانمی برای آن مرد ممکن نیست، زیرا چنین خانمی منکوحه و حلیلةالابن است و ازدواج با حلیلةالابن هم به دلایل زیرحرام می‌باشد:

اولاً آیهٔ شریفهٔ ۲۳ سوره نساء است که می‌فرماید: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيكمْ أُمَّهاتُكمْ وَ بَناتُكمْ... حَلائِلُ أَبْنائِكمُ الَّذينَ مِنْ أَصْلابِكمْ...﴾ (نساء/۲۳). برخی گفته‌اند: جملهٔ ﴿وَ حَلائِلُ أَبْنائِكمُ الَّذينَ مِنْ أَصْلابِكمْ﴾ دلالت بر حرمت منکوحةالابن دارد، کمااین‌که روایات فراوانی دلالت بر این مطلب دارند (نک: خویی، ۱۴۱۸، ج۳۲، ص۲۵۸؛ فخر، ۱۴۲۶، ج۱۱، ص۲۴۲؛

بحرانی، ۱۴۲۹، ج۱، ص۱۹۷؛ حلی، ۱۳۸۷، ج۳، ص۶۷؛ حلی، ۱۴۰۴، ج۲، ص۵۲).

ثانیاً روایات دراین‌باره وارد شده است، از جمله، معتبرهٔ زراره از امام باقر(ع) که فرمود: اگر مردی با زنی ازدواج مشروع نمود، آن زن بر پدر و بر پسر آن مرد حرام می‌شود (نک: کلینی، ۱۴۰۱، ج۵، ص۴۱۹؛ طوسی (الف)، ۱۴۰۷، ج۷، ص۲۸۱؛ طوسی، ۱۳۹۰، ج۳، ص۱۵۳؛ حر عاملی، ۱۴۰۹، ج۲۰، ص۴۱۲؛ خویی، ۱۴۱۸، ج۳۲، ص۲۵۸) و نیز سایر روایات رسیده در این مورد که دلالت بر حرمت ازدواج با حلیلةالابن دارد (نک: کلینی، ۱۴۰۱، ج۸، ص۳۱۸؛ طوسی، ۱۳۹۰، ج۳، ص۱۵۶؛ طوسی، ۱۴۰۷، ج۷، ص۲۷۲؛ طوسی، ۱۳۸۷، ج۴، ص۲۰۵؛ طبرسی، ۱۴۰۳، ج۲، ص۳۲۵؛ راوندی، ۱۴۰۵، ج۲، ص۶۵؛ عاملی، ۱۴۱۴، ج۲، ص۴۴۷؛ فاضل آبی، ۱۴۱۷، ج۲، ص۱۳۴).

ثالثاً اجماع. برخی از فقها بر حرمت، ادعای اجماع نموده و فرموده‌اند با وجود آن نیاز به هیچ دلیل دیگری نیست (نک: نراقی، ۱۴۱۵، ج۱۶، ص۳۰۰)، گرچه با وجود ادلهٔ لفظی پیشین، این اجماع مدرکی است و مستند فتوای اجماع‌کنندگان همین روایات موجود است یا حداقل احتمال دارد مستند آن‌ها همین روایات باشد و چنین اجماعی کاشفیت قطعی از نظر امام(ع) ندارد. در این صورت، مجتهد خود باید به بررسی آن دلیل بپردازد، آن‌گاه ملاک، برداشت خود او از آن دلیل است نه این اجماع. البته بی‌اعتباری چنین اجماعی در جای خود در علم اصول اثبات شده است (نک: بجنوردی، ۱۴۰۱، ج۲، ص۳۲۹؛ حکیم، ۱۴۳۲، ص۳۵۵؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۰۳، ج۳، ص۲۷۲).

بر این اساس، به اعتقاد نگارندگان با چنین حیله‌ای می‌تواند مانع ازدواج همسرش با آن زن شود و صحیح و مشروع نیز می‌باشد.

اما اگر زنی پسر همسر خود را وادار به زنا با زن مورد علاقهٔ همسرش نماید، اگرچه در این مورد هر دو نفر کار حرامی را مرتکب شده‌اند، ولی بنابر قول کسانی که قائل به نشر حرمت با زنا هستند، نمی‌تواند با مدخولهٔ پسرش ازدواج نماید، اگرچه زنا به‌منظور ایجاد مانع برای ازدواج آن مرد با زن مورد علاقه‌اش انجام شده باشد یا به‌منظور دیگر (نک: نجفی، ۱۳۶۳، ج۳۲، ص۲۰۳؛ بحرانی، ۱۴۰۵، ج۲۵، ص۳۷۹؛ فیض کاشانی، بی‌تا، ج۳، ص۳۳۴؛ حلی، ۱۴۱۳، ج۳، ص۳۸۲؛ مجاهد، بی‌تا، ص۵۳۷؛ حکیم، ۱۴۱۶، ج۱۴، ص۲۱۹؛ مادهٔ ۱۰۴۷ قانون مدنی). در این فرض نیز زن می‌تواند با توسل به چنین حیله‌ای مانع ازدواج همسرش با زنی دیگر شود، اگرچه فعل حرامی را مرتکب شده است (نک: حلی، ۱۴۰۸، ج۳، ص۲۰؛ نجفی،

۱۳۶۳، ج۳۲، ص۲۰۳؛ فیض کاشانی، بی‌تا، ج۳، ص۳۳۳).

دلیل بر این حرمت روایات معتبره‌ای است که برخی آورده‌اند، مانند این روایت که از علی بن جعفر نقل شده است که از برادرش امام موسی بن جعفر، دربارهٔ مردی پرسید که با زنی زنا نموده است. آیا برای پسر این فرد جایز است که با آن زن ازدواج نماید؟ امام(ع) در جواب فرمود: خیر جایز نیست: «عَنْ عَلِی بْنِ جَعْفَرٍ عَنْ أَخِیهِ مُوسَی بْنِ جَعْفَرٍ(ع) قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ زَنَی بِامْرَأَةٍ هَلْ یحِلُّ لِابْنِهِ أَنْ یتَزَوَّجَهَا قَالَ لَا».

همچنین این روایت: «عَنْ أَبِی بَصِیرٍ قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ الرَّجُلِ یفْجُرُ بِالْمَرْأَةِ أَ تَحِلُّ لِابْنِهِ أَوْ یفْجُرُ بِهَا الِابْنُ أَ تَحِلُّ لِأَبِیهِ قَالَ إِنْ کانَ الْأَبُ أَوِ الِابْنُ مَسَّهَا وَأَخَذَ مِنْهَا فَلَا تَحِلُّ» (نک: طوسی، ۱۳۹۰، ج۳، ص۱۶۳).

البته دربارهٔ این‌که اگر مردی زنی داشته باشد و فرزندش یا پدرش با آن زن زنا نماید، روایاتی دلالت بر عدم حرمت دارد و در آن‌ها چنین تعلیل شده است: «إِنَّ الْحَرَامَ لَا یفْسِدُ الْحَلَالَ» (طوسی، ۱۳۹۰، ج۳، ص۱۶۴). شیخ طوسی(ره) این‌گونه از روایات را حمل نموده بر این‌که اگر مردی زنی داشته باشد و بعد از دخول، پسر آن مرد یا پدر او با آن زن زنا نماید، این زن بر آن مرد حرام نمی‌شود و این فرض به‌کلی از مورد بحث ما خارج است، زیرا مورد بحث ما آن‌جاست که زنی پسر خود را وادار نماید با زن مورد علاقهٔ آن مرد زنا نماید تا او نتواند با این زن ازدواج کند. بنابراین شیخ روایات مخالف را حمل بر معنای دیگری نموده است (نک: طوسی، ۱۳۹۰، ج۳، ص۱۶۴). در نتیجه با توجه به آنچه بیان شد و اجماعی بودن مسئله، مخالف قابل اعتنایی در مسئله وجود ندارد و مخالف هم در غیر مورد بحث قائل به عدم حرمت شده است و ربطی به موضوع بحث ما ندارد.

بر این اساس، اگرچه به‌کارگیری چنین حیله‌ای حرام و توسل به آن جایز نیست، اما در صورت انجام، چنین زنی بر آن مرد حرام می‌شود.

نتیجه‌گیری

بحث از حیله‌های شرعی اختصاص به باب خاصی ندارد و در ابواب متعددی از فقه مطرح می‌باشد. پژوهش حاضر با تمرکز بر مهم‌ترین حیله‌های شرعی ناظر به باب نکاح، کوشیده است تا غیرمشروع از مشروع را به‌طور مستدل تعیین و تبیین نماید. ازاین‌رو

برخلاف آنچه در برخی از موارد مشهور شده است، بطلان و عدم مشروعیت سه حیله و مشروعیت و صحت یک حیله فی‌الجمله به ترتیب زیر ثابت شد:

اظهار ارتداد به‌منظور جدایی از شوهر؛

عقد بر صغیره به‌منظور ایجاد محرمیت با مادر او؛

شرط انحلال یا طلاق در نکاح محلّل از سوی زن به‌منظور بازگشت به شوهر اول.

این سه حیله به دلایل پیش‌گفته، باطل و بی‌اثرند.

مانع‌افکنی زن در ازدواج همسرش با زن مورد علاقهٔ او، با این توضیح که اگر فرزند همسرش را وادار به ازدواج با زن مورد علاقهٔ همسرش نماید، چنین حیله‌ای هم صحیح و مشروع است و هم اثر بر آن بار می‌شود و در نتیجه ازدواج همسر آن زن با زن مورد علاقه‌اش حرام می‌شود. ولی اگر فرزند همسرش را وادار به زنا با زن مورد علاقهٔ همسرش نماید، اگرچه حیله باطل و نامشروع است، اما اثر بر آن بار می‌گردد و ازدواج همسر آن زن با زن مورد علاقه‌اش حرام می‌شود، اما روشن است که بانوان متدین و متشرع هیچ گاه برای رسیدن به یک خواسته، زمینه‌ساز گناهی بزرگ مانند زنا نخواهند شد.

فهرست منابع

۱. قرآن کریم

۲. آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین. (۱۴۰۹ق). کفایة الأصول. قم: مؤسسة آل البیت(ع).

۳. ابن‌ادریس، محمد بن احمد. (۱۴۱۰ق). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. قم: مؤسسة النشر الاسلامی.

۴. ابن‌فارس، احمد بن فارس. (۱۴۰۴ق). معجم مقائیس اللغة. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.

۵. ابن‌قدامه، عبدالله بن احمد. (بی‌تا). المغنی. بیروت: دار الفکر.

۶. ابن‌منظور، محمد بن مکرم. (۱۴۱۴ق). لسان العرب. بیروت: دار الفکر - دار صادر.

۷. ابن‌مودود، عبدالله بن محمود. (بی‌تا). الاختیار لتعلیل المختار. مصر: بی‌نا.

۸. احمدی نیک، سید مهدی. (۱۳۷۸ش). الربا، نشأته وتطوّره، مفاسده وحیله. رسالهٔ سطح چهار حوزهٔ علمیهٔ خراسان، با اشراف و راهنمائی آیت‌الله محمدهادی معرفت (رحمه الله) و استاد علی اکبر الهی خراسانی.

۹. اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۳ق). مجمع الفائدة و البرهان. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

۱۰. اصفهانی، سید ابوالحسن. (۱۳۹۳ش). وسیلة النجاة، (شرح سید محمد رضا موسوی‌گلپایگانی). قم: چاپخانه مهر.

۱۱. امامی، سید حسن. (بی‌تا). حقوق مدنی، تهران، کتاب‌فروشی اسلامیه.

۱۲. امیرزاده جیرکلی، منصور و دیگران. (۱۳۹۵ش). حیلهٔ شرعی در نکاح. فصلنامهٔ مطالعات علوم اجتماعی، ۲(۴)، ص۲۰-۲۷.

۱۳. بجنوردی، سید محمد بن حسن. (۱۴۰۱ق). القواعد الفقهیه، (چاپ سوم). تهران: مؤسسهٔ عروج.

۱۴. بحرانی، حسین بن محمد آل عصفور. (بی‌تا). الانوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرایع. قم: مجمع البحوث العلمیه.

۱۵. بحرانی، یوسف بن احمد. (۱۴۰۵ق). الحدائق الناضرة. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

۱۶. بحرانی، یوسف بن احمد. (۱۴۲۳ق). الدرر النجفیه من الملتقطات الیوسفیه. بیروت: دار المصطفی لاحیاءالتراث العربی.

۱۷. بحرانی، محمد سند. (۱۴۲۹ق). سند العروة الوثقی. قم: مکتبة فدک.

۱۸. بحیری، محمدعبدالوهاب. (۱۳۷۶ش). حیله‌های شرعی ناسازگار با فلسفهٔ فقه، (ترجمهٔ حسین صابری). مشهد: بنیاد پژوهشهای اسلامی.

۱۹. حائری، سید علی. (۱۴۱۸ق). ریاض المسائل، (تحقیق محمد بهره‌مند). قم: موسسة آل البیت.

۲۰. حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). تفصیل وسائل الشیعة إلی تحصیل مسائل الشریعة. قم: مؤسسهٔ آل البیت(ع).

۲۱. حسینی عاملی، سید جواد. (بی‌تا). مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

۲۲. حسینی نیک، سید عباس. (۱۳۸۳ش). قانون مدنی با آخرین اصلاحات. تهران: انتشارات مجد.

۲۳. حکیم، سید محسن طباطبایی. (۱۴۱۶ق). مستمسک العروة الوثقی. قم: مؤسسة دار التفسیر.

۲۴. حکیم، سید محمدتقی. (۱۴۳۲ق). الاصول العامة للفقه المقارن. تهران: المجمع العالمی لاهل البیت(ع).

۲۵. حلبی، (ابن‌زهره) حمزة بن علی. (۱۴۱۷ق). غنیة النزوع الی علمی الاصول والفروع. قم: مؤسسهٔ امام صادق(ع).

۲۶. حلی سیوری، مقداد بن عبدالله. (۱۴۰۴ق). التنقیح الرائع لمختصر الشرائع. قم: انتشارات کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی.

۲۷. حلی، (علامه) حسن بن یوسف. (۱۴۲۰ق). تحریر الاحکام الشرعیه. قم: مؤسسهٔ امام صادق(ع).

۲۸. حلی، (علامه) حسن بن یوسف. (۱۳۷۵ش). مختلف الشیعه فی احکام الشریعه. قم: مکتب الاعلام الاسلامی.

۲۹. حلی، (علامه)، حسن بن یوسف. (۱۴۱۳ق). قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

۳۰. حلی، (علامه)، حسن بن یوسف. (۱۴۱۹ق). نهایة الاحکام. قم: مؤسسهٔ آل البیت(ع).
۳۱. حلی، (محقق) جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام. قم: مؤسسهٔ اسماعیلیان.
۳۲. حلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۷ق). المهذب البارع فی شرح المختصر النافع. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۳. حلّی، محمد بن حسن بن یوسف (فخر المحققین). (۱۳۸۷ش). إیضاح الفوائد. قم: مؤسسهٔ اسماعیلیان.
۳۴. خمینی، سید روح الله. (۱۳۷۵ش). توضیح المسائل. قم: مؤسسهٔ فرهنگی قدر ولایت.
۳۵. خمینی، سید روح الله. (۱۴۲۴ق). تحریرالوسیله. قم: موسسة النشر الاسلامی.
۳۶. خوئی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۰ق). منهاج الصالحین. قم: مدینة العلم.
۳۷. خوئی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۸ق). موسوعة الامام الخوئی. قم: مؤسسهٔ آثار امام خوئی.
۳۸. ذهنی بک، عبدالسلام. (۱۹۴۶م). الحیل، المحظور منها و المشروع. مصر: شرکة مساهمه مصریه.
۳۹. راغب اصفهانی، حسین بن محمد. (۱۴۱۲). مفردات ألفاظ القرآن. لبنان - سوریه: دار العلم.
۴۰. راوندی، قطب‌الدین سعید بن عبداللّه. (۱۴۰۵). قم: انتشارات کتابخانهٔ آیت‌الله مرعشی نجفی.
۴۱. زحیلی، وهبه. (۱۴۰۹). الفقه الاسلامی وادلته. دمشق: دارالفکر.
۴۲. زمخشری، محمود بن عمر. (۱۴۰۶). الکشاف. بیروت: دار الکتاب العربی.
۴۳. سیدمرتضی، علی بن حسین. (۱۴۱۷ق). المسائل الناصریات. تهران: رابطة الثقافة والعلاقات الاسلامیه.
۴۴. سیدمرتضی، علی بن حسین. (بی‌تا). الانتصار، قم: شریف رضی.
۴۵. سیستانی، سید علی. (۱۴۱۵ق). منهاج الصالحین. قم: دفتر آیت‌الله سیستانی.
۴۶. سیستانی، سیدعلی. (۱۴۲۸ق). توضیح المسائل. قم: دفتر آیت‌الله سیستانی.
۴۷. شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی. (۱۴۱۲ق). الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیه. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.
۴۸. شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی. (۱۴۱۳ق). مسالک الافهام. قم: موسسة المعارف الاسلامیه.
۴۹. شیرازی، قدرت‌الله انصاری و پژوهشگران مرکز فقهی ائمه اطهار(ع). (۱۴۲۹ق). موسوعة أحکام الأطفال و أدلتها، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار(ع).
۵۰. صدری ارحامی، محمد. (۱۳۹۸ش). حیل شرعی در فقه و حقوق. تهران: چتر دانش.
۵۱. صدوق، محمد بن علی. (۱۴۱۳ق). من لا یحضره الفقیه. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۵۲. صیمری، مفلح بن حسن. (۱۴۲۰ق). غایة المرام فی شرح شرایع الاسلام. بیروت: دار الهادی.
۵۳. طاهری، حبیب‌الله. (۱۳۷۵ش). حقوق مدنی. قم: دفترانتشارات اسلامی.
۵۴. طباطبایی، سید محمدحسین. (۱۴۱۷ق). المیزان فی تفسیر القرآن. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

۵۵. طبرسی، احمد بن علی. (۱۴۰۳ق). الاحتجاج. مشهد: نشر مرتضی.
۵۶. طبرسی، فضل بن حسن. (۱۳۷۲ش). مجمع البیان فی تفسیر القرآن. تهران: ناصرخسرو.
۵۷. طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ش). المبسوط فی فقه الامامیه. تهران: المکتبة المرتضویه.
۵۸. طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۹۰). الاستبصار فیما اختلف من الاخبار. بیروت: دار صعب.
۵۹. طوسی، محمد بن حسن. (ب). (۱۴۰۷ق). الخلاف. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۶۰. طوسی، محمد بن حسن. (الف). (۱۴۰۷ق). تهذیب الاحکام. تهران: دار الکتب الاسلامیه.
۶۱. طوسی، محمد بن علی. (۱۴۰۸ق). الوسیله الی نیل الفضیله. قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی.
۶۲. عاملی، (شهید اول)، محمد بن مکی. (۱۴۱۴ق). غایة المراد فی شرح نکت الارشاد. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.
۶۳. عاملی، محمد بن علی. (۱۴۱۱ق). نهایة المرام فی شرح مختصر شرایع الاسلام. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۶۴. علی‌محمدی، طاهر؛ ناصری‌مقدم، حسین. (۱۳۹۹). بازپژوهی حیله شرعی در فقه امامیه و اهل سنت. قم: دفتر تبلیغات حوزهٔ علمیه، نشریهٔ جستارهای فقهی و اصولی، ۶(۲۰)، ص ۶۱-۹۴. https://doi.org/10.22034/jrj.2019.51205.1439
۶۵. فاضل آبی، حسن بن ابی‌طالب. (۱۴۱۷ق). کشف الرموز فی شرح مختصر النافع. قم: انتشارات اسلامی.
۶۶. فاضل لنکرانی، محمد موحدی. (۱۳۷۴ق). توضیح المسائل. تهران: دفتر نشر فرهنگ اسلامی.
۶۷. فاضل لنکرانی، محمد موحدی. (۱۴۲۱ق). تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة- النکاح. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار(ع).
۶۸. فاضل لنکرانی، محمد موحدی. (۱۴۰۳ق). تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۶۹. فاضل هندی، محمد بن حسن. (۱۴۱۶ق). کشف اللثام. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۷۰. فخر رازی، محمد بن عمر. (۱۴۲۰ق). مفاتیح الغیب. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۷۱. فخر، قدرت‌الله. (۱۴۲۶ق). الجواهر الفخریة فی شرح الروضة البهیة. قم: انتشارات سماء قلم.
۷۲. فیروزآبادی، محمدبن یعقوب. (۱۴۱۲ق). القاموس المحیط. بیروت: دار احیاءالتراث العربی.
۷۳. فیض کاشانی، محسن. (۱۴۰۶ق). الوافی. اصفهان. کتابخانهٔ امام امیرالمؤمنین.
۷۴. فیض کاشانی، محسن. (بی‌تا). مفاتیح الشرایع. قم: کتابخانهٔ آیت‌الله مرعشی نجفی.
۷۵. قرطبی، محمد بن احمد. (۱۳۵۴). الجامع لاحکام القرآن. مصر: دار الکتب المصریه.
۷۶. قفال، سیف‌الدین محمد بن احمد. (بی‌تا). حلیة العلماء فی معرفة مذهب الفقهاء. مکه: دار الباز.
۷۷. قمی (حسینی روحانی)، سید صادق. (۱۴۱۲ق). فقه الصادق. قم: دار الکتاب.
۷۸. قمی، سید تقی طباطبایی. (۱۴۲۶ق). مبانی منهاج الصالحین. قم: منشورات قلم الشرق.

۷۹. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۲ش). قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی. تهران: نشر میزان.
۸۰. کاشانی، سید محمود. (۱۳۵۴ش). تقلب نسبت به قانون. تهران: دانشگاه شهید بهشتی.
۸۱. کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۱ق). الکافی. بیروت: دارصعب.
۸۲. کیهانی، منصور. (۱۳۴۲ش). حقوق رم (تعهدات). تهران: چاپ تابان.
۸۳. گلپایگانی، سید محمدرضا. (بی‌تا). توضیح المسائل. قم: دار القرآن.
۸۴. مجاهد (طباطبایی)، سید محمد. (بی‌تا). کتاب المناهل. قم: مؤسسهٔ آل البیت(ع).
۸۵. مجلسی اول، محمدتقی. (۱۴۰۶ق). روضة المتقین فی شرح من لا یحضره الفقیه. قم: مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانبور.
۸۶. محقق اردبیلی، احمد. (بی‌تا). زبدة البیان فی أحکام القرآن، تهران: المکتبة المرتضویه.
۸۷. محقق ثانی، علی بن حسین عاملی کرکی. (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد. قم: مؤسسة آل البیت(ع).
۸۸. مراغی، سید میر عبدالفتاح بن علی حسینی. (۱۴۱۷ق). العناوین الفقهیة. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۸۹. مرندی، الهه؛ خطیبی قمی، فریناز سادات؛ خطیبی قمی، سید کمال. (۱۴۰۱ق). بررسی فقهی - حقوقی تأثیر ارتداد بر مهریهٔ زوجه. دانشگاه علوم اسلامی رضوی. مجلهٔ آموزه‌های فقه مدنی، ۱۴(۲۵)، ص ۲۹۰-۲۶۷. https://doi.org/10.30513/cjd.2021.1500.1297
۹۰. مظفر، محمدرضا. (۱۳۷۵ش). أصول الفقه. قم: اسماعیلیان.
۹۱. مفید، محمد بن محمد بن نعمان. (۱۴۱۰ق). المقنعه. قم: مؤسسة النشر الاسلامی.
۹۲. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۴ق). کتاب النکاح. قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.
۹۳. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۸ق). حیله‌های شرعی و چاره‌جویی‌های صحیح. قم: انتشارات مدرسة الإمام علی بن أبی طالب(ع).
۹۴. موسوی سبزواری، سید عبدالاعلی. (۱۳۹۶ش). مهذب الأحکام. نجف: مطبعة الآداب.
۹۵. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد. (۱۴۲۷ق). رسائل المیرزا القمی. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۹۶. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن. (۱۴۱۳ق). جامع الشتات فی أجوبة السؤالات. تهران: مؤسسهٔ کیهان.
۹۷. ناصری، حسین. (۱۳۸۹ش). آموزه‌ای نو در پدیدهٔ حیله‌های شرعی. مجله فقه پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۷(۶۳).
۹۸. نائینی، میرزا محمدحسین غروی. (۱۳۷۳ش). منیة الطالب فی حاشیة المکاسب. تهران: المکتبة المحمدیة.
۹۹. نجفی، عباس بن علی کاشف‌الغطاء. (بی‌تا). المعاملات المصرفیة. بی‌جا: موسسة کاشف الغطاء.
۱۰۰. نجفی، محمدحسن. (۱۳۶۳ش). جواهر الکلام. تهران: دار الکتب الاسلامیه.

۱۰۱. نراقی، احمد بن محمدمهدی. (۱۴۱۵ق). مستندالشیعه فی أحکام الشریعه. قم: مؤسسهٔ آل البیت(ع).
۱۰۲. نراقی، محمد بن احمد. (۱۴۲۲ق). مشارق الأحکام. قم: کنگره نراقیین ملامهدی و ملااحمد.
۱۰۳. نراقی، احمد بن محمدمهدی. (۱۴۱۷ق). عوائد الأیام فی بیان قواعد الأحکام. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۱۰۴. ویسی، محمود. (۱۳۹۷ش). بررسی تطبیقی حیله‌های فقهی در عقود. دو فصلنامهٔ مطالعات تطبیقی فقه و اصول مذاهب، ۱(۱)، ص ۱۲۷-۱۳۸. https://doi.org/10.34785/J016.2019.957

Civil Jurisprudence Doctrines
ISSN Print: 2251- 936x Online: 2783- 3690

Investigating the Guardian Council's Perspective on the Acceptable Timeframe for Reclamation of Lands within Natural Resource Areas, with an Analysis of Note 6 of the Law on Invalidation of Documents for the Sale of Endowed Properties, Water, and Lands

Mojtaba Bagherzadeh[1] | **Seyed Mostafa Mohaghegh Damad**[2] | **Gholamali Seyfi Zeynab**[3]

1. Corresponding Author, PhD Student in Private Law, Faculty of Humanities, Islamic Azad University, Mazandaran, Sari, Iran. Email: m.bagherzadeh5879@gmail.com
2. Professor, Law Department, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran. Email: mdamad@ias.ir
3. Assistant Professor, Law Department, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran. Email: gh.seifi.z@gmail.com

Article Info

Article type:
Research Article

Article history:
Received: 4 January 2024
Revised: 24 November 2024
Accepted: 1 January 2025
Available online 4 January 2025

Keywords:
National Lands, Endowment (Waqf), Forest, Pastures, Reclamation.

ABSTRACT

According to Article 45 of the Constitution of the Islamic Republic of Iran, Anfāl (public wealth) and public resources—including forests, pastures outside urban areas, barren lands, mines, and so forth—are placed under the authority of the Islamic government. Nationalization regulations, as a type of expropriation law, affect private ownership, but due to the failure to consider the specific jurisprudential and legal conditions of endowed lands—especially in nationalization regulations—after the Islamic Revolution, laws and regulations have been enacted for the reclamation and protection of the country's endowed lands. These have been subject to several amendments and reforms following the law of nationalization of forests and pastures dated 27/10/1341 HS. Note 6 added to the single article law on the nullification of documents for the sale of endowed properties, water, and lands, dated 19/12/1380 HS, represents the latest legislative intent regarding the resolution of disputes over endowed lands affected by the nationalization of forests and pastures. Considering the background of disputes and the legal opinions of the Guardian Council in this regard, as well as the amended executive bylaw of 15/12/1395 HS and its executive instruction, this note can be recognized as the rule for resolving conflicts between endowed lands and nationalization regulations in forests and pastures, and can serve as an operational criterion. Therefore, by reviewing the opinions of the Guardian Council jurists in this area, which have formed the basis for numerous judicial decisions—especially by the General Board of the Administrative Justice Court—a comprehensive analysis can be presented regarding the acceptable timeframe for the reclamation of endowed lands within natural resource areas. One of the distinguishing features of endowed lands is their particular legal nature regarding the permissibility of sale and removal from endowment status, which must also be considered within the rules and regulations governing expropriation. Accordingly, in the case of endowments, after the act of endowment (Waqf), sale or expropriation is not permissible without a legitimate religious (Sharī'a) authorization, except under the specific conditions permitted by the rules of waqf.

Cite this article: Bagherzadeh, M.; Mohaghegh Damad, S., M.; Seyfi Zeynab, GH. (2025). Investigating the Guardian Council's Perspective on the Acceptable Timeframe for Reclamation of Lands within Natural Resource Areas, with an Analysis of Note 6 of the Law on Invalidation of Documents for the Sale of Endowed Properties, Water, and Lands. *Civil Jurisprudence Doctrines*, 17(31), 29-58. https://doi.org/10.30513/cjd.2025.5762.1933

© The Author(s). Publisher: Razavi University of Islamic Sciences.

آموزه‌های فقه مدنی
ISSN Print: 2251- 936x Online: 2783- 3690

بررسی دیدگاه شورای نگهبان در خصوص زمان قابل قبول برای احیای اراضی در محدودهٔ منابع طبیعی، با تحلیلی بر تبصرهٔ ۶ الحاقی قانون ابطال اسناد فروش رقبات آب و اراضی موقوفه

مجتبی باقرزاده[۱] | سید مصطفی محقق داماد[۲] | غلامعلی سیفی زیناب[۳]

۱. نویسنده مسئول، دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکدهٔ علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی، مازندران، ساری، ایران.
رایانامه: m.bagherzadeh5879@gmail.com

۲. استاد، گروه حقوق، دانشکدهٔ حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران. رایانامه: mdamad@ias.ir

۳. استادیار، گروه حقوق، دانشکدهٔ حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران. رایانامه: gh.seifi.z@gmail.com

اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۰/۱۴

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۹/۰۴

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۰/۱۲

تاریخ انتشار برخط: ۱۴۰۳/۱۰/۱۵

کلیدواژه‌ها: اراضی ملی، وقف، جنگل، مراتع، احیاء.

چکیده

مطابق اصل چهل‌وپنجم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، انفال و ثروت‌های عمومی، از جمله جنگل‌ها و مراتع غیرحریم، اراضی موات و معادن و... در اختیار حکومت اسلامی قرار گرفته است. مقررات ملی شدن به‌عنوان یکی از قوانین سلب مالکیتی، مالکیت خصوصی اشخاص را تحت تأثیر قرار داده است، لکن به دلیل عدم لحاظ شرایط خاص فقهی و حقوقی اراضی وقفی، به‌ویژه در مقررات ملی شدن، پس از انقلاب اسلامی، قوانین و مقرراتی در جهت احیا و صیانت از موقوفات کشور وضع شده است که در طول سالیان بعد از تصویب‌نامهٔ ملی شدن جنگل‌ها و مراتع مورخ ۱۳۴۱/۱۰/۲۷ در چندین مرحله دستخوش تغییرات و اصلاحات بعدی شده است. تبصرهٔ ۶ الحاقی به ماده‌واحدهٔ قانون ابطال اسناد فروش رقبات آب و اراضی موقوفه در تاریخ ۱۳۸۰/۱۲/۱۹ به‌عنوان آخرین ارادهٔ قانون‌گذار در خصوص حل اختلافات اراضی موقوفه که مشمول مقررات ملی شدن جنگل‌ها و مراتع واقع شده‌اند، به تصویب رسیده است. با ملاحظهٔ سابقهٔ اختلاف و نظرات شرعی شورای محترم نگهبان در این خصوص و همچنین آیین‌نامهٔ اصلاحی مصوب ۱۳۹۵/۱۲/۲۵ و دستورالعمل اجرایی، آن را می‌توان به‌عنوان قاعدهٔ حل تعارض اراضی وقفی با مقررات اراضی ملی در جنگل‌ها و مراتع شناسایی کرد و از نظر اجرایی ملاک عمل قرار داد. بنابراین، با مرور نظرات فقهای شورای محترم نگهبان در این خصوص که مبنای صدور آرای متعدد قضایی به‌ویژه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری بوده است، می‌توان تحلیل جامعی از زمان قابل قبول برای احیای اراضی وقفی در محدودهٔ اراضی منابع طبیعی ارائه نمود. یکی از وجوه افتراق اراضی وقفی، ماهیت خاص این اراضی در شرایط جواز بیع و خروج از وقفیت است که در قواعد و مقررات سلب مالکیتی نیز باید لحاظ شود. لذا در موقوفات، پس از وقف، امکان فروش و سلب مالکیت بدون مجوز شرعی وجود ندارد، مگر با شرایط مجاز مربوط به وقف.

استناد: باقرزاده، مجتبی؛ محقق داماد، سید مصطفی؛ سیفی زیناب، غلامعلی. (۱۴۰۴). بررسی دیدگاه شورای نگهبان در خصوص زمان قابل قبول برای احیای اراضی در محدودهٔ منابع طبیعی، با تحلیلی بر تبصرهٔ ۶ الحاقی قانون ابطال اسناد فروش رقبات آب و اراضی موقوفه. آموزه‌های فقه مدنی، ۱۷(۳۱)، ۲۹-۵۸. https://doi.org/10.30513/cjd.2025.5762.1933

ناشر: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.

© نویسندگان.

مقدمه

نظام مالکیتی در ایران با توجه به شرایط عرفی در اعصار مختلف متفاوت بوده و روابط خصوصی بین اشخاص نیز بر اساس قواعد فقهی و عرف محلی تنظیم می‌شده است. پس از انقلاب مشروطه و ایجاد نظام قانون‌گذاری در ایران، مبانی مالکیتی و نحوهٔ شناسایی مالکیت در قانون مدنی مصوب ۱۳۰۷ تبلور یافته است.

بر اساس مقررات حاکم بر کشور تا قبل از تصویب مقررات اصلاحات اراضی و ملی شدن جنگل‌ها و مراتع در دههٔ ۴۰ شمسی، محدودیتی برای مالکیت اشخاص بر آبادی‌ها، روستاها و اراضی مرتعی و جنگلی تابع آن وجود نداشته است. لذا هر شخص حقیقی یا حقوقی می‌توانست بر اساس قوانین حاکم، یا اعطای تیول دولتی[1] یک یا چندین روستا و آبادی را مالک شود و اعمال حقوق مالکانه داشته باشد. پس از تصویب مقررات تحدید مالکیتی مذکور، اراضی وقفی کشور نیز تحت شعاع این قوانین قرار گرفت که اساساً با احکام و شرایط فقهی و حقوقی وقف مغایرت داشت. در نتیجه، در سال ۱۳۶۳ جهت صیانت از موقوفات، ماده‌واحدهٔ قانون ابطال اسناد فروش رقبات آب و اراضی موقوفه تصویب گردید که به‌نوعی مقررات ملی شدن را در مورد اراضی وقفی تخصیص داده است.

در مادهٔ ۱۰ آیین‌نامهٔ اجرایی قانون ابطال مصوب سال ۱۳۶۳ به‌صراحت تکلیف موضوع روشن شده و اراضی وقفی از شمول مقررات ملی شدن خارج دانسته شده‌اند. این ماده از آیین‌نامه در چندین مرحله، از نظر شورای محترم نگهبان و دیوان عدالت اداری مورد تأیید قرار گرفته است. لکن پس از اصلاحات بعدی قانون مذکور و تصویب تبصرهٔ ۶ الحاقی ماده‌واحدهٔ قانون ابطال اسناد فروش رقبات آب و اراضی موقوفه مصوب سال ۱۳۸۰، اراضی احیاشده تا قبل از پایان سال ۱۳۶۵ و حریم موقوفات از شمول مقررات ملی شدن مستثنا شده‌اند.

---

۱. اراضی که حاکم در قبال خدمات یا حقوق دولتی به اشخاص واگذار می‌کند و این اراضی معمولاً در اختیار امرا و لشکریان قرارداده می‌شد که حقوق خود را از آن‌ها تحصیل نمایند.

در برخی از اراضی و مراتع وقفی که دارای مواد معدنی نیز هستند، به دلیل وحدت موضوع در مبنای اختلاف و ماهیت موقوفات با مصادیقی از انفال مانند مراتع و معادن، به نظرات فقهی شورای نگهبان در این زمینه نیز اشاره می‌گردد.

گرچه لایحهٔ ملی شدن جنگل‌ها در سال ۱۳۴۱ تصویب شد، اما مبنای احیاء اراضی تا تاریخ اسفند ۱۳۶۵ به دلیل تغییرات و اصلاحات قانونی و سیاسی بر اساس نظرات فقهی می‌باشد که در آن زمان مطرح شده‌اند. به عبارتی دیگر، برخی از قوانین و مبانی مربوط به استقرار حکومت اسلامی که بعد از انقلاب اسلامی ایران و تأسیس جمهوری اسلامی در سال ۱۳۵۷ اعمال شده‌اند، نقش اساسی در تنظیمات و قوانین بعدی داشته‌اند.

اعلامیهٔ دولت وقت در اسفند ۱۳۶۵ می‌تواند به‌عنوان مبدأ زمانی در نظر گرفته شود که در آن زمان، اصول و موازین شرعی و قانون اساسی جمهوری اسلامی به‌طور جامع‌تری در قوانین لحاظ و اجرایی شده است.

در سال ۱۳۴۱، هیئت وزیران لایحهٔ قانونی ملی شدن جنگل‌ها را تصویب کرد که بر اساس آن، تمام جنگل‌ها، مراتع، بیشه‌های طبیعی و اراضی جنگلی کشور جزء اموال عمومی محسوب گردید و متعلق به دولت شد. حتی اگر قبلاً افرادی آن‌ها را متصرف کرده و سند مالکیت داشته باشند، این اموال به دولت منتقل شد و به عبارتی دیگر، از مالکین این اراضی سلب مالکیت گردید. اما به دلیل مغایرت با برخی از اصول حقوقی و موازین شرعی، در قوانین و مقررات بعدی تعدیل گردید.

بنابراین، با مرور قوانین و مقررات مربوط و سوابق نظریات شورای نگهبان و آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، می‌توان سازوکار اجرایی تعیین تکلیف اراضی اختلافی املاک و اراضی جنگلی و مرتعی موقوفه با اراضی ملی را استخراج نمود، چراکه در این زمینه، آیین‌نامه‌های اجرایی قانون ابطال اسناد و فروش رقبات آب و اراضی موقوفه مصوب هیئت وزیران و دستورالعمل‌های اجرایی مرتبط با آن، با نگاه تحلیلی به ارادهٔ قانون‌گذار در تصویب تبصرهٔ ۶ الحاقی قانون ابطال مصوب ۱۳۸۰/۱۲/۱۹ تا حدود زیادی به ابعاد مختلف موضوع پرداخته است و کماکان قابلیت اجرا دارد. لذا در مقالهٔ حاضر مقررات و سازوکار اجرایی فرایند تعیین تکلیف این‌گونه اراضی تبیین می‌گردد.

۱. کیفیت، کمیت و زمان احیاء اراضی وقفی و غیروقفی

در بررسی کیفیت، کمیت و زمان احیاء اراضی، تفاوتی میان اراضی وقفی و غیروقفی نیست، چراکه وقتی ملکی به‌عنوان منابع طبیعی شناسایی شد، بحث این است که در زمان وقف نیز چنین بوده است و احیا می‌بایست اثبات شود تا شرط صحت وقف یعنی مالکیت واقف، وجود داشته باشد و لذا اختلاف اساسی در کیفیت مصداق احیاء مراتع و چگونگی احیا با توجه به نوع بهره‌برداری و ملاک عرفی آن می‌باشد. بنابراین کیفیت و چگونگی احیا در مراتع بسیار حائز اهمیت است. تفاوت قانونی از حیث تاریخ احیا نیز این است که اسفند ۱۳۶۵ در اراضی وقفی در قانون تصریح شده، اما در اراضی غیروقفی تصریح نشده و نظریهٔ شورای نگهبان پشتیبان آن است.

در کیفیت و نحوهٔ احیا این نکته بسیار قابل توجه می‌باشد که احیا صرفاً با اقدام به زراعت یا احداث بنا نیست و هر چیزی بر حسب نوع بهره‌برداری و استفادهٔ عرفی از آن، کیفیت و چگونگی احیاء آن متفاوت است. لذا در مصادیق احیاء زمین برای زراعت یا ایجاد ساختمان، با احیای مراتع جهت دامپروری به لحاظ عرفی در ازمنه و امکنهٔ مختلف تفاوت وجود دارد. بنابراین می‌توان گفت ملاک احیاء مرتع تعیین حدود مراتع تحت تصرف و آماده‌سازی جهت قابل استفاده نمودن مراتع[1] و استفادهٔ مستمر به‌عنوان مرتع با ایجاد دامسرا و سایر اقدامات لازم عرفی به میزان مورد استفاده و مورد نیاز می‌باشد، چراکه استعداد اراضی مذکور به‌عنوان مرتع برای چرای دام بوده و منفعت عقلایی نیز ایجاب می‌کند این‌گونه اراضی تغییر کاربری پیدا نکند و به‌صورت مرتع با توجه به نیاز دام و احشام و غیره استفاده شود. (محقق داماد، ۱۳۸۳، ص۲۴۶).

در ماده ۱۴۱ قانون مدنی نیز صرفاً به برخی از مصادیق احیا اشاره نموده است بعبارتی دیگر کیفیت و نحوه احیای اراضی موات تابع هدف احیا کننده به حسب مورد و بر اساس معیارعرفی می‌باشد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ج۱، ص۱۹۵) با توجه به مادهٔ ۱۴۴ قانون مدنی مبنی بر اینکه احیاء اطراف زمین موجب تملک و احیاء وسط آن نیز می‌باشد، احیاء اراضی وسط ملک نیز موجب احیاء اراضی اطراف و حریم مورد نیاز آن می‌باشد ماده

---

۱. قسمت اخیر ماده ۱۴۱ قانون مدنی (... و غیره قابل استفاده نماید) اشاره به معیار عرفی دارد.

۱۳۶ قانون مدنی ضرورت وجود حریم اراضی برای کمال انتفاع ذی‌الحریم اشاره دارد لذا در ادامه حریم اراضی را در حکم ملک صاحب حریم دانسته و تابع آثار مالکیت آن است (مادهٔ ۱۳۹ ق.م) حریم اراضی مقداری از اراضی موات محیط به آنها است که اهالی ده برای چرانیدن مواشی و استفاده از بوته‌های خودرو و هرگونه انتفاع، لازم داشته باشند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ص۱۶۵۳).

۲. نظرات فقهای شورای نگهبان در خصوص اراضی ملی

بررسی مصوبات و اعلامیه‌های شورای نگهبان که به این موضوع مرتبط‌اند و تحلیل دلایل و مبانی حقوقی و شرعی آن‌ها می‌تواند کمک شایانی به شناسایی دقیق احکام مربوط در جهت تعیین تکلیف اراضی اختلافی اراضی ملی با موقوفات و حتی سایر اشخاص نماید.

۲-۱. عدم شمول مقررات ملی شدن به تصرفات اشخاص قبل از اجرایی شدن اصل ۴۵ قانون اساسی

در پی اعتراضات گستردهٔ مردمی و متصرفین اراضی مرتعی و جنگلی که قبل از لایحهٔ قانون ملی شدن جنگل‌ها و مراتع، مالکیت یا تصرفات مالکانه داشته‌اند و طرح دعاوی متعدد از سوی معترضین به نحوهٔ ملی شدن پس از انقلاب اسلامی، بسیاری از محاکم در جهت رفع ابهامات و تعارضات موجود که ناشی از اختلاف میان مقررات مالکیتی و ملی شدن و عدم رعایت حقوق مالکانه اشخاص بوده، از شورای نگهبان در خصوص انطباق مواد ۵۵ و ۵۶ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع مصوب ۱۳۴۶/۰۵/۲۵ استفسار نمودند و شورای نگهبان در نظریات متعدد به شرح ذیل اعلام نظر نموده است:

شورای محترم نگهبان در نظریهٔ شمارهٔ ۲۶۵۰ مورخ ۱۳۶۷/۰۸/۰۴[1] تصرفات اشخاص

---

۱. ۱- شمول ماده ۵۵ اصلاحي قانون حفاظت و بهره برداري از جنگل ها و مراتع و تبصره آن نسبت به كساني كه در رژيم زندگي گذشته اقدام به تصرف و احياء منابع مذكور نموده اند خلاف موازين شرع و در اين قسمت ماده مذكور ابطال مي شود .

۲- در ماده ۵۶ اصلاحي قانون مذكور محدود نمودن پذيرش اعتراض اشخاص ذينفع به يک ماده خلاف موازين شرع و در اين قسمت ماده مذكور ابطال مي شود . و بند الف اين ماده بر اين اساس اصلاح مي شود.

۳- در ماده ۵۶ اصلاحي ملاک عمل قرار دادن و قطعي دانستن تصميم اكثريت كميسيون مذكور در ماده خلاف موازين شرع و در اين قسمت نيز ماده مذكور ابطال مي شود.

۴- در بند ج مادهٔ ۵۶ مذكور دستور رفع تصرف و خلع يد از اراضي مذكور كه در رژيم گذشته تصرف و احيا شده

در منابع ملی اعلام شده در زمان رژیم گذشته را معتبر دانسته و شمول مادهٔ ۵۵ را نسبت به آن باطل دانسته است. از نظر ماهوی می‌توان تحلیل نمود که چون رژیم گذشته به‌عنوان مصداقی از حکومت اسلامی در نظر گرفته نمی‌شده است، لذا تصرفات اشخاص از احکام و قواعد تحلیل استفاده از انفال در عصر غیبت معصوم(ع) پیروی نموده و در زمرهٔ استفاده از اراضی موات و مباحات موضوع قانون مدنی به شمار می‌رفته است. در نتیجه، این نظریه در مادهٔ ۵۶ و ابطال اطلاق آن نیز تأثیر گذاشته و نحوهٔ رسیدگی به اعتراضات را تعدیل نموده است. لذا نظم مالکیتی و نظام حقوقی در ایران بر اساس مواد ۳۰، ۳۵ و ۱۴۰ قانون مدنی، مالکیت اشخاص شکل گرفته و شناسایی می‌شود.

بعد از انقلاب شکوهمند اسلامی، قانون‌گذار ماده‌واحدهٔ قانون تعیین تکلیف اراضی اختلافی موضوع اجرای مادهٔ ۵۶ قانون جنگل‌ها و مراتع را در تاریخ ۱۳۶۷/۰۶/۲۲ تصویب کرده است که در آن، شیوهٔ رسیدگی و اعتراض به ملی اعلام کردن اراضی مقرر شده است.[۱]

همان‌طور که ملاحظه می‌شود، با توجه به مبانی فقهی و قانونی، همهٔ تصرفات اشخاص در اراضی مذکور در رژیم قبل از جمهوری اسلامی و همچنین بعد از انقلاب اسلامی تا قبل از اعلامیهٔ دولت وقت در تاریخ ۱۳۶۵/۱۲/۱۶ معتبر و مورد تأیید قانون‌گذار و شورای نگهبان قرار گرفته است.

در پی تصویب ماده‌واحدهٔ قانون تعیین تکلیف اراضی اختلافی مادهٔ ۵۶ قانون جنگل‌ها و مراتع کشور و ابلاغ آیین‌نامهٔ اجرایی آن، با توجه به بند ۲ مادهٔ ۱ آیین‌نامهٔ

است، خلاف موازین شرع و در این قسمت نیز مادهٔ مذکور ابطال می‌شود.

لازم به ذکر است که پس از تهیه و ابلاغ آیین‌نامهٔ قانون تعیین تکلیف اراضی اختلافی موضوع اجرای مادهٔ ۵۶ قانون جنگل‌ها و مراتع مصوب ۱۳۶۷/۶/۲۲ مجلس شورای اسلامی این ماده‌واحده ملاک عمل خواهد بود».

۱. در تبصرهٔ ۴ این ماده‌واحده مقرر گردیده است: «دولت موظف است توسط دستگاه‌های ذی‌ربط نسبت به خلع ید از اراضی متصرفی بعد از اعلام مورخ ۱۳۶۵/۱۲/۱۶ اقدام لازم را به عمل آورد»، و طی نظریهٔ مشورتی ۷/۴۳۳۸ تاریخ ۱۳۷۷/۷/۳۰ ادارهٔ حقوقی قوهٔ قضائیه نیز اعلام نموده: «... و در این ماده‌واحده هم تاریخ خلع ید اشخاص از اراضی متصرفی به بعد از ۱۳۶۵/۱۲/۱۶ موکول گردیده است»، و در تاریخ ۱۳۷۱/۱۲/۱۶ در تبصرهٔ مادهٔ ۹ آیین‌نامهٔ اجرایی مادهٔ ۲ قانون حفظ و حمایت از منابع طبیعی و ذخایر جنگلی کشور مقرر داشته است: «در مورد خلع ید از تصرفات غیرمجاز در منابع ملی قطعیت‌یافته قبل از تاریخ ۱۳۶۵/۱۲/۱۶ از طریق مراجع قضایی اقدام می‌شود».

اجرایی قانون مذکور، شناسایی مالکیت اشخاص در اراضی مرتعی و جنگلی محدود به سند مالکیت و دادنامهٔ قضایی شده بود. مراتب از طریق مراجع قضایی به دلیل خلاف موازین شرع بودن، به شورای نگهبان ارجاع گردید که شورا در پاسخ طی نظریهٔ شمارهٔ ۵۹۰۸ مورخ ۱۳۷۳/۰۱/۲۴ صراحتاً بیان داشته است: «منحصر دانستن مالکیت به موارد مذکور در بند ۲، خلاف موازین شرع است و هر گونه احیایی که تا تاریخ اسفند ۱۳۶۵ انجام شده نیز شرعاً موجب مالکیت است و در صورت معلوم نبودن زمان احیا (که آیا قبل از تاریخ مذکور بوده یا بعد از آن) ید مالکانه نیز از مدارک مثبته خواهد بود».

این نظریه یکی از مستندات مبنا قرار دادن سال ۱۳۶۵ و اعتبار تصرفات و ید مالکانهٔ اشخاص می‌باشد. بر اساس این نظریهٔ شورای نگهبان که در پاسخ به نامهٔ شمارهٔ ه/۵۶/۷۲ مورخ ۱۳۷۲/۱۱/۳۰ رئیس هیئت عمومی دیوان عدالت اداری بوده است، آرای قضایی متعددی صادر گردیده که دادنامهٔ شمارهٔ ۲۱-۲۲-۲۳-۲۴ مورخ ۱۳۷۳/۲/۱۷ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری نمونه‌ای از آن می‌باشد.

قانون بودجهٔ سال ۱۴۰۲ کل کشور در بند «م» تبصرهٔ ۸ آن نیز به این نظریه و مبنای آن اشاره نموده و ادارهٔ کل حقوقی قوه قضائیه نیز طی نظریه‌های شمارهٔ ۷/۹۲/۵۲۵ مورخ ۱۳۹۲/۳/۲۵ و نظریهٔ شمارهٔ ۷/۱۴۰۲/۲۲۳ مورخ ۱۴۰۲/۵/۲۰ بر مفاد آن تأکید نموده و ملاک عمل دانسته است.

شورای نگهبان در نظریهٔ دیگری که در راستای رسیدگی به انطباق با قانون اساسی و موازین شرع مصوبهٔ مجلس شورای اسلامی بوده است،[1] پس از ایراد شورای نگهبان و

---

۱. در این زمینه اشاره داشته که عطف به نامهٔ شمارهٔ ۲۲۷۰- ق مورخ ۱۳۷۲/۱۰/۲۶ مجلس شورای اسلامی: «طرح اصلاح مادهٔ ۳۴ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع مصوب ۱۳۵۴/۰۳/۱۴ و الحاق چند تبصره به آن» که در جلسهٔ مورخ بیست‌ویکم دی‌ماه یک‌هزار و سیصد و هفتاد و دو به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده است، در جلسهٔ مورخ ۱۳۷۲/۱۰/۲۹ شورای نگهبان مطرح شد و نظر شورا بدین شرح اعلام گردید:

الف. ماده‌واحده که وزارت جهاد سازندگی را به دریافت اجاره‌بها از زمین‌هایی که تا پایان سال ۱۳۶۵ بدون اخذ مجوز قانونی تصرف شده، موظف ساخته است، خلاف موازین شرع شناخته شد، زیرا نسبت به زمین‌هایی که در زمان حکومت اسلامی احیا شده است، چون مستفاد از تبصرهٔ ۴ طرح تعیین تکلیف اراضی اختلافی موضوع اجرای مادهٔ ۵۶ قانون جنگل‌ها و مراتع مصوب ۱۳۶۷/۰۶/۲۲ مجلس شورای اسلامی تنفیذ و موجب مالکیت آن‌هاست و در نتیجه اخذ اجاره‌بها از زمین‌هایی که تا تاریخ ۱۳۶۵/۱۲/۱۶ تصرف شده است خلاف موازین شرعی است.

ب. تبصرهٔ ۳ و ۴ در آن قسمت که ناظر به زمین‌های مذکور است نیز خلاف موازین شرعی می‌باشد.

ارجاع مصوبهٔ مجلس جهت اصلاح مفاد آن، مجدداً طرح تصویبی به شورای نگهبان ارسال کرد و شورا در بررسی خود طی نظریهٔ دیگری در این زمینه اشاره داشت. عطف به نامه‌های شمارهٔ ۲۵۹۲-ق مورخ ۱۳۷۳/۰۱/۳۰ و ۲۲۷۰-ق مورخ ۱۳۷۲/۱۰/۲۶ و پیرو نامهٔ شمارهٔ ۵۷۶۵ مورخ ۱۳۷۲/۱۱/۰۲: «طرح اصلاح مادهٔ ۳۴ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع مصوب ۱۳۵۴/۰۳/۱۴ و الحاق چند تبصره به آن» که مجدداً و با اصلاحاتی در جلسهٔ مورخ بیست‌وهشتم فروردین‌ماه یک‌هزار و سیصد و هفتاد و سه به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده است، در جلسهٔ مورخ ۱۳۷۳/۰۲/۰۷ شورای نگهبان مطرح شد و نظر شورا بدین شرح اعلام گردید: «اشکال شورای نگهبان در مورد زمین‌هایی که در زمان حکومت اسلامی تا تاریخ ۱۳۶۵/۱۲/۱۶ احیا شده باشد رفع نگردیده و به قوت خود باقی است».

با توجه به این‌که در اصلاح مادهٔ ۳۴ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع مصوب ۱۳۷۳ نظر شورای نگهبان نهایتاً پذیرفته نشده و مجمع مبادرت به تصویب مقررهٔ فوق نموده است.

بر اساس همین نظریه، موضوع به مجمع تشخیص مصلحت ارجاع و قانون اصلاح مادهٔ ۳۴ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع مصوب ۱۳۵۴/۰۳/۱۴ و الحاق چند تبصره به آن در تاریخ ۱۳۷۳/۰۷/۰۷ مورد تصویب مجمع قرار گرفته است. بنابراین، قانون‌گذار تلاش نموده است با لحاظ موازین شرعی و قواعد فقهی و قانونی مربوط به احیاء اراضی، تا حدود زیادی اطلاق مادهٔ یک لایحهٔ ملی شدن جنگل‌ها و مراتع مصوب سال ۱۳۴۱ را تعدیل نماید و تصرفات مالکانهٔ اشخاص را به رسمیت بشناسد.[۱]

۲-۲. عدم شمول مقررات ملی شدن به اراضی وقفی و حریم موقوفات

به فراخور ابهامات و اختلافات در اجرای ملی شدن جنگل‌ها و مراتع، این اختلاف نظر به املاک و اراضی وقفی نیز تسری پیدا نمود. به‌رغم تصویب ماده‌واحدهٔ قانون ابطال اسناد و فروش رقبات، آب و اراضی موقوفه مصوب ۱۳۶۳/۰۱/۲۸ و مفاد مادهٔ ۱۰ آیین‌نامهٔ

۱. شورای نگهبان طی نظریهٔ شمارهٔ ۵۹۴۰ مورخ ۱۳۹۷/۴/۲۳ صراحتاً اطلاق مادهٔ یک مقررات ملی شدن خلاف شرع اعلام نموده است.

اجرایی آن مصوب ۱۳۶۳/۰۹/۰۷، چندین مرحله توسط ادارات منابع طبیعی نسبت به ابطال این ماده از آیین‌نامه اقدام شد که منجر به اظهار نظر شورای نگهبان در خصوص مادهٔ ۱۰ آیین‌نامه و همچنین ماده‌واحدهٔ قانون ابطال گردید. این نظرات مبنای صدور آراء هیئت عمومی دیوان عدالت اداری قرار گرفته است. در راستای تصویب قانون الحاق دو تبصره به قانون ابطال اسناد و فروش رقبات، آب و اراضی موقوفه، نیز این اختلافات مشاهده گردیده که در هر دو مورد به شرح ذیل به‌طور مختصر بیان می‌گردد:

ابطال مادهٔ ۱۰ آیین‌نامهٔ اجرایی توسط سازمان جنگل‌ها: سازمان جنگل‌ها نسبت به ابطال مادهٔ ۱۰ آیین‌نامهٔ مذکور از طریق دیوان عدالت اداری به دلیل خلاف شرع بودن اقدام نمود. پس از رسیدگی، هیئت عمومی دیوان بر اساس اصل چهارم قانون اساسی و قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری از شورای نگهبان طی نامهٔ شمارهٔ ه/۶۶ مورخ ۱۳۶۵/۰۴/۱۴ استعلام نمود.[۱] این نظریه مبنای صدور دادنامهٔ شمارهٔ ۶۵/۷۴ و ۷۵ مورخ ۱۳۶۵/۰۹/۰۳ می‌باشد.[۲] متعاقباً در تاریخ ۱۳۶۹/۰۱/۲۳ دادنامهٔ شمارهٔ ۶۹/۶ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری صادر گردید.[۳] این دادنامه در دادنامهٔ شمارهٔ ۷۰/۵۰ مورخ ۱۳۷۰/۰۵/۰۸ هیئت عمومی دیوان مجدداً تأیید گردید.[٤] همان‌طور که ملاحظه می‌شود، شورای محترم نگهبان و دیوان عدالت اداری در چندین مرحله انطباق مادهٔ ۱۰ آیین‌نامه با شرع و قانون را تأیید نموده و خللی از لحاظ قانونی و شرعی به آن وارد

---

۱. در پاسخ شورای نگهبان به استناد نامهٔ شمارهٔ ۶۳۷۰ مورخ ۱۳۶۵/۰۸/۲۱ اعلام داشته است: «تبصرهٔ ذیل مادهٔ ۱۰ آیین‌نامهٔ اجرایی ماده‌واحدهٔ قانون ابطال اسناد و فروش رقبات آب و اراضی موقوفه با ثبوت وقفیت زمین و مثل سایر موارد از لحاظ شرعی بی‌اشکال است».

۲. «طبق نظر فقهای محترم شورای نگهبان شرح نامهٔ شمارهٔ ۵۳۰۳ مورخ ۱۳۶/۰۸/۲۱ تبصرهٔ ذیل مادهٔ ۱۰ آیین‌نامهٔ اجرایی ماده‌واحدهٔ قانون ابطال اسناد فروش رقبات آب و اراضی موقوفه با ثبوت وقفیت زمین و مثل سایر موارد از لحاظ شرعی بی‌اشکال است و به نظر اکثریت اعضای هیئت عمومی دیوان مادهٔ ۱۰ آیین‌نامه اجرایی ماده‌واحدهٔ قانونی ابطال اسناد فروش رقبات آب و اراضی موقوفه مخالف قانون تشخیص نمی‌گردد».

۳. «نظر به این‌که کمیسیون بند ب مادهٔ ۲ آیین‌نامهٔ قانون ابطال اسناد فروش رقبات آب و اراضی موقوفه صرفاً به‌منظور تشخیص مصادیق مورد نظر قانون‌گذار تشکیل و جنبهٔ کارشناسی دارد، و حسب قسمت اخیر بند مزبور، تعیین تکلیف قطعی نسبت به موضوع با دادگاه مدنی خاص می‌باشد و مادهٔ ۱۰ آیین‌نامه نیز در مقام تبیین حکم کلی ماده‌واحده است، علی‌هذا به اتفاق آراء موارد فوق، مخالف و مغایر با قانون، تشخیص نمی‌گردد».

٤. نظر به این‌که هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، قبلاً به موضوع رسیدگی و طی نامهٔ دادنامهٔ شمارهٔ ۶-۶۹/۰۱/۲۳ در این خصوص اتخاذ تصمیم نموده است، بنابه مراتب به اتفاق آرا، قابل بحث و طرح مجدد، تشخیص نگردید».

ندانسته‌اند.

تصویب دو تبصره به ماده‌واحدهٔ قانون ابطال: همین دیدگاه سازمان جنگل‌ها و مراتع در جریان تصویب دو تبصره به ماده‌واحدهٔ قانون ابطال نیز مشاهده می‌شود. شورای محترم نگهبان طی نظریهٔ شمارهٔ ۸۰/۲۱/۲۶۹۳ مورخ ۱۳۸۰/۰۹/۰۶ طرح الحاق دو تبصره به ماده‌واحدهٔ قانون ابطال اسناد و فروش رقبات، آب و اراضی موقوفه را با این ایراد که اطلاق تبصرهٔ ۶ نسبت به زمین‌هایی که مشمول مادهٔ ۱ قانون حفاظت از جنگل‌ها و مراتع مصوب ۱۳۴۶/۰۵/۲۵ می‌باشد، لکن در زمان طاغوت و یا بعد از تأسیس جمهوری اسلامی ایران تا تاریخ مذکور در نامهٔ نخست‌وزیر وقت (۱۳۶۵/۱۲/۱۶) تصرف و احیا شده و سپس وقف گردیده است. همچنین نسبت به زمین‌های مشمول آن ماده که حریم موقوفات باشد، خلاف شرع شناخته شده است. پس از این ایراد اولیه و ارجاع به مجلس شورای اسلامی، با تغییرات و اصلاحات صورت گرفته، مصوبهٔ مجلس مجدداً به شورای نگهبان طی نامهٔ شمارهٔ ۱۶۰۵-ق ارسال و شورا پس از رسیدگی طی نظریهٔ شمارهٔ ۸۰/۲۱/۳۰۹۶ مورخ ۱۳۸۰/۱۰/۲۹ اعلام داشته است: در تبصرهٔ (۶) آوردن عبارت «و به وقف» در اصلاحیهٔ آخر تبصرهٔ (۶) موهم این است که باید وقف زمین‌های احیاشده قبل از تاریخ مذکور باشد، در صورتی که این تقیید خلاف شرع است و با حذف عبارت «و به وقف»، اشکال برطرف می‌شود.

با توجه به ایرادات فوق‌الذکر که شورای نگهبان نسبت به مصوبهٔ مجلس شورای اسلامی داشته است، طرح الحاقی مجدداً به مجلس شورای اسلامی ارجاع و نهایتاً با رعایت نکات مدنظر و رفع ایرادات شورای نگهبان، قانون الحاق دو تبصره به ماده‌واحدهٔ قانون ابطال اسناد فروش رقبات، آب و اراضی موقوفه در تاریخ ۱۳۸۰/۱۲/۱۹ توسط مجلس شورای اسلامی به تصویب رسیده است.

علی‌رغم تصویب این مقررهٔ قانونی، در سال ۱۳۸۹ در کارگروه مبارزه با زمین‌خواری، مصوباتی مغایر قانون و حقوق موقوفات وضع گردید که به‌موجب نامهٔ شمارهٔ ۳۸۱/ف/۸۹ مورخ ۱۳۸۹/۱۱/۱۱ و نظریهٔ شمارهٔ ۴۲۱۲۸ مورخ ۱۳۹۰/۰۲/۱۰ خلاف شرع اعلام شد. در نامهٔ رئیس مجمع مشورتی فقهی شورای نگهبان در مقام رسیدگی به نامهٔ دیوان عدالت اداری مبنی بر خلاف شرع بودن بند ۲ اصلاحی مصوبهٔ دومین جلسهٔ

کارگروه زمین‌خواری موضوع نامهٔ شمارهٔ ۴۷۸۵ مورخ ۱۳۸۹/۰۲/۲۱ معاون نظارت و هماهنگی در سیاست‌های اقتصادی اعلام می‌نماید: «اطلاق عبارت مصوبه که شامل مواردی که حجت شرعی از قبیل ید و شیاع و تصرف بلامعارض و بینه و... بر وقفیت باشد، خلاف شرع می‌باشد و به‌حسب فتاوای ذکرشده در شکایت‌نامهٔ یادشده، حریم موقوفات نیز تابع موقوفه است و کسی حق مالکیت نسبت به آن را ندارد و در نهایت به اتفاق آرا تصویب شد».

این نظریه که مبنای نظریهٔ شمارهٔ ۴۲۱۲۸ مورخ ۱۳۹۰/۰۲/۱۰ قرار گرفته است، نهایتاً منتج به صدور دادنامهٔ شمارهٔ ۷۸۱ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۲۵ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری گردید. این دادنامه صراحتاً اطلاق و تسری مقررات ملی را به موقوفاتی که «...حجت شرعی از قبیل ید، شیاع، تصرف بلامعارض، بینه و... بر وقفیت باشد، خلاف موازین شرع شناخته است». بر اساس آن، مصوبهٔ مذکور ابطال گردید.

۳. نقد و تحلیل تبصرهٔ ۶ الحاقی قانون ابطال

با توجه به سابقهٔ اختلاف نظرات و ابهامات در خصوص اراضی وقفی واقع در جنگل‌ها و مراتع، نهایتاً در تاریخ ۱۳۸۰/۱۲/۱۹، قانون الحاق دو تبصره به ماده‌واحدهٔ قانون ابطال اسناد فروش رقبات، آب و اراضی موقوفه به‌صورت الحاق تبصره‌های ۵ و ۶ به قانون ابطال اسناد فروش رقبات، آب و اراضی موقوفه مصوب ۱۳۶۳/۱/۲۸ در مجلس شورای اسلامی تصویب گردید که تبصرهٔ ۶ الحاقی، مشخصاً نسبت به اختلاف وقف و اراضی ملی پرداخته است.[۱]

صرف نظر از اشکالات و ابهامات در خصوص تبصرهٔ مذکور، لازم است ابتدا به‌طور خلاصه نسبت به چگونگی تصویب این تبصرهٔ قانونی و شرح مذاکرات مجلس شورای اسلامی و ایرادات شورای نگهبان پرداخته شود. مذاکرات در جریان تصویب این تبصره به شرح زیر می‌باشد:

---

۱. «آن دسته از اراضی و املاک و جنگل‌ها و مراتع و اراضی منابع ملی که مشمول مادهٔ ۱ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع مصوب ۱۳۴۶/۰۵/۲۵ و اصلاحات بعدی آن و قانون حفظ و حمایت از منابع طبیعی و ذخایر جنگلی مصوب ۱۳۷۱/۰۷/۰۵ قرار گیرد، مشمول ماده‌واحدهٔ مذکور نبوده و موقوفه تلقی نمی‌شود، مگر در مورد حریم موقوفات و اراضی‌ای که قبل از تاریخ ۱۳۶۵/۱۲/۱۶ احیا شده باشد».

در جلسهٔ ۱۳۲ مذاکرات علنی مجلس شورای اسلامی به شمارهٔ ۱۶۴۵۲ مورخ ۱۳۸۰/۰۵/۲۱ بنابر پیشنهاد کمیسیون کشاورزی، آب و منابع طبیعی، تبصرهٔ ۶ به این نحو قرائت می‌گردد: «آن دسته از اراضی و املاک و جنگل‌ها و مراتع و اراضی منابع ملی که مشمول مادهٔ (۱) قانون ملی شدن جنگل‌ها و مراتع کشور و اصلاحات بعدی آن و قانون حفظ و حمایت از ذخایر جنگلی قرار گیرد، مشمول ماده‌واحدهٔ مذکور نبوده و موقوفه تلقی نمی‌شود».

این متن در جلسهٔ ۱۵۷ مذاکرات علنی مجلس شورای اسلامی به شمارهٔ ۱۶۵۲۳ مورخ ۱۳۸۰/۰۸/۱۳ بدین شرح اصلاح می‌گردد: «آن دسته از اراضی و املاک و جنگل‌ها و مراتع و اراضی منابع ملی که مشمول مادهٔ (۱) قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع مصوب ۱۳۴۶/۰۵/۲۵ و اصلاحات بعدی آن و قانون حفظ و حمایت ذخایر جنگلی مصوب ۱۳۷۱/۷/۵ قرار گیرد، مشمول ماده‌واحدهٔ مذکور نبوده و موقوفه تلقی نمی‌شود».

شورای محترم نگهبان به مفاد این تبصره اشکال و ایراد وارد می‌نماید مبنی بر این‌که در سال ۱۳۶۵ طی بخشنامه‌ای توسط نخست‌وزیر وقت، بر این منوال شده که اشخاصی که اراضی موات یا آنچه مربوط به انفال عمومی است احیا کرده و بعد از احیا وقف نموده‌اند، این احیا و این وقف درست است. شورای محترم نگهبان اعلام نمود که اطلاق تبصره شامل این موارد و املاک موضوع این بخشنامه هم می‌شود و ممکن است این املاکی که به‌درستی احیا و وقف شده، مشمول این ماده‌واحده قرار بگیرد. از طرفی، در مورد حریم موقوفات نیز ایراد مطرح نمود. لذا در جلسهٔ ۱۷۷ مذاکرات مجلس شورای اسلامی به شمارهٔ ۱۶۵۷۸ مورخ ۱۳۸۰/۱۰/۰۹ در جهت تأمین نظر شورای محترم نگهبان،[1] این موضوع مورد بحث قرار گرفت. در نهایت، این تبصره با اصلاحاتی در جلسهٔ علنی مورخ ۱۳۸۰/۱۲/۱۹ مجلس شورای اسلامی تصویب شد و پس از تأیید

---

۱. «مگر در مورد حریم موقوفات و اراضی‌ای که قبل از سال ۱۳۶۵/۱۲/۱۶ احیا و به وقف رسیده است» به تبصره اضافه گردید. مجدداً شورای نگهبان ایراد نمود که آوردن عبارت «و به وقف» در اصلاحیهٔ آخر تبصرهٔ (۶) موهم این است که باید وقف زمین‌های احیاشده قبل از تاریخ مذکور باشد که جهت تأمین نظر در جلسهٔ ۲۰۶ به شمارهٔ ۱۶۶۳۹ مورخ ۱۳۸۰/۱۲/۱۹ مقرر گردید خط آخر تبصرهٔ (۶) حذف و این‌طور اصلاح شود: «مگر در مورد حریم موقوفات و اراضی‌ای که قبل از تاریخ ۱۳۶۵/۱۲/۱۶ احیا شده باشد».

شورای نگهبان، جهت اجرا به‌صورت رسمی ابلاغ گردید.

با توجه به سیر تقنینی راجع به مسئلهٔ وقف، در خصوص تبصرهٔ ۶ ماده‌واحدهٔ قانون الحاق دو تبصره به ماده‌واحدهٔ قانون ابطال اسناد فروش رقبات، آب و اراضی موقوفه، با لحاظ موضوع اشاره‌شده در قسمت اخیر تبصره، اراضی موقوفه موضوع آن از شمول اراضی ملی خارج می‌باشد. لذا با وجود مقررات ملی شدن، آخرین ارادهٔ قانون‌گذار در جهت تعیین تکلیف و قاعدهٔ حل تعارض اراضی وقفی با اراضی ملی، حکم تبصرهٔ مذکور بیان داشته است: اراضی جنگلی و مرتعی واقع در حریم موقوفات و همچنین اراضی احیاشده قبل از تاریخ ۱۳۶۵/۱۲/۱۶ مشمول حکم و مصداق اراضی ملی نمی‌گردد و با لحاظ این دو شرط از مقررات ملی شدن مستثنا می‌باشد.

ضمن ایرادی که به مفهوم کلی قسمت اول تبصرهٔ ۶ الحاقی و همچنین عدم اشارهٔ صریح به حکم اصل موقوفه، صرفاً در خصوص حریم موقوفات و اراضی احیاشده تا سال ۱۳۶۵ تعیین تکلیف نموده است، مباحثی نسبت به مفاد تبصرهٔ ۶ الحاقی مطرح می‌باشد که ذیلاً مورد بررسی و تحلیل قرار می‌گیرد:

۱. نقدی که در خصوص شرط اول وجود دارد این است که آیا صرفاً قرار گرفتن اراضی مرتعی و جنگلی ملی اعلام‌شده در حریم موقوفات، وصف عمومی و ملی را از بین می‌برد؟ آیا این اراضی آثار اراضی ملی را نیز کماکان داراست یا اساساً از دامنهٔ شمول اراضی ملی خارج است؟

در پاسخ به این نقد می‌توان گفت با استفاده از ظاهر و منطوق قانون مذکور، نتیجه‌ای غیر از خروج وصف و آثار ملی شدن در حریم موقوفات به دست نمی‌آید، چراکه بسیاری از موقوفات قبل از ملی شدن جنگل‌ها و مراتع در زمان حکومت قوانین مربوط به مالکیت از جمله مالکیت خصوصی بر جنگل‌ها و مراتع و نظام عرفی مالکیتی حاکم بر کشور وقف شده‌اند و لذا مقررات ملی شدن در سال ۱۳۴۱ نمی‌تواند مجوز خروج از وقفیت یا جواز بیع آن باشد. بنابراین حریم موقوفات نیز که از حکم ذی‌الحریم تبعیت می‌نماید و آثار آن را دارد، از این قاعده مستثنا نیست، کمااینکه در منابع فقهی و قانونی اساساً حریم موقوفات قابل ملی شدن و جدا کردن از موقوفه نبوده است تا این‌که در تعارض و تناقض با آثار ملی شدن فرض شود. اصولاً حریم ملکی برخلاف حریم ارتفاقی از اراضی موات و

احیانشده می‌باشد.[۱] (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ص۴۲). اصل چهل‌وپنجم قانون اساسی نیز مراتعی که حریم باشد را از دامنهٔ شمول انفال خارج دانسته است.

۲. با توجه به این‌که ماده‌واحدهٔ قانون ابطال در سال ۱۳۶۳ به تصویب رسیده و مجدداً در سال ۱۳۷۱ با عنوان موقوفات عام اصلاح گردیده، این ابهام را به وجود آورده است که آیا اثر حکمی که در تبصرهٔ ۶ ماده‌واحدهٔ قانون الحاق دو تبصره به ماده‌واحدهٔ قانون ابطال اسناد و فروش رقبات، آب و اراضی موقوفه ۱۳۶۳ مقرر شده است، ناظر به موقوفات عام بوده یا خاص و یا بر هر دو قسم دلالت دارد؟

لذا در جهت رفع این ابهام و نظر به مبانی و احکام وقفیت نمی‌توان فرقی بین موقوفهٔ عام و خاص قائل شد، چون در هر صورت، احکام مربوط از نظر مبانی حقوقی و فقهی متفاوت از هم نمی‌باشند. اما از ظاهر قانون این‌گونه به دست می‌آید که حکم تبصرهٔ ۶ ماده‌واحدهٔ قانون الحاق دو تبصره به قانون ابطال اسناد فروش رقبات، آب و اراضی موقوفه مصوب ۱۳۶۳/۱/۲۸ الحاق گردیده است. با تصویب قانون ابطال اسناد فروش رقبات، آب و اراضی موقوفه مصوب ۱۳۷۱ که مختص موقوفات عام بوده، از نظر ترتیب قانونی ناظر به موقوفات خاص قابل تسری بوده و موقوفات عام از دایرهٔ شمول حکم تبصره خارج می‌باشند. بنابراین، نمی‌توان از اطلاق حکم تبصرهٔ اخیرالذکر این‌طور برداشت نمود که شامل موقوفهٔ عام نیز می‌باشد.

از طرفی، پذیرش این مطلب نیز سخت است که از منظر حقوقی مصداقی از وقف را، چنانچه جنگل و مراتع در حریم موقوفهٔ عام باشد، مشمول اراضی ملی قرار بگیرد و موقوفات عام از شمول حکم ماده‌واحدهٔ قانون ابطال خارج باشند و از طرفی دیگر، همان نوع عرصه در حریم موقوفات خاصه از نظر آثار، مشمول اراضی ملی‌شده نباشد و در سهم مالکیت وقف قرار بگیرد. در پاسخ به این سؤال که تبصرهٔ ۶ الحاقی صرفاً مشمول موقوفات خاص و ماده‌واحدهٔ قانون ابطال مصوب ۱۳۶۳ می‌باشد، می‌توان بیان نمود: هرچند در تصویب قانون الحاق دو تبصره به ماده‌واحدهٔ قانون ابطال مربوط به موقوفات

---

۱. «فقها در مباحث خود حریم را به دو نوع ملکی و ارتفاقی تقسیم نموده‌اند و مراد از حریم ملکی حق مالکیتی است که مالک مال دارای حریم برای کمال انتفاع از ملک خود بر آن زمین دارد و با اجماع فقها حریم ملکی در اراضی موات حاصل می‌شود. به عبارت دیگر، در اراضی که مالک خاص ندارد، ایجاد می‌شود».

خاص الحاق گردیده است، لکن در مادهٔ ۲۱ آیین‌نامهٔ اصلاحی مصوب ۱۳۹۵/۱۲/۲۵ که به آیین‌نامهٔ اجرایی قانون ابطال مصوب ۱۳۷۴/۲/۳ الحاق شده است، به تبصرهٔ ۶ الحاقی قانون مذکور اشاره شده است که آیین‌نامهٔ مذکور در خصوص موقوفات عام می‌باشد. لذا تبصرهٔ ۶ الحاقی به نظر می‌رسد در خصوص موقوفات عام نیز قابل اجرا می‌باشد. با توجه به این‌که مفاداً حکم تبصرهٔ مذکور با مادهٔ ۱۰ آیین‌نامهٔ اصلاحی ۱۳۷۸ مغایرت دارد، لازم است مفاد مادهٔ ۱۰ آیین‌نامهٔ اصلاحی مصوب ۱۳۷۸/۱۲/۱۵ با توجه به تصویب تبصرهٔ ۶ الحاقی قانون مذکور اصلاح شود، چراکه با حکم قانون الحاقی مغایرت دارد.

به عبارتی دیگر، در تبصرهٔ ۶ الحاقی حریم موقوفات از مقررات ملی شدن مستثناست و در مالکیت موقوفه می‌باشد، درحالی‌که مفاد مادهٔ ۱۰ آیین‌نامهٔ اصلاحی مصوب ۱۳۷۸ صرفاً حق بهره‌برداری از حریم را در صورت درخواست متولی به موقوفه واگذار می‌نماید. بر اساس اصول تنقیح مقررات با تصویب تبصرهٔ ۶ الحاقی (قانون مؤخر)، مفاد مادهٔ ۱۰ آیین‌نامه می‌بایست اصلاح گردد.

۳. نکتهٔ دیگری که مطرح می‌باشد این است که استثنای وارد بر ملی شدن در خصوص حریم موقوفات و اراضی احیاشده قبل از پایان سال ۱۳۶۵ چه مبنایی دارد و علت اعلام این تاریخ و استثنا چیست؟ چگونه ممکن است حکم موقوفات با سایر اشخاص متفاوت باشد؟ در پاسخ می‌توان بیان نمود: اولاً با تصویب این قانون خاص (تبصرهٔ ۶ الحاقی) که مؤخر بر سایر مقررات عام ملی شدن بوده است، حکم مقررات ملی شدن را در خصوص موقوفات تخصیص می‌زند. ثانیاً در تبصرهٔ ۶ الحاقی، مبنای احیاء اراضی از زمان اعلامیهٔ نخست‌وزیری در تاریخ ۱۳۶۵/۱۲/۱۶ بوده است که با هدف حفظ منابع طبیعی و جلوگیری از تخریب و تصرف این منابع ابلاغ شده است.[۱]

---

۱. «حفظ و حراست و بهره‌برداری صحیح از منابع طبیعی و انفال یکی از پایه‌های حیات طبیعی و بالطبع اجتماعی و اقتصادی کشور می‌باشد و توسعهٔ اقتصادی اجتماعی در زمینهٔ مساعد و مناسبی از منابع طبیعی شکل می‌گیرد. طبق اصل ۴۵ قانون اساسی، انفال و ثروت‌های عمومی از قبیل زمین‌های موات و رهاشده، جنگل‌ها و نیزارها و مراتعی که حریم نیست در اختیار حکومت و دولت اسلامی است تا بر اساس مصالح عمومی و مطابق قانون دربارهٔ آن‌ها عمل نماید. اخیراً بعضی از افراد بی‌اطلاع از قوانین، با سودجویان بدون اجازهٔ دولت و قبل از طی مراحل قانونی، اقدام به تصرف زمین‌های موات و رهاشده، جنگل‌ها و بیشه و مراتع غیرحریم نموده‌اند که بدین وسیله اعلام می‌گردد دولت بر اساس اصل ۴۵ قانون اساسی و دیگر قوانین موجود در کشور با این‌گونه افراد به‌شدت برخورد خواهد نمود و مأموران انتظامی در سراسر کشور موظف‌اند از این امر جلوگیری و متخلفین را به

در نتیجه، متعاقباً تصرفات مالکانهٔ اشخاص در رژیم گذشته و تا قبل از تاریخ مذکور با نظر شورای نگهبان و تصویب قانون تعیین تکلیف اراضی اختلافی موضوع اجرای مادهٔ ۵۶ قانون جنگل‌ها و مراتع مصوب سال ۱۳۶۷ و مادهٔ ۳۴ اصلاحی قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع مصوب ۱۳۷۳ و اصلاحیه‌های بعدی و آیین‌نامه‌های مربوط معتبر شناخته شده و در قالب فروش و اجاره به اشخاص تعیین تکلیف گردیده است. لذا در تبصرهٔ ۶ الحاقی نیز از این مبنای تاریخی استفاده گردیده و بدان اشاره شده است، چراکه اشخاصی که بعد از مقررات ملی شدن از سال ۱۳۴۱ تا قبل از اعلامیهٔ نخست‌وزیری دولت جمهوری اسلامی تصرفات مالکانه داشته‌اند، مطابق نظریهٔ شمارهٔ ۲۶۵۰ مورخ ۱۳۶۷/۸/۴ مالک تلقی می‌شوند و نتیجتاً وقف آن‌ها نیز صحیح می‌باشد. اگر در تبصرهٔ الحاقی اشاره نمی‌گردید، حکم قانون ناقص بود و ابهامات جدیدی ایجاد می‌نمود.

در خصوص موقوفاتی که قبل از مقررات ملی شدن، بر اساس مقررات قبلی وقف شده‌اند و مورد عمل به وقف و تأیید علما و حکمای عصر خود بوده‌اند، شرایط متفاوت است و قواعد کلی وقف بر آن حاکم و ملاک عمل خواهد بود. البته این نکته بسیار حائز اهمیت است که ملاک احیاء اراضی مرتعی به چه صورت می‌باشد. به نظر می‌رسد با توجه به مبانی فقهی که «إحیاء کلّ شیء بحسبه» می‌باشد، احیاء اراضی به نسبت نوع بهره‌برداری آن متفاوت است و مبنای تشخیص آن هم عرفی و متناسب با نوع عرصه و بهره‌برداری مطابق کاربری آن می‌باشد[1] (محقق داماد، ۱۳۸۳، ص۳۴۶). لذا در گذشته به لحاظ عرفی، منفعت عقلایی اراضی در نظر گرفته می‌شد و بر حسب نوع استفاده، احیا

مراجع قضایی معرفی نمایند. بدیهی است زمین‌های موات زراعی بر اساس قانون به افراد ذی‌صلاح از طرف هیئت‌های ۷نفره واگذاری زمین واگذار خواهد شد».

۱. «هر اقدامی که عرفاً برای استفاده از زمین لازم باشد می‌تواند مصداق احیا باشد. پر واضح است که تحقق این امر همواره یکنواخت نیست، بلکه بر حسب زمان و مکان و سایر خصوصیاتِ مورد تفاوت خواهد کرد و مرجع تشخیص آن هم عرف است. بهره‌هایی که عقلا از زمین می‌برند حسب مورد مختلف است. سکونت، زراعت، ایجاد باغ و بستان، چرای گوسفند و امثال آن می‌توانند بهره و غرض عقلایی محسوب گردد و هر گاه زمین مورد چنین بهره‌برداری‌هایی قرار گیرد آباد شمرده می‌شود» (بند ج و د مادهٔ یک آیین‌نامهٔ مادهٔ ۳۴ اصلاحی قانون حفاظت و بهره‌برداری مصوب ۱۳۷۴/۷/۲ و بند ۱۰ مادهٔ یک آیین‌نامهٔ اصلاحی قانون ابطال مصوب ۱۳۹۵/۱۲/۲۵).

تلقی می‌گردید. مثلاً منفعت عقلایی زمینی ایجاب می‌نمود که برای سکونت مناسب است که احیاء آن با احداث بنا بوده است، یا منفعت عقلایی و عرفی ایجاب می‌نمود زمینی برای کشاورزی استفاده شود که احیاء آن با زراعت و شخم زدن بوده است. در اراضی مرتعی که منفعت عقلایی و نیاز عرفی ایجاب می‌نمود که برای چرای دام و احشام استفاده شود و اساساً استعداد زمین به‌نحوی است که به‌صرفه و صلاح نیست که به‌صورت زراعت یا احداث ساختمان باشد، بلکه دارای چندین برابر منفعت برای دامپروری و چرای دام است، احیاء مراتع مورد نظر با آماده‌سازی و قابل استفاده نمودن برای چرای دام، ایجاد دامسرا و تعیین حدود عرفاً محقق می‌شود (محقق داماد، ۱۳۸۳، ص۲۴۶). در نتیجه، احیا و تملک این اراضی بر اساس قواعد عرفی و قوانین حاکم بر زمان خود بلااشکال (نک: مادهٔ ۱۹۵ آیین دادرسی مدنی) است و متعاقباً وقف آن نیز صحیح می‌باشد. لذا شرایط خروج از وقفیت اراضی وقفی تابع مقررات فقهی در این باب و مواد ۸۸، ۸۹ و ۳۴۹ قانون مدنی است.

در قسمت اخیر تبصرهٔ ۶ الحاقی به حریم موقوفات صراحتاً اشاره شده است، لکن ممکن است این پرسش مطرح شود که حکم این تبصره نسبت به اصل موقوفات نیز تسری دارد یا صرفاً شامل حریم موقوفات می‌شود.

در پاسخ می‌توان بیان داشت که منطوق ماده‌واحدهٔ قانون ابطال اسناد فروش رقبات، آب و اراضی موقوفه که اشاره داشته است، تمام موقوفاتی که بدون مجوز شرعی به فروش رسیده یا به صورتی به ملکیت درآمده است را مشمول حکم ماده‌واحده می‌گردد و با قیاس اولویت، اصل موقوفه نیز از شمول مقررات ملی شدن مستثنا گردیده است.

به عبارتی دیگر، همان‌طور که ماده‌واحدهٔ قانون ابطال، مقررات قانون اصلاحات اراضی را در زمینهٔ موقوفات تخصیص داده است، مقررات ملی شدن را نیز تخصیص داده و از شمول آن مستثنا شده است و استثنا نمودن اصل موقوفات را در حکم تبصرهٔ ۶ الحاقی فرض دانسته است.

البته می‌توان عبارت اراضی را نیز با توجه به اطلاق عبارت، به اصل موقوفات تعمیم داد، با این توضیح که اطلاق عبارت «مگر حریم موقوفات و اراضی‌ای که قبل از تاریخ ۱۳۶۵/۱۲/۱۶ احیا شده باشد»، عبارت اراضی را به کلیهٔ اراضی اعم از وقفی و غیروقفی

تعمیم داد، به‌نحوی که اراضی‌ای که قبل از سال ۱۳۴۱ وقف شده‌اند نیز، چنانچه تا تاریخ ۱۳۶۵ احیا شده باشند، از مقررات ملی خارج می‌باشند.

اما این تفسیر نیز می‌تواند محل اشکال باشد، چراکه در ملکی که وقف صورت گرفته است، بنابر اصل صحت، ابتدائاً احیا یا تملک و تصرفات مالکانه صورت گرفته و سپس مورد وقف قرار گرفته است. در مواردی نیز ممکن است موقوفه‌ای سالیان سال پس از وقف و عمل به آن رها شده و بایر شود. اما با این فرایند، به دلیل این‌که آثار احیا و عدم آن در اراضی بایر و موات به‌راحتی قابل تشخیص و تفکیک نمی‌باشد، بسیاری از اراضی وقفی از وقف خارج می‌شود، درحالی‌که بایر بودن نمی‌تواند دلیل خروج وقف و جواز بیع باشد.

با توجه به منطوق متن تبصرهٔ ۶ الحاقی و سکوت آن در خصوص اصل موقوفات، کماکان می‌توان از باب احقاق حق با استفاده از عمومات مقررات ملی شدن، در قالب اعتراض به تشخیص اراضی ملی موضوع مقررات ملی شدن، خاصه مادهٔ ۲۰ آیین‌نامهٔ اجرایی قانون ملی شدن جنگل‌ها و مراتع، مادهٔ ۵۶ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع، ماده‌واحدهٔ قانون تعیین تکلیف اراضی اختلافی موضوع مادهٔ ۵۶ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع، تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۲ قانون حفظ و حمایت از ذخایر جنگلی و منابع طبیعی و تبصرهٔ ۱ مادهٔ ۹ قانون افزایش بهره‌وری در بخش کشاورزی و منابع طبیعی، برای اشخاص در نظر گرفته شده که به ذی‌نفع اجازه داده شده است تا در مرجع صالح نسبت به ملی شدن اراضی اعتراض و دادخواهی نمایند. نهاد وقف نیز از این قاعده مستثنا نبوده است و ادارهٔ حقوقی قوهٔ قضائیه در نظر شمارهٔ ۷/۴۴۷۱ مورخ ۱۳۸۰/۵/۱۵ بدین شرح و با توجه به ماده‌واحدهٔ قانون تعیین تکلیف اراضی اختلافی موضوع اجرای ماده‌واحدهٔ قانون جنگل‌ها و مراتع، کلیهٔ مالکینی که به اجرای مادهٔ ۵۶ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع اعتراض داشته باشند می‌توانند به هیئت مذکور در ماده‌واحده مراجعه نمایند.

در تحلیل و بررسی حکم قسمت اخیر تبصرهٔ ۶ الحاقی، این ابهام مطرح می‌شود که با توجه به منطوق تبصرهٔ ۶ الحاقی، حکم رأی وحدت رویهٔ شمارهٔ ۶۸۱ مورخ ۱۳۸۴/۷/۲۶ هیئت عمومی دیوان عالی کشور که در مقام بیان عدم موضوعیت صدور سند مالکیت

برای دولت در شناسایی اراضی ملی بوده است، صرف تشخیص وزارت جهاد و قطعیت آن مطابق مادهٔ ۱ تصویب‌نامهٔ قانونی ملی شدن جنگل‌ها از تاریخ ۱۳۴۱/۱۰/۲۷ و مادهٔ ۲ قانون حفظ و حمایت از منابع طبیعی و ذخایر جنگلی کشور ملاک مالکیت دولت تلقی می‌گردد. این موضوع به موقوفات نیز مانند سایر اراضی تسری دارد و مالکیت منابع ملی در اراضی وقفی موجب عدم امکان اجرای تبصرهٔ ۶ الحاقی می‌باشد.

در نقد ابهام مطرح‌شده و رد استدلال مذکور می‌توان بیان نمود که اولاً تبصرهٔ ۶ الحاقی قانون ابطال، حکم قانونی خاص در مورد موقوفات می‌باشد که مؤخر بر مقررات ملی شدن جنگل‌ها بوده و رأی وحدت رویهٔ مذکور را نمی‌توان به موقوفات تسری داد. ثانیاً مبنای رأی وحدت رویهٔ مذکور اختلافات فیمابین اشخاص حقیقی و دولت در اراضی ملی بوده و به عبارتی دیگر، موقوفات اصحاب هیچ یک از موضوع دعوی و طرف دعوی موضوع دادنامه نبوده تا این‌که حکم رأی وحدت رویه به موقوفات تسری یابد، چه همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد، موقوفات دارای احکام و مقررات و قوانینی بر اساس شرایط خاص فقهی و حقوقی وقف در این زمینه می‌باشند که می‌بایست در نظر گرفته شود.

با عنایت به تحلیل حقوقی تبصرهٔ ۶ الحاقی، لازم است بین موقوفات قبل و بعد از مقررات ملی شدن سال ۱۳۴۱ تفکیک قائل شد و جهت رفع ابهامات و مشکلات ماهوی موجود با در نظر گرفتن قواعد فقهی و شرعی، موقوفاتی که قبل از قانون ملی شدن جنگل‌ها و مراتع توسط مالکین وقف شده‌اند، مانند قانون اصلاحات ارضی صراحتاً تعیین تکلیف گردد.

منشأ صلاحیت کارگروه مشترک موضوع مادهٔ ۲۱ آیین‌نامهٔ اصلاحی قانون ابطال اسناد و فروش رقبات، آب و اراضی موقوفه مصوب ۱۳۹۵/۱۲/۲۵ در جهت تعیین تکلیف اراضی اختلافی از نظر قوانین و مقررات، از چه جایگاهی برخوردار است؟

آیین‌نامهٔ اجرایی مذکور در جهت تبیین نحوهٔ تعیین تکلیف اراضی اختلافی موضوع تبصرهٔ ۶ الحاقی قانون ابطال توسط هیئت وزیران تدوین و به تصویب رسیده است. انطباق با قانون نیز طبق اصل ۱۳۸ توسط مجلس شورای اسلامی صورت گرفته و بنابراین از نظر قانونی منطبق با قوانین موضوعه و به‌ویژه قانون ابطال می‌باشد. این آیین‌نامه از محدود

آیین‌نامه‌هایی است که پشتوانهٔ تأیید رهبری حکومت اسلامی را دارد، بدین نحو که بعد از اجرایی شدن تفاهم‌نامهٔ مشترک فیمابین سازمان جنگل‌ها، مراتع و آبخیزداری کشور و سازمان اوقاف و امور خیریهٔ کشور، با درخواست ابطال تفاهم‌نامهٔ مورخ ۱۳۹۰/۳/۱ به استناد مقررات ملی شدن و ایراد به این‌که می‌بایست رفع اختلافات و اجرای تبصرهٔ ۶ قانون ابطال بر اساس آیین‌نامهٔ هیئت وزیران باشد، توسط سازمان بازرسی کل کشور از دیوان عدالت اداری مطرح گردید که نهایتاً هیئت عمومی دیوان عدالت اداری طی دادنامهٔ ۱۲۶۴-۱۲۶۳ مورخ ۱۳۹۵/۱۱/۲۶ حکم به ابطال تفاهم‌نامهٔ مذکور داده است.

با درخواست ریاست قوهٔ قضائیهٔ وقت طی نامهٔ شمارهٔ ۱۰۰/۶۵۲۷/۹۰۰۰ مورخ ۱۳۹۶/۲/۱۹ از مقام رهبری انقلاب اسلامی مبنی بر ابطال دادنامهٔ دیوان عدالت اداری و ادامهٔ رسیدگی به اختلافات اراضی وقفی و منابع طبیعی در قالب کارگروه مشترک مطرح شد که با این درخواست موافقت و نتیجه طی نامهٔ شمارهٔ ۳۲۱۰۵/۱ مورخ ۱۳۹۶/۲/۲۴ به ریاست قوهٔ قضائیه اعلام گردید.

متعاقباً با توجه به سابقهٔ اشاره‌شده، ماده‌واحدهٔ قانون ابطال اسناد و فروش رقبات، آب و اراضی موقوفه مصوب سال ۱۳۶۳ و تبصرهٔ ۶ الحاقی مصوب سال ۱۳۸۰ و حکم فقهی حریم موقوفات و اراضی احیاشده موضوع آن، آیین‌نامهٔ اجرایی قانون ابطال در تاریخ ۱۳۹۵/۱۲/۲۵[1] اصلاح گردید. در مادهٔ ۲۱ این آیین‌نامه به صلاحیت رسیدگی و حل اختلافات اراضی وقفی و منابع طبیعی و کیفیت آن اشاره شده است. در دستورالعمل اجرایی شمارهٔ ۷۳۴۵۸۷ مورخ ۱۳۹۶/۸/۲ موضوع مادهٔ ۲۲ آیین‌نامهٔ مذکور که به‌صورت مشترک توسط سازمان‌های جنگل‌ها و مراتع و سازمان اوقاف و امور خیریه تهیه شده است، کیفیت تصمیم‌گیری و نحوهٔ تعیین تکلیف اراضی اختلافی بیان شده است. لذا به‌عنوان یک مرجع اختصاصی فیمابین دو سازمان دولتی متصدی امر وقف و اراضی ملی، صلاحیت رسیدگی بر اساس آیین‌نامهٔ اجرایی ماده‌واحدهٔ قانون ابطال اسناد فروش رقبات، آب و اراضی موقوفه پشتوانهٔ قانونی دارد.

به عبارتی دیگر، همان‌طور که ماده‌واحدهٔ قانون ابطال برای موقوفات با توجه به شرایط

---

۱. شمارهٔ مصوبهٔ هیئت وزیران ۲۸۶۹۲/ت۵۲۸۸۳ه مورخ ۱۳۹۶/۳/۱۱ می‌باشد.

خاص آن حکم جداگانه‌ای نسبت به سایر اراضی پیش‌بینی نموده، در خصوص مرجع رسیدگی نیز مرجع اختصاصی پیش‌بینی کرده است. شایان ذکر است که بنابر تبصرهٔ ۳ مادهٔ ۲۱ آیین‌نامهٔ مذکور، جهت اعتراض به تصمیمات اتخاذ شده و همچنین مواردی که در کارگروه موضوع این ماده به نتیجه نرسد، جهت رفع اختلافات مراجعه به مراجع صالح قضایی پیش‌بینی شده است.

۴. تحلیل آیین‌نامهٔ قانون ابطال در اراضی اختلافی وقف با مناع طبیعی

۴-۱. آیین‌نامهٔ اجرایی مصوب ۱۳۶۳/۰۹/۰۷

هیئت وزیران در جلسهٔ مورخ ۱۳۶۳/۰۹/۰۷ به استناد تبصرهٔ ۵ «ماده‌واحدهٔ قانون ابطال اسناد و فروش رقبات، آب و اراضی موقوفه» مصوب ۱۳۶۳/۰۱/۲۸ مجلس محترم شورای اسلامی، آیین‌نامهٔ قانون مزبور را در دو فصل با ۱۶ ماده و ۱۱ تبصره تصویب نمود.

در مادهٔ ۱۰ این آیین‌نامه صراحتاً در خصوص اراضی جنگلی و مرتعی با سبقهٔ وقفی مقرر نموده است.[۱]

با اجرایی شدن این آیین‌نامه و با اعتراض برخی از ادارات کل منابع طبیعی استان‌ها مبنی بر غیرشرعی و قانونی بودن مفاد مادهٔ ۱۰ آیین‌نامهٔ اجرایی مصوب سال ۱۳۶۳، موضوع ابطال مادهٔ ۱۰ آیین‌نامهٔ مذکور در دیوان عدالت اداری مطرح گردید که به استناد اصل چهارم قانون اساسی و قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، در مواردی که مغایرت با موازین شرعی مطرح باشد از شورای نگهبان استفسار و نظر فقهای شورای نگهبان لازم‌الاتباع می‌باشد، لذا در این خصوص در چندین مرحله دادخواست مطرح شد که نهایتاً همگی منجر به تأیید مفاد مادهٔ ۱۰ آیین‌نامهٔ اجرایی قانون ابطال و عدم مغایرت با شرع و قانون گردید (دادنامه‌های شمارهٔ ۷۴ و ۷۵ مورخ ۱۳۶۵/۹/۳- ۶/۶۹

---

۱. «موقوفاتی که در اجرای مادهٔ ۵۶ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع مصوب شهریورماه ۱۳۴۲ به‌عنوان مراتع ملی شده اعلام گردیده از تاریخ تصویب قانون ابطال اسناد فروش رقبات، آب و اراضی موقوفه در اختیار سازمان اوقاف و متولیان قرار می‌گیرد. تبصره: چنانچه این‌گونه اراضی از طریق دولت به اشخاص حقیقی یا حقوقی به‌صورت اجاره یا فروش واگذار شده باشد، اسناد تنظیمی با اطلاع دستگاه دولتی ذی‌ربط با اختلاف مورد باطل و یا اصلاح و با متصرف نسبت به عرصه سند اجاره تنظیم خواهد شد. بدیهی است کلیهٔ مستحدثاتی که در این‌گونه اراضی توسط متصرفین احداث شده باشد متعلق به آنان خواهد بود».

مورخ ۱۳۶۹/۱/۲۳- ۵۰ مورخ ۱۳۷۰/۵/۸ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری- نظریهٔ شمارهٔ ۵۳۰۳ مورخ ۱۳۶۵/۸/۲۱ شورای نگهبان).

۴-۲. آیین‌نامهٔ اجرایی مصوب ۱۳۷۴/۲/۳

در تاریخ ۱۳۷۱/۱۱/۲۵ نسبت به موقوفات عام مجدداً ماده‌واحدهٔ قانون ابطال تصویب گردید و لذا هیئت وزیران در تاریخ ۱۳۷۴/۰۲/۰۳ به استناد تبصرهٔ ۶ قانون فوق‌الذکر، آیین‌نامهٔ اجرایی آن را تصویب نمود. در نتیجه، این نکته قابل توجه است که در سال‌های ۱۳۷۸، ۱۳۸۰ و ۱۳۹۵ بندهایی از این قانون مورد اصلاحیه قرار گرفته و با لحاظ مادهٔ ۱۰ الحاقی مصوب ۱۳۷۸/۱۲/۱۵ و مواد ۱۸ تا ۲۲ الحاقی مصوب ۱۳۹۵/۱۲/۲۵، شش ماده به آیین‌نامهٔ اجرایی مصوب ۱۳۷۴/۰۲/۰۳ الحاق گردید و آیین‌نامهٔ مذکور مجموعاً با ۲۳ ماده در حال حاضر معتبر و قابل اجرا می‌باشد.

ابتدائاً با مداقه در مفاد آیین‌نامهٔ اجرایی مصوب ۱۳۷۴/۰۲/۰۳ در خصوص اراضی جنگلی و مرتعی حکمی ملاحظه نمی‌گردد و مفاد مادهٔ ۱۰ آیین‌نامهٔ اجرایی مصوب سال ۱۳۶۳ در آیین‌نامهٔ جدید گنجانده نشده بود. این موضوع مهم که بسیاری از اراضی وقفی کشور را شامل می‌گردید، در آیین‌نامهٔ ماده‌واحدهٔ قانون ابطال موقوفات عام مغفول ماند. به همین منظور، در تاریخ ۱۳۷۸/۱۲/۱۵ هیئت محترم وزیران، متن زیر را که با نظر سازمان جنگل‌ها و مراتع تهیه گردیده، به‌عنوان مادهٔ ۱۰ به آیین‌نامهٔ اجرایی قانون ابطال اسناد فروش رقبات، آب و اراضی موقوفه مصوب ۱۳۷۴/۰۲/۰۳ اضافه نموده است.[۱]

---

۱. «چنانچه تمام یا بخشی از اراضی قابل واگذاری در حریم روستاهای موقوفات عامه در اجرای مادهٔ ۵۶ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع مصوب ۱۳۴۶ به‌عنوان انفال، منابع ملی اعلام شده باشد، می‌باید حق بهره‌برداری آن توسط سازمان جنگل‌ها و مراتع کشور به سازمان اوقاف و امور خیریه و متولیان واگذار شود.

تبصرهٔ ۱: اراضی مذکور در حکم موقوفه بوده و در حدود محدوده و حریم روستای موقوفه و بنابه درخواست سازمان اوقاف و امور خیریه واگذار خواهد شد.

تبصرهٔ ۲: هر گونه تغییر کاربری در این اراضی منوط به موافقت سازمان جنگل‌ها و مراتع کشور و نیز اخذ مجوز از سایر مراجع قانونی ذی‌ربط خواهد بود.

تبصرهٔ ۳: سازمان‌های یادشده مکلف‌اند ظرف حداکثر دو سال نقل‌وانتقال زمین‌های موضوع این ماده را محقق نمایند.

تبصرهٔ ۴: چنانچه این‌گونه اراضی از طریق دولت به اشخاص حقیقی یا حقوقی به‌صورت اجاره یا فروش واگذار گردیده باشد، اسناد تنظیمی با اطلاع دستگاه اجرایی مربوط اصلاح و با متصرف نسبت به عرصه سند اجاره تنظیم خواهد شد.

ملاحظه می‌گردد که این مقرره اولاً صرفاً در خصوص حریم موقوفه وضع حکم نموده است و در مورد موقوفاتی که به‌موجب مقررات ملی شدن جنگل‌ها و مراتع، ملی اعلام گردیده است، موضوع را مسکوت گذاشته است. ثانیاً حکم مالکیت حریم موقوفات را از موقوفات جدا نموده و مالکیت حریم را از موقوفه منفک دانسته است و صرفاً در صورت درخواست متصدیان وقف، حق بهره‌برداری از این اراضی را به موقوفه واگذار می‌نماید. لذا می‌توان گفت مفاد مادهٔ ۱۰ آیین‌نامهٔ اجرایی مصوب سال ۱۳۷۸ با مبانی و قواعد فقهی و حقوقی احکام وقف و حریم آن مغایرت دارد، چراکه حکم حریم و ذی‌الحریم از هم جدا نیست و اراضی حریم موقوفات بر اساس مبانی فقهی و همچنین مواد ۱۳۶ تا ۱۳۹ قانون مدنی تابع حکم ذی‌الحریم (وقف) بوده و حریم عرفی موقوفه حتی اگر از اراضی مرتعی و جنگلی یا موات باشد، در مالکیت وقف باقی می‌ماند.

استفتائات متعدد از آیت‌الله حسینی خامنه‌ای رهبری انقلاب اسلامی، در خصوص احکام موقوفات و حریم آن در اراضی جنگلی و مرتعی بیانگر صحت حکم وقف اراضی مرتعی و حریم آنها می‌باشد لذا در این اراضی علیرغم مقررات ملی شدن، آثار وقف جاریست.[1]

با توجه به ایرادات مبنایی و اساسی مادهٔ ۱۰ آیین‌نامهٔ اجرایی مصوب سال ۱۳۷۸، ماده‌واحدهٔ قانون ابطال نیز دستخوش تغییر و الحاقات بعدی قرار گرفت، به‌نحوی که در تاریخ ۱۳۸۰/۱۲/۱۹، قانون الحاق دو تبصره به ماده‌واحدهٔ قانون ابطال اسناد فروش

کلیهٔ مستحدثاتی که در این اراضی توسط متصرفین احداث شده باشد متعلق به آنان خواهد بود».

۱. ۱- «استفتاء شمارهٔ ۴۱۰/۲۹۹۱ -۱۳۷۲/۱۰/۱۴: عدم صحت وقف جنگل‌ها و مراتع طبیعی و هر آنچه که از انفال و اموال عمومی است، به ملاحظهٔ این‌که ملک اختصاصی شخص خاصی نیست، منافات با تبعیت حریم رقبات موقوفه از وقفیت ذی‌الحریم ندارد، بلکه از جنگل و مراتع و سایر موات اصلی واقع در کنار رقبات موقوفه هر مقدار از آن که در نظر عرف حریم مورد نیاز رقبه موقوفه اعم از قریه یا مزرعه یا باغ و غیره محسوب باشد، تابع ذی‌الحریم در احکام و آثار شرعی وقف است و کسی حق جدا کردن حریم در این باره از ذی‌الحریم و یا احیا و تملک و نقل‌وانتقال ملکی آن را ندارد.

۲- استفتاء شمارهٔ ۱۰۳/۱۰۰- ۱۳۷۷/۰۱/۸: آنچه از اراضی واقعه در محدودهٔ قریهٔ موقوفه که عنوان خاص قریهٔ موقوفه شامل آن می‌شود شرعاً محکوم به وقفیت است حتی اگر بعد از عمل به وقف نسبت به آن پس از سالیانی به‌صورت موات و بایر در آن باشد، باز هم از وقفیت خارج نمی‌شود و باید کماکان نسبت به آن به وقف عمل شود و قابل جدا کردن از وقف و استملاک یا الحاق به اراضی منابع طبیعی نیست و احکام و آثار انفال و اموال عمومی بر آن مترتب نمی‌شود».

رقبات، آب و اراضی موقوفه مصوب سال ۱۳۶۳ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید و تا حدی ایرادات مربوط به مادهٔ ۱۰ آیین‌نامهٔ اجرایی مصوب سال ۱۳۷۸ را مرتفع نمود و اراضی حریم موقوفه و احیاشده تا سال ۱۳۶۵ را از مقررات ملی شدن مستثنا نمود، لکن در خصوص اصل موقوفات اشاره‌ای نداشته است. علی‌ای‌حال، تبصرهٔ ۶ الحاقی به‌عنوان آخرین ارادهٔ قانون‌گذار در جهت حل اختلاف اراضی وقفی و منابع ملی می‌باشد.

۴-۳. آیین‌نامهٔ اصلاحی مصوب ۱۳۹۵/۱۲/۲۵

با عنایت به این‌که خلأ آیین‌نامهٔ اجرایی برای حکم تبصرهٔ ۶ الحاقی همواره احساس می‌شد، پس از ابطال تفاهم‌نامهٔ مشترک سازمان اوقاف و منابع طبیعی در هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به شمارهٔ ۱۲۶۳-۱۲۶۴ مورخ ۱۳۹۵/۱۱/۲۶، آیین‌نامهٔ اجرایی ماده‌واحدهٔ قانون ابطال مصوب ۱۳۷۴ توسط هیئت وزیران در تاریخ ۱۳۹۵/۱۲/۲۵ مورد اصلاح قرار گرفت. با درخواست ریاست قوهٔ قضائیهٔ وقت از مقام معظم رهبری، دادنامهٔ شمارهٔ ۱۲۶۳-۱۲۶۴ مورخ ۱۳۹۵/۱۱/۲۶ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری نیز باطل و در نتیجه، مسیر اجرای تبصرهٔ ۶ الحاقی قانون ابطال با تدوین آیین‌نامهٔ اصلاحی و پشتوانهٔ حاکمیتی هموار گردید.[۱]

به‌موجب این آیین‌نامه، پنج ماده به آیین‌نامهٔ قبلی به‌عنوان مواد ۱۸ تا ۲۲ الحاق و اراضی احیاشده قبل از تاریخ ۱۳۶۵/۱۲/۱۶ در قالب بند ۱۰ مادهٔ ۱، تعریف گردیده است. متعاقب این آیین‌نامه، دستورالعمل اجرایی آن با نظر و امضای مشترک رؤسای سازمان‌های متولی امر (سازمان اوقاف و امور خیریه و سازمان جنگل‌ها و مراتع) در تاریخ ۱۳۹۶/۰۸/۰۲ طی شمارهٔ ۷۳۴۵۸۷ در راستای مادهٔ ۲۲ و جهت اجرای مفاد آیین‌نامهٔ

---

۱. استفتاء شمارهٔ ۱۰۳/۱۰۰- ۱۳۷۷/۰۱/۸: «آنچه از اراضی واقعه در محدودهٔ قریهٔ موقوفه که عنوان خاص قریهٔ موقوفه شامل آن می‌شود شرعاً محکوم به وقفیت است حتی اگر بعد از عمل به وقف نسبت به آن پس از سالیانی به‌صورت موات و بایر در آن باشد باز هم از وقفیت خارج نمی‌شود و باید کماکان نسبت به آن به وقف عمل شود و قابل جدا کردن از وقف و استملاک یا الحاق به اراضی منابع طبیعی نیست و احکام و آثار انفال و اموال عمومی بر آن مترتب نمی‌شود».

۱. «آن دسته از اراضی ملی دارای سابقه وقفیت که در آن آثار تصرف و انجام اقدامات منجر به تغییر وضعیت متناسب با نوع عرصه در بهره‌برداری قبل از تاریخ ۱۳۶۵/۱۲/۱۶ وجود داشته باشد، اعم از این‌که دارای سند مالکیت یا فاقد آن باشد».

اصلاحی فوق‌الذکر به سراسر کشور ابلاغ گردید که تاکنون قابلیت اجرایی دارد و مبنای تصمیمات کارگروه موضوع مادهٔ ۲۱ آیین‌نامهٔ اصلاحی مصوب ۱۳۹۵/۱۲/۲۵ جهت تعیین تکلیف موارد اختلافی می‌باشد.

در بند ۱ دستورالعمل فوق‌الذکر در جهت تشخیص حریم و میزان آن مقرر داشته متناسب با موقعیت حریم و ذی‌الحریم، نوع و سابقهٔ بهره‌برداری در حریم و ذی‌الحریم، توسط کمیتهٔ اجرایی موضوع بند ۲ این دستورالعمل، بر مبنای قوانین جاری یا عرف یا فتاوای شرعی تعیین می‌شود و در صورت ابهام، توسط کارگروه موضوع مادهٔ ۲۱ آیین‌نامه تعیین می‌گردد.[۱] در تأیید این مطلب نیز رهبر حکومت جمهوری اسلامی ایران، آیت‌الله خامنه‌ای، متعاقب استفتاء شمارهٔ ۸۳۶۱ ادارهٔ منابع طبیعی استان فارس، توسط سازمان اوقاف از ایشان در پاسخ بیان داشتند: «عدم صحت وقف جنگل‌ها و مراتع طبیعی و هر آنچه که از انفال و اموال عمومی است، با ملاحظهٔ این‌که ملک اختصاصی شخص خاصی نیست، منافات با تبعیت حریم رقبات موقوفه از وقفیت ذی‌الحریم ندارد، بلکه جنگل و مراتع و اراضی موات اصلی واقع در کنار رقبات موقوفه هر مقدار از آن که عرفاً حریم مورد نیاز در استفاده از رقبهٔ موقوفه محسوب باشد، تابع رقبهٔ موقوفه در احکام و آثار شرعی وقفیت است و کسی حق جدا کردن حریم در این باره از ذی‌الحریم و یا تملک و نقل‌وانتقال ملکی آن را ندارد» (خامنه‌ای، ۱۳۹۴، ص۷۱)

در مفاد آیین‌نامهٔ اصلاحی و دستورالعمل اجرایی و همین‌طور تبصرهٔ ۶ الحاقی به ماده‌واحدهٔ قانون ابطال، حکم مالکیت وقف در حریم موقوفه تصریح گردیده و تا حدودی از ایرادات مادهٔ ۱۰ اصلاحی آیین‌نامهٔ قانون ابطال مصوب ۱۳۷۸ کاسته است.

با این حال، به‌رغم معتبر بودن مادهٔ ۱۰ آیین‌نامهٔ اجرایی قانون ابطال مصوب ۱۳۶۳/۰۹/۰۷ در خصوص موقوفات خاص، تاکنون مادهٔ ۱۰ آیین‌نامهٔ اجرایی مصوب ۱۳۷۸ در خصوص موقوفات عام اصلاح نشده و کماکان متن مادهٔ ۱۰ آیین‌نامه به قوت خود باقی است. این در حالی است که با توجه به تبصرهٔ ۶ الحاقی قانون، می‌بایست

---

۱. استفتا با موضوع مالکیت حریم موقوفات در مورخ ۱۳۶۵/۱۰/۲۸: «امام خمینی در پاسخ به استفتایی با موضوع مالکیت حریم موقوفات بیان داشته است: «اگر در متن وقف‌نامه قریه وقف شده است حریم قریه نیز جزء آن است و به همان وقفیت باقی است».

آیین‌نامه نیز اصلاح می‌گردید. این موضوع در حالی اهمیت بیشتری پیدا می‌کند که مفاد مادهٔ ۱۰ آیین‌نامهٔ اجرایی مصوب ۱۳۶۳/۰۹/۰۷ در چندین مرحله در هیئت عمومی دیوان عدالت اداری مورد تأیید قرار گرفته و همچنین شورای نگهبان نیز مفاد آن را مغایر با شرع و قانون ندانسته است و کاملاً منطبق با حکم کلی ماده‌واحدهٔ قانون ابطال دانسته شده است (دادنامه‌های شمارهٔ ۷۴ و ۷۵ مورخ ۱۳۶۵/۹/۳ - ۶/۶۹ مورخ ۱۳۶۹/۱/۲۳ - ۵۰ مورخ ۱۳۷۰/۵/۸ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری - نظریهٔ شمارهٔ ۶۳۷۰ مورخ ۱۳۶۵/۸/۲۱ شورای نگهبان).

لذا با نگاه تنقیحی به موضوع مادهٔ ۱۰ آیین‌نامهٔ مصوب سال ۱۳۶۳ در خصوص موقوفات خاص مجری است و در خصوص موقوفات عام که یکی از مصادیق بیت‌المال می‌باشد و جنبهٔ منفعت عمومی آن غلبه دارد، حکم صریح و روشنی مانند موقوفات خاص وجود ندارد و می‌بایست مادهٔ ۱۰ آیین‌نامهٔ اجرایی مصوب سال ۱۳۷۸ مطابق با مبانی فقهی و حقوقی اصلاح گردد.

البته این نکته بسیار قابل توجه است که بهره‌برداری از جنگل‌های واقع در حریم موقوفات، تابع حکم مادهٔ ۱۹ آیین‌نامهٔ اصلاحی مصوب ۱۳۹۵/۱۲/۲۵ بوده است و تغییر کاربری آن ممنوع و تابع مقررات سازمان جنگل‌ها و مراتع می‌باشد.

با عنایت به سازوکار اجرایی پیش‌بینی‌شده در آیین‌نامهٔ اصلاحی مورخ ۱۳۹۵/۱۲/۲۵ و دستورالعمل اجرایی مورخ ۱۳۹۶/۰۸/۰۲ طی شمارهٔ ۷۳۴۵۸۷، چنانچه موارد اختلافی در قالب کمیسیون مادهٔ ۲۱ آیین‌نامهٔ مذکور تعیین تکلیف نگردید، تنها راه‌حل تعیین تکلیف موارد اختلافی وفق تبصرهٔ ۳ مادهٔ ۲۱ آیین‌نامهٔ مذکور اعتراض به آگهی تشخیص و مراجعه به محاکم[1] قضایی صالحه می‌باشد.

نتیجه‌گیری

اراضی وقفی به‌عنوان ملکی شناخته می‌شوند که مالک آن یک شخص یا نهاد خاص

---

۱. در صورت اختلافی بودن موضوع مواد ۱۸، ۲۰ و ۲۱ و اعتراض به تصمیمات اتخاذشده در اجرای این مواد، مراتب از طریق مراجع صالح قضایی رسیدگی می‌گردد» بنابراین در صورتی که به هر دلیلی موضوعات اختلافی در کارگروه مشترک موضوع مادهٔ ۲۱ آیین‌نامهٔ اصلاحی قانون ابطال منتج به نتیجه نشود یا این‌که به تصمیمات آن اعتراضی باشد، امکان مراجعه به مرجع قضایی وجود دارد.

نیست، بلکه این اراضی به استناد مادهٔ ۳ قانون تشکیلات و اختیارات سازمان اوقاف و امور خیریه مصوب ۱۳۶۳ شخصیت مستقل حقوقی دارند که در جهت نیت واقف برای مصارف عمومی یا برای هدف خاصی مانند فعالیت‌های خیریه، اجتماعی یا مذهبی و غیره اختصاص داده شده‌اند و نمی‌توان آن را بدون مجوز شرعی و رعایت شرایط قانونی، به‌ویژه مواد ۸۸، ۸۹ و ۳۴۹ قانون مدنی، از وقفیت خارج یا خریدوفروش کرد.

با توجه به مطالب گفته‌شده می‌توان اظهار داشت:

ماهیت و احکام خاص فقهی و حقوقی وقف: موقوفاتی که قبل از مقررات ملی شدن جنگل‌ها و مراتع توسط مالکین اراضی مورد وقف قرار گرفته‌اند، از شمول مقررات ملی شدن خارج هستند. انطباق مادهٔ ۱۰ آیین‌نامهٔ اجرایی قانون ابطال اسناد فروش رقبات، آب و اراضی موقوفه مصوب ۱۳۶۳/۹/۷ با مبانی شرعی و قانونی توسط شورای محترم نگهبان و هیئت عمومی دیوان عدالت اداری مؤید همین امر است.

تبصرهٔ ۶ الحاقی قانون ابطال مصوب سال ۱۳۸۰: بر اساس این تبصرهٔ قانونی، زمان قابل قبول برای احیاء اراضی وقفی تا تاریخ ۱۳۶۵/۱۲/۱۶ اعلام شده است و لذا اراضی احیاشده تا سال ۱۳۶۵ و حریم موقوفات که در اراضی جنگلی و مرتعی واقع شده‌اند، از شمول مقررات ملی شدن مستثنا بوده و در مالکیت وقف مستقر شده‌اند.

ضوابط اراضی احیاشده و تشخیص حریم: مطابق آیین‌نامهٔ اصلاحی مصوب ۱۳۹۵/۱۲/۲۵ و دستورالعمل اجرایی آن، متناسب با موقعیت حریم و ذی‌الحریم، نوع و سابقهٔ بهره‌برداری در حریم و ذی‌الحریم، توسط کمیتهٔ اجرایی موضوع بند ۲ دستورالعمل، بر مبنای قوانین جاری یا عرف یا فتاوای شرعی تعیین شده است.

بهره‌برداری از اراضی مرتعی و جنگلی در حریم موقوفات: بر اساس مادهٔ ۱۹ آیین‌نامهٔ اصلاحی قانون ابطال مصوب سال ۱۳۹۵ و بند ۶ دستورالعمل اجرایی، بهره‌برداری از اراضی حریم موقوفات تابع مقررات مربوط به سازمان جنگل‌ها و مراتع می‌باشد و جنگل‌های طبیعی که به‌عنوان حریم موقوفه در مالکیت موقوفه قرار می‌گیرند با کاربری جنگل باقی می‌مانند و تغییر کاربری آن‌ها مجاز نیست. متولیان و مدیران امور موقوفات مکلف به رعایت ضوابط مذکورند.

استناد به مادهٔ ۱۰ اصلاحی مصوب ۱۳۷۸/۱۲/۱۵:با عنایت به حکم تبصرهٔ ۶ الحاقی

به ماده‌واحدهٔ قانون ابطال مصوب ۱۳۸۰/۱۲/۱۹ و تصویب آیین‌نامهٔ اصلاحی مصوب ۱۳۹۵/۱۲/۲۵ و دستورالعمل اجرایی مورخ ۱۳۹۶/۰۸/۰۲، استناد به مادهٔ ۱۰ اصلاحی مصوب ۱۳۷۸/۱۲/۱۵ موضوعیت ندارد.

اعتراضات گسترده به مقررات ملی شدن: اساساً این‌که نهاد قانونی و مرجع مدعی ملی بودن اراضی و همچنین مرجع تشخیص و تعیین میزان اراضی ملی اعلام شده، واحد باشد (سازمان جنگل‌ها و مراتع)، موجب ایجاد مشکلات متعدد و بروز اختلافات ناشی از قضاوت و تصمیمات یک‌طرفه می‌گردد، زیرا مرجع مدعی اراضی ملی سازمان جنگل‌ها و مراتع به نمایندگی دولت می‌باشد و مرجع تشخیص اراضی ملی نیز بر اساس مادهٔ ۵۶ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع و مادهٔ ۲ قانون حفظ و حمایت از منابع طبیعی و ذخایر جنگلی کشور، سازمان مذکور تعیین شده است. لذا فرایند اعتراض پس از تشخیص توسط نهاد مدعی ملی بودن پیش‌بینی شده است. بنابراین با توجه به مشکلات رسیدگی به اعتراضات در مراجع اختصاصی و ایجاد زمینهٔ افزایش پرونده‌های دعاوی، ضرورت بازنگری و اصلاح قوانین مذکور جهت لحاظ نمودن حقوق احتمالی اشخاص و فرایند رسیدگی به تشخیص اراضی ملی توسط یک مرجع بی‌طرف با استفاده از ابزار و امکانات نوین پیشنهاد می‌شود.

فهرست منابع

۱. قانون اساسی
۲. قانون مدنی
۳. اماموردی، محمدحسن. (۱۳۹۶). ماهیت‌شناسی حق بر حریم در نظام حقوقی ایران. حقوق خصوصی، ۱۴(۲)، ص۳۴۷-۳۶۶. https://doi.org/10.22059/jolt.2018.242782.1006428
۴. امین‌فرد، محمد؛ مشکانی، زینب. (۱۳۹۲ش). تأثیر حکومت بر حکم فقهی استفاده از انفال در دوران غیبت از دیدگاه شیعه، فصلنامهٔ حکومت اسلامی، شماره ۶۹.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۸). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج۳. تهران: گنج دانش.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۸). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج۱. تهران: گنج دانش.
۷. خامنه‌ای، سید علی. (۱۳۹۴ش). استفتائات. تهران: سازمان چاپ وانتشارات وابسته به اوقاف و امور خیریه.
۸. شهید ثانی. (۱۴۱۳ق). مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام. قم: مؤسسة المعارف الاسلامیه.
۹. شیخ طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق). المبسوط فی فقه الامامیه. تهران: المکتبة المرتضویة.

۱۰. محقق حلی، جعفر بن حسن بن یحیی. (۱۴۰۸). شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، (ج ۳). قم: اسماعیلیان.
۱۱. محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۸۳). قواعد فقه ۱ بخش مدنی. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۱۲. موسوی خمینی، سید روح الله. (۱۳۹۲). تحریرالوسیله، (ج۲، کتاب احیاء موات). تهران: مؤسسهٔ تنظیم ونشر آثار امام خمینی.
۱۳. قانون ابطال اسناد و فروش رقبات، آب و اراضی موقوفه ۱۳۶۳/۱/۲۸ و ۱۳۷۱/۱۱/۲۵
۱۴. قانون الحاق دو تبصره به ماده‌واحدهٔ قانون ابطال اسناد و فروش رقبات، آب و اراضی موقوفه ۱۳۸۰/۱۲/۱۹
۱۵. قانون تشکیلات و اختیارات سازمان اوقاف و امور خیریه مصوب ۱۳۶۳/۱۰/۲
۱۶. قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع مصوب ۱۳۴۶/۰۵/۲۵
۱۷. قانون حفظ و حمایت از منابع طبیعی و ذخایر جنگلی کشور مصوب ۱۳۷۱/۰۷/۰۵
۱۸. آیین‌نامهٔ اجرایی قانون ابطال اسناد و فروش رقبات، آب و اراضی موقوفه مصوب ۱۳۶۳/۰۹/۰۷ و ۱۳۷۴/۰۲/۰ و ۱۳۹۵/۱۲/۲۵

نظریات فقهای شورای نگهبان

۱۹. نظریهٔ فقهای شورای نگهبان به شمارهٔ ۲۶۵۰ مورخ ۱۳۶۷/۰۸/۰۴
۲۰. نظریهٔ فقهای شورای نگهبان به شمارهٔ ۸۸/۳۰/۳۵۰۷۸ مورخ ۱۳۸۸/۰۵/۱۲
۲۱. نظریهٔ فقهای شورای نگهبان به شمارهٔ ۵۹۰۸ مورخ ۱۳۷۳/۰۱/۲۴
۲۲. نظریهٔ فقهای شورای نگهبان به شمارهٔ ۵۷۶۵ مورخ ۱۳۷۲/۱۱/۰۲
۲۳. نظریهٔ فقهای شورای نگهبان به شمارهٔ ۶۱۱۲ مورخ ۱۳۷۳/۰۲/۰۷
۲۴. نظریهٔ فقهای شورای نگهبان به شمارهٔ ۸۰/۲۱/۲۶۹۳ مورخ ۱۳۸۰/۰۹/۰۶
۲۵. نظریهٔ فقهای شورای نگهبان به شمارهٔ ۸۰/۲۱/۳۰۹۶ مورخ ۱۳۸۰/۱۰/۲۹
۲۶. نظریهٔ فقهای شورای نگهبان به شمارهٔ ۴۲۱۲۸ مورخ ۱۳۹۰/۰۲/۰۱
۲۷. نظریهٔ فقهای شورای نگهبان به شمارهٔ ۸۴۴۴ مورخ ۱۳۶۶/۰۳/۲۸
۲۸. نظریهٔ فقهای شورای نگهبان به شمارهٔ ۴۸۵۳ مورخ ۱۳۷۲/۰۵/۱۱
۲۹. نظریهٔ فقهای شورای نگهبان به شمارهٔ ۵۹۴۰ مورخ ۱۳۹۷/۴/۲۳
۳۰. نظریهٔ فقهای شورای نگهبان به شمارهٔ ۶۳۷۰ مورخ ۱۳۶۵/۸/۲۱

آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری

۳۱. دادنامهٔ شمارهٔ ۷۴ و ۷۵ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری مورخ ۱۳۶۵/۰۹/۰۳
۳۲. دادنامهٔ شمارهٔ ۶/۶۹ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری مورخ ۱۳۶۹/۰۱/۲۳
۳۳. دادنامهٔ شمارهٔ ۵۰ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری مورخ ۱۳۷۰/۰۵/۰۸
۳۴. دادنامهٔ شمارهٔ ۲۱- ۲۲- ۲۳- ۲۴ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری مورخ ۱۳۷۳/۰۲/۱۷
۳۵. دادنامهٔ شمارهٔ ۱۲۶۳-۱۲۶۴ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری مورخ ۱۳۹۵/۱۱/۲۶
۳۶. دادنامهٔ شمارهٔ ۷۸۱ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۲۵

Civil Jurisprudence Doctrines
ISSN Print: 2251- 936x Online: 2783- 3690

The Basis of the Carrier's Liability in Domestic Law and the CMR Convention: A Perspective on the 2019 Draft Commercial Law

Mahsa Nazari[1] | **Saeid Kheradmandy**[2]

1. PhD Student in Private Law, Department of Law, Kermanshah Branch, Islamic Azad University, Kermanshah, Iran. Email: mahsa.nazari.lawyer@gmail.com
2. Corresponding Author, Assistant Professor at Department of Law, Kermanshah Branch, Islamic Azad University, Kermanshah, Iran. Email: saeid.kheradmandy@gmail.com

Article Info

Article type:
Research Article

Article history:
Received 11 September 2023
Accepted 24 June 2024
Available online 21 July 2024

Keywords:
Liability, Basis of Liability, Fault, Obligation of security, Carrier, Transportation.

ABSTRACT

In international conventions such as the CMR (Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road) and domestic laws like the Civil Code and the Commercial Code, different foundations have been established for the liability of the carrier. This divergence has led to various disputes, which the legislator has resolved in the 2019 Draft Commercial Code by clearly specifying the basis of the carrier's liability. The aim of this article is to determine the legal basis for the carrier's liability with regard to the CMR Convention, the Civil Code, the Commercial Code, and the 1398 Draft Commercial Code, in order to clarify who bears the burden of proof in case of damage. This article has been written using a descriptive-analytical method and based on library research. The findings indicate that the basis of the carrier's liability in the 2019 Draft Commercial Code originates from the general rules of contract law, and the carrier's obligation is considered an obligation of result, meaning that mere breach of the obligation is regarded as fault. Moreover, under Article 112, the legislator explicitly adds "safety obligation" as a subsidiary obligation. Unlike the Civil Code and Commercial Code, the 2019 Draft Commercial Law (if enacted) recognizes transport contracts as independent agreements, stipulating their specific provisions and effects. Through Article 110, it implicitly overrides the Civil Code, excluding transport contracts structured as lease agreements from its scope and subjecting them to its own regulations. Additionally, Article 111 states that international treaty provisions apply in cases of legislative silence, thereby explicitly bypassing the Civil Code and aligning with international conventions.

Cite this article: Nazari, M.; Kheradmandy, S. (2025). The Basis of the Carrier's Liability in Domestic Law and the CMR Convention: A Perspective on the 2019 Draft Commercial Law. *Civil Jurisprudence Doctrines*, 17(31), 59-90. https://doi.org/10.30513/cjd.2024.5501.1906

© The Author(s). Publisher: Razavi University of Islamic Sciences.

آموزه‌های فقه مدنی
ISSN Print: 2251- 936x Online: 2783- 3690

مبنای مسئولیت متصدی حمل‌ونقل در حقوق داخلی و کنوانسیون سی.ام.آر (CMR) با نگرشی بر لایحهٔ تجارت ۱۳۹۸

مهسا نظری[۱] | سعید خردمندی[۲]

۱. دانشجوی دکتری تخصصی حقوق خصوصی، گروه حقوق، واحد کرمانشاه، دانشگاه آزاد اسلامی، کرمانشاه، ایران. رایانامه: mahsa.nazari.lawyer@gmail.com

۲. نویسنده مسئول، استادیار گروه حقوق، واحد کرمانشاه، دانشگاه آزاد اسلامی، کرمانشاه، ایران. رایانامه: saeid.kheradmandy@gmail.com

اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۶/۲۰

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۴/۰۴

تاریخ انتشار برخط: ۱۴۰۳/۰۴/۳۱

کلیدواژه‌ها: مسئولیت، مبنای مسئولیت، تقصیر، تعهد ایمنی، متصدی، حمل و نقل.

چکیده

در کنوانسیون‌های بین‌المللی همچون سی.ام.آر (*CMR*)[1] و قوانین داخلی مانند قانون مدنی و قانون تجارت، مبانی متفاوتی برای مسئولیت متصدی حمل‌ونقل در نظر گرفته‌اند و همین امر سبب بروز اختلافاتی شده که قانون‌گذار در لایحهٔ تجارت ۱۳۹۸ با مشخص نمودن مبنای مسئولیت متصدی حمل به این اختلافات پایان داده است. هدف از این مقاله تعیین مبنای مسئولیت متصدی حمل‌ونقل با توجه به کنوانسیون سی.ام.آر، قانون مدنی، تجارت و لایحهٔ تجارت ۱۳۹۸ است تا مشخص شود در صورت بروز خسارت، بار اثبات دلیل بر عهدهٔ چه کسی است؟ این مقاله با روش تحلیلی-توصیفی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای نگاشته شده و نتایج آن نشان می‌دهد که مبنای مسئولیت متصدی حمل‌ونقل در لایحهٔ تجارت ۱۳۹۸، از قواعد عمومی قراردادها نشئت گرفته و تعهد متصدی، تعهدی به نتیجه است و صرف عهدشکنی، تقصیر محسوب می‌گردد و با توجه به مادهٔ ۱۱۲ آن، قانون‌گذار «تعهد ایمنی» را به‌صراحت به‌عنوان یک تعهد فرعی به آن مبنا اضافه نموده است. همچنین لایحهٔ ۱۳۹۸ در صورت تصویب، برخلاف قوانین مدنی و تجارت، برای قرارداد حمل‌ونقل ماهیت مستقلی در نظر گرفته و احکام و آثارش را بیان نموده و با وضع مادهٔ ۱۱۰، با نسخ ضمنی قانون مدنی، قراردادهای حمل‌ونقلی که به‌صورت قرارداد اجاره تنظیم می‌شوند را از شمول قانون مدنی خارج کرده و آن را تحت‌الشمول مقررات خود قرار داده و در مادهٔ ۱۱۱ نیز بیان داشته در صورت سکوت لایحه، مقررات معاهدات بین‌المللی مجری است، و این‌گونه به‌صراحت از قانون مدنی عبور نموده و سعی داشته به معاهدات و مقررات بین‌المللی نظر داشته باشد.

1. Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road (CMR)
کنوانسیون مربوط به قرارداد حمل‌ونقل بین‌المللی جاده‌ای کالا

استناد: نظری، مهسا؛ خردمندی، سعید. (۱۴۰۴). مبنای مسئولیت متصدی حمل‌ونقل در حقوق داخلی و کنوانسیون سی.ام.آر (CMR) با نگرشی بر لایحهٔ تجارت ۱۳۹۸. آموزه‌های فقه مدنی، ۱۷(۳۱)، ۵۹-۹۰.
https://doi.org/10.30513/cjd.2024.5501.1906

ناشر: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.

© نویسندگان.

مقدمه

پیشرفت حمل‌ونقل تجاری گاه حوادث و مسائلی را به وجود آورده که سبب بروز خساراتی شده است و سؤالاتی را نیز به ذهن متبادر می‌کند، از جمله این‌که چه کسی باید از عهدهٔ جبران خسارت برآید و چه ملاحظاتی باعث می‌گردد تا عامل زیان در مقابل دیگری مسئول شناخته شود؟ پاسخ به این سؤال، مبانی مسئولیت مدنی را شکل می‌دهد.

بنابراین منظور از مبانی مسئولیت، دلایل حقوقی است که اجرای مسئولیت مدنی را توجیه می‌کند. به عبارتی دیگر، در حقوق مسئولیت مدنی، مقصود از مبنای مسئولیت این است که چرا با ورود ضرر، فاعل فعل زیان‌بار متعهد به جبران خسارت می‌شود و علت و سبب الزام به جبران ضرر چیست؟ (یزدانیان، ۱۳۹۰، ص۱۱)، و در خصوص مسئولیت متصدی حمل‌ونقل، مبنای مسئولیت چگونه باید تفسیر شود تا هم منافع متصدی تأمین گردد و هم خسارت زیان‌دیده جبران شود و ثمرهٔ عملی بحث، در خصوص اثبات یا عدم اثبات تقصیر توسط زیان‌دیده است که با تعیین مبنای مسئولیت متصدی، این امر مشخص می‌گردد.

با بررسی مبانی سنتی مسئولیت در حمل‌ونقل مشخص می‌گردد که کاستی‌هایی وجود دارد و همین امر ضرورت روی آوردن به مبانی جدید را نمایان می‌کند. در همین راستا و ازآن‌جاکه ضرورت داشت قانون تجارت در مباحث دیگری نیز به‌روزرسانی گردد، لایحهٔ جدید قانون تجارت در ۱۳۹۰/۱۰/۶ در کمیسیون قضایی مجلس تصویب شد و در جلسهٔ علنی ۱۳۹۱/۱/۲۳ مجلس شورای اسلامی با اجرای آزمایشی آن به مدت پنج سال، موافقت گردید. اما این تصمیم در ۱۳۹۱/۲/۲۴ با مخالفت شورای نگهبان مواجه گردید و با اعادهٔ آن به مجلس شورای اسلامی مسکوت ماند.

سال‌ها بعد، کمیسیون قضایی مجلس با توجه به نظر شورای نگهبان، باب قراردادهای لایحهٔ ۱۳۹۱ را بعد از اعمال برخی اصلاحات در تاریخ ۱۳۹۸/۳/۲۰ به تصویب رساند، که اگرچه هنوز به تأیید شورای نگهبان نرسیده و سرنوشت آن مبهم است، اما مبنای این تحقیق قرار گرفته است.

در این مقاله، با استفاده از منابع کتابخانه‌ای و با روش تحقیق تحلیلی - توصیفی،

مبنای مسئولیت متصدی در کنوانسیون سی.ام.آر و قوانین مدنی، تجارت و لایحهٔ تجارت ۱۳۹۸ بیان گردیده و تعارض موجود در خصوص مبنای مسئولیت متصدی حمل در قانون مدنی و قانون تجارت رفع شده است و به این نتیجه رسیده‌ایم که مبنای مسئولیت متصدی حمل در قانون مدنی، نظریهٔ تقصیر است که با مبنای درنظرگرفته‌شده در قانون تجارت برای متصدی حمل متفاوت می‌باشد و لایحهٔ تجارت ۱۳۹۸، با نگاه به قانون تجارت همان مبنا را در نظرگرفته، ولی با بیان عبارتی در ابتدای مادهٔ ۱۱۲ بر تعهد ایمنی نیز تأکید و آن را به مبنای گفته‌شده اضافه نموده است. البته ازآن‌جاکه تحلیل‌های متفاوتی از مبنای مسئولیت متصدی در کنوانسیون سی.ام.آر بیان شده است، نمی‌توان قاطعانه نظر داد که آیا قانون‌گذار در تعیین مبنای مسئولیت متصدی در لایحهٔ تجارت نگاه به این کنوانسیون داشته است یا نه؟ اما آنچه مشخص می‌باشد این است که قانون‌گذار مبنای «حداکثر مراقبت» را که مورد توجه تحلیلگران کنوانسیون سی.ام.آر بوده، در لایحهٔ تجارت ۱۳۹۸ مدنظر قرار نداده و بر تعهد ایمنی تأکید کرده است. در تعهد ایمنی، مواظبت متعارف مدنظر است، اما در حداکثر مراقبت، سخت‌گیری بیشتری وجود دارد که از حالت متعارف بیشتر است و متصدی باید حداکثر تلاش ممکن را برای جلوگیری از خسارت انجام دهد.

همچنین این لایحه به نوآوری‌های دیگری نیز دست زده است، از جمله این‌که برای قرارداد حمل‌ونقل ماهیتی مستقل در نظر می‌گیرد و آن را نوع خاصی از عقود معین می‌داند و احکام و آثارش را بیان می‌نماید. همچنین با وضع مادهٔ ۱۱۰، قراردادهای حمل‌ونقلی را که به‌صورت قرارداد اجاره تنظیم می‌شوند، تحت‌الشمول مقررات خود قرار داده است، ولی قراردادهای اجارهٔ وسایل نقلیهٔ زمینی، هوایی، ریلی و یا دریایی همچنان تابع مقررات قانون مدنی باقی مانده‌اند و به حمل‌ونقل به‌وسیلهٔ پست نظری نداشته است وآن را تابع مقررات خاص خود می‌داند. همچنین با توجه به مادهٔ ۱۱۱ در صورت سکوت لایحه، مقررات معاهدات بین‌المللی مجری است و قانون‌گذار با بیان این نوآوری‌ها سعی داشته است به اختلافات در خصوص مباحث پیرامون قرارداد حمل‌ونقل پایان دهد.

۱. مبنای مسئولیت متصدی حمل‌ونقل در قانون مدنی

قانون مدنی بحث حمل‌ونقل را در مباحث مربوط به اجارهٔ اشخاص بیان نموده است و متصدی حمل را «اجیر» می‌داند و تصرفات او مانند هر اجیر دیگری، تصرفی امانی می‌باشد و تابع قواعد مربوط به امانت است.

بنابراین، طبق مادهٔ ۵۱۶ قانون مدنی، مسئولیت متصدی حمل از نوع مسئولیت امانی است و متصدی حمل، امین محسوب می‌گردد و تنها در صورت تعدی و تفریط، مسئول جبران خسارات وارده است. پس بنابر اصل «لیس علی الأمین إلا الیمین» متصدی حمل مسئول خسارات وارده به کالاها نخواهد بود، مگر این‌که تقصیر او ثابت گردد (مزدارانی، ۱۳۸۹، ص۱۰۴).

رأی اصراری شمارهٔ ۲۸۰۸ مورخ ۱۳۳۹/۱۲/۱۷ هیئت عمومی دیوان عالی کشور نیز بیان می‌نماید: «چون تقصیر متصدی حمل‌ونقل اثبات نشده است، بنابراین مسئولیتی برای پرداخت خسارت ندارد، زیرا بر اساس مقررات قانون مدنی، متصدی حمل‌ونقل امین محسوب می‌شود و در صورتی مسئولیت دارد که مرتکب تعدی و تفریط شده باشد» (تقی‌زاده، ۱۳۹۱، ص۳۶).

بنابراین بر اساس مادهٔ ۵۱۶ و ۶۳۱ق.م مبنای مسئولیت متصدی حمل‌ونقل مبتنی بر تقصیر است. پس در دعوای صاحب کالا و متصدی، صاحب کالا می‌بایست تقصیر متصدی را با مدارک و دلایل قانونی در محکمه اثبات نماید تا بتواند خسارتش را مطالبه کند وگرنه با توجه به این‌که متصدی امین محسوب می‌شود و اصل بر عدم مسئولیت متصدی است، خسارتش جبران‌نشده باقی می‌ماند.

به نظر می‌رسد نظریهٔ تقصیر از «فقه» استنباط شده است، زیرا در قوانین مدنی و تجاری فرانسه که بخشی از حقوق ما، مستنبط از آن است، در زمینهٔ حمل‌ونقل به نظریهٔ تقصیر اشاره‌ای نشده است.

بر اساس نظریهٔ تقصیر، وجود رابطهٔ علیت بین تقصیر و ضرر، تنها دلیلی است که می‌تواند مسئولیت کسی را نسبت به جبران خسارتی توجیه نماید (کاتوزیان، ۱۳۷۰، ص۱۰۲). بنابراین فاعل زمانی مسئول خسارت ناشی از عمل خود است که در ارتکاب آن تقصیر نموده باشد. بر اساس این نظریه، تقصیر شرط اساسی مسئولیت مدنی است (امامی، ۱۳۷۱،

ج۱، ص۳۹۰).

پس زمانی که تقصیر منشأ خسارت باشد، نقش تعیین مسئول را نیز خودش ایفا می‌کند، زیرا هنگامی که شخص به‌واسطهٔ تقصیر خود زیانی به بار آورد، باید پاسخ‌گوی آن باشد. بنابراین تقصیر، هم منبع حق جبران خسارت و هم مبنای تعیین مسئول است (ژوردن، ۱۳۸۵، ص۵۸).

در این نظریه، اثبات رابطهٔ علیت به‌وسیلهٔ زیان‌دیده باید انجام گیرد، یعنی زیان‌دیده باید اثبات کند که زیان وارده در اثر عمل عامل زیان اتفاق افتاده است و عامل زیان در جهت اثبات خلاف آن می‌تواند دلیل ارائه نماید. البته عامل زیان می‌تواند ثابت کند که زیان وارده در اثر خطای زیان‌دیده و یا قوهٔ قاهره بوده است که در صورت اثبات، از مسئولیت معاف می‌شود. بنابراین ارتکاب تقصیر و خطا، شرط اصلی مسئولیت در نظریهٔ تقصیر است (لطفی، ۱۳۹۳، ص۳۳).

البته در بحث اثبات تقصیر، باید بین مسئولیت قراردادی و قهری تفکیک قائل شد. در مسئولیت قهری، زمانی که زیان‌دیده، تقصیر طرف قرارداد را ثابت کند می‌تواند مطالبهٔ خسارت کند، در نتیجه اثبات بی‌تقصیری و نیز اثبات علت خارجی از سوی خوانده ضرورتی ندارد. ولی در مسئولیت قراردادی، دو حالت متصور است: در قراردادهایی که تعهدات آن به وسیله است موضوع همانند مسئولیت قهری است، ولی چنانچه تعهد به نتیجه باشد صرف عدم انجام تعهد یا به عبارتی، عهدشکنی از سوی متعهد، خود تقصیر است و حتی اگر متعهد بی‌تقصیری خود را اثبات کند نیز از مسئولیت رهایی نمی‌یابد، مگر ثابت کند که حادثهٔ خارجی و احترازناپذیری مانع از وفای به عهد شده است (مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ق.م).

البته با بررسی مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ و ۵۱۶ق.م ممکن است این نظر به ذهن متبادر گردد که این مواد با هم تعارض دارند. لذا ابتدا به بیان تعارض ظاهری بین این مواد می‌پردازیم و سپس رفع تعارض بیان خواهد شد.

۱-۱. تعارض در مبنای مسئولیت متصدی حمل‌ونقل در قانون مدنی

قسمت ابتدایی مادهٔ ۵۱۶ق.م از مواد ۱۷۸۲ و ۱۹۵۲ قانون مدنی فرانسه اقتباس شده و

این‌گونه تنظیم گردیده است: «تعهدات متصدیان حمل‌ونقل اعم از این‌که از راه خشکی یا آب و هوا باشد، برای حفاظت و نگهداری اشیایی که به آن‌ها سپرده می‌شود همان است که برای امانت‌داران مقرر است ...» و قسمت دوم این ماده به‌تبعیت از متون فقه بیان می‌کند: «... بنابراین در صورت تفریط یا تعدی مسئول تلف یا ضایع شدن اشیایی خواهند بود که برای حمل به آن‌ها داده می‌شود و این مسئولیت از تاریخ تحویل اشیا به آنان خواهد بود».

بنابر این ماده، متصدی با تلف شدن کالا به تعهد خود عمل نمی‌نماید، اما ضامن نیست مگر این‌که فرستندهٔ کالا تقصیر او را ثابت کند.

ظاهراً این ماده با قواعد عمومی قراردادها که بیان می‌کند صرف عهدشکنی، تقصیر محسوب می‌شود پس متعهدٌله نیازی به اثبات تقصیر ندارد و متعهد باید برای رهایی از مسئولیت، وجود علت خارجی را اثبات نماید (مستنبط از مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ق.م) تعارض دارد. قواعد عمومی قراردادها بر قرارداد حمل‌ونقل نیز حاکم است، پس در مورد تعهد متصدی حمل‌ونقل در ظاهر تعارضی بین مواد قانون مدنی وجود دارد.

پس طبق قواعد عمومی قراردادها، در صورت تلف شدن کالاها، صرف عدم وفای به عهد، تقصیر است و متصدی مسئول می‌باشد مگر این‌که اثبات نماید عدم انجام تعهد منتسب به حادثه‌ای خارجی است که مربوط به او نبوده است، اما بر اساس مادهٔ ۵۱۶ق.م متعهدٌله باید تقصیر متصدی را اثبات کند (یزدانیان، ۱۳۹۰، ص۱۹).

۱-۲. رفع تعارض

برای رفع تعارض بین مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ق.م و مادهٔ ۵۱۶ نظراتی بیان شده است:

۱. مادهٔ ۵۱۶ق.م قواعد عمومی قراردادها را تخصیص زده و استثنایی بر این قواعد است (شهیدی، ۱۳۸۲، ص۲۳۸).

در پاسخ می‌توان گفت: این نظر خالی از اشکال نیست، زیرا مواد دیگری از قانون مدنی از جمله مواد ۴۹۳، ۵۵۶، ۶۱۴ هستند که به‌موجب آن‌ها صرف عهدشکنی، تقصیر محسوب نمی‌شود و متعهدٌله باید تقصیر متعهد را اثبات کند تا متعهد مسئول شناخته شود. پس اگر قائل به تخصیص شویم باید بگوییم تخصیص اکثر لازم است (یزدانیان، ۱۳۹۰،

ص۲۰). بنابراین نمی‌توان این نظر را پذیرفت.

۲. بین قواعد عمومی قراردادها و مادهٔ ۵۱۶ق.م تعارضی وجود ندارد، زیرا قواعد عمومی قراردادها، متعهد را امین نمی‌داند، ولی مادهٔ ۵۱۶ق.م، متصدی را امین می‌داند و به‌موجب مادهٔ ۶۱۴ق.م: «امین ضامن تلف یا نقصان مالی که به او سپرده شده است، نمی‌باشد مگر در صورت تعدی و تفریط». پس ازآن‌جاکه متصدی امین است، فرستندهٔ کالا مکلف به اثبات تقصیر او برای تحقق جبران خسارت است و تصور قانون‌گذار بر این است که کالاها نزد متصدی امانت است و در صورت تلف نیز متصدی حمل ضامن نیست مگر پس از اثبات تقصیر او به‌وسیلهٔ فرستندهٔ کالا.

۳. اصولاً تعارضی وجود ندارد، زیرا تعهدات به دو دستهٔ «تعهد به وسیله» و «تعهد به نتیجه» تقسیم می‌گردد. اگر تعهد به نتیجه باشد، صرف عهدشکنی تقصیر محسوب می‌شود، پس متعهد مسئول است و نیازی به اثبات تقصیر به‌وسیلهٔ متعهدٌله نیست و متعهد برای رهایی از مسئولیت باید علت خارجی را اثبات کند و آنچه در مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ق.م بیان شده است، ناظر به این نوع تعهد است و اگر تعهد متصدی حمل از این نوع باشد مشمول مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ق.م می‌شود. اما در تعهد به وسیله مانند تعهدی که امین بر عهده دارد، ظاهر این است که متعهدٌله کسی را به‌عنوان متعهد انتخاب می‌کند که اصولاً با توجه به شناختی که از وی دارد، به عهد خود وفا می‌نماید. پس اگر متعهدٌله مدعی باشد که متعهد به عهد خودش وفا نکرده، خلاف ظاهر سخن گفته است و باید بار اثبات تقصیر را بر عهده بگیرد. مادهٔ ۵۱۶ق.م نیز دارای تعهد به وسیله است که متعهد در راه حفظ کالاهای تجاری مواظبت‌های لازم را انجام می‌دهد. بنابراین، بین قواعد عمومی قراردادها و مادهٔ ۵۱۶ق.م تعارضی وجود ندارد و متصدی حمل‌ونقل در صورت ارتکاب تقصیر مسئول است و اثبات تقصیر بر عهدهٔ فرستندهٔ کالا می‌باشد (یزدانیان، ۱۳۹۰، ص۲۱).

بنابراین با توجه به استدلال‌های بیان‌شده و پذیرش هر یک از نظرات دوم و سوم باید گفت که مسئولیت متصدی حمل تابع مادهٔ ۵۱۶ ق.م است. پس فرستندهٔ کالا باید تقصیر متصدی حمل را اثبات نماید و نمی‌تواند برای رهایی از اثبات تقصیر به مقررات قواعد عمومی قراردادها استناد کند.

۲. مبنای مسئولیت متصدی حمل‌ونقل در قانون تجارت

حقوق‌دانان بر اساس مادهٔ ۳۸۶ قانون تجارت، نظرات مختلفی راجع به مبنای مسئولیت متصدی حمل‌ونقل بیان کرده‌اند. این نظرات عبارت‌اند از:

۱. برخی، مسئولیت متصدی حمل در قانون تجارت را بر مبنای «نظریهٔ تقصیر مفروض» می‌دانند و معتقدند متصدی حمل‌ونقل می‌تواند برای رهایی از مسئولیت، بی‌تقصیری خود را اثبات نماید (نقی‌زاده باقی، ۱۳۹۰، ص۵۰)، و فلسفهٔ پیش‌بینی این فرض، تسریع در جابه‌جایی کالا و تأمین سرمایه‌گذاری در امور تجاری و ناشی از مصالح خاص مربوط به امور حمل‌ونقل و توسعهٔ آن بوده است (تقی‌زاده، ۱۳۹۱، ص۳۶).

اثر مهم سیستم مبتنی بر فرض تقصیر این است که در دعاوی خسارت، مدعی (زیان‌دیده) در مقام مدعی‌علیه قرار می‌گیرد و خواندهٔ دعوا (فاعل زیان) باید ثابت نماید که تقصیر نکرده است (کاتوزیان، ۱۳۷۰، ص۲۰۰).

بنابراین فاعل زیان باید اثبات نماید که غفلتی نکرده و مواظبت‌های متعارف را معمول داشته و حادثهٔ خارجی و قهری سبب ورود زیان شده است (حسینی، ۱۳۸۹، ص۳۷)، و این‌گونه زیان‌دیده از اثبات تقصیر که امر دشواری است، معاف می‌گردد.

البته فرض تقصیر با دو ریشهٔ قانونی و قراردادی در نظر گرفته می‌شود. در فرض تقصیر قانونی، اثبات بی‌تقصیری فاعل زیان برای رهایی از مسئولیت کفایت نمی‌کند، بلکه باید ثابت گردد که تمام اقدامات و احتیاط‌های لازم برای دوری از ایجاد خسارت به کار رفته است.

اما در فرض تقصیر قراردادی که متعهد به‌واسطهٔ قرارداد، باید تعهدی را انجام دهد، در صورت عدم انجام آن تعهد، عهدشکنی نموده است که خود نوعی تقصیر است و اثبات خلاف فرض مزبور که ریشهٔ قراردادی دارد، امکان‌پذیر نیست و متعهد صرفاً در صورتی از مسئولیت بری می‌شود که ثابت نماید احتراز از ورود زیان غیرممکن بوده است، یعنی قوهٔ قاهره آن را به وجود آورده است (روحنواز و آناهید، ۱۳۹۶، ص۸-۹).

البته گاهی دادگاه‌ها برای اثبات تقصیر از «امارهٔ قضایی» استفاده می‌کنند، مانند هنگامی که فروشندهٔ متخصصی کالای معیبی را می‌فروشد، فرض می‌شود که او از عیب آگاه بوده است (کاتوزیان، ۱۳۸۴ «الف»، ص۲۳).

فرض تقصیر هنوز هم در قانون دریایی ما دیده می‌شود که بر اساس آن، در صورت تلف یا مفقود شدن کالاها فرض می‌گردد که متصدی حمل مرتکب تقصیر شده است و دیگر، زیان‌دیده نیازی به اثبات تقصیر متصدی ندارد و متصدی می‌بایست فقدان تقصیرش را با اثبات انجام امور متعارف ثابت نماید.

همچنین در نشست قضایی ۸۹۴۰-۱۴۰۱ که در شهر قائم‌شهر در مورخ ۱۳۹۸/۹/۷ برگزار گردید، سؤالی با این موضوع مطرح شد که اگر ارسال‌کننده به‌عنوان خواهان به استناد مادهٔ ۳۸۶ قانون تجارت خواستار قیمت مال‌التجاره شود باید تلف یا گم‌شدن را اثبات نماید یا این‌که متصدی باید تحویل بار را به مقصد ثابت نماید و عدم اثبات این موضوع به‌منزلهٔ تلف و گم شدن می‌باشد؟ هیئت عالی در پاسخ گفته است: «در صورت تلف یا مفقود شدن کالا به استناد مادهٔ ۳۸۶ق.ت که مبتنی بر فرض تقصیر متصدی است، متصدی مسئول جبران خسارت صاحب کالا می‌باشد و بار اثبات عدم تقصیر بر عهدهٔ اوست، لیکن اثبات تلف کالا و ورود خسارت بر عهدهٔ ارسال‌کننده یا صاحب کالا می‌باشد». اما نظر اقلیت چنین است که موضوع مادهٔ ۳۸۶ق.ت استثنا بر عمومات است و متصدی به‌عنوان خوانده باید تحویل سالم مال‌التجاره به مقصد را ثابت نماید و در صورت عدم اثبات این موضوع، مسئول قیمت است، زیرا عدم تحویل به‌منزلهٔ تلف و گم شدن می‌باشد و خواهان تکلیفی برای اثبات ندارد (سامانهٔ نشست قضایی، «الف»).

۲. عده‌ای دیگر از حقوق‌دانان معتقدند قانون تجارت از میان سیستم‌های مسئولیت، سیستم «فرض مسئولیت» را برگزیده است، زیرا برای رهایی از مسئولیت باید علت وقوع خسارت را به کیفیت مقرر در مادهٔ ۳۸۶ اثبات نماید (تقی‌زاده، ۱۳۹۱، ص۳۶).

در سیستم تقصیر مفروض برای رهایی از مسئولیت، اثبات بی‌تقصیری کافی است، اما در سیستم فرض مسئولیت، اثبات بی‌تقصیری و انجام اقدامات متعارف کافی نیست و باید علت ورود خسارت نیز مشخص گردد که خارجی بوده است و قابل انتساب به او نیست یا مربوط به حادثهٔ غیرقابل پیش‌بینی بوده که هیچ متصدی حمل مواظبی نمی‌توانسته است از آن جلوگیری نماید.

بر اساس این نظریه، مسئولیت متصدی مفروض است و با وقوع خسارت، او مسئول می‌گردد مگر این‌که علت خسارت یا علت عدم انجام تعهد و غیرقابل انتساب بودن آن را

به خود اثبات کند (هاشمی‌زاده، ۱۳۷۸، ص۱۶۳).

برخی از حقوق‌دانان معتقدند استفاده از مبنای «فرض مسئولیت» اِشکال دارد و آنچه را می‌توان مفروض دانست «تقصیر» است نه «مسئولیت»، زیرا مسئولیت نتیجهٔ طی تشریفات دادرسی و اثبات تقصیر، ضرر و رابطهٔ سببیت است. بنابراین نمی‌توان با به کار بردن اصطلاح مسئولیت مفروض، تمام تشریفات و ارکان سه‌گانهٔ مسئولیت مدنی را مفروض دانست (یزدانیان، ۱۳۹۰، ص۱۴).

اما گروه دیگر از حقوق‌دانان بیان می‌کنند که «فرض مسئولیت» همان «فرض سببیت» است و این دو به‌نحوی با یکدیگر مرادف‌اند. قانون‌گذار در فرض سببیت در شرایط خاصی ورود زیان را به عاملی منتسب می‌کند و او را سبب آن زیان می‌داند، اعم از این‌که آن سبب مقصر بوده باشد یا نه. پس در واقع، فرض تقصیر مربوط به احراز فعل زیان‌بار و فرض سببیت مربوط به احراز رابطهٔ سببیت است. مضاف برآن، فرض سببیت الزاماً به دنبال انتساب زیان به سبب مقصر نیست و به همین علت است که در صورت وجود فرض سببیت، اثبات بی‌تقصیری خوانده، نمی‌تواند این فرض قانونی را نقض کند و فقط اثبات عدم انتساب زیان به اوست که می‌تواند راهگشا باشد، آن‌هم نه از طریق اثبات بی‌تقصیری، بلکه از طریق اثبات انتساب زیان به عاملی غیر از فعل او، یعنی قوهٔ قاهره یا فعل شخص ثالث.

همچنین بین فرض تقصیر و فرض سببیت ارتباط وجود دارد و می‌توان گفت فرض سببیت زمانی از فرض تقصیر قابل استنتاج است که قانونْ اثبات خلاف تقصیر مفروض را منحصر به اثبات قوهٔ قاهره نموده باشد، مانند مادهٔ ۲۲۷ قانون مدنی (حاجی‌عزیزی و غلامی، ۱۳۹۲، ص۴۶-۴۷).

البته برخی از حقوق‌دانان معتقدند که اصل بر مسئولیت مبتنی بر تقصیر است و فقط در جایی که مصلحت و مقتضیات زمانه ایجاب نماید مسئولیت بدون تقصیر حاکم می‌شود و حتی با تصویب قانون مسئولیت مدنی بر این باورند که مقررات مربوط به اتلاف که مبتنی بر مسئولیت بدون تقصیر می‌باشد، نسخ شده است.

اما عده‌ای دیگر از حقوق‌دانان بیان می‌کنند که مادهٔ ۱ قانون مسئولیت مدنی با قاعدهٔ اتلاف تعارض ندارد و تنها مفهوم مخالف آن دلالت دارد که مسئولیت بدون تقصیر را

نباید پذیرفت که البته با پذیرش مسئولیت بدون تقصیر این موضوع منتفی است.از طرف دیگر، قواعد اتلاف از نظر موضوع در برابر قانون مسئولیت مدنی، خاص است، زیرا مادهٔ ۳۲۸ قانون مدنی ناظر به تلف مستقیم مال است، ولی مادهٔ ۱ قانون مسئولیت مدنی به تلف غیرمستقیم و باواسطه دلالت دارد و با تعارض بین قانون خاص سابق و عام لاحق، اصل بر این است که عام ناسخ خاص نمی باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۴ «الف»، ص۳۳).

گروه دیگر از حقوق‌دانان که اعتقاد دارند مسئولیت نباید مبتنی بر تقصیر باشد، بیان می‌کنند: «کسانی که مبنای مسئولیت را تقصیر می‌دانند، برخلاف تحول تاریخی و قهری گام برمی‌دارند، زیرا در این نظریه، مسئولیت رنگی شبیه به کیفر دارد و به‌عنوان مکافات تقصیر بر خطاکار تحمیل می‌گردد، درحالی‌که امروزه مسئولیت مدنی به‌کلی مفهومی مستقل از کیفر دادن پیدا نموده و برای این‌که شخصی مدیون دیگری گردد، هیچ ضرورتی ندارد که مرتکب تقصیر شده باشد» (کاتوزیان، ۱۳۷۰، ص۱۱۰).

۳. نظر دیگری که در مورد مبنای مسئولیت متصدی حمل وجود دارد این است که می‌توان میان انواع مسئولیت‌های متصدی حمل‌ونقل تفاوت قائل شد، وظایف تخصصی او را از وظایف دیگر جدا نمود، در خصوص وظایف دیگر متصدی که نیازمند تخصص وی نیست، طبق ظاهر مواد قانون تجارت، مبنای «تقصیر مفروض» را پذیرفت و در خصوص وظایف تخصصی او، «مبنای مسئولیت محض» را برگزید.

البته بعضی از حقوق‌دانانِ ما معتقدند اساساً با وجود قواعد فقه مانند «قاعدهٔ لاضرر»[1] و «قاعدهٔ اتلاف»[2] دیگر نیازی به مسئولیت محض نیست، زیرا در فقه مهم نیست که شخص در ضرر وارده مرتکب تقصیر شده است یا خیر، بلکه مهم آن است که شخص دیگری متضرر شده است و ضرر او ضرورتاً باید جبران گردد و قاعدهٔ لاضرر، ضرورت جبران هر گونه زیان ناروایی را چهارده قرن پیش مورد تأکید قرار داده است و آن‌هایی که مسئولیت محض را پدیده‌ای عجیب و پیشرفته می‌دانند، به این دلیل است که با عظمت

---

۱. قاعدهٔ لاضرر از مشهورترین قواعد فقهی است که در تمام ابواب فقه اعم از عبادات و معاملات به آن استدلال می‌شود و در بسیاری از مسائل نیز تنها مدرک برای اثبات حکم است (سجادی‌زاده و صائمی، ۱۴۰۲، ص۷۳).

۲. اتلاف فعل مثبت بدون واسطه‌ای است که موجب تلف مال می‌شود. ازاین‌رو مطابق با مادهٔ ۳۲۸ قانون مدنی، هر کس مال غیر را تلف کند ضامن است (یزدانیان و ثقفی، ۱۳۹۳، ص۴۴).

قاعدهٔ لاضرر ناآشنایند (اکرادی، ۱۳۸۹، ص۶۲ و ۶۷ و ۷۰).

اما عده‌ای دیگر از حقوق‌دانان چنین نظری ندارند و معتقدند نظریهٔ مسئولیت محض و قاعدهٔ لاضرر، اگرچه با هم شباهت دارند و هر دو از حقوق زیان‌دیده بیش از مجازات مقصر حمایت می‌کنند، ولی تفاوت عمدهٔ آن‌ها در قلمروشان است. در قاعدهٔ لاضرر، پایهٔ عمومی مسئولیت مدنی بر تضمین حق مشروع زیان‌دیده گذارده می‌شود، درحالی‌که مسئولیت محض قاعده‌ای استثنایی است که در پاره‌ای از زمینه‌ها و به دلایل ویژه، از سوی قانون‌گذار یا رویهٔ قضایی مقرر می‌شود و قاعدهٔ عمومی مسئولیت مدنی همان نظریهٔ تقصیر است (کاتوزیان، ۱۳۸۴ «ب»، ص۱۱۷).

پرچم‌دار نظریهٔ مسئولیت محض، ایالات متحدهٔ آمریکاست. این نظریه اولین‌بار در سال ۱۸۵۲ در پروندهٔ قضایی «توماس. وی. وینچستر» مطرح گردید، اما آغاز مفهوم این نظریه در آمریکا به سال ۱۹۴۴ برمی‌گردد که دادگاه عالی کالیفرنیا به قضاوت قاضی، تری نور، در دعوای خانم اسکولا علیه شرکت کوکاکولا، رأی به «مسئولیت محض» این شرکت داد (مقامی‌نیا، ۱۳۹۷، ص۴۱۱).

اصطلاح مسئولیت محض و پرورده شدن موارد اجرای آن بیشتر مدیون رابطهٔ تولیدکننده و مصرف‌کننده است. با پایمردی دادگاه‌ها و تدبیر قانون‌گذار، تولیدکننده به حکم قانون قهراً مسئول خساراتی شناخته شد که به دلیل عیب کالای عرضه‌شده به بازار به مصرف‌کننده و دیگران وارد می‌شد. این مسئولیت ریشهٔ قهری و قراردادی داشت و قرارداد مخالف نیز تأثیری در آن نداشت و شرط عدم مسئولیت نمی‌توانست بنیان آن را به هم بزند (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ص۲۰۸-۲۰۹).

«مسئولیت محض» به معنای مسئولیتی است که تنها مبتنی بر رابطهٔ سببیت می‌باشد (بادینی، ۱۳۸۴، ص۱۳۱)، و درواقع، مسئولیت نتیجه است نه فعل، یعنی مسئولیت ناشی از نتیجهٔ زیان‌بار است، قطع نظر از فعل یا تقصیری که سبب ورود ضرر گردد (کاتوزیان، ۱۳۸۴ «ب»، ص۱۰۸). خوانده نیز فقط با اثبات فقدان رابطهٔ سببیت و انتساب ضرر به قوهٔ قاهره می‌تواند از مسئولیت معاف گردد. بنابراین مسئولیت محض نه مستلزم اثبات تقصیر در عمل است نه در عامل، یعنی نه‌تنها لازم نیست عمل لزوماً تخطی از معیار رفتار انسان متعارف باشد، بلکه وجود عیب در انگیزه، خصلت یا منش عامل نیز شرط نیست. پس

عامل زیان نمی‌تواند با اثبات این امر که رفتار او قابل سرزنش نیست یا از رفتار انسان متعارف تخطی نکرده است، از مسئولیت معاف گردد (بادینی و دیگران، ۱۳۹۱، ص۲۱).

این مسئولیت را به دلیل این‌که منوط به اثبات تقصیر تولیدکننده نیست، «مسئولیت محض» نامیده‌اند و به این اعتبار که در برابر هر زیان‌دیده ایجاد می‌گردد، «مسئولیت مستقیم» گفته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ص۲۰۹).

البته مسئولیت محض با مسئولیت مطلق متفاوت است و نباید با هم خلط شوند. در مسئولیت مطلق ورود خسارت تنها شرط لازم برای مسئول شناختنِ خوانده می‌باشد و حتی احراز رابطهٔ سببیت میان فعل او و ورود زیان نیز حذف شده است. در حقوق ایران، مسئولیت غاصب و کسی که در حکم غاصب است، نمونه‌ای از مسئولیت مطلق است (بادینی و دیگران، ۱۳۹۱، ص۲۱)، اما مسئولیت محض ناظر به موردی است که تقصیر در آن شرط نیست، اما رابطهٔ سببیت در آن شرط است و در صورت احراز نشدن رابطهٔ سببیت، خوانده مسئول نیست (کاتوزیان، ۱۳۸۴ «ب»، ص۱۲۹).

طبق مادهٔ ۳۸۶ق.ت متصدی ضامن تلف یا نقص اموالِ واگذارشده به اوست، مگر این‌که ثابت کند به دلیل حادثه‌ای غیرمترقبه یا فورس‌ماژور بوده است. پس در این ماده فقط وجود حادثهٔ غیرمترقبه و فورس‌ماژور از عوامل معافیت متصدی به شمارآمده است و پذیرش این مورد، مبنای مسئولیت متصدی را به مسئولیت محض نزدیک‌تر می‌نماید تا مسئولیت مبتنی بر تقصیر مفروض.

از طرف دیگر، قانون تجارت متصدی را مسئول تلف یا نقص کالا محسوب نموده است، مگر این‌که ثابت نماید یا تقصیری متوجه طرف قرارداد بوده که به زیان خود عمل کرده یا علتی خارجی باعث بروز این تلف و نقص شده است. به همین دلیل، اثبات عدم تقصیر متصدی به‌تنهایی برای رفع مسئولیت وی کافی نیست و تقصیرات طرف قرارداد نیز ریشه در وظایفی دارد که به‌طور خاص، در حیطهٔ وظایف اوست.

البته در مادهٔ ۳۸۸ قانون تجارت مسئولیت متصدی را به‌صورت مطلق ناشی از حوادثی بیان نموده است که در طول مدت حمل واقع می‌گردد. پس اگر مادهٔ ۳۸۶ به‌نوعی مخصص این ماده و بیان‌کنندهٔ معافیت‌های قانونی ذکرشده در این راستا در نظر گرفته شود، بایدگفت که اولاً این ماده قبل ازمادهٔ ۳۸۸ بیان شده است و ثانیاً تمامی موارد

ذکرشده در این ماده از جمله جنس مال‌التجاره یا تقصیر فرستنده به‌نوعی از حیطهٔ وظایف و تخصص متصدی خارج است. قسمت آخر ماده نیز از حوادثی نام برده است که هیچ متصدی مواظبی نمی‌تواند از آن جلوگیری نماید که اشاره به حوادث فورس‌ماژور و غیرمترقبه دارد. بنابراین برای تعیین مبنای مسئولیت متصدی حمل می‌توان میان انواع مسئولیت‌های او تفاوت قائل شد (ایزانلو و صمدی، ۱۳۹۲، ص۳۹۳).

۴. گروهی از حقوق‌دانان معتقدند آنچه از تحلیل مواد مربوط به امانی یا ضمانی بودن تصرف و ید متصدی حمل در قانون مدنی و تجارت به دست می‌آید این است که تصرف متصدی نه امانی است نه ضمانی، بلکه از وضعیت خاصی برخوردار است، زیرا از یک طرف، تصرف امانی هنگامی قابل تصور است که عدم مسئولیت متصرف مفروض باشد، درحالی‌که در مورد متصدی حمل، مسئولیتْ اصل و مفروض است. از طرف دیگر، ید ضمانی زمانی محقق می‌گردد که متصرف همواره مسئول تلف، نقص یا عیب مال مورد تصرف باشد، اعم از این‌که تقصیر یا عدم تقصیر او ثابت گردد یا این‌که هیچ یک از این دو محرز نباشد، مانند تصرف غاصب نسبت به مال مغصوب (دمرچیلی و دیگران، ۱۳۸۷، ص۷۱۷).

برخی دیگر معتقدند که ید ضمانی به دو صورت «ید ضمانی مطلق» و «ید ضمانی نسبی» می‌باشد و ید متصدی حمل از نوع ید ضمانی نسبی است، زیرا اگر متصدی حمل ثابت نماید که علت ورود خسارات، تقصیر صاحب کالا، حوادث قهری و یا هر علتی خارج از ارادهٔ وی بوده است، از مسئولیت مبرا می‌گردد، درحالی‌که ید غاصب از نوع ید ضمانی مطلق است که در هر صورت ضامن است.

البته در نشست قضایی با کد ۹۱۷۰-۱۴۰۱ که در شهر عسلویه در تاریخ ۱۳۹۷/۵/۳۰ برگزار گردید، در پاسخ به این پرسش که اگر لنج‌داری کالایی را در دبی خریداری کند و تحویل متصدی دهد و قبل از رسیدن کالا به ایران، بر اثر تقصیر متصدی کالا تلف گردد، مسئولیت متصدی در پرداخت قیمت کالا قیمت دبی است یا ایران؟ نظر اکثریت چنین بیان شده است: «با توجه به مادهٔ ۳۸۶ و ۳۸۸ قانون تجارت و با عنایت به این‌که کالا به علت تقصیر متصدی حمل‌ونقل تلف شده است، ید متصدی از ید امانی به ید ضمانی تبدیل شده و وی مکلف است قیمت روز کالا را بر اساس نرخ بازار ایران (که

معمولاً بالاتر از دبی می‌باشد) تأدیه نماید (سامانهٔ نشست‌های قضایی، «ب»).

بنابراین، گروهی نیز معتقدند متصدی ید امانی دارد و با تقصیر، به ید ضمانی تبدیل می‌گردد.

۵. نظر دیگر این است که مبنای مسئولیت متصدی حمل‌ونقل در قانون تجارت از قواعد عمومی قراردادها نشئت گرفته و تعهد متصدی حمل تعهد به نتیجه است و به همین دلیل، متصدی حمل برای مصون ماندن از اتهام عهدشکنی باید عدم انجام تعهد را به حادثهٔ خارجی نسبت دهد. طبق این نظر، عدم تحقق نتیجهٔ مطلوب، خود عین تقصیر در اجرای مفاد عقد است و برای جلوگیری از مسئولیت قراردادی متصدی حمل، باید تحقق نیافتن نتیجه به علتی خارجی ثابت شود (نقی‌زاده باقی، ۱۳۹۰، ص۵۱).

۶. گروه دیگری از حقوق‌دانان نظرشان با نظر شمارهٔ ۵ مشابه است. اینان فقط این نظر را تکمیل نموده و گفته‌اند: تعهد متصدی حمل تعهد به نتیجه است و صرف عهدشکنی، تقصیر محسوب می‌گردد و متصدی مسئول شناخته می‌شود، اما قانون تجارت تعهد به حمل کالا را به‌طور ضمنی حاوی تعهد به سالم رساندن آن یعنی تعهد ایمنی نیز دانسته است و به دنبال همین فرض، در صورت سالم نرسیدن کالا به مقصد، متصدی حمل را ناقض تعهد قراردادی می‌داند، مگر این‌که خلاف آن ثابت شود (دمرچیلی و دیگران، ۱۳۸۷، ص۷۱۷؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص۴۱۸).

مسئولیت مبتنی بر نظریهٔ تعهد ایمنی ریشه در مسئولیت متصدی حمل‌ونقل دارد که از این حوزه به حوزه‌های دیگر مسئولیت راه پیدا کرده است.

قلمرو تعهد ایمنی به متصدی حمل محدود نمی‌گردد و با استفاده از مبنای قانون در این زمینه و عرف و نیازهای اجتماعی، می‌توان آن را در تعهد مربیان ورزشی، بیمارستان‌ها، مهدکودک‌ها و... فرض کرد (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص۴۱۸).

دشواری اثبات تقصیر به‌وسیلهٔ زیان‌دیده و ناکارآمدی سایر مبانی، سبب شد تا نظریهٔ تعهد ایمنی در قرارداد حمل مطرح شود و امروز در بسیاری از کشورها به‌عنوان مبنای مسئولیت متصدی حمل پذیرفته شده است.

در تعهد ایمنی، متعهد ملزم می‌باشد که علاوه بر وظیفهٔ اصلی‌اش که موضوع قرارداد است، تعهدی فرعی دال بر امنیت و سلامت را نیز تأمین نماید (ژوردن، ۱۳۸۵، ص۳۶)، مانند

قرارداد حمل اشخاص که متصدی نه‌تنها باید مسافر را از یک مکان به مکان دیگر منتقل کند، بلکه باید به‌نحوی عمل نماید که وی را سالم به مقصد برساند. در قرارداد حمل اشیا نیز متصدی باید علاوه بر جابه‌جایی کالا، آن را سالم به مقصد برساند و به گیرنده تحویل بدهد.

البته تعهد ایمنی به‌تنهایی نمی‌تواند موضوع تراضی قرارگیرد، بلکه وضعیت آن به گونه‌ای می‌باشد که باید مبادلهٔ کالا یا عرضهٔ خدمتی مطرح باشد تا بتوان ایمن بودن کالا یا خدمت مورد نظر را به‌صورت یک تعهد فرعی برای تولیدکننده یا فروشندهٔ کالا یا عرضه‌کنندهٔ خدمت در نظر گرفت (اسفندیاری، ۱۳۷۸، ص۲۸).

تعهد ایمنی انواعی دارد و نخستین بار در سال ۱۹۲۸ «ژان دموگ» تفکیک تعهدات به دو دستهٔ «تعهد به وسیله» و «تعهد به نتیجه» را بیان کرد (خدمتگزار، ۱۳۸۹، ص۲۳).

تعهد ایمنی به‌عنوان تعهدی به وسیله عبارت است از «تعهد به انجام اقدامات متعارف برای حفظ سلامت مال یا جان طرف قرارداد». در این تعریف، ضابطهٔ اعمال دقت و مراقبت معقول پذیرفته شده است و به‌طور کلی، «مراقبت معقول و متعارف»[1] را می‌توان نوع رفتاری دانست که یک شخص متعارف تحت همان شرایط و اوضاع و احوال مورد نظر در پیش می‌گیرد. در این نوع تعهد، متعهد ضامن وصول نتیجه و غرض متعهدٌله نیست و باید برای وصول نتیجهٔ مدنظرِ متعهدٌله احتیاطات و اقدامات لازم را بکند و چنانچه در تهیهٔ مقدمات و وسایل مسامحه نماید مسئول است، اما هرگز ضامن وصول نتیجه نیست (حکمت‌پناه دهکردی، ۱۳۹۰، ص۳۹).

در قرارداد حمل‌ونقل، اگر تعهد ایمنی به وسیله باشد، متصدی حمل تعهد می‌نماید که مواظبت‌های متعارف را در حفظ کالا انجام دهد، یعنی وسایلی را که در عرف حمل‌ونقل برای حفظ سلامت و ایمنی کالا ضروری است، فراهم نماید و تمام

---

۱. در نظریهٔ مراقبت معقول و متعارف، هر شخصی باید به‌صورت متعارف رفتار نماید و در صورتی که عدم رعایت مراقبت متعارف او منجر به صدمه به دیگران شود، مسئول می‌باشد. البته وظیفهٔ مراقبت متعارف، تکلیف تمام مردم نیست، بلکه این وظیفه در کنار عنصر صدمهٔ قابل پیش‌بینی قرار دارد، یعنی هنگامی می‌توان شخص را به ترک این وظیفه محکوم نمود که مسئلهٔ صدمهٔ قابل پیش‌بینی برای دیگران در میان باشد. به همین دلیل، برخی از حقوق‌دانان وظیفهٔ مراقبت متعارف را شامل هشدار به دیگران یا حذف هر گونه خطر قابل پیش‌بینی می‌دانند که شخص از آن مطلع است یا این‌که باید مطلع باشد (یزدانیان و ثقفی، ۱۳۹۳، ص۳۷).

صلاحیت‌های خود را در این زمینه به کار گیرد. در چنین حالتی، متصدی هنگامی مسئولیت دارد که ثابت گردد زیانِ به‌بارآمده، ناشی از تقصیر اوست.

در تحمل بار اثبات این تقصیر دو احتمال وجود دارد:

یک. بر اساس قواعد عمومی، بار اثبات به عهدهٔ زیان‌دیده قرار گیرد؛

دو. قانون‌گذار برای سهولت کار زیان‌دیده، تقصیر متصدی حمل‌ونقل را مفروض داند و او را مکلف به دفاع و رد امارهٔ تقصیر کند (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص۴۲۸ به‌بعد).

در تعهد ایمنی به‌عنوان تعهدی به نتیجه، متصدی حمل‌ونقل تعهد می‌نماید که کالا را سالم به مقصد برساند و همین که نتیجهٔ مطلوب یعنی سالم به مقصد رسیدن کالاها، به دست نیامد، مسئول زیان‌های ناشی از آن خواهد بود، مگر این‌که ثابت نماید که حادثه‌ای خارجی و اجتناب‌ناپذیر مانع از حصول نتیجه شده است. به عبارت بهتر، خسارت وارده به کالاها، غیرقابل انتساب به وی می‌باشد. پس اثبات این امر که متصدی مرتکب تقصیر نشده است، او را از مسئولیت نمی‌رهاند. البته در این فرض، اگر متصدی حمل، سلامت کالا را تضمین کرده باشد یا چنین تعهدی به‌موجب قانون بر او تحمیل شده باشد، وی مسئول هر گونه زیانی خواهد بود، هرچند نتیجهٔ عاملی خارجی یا فورس‌ماژور باشد. در این فرض، متصدی قطع نظر از هر گونه تقصیر یا احتیاطی که کرده است، نسبت به زیان‌های ناشی از به دست نیامدن نتیجه مسئول است (هاشمی‌زاده، ۱۳۷۸، ص۱۶۳).

البته در حمل اشخاص نیز تعهد ایمنی به دو صورت تعهد به وسیله و تعهد به نتیجه قابل تصور است. اگر متصدی فقط وسایل حمل‌ونقل مسافر را برای حفظ سلامت او فراهم آورد تعهدی به وسیله است و اگر سالم رسیدن مسافر به مقصد را تعهد نماید، تعهدی به نتیجه است.

اگر از زاویه‌ای دیگر به موضوع نگاه شود، می‌توان گفت که تعهد به وسیله و به نتیجه بودن امری نسبی است و آنچه موضوعیت دارد تعهد به نتیجه است نه تعهد به وسیله. اگر آنچه مورد توافق طرفین واقع می‌شود تعهد به وسیله باشد، پس از توافق در واقع، به تعهد به نتیجه تبدیل می‌گردد. مثلاً اگر طرفین توافق کنند که ماشین یخچال‌دار را یکی از طرفین قرارداد تهیه نماید، این امر (تهیهٔ ماشین یخچال‌دار) یک تعهد به نتیجه است و اگر قرارداد نقض شود، تقصیری صورت گرفته است، ولی اگر در قرارداد، تهیهٔ ماشین یخچال‌دار

مطرح نشود، بلکه جابه‌جایی کالا مورد توافق باشد و برای جابه‌جایی، ماشین یخچال‌دار لازم باشد و تهیه گردد، نسبت به جابه‌جایی کالا یک تعهد به وسیله است.

با توجه به نظرات مختلفِ بیان‌شده در خصوص مبنای مسئولیت متصدی حمل‌ونقل در قانون تجارت می‌توان به این نتیجه رسید که پذیرش نظر ششم منطقی‌تر ازسایر نظرات است و با طبیعت تعهدات و قراردادهای تجاری که اصولاً از نوع تعهدات به نتیجه می‌باشد، سازگارتر است و عرف قراردادهای حمل‌ونقل مؤید وجود تعهد ایمنی است.

۳. رفع تعارض در خصوص مبنای مسئولیت متصدی حمل‌ونقل در قانون مدنی و قانون تجارت

با بررسی مواد مرتبط با مسئولیت متصدی حمل‌ونقل کالا در قانون مدنی و قانون تجارت مشخص شد که این دو قانون برای مسئولیت متصدی، مبنای واحدی را در نظر نگرفته‌اند. حقوق‌دانان نظرات مختلفی را در خصوص این تعارض بیان نموده‌اند. گروهی از آن‌ها معتقدند که این تعارض ظاهری است و مطابق قواعد عمومی معاملات، هرگاه کسی به‌موجب قراردادی ملتزم به انجام کاری شود و به تعهد خود وفا نکند، عدم اجرای قرارداد خود نوعی تقصیر است و قانون کسی را که به مفاد عقد عمل نکند، مقصر و مسئول خسارات ناشی از آن می‌داند، مگر این‌که او ثابت نماید که تقصیری نداشته و حادثهٔ خارجی مانع از ایفای تعهد شده است، و ازآن‌جاکه هر دو قانون، مقصر و ناقض قرارداد را مسئول می‌دانند، لذا قانون مدنی و قانون تجارت از حیث مبنای مسئولیت متصدی حمل با هم تعارضی در باطن ندارند (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص۴۱۵)، اما گروه‌های دیگر بیان کردند که این تعارض واقعی است و باید برای رفع آن اقدام کرد. نظرات آن‌ها به این شرح است:

۱. ازآن‌جاکه قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ بعد از قانون مدنی مصوب ۱۳۰۷ به تصویب رسیده است، در صورت تعارض بین قانون سابق و قانون لاحق، قانون لاحق ناسخ قانون سابق خواهد بود. بنابراین، مادهٔ ۳۸۶ قانون تجارت، مادهٔ ۵۱۶ قانون مدنی را نسخ ضمنی کرده است (مزدارانی، ۱۳۸۹، ص۱۰۵؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص۴۱۵-۴۱۶).

به عقیدهٔ این گروه، با این‌که مادهٔ ۳۸۶ قانون تجارت مربوط به امورتجاری است، ولی چون مادهٔ ۱ این قانون، تصدی به حمل‌ونقل را به هر نحوی که باشد، معاملهٔ تجاری

محسوب نموده است، لذا در تمام موارد حمل‌ونقل، مقررات مادهٔ ۳۸۶ قانون تجارت قابل اجرا خواهد بود (سنگ‌سفیدی، ۱۳۹۰، ص۶۸).

انتقاداتی به این نظر وارد است، از جمله این‌که قانون تجارت به‌صراحت مادهٔ ۵۱۶ قانون مدنی را نسخ نکرده و برای نسخ ضمنی آن نیز دلیل و قرینه‌ای وجود ندارد، بلکه برعکس قرینه‌ای خلاف آن هست و مادهٔ ۳۹۴ قانون تجارت حمل‌ونقل از طریق پست را تابع مقررات تجارت نمی‌داند. لذا این نوع از حمل‌ونقل تابع مقررات قانون مدنی خواهد بود و این امر دلیلی بر عدم نسخ مادهٔ ۵۱۶ قانون مدنی است. البته اگر به مادهٔ ۸۰ لایحهٔ تجارت ۱۳۸۴ دقت شود که بیان می‌نماید: «حمل‌ونقل به‌وسیلهٔ پست و همچنین قراردادهای اجاره وسایط نقلیهٔ زمینی، هوایی یا دریایی تابع مقررات این باب نیست. قراردادهای حمل‌ونقل، هرچند به‌صورت قرارداد اجاره تنظیم شود، مشمول این قانون است»، اگر به این ماده دقت شود، می‌توان نتیجه گرفت حمل‌ونقل از طریق پست تابع مقررات خاص خود و اجارهٔ وسایل نقلیه همچنان تابع مقررات قانون مدنی است، اما قراردادهای حمل‌ونقل، حتی اگر ماهیت اجاره داشته باشند، تابع لایحه خواهند بود و در این قسمت، قانون‌گذار به‌طور ضمنی و جزئی مواد مرتبط در قانون مدنی را نسخ کرده است، ولی در خصوص حمل‌ونقل با پست و اجارهٔ وسایل نقلیه همچنان نسخی صورت نپذیرفته است.

البته قانون‌گذار در لایحهٔ تجارت ۱۳۹۱ از این نظر عقب‌نشینی کرده و همچنان بیان داشته است: «حمل‌ونقل به‌وسیلهٔ پست تابع مقررات این فصل نیست». این بیان نشان‌دهندهٔ آن است که قانون‌گذار تمایلی به عبور از آنچه در قانون تجارت بیان شده است، ندارد.

اما قانون‌گذار در لایحهٔ تجارت ۱۳۹۸ باز هم به لایحهٔ مصوب ۱۳۸۴ نظر انداخته و با بیانی مشابه در مادهٔ ۱۱۰ آن، عنوان کرده است: «حمل‌ونقل به‌وسیلهٔ پست و همچنین قراردادهای اجارهٔ وسایل نقلیهٔ زمینی، هوایی، ریلی و یا دریایی تابع مقررات این فصل نیست. قراردادهای حمل‌ونقل، هرچند به‌صورت قراردادهای اجاره تنظیم شود، مشمول این فصل است».

پس اگر قانون تجارت و قانون مدنی در نظر گرفته شوند، نمی‌توان نظریهٔ نسخ را

پذیرفت. اما اگر لایحهٔ قانون تجارت ۱۳۹۸ به تصویب برسد، در خصوص قراردادهای حمل‌ونقلی که به‌صورت قرارداد اجاره منعقد می‌شوند، نسخ ضمنی به‌صورت جزئی صورت گرفته است و آن‌ها دیگر مشمول قانون مدنی نخواهند بود، اما حمل‌ونقل به‌وسیلهٔ پست تابع مقررات خاص خود و اجارهٔ وسایل نقلیه (که اجارهٔ اشیا محسوب می‌شود) همچنان تحت‌الشمول قانون مدنی خواهند بود.

البته ممکن است به این نظر انتقاد شود که نسخ نیاز به دلیل دارد و وقتی می‌توان به قاعدهٔ «الجمع مهما أمکن أولی من الطرح» استناد نمود و به جمع مواد با هم اقدام کرد، چرا نسخ را بپذیریم و امکان استفاده از فرصت‌های موجود درآن مواد را ازخود سلب کنیم؟

در پاسخ می‌توان گفت: چه دلیلی بالاتر از این‌که قانون‌گذار در لایحهٔ ۱۳۹۸، برخلاف قانون تجارت ماهیت قرارداد حمل‌ونقل را بیان ننموده است تا بگوید این قرارداد ماهیتی مستقل دارد و نوع خاصی از عقود معین می‌باشد که احکام و مقرراتش در لایحه بیان شده و دیگر به قانون مدنی نظر ندارد و از آن عبور نموده و طبق مادهٔ ۱۱۱ لایحهٔ ۱۳۹۸ «... در موارد سکوت این قانون، حسب مقررات معاهدات بین‌المللی که دولت ایران به آن‌ها پیوسته است تا حدی که بر حمل‌ونقل داخلی قابل اعمال باشد مجری است»، پس دیگر به فرصت‌های موجود در قانون مدنی در خصوص قرارداد حمل‌ونقل نظر ندارد و در صورت سکوت لایحه، به معاهدات بین‌المللی رجوع می‌شود که غالباً به‌خوبی و با جزئیات تنظیم شده‌اند و از قالبی که در قانون مدنی و قانون تجارت برای قرارداد حمل‌ونقل ساخته بود عبور نموده است و قانون‌گذار این‌گونه تلاش نموده است تا با مقتضیات زمان حرکت کند و خلأهای موجود در قانون را برطرف نماید.

۲. قانون تجارت به‌عنوان قانون خاص، بر قانون مدنی به‌عنوان قانون عام مقدم است و مادهٔ ۳۸۶ قانون تجارت مخصص مادهٔ ۵۱۶ قانون مدنی می‌باشد.

این گروه از حقوق‌دانان معتقدند: ازآن‌جاکه حمل‌ونقل در قانون تجارت حرفه‌ای تجاری است و در قالب مؤسسه انجام می‌گردد و به تخصص و تجربهٔ کافی نیاز دارد، لذا اگر متصدی حمل، کالا را سالم به مقصد نرساند و خسارتی به بار بیاید مسئول است و مطابق با مادهٔ ۳۸۶ قانون تجارت با او رفتار می‌شود، اما مادهٔ ۵۱۶ قانون مدنی در

خصوص مواردی است که قرارداد حمل‌ونقل با امینی منعقد می‌شود که متصدی حمل‌ونقل عمومی نیست و این خدمت را در برابر دوست یا آشنا و همکار تجارتی خود به عهده می‌گیرد و در این فرض، تکیه بر امانت و دلسوزی حامل است نه تخصص و تجربهٔ او (نقی‌زاده باقی، ۱۳۹۰، ص۵۱).

البته می‌توان به این استدلال ایراد وارد کرد و گفت: قانون مدنی در مادهٔ ۵۱۶ از لفظ «متصدی» استفاده نموده و متصدی شخصی است که حمل‌ونقل را در قالب مؤسسهٔ تجاری انجام می‌دهد و شغل حمل‌ونقل را حرفهٔ اصلی خود قرار داده است. اگرچه در قانون مدنی این ماده بیان شده، ولی لفظ «متصدی» همان معنایی را به ذهن متبادر می‌سازد که در قانون تجارت بیان شده است، مگر این‌که گفته شود قانون‌گذار در کاربرد لفظ «متصدی» مسامحه کرده و حمل‌ونقل در قالب مؤسسه مدنظر او نبوده، زیرا در ادامهٔ ماده نیز به «امانت‌داران» اشاره نموده است.

گروه دیگری از حقوق‌دانان، اگرچه به نظریهٔ تخصیص اعتقاد دارند، اما به‌نحو دیگری استدلال می‌کنند و بیان می‌دارند که مقررات قانون تجارت در مورد قرارداد حمل کالا تنها راجع به قراردادهای حمل‌ونقلی است که به‌وسیلهٔ متصدی حمل به‌عنوان تاجر منعقد می‌گردد، برخلاف قانون مدنی که عام است و همهٔ مصادیق قرارداد حمل را در بر می‌گیرد و مطابق قاعدهٔ «خاص لاحق مخصص عام لاحق است» عمل می‌شود (روحنواز و آناهید، ۱۳۹۶، ص۵).

۳. قانون مدنی و قانون تجارت مکمل یکدیگرند و هر یک بخشی از مسئولیت متصدی حمل‌ونقل را بیان می‌کنند.

به اعتقاد این دسته از حقوق‌دانان، مادهٔ ۵۱۶ قانون مدنی ناظر به مواردی است که تعهد متصدی حمل‌ونقل تعهدی به وسیله است و زیان‌دیده باید تقصیر متصدی را اثبات کند، ولی مادهٔ ۳۸۶ قانون تجارت در خصوص مواردی است که تعهد متصدی، تعهدی به نتیجه است و مبنای مسئولیت تعهد ایمنی می‌باشد و متصدی علاوه بر حمل کالا متعهد است که آن را سالم به مقصد برساند (نقی‌زاده باقی، ۱۳۹۰، ص۵۱؛ کاتوزیان، ۱۳۸۴ «ج»، ص۳۷۰).

بنابراین، از میان نظرات حقوق‌دانان، نظری را می‌توان پذیرفت که قائل به مکمل بودن

قانون مدنی و قانون تجارت در مبنای مسئولیت متصدی حمل است.

۴. مبنای مسئولیت متصدی حمل‌ونقل در کنوانسیون سی.ام.آر

حقوق‌دانان با توجه به مواد ۱۷ تا ۲۱کنوانسیون سی.ام.آر، در خصوص مبنای مسئولیت متصدی حمل‌ونقل، نظرات متفاوتی بیان نموده‌اند، از جمله:

۱. عده‌ای از حقوق‌دانان معتقدند با توجه به این‌که اثبات موارد مندرج در بند ۲ مادۀ ۱۷کنوانسیون بر عهدۀ متصدی است (بند۱، مادۀ ۱۸) و او باید ثابت نماید که خسارت، ناشی از یکی از موارد مذکور در بند ۲ مادۀ ۱۷بوده است، پس مبنای مسئولیت در این کنوانسیون «مسئولیت مفروض» است.

بنابراین، متصدی به‌محض ورود خسارت به کالاها مسئول تلقی می‌شود و نه با اثبات عدم تقصیر، بلکه با اثبات یکی ازموارد مندرج در بند۲ مادۀ ۱۷ که این عوامل نسبت به متصدی، قوۀ قاهره محسوب می‌شوند، از مسئولیت معاف می‌گردد (مزدارانی، ۱۳۸۹، ص۱۰۲).

البته در مادۀ ۱۷، از بین سه شرط لازم برای قوۀ قاهره یعنی «شرط خارجی بودن»، «غیرقابل اجتناب بودن» و «غیرقابل پیش‌بینی بودن حادثه»، دو شرط اول را می‌پذیرد، یعنی صرفاً خارجی بودن و غیرقابل اجتناب بودن حادثه را برای اثبات معافیت متصدی کافی می‌داند، هرچند بعضاً غیرقابل پیش‌بینی بودن برای اثبات غیرقابل اجتناب بودن مؤثر است (احمدی، ۱۳۹۷، ص۲۶۴).

عده‌ای ازحقوق‌دانان همین نظر را به گونه‌ای دیگر مطرح کرده‌اند. آنان نظریۀ «خطر» و «فرض مسئولیت» را یکی می‌دانند و معتقدند مبنای مسئولیت متصدی در کنوانسیون، نظریۀ خطر (مسئولیت مفروض) است و متصدی برای اثبات عدم مسئولیت خود باید به قطع رابطۀ سببیت میان فعلِ انجام‌شده و ضرر وارده از طریق معافیت‌هایی مانند قوۀ قاهره اقدام کند. البته آن‌ها معتقدند با توجه به مادۀ ۲۹ کنوانسیون، در صورت انجام خلاف عمدی، مبنای مسئولیت بر پایۀ نظریۀ «مسئولیت مطلق» بوده است که بدین ترتیب، تحت هیچ شرایطی نمی‌توان به معافیت‌های مقرر در خصوص متصدی استناد کرد (روحانی راد، ۱۳۹۸، ص۱۰۴).

۲. برخی دیگر از حقوق‌دانان بیان می‌کنند که کشورهای عضو می‌توانند تفسیرهای دیگری نیز از مادهٔ ۱۷ کنوانسیون داشته باشند و مبناهای دیگری از جمله «مسئولیت مطلق» یا حتی «مسئولیت مبتنی بر تقصیر»را برای متصدی در نظر بگیرند.

بنابراین اگر عضوی از کنوانسیون، مبنای «مسئولیت مطلق» را برای متصدی در نظر بگیرد، متصدی در حالتی می‌تواند از مسئولیت معاف گردد که یکی از موارد معافیتِ بیان‌شده در بند ۲ مادهٔ ۱۷ را اثبات نماید و اگر عضوی مبنای «مسئولیت مبتنی بر تقصیر»را پذیرفته باشد، بار اثبات عدم تقصیر بر عهدهٔ متصدی حمل خواهد بود و او باید اثبات کند که خسارت، تلف یا تأخیرِ ایجادشده ناشی از اوضاع و احوالی بوده که هیچ متصدی مواظبی قادر به پیش‌بینی و اجتناب از آن نبوده است (احمدی، ۱۳۹۷، ص۲۶۴).

البته گروهی از حقوق‌دانان در پاسخ می‌گویند که اگرچه دادگاه‌های برخی از کشورها با استنباط از بند ۱ مادهٔ ۱۷ مسئولیت مطلق و یا حتی مسئولیت محض را برای متصدی حمل‌ونقل در نظر می‌گیرند، اما می‌توان گفت که مسئولیت متصدی نه مطلق است و نه محض، زیرا متصدی می‌تواند با استناد به بندهای ۲ و ۴ مادهٔ ۱۷ از مسئولیت رهایی یابد (جباری قره‌باغ، ۱۳۹۵، ص۴۸).

۳. بعضی دیگر معتقدند که مسئولیت متصدی، در حد «مراقبت معقول» است و او در صورتی که اثبات نماید در حد مراقبت معقول و متعارف عمل نموده است، از مسئولیت معاف می‌گردد. این نظریه در کشور آلمان طرف‌دارانی دارد و دادگاه‌های آلمان معتقدند که مسئولیت متصدی در کنوانسیون سی.ام.آر بر «نظریهٔ تقصیر» استوار است و برای این‌که از حیث اثبات به نفع زیان‌دیده باشد، متصدی را مقصر فرض می‌کنند و چنانچه متصدی اثبات نماید که «مراقبت معقول» را معمول داشته و مرتکب تقصیری نشده است، از مسئولیت مبرا می‌گردد، یعنی متصدی باید اثبات کند که فقدان یا خسارت، ناشی از اوضاع و احوالی است که یک متصدی حملِ مراقب نمی‌توانسته است آن را پیش‌بینی و یا از آن اجتناب نماید تا از مسئولیت معاف گردد. پس این گروه از حقوق‌دانان معتقدند که در کنوانسیون سی.ام.آر مسئولیت متصدی حمل بر «نظریهٔ تقصیر (مراقبت معقول)» مبتنی است، ولی از حیث اثباتی مسئولیت متصدی حمل مبتنی بر «نظریهٔ فرض تقصیر» می‌باشد. البته عده‌ای دیگر از حقوق‌دانان این نظریه را رد

نموده‌اند و معتقدند که اگر چنین نظریه‌ای مدنظر کنوانسیون بود، حتماً در آن درج می‌شد و همچنین ممکن است متصدی معقول و مطابق با اعمال متعارف رفتارکند، اما نتواند به بند۲ مادۀ ۱۷ استناد نماید و از مسئولیت معاف نشود (سادات حسینی، ۱۳۸۴، ص۲۳۱-۲۳۲).

۴. برخی به نظریۀ «حداکثر مراقبت» برای مبنای مسئولیت متصدی حمل استناد می‌نمایند.

بنابر این نظریه، متصدی حمل مسئول خسارات منتسب به فعل خودش است مگر این‌که او با انجام وظیفۀ «حداکثر مراقبتی» خود، قادر به اجتناب از خسارت واردشده نباشد. بنابراین برای تعیین خسارت اجتناب‌ناپذیری که رافع مسئولیت است، به وظایف و عملکرد متصدی توجه می‌کنند که متصدی باید حداکثر تلاش ممکن را برای جلوگیری از خسارت، انجام داده باشد (جباری قره‌باغ، ۱۳۹۵، ص۴۸).

البته «حداکثر مراقبت» به معنای مراقبتِ بی‌نهایت نیست، بلکه معنای آن بر این امر دلالت دارد که چنین مراقبتی باید عملی باشد و به عبارتی، غیرممکن نباشد. مسئولیت در این نظریه نسبت به مسئولیت نوعی، دارای موارد معافیت بیشتری است، اما در مقایسه با مسئولیت مبتنی بر رفتار متعارف سخت‌گیری بیشتری وجود دارد. بنابراین بر اساس این نظریه، وظیفۀ متصدی حمل می‌تواند از حالت متعارف بیشتر باشد (جباری قره‌باغ و دیگران، ۱۳۹۳، ص۴۴).

دادگاه‌های انگلیس مبنای مسئولیت متصدی حمل بر اساس کنوانسیون سی.ام.آر را کمتر از مسئولیت مطلق و بیشتر از مراقبت معقول در نظر می‌گیرند، یعنی همان «حداکثر مراقبت» را می‌پذیرند (سادات حسینی، ۱۳۸۴، ص۲۳۵).

۵. گروهی از حقوق‌دانان معتقدند که باید بین وظایف متصدی حمل تفکیک قائل شد و مبنای مسئولیت او را تفکیکی از «مسئولیت مبتنی بر تقصیر مفروض» و «مسئولیت محض» دانست.

بر اساس این نظریه، در مسئولیت‌های غیرتخصصی متصدی (مانند اخذ ویزا برای رانندگان در مواردی که تحویل کالا خارج از مرزهای کشور است) و یا به عبارتی، مسئولیت‌هایی که به عهدۀ دیگری از جمله صاحب کالا یا فرستنده است، مبنای مسئولیت

مبتنی بر تقصیر مفروض می‌باشد و اثبات عدم تقصیر از سوی متصدی باعث برائتش می‌گردد، ولی مبنای مسئولیتی که از وظایف تخصصی متصدی (مانند انتخاب وسیلهٔ حمل) ایجاد می‌شود، بر اساس مسئولیت محض است و فقط قوهٔ قاهره باعث رهایی او می‌گردد (بند ۲، ۳ و ۴ مادهٔ ۱۷ کنوانسیون).

گفتنی است که وظایف تخصصی متصدی، وظایفی‌اند که اصولاً این شغل به دلیل انجام آن‌ها شکل گرفته است و این‌ها همان وظایفی‌اند که صاحبان کالا توانایی انجام آن‌ها را ندارند و یا ناگزیر از صرف زمان و هزینهٔ زیادی می‌باشند و ازاین‌رو به متصدی حمل مراجعه می‌نمایند و کالاهای خود را به او واگذار می‌کنند (ایزانلو و صمدی، ۱۳۹۲، ص۳۹۸-۳۹۹).

با توجه به اختلاف نظر و تفسیرهای متفاوتی که در مورد مبنای مسئولیت متصدی حمل در کنوانسیون سی.ام.آر وجود دارد، می‌توان گفت تحصیل یک اجماع دراین‌باره سخت است، اما آن نظری که امروز بیشتر پذیرش و اقبال یافته است، نظریهٔ «حداکثر مراقبت» است و هرچند برخی از حقوق‌دانان نیز بیان داشته‌اند که مبنای مسئولیت متصدی حمل‌ونقل جاده‌ای کالا در کنوانسیون سی.ام.آر، «فرض مسئولیت» است که با وظیفهٔ متصدی در خصوص «حداکثر مراقبت» تکمیل می‌گردد (جباری قره‌باغ و دیگران، ۱۳۹۳، ص۴۴).

۵. مبنای مسئولیت متصدی حمل‌ونقل در لوایح قانون تجارت

با بررسی مادهٔ ۷۱ لایحهٔ مصوب۱۳۸۴، مادهٔ ۷۵ لایحهٔ ۱۳۹۱ و مادهٔ ۱۱۲ لایحهٔ مصوب ۱۳۹۸[1] که مشابه مادهٔ ۳۸۶ قانون تجارت است می‌توان پی برد که قانون‌گذار همان مبنایی

---

۱. مادهٔ ۷۱ لایحهٔ قانون تجارت ۱۳۸۴: «اگر کالا تلف، ناقص یا گم شود، متصدی حمل‌ونقل مسئول قیمت آن است، مگر این‌که ثابت کند تلف یا گم شدن مربوط به جنس خود کالا یا مستند به تقصیر فرستنده یا گیرنده یا ناشی از دستورها و اطلاعاتی بوده است که یکی از آن‌ها داده‌اند یا به حوادثی مربوط می‌شود که هیچ متصدی مواظبی نیز نمی‌توانست از آن جلوگیری کند. دو طرف می‌توانند در قرارداد برای میزان خسارات مبلغی زیادتر از قیمت کامل کالا معین کنند. اما شرط خسارت به کمتر از قیمت کالا باطل است».

مادهٔ ۷۵ لایحهٔ قانون تجارت ۱۳۹۱: «اگر کالا تلف یا گم شود، متصدی حمل‌ونقل مسئول بدل آن است، مگر این‌که ثابت کند تلف یا گم شدن کالا به جنس آن و یا تقصیر فرستنده و یا گیرنده منسوب است و یا ناشی از تعلیمات یکی از آن‌ها می‌باشد و یا به حوادث خارجی غیرقابل پیش‌بینی غیرقابل دفع، مستند است. طرفین می‌توانند در قرارداد برای میزان خسارت، مبلغی کمتر یا بیشتر از قیمت کامل کالا را معین کنند».

را که در قانون تجارت در خصوص مسئولیت متصدی حمل‌ونقل کالا پذیرفته، در لوایح قانون تجارت نیز پذیرفته است، ولی در لایحهٔ ۱۳۹۸، «تعهد ایمنی» را به‌صراحت به‌عنوان یک تعهد فرعی، به آن مبنا افزوده و در ابتدای مادهٔ ۱۱۲ لایحهٔ ۱۳۹۸ عبارتِ «متصدی حمل‌ونقل مکلف است کالا را به‌طور سالم به مقصد برساند ...» را اضافه کرده است، که به این معناست که قرارداد حمل‌ونقلِ کالا حاوی یک تعهد فرعی برای سالم رساندن کالا به مقصد است.

لوایح تجارت مذکور برخلاف قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ که در خصوص حمل‌ونقل مسافر و مسئولیت متصدی آن اظهارنظری نکرده بود، ماده‌ای را به حمل‌ونقل مسافر و مسئولیت متصدی آن اختصاص داده است.

مادهٔ ۱۲۴ لایحهٔ قانون تجارت ۱۳۹۸ بیان می‌دارد: «متصدی حمل‌ونقل مسئول جبران کلیهٔ خسارات جانی مسافران است، مگر این‌که ثابت کند خسارت به خود مسافر و یا حوادث خارجی غیرقابل رفع مستند است. در مورد خسارات واردشده به کالاهای مسافران رعایت مواد ۱۱۲ تا ۱۱۶ و ۱۲۳ این قانون الزامی است».[1]

قانون‌گذار با وضع این ماده خلأ موجود در قانون تجارت را پوشش داده و تعهد ایمنی را برای حمل‌ونقل مسافران و کالاهای آن‌ها نیز پذیرفته است و متصدی علاوه بر تعهد اصلی یعنی رساندن مسافران و کالاهای آن‌ها به مقصد، تعهد ضمنی دیگری دال بر سالم رسانیدن آن‌ها نیز بر عهده دارد، لذا برای رهایی از مسئولیت باید اثبات نماید که خسارت منتسب به او نیست و مربوط به عوامل خارجی است.

مادهٔ ۱۱۲ لایحهٔ قانون تجارت ۱۳۹۸: «متصدی حمل‌ونقل مکلف است کالا را به‌طور سالم به مقصد برساند. اگر کالا تلف یا گم شود، متصدی حمل‌ونقل مسئول قیمت کالا در روز پرداخت و خسارات آن است، مگر این‌که ثابت کند تلف یا گم شدن کالا به جنس آن و یا تقصیر فرستنده و یا گیرنده منسوب است و یا ناشی از دستورات و یا اطلاعاتی بوده که یکی از آن‌ها داده‌اند و یا به حوادث خارجی غیرقابل پیش‌بینی غیرقابل رفع مستند است. طرفین می‌توانند در قرارداد برای میزان خسارت، مبلغی بیشتر از قیمت کل کالا را معین کنند، اما شرط تحدید خسارت به کمتر از قیمت کالا باطل است».

۱. مادهٔ ۸۳ لایحهٔ تجارت ۱۳۹۱ نیز مانند مادهٔ ۱۲۴ لایحهٔ تجارت ۱۳۹۸ تدوین شده بود، اما مادهٔ ۷۲ لایحهٔ تجارت ۱۳۸۴ با اندکی تفاوت بیان می‌دارد: «متصدی حمل‌ونقل مسئول جبران هر گونه خسارت جانی، مادی و معنوی مسافران است، مگر آن‌که ثابت کند خسارت در نتیجهٔ تقصیرخود مسافر حادث شده یا ناشی از قوهٔ قاهره یا علت خارجی بوده است که هیچ متصدی مواظبی نمی‌توانسته از آن جلوگیری کند»، که این ماده علاوه بر خسارت جانی، به خسارت مادی و معنوی مسافر نیز اشاره نموده است.

نتیجه‌گیری

با توجه به آنچه بیان شد می‌توان چنین نتیجه گرفت:

۱. مبنای مسئولیت متصدی حمل در قانون مدنی با توجه به مادهٔ ۵۱۶ آن، مبتنی بر تقصیر است. پس فرستندهٔ کالا باید تقصیر متصدی را اثبات نماید و نمی‌تواند برای رهایی از اثبات تقصیر به مقررات قواعد عمومی قراردادها (مادهٔ ۲۲۷ و ۲۲۹ق.م) استناد کند.

۲. حقوق‌دانان برای مبنای مسئولیت متصدی حمل در قانون تجارت نظرات مختلفی بیان نموده‌اند، اما آنچه با طبیعت قراردادهای تجاری سازگارتر می‌باشد این است که بگوییم مبنای مسئولیت متصدی حمل از قواعد عمومی قراردادها نشئت گرفته و تعهد متصدی تعهدی به نتیجه است و صرف عهدشکنی، تقصیر محسوب می‌گردد و قانون تجارت تعهد به حمل کالا را به‌طور ضمنی حاوی تعهد به سالم رساندن کالا (تعهد ایمنی) دانسته است.

۳. برخی حقوق‌دانان معتقدند تعارض مربوط به مبنای مسئولیت متصدی حمل در قانون مدنی و قانون تجارت، تعارضی ظاهری است که با تحلیل مواد می‌توان تعارض ظاهری را از بین برد. عده‌ای دیگر تعارض را واقعی می‌دانند و برای رفع آن، دلایلی بیان می‌نمایند که نظریهٔ مکمل بودن قانون مدنی و قانون تجارت که بیان می‌دارد بر اساس مادهٔ ۵۱۶ق.م تعهد متصدی حمل، تعهدی به وسیله است و زیان‌دیده بایدتقصیر متصدی را اثبات نماید، ولی در مادهٔ ۳۸۶ ق.ت تعهد متصدی، تعهدی به نتیجه است، منطقی‌تر می‌باشد.

۴. مادهٔ ۵۱۶ قانون مدنی فقط ناظر به تلف یا نقص کالاست و در خصوص تأخیر در تسلیم کالا حکمی ندارد، لذا خسارت ناشی از تأخیر در تسلیم کالا تابع قواعد عمومی قراردادها (مواد ۲۲۶، ۲۲۷ و ۲۲۹ق.م) است و متصدی مسئول جبران خسارت ناشی از تأخیر در تسلیم کالاست، مگر این‌که وجود علت خارجی را به اثبات برساند. پس قانون مدنی و قانون تجارت در خصوص مبنای مسئولیت متصدی ناشی از تأخیر در تسلیم کالا با هم تعارضی ندارند.

۵. مبنای مسئولیت متصدی حمل کالا در لایحهٔ تجارت ۱۳۹۸، نیز همانند مبنای مسئولیت متصدی در قانون تجارت است، با این تفاوت که در لایحهٔ ۱۳۹۸ قانون‌گذار

«تعهد ایمنی» را به‌صراحت به‌عنوان یک تعهد فرعی به آن مبنا اضافه کرده (ابتدای مادهٔ ۱۱۲ لایحه)، و با توجه به مادهٔ ۱۲۴ لایحه می‌توان گفت «تعهد ایمنی» در خصوص مبنای مسئولیت متصدی حمل مسافر نیز پذیرفته شده و متصدی برای رهایی از مسئولیت باید اثبات نماید که خسارت منتسب به او نیست و مربوط به عوامل خارجی است.

۶. لایحهٔ ۱۳۹۸ در صورت تصویب، برخلاف قانون مدنی و قانون تجارت، برای قرارداد حمل‌ونقل ماهیتی مستقل در نظرگرفته است و آن را نوع خاصی از عقود معین می‌داند که احکام و آثارش را بیان نموده و با وضع مادهٔ ۱۱۰ و ۱۱۱ از قانون مدنی و قانون تجارت عبور کرده و علاوه بر این‌که با نسخ ضمنی قانون مدنی، قراردادهای حمل‌ونقلی که به‌صورت قرارداد اجاره منعقد می‌شوند را ازشمول قانون مدنی خارج نموده و تحت‌الشمول مقررات خود قرار داده، همچنین بیان داشته است که در صورت سکوت لایحه، مقررات معاهدات بین‌المللی مجری است و این‌گونه سعی داشته به اختلافات در خصوص قرارداد حمل‌ونقل پایان دهد.

۷. قانون مدنی و قانون تجارت صرفاً در خصوص حمل کالا هستند و در مورد حمل‌ونقل مسافر سکوت نموده‌اند، اما لایحهٔ تجارت ۱۳۹۸ با رویکردی نوآورانه به این قسم از حمل‌ونقل نیز پرداخته و حدود مسئولیت متصدی را مشخص نموده است و مبنای مسئولیت متصدی حمل مسافر و کالا مانند یکدیگر است.

۸. در خصوص مبنای مسئولیت متصدی در کنوانسیون سی.ام.آر اختلاف نظر و تفسیرهای متفاوتی وجود دارد و تحصیل یک اجماع دراین‌باره سخت است. اما نظرِ اقبال‌یافته نظریهٔ «حداکثر مراقبت» است. هرچند برخی از حقوق‌دانان نیز بیان داشته‌اند که مبنای مسئولیت متصدی حمل‌ونقل جاده‌ای کالا در کنوانسیون سی.ام.آر، «فرض مسئولیت» است که با وظیفهٔ متصدی در خصوص «حداکثر مراقبت» تکمیل می‌گردد.

۹. در لایحهٔ تجارت ۱۳۹۸، نظریهٔ «تعهد ایمنی» مدنظر قانون‌گذار ما قرار گرفته، درحالی‌که در کنوانسیون سی.ام.آر نظریهٔ «حداکثر مراقبت» مورد توجه تحلیلگران بوده است. این دو نظریه بر مواظبت و مراقبت از محموله به‌وسیلهٔ متصدی تأکید دارند، اما در تعهد ایمنی، «مواظبت متعارف» مدنظر است، ولی در حداکثر مراقبت، «مواظبت بیش از حد متعارف» مورد توجه می‌باشد و متصدی حمل باید حداکثر تلاش خود را برای

جلوگیری از بروز خسارت به عمل آورد.

فهرست منابع

۳۷. احمدی، عباس. (۱۳۹۷ش). بررسی حقوق و تکالیف متصدی حمل‌ونقل زمینی در قبال مسافر و کالا در حقوق ایران و کنوانسیون‌های بین‌المللی. رسالهٔ دکتری تخصصی. تهران: دانشگاه پیام نور، بخش الهیات و علوم اسلامی مرکز تحصیلات تکمیلی تهران.

۳۸. اسفندیاری، احمد. (۱۳۷۸ش). تعهد ایمنی در قراردادها، پایان‌نامهٔ کارشناسی ارشد، شیراز: دانشکدهٔ حقوق دانشگاه شیراز.

۳۹. اکرادی، مژده. نقش حقوقی و اقتصادی نظریهٔ مسئولیت محض در حمایت از حقوق مصرف‌کننده، کالای تولیدی و مشتریان بانک‌ها. مجلهٔ کانون وکلای دادگستری مرکز، (۴۱).

۴۰. امامی، حسن. (۱۳۷۱ش). حقوق مدنی. تهران: انتشارات کتابفروشی اسلامیه.

۴۱. ایزانلو، محسن؛ صمدی، افروز. (۱۳۹۲ش). مبنای مسئولیت متصدی حمل‌ونقل در حقوق ایران و کنوانسیون‌های بین‌المللی(سی‌ام‌آر-ورشو). مجلهٔ پژوهشنامهٔ حمل ونقل، ۱۰(۴).

۴۲. بادینی، حسن. (۱۳۸۴ش). فلسفهٔ مسئولیت مدنی. تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار.

۴۳. بادینی، حسن؛ شعبانی کندسری، هادی؛ رادپرور، سجاد. (۱۳۹۱ش). مسئولیت محض؛ مبانی و مصادیق. مجلهٔ مطالعات حقوق تطبیقی، ۳(۱).

۴۴. تقی‌زاده، ابراهیم. (۱۳۹۱ش). بررسی تطبیقی و تحلیلی مبنای مسئولیت متصدی حمل‌ونقل حقوق داخلی با مسئولیت متصدی حمل ونقل ریلی براساس کنوانسیون کوتیف»، پژوهشنامهٔ حمل‌ونقل، ۹(۱).

۴۵. جباری، منصور؛ حسن‌نژاد، مجید؛ ولائی، نادر. (۱۳۹۳ش). بررسی موارد معافیت متصدی حمل‌ونقل جاده‌ای کالا و شرایط استنادی آن ها درکنوانسیون حمل‌ونقل بین‌المللی کالا(cmr). فصلنامهٔ پژوهش حقوق خصوصی، ۲(۷).

۴۶. جباری‌قره‌باغ، منصور. (۱۳۹۵ش). حقوق حمل‌ونقل بین‌المللی جاده‌ای بررسی کنوانسیون‌های سی.ام.آر و تیر. تهران: انتشارات دانشگاه علامه طباطبایی.

۴۷. حاجی‌عزیزی، بیژن؛ غلامی، نگین. (۱۳۹۲ش). بررسی تطبیقی فرض سببیت در مسئولیت قراردادی. نشریهٔ حقوق تطبیقی، (۲).

۴۸. حسینی، مریم. (۱۳۸۹ش). مسئولیت مدنی متصدی حمل‌ونقل ریلی در حقوق ایران فقه امامیه و کنوانسیون‌های بین‌المللی. پایان‌نامهٔ کارشناسی ارشد. قم: دانشکدهٔ حقوق دانشگاه قم.

۴۹. حکمت پناه ده‌کردی، مرضیه. (۱۳۹۰ش). تعهد ایمنی و جایگاه آن در حقوق ایران، پایان‌نامهٔ کارشناسی‌ارشد، کاشان: دانشکدهٔ علوم انسانی دانشگاه کاشان.

۵۰. خدمتگزار، محسن. (۱۳۸۹ش). تعهد ایمنی در قراردادها، تهران: انتشارات جنگل جاودانه.
۵۱. دمرچیلی، محمد؛ حاتمی، علی؛ قرائی، محسن. (۱۳۸۷ش). قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی، تهران: انتشارات میثاق عدالت.
۵۲. روحانی‌راد، محمدجواد. (۱۳۹۸ش). مبانی مسئولیت در قرارداد حمل‌ونقل جاده‌ای در حقوق ایران و کنوانسیون*cmr*، پایان‌نامهٔ کارشناسی ارشد، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری تهران.
۵۳. روحنواز، سجاد؛ آناهید، فاطمه. (۱۳۹۶ش). مبنای قراردادهای حمل‌ونقل در حقوق ایران. شیراز: اولین کنفرانس ملی پژوهش‌های نوین ایران و جهان در روان‌شناسی و علوم تربیتی حقوق و علوم اجتماعی.
۵۴. ژوردن، پاتریس. (۱۳۸۵ش). اصول مسئولیت مدنی همراه با آرا دیوان‌عالی کشورفرانسه، (ترجمهٔ مجید ادیب). تهران: نشر میزان.
۵۵. سادات‌حسینی، سیدحسین. (۱۳۸۴ش). بررسی مبانی مسئولیت متصدی حمل‌ونقل جاده‌ای کالا در کنوانسیون قرارداد حمل‌ونقل بین‌المللی کالا از طریق جاده و مقایسهٔ آن با حقوق ایران و انگلیس. نشریهٔ تحقیقات حقوقی، ۸(۴۲).
۵۶. سجادی‌زاده، سید علی؛ صائمی، علی اصغر. (۱۴۰۲). امکان سنجی پذیرش ضمان تفویت منافع انسان در پرتو قاعدهٔ لاضرر. مجلهٔ آموزه‌های فقه مدنی دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ۱۵(۲۷).
۵۷. سنگ‌سفیدی، یوسف. (۱۳۹۰). مسئولیت متصدی حمل‌ونقل‌دریایی در حقوق ایران و کنوانسیون هامبورگ ۱۹۷۸، پایان‌نامهٔ کارشناسی ارشد، کرمانشاه: دانشکدهٔ حقوق و علوم سیاسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد کرمانشاه.
۵۸. شهیدی، مهدی. (۱۳۸۲ش). آثار قراردادها و تعهدات. تهران: انتشارات مجد.
۵۹. کاتوزیان، ناصر. (الف). (۱۳۸۴ش). دورهٔ مقدماتی حقوق مدنی وقایع حقوقی. تهران: انتشارات - شرکت سهامی انتشار.
۶۰. کاتوزیان، ناصر. (ب). (۱۳۸۴ش). مسئولیت ناشی از عیب تولید. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۶۱. کاتوزیان، ناصر. (ج). (۱۳۸۴ش). قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی. تهران: نشرمیزان.
۶۲. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۸ش). تحول مفهوم تقصیر در حقوق مسئولیت مدنی. فصلنامهٔ حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران. ۳۹(۱).
۶۳. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۰ش). حقوق مدنی: ضمان‌قهری-مسئولیت مدنی. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۶۴. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۷ش). دورهٔ عقود معین۱. حقوق مدنی: معاملات معوض-عقودتملیکی. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۶۵. لطفی، اسدالله. (۱۳۹۳ش). سلسلهٔ مباحث فقهٔ حقوقی مسئولیت مدنی. تهران: انتشارات جاودانه

جنگل.
۶۶. مزدارانی، هادی. (۱۳۸۹ش). بررسی تطبیقی مسئولیت متصدی حمل‌ونقل در نظام حقوقی ایران و کنوانسیون‌های بین‌المللی. مجلهٔ حمل‌ونقل و توسعه، (۴۰).
۶۷. مقامی‌نیا، داریوش. (۱۳۹۷ش). مبنای فقهٔ مسئولیت مدنی با نگاهی به قاعدهٔ لاضرر. فصلنامهٔ قانون‌یار، (۸).
۶۸. نقی‌زاده‌باقی، پیام. (۱۳۹۰). ماهیت حقوقی قرارداد حمل‌ونقل و مسئولیت متصدی آن. نشریهٔ تعالی حقوق، (۱۳و۱۴).
۶۹. هاشمی‌زاده، علیرضا. (۱۳۷۸). مبنای مسئولیت متصدی حمل‌دریایی کالا مقررات لاهه مقررات - هامبورگ و حقوق اسلامی. فصلنامهٔ پژوهشی دانشگاه امام صادق(ع). (۹).
۷۰. یزدانیان، علیرضا. (۱۳۹۰). مبانی مسئولیت مدنی متصدی در قراردادهای حمل‌ونقل کالا در حقوق - ایران و فرانسه. مجلهٔ حقوقی دادگستری، (۷۳).
۷۱. یزدانیان، علیرضا؛ ثقفی، مریم. (۱۳۹۳). مسئولیت مدنی بیماران مبتلا به بیماری‌های واگیر. مجلهٔ آموزه‌های فقه مدنی دانشگاه علوم اسلامی رضوی. (۱۰).
۷۲. سامانه‌نشست‌قضایی، الف
https://www.neshast.or/Home/GetPublicJSessionTranscript/481368e7-9b5b-4ed8-0de3-08d77552fd21
۷۳. سامانه‌نشست قضایی، ب
https://www.neshast.org/Home/GetPublicJSessionTranscript/757200cd-5429-474a-f701-08d67e9593ba

Civil Jurisprudence Doctrines

Print: 2251- 936x
Online: 2783- 3690

Validating the Conditionality of Predictability of Claimable Damages in Contractual and Tortious Liability in Imami Jurisprudence, Iranian Law, and Egyptian Law

Mohammad Ali Saeedi[1] | **Ja'far Zanganeh Shahraki**[2] | **Mahdi Miri**[3]

1. Corresponding Author, Assistant Professor, Department of Law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran. Email: saeedi_mha@yahoo.com
2. Assistant Professor, Department of Law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran. Email: zanganehjafar@gmail.com
3. PhD Student in Private Law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran. Email: mahdimiri427@yahoo.com

Article Info

Article type:
Research Article

Article history:
Received: 6 May 2024
Revised: 11 June 2024
Accepted: 10 September 2024
Available online 28 September 2024

Keywords:
Contractual liability, Tortious liability, predictable damages, Imami jurisprudence, Iranian law, Egyptian law.

ABSTRACT

There is a variety of opinions in Islamic jurisprudence regarding the conditionality of the predictability of damages in civil liability. While Iranian law contains no explicit provision, Iranian jurists have adopted three approaches: conditionality, non-conditionality, and a distinction between contractual and tortious liability. Egyptian law predominantly maintains the differentiation approach in its legislation, legal doctrine, and judicial practice. This study, employing a descriptive-analytical method, argues that the non-conditionality perspective is more accurate because parties do not consider all contractual consequences, including contractual liability, at the time of contract formation. Contractual liability fundamentally stems from the parties' intent, while the law primarily interprets and validates contractual effects. Principles such as Lā ḍarar (no harm) and respect for established rights necessitate full compensation for damages - whether foreseeable or not - in both contractual and tortious liability. This view not only balances contractual agreements but also ensures economic security in transactions, promotes justice in contractual wealth distribution, and prevents exploitative approaches to contracts for unjust enrichment. It aligns more closely with the objectives of Islamic law and legal science.

Cite this article: Saeedi, M., A.; Zanganeh Shahraki, J.; Miri, M. (2025). Validating the Conditionality of Predictability of Claimable Damages in Contractual and Tortious Liability in Imami Jurisprudence, Iranian Law, and Egyptian Law. *Civil Jurisprudence Doctrines*, 17(31), 91-117. https://doi.org/10.30513/cjd.2024.6012.1961

© The Author(s). Publisher: Razavi University of Islamic Sciences.

آموزه‌های فقه مدنی
ISSN Print: 2251- 936x Online: 2783- 3690

اعتبارسنجی شرطیت پیش‌بینی‌پذیری خسارت قابل مطالبه در مسئولیت قراردادی و قهری در فقه امامیه، حقوق ایران و مصر

محمدعلی سعیدی[۱] | جعفر زنگنه شهرکی[۲] | مهدی میری[۳]

۱. نویسنده مسئول، استادیار، گروه حقوق، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران. رایانامه: saeedi_mha@yahoo.com

۲. استادیار، گروه حقوق، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران. رایانامه: zanganehjafar@gmail.com

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

اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۲/۱۷
تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۴/۲۱
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۶/۲۰
تاریخ انتشار برخط: ۱۴۰۳/۰۷/۰۷

کلیدواژه‌ها:
مسئولیت قراردادی، مسئولیت قهری، خسارت قابل پیش‌بینی، فقه امامیه، حقوق ایران، حقوق مصر.

چکیده

نسبت به شرطیت قابل پیش‌بینی بودن خسارت مسئولیت مدنی در فقه اختلاف دیده می‌شود. در قوانین ایران تصریحی وجود ندارد. حقوق‌دانان ایرانی نیز نسبت به آن سه رویکرد شرطیت، عدم شرطیت و تفکیک میان مسئولیت قراردادی و قهری را ارائه نموده‌اند. دیدگاه تفکیک میان مسئولیت قهری و قراردادی در حقوق مصر نیز نگاه غالب و حاکم در مقررات قانونی، دکترین حقوقی و رویهٔ قضایی است. از نگاه این پژوهش که به روش تحلیلی - توصیفی تدوین شده، نگرش عدم شرطیت صحیح‌تر است، زیرا طرفین هنگام انعقاد عقد، توجهی به تمامی نتایج قرارداد از جمله مسئولیت قراردادی ندارند. لذا منشأ مسئولیت قراردادی ارادهٔ طرفین قرارداد بوده و قانون است که عمدهٔ آثار و نتایج قراردادی را تبیین، تفسیر و اعتبار می‌بخشد. اقتضای قواعدی مانند لاضرر و احترام به حقوق مسلم، وجوب جبران تمامی خسارات وارده به زیان‌دیده در اعم از مسئولیت قراردادی و قهری است، خواه خسارت مزبور مورد انتظار طرفین باشد خواه نباشد. این نگرش، علاوه بر تعادل‌بخشی به توافق قراردادی، تأمین امنیت اقتصادی مردم در بستر معاملات، عدالت در توزیع ثروت قراردادی و پرهیز از هر گونه نگاه ابزارگرایانه به قرارداد برای کسب منافع ناروا، تطابق بیشتری با اغراض شارع و دانش حقوق دارد.

استناد: سعیدی، محمدعلی؛ زنگنه شهرکی، جعفر؛ میری، مهدی. (۱۴۰۴). اعتبارسنجی شرطیت پیش‌بینی‌پذیری خسارت قابل مطالبه در مسئولیت قراردادی و قهری در فقه امامیه، حقوق ایران و مصر. آموزه‌های فقه مدنی، ۱۷(۳۱)، ۹۱-۱۱۷.
https://doi.org/10.30513/cjd.2024.6012.1961
ناشر: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.

© نویسندگان.

مقدمه

از جمله مباحث مهم به‌عنوان وجه تمایز میان مبانی مسئولیت قراردادی و قهری، عدم امکان مطالبهٔ خسارات و غرامات غیرقابلِ پیش‌بینی در مسئولیت قراردادی و امکان مطالبهٔ آن در مسئولیت مدنی قهری است. توجیه این تمایز را می‌توان در منشأ هر کدام از مسئولیت‌های قراردادی و قهری دانست، زیرا در مسئولیت قراردادی ارادهٔ طرفین به‌عنوان مبنای مسئولیت است و می‌تواند در تعیین حدود و ثغور مسئله و افزایش و کاهش دامنهٔ آن مؤثر باشد، درحالی‌که مسئولیت قهری چون نشئت‌گرفته از حکم قانون‌گذار است، ضرورتی به تحدید آن در چهارچوب مورد توقع و انتظار طرفین قرارداد وجود ندارد. اما آیا می‌توان گسترهٔ این خسارات را در مسئولیت قراردادی توسعه داد و شامل خسارات غیرقابلِ پیش‌بینی نمود؟ تأثیر انتخاب مبنای وحدت یا تعدد در گسترش دامنه و قلمرو خسارات قراردادی چیست؟ اقتضای رعایت عدالت معاوضی و قراردادی در حل این چالش چگونه است؟ این سؤالات و ابهامات موجب شده است دو رویکرد مختلف نسبت به این مسئله میان فقها و حقوق‌دانان شکل بگیرد. قانون مدنی نیز دراین‌باره رویکرد صریحی ابراز نکرده است. ازاین‌رو، این پژوهش که مبتنی بر روش توصیفی تحلیلی است، به دنبال آن است که با طرح و بررسی نگرش‌ها و مبانی و ادلهٔ مرتبط، به نگرشی جامع و کاربردی دست یابد تا بتواند مورد استفادهٔ قانون‌گذار و محاکم و نویسندگان و پژوهشگران قرار گیرد.

بررسی پیشینهٔ این مسئله وجود پژوهش مستقلی را با رویکرد تطبیقی دراین‌باره نشان نمی‌دهد. اگرچه برخی پژوهش‌ها مانند (مولائی، یوسف و همکاران در مقالهٔ لزوم قابلیت پیش‌بینی ضرر در مسئولیت قراردادی، ۱۳۸۷)، (فهیمی، عزیزالله در مقالهٔ قابلیت پیش‌بینی ضرر در مسئولیت مدنی، ۱۳۸۴) به این مسئله از برخی جهات پرداخته‌اند، اما وجه تمایز این پژوهش با پیشینه در این است که پژوهش حاضر با رویکرد تحلیلی - تطبیقی و با نگاه به اقتضائات نظریات جدید و نیازهای روز و بهره‌گیری از ظرفیت‌های فقه امامیه و حقوق تطبیقی در فقه امامیه، حقوق ایران و حقوق مصر به ارائهٔ نگرشی منطبق بر نیازهای روز پرداخته و مقرره‌ای جامع در حل‌وفصل اختلافات و پاسخ به نیاز تقنینی دراین‌باره داده است.

۱. شرطیت پیش‌بینی خسارت در فقه امامیه

بررسی منابع فقهی امامیه وجود رویکردهای مختلفی را دراین‌باره نسبت به مسئولیت قراردادی و قهری نشان می‌دهد:

۱-۱. دیدگاه شرطیت پیش‌بینی خسارت

بررسی در متون فقهی امامیه نشان می‌دهد که پیش‌بینی خسارت در بیان برخی فقها مورد توجه قرار گرفته و ظاهراً از نظر ایشان شرط مطالبهٔ خسارت، قابل‌پیش‌بینی بودن ضرر است. مثلاً در کلام برخی فقها به‌نحوی به این شرط اشاره گردیده است که ضابطهٔ تشخیص آن را شخصی می‌داند. ایشان در تعریف تسبیب بیان می‌دارند: تسبیب یعنی این‌که شخص کاری انجام دهد که با ضمیمه نمودن حادثه‌ای دیگر که علت زیان است، سبب تلف یک مال گردد، در صورتی که در قصد عامل زیان، انتظار و توقع حادثه‌ای دیگر امکان‌پذیر باشد (عاملی، ۱۴۱۴، ج۶، ص۲۰۶). از نگاه تعدادی از فقها این تعریف ایراد دارد، زیرا قصد وقوع خسارت، شرط مطالبهٔ خسارت نیست. حفر نمودن یک چاه توسط یک شخصی، دلالت بر قصد وقوع خسارت توسط وی به دیگری نیست، هرچند اطلاق سبب بر او صادق است و نسبت به خسارت وارده به عابرین مسئولیت دارد، مگر آن‌که مقصود علامه خروج مواردی باشد که حصول تلف بر اثر آن‌ها نادر و بسیار کم است (عاملی، ۱۴۱۴، ج۶، ص۲۰۷).

۱-۲. دیدگاه عدم شرطیت پیش‌بینی خسارت

برخی دیگر از فقها با عدم ذکر چنین قیدی در تبیین سبب، سبب را امری می‌دانند که زمینه‌ساز علت زیان در وقوع حادثهٔ زیان‌بار است (مکی عاملی، ۱۴۱۷، ج۳، ص۱۰۷؛ حلی، ۱۳۸۷، ج۲، ص۱۶۶؛ محقق اردبیلی، ۱۴۰۳، ج۱۰، ص۴۹۶). از نگاه برخی دیگر، شرطیت قابلِ پیش‌بینی بودن علت، قصد ایراد خسارت به دیگران و زیاد بودن ترتب زیان بر عامل آن در مسئولیت قهری منتفی است (نجفی، ۱۴۰۴، ج۳۷، ص۵۲)، هرچند به این مسئله تصریح کرده‌اند که این عوامل گاهی در استناد اتلاف به عامل زیان تأثیر می‌گذارد، مانند آن‌که شخصی در ملک خود آب را جاری سازد و موجب شود که مال شخص دیگری زیر آب برود و مغروق گردد؛ یا در زمین خود آتشی روشن کند و آتش به ملک کناری سرایت

نماید و آن را به آتش کشد. در این مورد چنانچه علم یا ظن قوی به سرایت آتش داشته باشد، اتلاف به وی مستند خواهد بود. به همین ترتیب، اگر بیش از مقدار نیاز آتش برافروخته باشد، باز خسارت به وی مستند است و چون تقصیر داشته است، اعتقاد به عدم سرایت نیز موجب رفع ضمان نخواهد بود (نجفی، ۱۴۰۴، ج۳۷، ص۵۹-۶۱).

برخی از فقیهان معاصر نیز با ذکر دو مصداق تأکید کرده‌اند که اگر بنایی به‌صورت مایل، به ملک غیر یا در ملک دیگری بنا شود و اتفاقاً بر روی انسان یا حیوانی خراب گردد و موجب مرگ شود، مسئولیت دارد. به‌علاوه در صورتی که در ملک دیگری آتش روشن نماید و موجب آسیب به جان و مال دیگری گردد، ضامن است حتی اگر آتش در معرض تسری و باد در حال وزش نباشد (خویی، ۱۴۲۲، ج۲، ص۲۴۴ و ۲۴۶).

نتیجهٔ بررسی این فروع و روایات مربوط به آن‌ها نشان می‌دهد که عنصر قابلِ پیش‌بینی بودن در ضمان قهری اصولاً شرط نیست، مگر آن‌که دخالتی در استناد زیان به عامل آن داشته باشد. البته این فروع مربوط به ضمان قهری است، ولی در دیدگاه فقیهان چنان‌که ملاحظه شد، تفاوتی میان ضمان قهری و قراردادی وجود ندارد (وحدتی شبیری، ۱۳۸۵، ص۲۴۵).

۲. شرطیت پیش‌بینی خسارت در حقوق ایران

منطبق بر نگاه مشهور در مسئولیت قراردادی، مسئولیت جبران خسارت صرفاً در حدود خساراتی است که قابلیت پیش‌بینی دارد، زیرا آنچه در مسئولیت قراردادی شرط است قابلیت پیش‌بینی ضرر است، درحالی‌که در مسئولیت قهری چنین شرطی وجود ندارد و شخصْ مسئولِ جبران هر گونه خسارتی است (صفری، ۱۳۸۹، ص۱۱-۱۲). برخی قابلیت پیش‌بینی ضرر را معیاری تلقی می کنند که در جایگاه تشخیص تقصیر کارایی دارد و از سویی، با لحاظ برخی ملاحظات انصاف‌گرا می تواند در جهت تحدید میزان مسئولیت مورد استفاده قرار گیرد (رهپیک و همکاران، ۱۳۹۸، ص۱۳۹).

تحلیل و بررسی مستندات قانونی شرطیت پیش‌بینی خسارت

قبل از ورود به تحلیل و مقایسهٔ قابلیت پیش‌بینی بودن خسارت در مسئولیت قراردادی و قهری، باید ابتدا به برخی مستندات قابلیت پیش‌بینی خسارت در مقررات قانونی ایران

اشاره نمود:

۲-۱. مادهٔ ۲۲۱ قانون مدنی

مادهٔ ۲۲۱ قانون مدنی که بیان داشته است: «اگر کسی تعهد اقدام به امری بکند یا تعهد نماید که از انجام امری خودداری کند، در صورت تخلفْ مسئول خسارت طرف مقابل است، مشروط بر این‌که جبران خسارت تصریح شده و یا تعهد عرفاً به‌منزلهٔ تصریح باشد و یا بر حسب قانون موجب ضمان باشد».

در این ماده به‌صراحت نسبت به قابلیت پیش‌بینی ضرر سخنی گفته نشده است و جبران خسارت صرفاً مشروط به این است که جبران آن در متن قرارداد یا به‌موجب قانون ثابت گردد، هرچند نیازی به ذکر صریح آن در قرارداد نیست و صرف این‌که عرف از قرارداد استنباط نماید که تعهد به‌منزلهٔ تصریح است، متعهد مسئول جبران خسارت خواهد بود.

لذا متعهد صرفاً در مورد خسارت طبیعی و متعارف قرارداد مسئولیت دارد و فراتر از آن، ضمان وی منوط به تراضی است، زیرا مسئولیت فراتر از نتیجهٔ متعارف عهدشکنی در صورتی بر عهدهٔ متعهد قرار می‌گیرد که یا نسبت به آن قراردادی منعقد گردد یا این‌که موافق قانون چنین مسئولیتی داشته باشد. به‌علاوه تردیدی در عدم اندراج در مسئولیت قراردادی نسبت به خسارات دور از انتظار و پیش‌بینی دو طرف که منوط به سبب نامتعارف ویژهٔ دعوی است وجود ندارد (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج۴، ش۸۱۱ و ۸۱۲).

در مقابل این نوع استنباط از مادهٔ فوق‌الذکر می‌توان گفت: مادهٔ ۲۲۱ صرفاً در جایگاه تبیین منابع ایجاد مسئولیت بوده است و نسبت به بیان گستره و قلمرو آن، در مقام بیان نیست. بنابراین نمی‌توان قاعدهٔ قابلیت پیش‌بینی ضرر ا از آن استنباط نمود، زیرا هدف قاعدهٔ فوق‌الذکر، تعیین قلمرو، میزان و گسترهٔ مسئولیت مدیون ناقض تعهد است نه این‌که در مقام بیان مبنای حقوقی آن باشد، درحالی‌که مادهٔ اخیرالذکر در مقام بیان علت و مبنای حقوقی ایجاد مسئولیت قراردادی است.

نگرش دوم را می‌توان صحیح شمرد، زیرا مقصود مقنن در این ماده، تقسیم مبنای ورود خسارت است و بخش اخیر مادهٔ ۲۲۱ نیز این مسئله را تأیید می‌کند، چنان‌که مقرر

می‌دارد: «... یا بر حسب قانون موجب ضمان باشد». بنابراین خسارتی که در هنگام انعقاد قرارداد توسط طرفین قرارداد پیش‌بینی نگردیده، اما قانون‌گذار جبران آن را لازم شمرده است، ضرورتاً باید جبران گردد، همچنان‌که مواد بعدی مانند مادهٔ ۲۲۷ مؤید این مسئله است. به‌موجب این مقرره، «متخلف از انجام تعهد وقتی محکوم به تأدیهٔ خسارت می‌شود که نتواند ثابت نماید که عدم انجام به‌واسطهٔ علت خارجی بوده است که نمی‌توان به او مربوط نمود».

لذا منطبق بر این مقرره، صرفاً با اثبات فورس‌ماژور می‌تواند از پرداخت خسارت وارده معاف گردد و الّا ملزم به جبران خسارت وارده به طرف مقابل خویش خواهد بود، حتی اگر خسارت وارده به متعهدله برای متعهد قابلِ پیش‌بینی نباشد (مولائی، و همکاران، ۱۳۸۷، ص۱۱۶).

۲-۲. مادهٔ ۶۳۲ قانون مدنی

برخی حقوق‌دانان در جهت اثبات ضرورت قابلیت پیش‌بینی ضرر در مسئولیت قراردادی، به مادهٔ ۶۳۲ استناد می‌کنند (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج۴، ش۸۱۲؛ فهیمی، ۱۳۸۴، ص۳۷). موافق این نگاه، صاحبان مشاغل مندرج در ماده را نسبت به خسارات پیش‌بینی‌نشده و ناخواسته در قرارداد معاف نموده است. موافق این مقرره: «کاروانسرادار و صاحب مهمانخانه و حمامی و امثال آن‌ها نسبت به اشیا و اسباب یا البسهٔ واردین وقتی مسئول می‌باشند که اشیا و اسباب یا البسه نزد آن‌ها ایداع شده باشد یا این‌که بر طبق عرف بلد در حکم ایداع باشد».

اما امعان نظر در مادهٔ فوق‌الذکر نشان می‌دهد که مادهٔ مزبور میزان و حدود مسئولیت امین را بیان نمی‌کند، بلکه در حقیقت، قانون‌گذار در این مقرره در مقام بیان مبنای مسئولیت است، زیرا مبنای مسئولیت امین عقد ودیعه بوده و تا قبل از ایداع وسایل مزبور به اشخاص مندرج در ماده هنوز عقد ودیعه تحقق نیافته است تا مبنای مسئولیت امین قرار گیرد. در نتیجه، اشخاص فوق‌الذکر قبل از ایداع هیچ مسئولیتی ندارند تا نیاز به معافیت ایشان از مسئولیت‌های ناخواسته و پیش‌بینی‌نشده باشد (مولائی و همکاران، ۱۳۸۷، ص۱۱۷).

۲-۳. مواد ۳۷۹ و ۳۸۶ قانون تجارت

برخی حقوق‌دانان (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ج۴، ش۵) با تکیه بر مواد ۳۷۹ و ۳۸۶ قانون تجارت بیان داشته‌اند که مسئولیت قراردادی متصدی حمل‌ونقل دربارهٔ تلف یا نقص کالایی که برای حمل به وی سپرده شده محدود به خسارتی است که طبق متعارف قابلِ پیش‌بینی برای وی باشد. ایشان در تفسیر مادهٔ ۳۷۹ قانون تجارت[۱] بیان می‌دارند: اطلاعاتی که موافق این ماده باید از جانب ارسال‌کنندهٔ کالا به متصدی حمل‌ونقل داده شود، به جهت آن است که وی توان پیش‌بینی خسارت ناشی از نقض عهد احتمالی خود را بیابد. اما ظاهراً مبنای عدم مسئولیت متصدی حمل‌ونقل در مادهٔ مزبور را باید تقصیر ارسال‌کنندهٔ کالا شمرد، زیرا هر شخص محتاط و متعارفی که در جایگاه ارسال‌کنندهٔ کالا قرار گیرد، اطلاعات مذکور را در اختیار متصدی می‌گذارد، از جمله چگونه می‌توان ارسال‌کننده‌ای را که آدرس صحیح مرسل الیه را به متصدی اعلام نکرده است، مقصر نشمرد؟

همچنین در تفسیر مادهٔ ۳۸۶ قانون تجارت،[۲] برخی گفته‌اند: قید انتهای ماده مربوط به حوادثی است که پیش‌بینی آن‌ها از توان یک متصدی حمل‌ونقل خارج است، لذا مسئولیت متصدی را بایستی محدود به خسارت‌هایی دانست که پیش‌بینی آن به‌صورت متعارف امکان‌پذیر است (غمامی، ۱۳۸۳، ص۶۰).

این در حالی است که با دقت نظر بیشتر در مادهٔ فوق‌الذکر به‌سهولت می‌توان فهمید که تحدید مسئولیت مدنی متصدی به جهت قابلِ پیش‌بینی نبودن خسارات وارده نیست، بلکه تحدید مزبور نشئت‌گرفته از عدم تقصیر متصدی حمل‌ونقل است، زیرا مسئولیت متصدی زمانی محدود می‌شود که یا خسارت وارده ناشی از تقصیر خود ارسال‌کننده یا

---

۱. مادهٔ ۳۷۹ مقرر می‌دارد: «ارسال‌کننده باید نکات ذیل را به اطلاع متصدی حمل‌ونقل برساند: آدرس صحیح مرسل‌الیه، محل تسلیم مال، عدهٔ عدل یا بسته و طرز عدل‌بندی، وزن و محتوای عدل‌ها، مدتی که مال باید در آن مدت تسلیم شود، راهی که حمل باید از آن راه به عمل آید، قیمت اشیایی که گران‌بهاست. خسارات ناشیه از عدم تعیین نکات فوق و یا از تعیین آن‌ها به‌غلط متوجه ارسال‌کننده خواهد بود».

۲. مادهٔ ۳۸۶ قانون تجارت: «اگر مال‌التجاره تلف یا گم شود، متصدی حمل‌ونقل مسئول قیمت آن خواهد بود، مگر این‌که ثابت نماید تلف یا گم شدن مربوط به جنس خود مال‌التجاره یا مستند به تقصیر ارسال‌کننده و یا مرسل‌الیه و یا ناشی از تعلیماتی بوده که یکی از آن‌ها داده‌اند و یا مربوط به حوادثی بوده که هیچ متصدی مواظبی نیز نمی‌توانست از آن جلوگیری نماید. قرارداد طرفین می‌تواند برای میزان خسارت مبلغی کمتر یا زیادتر از قیمت کامل مال‌التجاره معین نماید».

مرسل‌الیه باشد و یا نشئت‌گرفته از حوادثی باشد که هیچ متصدی حمل‌ونقلی امکان پیش‌بینی آن را نداشته است، یعنی متصدی مقصر نباشد و در دو مورد اخیر، مسئولیت متصدی با عنایت به قواعد عمومی مسئولیت قراردادی محدود می‌گردد و لذا نمی‌توان گفت: علت این تحدید قابلِ پیش‌بینی نبودن ضرر و خسارات است (مولائی و همکاران، ۱۳۸۷، ص۱۱۸-۱۱۹).

۲-۴. مادۀ ۵۲۰ آیین دادرسی مدنی

در باب نهم قانون آیین دادرسی مدنی به بحث چگونگی مطالبۀ خسارت و اجبار به انجام تعهد پرداخته شده است. منطبق بر مادۀ ۵۲۰ قانون اخیرالذکر، «در خصوص مطالبۀ خسارت وارده، خواهان باید این جهت را ثابت نماید که زیان وارده بلاواسطه ناشی از عدم انجام تعهد یا تأخیر آن و یا عدم تسلیم خواسته بوده است. در غیر این صورت، دادگاه دعوای مطالبۀ خسارت را رد خواهد کرد».

منطبق بر مادۀ فوق‌الذکر، صرف اثبات بلاواسطه بودن و مستقیم بودن آن در مطالبۀ خسارت کفایت می‌کند و مسئلۀ قابلیت پیش‌بینی در ماده ذکر نگردیده است، لذا مقصود قانون‌گذار از خسارت قابل مطالبه یعنی خسارتی که واقعی است نه خسارتی که قابلیت پیش‌بینی دارد. بنابراین، در هیچ کدام از قوانین ایران نمی‌توان به‌طور قطع مستندی بر شرط قابلیت پیش‌بینی خسارت در مسئولیت قراردادی یافت.

۲-۵. مادۀ ۳۴۷ قانون مدنی

این ماده مقرر می‌دارد: «هر گاه کسی چیزی را بر روی دیوار خود قرار دهد و در اثر حوادث پیش‌بینی‌نشده به معبر عام بیفتد و موجب خسارت شود، عهده‌دار نخواهد بود مگر آن‌که آن را طوری گذاشته باشد که عادتاً ساقط می‌شود».

این ماده با صراحت بیان می‌کند که ورود خسارت به شخصی به‌واسطۀ این‌که در اثر حادثه‌ای پیش‌بینی‌نشده شیء روی دیوار به معبر بیفتد، مفهومش این است که در فرض قابلِ پیش‌بینی بودن حادثه، مسئولیت تحقق می‌یابد، زیرا عرفاً ایجاد خسارت را می‌توان به فردی که شیء را روی دیوار گذاشته است نسبت داد. اما در فرض حادثۀ پیش‌بینی‌نشده، قابلیت انتساب و رابطۀ سببیت عرفی منتفی است (هاشمی، ۱۳۸۹، ص۱۶۹). در توجیه این

مسئله گفته شده مبنای ضمان شخصی که شیء را روی دیوار نهاده، آن است که سقوط شیء به معبر به جهت فعل شخص گذارنده نوعی تعدی است، زیرا فرد علی‌رغم آگاهی از سقوط، آن را روی دیوار نهاده است (حلی، ۱۳۸۷، ج۴، ص۶۶۴). برخی دیگر نیز بیان داشته‌اند: علم و آگاهی شخص به این‌که شیئی که روی دیوار گذارده است به معبر سقوط می‌کند، مانند آن است که خودِ شخص آن را به داخل معبر بیندازد، همچنان‌که برافروختن آتش در ملک شخصی علی‌رغم آگاهی از سرایت آن به ملک غیر، موجب ضمانت و مسئولیت وی است (عمیدی، ۱۴۱۶، ج۳، ص۷۵۵).

۲-۶. مادهٔ ۳۵۳ قانون مجازات ۱۳۷۵

مادهٔ مزبور بیان داشته است: «هر گاه کسی در ملک خود آتش روشن کند که عادتاً به محل دیگر سرایت می‌نماید یا بداند که به‌جای دیگر سرایت خواهد کرد و در اثر سرایت موجب تلف یا خسارت شود، عهده‌دار آن خواهد بود، گرچه به مقدار نیاز خودش روشن کرده باشد».

برخی فقها ضمن بیان همین فرع بیان می‌دارد: عدم ضمان منوط به این است که دو شرط وجود داشته باشد: اول این‌که از مقدار حاجت تجاوز ننماید، و دوم این‌که علم یا ظن نسبت به سرایت به ملک دیگری وجود نداشته باشد. البته از نگاه برخی، وجود هر دو شرط برای تحقق ضمان ضروری است، یعنی تجاوز از مقدار نیاز و ظن یا علم به سرایت به ملک دیگری. این نظر قوی‌تر است، هرچند دیدگاه نخست به احتیاط نزدیک‌تر است (عاملی، ۱۴۱۰، ج۱۰، ص۱۵۷).

۲-۷. دیدگاه حقوق‌دانان

نسبت به نظریهٔ قابلیت پیش‌بینی ضرر در دکترین حقوقی دو رویکرد کلی به چشم می‌خورد:

۲-۸. دیدگاه شرطیت پیش‌بینی خسارت

برخی دیگر قابلیت پیش‌بینی ضرر را جزء شرایط لازم در جهت مطالبهٔ خسارت معرفی نموده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ج۴، ش۸۱۱ به‌بعد؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ش۳۹۹؛ قاسم‌زاده، ۱۳۸۳، ص۲۳؛ تفرشی و همکاران، ۱۳۸۲، ص۵۴).

به عقیدهٔ برخی حقوق‌دانان در زمینه قابلیت پیش‌بینی خسارت تفاوتی میان مسئولیت قراردادی و ضمان قهری نیست و در حقوق ایران در هر دو نوع مسئولیت می‌توان اعتقاد به قابلِ جبران بودن خسارت تا اندازه‌ای داشت که عامل زیان آن را پیش‌بینی نموده است. به عقیدهٔ ایشان، «چه از نظر تحقق تقصیر و تمیز درجهٔ تکلیفی که شخص به عهده دارد و چه از لحاظ رابطهٔ علیت میان فعل مرتکب و ورود ضرر، امکان پیش‌بینی ضرر یکی از شرایط ایجاد مسئولیت است و نباید آن را ویژهٔ مسئولیت‌های قراردادی شمرد و به دوگانگی نظام قراردادی و قهری در مسئولیت مدنی دامن زد». ایشان با اعتراف به این‌که قانون مدنی و مسئولیت مدنی حکمی روشن دراین‌باره ندارد، خواسته‌اند از مواد قانون مجازات اسلامی همچون مادهٔ ۳۵۳ استفاده کنند که قابلِ پیش‌بینی بودن شرط مطالبهٔ خسارت است. به عقیدهٔ این نویسنده، دو عامل مشترک در مسئولیت مدنی قراردادی و قهری که می‌تواند موجب کاستن از افراط در معافیت بی‌دلیل مرتکب از زیان وارده گردد عبارت‌اند از معیار تمیز ضرر پیش‌بینی‌شده نوعی است و همچنین کفایت آگاهی و پیش‌بینی مرتکب در پیش‌بینی ضرر (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص۲۹۸-۲۹۹).

۲-۹. دیدگاه عدم شرطیت پیش‌بینی خسارت

برخی قابلیت پیش‌بینی ضرر را جزء شرایط لازم برای مطالبهٔ خسارت محسوب نکرده و البته در مورد این نظریه بحث و بررسی تفصیلی نداشته‌اند (امامی، ۱۳۷۴، ج۱، ص۳۳۷؛ عدل، ۱۳۷۳، ص۱۳۲).

۲-۱۰. دیدگاه تفکیک میان مسئولیت قراردادی و قهری

یکی از نویسندگان حقوقی (وحدتی شبیری، ۱۳۸۵، ص۲۴۷) امکان پیش‌بینی به‌صورت یک نظریهٔ عام در ضمان قهری را نمی‌پذیرد، زیرا اولاً قابلیت پیش‌بینی خسارت نهایت تأثیری که در مسئولیت دارد دخالت در تحقق عنوان «تقصیر» و استناد زبان به عامل آن است، همچنان‌که نگرش فوق‌الذکر نیز به آن متذکر می‌شود که پیش‌بینی زبانی که ممکن است در نتیجه اقدام به کاری به دیگران برسد در تحقق تقصیر و چگونگی سنگینی و سبکی آن تأثیرگذار خواهد بود. این در در حالی است که در ضمان قهری همیشه تقصیر شرط مسئولیت نیست، زیرا گاهی ایراد خسارت به‌صورت اتلاف مباشری است و هیچ سبب

دیگری در ایراد زیان دخالت ندارد. در این موارد بی‌شک خسارات را هرچند برای انسان متعارف نیز قابلِ پیش‌بینی نباشد می‌توان مطالبه کرد، همچنان‌که نگرش فوق نیز معترف است که «در مسئولیت‌های محض و مبتنی بر ایجاد خطر، امکان پیش‌بینی ضرر هیچ نقشی در لزوم جبران آن ندارد». ثانیاً پیش‌بینی حادثهٔ زیان‌بار در پیدایش قوهٔ قاهره دخالت می‌کند و این غیر از آن است که امکان پیش‌بینی ضرر و میزان آن را شرط مطالبهٔ خسارت بدانیم. به دیگر سخن، مادهٔ ۳۴۷ قانون مجازات اسلامی در مقام بیان شرایط تحقق قوهٔ قاهره است و ارتباطی با شرط امکان پیش‌بینی ندارد.

اما در مسئولیت قراردادی می‌توان قابلیت پیش‌بینی ضرر را به‌صورت «نظریهٔ عام مطرح ساخت، زیرا مبنای مسئولیت قراردادی، به‌ویژه با قلمرو وسیع آن در جهان امروز، ارادهٔ طرفین قرارداد است که می‌خواهند متعهد در صورت تخلف از اجرای تعهد در برابر خسارات وارد مسئول باشد. پس باید دید تا چه اندازه آنان این مسئولیت را خواسته‌اند». بنابراین، مبنای خسارت، ارادهٔ شخصی در طرف است، هرچند قاضی در تشخیص آنچه طرفین خواسته‌اند به فهم عرفی از متن قرارداد تکیه می‌کند و معیار را داوری انسان متعارف می‌بیند (وحدتی شبیری، ۱۳۸۵، ص۲۴۷-۲۴۸).

در توجیه تردید قابل پیش‌بینی بودن خسارت در مسئولیت قهری باید افزود: با عنایت به این‌که در مسئولیت قهری جبران خسارت مبتنی بر اراده نیست و از جانب قانون تعیین می‌گردد، لذا ضرورتی در تحدید به خسارات قابلِ پیش‌بینی نیست. از سوی دیگر، مانند مسئولیت قراردادی می‌توان گفت: مطابق نگاه عرف، آنچه بر حسب سیر طبیعی امور از خطای شخص نشئت می‌گیرد باید جبران گردد، اما نسبت به خساراتی که متوقع نیست، عرف شخص را مسئول نمی‌شناسد، زیرا رابطهٔ سببیت میان فعل شخص و ضرر وارده منتفی است. ظاهر مطلب نشان می‌دهد که در تحقق تقصیر و رابطهٔ سببیت میان فعل مرتکب و ضرر وارده، امکان پیش‌بینی یکی از شرایط مسئولیت است و اختصاصی به مسئولیت قراردادی ندارد (یزدانیان، ۱۳۹۰، ص۲۰۲-۲۰۳).

شاهد این ادعا را برخی از مواد قانونی می‌توان دانست که امکان پیش‌بینی را یکی از شرایط تحقق مسئولیت می‌داند، مانند مواد ۳۵۲ و ۳۵۳ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۵ که از مجموع آن‌ها چنین برمی‌آید که برای تحقق مسئولیت دو شرط لازم است: یکی این‌که

روشن‌کنندهٔ آتش، علم داشته باشد که آتش سرایت می‌کند، و دیگر این‌که عادتاً آتش سرایت کند. از جمع این دو ماده مشخص می‌شود که معیار تمیز تصرف مباح شخص در ملک خویش، نیاز شخص به تصرف نیست، بلکه امکان و پیش‌بینی عدم ورود ضرر به دیگران است و به همین جهت، با مفاد مادهٔ ۱۳۲ قانون مدنی که انگیزهٔ رفع حاجت و رفع ضرر را یکی از شرایط اباحهٔ تصرف زیان‌بار قرار می‌دهد تفاوت دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص۳۰۰). همچنین مواد ۵۲۰، ۵۱۹ و ۵۱۸ قانون مجازات اسلامی دربارهٔ احداث دیواری که در اثر خراب شدن به دیگری صدمه زده و ضامن نبودن مالک نسبت به حوادث پیش‌بینی‌نشده و نامتعارف، و مادهٔ ۵۱۶ قانون مجازات ۱۳۹۲، به این مسئله اشاره دارند.

۲-۱۱. جمع‌بندی حقوق ایران

نتیجهٔ بررسی حقوق ایران نشان می‌دهد که در قوانین و مقررات نمی‌توان شاهد و مؤیدی محکم مبنی بر شرطیت جبران خسارت قابلِ پیش‌بینی در خسارت قراردادی یافت نمود. لذا همچنان‌که در مسئولیت قهری، تمامی انواع خسارات اعم از قابلِ پیش‌بینی و غیرقابلِ پیش‌بینی امکان مطالبه دارد، در مسئولیت قراردادی نیز وضعیت به همین ترتیب است.

در میان حقوق‌دانان نیز سه رویکرد کلی نسبت به شرطیت قابلِ پیش‌بینی بودن خسارت در مسئولیت قراردادی و قهری وجود دارد، به‌نحوی که برخی به‌طور مطلق طرف‌دار شرطیت، برخی منکر آن و برخی نسبت به آن میان فرض مسئولیت قراردادی و قهری تفکیک قائل شده‌اند و شرطیت قابلِ پیش‌بینی بودن خسارت را صرفاً نسبت به مسئولیت قراردادی پذیرفته‌اند. اما در مسئولیت قهری، هر گونه خسارت و ضرر و زیانی اعم از قابل پیش‌بینی و غیرقابل پیش‌بینی را قابل مطالبه دانسته‌اند. دیدگاه اخیر در موافقت با حقوق مصر است که در ادامه به آن پرداخته می‌شود.

۳. شرطیت پیش‌بینی خسارت در حقوق مصر

در تشریح رویکرد قانون‌گذار مصر و دکترین حقوقی آن ابتدا به تبیین دیدگاه و سپس دلایل آن پرداخته می‌شود:

۳-۱. تبیین دیدگاه

در حقوق مصر، نگرش غالب و حاکم، دیدگاه تفکیک میان مسئولیت قراردادی و قهری

هست، یعنی در مسئولیت مدنی قهری مستقیم بودن ضرر موجب لزوم جبران خسارت آن بر ذمهٔ متعهد خواهد بود، اعم از این‌که قابل پیش‌بینی و انتظار یا غیرقابل انتظار باشد، ولی در مسئولیت قراردادی، صرفاً ضررهایی که واجد وصف مستقیم و قابل پیش‌بینی است و البته مورد تقلب و تقصیر سنگین عامل زیان قرار نگرفته باشد، جبران‌پذیر خواهد بود. شاهد این مسئله در بند دوم از مادهٔ ۲۲۱ ق.م.م است که به‌صراحت دراین‌باره مقرر می‌دارد: «... در تعهداتی که ریشه در قرارداد دارند مدیون صرفاً ملزم به جبران خسارتی است که در هنگام قرارداد عمدتاً قابل پیش‌بینی می‌باشد، البته منوط به این‌که مرتکب تقلب یا خطای سنگین نشده باشد».[1] مثلاً مستأجری در اثر کوتاهی موجر در انجام تعهد خود مبنی بر تعمیر خانه که به‌موجب شرط بر عهدهٔ او آمده بود، ناچار می‌شود خانه را پیش از انقضای مدت اجاره تخلیه کند و به منزلی همسان منزل اول ولی با اجاره‌ای بالاتر نقل مکان نماید. همچنین در اثنای این نقل‌وانتقال، بعضی از فرش‌های مستأجر از بین می‌رود. در خانهٔ جدید نیز نوعی میکروب وجود دارد که باعث بیماری مستأجر می‌شود. در این‌جا تفاوت اجاره‌بهای دو خانه ضرر مستقیم و قابل انتظار، و بهای فرش‌های تلف‌شده ضرر مستقیم غیرقابل انتظار، و عواقب بیماری مزبور ضرر غیرمستقیم محسوب می‌شود. ازاین‌رو موجر مادام که از روی عمد اجرای تعهد خود را ترک نکرده یا در این راه خطای سنگینی را مرتکب نشده است، فقط در قبال ضرر مستقیم و قابل انتظار مسئول است. در غیر این صورت، همانند مورد مسئولیت قهری جبران خسارت مستقیم و قابل انتظار و نیز خسارت مستقیم غیرقابل انتظار را بر عهده دارد (سنهوری،۱۹۹۸(الف)، ش۸۵۴، ۹۵۹).

در سایر متون حقوقی مصر نیز مسئلهٔ اشتراط قابلِ پیش‌بینی بودن خسارت مورد توجه حقوق‌دانان قرار گرفته است. (اهوانی، ۱۹۹۲م، ص۳۱۲؛ سرحان و نوری، ۲۰۰۸، ص۳۲۵؛ دواس، ۲۰۰۴، ص۲۱۲؛ سنهوری (ب)، ۱۹۹۸، ج۱، ص۶۸۳؛ عطار، ۱۹۹۱، ۳۳۵).

---

۱. مادهٔ ۲۲۱: (۱) إذا لم یکن التعویض مقدراً فی العقد أو بنص فی القانون، فالقاضی هو الذی یقدره، ویشمل التعویض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من کسب، بشرط أن یکون هذا نتیجة طبیعیة لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فی الوفاء به، ویعتبر الضرر نتیجة طبیعیة إذا لم یکن فی استطاعة الدائن أن یتوقاه ببذل جهد معقول. (۲) ومع ذلك إذا کان الالتزام مصدره العقد، فلا یلتزم المدین الذی لم یرتکب غشاً أو خطأ جسیماً إلا بتعویض الضرر الذی کان یمکن توقعه عادة وقت التعاقد.

در رویهٔ قضایی مصر نیز دادگاه تجدیدنظر مصر در بسیاری از تصمیمات خود به این مسئله توجه نمود و در یکی از آرای خود بیان می‌دارد: «مدیون در مسئولیت قراردادی، طبق متن مادهٔ (۱/۲۲۱-۲) قانون مدنی، مکلف به جبران خسارت است. خسارت مستقیمی که معمولاً در زمان انعقاد قرارداد قابل انتظار است و شامل ضرر و زیان‌های بستانکار می‌شود او سودی را از دست داد و این ورود خسارت مستلزم جبران خساراتی است که مسلم بوده یا قبلاً واقع شده یا وقوع آن در آینده اجتناب‌ناپذیر است...»[۱]

مورد دیگر، یکی از آرای دادگاه استیناف مصر است که بیان داشته: هرچند اگر مبنای غرامت قابل مطالبهٔ مستأجر در صورتی که موجر متعرض وی گردیده و در نتیجه موجب اخلال در انتفاع مستأجر از ملک مورد اجاره گشته، مسئولیت قراردادی است، قواعد مسئولیت مزبور مستلزم جبران خسارت مستقیمی است که قابل پیش‌بینی است. اما اگر موجر مرتکب تقلب یا خطای جدی و سنگین شد، در این صورت، مستأجر تمام خسارات مستقیم، حتی اگر غیرمنتظره باشد را می‌تواند مطالبه نماید.[۲] این مسئله در بند ۳ مادهٔ ۱۶۹ قانون مدنی عراق نیز تصریح گردیده است، چنان‌که مقرر می‌دارد: اگر مدیون مرتکب تقلب یا خطای سنگینی نگردیده است، پس در جبران خسارت صرفاً ضررهایی قابل جبران است که در هنگام انعقاد عقد قابل پیش‌بینی است.[۳]

منطبق بر توضیحات اخیر، در مسئولیت قراردادی، خسارت در زمان انعقاد قرارداد باید مورد انتظار و قابل پیش‌بینی باشد، زیرا برای جبران خسارت توسط مدیون، قابل پیش‌بینی بودن خسارت در هنگام انعقاد قرارداد باید تحقق یابد. لذا اگر خسارت در هنگام عقد

---

۱. طعن رقم ۱۵۵۶ ۵۶ق، جلسة ۱۹۸۹/۳/۲۶، المنشور لدی طلبة، أنور: المسؤولیة المدنیة، المسؤولیة العقدیة، ج۱، المکتب الجامعی الحدیث، الإسکندریة، ۲۰۰۵ ،ص۲۹۱. نیز دراین‌باره نک: الطعن رقم ۳۹۵۶ لسنة ۶۸ق .جلسته ۲۰۰۰/۵/۲۸.

۲. الفقرة السابعة من الطعن رقم ۰۳۵۰ لسنة ۳۰ بتاریخ ۱۱ /۱۹۶۵/۱۱ سنة المکتب الفنی ۱۶.

۳. المادة ۱۶۹ الأحکام المرتبطة بالمادة: ۱. إذا لم یکن التعویض مقدراً فی العقد أو بنص فی القانون فالمحکمة هی التی تقدره؛ ۲. ویکون التعویض عن کلّ التزام ینشأ عن العقد سواء کان التزاماً بنقل ملکیة أو منفعة أو أي حق عیني آخر أو التزاماً بعمل أو بامتناع عن عمل ویشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من کسب بسبب ضیاع ألحق علیه أو بسبب التأخر فی استیفائه بشرط أن یکون هذا نتیجة طبیعیة لعدم وفاء المدین بالالتزام أو لتأخره عن الوفاء به؛ ۳. فإذا کان المدین لم یرتکب غشاً أو خطأً جسیماً فلا یجاوز في التعویض ما یکون متوقعاً عادة وقت التعاقد من خسارة تحل أو کسب یفوت.

قابل پیش‌بینی نباشد و بلکه پس از عقد قابل انتظار باشد، متخلف قراردادی مسئولیتی ندارد. معیار پیش‌بینی خسارت نیز یک امر موضوعی صرف است، یعنی باید ملاک را یک شخص عادی متعارف دانست که در شرایط و ظروف زمان انعقاد عقد، ضرری بیابد، یعنی خسارت یا کسب منفعتی که امکان از دست رفتن آن وجود دارد و مدیون در مسئولیت مدنی اعم از قراردادی یا قهری، مسئولیتی در قبال خسارت غیرمستقیم ندارد و در مسئولیت قراردادی صرفاً از مدیون در مورد خسارت مستقیم قابل پیش‌بینی درخواست جبران می‌گردد، مگر در فرضی که مدیون مرتکب تقلب یا خطای سنگین گردد که تمامی خسارات مستقیم اعم از قابل پیش‌بینی و غیرقابل پیش‌بینی قابل مطالبه بود (هوزان، ۱۴۴۲، ص۵۱۸؛ عطار، ۱۹۸۸، ص۱۵۲؛ توفیق حسن، ۱۹۸۸، ص۳۱۰).

در این رابطه دادگاه تجدیدنظر مصر می‌گوید: «مدیون در مسئولیت قراردادی تنها در موارد تقلب و خطای جدی موظف به جبران خسارتی است که معمولاً در زمان عقد انتظار می‌رود و این رأی مطابق مادهٔ ۱/۲۲۱ قانون مدنی است و خسارت مورد انتظار با معیار نوعی (موضوعی) سنجیده می‌شود نه با معیار شخصی، یعنی همان ضرر قابل پیش‌بینی که از یک فرد عادی در همان شرایط خارجی که در آن مدیون قرار داد انتظار می‌رود، نه خسارتی که شخص این بدهکار انتظار دارد».[۱]

۳-۲. تبیین دلایل

اما این‌که چرا منطبق بر حقوق مصر باید برای مطالبهٔ خسارت در مسئولیت قراردادی ضرر قابل انتظار باشد، باید افزود: انعقاد قرارداد توسط طرفین قرارداد صرفاً در خصوص خسارات قابل پیش‌بینی بوده است و ضرر و زیان غیرقابل پیش‌بینی در این چهارچوب داخل نیست و لذا جبران نخواهد شد، ولی در فرض ارتکاب تقلب یا معادل آن یعنی خطای سنگین توسط مدیون، مسئولیت وی به مسئولیت قهری مبدل می‌شود و شامل خسارات غیرقابل پیش‌بینی نیز خواهد شد. به نظر سنهوری، اصولاً در مسئولیت اعم از قراردادی و قهری، بایستی خسارات مستقیم کاملاً جبران و پرداخت گردد حتی اگر غیرمنتظره باشد، زیرا مدیون با خطای خود به‌طور مستقیم باعث ایجاد ضرر شده است و

---

۱. الفقرة الأولى من الطعن رقم ۰۰۴۵ لسنة ۳۶ بتاريخ ۳۱ / ۰۳ / ۱۹۷۰ سنة المكتب الفنى ۲۱.

در قبال تمام ضرر وارده مسئول است. هرچند در مسئولیت‌های قراردادی که مبتنی بر توافق و قرارداد است ارادهٔ متعاقدین چهارچوب و مقدار آن را تعیین می‌کند، فرض قانون‌گذار این است که ارادهٔ طرفین انصراف به مسئولیت در قبال خصوص ضررهای قابل پیش‌بینی توسط مدیون دارد، زیرا فرض معقول این است که مدیون به همین مقدار راضی بوده است. در واقع، این فرض معقول حکم شرط توافقی را دارد که با محدود کردن مسئولیت به‌خصوص ضرر قابل انتظار باعث تعدیل قرارداد می‌شود و چون این شرط در صورت تقلب یا خطای سنگین مدیون باطل می‌شود به همان اصل اولی مراجعه شده، مدیون در این دو صورت، باید زیان وارده را اگرچه غیرمنتظره باشد جبران نماید (دادمرزی و همکاران، ۱۳۹۴، ج۱، ص۵۰۴-۵۰۵).

یک وجه این است که گفته شود: میل به عدم تکلیف مدیون با حسن نیت و تقسیم ضرر بین طلبکار و مدیون است مبنای مسئولیت در خسارات قابل پیش‌بینی است. وجه دیگری که متکی بر ماهیت خود مسئولیت قراردادی و انتظارات است بیان می‌دارد هر یک از طرفین قرارداد صرفاً بر اساس منافعی که از قرارداد انتظار دارد و بر اساس شکست مورد انتظار در اجرا و عواقبی که انتظار دارد بر دوش او بیفتد وارد قرار گردیده است، لذا این بدهکار به دلیل عدم اجرای تعهد یا اشتباه قراردادی خود نسبت به خسارات غیرقابل پیش‌بینی در زمان انعقاد قرارداد مسئولیتی ندارد.

وجه دیگر این‌که این قاعده یعنی جبران خسارت قابل پیش‌بینی با ارادهٔ قراردادی طرفین قابل توجیه است، زیرا مدیون فقط به‌خاطر خواسته و در حدود خواستهٔ خود متعهد شده است و اراده با انتظار سنجیده می‌شود یا این‌که گفته شود این قاعده مبتنی بر توافق ضمنی میان طلبکار و بدهکار است که بر اساس آن، غرامت قابل پیش‌بینی هنگام عقد یا مسئولیت مدیون نسبت به آن بیش از خسارات مورد انتظار نباشد.

وجه چهارم نیز این‌که، تعهد بدهکار به جبران خسارت مورد انتظار به‌تنهایی در صورت بروز خطای جزئی در محدودهٔ مسئولیت قراردادی، مبتنی بر ایدهٔ عادلانه بودن جبران خسارت است، یعنی همان عدالت قراردادی. طلبکار هنگام انعقاد قرارداد، به دنبال اجرای قرارداد به‌صورت عینی است صرفاً نه این‌که به دنبال اجرا در قالب نقض و جبران خسارت باشد. از طرف دیگر، مدیون نیز تعهد به غیر از آنچه می‌تواند اجرا کند، نکرده

است و باید به غرامت مزبور محکوم شود (فیلالی، ۲۰۰۲، ص۲۵۶).

۳-۳. معیارشناسی ضرر قابل پیش‌بینی در حقوق مصر

اما نسبت به این‌که زمان و معیار ضرر قابل انتظار چیست باید گفت: زمان پیش‌بینی ضرر، هنگام وقوع عقد است، لذا اگر مدیون نه در هنگام عقد، بلکه بعد از آن، ضرر را پیش‌بینی کند، به دلیل این‌که در وقت عقد چنین انتظاری را نداشته است مسئولیتی متوجه وی نیست، همان‌گونه که در بند دوم مادهٔ ۲۲۱ ق.م.م به‌صراحت در مورد مدیونی که مرتکب تقلب یا خطای سنگین نشده است مقرر گردیده است: تنها مسئول پرداخت خسارات ضررهایی است که در هنگام عقد عادتاً قابل پیش‌بینی است.

معیار ضرر قابل پیش‌بینی توسط مدیون نیز با ملاک نوعی سنجیده می‌شود نه شخصی. در نتیجه، مراد از ضرر قابل پیش‌بینی، همچنان‌که مادهٔ ۲۲۱ فوق‌الذکر اشاره نمود، ضرری است که معمولاً قابل پیش‌بینی است. به عبارت دیگر، ضرری است که برای یک فرد متعارف در مانند اوضاع و احوال پیش‌آمده برای مدیون قابل انتظار باشد، نه ضرری که برای شخص مدیون قابل انتظار است. بنابراین چنانچه مدیون در شناخت اوضاع و احوال مؤثر در پیش‌بینی ضرر غفلت کند، ضرر همچنان قابل انتظار محسوب می‌گردد، زیرا انسان متعارف دچار چنین غفلتی نمی‌شود. اما اگر عدم پیش‌بینی ضرر از سوی مدیون، ناشی از کار دائن باشد، مانند این‌که دائن از اعلان این مطلب به شرکت که محموله علی‌رغم ظاهری که دارد محتوی اشیای گران‌بهایی می‌باشد خودداری ورزد، شرکت مسئول ضرر یادشده نیست، زیرا همچون هر فرد متعارف دیگری حق دارد انتظار آن را نداشته باشد. همچنین اگر دائن به قصد برخورداری از تعرفه‌ای پایین‌تر برای ارسال بسته‌اش اظهارات نادرستی بکند نمی‌توان از مدیون انتظار داشت ضرر ناشی از نادرستی اظهارات مزبور را پیش‌بینی نماید (فیلالی، ۲۰۰۲، ۵۰۵-۵۰۶).

۴-۳. جمع‌بندی دیدگاه حقوق مصر

نتیجهٔ بررسی حقوق مصر این است که قلمرو جبران خسارت در مسئولیت قراردادی و قهری متفاوت است و در مسئولیت قراردادی صرفاً خسارات قابل پیش‌بینی و در قهری اعم از قابل پیش‌بینی و غیرقابل پیش‌بینی قابل مطالبه است. (مرقس، ۱۹۹۲، ص۱۷؛ سنهوری،

۱۹۹۸، ج۱، ص۷۴۹؛ زکی، ۱۹۷۸، ج۱، ص۷؛ حجازی، ۱۹۵۴، ج۲، ص۴۱۹).

در حقیقت می‌توان گفت: در مسئولیت قراردادی صرفاً خساراتی را می‌توان مطالبه نمود که دارای دو وصف مستقیم و قابل پیش‌بینی باشند و لذا خساراتی قابل جبران هستند که در هنگام عقد توسط طرف قراردادی یا عرف جامعه قابل پیش‌بینی باشند نه از زمان نقض قرارداد. در نقطهٔ مقابل، در مسئولیت قهری، هر گونه خسارت مستقیمی را می‌توان مطالبه کرد، اعم از این‌که قابل پیش‌بینی باشد یا خیر (سنهوری، ۱۹۹۸، ج۱، ص۲-۱۰). در اعذار یا مطالبهٔ حق یعنی دعوت از مدیون در جهت اجرای قرارداد و پرداخت خسارت تأخیر در مسئولیت عقدی بر فرد مدیون در بیشتر موارد واجب است (نه همهٔ موارد)، ولی در مسئولیت تقصیری در تمامی موارد واجب بوده و تمامی خسارات باید جبران گردد و در هیچ موردی جایز نیست که از جبران خسارتِ تأخیر، معاف شود. به‌علاوه در مسئولیت قراردادی، جبران و پرداخت عوض صرفاً از حیث نوع و مقدارِ توافق‌شده در قرارداد مورد التزام است و ضررهای غیرقابل پیش‌بینی الزامی به جبرانش نیست، درحالی‌که در مسئولیت تقصیری باید تمامی ضررهای قابل پیش‌بینی و غیرقابل پیش‌بینی توسط مدیون (متعهد) جبران گردد (حکیم، ۲۰۰۷، ج۱، ص۲۰۴-۲۰۵).

۴. نظریهٔ برگزیده

بررسی دیدگاه‌های مختلف در خصوص ضرورت قابلیت پیش‌بینی خسارت قابل مطالبه در مسئولیت‌های قراردادی، نشانگر وجود رویکردهای متفاوتی در این زمینه است. با این حال، این پژوهش با بررسی‌های انجام‌شده، به این نتیجه می‌رسد که قابلیت پیش‌بینی خسارت، نه در مسئولیت قراردادی و نه در مسئولیت قهری، شرط لازم برای مطالبهٔ خسارت نیست و در هر دو نوع مسئولیت می‌توان خسارات اعم از قابل انتظار و غیرقابل انتظار را مطالبه کرد. با توجه به چالش‌های موجود در جبران خسارت در مسئولیت قراردادی، در ادامه به مبانی و مستندات جبران خسارت در این نوع مسئولیت پرداخته می‌شود، زیرا ضرورت جبران تمامی خسارات در مسئولیت قهری، با چالش جدی روبه‌رو نیست، اگرچه در انتها به برخی از مبانی ضرورت جبران این نوع خسارات نیز اشاره خواهد شد.

نخست، این توجیه که در مسئولیت قراردادی، مسئولیت جبران ضرر و زیان تنها در چهارچوب ارادهٔ طرفین تعریف می‌شود، نادرست است، زیرا مسئولیت قراردادی صرفاً به ارادهٔ طرفین وابسته نیست، بلکه قانون‌گذار نیز در این زمینه نقش دارد. در واقع، قانون‌گذار مسئولیت قراردادی را برای تضمین اجرای قراردادها و ایجاد هزینه برای نقض تعهد وضع کرده است. بنابراین، اگرچه ایجاد قرارداد به ارادهٔ طرفین واگذار شده است، اما تعیین قلمرو و گسترهٔ خسارات قابل جبران، بر عهدهٔ قانون‌گذار است و محدود به خسارات قابل پیش‌بینی نیست، بلکه شامل تمامی خسارات می‌شود، همان‌طور که در مسئولیت قهری نیز عامل زیان موظف به جبران تمامی خسارات وارده به زیان‌دیده است.

دوم این‌که، در توجیه قابلیت مطالبهٔ تمامی خسارات، اعم از قابل انتظار و غیرقابل انتظار، پاسخ به این اشکال است که متعهد قراردادی در هنگام انعقاد قرارداد، تنها به نتایج و آثاری از نقض تعهد ملتزم می‌شود که مورد قصد و پیش‌بینی او و طرف مقابل بوده است. بنابراین، فراتر رفتن از این حدود، به معنای عدم تبعیت عقد از قصد طرفین است. در پاسخ باید گفت که طرفین قرارداد در هنگام انعقاد، عمدتاً به اصل و قالب قرارداد توجه دارند و تمامی آثار و نتایج آن، از جمله مسئولیت قراردادی و جزئیات آن، ناشی از ارادهٔ آن‌ها نیست، بلکه قانون است که عمده آثار و نتایج قرارداد را تبیین، تفسیر و تعیین می‌کند و به هر گونه قصد طرفین در مورد قرارداد و آثار آن اعتبار می‌بخشد، همان‌طور که مادهٔ ۲۲۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «عقود نه‌فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می‌نماید، بلکه متعاملین به کلیهٔ نتایجی هم که به‌موجب عرف و عادت یا به‌موجب قانون از عقد حاصل می‌شود ملزم می‌باشند».

اما این ادعا که اعتبار قانون ناشی از دلالت غیرمستقیم آن بر قصد و ارادهٔ اشخاص است، نادرست است، زیرا مقررات قانونی یا آمره‌اند که توافق خلاف آن‌ها باطل است و یا تکمیلی‌اند که در صورت عدم توافق طرفین، به‌صورت آمره بر روابط مالی آن‌ها حاکم می‌شوند، حتی اگر طرفین نسبت به قانون جاهل باشند. بنابراین، اعتبار قواعد تکمیلی مانند عرف، ناشی از دلالت غیرمستقیم بر قصد و ارادهٔ اشخاص نیست و در نتیجه، اراده در آثار مترتب بر قرارداد توسط قانون، نقش خاصی ندارد. همچنین، این ادعا که عرف همیشه جزء مفاد ضمن عقد محسوب می‌شود و به‌طور غیرمستقیم دلالت بر قصد و ارادهٔ

طرفین دارد، صحیح نیست، زیرا در برخی موارد استثنایی، حتی اگر طرفین قرارداد نسبت به عرف جاهل باشند، باز هم آثار و نتایجی بر آن‌ها تحمیل می‌شود (مولائی و همکاران، ۱۳۸۷، ص۱۲۳).

برای نمونه، مادهٔ ۳۵۶ قانون مدنی در این زمینه مقرر داشته است: «هر چیزی که بر حسب عرف و عادت جزء یا از توابع مبیع شمرده شود یا قراین دلالت بر دخول آن در مبیع نماید داخل در بیع و متعلق به مشتری است، اگرچه در عقد صریحاً ذکر شده باشد و اگرچه طرفین جاهل بر عرف باشد». بنابراین، طبق مادهٔ ۳۵۶ قانون مدنی، در صورتی که طرفین قرارداد بیع، برخلاف مفاد این ماده توافقی نداشته باشند، حکم این ماده بر روابط آن‌ها حاکم است، حتی اگر فروشنده در زمان انعقاد قرارداد به این موضوع توجه نکرده باشد. در نتیجه، می‌توان مسئولیت جبران خسارت و تعهدات مرتبط با آن را فراتر از چهارچوب ذهنی و توافق طرفین عقد، بر متعهد ناقض قرارداد تحمیل کرد. این به معنای پذیرش مسئولیت جبران خسارت برای متعهد، اعم از خسارت‌های قابل پیش‌بینی و غیرقابل پیش‌بینی است.

سومین مورد قابلِ طرح برای دیدگاه برگزیده این است که اقتضای قواعدی مانند لاضرر و احترام به حقوق مسلم، وجوب جبران تمامی خسارات وارده به زیان‌دیده در اعم از مسئولیت قراردادی و قهری هست، خواه خسارت مزبور مورد انتظار طرفین باشد خواه نباشد که در ذیل به بررسی برخی از آن‌ها به‌عنوان شاهد بر ادعای خویش می‌پردازیم. تکیهٔ قاعدهٔ احترام به حقوق مسلم بر آیاتی همچون آیهٔ «لا تَأکُلُوا أَموالَکُم بَینَکُم بِالباطِلِ اِلا أَن تَکُونَ تِجارةٍ عَن تَراضٍ» (نساء/۲۹) و روایات وارده، اقتضا می‌کند حقوق فطری و مکتسبهٔ افراد حرمت داشته و هر گونه ورود خسارتی به آن طبیعتاً ضمان ضرر زننده به حقوق مزبور را به دنبال خواهد داشت و عامل زیان موظف به جبران تمامی خسارات وارده به زیان‌دیده خواهد بود. موافق نگرشی که مفهوم لاضرر را به معنای نفی ضرر غیرمتدارک می‌داند، نفی در قاعده به معنای حقیقی خود و ضرر به معنای «ضرر جبران‌نشده» است و مفاد قاعدهٔ لاضرر نیز نفی ضرر جبران‌نشده می‌باشد (فاضل تونی، ۱۴۱۲، ج۱، ص۱۹۸). بر این اساس، اگر شخصی به دیگری ضرری را وارد کند، ملزم به جبران آن است، زیرا مطابق حدیث نبوی و قاعدهٔ مستفاد از آن، در دین اسلام هیچ ضرر

غیرقابل جبرانی وجود ندارد. منطبق بر این نگاه، قاعدهٔ مزبور را باید حکم مستقلی در کنار سایر احکام شمرد که مختص به موارد جبران ضرر است و دلالت بر اشتغال ذمهٔ عامل زیان به جبران ضرری می‌کند که وارد کرده است، لذا بر عموماتی که بر برائت ذمهٔ عامل زیان دلالت می‌کنند، مقدم می‌شود (فاضل تونی،۱۴۱۲، ج۱، ص۱۹۳-۱۹۴؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ج۱، ص۷۹). به‌علاوه، ترکیب مزبور که نکرهٔ منفی است، در چهارچوب این نگرش در ادبیات عربی افادهٔ عموم می‌کند، لذا این حدیث شامل تمام اقسام ضرر و زیان می‌شود که عامل زیان ملزم به جبران آن خواهد بود.

چهارمین دلیل برای پذیرش دیدگاه برگزیده (لزوم جبران خسارت اعم از قابل پیش‌بینی و غیرقابل پیش‌بینی در هر دو مسئولیت قراردادی و قهری)، توجه به آثار مثبت این رویکرد است، به‌ویژه با توجه به فقدان مستندات قوی برای دیدگاه مخالف. این رویکرد می‌تواند به تعادل بیشتر در قراردادها و عدالت در توزیع ثروت منجر شود و از نگاه ابزاری به قرارداد برای کسب منافع ناعادلانه جلوگیری کند. تمسک به اصولی مانند حاکمیت اراده و تبعیت عقد از قصد، با توجه به این‌که طرفین قرارداد اغلب به همهٔ آثار و خطرات قرارداد توجه ندارند، می‌تواند منجر به تضییع حقوق زیان‌دیده در صورت نقض قرارداد شود، به‌ویژه در شرایط بی‌ثباتی بازار و تورم، زیان‌دیده ممکن است متحمل خسارات غیرقابل پیش‌بینی شود که جبران آن‌ها ضروری است. در غیر این صورت، اصل حاکمیت اراده به ابزاری برای سوءاستفاده تبدیل می‌گردد و باعث کاهش اعتماد و اطمینان در روابط معاملاتی می‌شود.

بنابراین، اصل حاکمیت اراده تا جایی معتبر است که منجر به نتایج ناعادلانه و زیان‌بار برای یکی از طرفین نشود. در واقع، این اصل باید در راستای اهداف کلی شرع، مانند عدالت در قراردادها، تفسیر و اجرا شود. در غیر این صورت، می‌تواند بستری برای سوءاستفادهٔ صاحبان قدرت و تحمیل شرایط ناعادلانه به طرف ضعیف‌تر قرارداد فراهم کند. همچنین، پذیرش لزوم جبران خسارت به‌نحو مطلق در مسئولیت‌های قراردادی و قهری می‌تواند در راستای تحقق هدف علم حقوق، یعنی حفظ نظم و امنیت حقوقی در جامعه که بر پایهٔ عدالت و انصاف استوار است، باشد. حقوق برای این‌که بتواند به حفظ نظم و ایجاد زمینهٔ پیشرفت کمک کند، باید با ضرورت‌های اجتماعی و واقعیت‌های

امروزی هماهنگ باشد. یکی از ابزارهای تحقق این هدف، لزوم جبران کامل خسارت در تمامی ابعاد آن، اعم از قابل پیش‌بینی و غیرقابل پیش‌بینی است.

نتیجه‌گیری

با بررسی و ارزیابی نظرگاه‌های متفاوت میان فقهای اسلامی و ارزیابی ادلهٔ آن‌ها این پژوهش چنین دست یافت که نگرش مطالبهٔ خسارات قابل پیش‌بینی و غیرقابل پیش‌بینی در مسئولیت قراردادی و قهری تطابق بیشتری با مبانی فقهی و اصول حقوقی دارد، زیرا مسئولیت قراردادی به ارادهٔ طرفین منتسب نبوده و حکم به جبران خسارت نیز مقرر توسط قانون‌گذار است، زیرا حکم مزبور به جهت تضمین و توثیق اجرای قراردادها و هزینه داشتن نقض تعهد برای ناقض تعهد هست، لذا قلمرو و گسترهٔ خسارات قابل جبران مبتنی بر حکم قانون‌گذار مقید به خسارات قابل پیش‌بینی نیست، بلکه تمامی خسارات را دربرمی‌گیرد.

مؤید دیگر، عدم توجه طرفین قرارداد در حین انعقاد قرارداد به تمامی آثار و نتایج قرارداد از جمله مسئولیت قراردادی و کم‌وکیف آن است. لذا منشأ مسئولیت قراردادی ارادهٔ طرفین قرارداد بوده و قانون است که عمده آثار و نتایج قراردادی را تبیین و تفسیر و تحمیل می‌کند و بلکه به هر گونه قصد طرفین نسبت به قرارداد و آثار آن اعتبار می‌بخشد، همچنان‌که مادهٔ ۲۲۰ قانون مدنی این مسئله را تأیید می‌کند. مبنای دیگر این‌که اعتبار قواعد تکمیلی مانند عرف ناشی از دلالت غیرمستقیم بر قصد و ارادهٔ اشخاص نیست، در نتیجه در تمامی آثار مترتبه بر قرارداد توسط قانون، ارادهٔ اطراف قراردادی نقش خاصی ندارد. به‌علاوه، اقتضای قواعدی مانند لاضرر، تسبیب و احترام به حقوق مسلم، وجوب جبران تمامی خسارات وارده به زیان‌دیده در اعم از مسئولیت قراردادی و قهری می‌باشد، خواه خسارت مزبور مورد انتظار طرفین باشد خواه نباشد. در انتها توجیه پرداخت خسارت اعم از قابل پیش‌بینی و غیرقابل پیش‌بینی، با توجه به فقدان مستند شرعی و قانونی محکم برای دیدگاه مخالف، علاوه بر تعادل‌بخشی به توافق قراردادی، تأمین امنیت اقتصادی مردم در بستر معاملات، عدالت در توزیع ثروت قراردادی و پرهیز از هر گونه نگاه ابزارگرایانه به قرارداد برای کسب منافع ناروا، در تطابق بیشتری با اغراض شارع و هدف

علم حقوق است که حفظ نظم و امنیت حقوقی در اجتماع و عدالت و انصاف در قراردادها را در نظر دارند.

خلاصه این‌که، نگرش مخالف پژوهش حاضر می‌تواند فضا و زمینه‌ای را در جهت سودجویی افراد سودجو و تحدید حدود مسئولیت خویش ذیل اصولی مانند حاکمیت اراده ایجاد نماید که تالی فاسد آن کاهش و سقوط شدید اعتماد و اطمینان در روابط معاملاتی افراد و عدم تعادل در توزیع ثروت در بستر قراردادهای فاسد و در نهایت، افزایش فقر و فاصلهٔ طبقاتی جامعه خواهد بود.

نسبت به ضرورت جبران تمامی خسارات در مسئولیت قهری نیز باید گفت:

در قوانین مدنی و مسئولیت مدنی و سایر قوانین مرتبط، در خصوص مسئولیت قهری چنین شرطی (قابلیت پیش‌بینی خسارت) وجود ندارد، بلکه به‌عکس برخی قوانین صریح، اثبات‌کنندهٔ نتیجه معکوس است. برای مثال، مادهٔ ۱۲۱۶ قانون مدنی، نتایج افعال زیان‌بار صغیر و مجنون و سفیه را بر عهدهٔ خودشان قرار داده است، درحالی‌که می‌دانیم صغیر غیرممیز و مجنون توانایی پیش‌بینی نتیجهٔ رفتارهای زیان‌آور خویش را ندارند. همچنین مادهٔ ۳۲۸ قانون مدنی اتلاف را به‌نحوی معرفی می‌کند که شامل تمامی خسارات مستقیم است، اعم از آن‌که عامل زیان عمد یا تقصیر یا پیش‌بینی ضرر داشته یا نداشته باشد؛ موضوعی که به‌تبع فقه توسط حقوق‌دانان به‌اجماع پذیرفته شده است. به‌علاوه توجیهاتی که در مسئولیت قراردادی، نسبت به ضرورت خساراتی که قابل پیش‌بینی است، که البته آن‌ها را نقد و بررسی نمودیم، در مسئولیت قهری قابل اجرا و تطبیق نیست. مثلاً نه «اصل حاکمیت اراده» در مسئولیت قهری وجود دارد که چنین ضرورتی را ایجاب کند نه «لزوم رعایت حسن نیت» که در گسترهٔ قراردادها مطرح است، در این حوزه مورد بحث می‌باشد و نه «عدالت معاوضی» در مسئولیت قهری مطرح است و نه سایر توجیهات ارائه‌شده در این حوزه قابل استنادند (بیگدلی، ۱۳۹۳، ص۱۴۷).

ازاین‌رو شایسته است قانون‌گذار ایرانی برای تأمین حقوق طرفین در صورت بروز چنین وضعیتی، مقررهٔ ذیل را در قانون مدنی وضع نماید: «در معاملات مالی در صورتی که خسارت وارده به یکی از طرفین قرارداد، فراتر از خسارت قراردادی مورد توافق طرفین باشد، عامل زیان موظف به جبران خسارت کامل وارده به زیان‌دیده می‌باشد، همچنان‌که

در مسئولیت مدنی قهری نیز عامل زیان موظف به پرداخت خسارت کامل ناشی از عمل زیان‌بار خویش به زیان‌دیده خواهد بود».

سپاسگزاری

این مقاله برگرفته از رسالهٔ دکتری است و در همین‌جا از استاد راهنما، استاد مشاور، داوران محترم قدردانی می‌شود.

فهرست منابع

۱. ابوالبصل، عبدالناصر. (۱۹۹۹م). دراسات فی فقه القانون المدنی الأردنی، النظریة العامة للعقد. دار النفائس.

۲. اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۳ق). مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الأذهان. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

۳. امامی، سید حسن. (۱۳۷۴ش). حقوق مدنی. کتابفروشی اسلامیه.

۴. اهوانی، حسام‌الدین کامل. (۱۹۹۲م). مصادر الإلتزام-المصادر الإرادیة. قاهرة: دون ناشر.

۵. بیگدلی، سعید. (۱۳۹۳ش). تطبیق دیدگاه «آندره تنک» در خصوص مبنای مسئولیت مدنی و قراردادی با موضع قانون مدنی ایران». پژوهشنامه حقوق اسلامی، ۱۵(۴۰).

۶. تفرشی، محمدعیسی؛ اصغری آقمشهدی، فخرالدین. (۱۳۸۲). لزوم قابل پیش‌بینی بودن ضرر ناشی از نقض قرارداد در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و حقوق ایران. فصلنامه پژوهش بازرگانی، (۲۹).

۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۸ش). حقوق تعهدات. تهران: گنج دانش.

۸. حجازی، عبدالحی. (۱۹۵۴م). النظریة العامة للالتزامات، ج۲، مصادر الالتزام، قاهرة: مطبعة نهضة مصر.

۹. حکیم، عبدالمجید. (۲۰۰۷م). الموجز فی شرح القانون المدنی، (مصادر الالتزام، ج۱). بغداد: المکتبة العربیه.

۱۰. حلی، فخر المحققین، محمد بن حسن. (۱۳۸۸ق). ایضاح الفوائد، چاپ اسماعیلیان.

۱۱. حلّی، فخرالمحققین، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق). إیضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد. قم: اسماعیلیان.

۱۲. حلی، محقق اول، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم: اسماعیلیان.

۱۳. خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۲۲ق). مبانی تکملة المنهاج. قم: مؤسسة إحیاء آثار الإمام الخوئی(ره).

۱۴. دادمرزی، سید مهدی و همکاران. (۱۳۹۴ش). دورهٔ حقوق تعهدات (قواعد عمومی قراردادها). قم: انتشارات دانشگاه قم.
۱۵. دواس، امین. (۲۰۰۴م). القانون المدنی، مصادر الالتزام المصادر الإرادیة العقد والارادة المنفردة دراسة مقارنة، رام الله: دار الشروق للنشر والتوزیع.
۱۶. رهپیک، سیامک؛ ولائی، نادر. (۱۳۹۹ش). تأملی بر نظریهٔ سبب متناسب با بررسی حقوق ایران و حقوق کامن لا. آموزه‌های فقه مدنی، ۱۲(۲۱)، ص۱۳۹-۱۶۶. https://doi.org/10.30513/cjd.2020.632
۱۷. زکی، محمود جمال‌الدین. (۱۹۷۸م). مشکلات المسئولیة المدنیة، (ج۱، فی ازدواج أو وحدة المسئولیة المدنیة ومسألة الخیرة). القاهرة: مطبعة جامعة القاهرة.
۱۸. سرحان، عدنان؛ نوری، خاطر. (۲۰۰۸م). شرح القانونی المدنی، مصادر الحقوق الشخصیه. دار الثقافة والنشر والتوزیع.
۱۹. سنهوری، عبدالرزاق احمد. (ب). (۱۹۹۸م). الوسیط فی شرح القانونی المدنی الجدید. بیروت: منشورات الحلبی الحقوقیه.
۲۰. سنهوری، عبدالرزاق. (الف). (۱۹۹۸م). نظریة العقد. بیروت: منشورات الحلبی الحقوقیة.
۲۱. شوشتری، سید محمدحسن. (۱۳۷۶ش). دیدگاه‌های نو در حقوق، میزان.
۲۲. صفری، پاک‌نیت. (۱۳۸۹ش). مسئولیت قراردادی و قهری «تفاوت‌ها و کارکردها» فصلنامه حقوق، مجلهٔ دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۴۰(۲۶۶)، ص۲۴۷-۲۶۶. https://dor.isc.ac/dor/20.1001.1.25885618.1389.40.4.14.1
۲۳. عاملی، زین‌الدین بن علی. (۱۴۱۰ق). الروضة البهیة فی شرح اللعمة الدمشقیة، قم: کتابفروشی داوری.
۲۴. عاملی، شهید اول، محمد بن مکی. (۱۴۱۴ق). غایة المراد فی شرح نکت الإرشاد. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۵. عاملی، شهید اول، محمد بن مکی. (۱۴۱۷ق). الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیة. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۶. عاملی، کرکی، محقق ثانی، علی بن حسین. (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد. قم: مؤسسه آل البیت(ع).
۲۷. عدل، مصطفی. (۱۳۷۳). حقوق مدنی. بی‌جا: انتشارات بحر العلوم.
۲۸. عطار، عبد الناصر توفیق. (۱۹۹۱م). مصادر الالتزام، دارالبستانی للنشر.
۲۹. عمیدی، سید عمیدالدین بن محمد اعرج حسینی. (۱۴۱۶ق). کنز الفوائد فی حل مشکلات القواعد. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۰. غمامی، مجید. (۱۳۸۳). قابلیت پیش‌بینی ضرر در مسئولیت مدنی. شرکت سهامی انتشار.
۳۱. فاضل تونی، عبدالله بن محمد. (۱۴۱۲ق). الوافیة فی أصول الفقه. قم: الناشر مجمع الفکر الإسلامی.

۳۲. فرج، توفیق حسن. (۱۹۸۸م). النظریة العامة للالتزام فی مصادر الالتزام (مقارنة بین القوانین العربیة). الدار الجامعیة.
۳۳. فهیمی، عزیزالله. (۱۳۸۴ش). قابلیت پیش‌بینی ضرر در مسئولیت مدنی. دیدگاه‌های حقوقی. شماره ۳۴ و ۳۵.
۳۴. فیلالی، علی. (۲۰۰۲م). الالتزامات-العمل المستحق للتعویض. موفم للنشر.
۳۵. قاسم‌زاده، سید مرتضی. (۱۳۸۳). اصول قراردادها و تعهدات. نشر دادگستر.
۳۶. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۰). قواعد عمومی قراردادها. شرکت سهامی انتشار.
۳۷. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۲). عقود معیّن. شرکت سهامی انتشار.
۳۸. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۷). الزام‌های خارج از قرارداد (ضمان قهری): مسئولیت مدنی. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۳۹. مرقس، سلیمان. (۱۹۹۲م). الوافی فی شرح القانون المدنی، فی الإلتزامات، فی الفعل الضّار و المسئولیة المدنیة. قاهره: مطبعة السعادة.
۴۰. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۱۱ق). القواعد الفقهیة. قم: مدرسه امام امیر المؤمنین(ع).
۴۱. مولائی، یوسف؛ بشیری، رحمت اله. (۱۳۸۷). لزوم قابلیت پیش‌بینی ضرر در مسئولیت قراردادی. کانون وکلای دادگستری دوره جدید، (۱۱)، ص۱۱۳-۱۳۲.
۴۲. نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، بیروت، دار إحیاء التراث العربی.
۴۳. وحدتی شبیری، سید حسن. (۱۳۸۵ش) مبانی مسئولیت قراردادی. پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۴۴. هاشمی سید احمدعلی. (۱۳۸۹ش). دامنه مسئولیت مدنی. دانشگاه امام صادق(ع).
۴۵. هوزان، عبدالمحسن عبدالله. (۲۰۲۱م). مفهوم القوة القاهرة وآثاره فی تنفیذ العقد: دراسة مقارنة فی ضوء التعدیل رقم ۱۳۱-۲۰۱۶ للقانون المدنی الفرنسی، مجلة کلیة القانون الکویتیة العالمیة - السنة التاسعة - العدد ۲ - العدد التسلسلی ۳۴.
۴۶. یزدانیان، علیرضا. (۱۳۸۶). قواعد عمومی مسئولیت مدنی. تهران: میزان.
۴۷. یزدانیان، علیرضا. (۱۳۹۰). تفاوت بین مسئولیت قراردادی و قهری. پایان‌نامهٔ کارشناسی ارشد حقوق خصوصی.

Civil Jurisprudence Doctrines
ISSN Print: 2251- 936x Online: 2783- 3690

Evaluation of Critiques Raised Regarding the Diminishing Partnership Contract

Seyed Mojtaba Sedighian Kakhki[1] | Mohammad Arabshahi[2] | Seyed Ali Sajjadizadeh[3]

1. Corresponding Author, Level Four Student of Jurisprudence and Its Principles, Navvab Seminary, Mashhad, Iran. Email: s.m.sedighiankakhki@gmail.com
2. Assistant Professor, Razavi Research Institute of Islamic Sciences, Islamic Research Foundation of Astan Quds Razavi, Mashhad, Iran. Email: arabshahi@islamic-rf.ir
3. Assistant Professor, Department of Jurisprudence, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran. Email: sajjadizadeh@razavi.ac.ir

Article Info

Article type:
Research Article

Article history:
Received: 16 May 2024
Revised: 16 August 2024
Accepted: 10 September 2024
Available online 28 September 2024

Keywords:
Diminishing Partnership, Stipulation, Sale, Partnership, Profit.

ABSTRACT

The diminishing partnership is a contractual arrangement in which, through a Stipulation within the contract, the partners are obligated to gradually buy and sell shares. Due to misunderstandings about the nature of this partnership, several jurisprudential objections-particularly from contemporary Sunni jurists-have been raised regarding this commercial arrangement. Concerns have been raised regarding the possibility of two contracts within one, the presence of excessive uncertainty (Gharar), the exchange of debt for debt (Kālī bi-l-kālī), the suspicion of a usurious loan and the use of legal stratagems (Ḥiyal al-Ribā), its inconsistency with the requirement of immediacy (Tanjīz) in contracts, and its resemblance to Bay'al-'īnah. This study briefly examines the nature of the diminishing partnership and addresses these objections. It argues that the basis for rejecting these doubts lies in attention to three key elements of the diminishing partnership: 1.Recognizing the stipulated condition as a commitment to enter into a sale in the future, rather than an immediate realization of the sale; 2.The absence of any guarantee of profit or property by either party in this arrangement; 3.The partners' awareness of the possibility of both profit and loss in this type of partnership. Employing a descriptive-analytical method and library-based research, this study examines these jurisprudential objections in detail and ultimately concludes that none of the raised objections are applicable to this contract.

Cite this article: Sedighian Kakhki, S., M.; Arabshahi, M.; Sajjadizadeh, S., A. (2025). Evaluation of Critiques Raised Regarding the Diminishing Partnership Contract. *Civil Jurisprudence Doctrines*, 17(31), 119-148. https://doi.org/10.30513/cjd.2024.6041.1964

© The Author(s). Publisher: Razavi University of Islamic Sciences.

آموزه‌های فقه مدنی
ISSN Print: 2251- 936x Online: 2783- 3690

ارزیابی نقدهای مطرح‌شده دربارهٔ عقد مشارکت کاهنده

سید مجتبی صدیقیان کاخکی[۱] | محمد عربشاهی[۲] | سید علی سجادی‌زاده[۳]

۱. نویسنده مسئول، طلبهٔ سطح چهار فقه و اصول، مدرسهٔ عالی نواب، مشهد، ایران. رایانامه: s.m.sedighiankakhki@gmail.com

۲. استادیار، پژوهشکدهٔ علوم اسلامی رضوی، بنیاد پژوهش‌های اسلامی آستان قدس رضوی، مشهد، ایران. رایانامه: arabshahi@islamic-rf.ir

۳. استادیار، گروه فقه، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران. رایانامه: sajjadizadeh@razavi.ac.ir

اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۲/۲۷
تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۵/۲۶
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۶/۲۰
تاریخ انتشار برخط: ۱۴۰۳/۰۷/۰۷

کلیدواژه‌ها:
مشارکت کاهنده، شرط، بیع، شرکت، سود.

چکیده

مشارکت کاهنده، عقد شرکتی است که طی شرطی ضمن عقد، شرکا را ملزم به خریدوفروشِ تدریجی سهام می‌نماید. به دلیل عدم درک صحیح از این نوع عقد مشارکت، چند شبههٔ فقهی به‌ویژه از سوی فقهای اهل‌سنت معاصر متوجه این عملیات تجاری گردیده که عبارت‌اند از: شبههٔ وقوع دو عقد در یک عقد، شبههٔ غرری بودن، شبههٔ معاملهٔ کالی به کالی، شبههٔ قرض ربوی و استفاده از حیل ربا، مخالفت با تنجیز عقد و شباهت به بیع عینه. این پژوهش ضمن بررسی مختصر ماهیت مشارکت کاهنده، به بررسی و پاسخِ شبهات مذکور پرداخته و به‌طور خلاصه اساسِ ردِ این شبهات را در توجه به سه عنصرِ دخیل در مشارکت کاهنده می‌داند، که عبارتند از: ۱.شناساییِ شرطِ مندرج ضمن این عقد به‌عنوان یک تعهد به انجام بیع نه تحقق بیع؛ ۲.توجه به عدم تضمین سود و اصل سرمایه در این معامله از سوی هیچ کدام از شرکا؛ ۳.علم شرکا به احتمال وقوع سود و زیان در این نوع از مشارکت. پژوهش حاضر با روش توصیفی - تحلیلی و مطالعهٔ اسناد کتابخانه‌ای به بررسی این شبهات فقهی و حل و رفع تفصیلی آن‌ها پرداخته و در نهایت، هیچ کدام از شبهاتِ مطرح‌شده به این عقد را وارد نمی‌داند.

استناد: صدیقیان کاخکی، سید مجتبی؛ عربشاهی، محمد؛ سجادی‌زاده، سید علی. (۱۴۰۴). ارزیابی نقدهای مطرح‌شده دربارهٔ عقد مشارکت کاهنده. آموزه‌های فقه مدنی، ۱۷(۳۱)، ۱۱۹-۱۴۸.
https://doi.org/10.30513/cjd.2024.6041.1964
ناشر: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.

© نویسندگان.

مقدمه

با گذشت زمان و تغییر نیازهای اقتصادی و تجاری، همواره قراردادها و معاملات تجاری دستخوش تحول و روزآمدی بوده‌اند. تغییر در شیوهٔ معاملات، ترکیب قراردادها، ایجاد روش‌های نو در پرداخت و... از این قبیل است. ضروری است پژوهشگران حوزهٔ فقه سهم خود را در تطبیق این شیوه‌های نو با شرعیت مقدس اسلام ایفا نمایند. از جملهٔ این روش‌های جدید انجام معاملات بر اساس قراردادهای مرکب است؛ قراردادهایی که ترکیبی از چند عقد می‌باشند. عقد مشارکت کاهنده نیز از زمرهٔ این قراردادهاست؛ عقدی که خود دربردارندهٔ شروط و قراردادهای دیگری است. این قرارداد بر اساس نیازهای جامعهٔ تجاری و اقتصادی امروز به‌منظور مشارکت‌های کلان در پروژه‌های اقتصادی، تولیدی و... ایجاد شده است که طی آن، سرمایه‌گذار به‌عنوان شریک با سرمایه‌پذیر، در یک طرح تجاری یا تولیدی، سرمایه‌گذاری و مشارکت می‌نماید و در ضمنِ این عقدِ شرکت، تعهدی بر فروش تدریجی سهام یک شریک به شریک دیگر درج می‌گردد (ترابی، ۱۴۲۶، ص۱۲۰؛ شبیر، ۲۰۰۷، ص۳۳۴). این قرارداد که در قوانین بانکی کشور نیز به آن اشاره شده است،[1] با شبهاتی از منظر شرعی مواجه گردیده که برای اطمینان از صحیح

---

۱. گرچه در قوانین بانکی کشور به عنوانِ کلیِ مشارکت مدنی اشاره شده است، مانند مواد ۱۸، ۱۹، ۲۳ و ۲۴ آیین‌نامهٔ تسهیلات اعطایی بانک‌ها ابلاغی از شورای پول و اعتبار که به عنوان کلی مشارکت مدنی پرداخته، اما تعریف مشارکت کاهنده و اشاره به آن فقط در دستورالعمل اجرایی نحوهٔ امهال مطالبات مؤسسات اعتباری (مصوب ۱۳۹۹/۰۷/۱۳) به چشم می‌خورد. الحاقیهٔ این مصوبه اشاره به این نوع از مشارکت و تعریف آن دارد: «مشارکت مدنی کاهنده: قراردادی است که به‌موجب آن، مؤسسهٔ اعتباری و مشتری ضمن قرارداد (شرکت نامه) توافق می‌نمایند که مشتری به‌تدریج و بر اساس جدول زمان‌بندی، سهم‌الشرکهٔ مؤسسهٔ اعتباری را تملک نماید». همچنین مادهٔ ۳۲ این مصوبه به شراکت بانک و مشتری و خرید تدریجی سهم‌الشرکه توسط بانک اشاره می‌کند و می‌گوید: «در امهال مطالبات از طریق انعقاد قرارداد در قالب عقد مشارکت مدنی کاهنده، مؤسسهٔ اعتباری بر اساس قرارداد (شرکت نامه) منعقده با مشتری به میزان مطالبات خود در کسب‌وکار مشتری شریک می‌گردد و سهم‌الشرکهٔ وی به‌صورت تدریجی / یک‌جا بر اساس جدول زمان‌بندی با تأیید مؤسسهٔ اعتباری به مشتری واگذار می‌شود.

تبصره: امهال مجدد قرارداد در قالب عقد مشارکت مدنی کاهنده، در چهارچوب مفاد مادهٔ ۱۶ (مادهٔ ۱۷ در اصلاحیهٔ دستورالعمل) این دستورالعمل امکان‌پذیر می‌باشد».[1] گرچه مصوبهٔ فوق سازوکار مستقل و مدونی برای شناسایی مشارکت به شرط بیع به‌عنوان یک قرارداد بانکی نمی‌باشد، اما با شناسایی و تعریف این قرارداد به‌عنوان روشی برای امهال مطالبات به این نوع از مشارکت وجههٔ قانونی داده است.

بودن این قرارداد و غیرربوی بودن آن، پژوهش حاضر به بررسی این شبهات خواهد پرداخت. بررسی، حل، رفع یا تأیید شبهات فقهیِ پیرامون چنین قراردادهایی ضرورتی است بر عهدهٔ پژوهشگران فقه مدنی تا فعالان اقتصادی با خاطری آسوده از صحت این عقود به انجام معاملات مورد نیاز خود بر اساس چنین قراردادهایی بپردازند، چراکه پیش‌گیری از سقوط در پرتگاه‌هایی چون ربا نیاز به دقت و امعان نظر متخصصین فقه اسلامی دارد، چنان‌که امیرالمؤمنین علی(ع) فرمود: «اَلْفِقْهَ ثُمَّ الْمَتْجَرَ اَلْفِقْهَ ثُمَّ اَلْمَتْجَرَ وَاللَّهِ لَلرِّبَا فِي هَذِهِ الْأُمَّةِ دَبِيبٌ أَخْفَى مِنْ دَبِيبِ النَّمْلِ عَلَى الصَّفَا» (شیخ صدوق، ۱۴۱۳، ج۳، ص۱۹۵).

این سخن نشان از ضرورت دقت در تطبیق تجارت با شریعت دارد. لذا این پژوهش با شیوهٔ تحلیلی - توصیفی و مطالعهٔ اسناد کتابخانه‌ای و با هدف بررسی دقیق شبهات وارده به عقد مشارکت کاهنده، و حصول اطمینان از تطابق این فعالیت تجاری با دستورات شارع مقدس، انجام خواهد شد.

پیشینه: تاکنون پژوهشی مستقل عهده‌دار بررسی شبهات فقهی پیرامون عقد مشارکت کاهنده نگردیده، اما در عنوان کلیِ مشارکت کاهنده تحقیقاتی ارائه شده است. گرچه در این عنوان نیز هنوز پژوهشی در قالب کتاب تدوین و ارائه نشده و تمام پژوهش‌های انجام‌شده در این موضوع در قالب مقاله می‌باشد. از جمله چند مقاله به زبان عربی در سیزدهمین شمارهٔ مجلهٔ مجمع الفقه الاسلامی در سال ۱۴۲۲ق به این موضوع پرداخته‌اند که عبارت‌اند از:

«المشارکة المتناقصة وأحکامها فی ضوء ضوابط العقود المستجدة» از نزیه کمال حماد؛

«المشارکة المتناقصة وصورها» از وهبة الزحیلی؛

«المشارکة المتناقصة طبیعتها وضوابطها الخاصة» از عبدالسلام العبادی.

و در سال‌های بعد:

مقالهٔ «عقد المشارکة المتناقصة» اثر حسین کامل فهمی در مجلهٔ مجمع الفقه الاسلامی؛

«المشارکة المتناقصة؛ صورها و احکامها»، به قلم مرتضی ترابی در مجلهٔ فقه اهل

بیت(ع).

همچنین مقالاتی به زبان فارسی با عناوین:

«بررسی فقهی و اقتصادی ابزار تأمین مالی مشارکت کاهنده»، اثر معصومی‌نیا و غلامی در مجلهٔ اقتصاد اسلامی؛

«اوراق مشارکت کاهنده؛ راهکار عملیاتی در تأمین مالی فرایند ادغام و تملک»، اثر سعید و موسی احمدی در مجلهٔ تحقیقات مالی اسلامی.

در حوزهٔ کتاب نیز گرچه کتاب مستقلی در این موضع در دست نیست، اما می‌توان دو کتاب را که بخش‌هایی از آن به این موضوع پرداخته‌اند نام برد: بحوث فی الفقه المعاصر، به قلم حسن جواهری و المعاملات المالیة المعاصرة فی الفقه الإسلامی، اثر محمد عثمان شبیر.

اما نوآوری و تفاوت پژوهش حاضر پرداختن به شبهات فقهی وارد بر عقد مشارکت کاهنده می‌باشد، چراکه هیچ اثری، پژوهشی مستقل در این موضوع ارائه نداده است.

۱.مفهوم شناسی

۱-۱. عقود مرکب

چنان‌که در مقدمه بیان شد، مشارکت کاهنده از جمله عقود مرکب یا قراردادهای تلفیقی است. با توجه به اهمیت این عنوان در بررسی شبهات فقهی و همچنین تأثیر این معرفی در شناخت بنیان مشارکت کاهنده، قبل از پرداختن به مفهوم مشارکت کاهنده، مفهوم قراردادهای ترکیبی بررسی خواهد شد. عقد مرکب یا قرارداد تلفیقی، یعنی عقدی که متضمن چند عقد است. آیت‌الله حسن جواهری «قراردادهای ترکیبی» (العقود المجتمعة) را که «مشارکت کاهنده» نیز یکی از همین قراردادهاست، چنین تعریف می‌کند: «عقود ترکیبی، منظومه‌ای از قراردادها (عقود) است که با یکدیگر مرتبط هستند و به یک هدف منتهی می‌شوند و آن قرارداد اصلی است» (جواهری، بی‌تا، ج۲، ص۸۶). اشاره به این‌گونه عقود در آثار فقهای عظام نیز سابقه داشته است و ایشان برخی از عقود را عقد مرکب دانسته‌اند، گرچه به‌طور مستقیم از این عنوان استفاده نکرده‌اند، مانند آنچه شهید ثانی در باب قِراض می‌گوید: «لا خلاف فی کون القراض من العقود الجائزة من الطرفین، ولأنّه

وکالة فی الابتداء، ثمّ قد یصیر شرکة، وهما جائزان أیضاً» (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج۴، ص۳۴۴).

یا صاحب جواهر در مضاربه بیان نموده است: «ولکن یتبعها أحکام عقود کالوکالة والودیعة والشرکة، وغیرها کالغصب وأجرة المثل ونحوها» (نجفی، ۱۳۶۲ق، ج۲۶، ص۳۳۸).

۱-۲. مشارکت کاهنده

مشارکت کاهنده از جمله عقود سرمایه‌گذاری جدید است. لذا قبل از پرداختن به ماهیت و تحلیل این عقد نگاهی به تعاریف فقیهان معاصر خواهد شد. استاد مرتضی ترابی در تعریف مشارکت کاهنده می‌گوید: توافق برای شراکت در سرمایه‌گذاری پروژهٔ اقتصادیِ دارای سود قابل برداشت با اعطای حق خرید دفعی یا تدریجی سهام یک شریک به شریک دیگر طبق شروط توافق‌شده از سود سرمایه‌گذاری مشترک یا از پولی دیگر. این قرارداد اغلب بین مؤسسهٔ مالی یا بانک و اشخاص حقیقی یا حقوقی محقق می‌شود (ترابی، ۱۴۲۶، ص۱۲۰)، چنان‌که از تعریفِ بیان‌شده مشخص می‌شود، نکتهٔ متمایزکنندهٔ این نوع سرمایه‌گذاری و مشارکت با سایر انواع سرمایه‌گذاری و مشارکت، اعطای حق خرید به یکی از شرکاست. این توافق شریک مقابل را که معمولاً سرمایه‌گذار است ملزم به فروش سهام خود می‌نماید و طبق توافق، این خریدوفروش می‌تواند دفعی یا تدریجی باشد، که در نهایت منجر به خرید تمام سهام توسط یک شریک و مالکیت تمام شرکت خواهد شد. این حق که به‌صورت یک شرط در ضمن قرارداد شرکت لحاظ خواهد شد، مهم‌ترین وجه تمایز این نوع سرمایه‌گذاری و مشارکت با سایر انواع مشابه مانند مضاربه، مشارکت مدنی، بیع نسیه، خرید دین و... می‌باشد. تعریف دیگری از یک عالم اهل‌سنت، دکتر محمد شبیر، نیز قابل تأمل است. او این عقد را «المشارکة المنتهیة بالتملیک» نام گذاشته و در معرفی آن بیان داشته است: مشارکت کاهنده، شرکتی است که در آن بانک به شریک این حق را می‌دهد که یک‌باره یا به‌صورت اقساط بر حسب شرایط توافق‌شده جایگزین او در مالکیت شرکت شود. این مشارکت از نظر این‌که بانک به‌عنوان شریک از تمام حقوق شریک در شرکت دائم برخوردار است و همهٔ تعهدات شریک را دارد، مشابه شرکت دائمی است و تفاوت آن با شرکت دائمی در عنصر دوام و استمرار می‌باشد، زیرا بانک در

مشارکت کاهنده قصد ادامهٔ شرکت را ندارد و به شریک دیگر این حق را می‌دهد که در مالکیت پروژه جایگزین وی شود، درحالی‌که در یک شرکت دائمی قصد بانک ادامهٔ شراکت تا پایان و انحلال شرکت است (شبیر، ۲۰۰۷، ص۳۳۴). او ضمن معرفی این عنوان به نکته‌ای اشاره می‌کند و آن وجه تمایز این نوع از شرکت با سایر انواع شرکت است که در کنار شرطِ بیان‌شده (اعطای حق خرید سهام به یک شریک) وجه تمایز دیگر این قرارداد می‌باشد، و آن تمایز در عنصر دوام و استمرار یا موقتی و زمان‌دار بودن است، چراکه در سایر انواع شرکت، شرکا به قصد استمرار و ادامهٔ شراکت تا پایان و تسویهٔ نهایی اقدام می‌کنند، اما در مشارکت کاهنده یکی از شرکا قصد استمرار ندارد و از ابتدا به قصد شراکت در مدتی محدود و تا تحقق شرطِ خریدِ تمام سهامش توسط شریک دیگر اقدام نموده است. البته در مقایسهٔ این دو تعریف می‌توان نقدی به تعریف محمد شبیر داشت که او با عبارت «شرکة یعطی المصرف فیها الحق للشریک» (شبیر، ۲۰۰۷، ص۳۳۴)، یک طرف از این شراکت را منحصر در بانک دانسته است، درحالی‌که هیچ منعی از تحقق این شراکت و سرمایه‌گذاری میان اشخاص حقیقی وجود ندارد. لذا استاد مرتضی ترابی در تعریف خود این نکته را چنین متذکر شده است: «والغالب تحققها بین مؤسسة مالیة من مصرف وغیره وبین شخص طبیعی» (ترابی، ۱۴۲۶، ص۱۲۰) و تحقق این نوع شرکت غالباً بین شخصیت حقوقی مانند بانک و شخص حقیقی یا حقوقی دیگر مانند شرکت خواهد بود.

۱-۲-۱. بررسی و تحلیل ماهیت مشارکت کاهنده

جهت شناخت بهتر این نوع از مشارکت، در ادامه به بررسی و تحلیل ماهیت و وجوه امتیاز مشارکت کاهنده پرداخته خواهد شد، چراکه شناخت دقیق ماهیت این مشارکت در نقد و بررسی شبهات راهگشا خواهد بود.

ماهیت مشارکت کاهنده استوار بر چند عنصر اساسی می‌باشد:

عنصر اول: مشارکت و ایجاد عقد شرکت، چراکه برای تحقق مشارکت کاهنده و امکان معامله و کسب سود با مال مشترک نیاز به سببی مستقل است و آن سبب عقدی بین شرکاست برای انجام معامله با مال مشترک، که در فقه به آن شرکت عقدی یا شرکت

اکتسابی و در حقوق، شرکت مدنی[۱] می‌گویند. نتیجهٔ این عقد همان غرض مشارکت کاهنده یعنی تصرف در مال مشترک و کسب سود و تجارت خواهد بود، چراکه در شرکت غیرعقدی هیچ کدام از شریک‌ها بدون اجازهٔ دیگری حق تصرف در مال مشترک را ندارند و انعقاد عقد شرکت موجب رفع این مانع از تصرف و انجام تجارت با مال مشترک خواهد بود. توجه به این نکته نیز ضروری است که منظور از این عقد و سبب در تحقق شرکت غیر از اسباب پنج‌گانهٔ تحقق شرکت[۲] است، چراکه این اسباب فقط موجب ایجاد شراکت می‌شود، اما برای جواز در تصرف و انجام معاملات با مال مشترک باید شرکتی عقدی تأسیس نمود. لذا مشارکت کاهنده از نوع شرکت عنان خواهد بود، چنان‌که فقها در تعریف شرکت عنان آن را مشارکت چند نفر در اموال برای تجارت و کسب سود معرفی نموده‌اند. این نوع از شرکت عنان تنها روش مورد قبول فقها برای تحقق شرکت عقدی می‌باشد (موسوی خمینی، بی‌تا، ج۱، ص۵۹۳)

عنصردوم: شرط واگذاری به‌عنوان دومین عنصر تشکیل‌دهندهٔ ماهیت فقهی، حقوقیِ مشارکت کاهنده مورد توجه است. منظور از «شرط واگذاری» درج شرط واگذاری تدریجی یا دفعی سهام یک شریک به شریک دیگر، در ضمن عقد شرکت است. در واقع، این شرط نیز برآورندهٔ غرض متعاقدین از انعقاد این عقد شرکت خواهد بود.

همچنین باید یادآور شد که شرط ضمن عقد بر اساس متعلق شرط و ثمر آن به سه دسته تقسیم گردیده است که به‌اختصار عبارت‌اند از:

۱. شرط وصف، یعنی متعاقدین التزام و وفای به مفاد عقد را بر تحقق مشروط (وصف) در خارج معلق نموده‌اند. پس با تحقق وصف در خارج، مشروط‌له باید به مقتضای عقد وفا کند و در فرض عدم تحقق وصف، وی از خیار تخلف برخوردار می‌شود، و بین التزام به مفاد عقد و ابطال آن مخیر خواهد بود (نک: خویی، ۱۴۱۴، ج۱، ص۱۸۰-۱۸۳). اما قطعاً شرط بیع، در این دسته (شرط وصف) قرار نخواهد گرفت.

۲. شرط نتیجه یا شرط غایت، در جایی است که نتیجهٔ یک انشا یا فعل، متعلق شرط

---

۱. مواد ۵۷۱ تا ۶۰۶ قانون مدنی به این موضوع پرداخته‌اند.

۲. اسباب پنج‌گانه برای تحقق شرکت عبارت‌اند از: ۱. ارث، ۲. عقد ناقل، ۳. امتزاج، ۴. حیازت و احیا، ۵. تشریک (فاضل لنکرانی ۱۴۲۵، ص۹۴).

قرار گیرد، مانند تملیک و تصرف در مبیع که نتیجهٔ بیع است. در این حالت، وقتی این شرط ضمن یک عقد درج شود بدون انشا، نتیجهٔ آن محقق خواهد شد. مثلاً ضمن عقد بیع یک خانه شرط شود که اثاث موجود در خانه هم به تملک خریدار درآید. در صحت یا عدم صحت شرط نتیجه اقوالی بین فقها مطرح است (خویی، ۱۴۱۴، ج۱، ص۱۸۳-۱۸۶)، گرچه اکثر معاصرین قائل به تفصیل در این شرط شده‌اند، به این صورت که اگر نتیجهٔ شرط‌شده نیاز به سبب شرعی خاصی داشته باشد، مانند صیغهٔ بیع یا صیغهٔ نکاح، چنین شرطی به دلیل مخالفت با کتاب و سنت باطل خواهد بود، چراکه تحقق نتیجه بدون وجود سبب معتبر شرعی ممکن نیست. اما اگر در تحقق نتیجه سبب شرعی خاصی معتبر نباشد چنین شرطی صحیح خواهد بود، مانند وکالت[1] (انصاری، ۱۴۱۵، ج۶، ص۵۹-۶۱؛ سبزواری، ۱۴۱۳، ج۱۷، ص۲۲۰؛ فاضل لنکرانی ۱۴۲۵، ص۵۹۲-۵۹۳؛ همدانی، ۱۴۱۷، ج۱۴، ص۶۲۶).

شرط بیع سهام، مندرج در ضمن عقد مشارکت کاهنده را به یک اعتبار می‌توان شرط نتیجه محسوب نمود، اگر متعاقدین شرط نمایند که در تاریخ یا تاریخ‌های مقرر با پرداخت ثمن معین، سهام مورد توافق، از ملکیت یک شریک خارج شود و به تملیک شریک دیگر درآید. در این فرض دو حالت متصور خواهد بود:

اول: در این شرط شریک واگذارکننده به شریک خریدار وکالتِ فروش مقدار معین سهام خود با مبلغ معین در تاریخ‌های مقرر را اعطا می‌نماید که نتیجهٔ این شرط داشتنِ وکالت برای خرید سهام با مبلغ معین در تاریخ‌های مقرر خواهد بود. در چنین حالتی شرط صحیح خواهد بود و مخالفتی با کتاب و سنت یا خللی در سایر شروط صحت شرط در آن مشاهده نخواهد شد.

دوم: در این حالت شرط می‌شود که خریدار در تاریخ‌های مقرر با پرداخت مبلغ معین مالکِ حصه (سهم) مشخصی از سهام فروشنده شود، که نتیجهٔ چنین شرطی تملیک ثمن برای فروشنده و سهام معین برای خریدار است. این حالت خود دارای دو فرض خواهد بود:

---

۱. بیان این توضیح در ابتدای مباحث خالی از فایده نخواهد بود که با توجه به آرای موجود دربارهٔ ماهیت وکالت، و نظریهٔ انعطاف ماهیت وکالت، کاربست آن در عقودی چون مشارکت کاهنده بسیار راهگشا خواهد بود (نک: عزیزاللهی و دیگران، ۱۴۰۳، ص۱۲۷-۱۴۰).

الف. بیع محقق‌شده بیعی معاطاتی است و صرف نقل‌وانتقال در تحقق آن کافی است، و با انجام نقل‌وانتقال نتیجه محقق خواهد شد. در نتیجه با نقل‌وانتقال و تصرف طرفین بیع محقق می‌شود.

ب. بیع محقق‌شده نیاز به سبب شرعی یعنی صیغهٔ بیع دارد. در این صورت، اگر شرط مذکور شرطِ نتیجه باشد خلاف کتاب و سنت خواهد بود.

خلاصهٔ کلام را می‌توان چنین بیان نمود: «فالأقوی صحة اشتراط الغایات التی لم یعلم من الشارع إناطتها بأسبابٍ خاصّة» (انصاری، ۱۴۱۵، ج۶، ص۶۱).

۳. شرط فعل، آن‌جا که متعلق شرط، اشتراط انجام کاری در ضمن عقد است، مثلاً اگر در شرط نتیجه، متعلق شرط تحققِ نتیجهٔ بیع یا نتیجهٔ وکالت باشد، در شرط فعل، متعلق شرط انجام بیع یا اعطای وکالت است. این شرط به اتفاق علما صحیح و لازم‌الوفاء است (نک: خویی، ۱۴۱۴، ج۱، ص۱۹۴).

بهترین صورت برای متعلق شرط بیع در ضمن عقدِ مشارکت کاهنده، در نظر گرفتن آن به‌صورت شرط فعل است، به این معنا که در هر مرحله از تاریخ‌های مقرر طبق شرط فعل مندرج در عقد، متعاقدین موظف به انجام یک معامله خواهند بود، که در این فرض، هر مرحله از واگذاری با قبض و اقباض و سایر شرایط معتبر در بیع همراه خواهد بود. قانون نیز در این تقسیم‌بندی و تعاریف از فقه پیروی نموده است و این تقسیمات را معتبر و نافذ می‌داند.[۱]

عنصر سوم: سرمایه‌گذاری به قصد کسب سود، که عنصری اساسی در تشکیل این نوع از مشارکت می‌باشد. سود حاصل در این قرارداد ناشی از فعالیت اقتصادی خواهد بود، لذا طبق طبیعت این فعالیت نه تحقق آن قطعی است و نه مبلغ آن مشخص است. البته متعاقدین می‌توانند در شیوهٔ تقسیم سود و درصدِ اختصاص‌یافته به هر شریک توافق کنند.

---

۱. مادهٔ ۲۳۴ قانون مدنی: «شرط بر سه قسم است: شرط صفت. شرط نتیجه. شرط فعل اثباتاً یا نفیاً. شرط صفت عبارت است از شرط راجعه به کیفیت یا کمیت مورد معامله. شرط نتیجه آن است که تحقق امری در خارج، شرط شود. شرط فعل آن است که اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از متعاملین یا بر شخص خارجی شرط شود».

عنصر چهارم: عدم دوام، بدین معنا که شراکت در مشارکت کاهنده از ابتدا موقتی است و طرفین شراکت خود را برای مدتی محدود، و تا زمان انتقال تمام سهم‌الشرکهٔ یک شریک به شریک دیگر، بنا نموده‌اند.

نیز از تعریف مشارکت کاهنده و تحلیل ماهیت آن آشکار می‌شود که این عقد، مرکب از عقود شرکت، وکالت و بیع است.

با توجه به نکات فوق، تعریف مشارکت کاهنده عبارت است از: انعقاد عقد شرکت به قصد فعالیت اقتصادی و کسب سود، با درج شرط اعطای حق خریدِ دفعی یا تدریجیِ تمام سهام یک شریک توسط شریک دیگر، تا زمان انتقال تمام سهام یک شریک به شریک دیگر و پایان شراکت.

۲. شبهات فقهی

پس از مطالعه و بررسی پژوهش‌های صورت‌گرفته در موضوع مشارکت کاهنده، می‌توان چندین ایراد یا شبههٔ فقهی را نسبت به این قرارداد در آثار محققین، به‌ویژه در میان فقیهان اهل‌سنت معاصر مشاهده نمود. در ادامه، به بررسی برخی از این شبهات پرداخته خواهد شد.

۱-۳. مشارکت کاهنده مصداق دو بیع در یک بیع

واضح است که «شرط بیع» به‌عنوان اساس عقد مشارکت کاهنده محسوب می‌شود و بدون چنین شرطی این مشارکت از هر نوعی می‌تواند محسوب شود، مگر مشارکت کاهنده. لذا اولین ایراد به این مشارکت به اساس آن یعنی شرط بیع وارد شده است.

۲-۱-۱. بیان اشکال

دکتر وهبه زحیلی، در عین حال که این نوع از مشارکت را صحیح و مورد تأیید شرع دانسته است، اما تعهد به بیع را از لحاظ حکم وضعی در معامله مؤثر نمی‌داند، بلکه صرفاً وفای به وعده را از لحاظ تکلیفی اثرگذار می‌داند، به این معنا که وفای به آن از لحاظ دینی و اخلاقی واجب و تخلف از آن حرام است. اما تخلف از این وعده تأثیر وضعی مانند ایجاد حقِ فسخ یا الزام متخلف به انجام تعهد و... در عقد مذکور نخواهد داشت. این محقق تعهد بیع را چنین معرفی می‌کند: «الوعد بالتملیک أو الوعد بالتملک دون

المواعدة الملزمة للطرفين» (زحیلی، ۱۴۲۲، ص۸۶۸).

لذا طبق اشکال فوق، در صورتی که شرط واگذاری مندرج در عقد شرکت را شرطی لازم‌الاجراء و واجب‌الوفاء بدانیم موجب می‌شود عقد مذکور مصداق دو عقد در یک عقد قرار گیرد، که از موارد نهی‌شده در شریعت است. در نتیجه، این شرط را شرطی غیرلازم فرض خواهیم کرد تا ایراد مذکور مرتفع گردد، چه در این صورت، شرط مذکور نوعی وعدهٔ غیرلازم محسوب می‌شود و مصداق بیع و عقد ثانی نخواهد بود.

ریشهٔ اشکال این فقیه شافعی را می‌توان در دو امر بیان نمود:

امر اول: این محقق می‌گوید: «أما المواعدة الملزمة للطرفين فهی أشبه بتعاقد ضمنی يجرّ الموضوع إلى عقدين فی عقد» (زحیلی، ۱۴۲۲، ص۸۶۸)، یعنی الزامی بودنِ شرط بیع، مشارکت کاهنده و شرط مندرج ضمن آن را از مصادیق دو عقد در یک عقد قرار خواهد داد.

امر دوم: فتوای شافعی و ابن‌حنبل که همراهی بیع و شرط را مبطل هر دو می‌دانند، چنان‌که شیخ طوسی گزارش نموده است: « من باع بشرط شیء، صح البیع ... و قال أبو حنيفة و الشافعی: يبطلان معاً» (طوسی،۱۴۰۷، ج۳، ص۲۹).

در نتیجه، اساس اشکال او به این شرط وقوع در یک عمل منهی‌عنه یعنی انجام دو عقد ضمن یک عقد، و احتمالاً همراهی شرط و عقد است، چه شارع مقدس از انجام دو معامله در یک معامله نهی نموده است. منشأ این نهی نیز روایاتی است که فریقین به آن استناد می‌نمایند، مانند روایتی از پیامبر(ص) که مواردی را نهی فرمود از جمله: «ونهی عن بيعَينِ فی بيع» (شیخ صدوق، ۱۴۱۳، ج۴، ص۸).

۲-۱-۲. نقد و حل

برای بررسی این اشکال فقهی باید اساس آن یعنی روایت مذکور و نیز فتوای شافعی مورد ملاحظه قرار گیرد، چنان‌که مستشکل بر پایهٔ روایت مذکور و امثال این روایت تعهد به فروش سهام را مصداق «بیعتین فی بیع» دانسته است.

اما دربارهٔ روایت باید گفت که مجمل و مبهم است. لذا فقها احتمالاتی برای این روایت بیان نموده‌اند. (حسینی عاملی، بی‌تا، ج۴، ص۴۳۲؛ روحانی،۱۴۱۴، ج۱۷، ص۴۱۲). این

احتمالات به‌اختصار عبارت‌اند از: ۱. فروش یک مبیع به دو قیمت؛ ۲. مبیع یا ثمنْ مردد و نامشخص باشد؛ ۳. فروش جنسی به‌نسیه به شرط خرید همان جنس بعد از معامله، نقداً و به قیمت کمتر (بیع عینه)؛ ۴. معامله یا شرط دیگری را در ضمن یک معامله وارد کند؛ ۵. فروش مبیع به سَلَم و خریدش در زمان تحویل به‌نسیه و مبلغ بیشتر؛ ۶. دو موضوع مختلف در یک عقد با یک قیمت مانند اجاره و بیع یا ازدواج و اجاره؛ ۷. در یک عقد دو کالا خریدوفروش شود، مثلاً کتاب به فلان مبلغ فروخته است و قلم به فلان مبلغ خریده شود (سبحانی، ۱۳۸۴، ص۳۵ و ۳۶)

از میان این صورت‌های متصور، حالت چهارم که درج شرط بیع در ضمن عقد مشارکت کاهنده است را می‌توان مشابه به موضوع بحث دانست. اما حالت مذکور نیز کمترین قرابت را در تطابق با روایت مورد استناد دارد، چراکه هیچ یک از فقها درج شرط در ضمن عقد را مصداق «بیعتین فی بیع» محسوب نمی‌کنند. از ظاهر روایت نیز که نهی از دو بیع در یک بیع است، اشاره به شرط به‌عنوان قصد شارع برداشت نمی‌شود. ضمن این‌که تمام فقها درج شرط در ضمن عقد را در صورت داشتن شرایط صحت و عدم وجود جهل در معامله صحیح و بلامانع می‌دانند، چه این‌که درج شرط در ضمن عقد سیرهٔ رایج بین مسلمین است.

همچنین حالت ششم از حالات متصور برای این روایت نیز می‌تواند تطابقی با مشارکت کاهنده داشته باشد، چراکه این عقد، مرکب از چند عقد مانند بیع یا وکالت است. اما باید گفت چنین فرضی نیز نمی‌تواند مصداق نهی نبوی باشد، زیرا این عقود هر کدام مستقلاً عقدی صحیح و مورد تأیید شارع است، و دلیلی بر فساد آن‌ها در صورت اجتماعشان در یک مجموعهٔ مرکب نداریم. لذا نمی‌توان ترکیب چند عقد را در ضمن یک عقد مرکب مصداقی برای نهی از «بیعتین فی بیع» دانست.

به‌علاوه، قبل از استدلال به این روایت باید اجمال و ابهام آن را نیز در نظر گرفت، چراکه این حدیث از نظر دلالت مجمل است و مقصود آن نیز ابهام دارد. فرض احتمالات چندگانه برای آن نیز ناشی از همین اجمال و ابهام است. لذا چنین روایاتی نمی‌تواند دلیلی بر فساد درج شرط لازم‌الاجراء در ضمن عقد باشد، درحالی‌که ادلهٔ بسیاری بر صحت درج شرط ضمن عقد و لزوم وفای به آن در دست است. در مراجعه به

ضوابط و قواعد کلی عقود و شروط نیز مانعی برای صحت درج و لزوم وفای به شرط مذکور (فروش تدریجی سهام یک شریک به دیگری) یافت نخواهد شد.

در مورد ریشهٔ فتوای بعض عامه نیز باید به ادامهٔ آنچه شیخ‌الطائفه در الخلاف از محمد بن سلیمان زهلی، در بیان سه نظر مختلف از سه فقیه کوفه، ابوحنیفه، ابن‌ابی‌لیلی و ابن‌شبرمه در پاسخ به پرسشی از همراهی بیع و شرط بیان نموده است، توجه کرد (طوسی، ۱۴۰۷، ج۳، ص۲۹ و ۳۰). توجه به این بیان و مفاد آن نشان می‌دهد ظاهراً مقصود این سه نفر از شرط، نوع فاسد آن است، چراکه درجِ شرط صحیح در عقود امری است که بین عقلا رایج بوده است و سیرهٔ مسلمانان نیز بر همین منوال بوده و هست.

اما در صورت پذیرش اشکال فوق در تعلق نهی نبوی به شرط بیعِ مندرج در عقد مشارکت کاهنده به دلیل وقوع دو بیع در یک بیع باید گفت چنین اشکالی نیز وارد نیست، چراکه در مرحلهٔ انعقاد عقد شرکت هنوز بیعی واقع نشده است که مصداق دو بیع در یک بیع باشد، بلکه شرط مذکور هنوز یک تعهد به انجام بیع است نه عقد بیعی که منعقد شده، لذا هنوز بیعی واقع نشده است که دو بیع در یک عقد باشد.

در پایان باید گفت استدلال این فقیه به نهی از دو معامله در یک معامله برای رد شرط بیع مندرج در ضمن عقد مشارکت کاهنده و تنزل آن از تعهد لازم‌الوفاء و واجب‌الاجراء به وعده‌ای که تعهد به اجرای آن امری اخلاقی و دینی است صحیح نمی‌باشد. تغییر عنوان از شرط به وعد قطعاً موجب تغییر در ماهیت عقد مشارکت کاهنده خواهد شد، چه چنین برداشتی از شرط بیعِ مندرج در مشارکت کاهنده غرض از این مشارکت را با مشکل مواجه خواهد نمود، زیرا یکی از عناصر مهم تشکیل‌دهندهٔ ماهیت این مشارکت کاهش و افزایش تدریجی سهام طرفین است. در جایی که این شرط ضمانت اجرایی نداشته باشد درج آن نقض غرض خواهد بود. همچنین باید در نظر داشت که در امور اقتصادی به‌ویژه در مسائل کلان تجاری، مخصوصاً با توجه به آنچه امروز در فضای تجاری، اقتصادی ایران و جهان در جریان است، تعهد اخلاقی و دینی به یک عمل، هیچ ضمانت اجرایی نخواهد داشت. پس وجه امتیاز این عقد یعنی شرط بیع از بین می‌رود و این شرکت، مشارکتی مانند سایر شرکت‌ها خواهد بود، چراکه در هر مشارکتی ممکن است طرفین از لحاظ اخلاقی متعهد به فروش سهام به شریک خود شوند.

ضمن این‌که باید توجه داشت که در هنگام انعقاد عقد شرکت، شرط مذکور، چه شرط فعل باشد و چه شرط نتیجه، فقط یک تعهد به انجام بیع در زمان مقرر است و نمی‌توان آن را عقد یا بیع لحاظ نمود تا بخواهیم آن را مصداق «بیعتین فی بیع» محسوب کنیم. لذا ثمره‌ای در لازم یا غیرلازم دانستن این شرط نهفته نخواهد بود.

۲-۲. غرری بودن تعیین و توافق ابتدایی بر قیمت سهام

از جمله اشکالات به شیوهٔ قیمت‌گذاری سهام در مشارکت کاهنده، این است که در صورت تعیین و توافق ابتدایی بر قیمت سهام، این بیع غرری و موجب غبن خواهد بود. علت این امر نوسانات قیمتی در بازار است.

۲-۲-۱. بیان اشکال

آن‌گونه که هیئت فتوا و نظارت شرعی بانک اسلامی دبی در پاسخ به سؤالی دربارهٔ شیوه قیمت‌گذاریِ سهام در فتوای شمارهٔ ۳۳ خود بیان نموده است: «مقرر شده است که فروش سهم به ارزش روز بازار برآورد شود و نه به ارزش اسمی و توافقی. این مرجع تشخیص می‌دهد که قواعد شرعیِ ممنوع‌کننده غبن و بخس (بی‌ارزش نمودن)، تعیین قیمت در قرارداد مشارکت را منع می‌کند، زیرا با توجه به افزایش یا کاهش مستمر قیمت‌ها، تعیین قیمت موجب غبن یکی از شرکا می‌شود. بنابراین طرفین باید ارزش سهم فروخته‌شده به مشتری را در زمان فروش طبق قوانین عرضه و تقاضا و به شرط ارزیابی توسط کارشناس منصف و امین قیمت‌گذاری کنند» (زحیلی، ۱۴۲۲، ص۸۷۰)

در حقیقت، اشکال فوق به شیوهٔ اجرای یکی از روش‌های توافق بر قیمت سهام در زمان واگذاری است که مستشکل با توجه به نواسانات قیمتی تعیین و توافق ابتدایی بر قیمت سهام را قبل از زمان سررسیدهای واگذاری موجب غبن و ضرر یکی از طرفین به‌ویژه واگذارکننده می‌داند. گرچه این اشکال به اساس مشارکت کاهنده وارد نیست، ولی ازآن‌جاکه توافق قبلی بر قیمت واگذاری امری رایج در این‌گونه قراردادهاست، به حل و نقد آن پرداخته می‌شود.

۲-۲-۲. نقد و حل

نگارندگان معتقدند پاسخ به اشکال فوق از دو منظر ممکن است:

اول: با توجه به قید توافق و اختیار طرفین و عدم اجبار، اکراه و جهل در تعیین و توافق بر قیمت، می‌توان جهت دفع این اشکال به قواعدی چون تسلیط و اقدام تمسک نمود. قاعدهٔ تسلیط دارای پشتوانهٔ قوی شرعی از کتاب[۱] و سنت[۲] و اجماع است. این قاعده قابل جریان در موضوع بحث می‌باشد، چراکه هر یک از شرکا بدون مانع بر مال خود مسلط و امکان قیمت‌گذاری و تعیین شیوهٔ آن در زمان توافق را دارند. نیز قاعدهٔ اقدام که مفاد آن عدم ضمان دیگران در اقدام اشخاص به ضرر خویش است، چه در فرض مذکور فروشنده با اختیار خود نسبت به توافق بر قیمت اقدام نموده است. همچنین طبق عمومات لزوم وفای به عهد و شرط، هر صاحب سهامی می‌تواند نسبت به قیمت سهام خود توافق نماید، و موظف است در زمان معامله طبق قیمت مورد توافق عمل نماید. با توجه به قواعد مذکور، احتمال وقوع ضرر در آینده، ناشی از تعیین و توافق بر قیمت سهام، مانعی برای این صحت این قرارداد نمی‌باشد.

دوم: نقض به باب وکالت، چنان‌که در صورت پذیرش این ایراد، هیچ وکیلی نخواهد توانست بر خریدوفروش به قیمت مشخص در زمان اعطای وکالت اقدام نماید (ترابی، ۱۴۲۶، ص۱۳۳)، چراکه همین ایراد وارد خواهد بود، حال‌این‌که هیچ منعی بر این امر وارد نشده است. در عین حال، وکیل فقط مجری اجرای بیع می‌باشد و دخالتی در تعیین قیمت ندارد که موجب ایجاد غبن شود و توافق ابتدایی بین مشتری حتی اگر موجب غبن و ضرر شود منعی نخواهد داشت، به این معنا که موکل خود رأساً این توافق را پذیرفته و با علم به نوسانات بازار به وکیل در خرید یا فروش به قیمت مشخص وکالت اعطا نموده است.

در نتیجه، با توجه به اختیارِ سرمایه‌گذار در انتخاب روش قیمت‌گذاری و قواعد و ادلهٔ این موضوع، همچنین با نگاه به روش جاری در معاملات وکالتی، توافق و تعیین قیمت سهام برای مراحل فروش مجاز خواهد بود، ولو موجب ضرری به فروشنده شود، چراکه او در این امر مختار بوده است.

---

۱. نساء/۲ و ۲۹؛ بقره/ ۱۸۸.

۲. نبوی مشهور: «قَالَ(ص): إِنَّ اَلنَّاسَ مُسَلَّطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ» (مجلسی، ۱۴۰۳، ج۲، ص۲۷۲)

۲-۳. مشارکت کاهنده مصداق معاملهٔ دَیْن به دَیْن(کالی به کالی)

بیع دین به دین یا کالی به کالی[۱] از عناوین فقهی است که در تعیین مصادیق آن بین فقها اختلاف نظر وجود دارد. اما در یک تعریف کلی، می‌توان گفت: معامله‌ای است که ثمن و مبیع، کلی، مؤخر و مؤجَّل (زمان‌دار) باشند، به این معنا که ثمن و مبیع مدت زمانی پس از انعقادِ قراردادِ بیع تسلیم می‌شوند. برای تحریم این‌گونه از معامله، ادله‌ای از سنت[۲] و اجماع (برای اجماع نک: طباطبایی، ۱۴۱۹، ج۸، ص۴۵۶) در دست می‌باشد.

۲-۳-۱. بیان اشکال

بیشترین اشکال به این عقد متوجه شرط بیعِ مندرج در آن است. نگارندگان معتقدند با دقت در شرط مذکور، شمول این شرط تحت مصداق بیع کالی به کالی (دین به دین) به‌عنوان یک اشکال فقهی قابل طرح می‌باشد، چراکه تعهد طرفین به خریدوفروش سهم در آینده (مؤجَّل)، در حالی که قیمت سهام (ثمن)، میزان سهم (مثمن)، متبایعین (عامل و فروشنده) و زمانِ قبض و اقباض، معین و مشخص است، باعث می‌شود این بیع نه بیعِ نقد، نه نسیه و نه سلف باشد، زیرا ثمن و مثمن هر دو مؤجَّل است. پس این تعهد و شرط مصداقِ بیع دین به دین و مورد نهی شریعت است، زیرا با درج چنین شرطی، فروش مقدارْ سهمی مشخص به خریدار، در زمان معین، بر ذمهٔ فروشنده و خرید با ثمن معین بر ذمهٔ خریدار خواهد بود که می‌توان آن را مصداقی از کالی به کالی و مورد نهی شارع دانست، و با این فرض، اساس مشارکت کاهنده متزلزل خواهد شد.

۲-۳-۲. نقد و حل

اشکال پیش‌گفته را به دو صورت می‌توان نقد و حل نمود:

اول: در اشکال مذکور، شرط بیع مندرج در ضمن عقد مشارکت کاهنده به‌طور پیش‌فرض بیع محسوب شده است، درحالی‌که باید توجه داشت شرط مذکور، بیع نیست، بلکه تعهد به انجام بیع در آینده است. اشکال فوق فقط زمانی وارد خواهد بود که شرط

---

۱. عناوین دیگری چون نسیه به نسیه، مؤجَّل به موجَّل و... نیز به معاملهٔ مذکور اطلاق شده است.

۲. مانند این روایت: «وَبِإِسْنَادِهِ عَنِ اَلْحَسَنِ بْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ مِهْزَمٍ عَنْ طَلْحَةَ بْنِ زَيْدٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اَللَّهِ عَلَيْهِ اَلسَّلاَمُ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اَللَّهِ(ص): لاَ يُبَاعُ اَلدَّيْنُ بِالدَّيْنِ» (حر عاملی، ۱۴۱۶، ج۱۸، ص۲۹۸).

مذکور عقد بیع باشد تا ثمن و مثمنِ مؤجّل موجب تحقق کالی به کالی شود. حتی اگر شرط مذکور را شرط نتیجه فرض کنیم، باز هم تحقق بیع به زمان آینده معلق شده است، لذا نمی‌توان گفت ثمن و مثمن مؤجّل موجب بیع کالی به کالی است، چراکه هنوز زمان تحقق بیع فرا نرسیده است. لذا موضوع این تعهد (انجام بیع) هر زمان محقق شود می‌تواند به شیوهٔ نقد، نسیه یا سلف انجام گیرد. همچنین توافق بر مقدار ثمن و کیفیت مثمن و تاریخ انجام و مشخص بودن متبایعین نیز از اجزای همان شرط و تعهد است نه نشانه‌ای بر وقوع بیع.

دوم: به فرض که شرط مذکور نوعی بیع باشد، اما با نظر به اقوال علما دو مطلب کشف خواهد شد. مطلب اول این‌که حکم این مسئله بین فقها اختلافی است. به‌طور مثال، محقق حلی در بحث معاملهٔ سلمی که ثمن، دینِ به عهدهٔ فروشنده باشد، حکم به بطلان نداده، بلکه چنین معامله‌ای را مکروه دانسته است (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج۲، ص۵۷). مطلب دیگر این‌که دسته‌ای از فقها مصداق این نهی را منحصر در دَینی دانسته‌اند که قبل از عقد موجود بوده است، چنان‌که در عبارت شهید ثانی ضمن این‌که اختلاف علما در تعیین مصداق مشهود است. مشاهده می‌شود که این فقیه فقط دینِ قبل از عقد را مصداق این نهی دانسته است. شهید ثانی حتی بیع ثمن و مثمن مؤجَّل و مضمون را مصداق کالی به کالی نمی‌داند، و فقط معاملهٔ کلی فی‌الذمه با مثلش را مصداق این بیع محسوب می‌کند. همچنین بیان می‌کند که دین حتماً باید قبل از عقد بر ذمه باشد (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج۳، ص۴۳۳). میرزای قمی نیز فقط دین قبل از عقد را مصداق نهی دانسته و فرموده است: «اما قسم دوم که بیع کالی به کالی است، پس آن باطل است بلاخلاف. لکن اشکال در معنای آن است و آنچه متبادر از لفظ حدیث می‌شود که فرموده‌اند که لا یباع الدین بالدین این است که ثمن و مثمن هر دو در حال بیع، دین باشند، نه این‌که به سبب بیع دین بشوند» (میرزای قمی، ۱۳۷۱، ج۲، ص۱۴۵).

در نتیجه، قدر متیقن از آراء فقها چنین خواهد بود که: بیعِ دینی که قبل از عقد بر ذمه بوده است، در برابر مثلش در صورتی که هر دو مؤجّل باشند، البته قبل از فرا رسیدن مدت اجل مصداق بیع دین به دین است. همچنین بنابر مشهور بیعِ دینِ ثابت به عقد (بیع نسیه به نسیه)، البته در برابر مثلش در فرضی که هر دو مؤجّل باشند باطل است. به دلیل

اختلاف فقها در تعیین مصداق، در صحت و بطلان سایر موارد نیز اختلاف است.

اما در مورد اشکال فوق باید گفت دین مذکور نه‌تنها قبل از عقد محقق نبوده است، بلکه اصلاً با درج شرط نه عقدی تحقق یافته است و نه دینی بر ذمهٔ طرفین خواهد بود تا دربارهٔ تقدم یا تأخر دین نسبت به عقد بحث شود، چراکه آنچه هست صرفاً تعهدی بر خریدوفروش است، و در زمان مقرر بیع چه بر اساس شرط نتیجه محقق و چه بر اساس شرط فعل منعقد خواهد شد.

بنابراین با توجه به این‌که شرط بیع مذکور اصلاً بیع نیست تا بخواهد بیع دین به دین یا کالی به کالی باشد، و به‌فرض که بیع باشد هم دَینِ محققِ قبل از عقد نیست، بلکه با وقوع عقد محقق خواهد شد، لذا شرط بیع در عقد مشارکت کاهنده، موجب بیع کالی به کالی نخواهد بود و موضوع آن منتفی است.

۲-۴. وقوع در ربا و حیل ربا

به دلیل وجود سود در اهداف این عقد و احتمال زیاد شدن سرمایه، این عقد از نظر عده‌ای با شبههٔ ربوی بودن مواجه است. شبههٔ مذکور از چند جهت به مشارکت کاهنده وارد شده است.

۲-۴-۱. بیان اشکال

برخی از فقهای اهل‌سنت، مشارکت کاهنده را شبیه به قرض به فائده یا ربا تلقی نموده‌اند و از اساس به این نوع از مشارکت اشکال می‌کنند (کوامله، ۱۴۲۸، ص۱۰۰؛ فهمی، ۱۴۲۵، ص۴۲۴؛ شندی، ۲۰۰۹، ص۲۰).

این اشکال چنین تبیین می‌شود که: در مشارکت کاهنده دو عنصر «سود» و «تضمین» نقش اساسی را ایفا می‌کنند، چه در این مشارکت یک شریک به‌عنوان سرمایه‌گذار سرمایه‌ای تحت عنوان سهم‌الشرکه را در اختیار دیگری قرار داده است و شریک دیگر تحت عنوان شرط ضمن عقد، متعهد خواهد شد که اصل سرمایه را به‌عنوان خرید سهم‌الشرکه به سرمایه‌گذار پس دهد و مبالغی را نیز اضافه بر سرمایه به‌عنوان سود شراکت ناشی از فعالیت اقتصادی به سرمایه‌گذار اعطا نماید، که دقیقاً مشابه قرض ربوی، اما در پوشش عقد مشارکت کاهنده است. در قرض ربوی، قرض‌گیرنده متعهد به

پرداخت اصل و سود است. در این مسئله نیز یک شریک قرض‌دهنده و دیگری قرض‌گیرنده و مشارکت کاهنده نیز استفادهٔ ابزاری از حیل ربا[1] محسوب می‌شود، که هم ربا و هم حیل ربا مورد نهی شارع مقدس است. لذا چنین عقدی از اساس با مشکل مواجه خواهد بود.

۲-۴-۲. نقد و حل

حل و رفع این شبهه نیازمند توجه به سه مسئله است:

الف. عنصر «سود» در مشارکت کاهنده و قرض ربوی تفاوتی اساسی دارد، چراکه در قرض ربوی مبلغ سود مشخص و دریافت سود قطعی است، اما در مشارکت کاهنده سود حاصل از فعالیت اقتصادی دارای دو خصوصیت است: ۱. میزان و مبلغ سود از قبل مشخص نیست، بلکه بعد از هر دوره محاسبه و مشخص خواهد شد؛ ۲. سود حاصل از مشارکت کاهنده قطعی نیست، بلکه نه‌تنها احتمال عدم سود وجود دارد، حتی وقوع خسارت نیز محتمل است. در مقابل، سود در قرض ربوی مشخص و قطعی است.

ب. در مورد «ضمانت» نیز باید گفت که برخلاف قرض ربوی که قرض‌گیرنده هم ضامن اصل و هم ضامن سود است، که همین ضمانت اصل و سود اساس و پایهٔ شکل‌گیری رباست (نک: هاشمی شاهرودی، ۱۴۳۳، ج۱، ص۲۰۱ ـ ۲۴۵)، در مشارکت کاهنده هیچ ضمانتی از هیچ یک از شرکا نسبت به سود و اصل جود ندارد. آنچه در مورد سود می‌تواند مورد توافق و تعهد طرفین قرار گیرد، شیوهٔ تقسیم سود و میزان تعلق سود بر اساس درصد به هر یک از شرکاست، نه مبلغ سود و نه قطعیت حصول سود. همچنین توافق انجام‌شده بر شرط خرید تدریجی سهام یک شریک توسط شریک دیگر را هم نمی‌توان تضمین بازگشت اصل دانست، زیرا اولاً در صورت عدم انجام تعهد توسط خریدار سهام سرمایه‌گذار باقی است، به‌خلاف قرض ربوی که اساس کار بر پول است. ثانیاً همین سهام نیز احتمالاً با قیمتی غیر از قیمت اولیه فروخته شود، برخلاف قرض ربوی که مبلغ اصل معین و ثابت است. ثالثاً این عملیات در واقع معامله و خریدوفروش است با آثار

---

۱. حیل ربا: انجام کاری یا آماده کردن زمینه‌ها و اسبابی است که به‌منظور تغییر حکم ربا از راه تغییر در موضوع ربا صورت می‌گیرد (وحید بهبهانی، ۱۳۷۸، ص۲۵۰).

متوقع از آن نه بازپرداخت پول، گرچه در ظاهر و روش جاری بانکی چنین تلقی شود.

ج. دربارهٔ استفادهٔ ابزاری از مشارکت کاهنده به‌عنوان پوشش معاملهٔ ربوی، ضمن تأکید بر دو مورد قبل باید گفت: طبق قاعدهٔ تبعیت عقد از قصد، آثار و احکام هر عقدی با قصد واقعی متعاقدین محقق می‌شود. در عقد مشارکت کاهنده قطعاً قصد ظاهری متعاقدین معامله ربوی نیست، بلکه انجام یک عملیات تجاری سودآور است. کشف قصد واقعی افراد نیز غیرممکن است و الّا این شبهه به هر معاملهٔ سودآوری وارد خواهد بود. همچنین یادآور می‌شود که حرمت حیل ربا نیز امری اختلافی است.

در نتیجه، با توجه به عدم تضمین سود و اصل سرمایه و همچنین محتمل‌الوقوع بودن ربح یا خسارت در این مشارکت، این عملیات قطعاً غیرربوی است، و نیز با در نظر گرفتن این مطالب و توجه به قصد ظاهری متعاقدین شبههٔ حیلهٔ ربا نیز به این معامله وارد نخواهد بود.

۲-۵. شرط بیع، مخالف تنجیز عقد و باطل است

از شرایط صحت هر عقدی منجز بودن است. این شرطی است که از ظاهر کلام علما برداشت می‌شود (موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ج۳، ص۱۶۶-۱۶۸)، چنان‌که علامه حلی بیان می‌نماید: «یجب التنجیز فی العقد، فلا یجوز تعلیقه علی شرطٍ أو صفةٍ، مثل: إذا دخلت الدار، أو: إذا جاء رأس الشهر فقد قارضتک بکذا کما لا یجوز تعلیق البیع ونحوه لأنّ الأصل عصمة مال الغیر» (علامه حلی، ۱۴۱۴، ج۱۷، ص۱۲).

این ویژگی برای عقد بیع نیز مورد نظر است. در مقابلِ تنجیز عقد، تعلیق عقد است که صحیح نخواهد بود، به این معنا که مثلاً وقوع عقد بیع وابسته به شرط یا وصفی شود، مانند این‌که اگر حسن بیاید، خانه را به تو می‌فروشم (برای اقسام تعلیق نک: انصاری، ۱۴۱۵، ص۱۶۶ـ ۱۶۸).

۲-۵-۱. بیان اشکال

ازآن‌جاکه اساس مشارکت کاهنده، شرط خریدوفروش سهام یک شریک توسط شریک دیگر است، عده‌ای بیان می‌کنند که شرط بیع مندرج در عقد مشارکت کاهنده را به معنای التزام به خریدوفروشِ حصهٔ یک شریک توسط شریک دیگر تلقی نموده‌اند و این

شرط را موجب تعلیق بیع به مستقبل می‌دانند (شاذلی، ۱۴۲۲، ص۸۹۵؛ حماد، ۱۴۲۲، ص۹۳۵). در نتیجه، چنین شرطی را مصداق بیع معلق محسوب کرده‌اند. لذا برای خلاصی از این ایراد شرط را تبدیل به وعده‌ای غیرالزام‌آور می‌کنند.

۲-۵-۲. نقد و حل

از نظر نگارندگان، ریشهٔ چنین اشکالی در برداشت ناصحیح از شرط بیع مندرج در ضمن عقد مذکور است، چراکه گویا در این اشکال شرط مذکور، بیع لحاظ شده است. در نتیجه، تعلیق آن به آینده موجب بطلان و فساد این بیع خواهد شد، درحالی‌که باید توجه داشت که این شرط تعهد به انجام بیع در آینده است نه انجام بیع، لذا این نکته مغفول واقع شده است که این تعهد یک خریدوفروش یا پیش‌فروش نیست و در حقیقت، فروش در آینده محقق خواهد شد. در نتیجه، عقدی که هنوز محقق نشده است، چگونه می‌تواند معلق شود؟

البته در رد پاسخ فوق می‌توان گفت در جایی که شرط فوق شرط نتیجه لحاظ شود به‌محض وقوع عقد مشارکت نتیجهٔ شرط که بیع است محقق خواهد شد، درحالی‌که زمان وقوع بیع، معلق به آینده شده، که این همان تعلیق بیع است.

برای رفع چنین ایرادی باید گفت که اولاً می‌توان شرط بیع مذکور را شرط فعل در نظر گرفت تا مشروط‌علیه ملزم به انجام بیع در زمان مقرر باشد، که در این صورت، بیعی محقق نمی‌شود مگر در همان زمان مقرر. ثانیاً اگر شرط مذکور را شرط نتیجه لحاظ کنیم، این شرط به‌عنوان شرط اعطای وکالت در نظر گرفته خواهد شد. در این حالت که بیع به شیوهٔ وکالتی محقق خواهد شد، وکالتی جهت انجام این معامله یعنی خرید، فروش، قبض و اقباض به یکی از شرکا داده خواهد شد و شریک در مواعد مقرر اقدام به انجام خرید، فروش، قبض و اقباض اصالتاً و وکالتاً خواهد نمود. به فرض لحاظ کردن این شرط به‌عنوان شرط نتیجه در صورت انجام شرط به‌صورت وکالت، چنین مشکلی رفع خواهد شد، زیرا در این حالت بیع به مستقبل معلق نشده، بلکه وکالتی اعطا و زمانی برای انجام موضوع وکالت (بیع حصص) تعیین گردیده است، چنان‌که در قراردادهای بانکی چنین فرضی رایج است و اغلب بانک‌ها با اعطای وکالت خرید به مشتری در شرطی ضمن

قرارداد عملیات مشابه را اجرا می‌کنند.

اما ممکن است اشکال اصلی به وکالت نیز وارد گردد و گفته شود وکالت هم نوعی عقد است و تعلیق آن صحیح نیست: «لا یصحّ عقد الوکالة معلّقاً بشرطٍ أو وصف، فإن عُلّقت علیهما بطلت» (علامه حلی، ۱۴۱۴، ج۱۷، ص۱۲).

اما در پاسخ باید گفت: این تعلیقِ عقد وکالت نیست، بلکه تعلیق تصرف وکیل در موضوع وکالت است، همان‌گونه که در تذکره افاده شده است: «والفرق ظاهرٌ بین تنجیز العقد وتعلیق التصرّف، وبین تعلیق العقد. إذا ثبت هذا، فلا خلاف فی جواز تنجیز الوکالة وتعلیق العقد، مثل أن یقول: وکلتُک فی بیع العبد ولا تبعه إلا بعد شهر، فهذا صحیح، ولیس للوکیل أن یخالف» (علامه حلی، ۱۴۱۴، ج۱۷، ص۱۴).

لذا شرط اعطای وکالت خرید مانند این است که گفته شود: «تو را وکیل نمودم در خریدِ ده درصد از سهام خودم از این شراکت، برای خودت، در فلان تاریخ، حتی به فلان مبلغ» که اشکال تعلیق عقد و بیع را مرتفع خواهد نمود. در این حالت، وکالت محقق و انجام بیع که موضوع وکالت است معلق به آینده شده است که بلااشکال می‌باشد.

همچنین دربارهٔ اصل مسئله نیز باید گفت: گرچه علما برای اشتراط تنجیز در عقود ادعای اجماع نموده‌اند، اما به نظر می‌رسد تنها دلیل این حکم همین اجماع است، چنان‌که شیخ اعظم انصاری بیان نموده است: «ثمّ إنّک قد عرفت أنّ العمدة فی المسألة هو الإجماع» (انصاری، ۱۴۱۵، ج۳، ص۱۷۰).

لذا امام خمینی در کتاب البیع بعد از بیان استدلال قائلین به تنجیز و رد آن، قائل به عدم اعتبار تنجیز در معاملات شده‌اند، چه معلق معلوم در حال باشد یا در آینده یا هر صورت دیگر از تعلیق باشد (موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ج۳، ص۳۵۲).[۱]

همچنین شیخ انصاری با این عبارت: «وبالجملة، فإثبات هذا الشرط فی العقود مع عموم أدلّتها ووقوع کثیرٍ منها فی العرف علی وجه التعلیق بغیر الإجماع محقّقاً أو منقولاً

---

۱. گرچه مقام استدلال با مقام فتوا متفاوت است، چنان‌که معظم‌له در تحریر الوسیله (مسألة ۱۲) می‌فرماید: « لایجوز علی الأحوط تعلیق البیع علی شیء غیر حاصل حین العقد...» (موسوی خمینی، بی‌تا، ج۱، ص۴۸۲).

مشکل» (انصاری، ۱۴۱۵، ج۳، ص۱۷۲)، تردید خود را نسبت به این حکم اظهار می‌کند.[۱] لذا ضمن این‌که در پاسخ اول راه‌حل موافق با این حکم بیان گردید، این حکم قابل بازبینی و تردید نیز خواهد بود و یک حکم قطعی با ادلهٔ محکم شرعی نیست. گویی این‌که برخی قائل به پذیرش چنین شرط محقق‌الوقوعی یعنی بیع در زمان آینده هستند (شاذلی، ۱۴۲۲، ص۸۹۵).

لذا نگارندگان با توجه به این‌که شرط بیع، تعهد به انجام بیع است در آینده نه بیع مستقبل، و با عنایت به این‌که این شرط ممکن است با اعطای وکالت به عامل برای انجام بیع در آینده منعقد شود، نتیجه می‌گیرند ایراد تعلیق بیع به مستقبل بر این شرط وارد نخواهد بود. ضمن این‌که تنها دلیل برای این حکم (شرط تنجیز عقد) اجماع است، و برخی فقها در آن تردید یا فقط احتیاط دارند.

۲-۶. شباهت به بیع عینه

بیع عینه به معامله‌ای اطلاق می‌شود که فروشنده مالی را به‌نسیه به خریدار می‌فروشد و سپس همان مال را به قیمت کمتر اما نقدی از او خریداری می‌نماید.[۲]

۲-۶-۱. بیان اشکال

وجه شباهت آن است که یک شریک تمام سهم‌الشرکهٔ خود را که به‌صورت نقدی تملیک کرده است، به‌صورت نسیه به شریک دیگر واگذار می‌کند و این عملیات یعنی خرید نقدی سهام (سرمایه‌گذاری) و فروش نسیهٔ آن (واگذاری تدریجی) همان بیع عینه است (شندی، ۲۰۰۹، ص۲۲).

۲-۶-۲. نقد و حل

اما با دقت در قرارداد مشارکت کاهنده عدم وجود این شباهت و در نتیجه رد این شبهه

---

۱. ذیل این حکم فقهی مباحث بسیاری مطرح است، مانند بحث در صحت یا عدم صحت تعلیق نسبت به انشا یا مُنشَأ، که از حوصله این پژوهش خارج است. (برای اطلاع بیشتر نک: غروی نائینی، ۱۳۷۳، ج۱، ص۱۱۱ـ۱۱۴ ؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ج۱، ص۳۵۰-۳۴۷).

۲. این نوع از معامله که از حیل ربوی نیز محسوب می‌شود، به دو صورت واقع می‌گردد: یا برای تأمین نقدینگی، یا بین طلبکار و بدهکار برای استمهال دین. بین فقها در حلیت و صحت یا حرمت و بطلان آن اختلاف است. همچنین شرایط و اموری باید در آن رعایت شود.

ثابت خواهد شد، چراکه اولاً چنان‌که در سطور گذشته تأکید شد، شرط فروش مندرج در عقد مشارکت کاهنده، یک تعهد به خریدوفروش است نه یک معامله، و خریدوفروشِ معهود در وقت مقرر صورت خواهد گرفت نه در همان زمان انعقاد عقد شرکت، درحالی‌که در بیع عینه خریدوفروش همزمان اتفاق می‌افتد، یعنی در یک مجلس فروشنده مال خود را نسیه می‌فروشد و در همان مجلس نقداً خریداری می‌کند.

ثانیاً اساس در مشارکت کاهنده شرکت است و شرکا در این فعالیت اقتصادی در سود و ضرر و سایر امور مربوط به شراکت سهیم‌اند، حال‌این‌که چنین چیزی در بیع عینه وجود ندارد و در این معامله فقط خریدوفروش انجام می‌شود و خریدار فقط ضامن ثمن نسیه است. در نتیجه، مشابهتی بین این دو عنوان وجود ندارد و مقایسهٔ آن‌ها با هم قیاس مع‌الفارق است.

۳. دیدگاه فقهای امامی معاصر

در پایان، اشاره به آرای برخی فقیهان امامی معاصر که صحت این قرارداد را تأیید نموده‌اند ضروری است. با توجه به مستحدثه بودن این عقد، در اکثر قریب به اتفاق کتب فقهی امامیه به‌طور خاص و مستقل به این عقد پرداخته نشده است. تنها آیت‌الله حسن جواهری به‌اختصار به عقد مشارکت کاهنده اشاره کرده است و آن را روشی برای تأمین سرمایه به‌دور از قرض ربوی معرفی می‌نماید. از دیدگاه این فقیه امامی، این قرارداد خالی از غرر، ضرر، ربا و سایر موانع صحت است (جواهری، بی‌تا، ج۲، ص۹۷ و ۹۸).

در استفتایی از آیت‌الله هاشمی شاهرودی آمده است: «اخیراً در بانک‌های کشور قراردادی به نام مشارکت کاهنده یا تقسیطی منعقد می‌شود. این قرارداد تلفیقی از قرارداد فروش اقساطی و مشارکت مدنی است، به این معنا که بانک و شریک (مشتری) سرمایه‌های نقدی خود را به هم می‌آمیزند و سرمایهٔ مشاع پدید می‌آورند و سپس با این سرمایه کالای مورد نیاز شریک خریداری می‌شود. سپس در طول مدت، قرارداد شریک به‌صورت کاهنده کاهش سهم بانک از موضوع خریداری شده و افزایش سهم شریک سهم بانک را به‌تدریج و به‌صورت ماهانه خریداری می‌نماید. به عبارت دیگر، وقتی کالای مورد نیاز (مثلاً خودرو) شریک با سرمایهٔ مشترک خریداری می‌شود، بانک و

شریک به نسبت سهم‌الشرکهٔ خود در این کالای خریداری‌شده شریک می‌شوند و شریک با پرداخت اقساط در هر ماه بخشی از سهم بانک در موضوع قرارداد را خریداری می‌نماید. در نتیجهٔ این امر، در هر ماه به سهم شریک افزوده می‌شود و سهم بانک کاهش می‌یابد، به‌طوری که شریک با پرداخت آخرین قسط، همهٔ سهم‌الشرکهٔ بانک را خریداری می‌کند و موضوع قرارداد را مالک می‌گردد. لطفاً نظر شریفتان را در مورد صحت و جواز شرعی چنین معامله‌ای بیان فرمایید؟».

ایشان فرموده‌اند: «چنین معامله‌ای در صورتی که حقیقتاً کالایی به وجه مذکور خریداری شود و صوری نبوده و حیله‌ای برای فرار از ربا نباشد، صحیح است».

همین استفتا توسط نگارندگان از برخی مراجع معاصر نیز انجام شد که هیچ کدام به بطلان این قرارداد فتوا نداده‌اند، و با وجود شرایطی قائل به صحت این عقد شده‌اند که در ادامه به آن‌ها اشاره می‌شود:

مقام معظم رهبری:

«به‌طور کلی معاملات و قراردادهای بانکی که بانک‌ها بر اساس قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی و مورد تأیید شورای محترم نگهبان انجام می‌دهند اشکال ندارد و محکوم به صحت است».

آیت‌الله مکارم شیرازی:

«در صورتی که این کار در قالب یکی ازعقود شرعی مانند مضاربه، شرکت و... بوده و شرط درصدی از سود به‌صورت مشاع با رضایت و توافق طرفین در ضمن عقد مانعی ندارد و عمل به آن لازم است».

آیت‌الله سید محمدتقی مدرسی:

«چنانچه خرید سهم شرکت بدون پرداخت سود ربوی باشد اشکال ندارد».

آیت‌الله بیات زنجانی:

«فرض سؤال اشکالی ندارد».

نتیجه‌گیری

۱. عقود ترکیبی منظومه‌ای از قراردادهاست که با یکدیگر مرتبط‌اند و به یک هدف منتهی می‌شوند و آن قرارداد اصلی است. عقد مشارکت کاهنده از جمله عقود ترکیبی و عقد شرکت عنان است.

۲. مشارکت کاهنده متضمن شروط و عقود دیگری چون شرط بیع و عقد بیع است و طی آن شرط واگذاری دفعی یا تدریجی سهام یک شریک به شریک دیگر درج می‌شود. همچنین وجه تمایز آن با سایر انواع شرکت در کنار شرط مذکور، موقتی بودن و نبود عنصر دوام در این نوع از مشارکت است.

۳. استدلال به نهی از دو معامله در یک معامله برای رد شرط بیع مندرج در ضمن عقد مشارکت کاهنده، و تنزل آن از تعهد لازم‌الوفاء و واجب‌الاجراء، به وعده‌ای که تعهد به اجرای آن امری اخلاقی و دینی است صحیح نمی‌باشد، و حتی با پذیرش عدم اجمال روایات وارده، شرط مذکور مصداق این نهی نخواهد بود. ضمن این‌که باید توجه داشت که در هنگام انعقاد عقد شرکت شرط مذکور، هنوز یک تعهد به انجام بیع است نه عقد بیعی که منعقد شده، لذا هنوز بیعی واقع نشده است که دو بیع در یک عقد باشد.

۴. با توجه به اختیار سرمایه‌گذار در انتخاب روش قیمت‌گذاری و قواعد و ادلهٔ این موضوع، همچنین با نگاه به روش جاری در معاملات وکالتی، توافق و تعیین قیمت سهام برای مراحل فروش مجاز خواهد بود، ولو موجب ضرری به فروشنده شود، چراکه او در این امر مختار بوده است.

۵. با توجه به این‌که شرط بیع، بیع نیست تا بخواهد بیع دین به دین یا کالی به کالی باشد، و به‌فرض که بیع باشد هم دَینِ محققِ قبل از عقد نیست، بلکه با وقوع عقد محقق خواهد شد، لذا شرط بیع در عقد مشارکت کاهنده، موجب بیع کالی به کالی نخواهد بود و موضوع آن منتفی است.

۶. با توجه به عدم تضمین سود و اصل سرمایه و همچنین محتمل‌الوقوع بودن ربح یا خسارت در این مشارکت، این عملیات قطعاً غیرربوی است. نیز با در نظر گرفتن این مطالب و توجه به قصد ظاهری متعاقدین شبههٔ حیلهٔ ربا نیز به این معامله وارد نخواهد بود.

۷. با توجه به این‌که شرط بیع، تعهد به انجام بیع است در آینده نه بیع مستقبل، و با

عنایت به این‌که این شرط ممکن است با اعطای وکالت به عامل برای انجام بیع در آینده منعقد شود، ایراد تعلیق بیع به مستقبل بر این شرط وارد نخواهد بود.

۸. مشابهتی بین مشارکت کاهنده و بیع عینه وجود ندارد و مقایسهٔ آن‌ها با هم قیاس مع‌الفارق است.

۹. دقت در سه عامل دخیل در مشارکت کاهنده باعث رفع بسیاری از شبهات وارده خواهد بود:

اول. شرط مندرج در ضمن این عقد یک تعهد به انجام بیع است نه یک بیع؛

دوم. در مشارکت کاهنده مبلغ سود و اصل سرمایه توسط هیچ یک از شرکا تضمین نمی‌شود؛

سوم. محتمل‌الوقوع بودن ربح یا خسارت در این مشارکت.

۱۰. مشارکت کاهنده عقدی فاقد مانع شرعی است و انجام این فعالیت اقتصادی منع فقهی نخواهد داشت.

فهرست منابع

۱. قرآن کریم

۲. انصاری، شیخ مرتضی. (۱۴۱۵ق). کتاب المکاسب. قم: تراث الشیخ الأعظم.

۳. ترابی، مرتضی. (۱۴۲۶ق). المشارکة المتناقصة؛ صورها وأحکامها. فقه اهل البیت(ع)، ۱۰(۳۷).

۴. جواهری، حسن. (بی‌تا). بحوث فی الفقه المعاصر. بیروت: دار الذخائر.

۵. حرّ عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۱۶ق). وسائل الشیعة. قم: مؤسسة آل البیت(ع).

۶. حسینی روحانی، سید محمدصادق. (۱۴۱۴ق). فقه الصادق. قم: دار الکتاب.

۷. حسینی عاملی، سید محمدجواد. (بی‌تا). مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة. بیروت: دار إحیاء التراث العربی.

۸. حماد، نزیه کمال. (۱۴۲۲ق). المشارکة المتناقصة وأحکامها فی ضوء ضوابط العقود المستجدة. مجمع الفقه الإسلامی الدولی، ۱۳(۱۳). https://shamela.ws/book/8356/21564

۹. خویی، محمدتقی. (۱۴۱۴ق). الشروط أو الالتزامات التبعیة فی العقود. بیروت: دار المؤرخ العربی.

۱۰. زحیلی، وهبة. (۱۴۲۲ق). المشارکة المتناقصة وصورها. مجمع الفقه الإسلامی الدولی، ۱۳(۱۳).

۱۱. سبحانی تبریزی، جعفر. (۱۳۸۴ش). دو معامله در یک معامله، نشریهٔ فقه اهل بیت(ع)، ۱۱(۴۲).

۱۲. سبزواری، سید عبدالاعلی. (۱۴۱۳ق). مهذب الأحکام فی بیان الحلال و الحرام. قم: دارالتفسیر.

۱۳. شاذلی، حسن. (۱۴۲۲ق). المشارکة المتناقصة وصورها فی ضوء ضوابط العقود المستجدة. مجلة مجمع الفقه الإسلامی الدولی، ۱۳(۱۳)، https://shamela.ws/book/8356/21564.
۱۴. شبیر، محمد عثمان. (۲۰۰۷م). المعاملات المالیة المعاصرة فی الفقه الإسلامی. عمان: دار النفائس.
۱۵. شندی، اسماعیل. (۲۰۰۹م). المُشارکة المُتناقصة (المُنتهیة بالتملیک) فی العمل المَصرِفی الإسلامی. کنفرانسِ الاقتصاد الإسلامی وأعمال البنوک.
۱۶. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی. (۱۴۱۳ق). مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام. قم: مؤسسة المعارف الاسلامیة.
۱۷. شیخ صدوق، محمد بن علی. (۱۴۱۳ق). من لا یحضره الفقیه. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۸. نجفی، محمدحسن. (۱۳۶۲ش). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار إحیاء التراث العربی.
۱۹. طباطبایی، سید علی. (۱۴۱۹ق). ریاض المسائل. قم: مؤسسة النشر الإسلامی.
۲۰. طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق). الخلاف. قم: مؤسسة النشر الإسلامی.
۲۱. عزیزاللهی، محمدمهدی؛ دادمرزی، سید مهدی؛ جوادیه، علی. (۱۴۰۳ش). نقش ماهیت وکالت در بازشناسی مصادیق متمایز آن. آموزه‌های فقه مدنی، ۱۶(۲۹)، ص ۱۲۱-۱۴۶. https://doi.org/10.30513/cjd.2023.4531.1765
۲۲. علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۴ق). تذکرة الفقهاء. قم: مؤسسة آل البیت(ع).
۲۳. غروی نائینی، میرزا محمدحسین. (۱۳۷۳ق). منیة الطالب فی حاشیة المکاسب. تهران: المکتبة المحمدیة.
۲۴. فاضل لنکرانی، محمد. (۱۴۲۵ق). تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة: المضاربة، الشرکة.... قم: مرکز فقه الائمة الأطهار.
۲۵. فهمی، حسین کامل. (۱۴۲۵ق). عقد المشارکة المتناقصة. مجمع الفقه الإسلامی الدولی، ۱۵(۱۵).
۲۶. کواملة، نورالدین عبدالکریم. (۱۴۲۸ق). المشارکة المتناقصة وتطبیقاتها المعاصرة فی الفقه الإسلامی. عمان: دارالنفائس.
۲۷. مجلسی، محمدباقر. (۱۴۰۳ق). بحار الأنوار. بیروت: دار إحیاء التراث.
۲۸. محقق حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم: اسماعیلیان.
۲۹. موسوی خمینی، سید روح‌الله. (بی‌تا). تحریر الوسیلة. تهران: مؤسسهٔ تنظیم و نشر آثار امام خمینی(ره).
۳۰. موسوی خمینی، سید روح‌الله. (۱۴۲۱ق). کتاب البیع. تهران: مؤسسهٔ تنظیم و نشر آثار امام خمینی(ره).
۳۱. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن. (۱۳۷۱ش). جامع الشتات. تهران: کیهان.
۳۲. وحید بهبهانی، محمدباقر. (۱۳۷۸ش). الرسائل الفقهیة. قم: مؤسسة العلامة المجدّد الوحید البهبهانی.
۳۳. هاشمی شاهرودی، سید محمود. (۱۴۳۳ق). قراءات فقهیة معاصرة. قم: مؤسسهٔ دائرة معارف الفقه الإسلامی.

۳۴. همدانی، آقا رضا. (۱۴۱۷ق). مصباح الفقیه. قم: المؤسسة الجعفریة لإحیاء التراث.

Civil Jurisprudence Doctrines
ISSN Print: 2251- 936x Online: 2783- 3690

Investigating The Legitimacy of Investing Khums and Zakat Property Based on the Foundations of Imam Khomeini (RA)

Rahmatollah Karimzadeh[1] | **Gholamali Moghaddam**[2]

1. Corresponding Author, Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Legal Foundations, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran. Email: karimzadeh@razavi.ac.ir
2. Assistant Professor, Department of Islamic Philosophy and Theology, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran. Email: dr.moghadam@razavi.ac.ir

Article Info

Article type:
Research Article

Article history:
Received: 1 January 2024
Revised: 29 June 2024
Accepted: 6 August 2024
Available online 28 September 2024

Keywords:
Khums, Zakat, Investment, Ownership, Guardianship of the Jurist (Wilayat al-Faqih), Imam Khomeini.

ABSTRACT

Khums and zakat are obligatory duties prescribed by God Almighty upon muslims. The rationale behind legislating these divine obligations is to establish social justice and to provide financial support and essential needs for specific segments of society. During the Prophet's (pbuh) era and the time of the infallible Imams (AS), the management of these financial obligations was their responsibility. However, there is a divergence of opinion among jurists regarding who holds this responsibility during the occultation period. This disagreement essentially boils down to two main views: (1) the guardianship and management of these financial obligations belong to the just Islamic ruler (Wali al-Faqih); (2) the payers of khums and zakat themselves may expend these funds according to Shariah principles. This paper, adopting the first foundational view, employs a descriptive-analytical and library-based methodology to examine the legitimacy of investing khums and zakat funds based on the principles of Imam Khomeini (RA). It concludes that not only is investing these funds permissible, but under certain circumstances, it may be necessary. Establishing this perspective has significant implications for financing the Islamic governance and addressing the needs of the recipients of khums and zakat, underscoring the importance of this discussion.

Cite this article: Karimzadeh, R; Moghaddam, G. (2025). Investigating The Legitimacy of Investing Khums and Zakat Property Based on the Foundations of Imam Khomeini (RA). *Civil Jurisprudence Doctrines*, 17(31), 149-172. https://doi.org/10.30513/cjd.2024.5751.1931

© The Author(s). Publisher: Razavi University of Islamic Sciences.

آموزه‌های فقه مدنی
ISSN Print: 2251- 936x Online: 2783- 3690

بررسی مشروعیت سرمایه‌گذاری اموال خمس و زکات بر اساس مبانی امام خمینی(ره)

رحمت‌اله کریم‌زاده[1] | غلامعلی مقدم[2]

۱. نویسنده مسئول، استادیار، گروه فقه و مبانی حقوق، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران. رایانامه: karimzadeh@razavi.ac.ir

۲. استادیار، گروه فلسفه و کلام اسلامی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران. رایانامه: dr.moghadam@razavi.ac.ir

اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۰/۱۱
تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۴/۰۹
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۵/۱۶
تاریخ انتشار برخط: ۱۴۰۳/۰۷/۰۷

کلیدواژه‌ها:
خمس، زکات، سرمایه‌گذاری، مالکیت، ولایت فقیه، امام خمینی(ره).

چکیده

خمس و زکات از واجباتی‌اند که خداوند متعال بر مسلمانان واجب نموده است. فلسفهٔ تشریع این دو واجب الهی برای برقراری عدالت اجتماعی و تأمین مالی و ضروریات زندگی طبقات خاصی از افراد جامعه می‌باشد. مدیریت این دو واجب مالی در عصر پیامبر(ص) و امامان معصوم(ع) بر عهدهٔ آنان بوده است، اما این‌که در عصر غیبت بر عهدهٔ چه کسی است، میان فقها اختلاف نظر وجود دارد. می‌توان اختلاف آن‌ها را به دو قول اساسی برگرداند: ۱. ولایت و مدیریت این دو واجب مالی بر عهدهٔ حاکم اسلامی عادل (ولی‌فقیه) است؛ ۲. پرداخت‌کنندگان خمس و زکات خود می‌توانند بر اساس موازین شرعی هزینه نمایند. این نوشتار، با توجه به قول اساسی اول، با روش توصیفی - تحلیلی و کتابخانه‌ای به بررسی مشروعیت سرمایه‌گذاری با اموال خمس و زکات بر اساس مبانی امام خمینی(ره) پرداخته و به این نتیجه رسیده است که مشروعیت سرمایه‌گذاری اموال خمس و زکات نه‌تنها امکان‌پذیر است، بلکه در شرایطی ممکن است ضروری به نظر برسد. اثبات این دیدگاه، ثمرات زیادی در حوزهٔ تأمین مالی حاکمیت اسلامی و رفع نیازهای محل مصرف خمس و زکات خواهد داشت که ضرورت این بحث را نیز ایجاب می‌کند.

استناد: کریم‌زاده، رحمت‌اله؛ مقدم، غلامعلی. (۱۴۰۴). بررسی مشروعیت سرمایه‌گذاری اموال خمس و زکات بر اساس مبانی امام خمینی(ره). آموزه‌های فقه مدنی، ۱۷(۳۱)، ۱۴۹-۱۷۲.
https://doi.org/10.30513/cjd.2024.5751.1931
ناشر: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.

© نویسندگان.

مقدمه

بیان مسئله: احکام و قوانین مالی تشریع‌شده در اسلام برای حمایت از مردم و برقراری عدالت اجتماعی و نظامند ساختن زندگی آن‌ها بر اساس عقلانیت بوده است. یکی از اهداف اساسی شارع از تشریع قوانین مالی نظیر خمس و زکات، استقرار و جریان دائمی و تقویت و رشد آن در واقعیت زندگی مردم می‌باشد. برای مثال، تشریع خمس و زکات، افزون بر شکر نعمتی که به اغنیا داده شده است و نیاز مستمندان را برطرف می‌کند، موجب طهارت، رشد و تقویت نظام امت می‌شود. در تشریع این قانون، دو حق وجود دارد: حق الهی و حق‌الناس. حق الهی جنبهٔ عبادی آن است که علاوه بر ایجاد ارتباط بین بنده و پروردگارش، تضمین‌کنندهٔ اجرای این واجب الهی است، چراکه مخالفت با آن استحقاق عقاب را به دنبال می‌آورد. حق دیگری، حق‌الناس است که موجب تقویت بنیهٔ مالی ضعفا و برآوردن نیازهای معیشتی و ضروریات زندگی آنان می‌شود.

یکی از مسائلی که طرح آن امروزه از اهمیت خاصی برخوردار است، مسئلهٔ مشروعیت سرمایه‌گذاری اموال خمس و زکات است. اندیشمندان متأخر اهل‌سنت به این مسئله در باب زکات پرداخته‌اند. اما فقهای امامی شاید به دو دلیل این مسئله را طرح نکرده‌اند، اولاً حاکمیت اسلامی عادلی وجود نداشته است. ثانیاً کمبود وجوه خمس و زکات از یک سو، و نیاز مبرم فقرا به آن‌ها از سوی دیگر، جایی برای طرح مسئلهٔ سرمایه‌گذاری باقی نمی‌گذاشت. اما استقرار نظام ولایت فقیه و همچنین افزایش وجوه این دو واجب مالی و از سوی دیگر، تنوع شکل‌های سرمایه‌گذاری موجب می‌شود که بررسی مسئلهٔ مشروعیت سرمایه‌گذاری اموال خمس و زکات اهمیت زیادی بیابد، چراکه این دو واجب مالی ابزار بسیار مهمی برای دستیابی به توسعهٔ اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی در جهت رفع فقر، نیاز و بیکاری، و برقراری عدالت اجتماعی و همچنین مدیریت فرهنگی جامعه به شمار می‌آیند.

نوشتهٔ حاضر با روش توصیفی و تحلیلی، مسائل مربوط به سرمایه‌گذاری اموال خمس و زکات را ارزیابی نموده و این ایده را مطرح ساخته است که با توجه به مبانی امام خمینی(ره) در باب ولایت فقیه، مشروعیت سرمایه‌گذاری اموال خمس و زکات توسط

نظام و حاکمیت اسلامی را می‌توان از ادلهٔ آن‌ها استفاده کرد. اگر مشروعیت این امر ثابت شود، حل مشکلات فرهنگی، اجتماعی و اقتصادی زیادی امکان‌پذیر خواهد بود، که این بُعد پژوهش می‌تواند ضرورت این بحث را آشکار سازد.

پیشینهٔ بحث: تا آن‌جا که بررسی شده است، نوشتهٔ مستقلی در این باب از اندیشمندان شیعی یافت نشد و اساساً مسئلهٔ سرمایه‌گذاری خمس و زکات در میان فقهای امامی حتی معاصران مطرح نشده است و فقط آقای ناصر مکارم به‌صورت گذرا به آن اشاره نموده‌اند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۸، ص۴۶۳). البته مقالاتی در مورد گرفتن خمس و زکات و توزیع آن‌ها و ولایت یا مالکیت بر آن‌ها تدوین شده است که با مسئلهٔ مورد بحث ارتباط چندانی ندارد، مانند مقالات زیر:

«بررسی امکان انتشار اوراق گواهی خمس در جامعهٔ اسلامی» (حاتمی، ۱۳۸۹، ج۱، ص۱۳۲-۱۴۳) که پیشنهاد چاپ اوراق بهادار را جهت تسهیل جمع‌آوری خمس و ترغیب مردم به پرداخت خمس ارائه نموده است.

«واکاوی ولایت بر اموال زکوی، با تأکید بر مبانی فقهی امام خمینی» (مشکانی و همکاران، ۱۴۰۰، ص۳۲-۶۲) که به بحث ولایت بر اموال زکوی پرداخته و بحث سرمایه‌گذاری را مطرح نکرده است.

«واکاوی رویکرد حکومتی به خمس و زکات» (امینی و همکاران، ۱۳۹۷، ص۳۷-۶۴). در این مقاله نه به بحث سرمایه‌گذاری اشاره شده است و نه به دیدگاه امام خمینی(ره).

«تأملی در مالکیت خمس در عصر غیبت» (تقی‌زاده و پیردهی، ۱۳۹۵، ص۱۱۷-۱۳۵). این مقاله در مورد مالکیت خمس است و به مسئلهٔ سرمایه‌گذاری نمی‌پردازد.

۱. مفهوم‌شناسی

در بحث مفهوم‌شناسی، ابتدا به‌اختصار به بیان معانی لغوی و اصطلاحی واژه‌های عناوین مطرح در این نوشتار می‌پردازیم.

۱-۱. معنای لغوی واژهٔ «خمس»

کلمهٔ «خمس» به معنای گرفتن یک قسم از پنج قسم و یک واحد از پنج واحد است (فراهیدی، ۱۴۱۰، ج۴، ص۲۰۵). برخی دیگر گفته‌اند: «زمانی که خمس اموال را می‌گیریم

می‌گوییم خمست قوم فلان» (جوهری، ۱۴۰۷، ج۳، ص۹۲۴). ابن‌منظور می‌گوید: «والخُمْسُ والخُمُسُ والخِمْسُ: جزء من خمسةٍ»، یک قسم از پنج قسم را خُمس، خُمُس و خِمس گویند (ابن‌منظور، ۱۴۱۴، ج۶، ص۷۰). آنچه از واژهٔ «خمس» در لغت استفاده می‌شود یک معنا بیشتر نیست و آن عبارت است از یک‌پنجم از یک شیء.

۱-۲. خمس در اصطلاح فقها

مرحوم شهید ثانی و برخی دیگر در تعریف خمس فرموده‌اند: «خمس حق مالی است که برای بنی‌هاشم ثابت می‌شود. این مال به‌جای زکات که به بنی‌هاشم تعلق نمی‌گیرد، قرار داده شده است» (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج۱، ص۴۵۷؛ سبزواری، ۱۲۴۷، ج۲، ص۴۷۷؛ عاملی، بی‌تا، ج۵، ص۳۵۹). مرحوم شیخ انصاری نسبت به معنای اصطلاحی خمس می‌فرماید: «وشرعاً: اسم لحق فی المال یجب للحجة(ع) وقبیله» (انصاری، ۱۴۱۵(ب)، ص۲۱). خمس مالیاتی است معادل یک‌پنجم که در شرع بر اموری وضع گردیده است (منتظری، ۱۴۱۵، ج۳، ص۴۴). معنای اصطلاحی خمس تفاوت چندانی با معنای لغوی آن ندارد. در معنای اصطلاحی فقط حق مالی به‌عنوان حکم شرعی به معنای لغوی افزوده شده است. در حقیقت، خمس در اصطلاح، همان یک‌پنجم مال است که شارع مقدس آن را به‌عنوان حقی برای مستحقان آن قرار داده است.

۱-۳. زکات در لغت

واژهٔ «زکات» از ریشهٔ «ز.ک.و» به معنای رشد و نمو و زیاد شدن است (ابن‌فارس، ۱۴۰۴، ج۳، ص۱۶-۱۷؛ ابن‌منظور، ۱۴۱۴، ج۱۴، ص۳۵۸). همچنین زکات به معنای پاک کردن مال و رشد کردن زراعت و محصولات آمده است (فراهیدی، ۱۴۱۰، ج۵، ص۳۹۴). راغب می‌گوید: زکات عبارت است از رشدِ ناشی از برکت الهی (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ص۳۸۰). بنابراین، دو ویژگی در معنای لغوی زکات نهفته است: ۱. تطهیر و تزکیه؛ ۲. رشد و نمو. ویژگی دوم، اثرِ ویژگی اول است، یعنی تزکیه و تطهیر مال با پرداخت زکات، موجب رشد و ازدیاد کمی و کیفی مال می‌شود.

۱-۴. زکات در اصطلاح فقها

«زکات» در اصطلاح فقها یکی از واجبات مالی است که در صورت رسیدن مال به حد

نصاب خاص واجب می‌گردد، یا به تعبیر دیگر، حق ویژه‌ای است که در برخی از اموال با شروط خاصی ثابت می‌شود و بر مالک ادای آن واجب است (علامه حلی، ۱۴۱۴، ج۵، ص۷). صاحب جواهر می‌فرماید: زکات عبارت است از صدقه‌ای که در اصل به نصاب تعلق گرفته است و مقدر به اصل شرع می‌باشد (نجفی، ۱۴۰۴، ج۱۵، ص۲-۳). شیخ انصاری می‌گوید: زکات مقدار خاصی از مال است که با شرایط مخصوصی خارج می‌شود (انصاری، ۱۴۱۵، ص۳).

در معنای اصطلاحی زکات دست‌کم چهار ویژگی وجود دارد: الف. زکات واجبی مالی است که در قالب حق به مستحقان اعطا شده است؛ ب. این حق به‌وسیلهٔ شارع تقدیر شده و اندازه‌اش تعیین شده است؛ ج. مالی که متعلق زکات قرار می‌گیرد مشروط است به این‌که به حد نصاب خاصی برسد؛ د. این حقی که در قالب زکات تعیّن می‌یابد عنوان صدقه دارد.

۱-۵. تعریف سرمایه‌گذاری

سرمایه‌گذاری (در زبان عربی: «استثمار»، در زبان انگلیسی: «investment») عبارت است از «به کار انداختن و تلفیق عوامل تولید برای افزایش تولید کالا، تقبل هزینه‌ها برای ازدیاد سرمایه، به کار انداختن منابع مالی در فعالیت‌های تولیدی برای کسب سود و استفاده از پول برای کسب درآمد و افزایش سرمایه» (حریری، ۱۳۸۸، ج۲، ص۱۰۷۱).

پس از روشن شدن معنای لغوی و اصطلاحی عناوین مورد بحث در نوشتار حاضر، برای اثبات مشروعیت سرمایه‌گذاری اموال خمس و زکات بیان چند امر به‌عنوان مقدمات این بحث ضروری به نظر می‌رسد:

۲. مقدمات

۲-۱. مقدمهٔ اول

کیفیت تعلق خمس و زکات به مال چگونه است؟ آیا به‌عنوان حکم تکلیفی است و فقط بیانگر وجوب تکلیفی خمس است یا این‌که به‌نحو حکم وضعی و ایجاد ملک یا حق و یا ولایت است که به دنبال آن، وجوب تکلیفی خمس پدید می‌آید؟

ظاهراً همان‌گونه که تعلق خمس به مال به‌نحو حکم تکلیفی است، مستفاد از ادله آن

است که این تعلق به‌عنوان حکم وضعی نیز می‌باشد، (منتظری، ۱۳۸۶،ص۲۸۹؛ موسوی خلخالی، ۱۳۸۵، ج۲، ص۲۸۰؛ اراکی، ۱۳۹۰، ج۲، ص۳۳۷). معنای حکم وضعی آن است که خداوند متعال برای شخص رسول خدا(ص) و امام(ع) یا جایگاه آن‌ها نسبت به خمس و زکات جعل ولایت یا ملکیت و یا حق نموده است و بالتبع، وجوب تکلیفی نیز از آن به دست می‌آید. در نتیجه، وجوب خمس و زکات فقط وجوب تکلیفی محض نیست.

توضیح این‌که، وجوب خمس و زکات تنها بیانگر وجوب تکلیفی نیست، بلکه دلالت بر جعل حق یا ملکیت برای حاکم شرع و ولی‌فقیه و مستحقان نیز دارد. نهایت بحثی که هست آن است که آیا این حق یا ملکیت به ذمهٔ پرداخت‌کنندگان خمس و زکات تعلق می‌گیرد و به‌عنوان دَین به شمار می‌آید یا به عین خارجی تعلق می‌گیرد؟ برخی ادعای شهرت، بلکه اتفاق کرده‌اند بر این‌که، به عین خارجی تعلق می‌گیرد (انصاری، ۱۴۱۵(ب)، ص۲۷۸؛ موسوی خلخالی، ۱۳۸۵، ج۲، ص۲۸۰).

برای اثبات این ادعا که خمس و زکات تنها وجوب تکلیفی ندارند، بلکه حکم وضعی، یعنی جعل ملکیت و یا حق برای مستحقان نیز شده است، به چندین آیه و روایت تمسک شده است، از جمله آیهٔ شریفهٔ ﴿وَاعْلَمُوا أَنَّما غَنِمْتُمْ مِنْ شَیءٍ فَأَنَّ لِلّهِ خُمُسَهُ...﴾ (انفال/ ۴۱). در این آیه کلمهٔ «خمس» به خود غنیمت اسناد داده شده است به همراه «لام» که ظهور در ملکیت دارد. این حاکی از آن است که علاوه بر وجوب تکلیفی، جعل ملکیت یا دست‌کم جعل حق برای مستحقان شده است.

همچنین، برای اثبات جعل ملک یا حق برای مستحقان به روایات فراوانی استدلال شده است که به‌عنوان نمونه به یک روایت اشاره می‌شود. عمران بن موسی نقل می‌کند که آیهٔ خمس را برای امام موسی بن جعفر(ع) قرائت کردم. سپس ایشان فرمود: «ما کان للّه فهو لرسوله وما کان لرسوله فهو لنا. ثم قال: واللّه لقد یسّر اللّه علی المؤمنین أرزاقهم بخمسة دراهم، جعلوا لربّهم واحداً وأکلوا أربعة أحلاء...» (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج۹، ص۴۸۴، باب ۱ از ابواب ما یجب فیه الخمس، حدیث ۶-۱۳). این روایت به‌صراحت بیان می‌کند که یکی از پنج درهم خُمس می‌باشد و متعلق حق یا ملک دیگران است (نک: موسوی خلخالی، ۱۳۸۵، ج۲، ص۲۸۰-۲۸۳). روایات این باب فراوان‌اند و ظرفیت این نوشتار اجازهٔ بررسی سندی و دلالی همهٔ آن‌ها را نمی‌دهد، لذا از بررسی آن‌ها صرف نظر می‌شود و خواننده را به

کتاب‌هایی که در باب خمس و زکات تدوین شده‌اند ارجاع می‌دهد؛ کتاب‌هایی همچون کتاب الخمس مرحوم شیخ انصاری، کتاب الخمس مرحوم منتظری، و کتاب الخمس محسن اراکی.

۲-۲. مقدمهٔ دوم

خمس و زکات آیا به عین مال تعلق می‌گیرد یا به ذمهٔ شخص؟ در مورد این مقدمه نیز ظاهراً میان فقهای امامی در این‌که خمس یا زکات به عین مال تعلق می‌گیرد و نه به ذمه، اختلافی وجود ندارد. ثمرهٔ تعلق به عین یا به ذمه این است که اگر به ذمه تعلق بگیرد، در این صورت، عین مال ملک طلق صاحب مال خواهد بود و هر نوع تصرفی می‌تواند در آن بنماید، اما اگر به عین تعلق بگیرد، آن عین بین صاحب مال و صاحب خمس مشترک است و تصرف مالک منوط به پرداخت خمس خواهد بود. البته در هنگام ادا و پرداخت آن لزومی ندارد که از عین آن مال بدهد، بلکه می‌تواند قیمت آن را بپردازد (انصاری، ۱۴۱۵(ب)، ص۲۷۸؛ امام خمینی، ۱۳۹۲، ج۱، ص۳۸۰؛ سیفی، ۱۴۳۰، ص۱۴؛ موسوی خلخالی، ۱۳۸۵، ج۲، ص۲۸۰؛ اراکی، ۱۳۹۰، ج۲، ص۳۳۹).

۲-۳. مقدمهٔ سوم

نکتهٔ سومی که باید بدان توجه داشت این است که اگر خمس یا زکات به عین مال خارجی تعلق می‌گیرد، آیا به‌عنوان ملک است یا حق و اگر به‌عنوان ملک است، آیا به‌نحو اشاعه در ملک است یا مشارکت در مالیت و یا به‌نحو کلی فی المعین؟ نسبت به مقدمهٔ سوم اختلاف نظر فراوانی میان فقها وجود دارد که نوشتار حاضر گنجایش بیان تفصیلی آن را ندارد، لذا فقط به آن جنبه از بحث که با مسئلهٔ مورد بحث ما ارتباط مستقیم دارد می‌پردازیم.

ادعا شده است که مشهور فقهای امامی بر این عقیده‌اند که اولاً تعلق خمس به عین به‌نحو ملک می‌باشد و ثانیاً مالکیت صاحب خمس به‌نحو ملک مشاع است. به نظر می‌رسد نحوهٔ ملکیت در باب زکات نیز چنین است، زیرا غالب احکام خمس و زکات مشترک‌اند (نک: انصاری، ۱۴۱۵(ب)، ص۲۷۷؛ سبزواری، ۱۴۲۴، ص۳۳۸؛ اراکی، ۱۳۹۰، ج۲، ص۳۶۰؛ موسوی خلخالی، ۱۳۸۵، ج۲، ص۲۸۰، ۳۰۴، ۳۱۱، ۳۱۵؛ خوئی، ۱۴۱۸، ج۲۵، ص۲۸۴؛ نوری

همدانی، ۱۳۸۸، ص۸۷۱). البته از دید امام خمینی(ره)، رسول خدا(ص) و امام(ع) نسبت به اموال خمس و زکات ولایت در تصرف بر اساس مصالح امت دارند نه مالکیت شخصی یا حقوقی (امام خمینی، ۱۴۲۱، ج۲، ص۶۶۲).

۲-۴. مقدمهٔ چهارم

حال که روشن شد نحوهٔ تعلق خمس و زکات به مال یا به‌عنوان ملک است و یا به‌عنوان حق، سؤالی که مطرح می‌شود آن است که مالک یا صاحب حق نسبت به اموال خمس و زکات کیست؟

۲-۴-۱. مالکیت یا ولایت بر اموال خمس از منظر فقهای امامی

فقهای امامی نسبت به دریافت و کیفیت مصرف و تقسیم خمس اختلاف نظر دارند که عمدهٔ آن‌ها دو دیدگاه است.

۲-۴-۱-۱. دیدگاه نخست (مشهور فقهای امامی)

خمس، شش بخش می‌شود: سه بخش آن، حق و یا ملک امام معصوم(ع) در زمان حضور و حق یا ملک حاکم اسلامی (ولی‌فقیه) در زمان غیبت است و سه سهم دیگر آن حق یا ملک شخصی دسته‌های سه‌گانهٔ سادات (مفید، ۱۴۱۳، ص۲۷۶-۲۷۷؛ طوسی، ۱۳۸۷، ج۱، ص۲۶۲؛ طوسی، ۱۴۰۷، ج۴، ص۲۰۹؛ سید مرتضی، ۱۴۰۵، ج۱، ص۲۲۶؛ ابن‌براج، ۱۴۰۶، ج۱، ص۱۸۰؛ ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۰، ج۱، ص۴۹۲؛ محقق حلی، ۱۴۰۸، ج۱، ص۱۶۵؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج۱۶، ص۸۴).

دسته‌ای از فقها سهم‌اللّه را حذف کرده و خمس را پنج سهم قرار داده‌اند (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج۱، ص۱۶۵؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج۱۶، ص۸۹).

برای این دیدگاه که به مشهور فقهای امامی نسبت داده شده است چندین دلیل اقامه شده که در این‌جا مجال ذکر و بررسی آن‌ها نیست (نک: علامه حلی، ۱۴۱۳، ج۳، ص۳۲۶؛ بحرانی، ۱۴۰۵، ج۱۲، ص۳۶۹).

۲-۴-۱-۲. دیدگاه دوم (برخی از فقهای امامی)

خمس حق امامت و بودجهٔ حکومت اسلامی است و بیش از یک سهم نیست و آن هم در اختیار حاکم اسلامی قرار می‌گیرد تا در هر جا که به مصلحت محل مصرف باشد،

هزینه کند (منتظری، ۱۴۱۵، ج۳، ص۱۱۰؛ ج۴، ص۱۰۸). بنابر این دیدگاه، خمس به تمام و کمال به‌ترتیب حق منصب نبوت، امامت و حاکمیت اسلامی در عصر غیبت است، چون حکومت از آنِ خداوند و همهٔ خمس از آنِ اوست و خداوند این حق را به پیامبر(ص) به اعتبار جانشین و خلیفهٔ خود در زمین تفویض فرموده است و پس از آن حضرت، ذی‌القربی (امامان معصوم) به اعتبار جانشینی آنان از مقام رسالت، این حق را در اختیار می‌گیرند و در دوران غیبت، به حکم ادلهٔ ولایت فقیه، این حق در اختیار ولی‌فقیه و نایب عام امام(ع) قرار می‌گیرد تا بر اساس مصالح اسلام و مسلمانان آن را هزینه کند.

۲-۴-۱-۳. دیدگاه امام خمینی(ره)

امام خمینی(ره) دیدگاه دوم را می‌پذیرد و می‌فرماید آنچه از کتاب و سنت استفاده می‌شود آن است که رسول خدا(ص) و همچنین ائمهٔ طاهرین(ع) هر کدام در عصر خود ولیّ در تصرف در این اموال بودند و ملک شخصی آن‌ها به شمار نمی‌آمده است. ایشان به استناد آیهٔ شریفهٔ ﴿واعلموا انما غنمتم...﴾ (انفال/ ۴۱) هم ملکیت اعتباری خداوند را رد می‌کند و هم ملکیت تکوینی را. اما ملکیت اعتباری درست نیست، زیرا اولاً هیچ عاقلی چنین مالکیتی را برای خداوند متعال اعتبار نمی‌کند، یعنی چنین نیست که مثلاً خداوند متعال پیامبر(ص) را فرضاً وکیل در بیع آن قرار دهد و آن را بیع کند و با این بیع، آن مال از ملک الهی خارج شود و ثمن آن در ملک او داخل شود. روشن است که چنین چیزی معقول نیست. ثانیاً آیهٔ شریفه همان ملکیت برای خداوند را برای رسول(ص) نیز قرار داده است و معقول نیست که در آنِ واحد هم خداوند مالک اعتباری آن باشد و هم رسول او (امام خمینی، ۱۴۲۱، ج۲، ص۶۵۹).

اما ملکیت تکوینی در این آیهٔ شریفه درست نیست، زیرا این آیه در مقام بیان حکم فقهی عقلایی است، نه بیان دقایق فلسفی و عرفانی، لذا مراد از «لام» در این آیهٔ شریفه «لام» ملکیت نیست، بلکه به معنای حق ولایت و اولویت در تصرف در این اموال است که از نظر عقلا چنین ولایتی، و لو به‌نحو اعتباری، برای خداوند متعال و همچنین، حمل «لام» در «للرسول» بر ولایت در تصرف به لحاظ اعتبار عقلایی بلااشکال است و وحدت سیاق نیز حفظ شده است و منافاتی با ظاهر ادله ندارد (امام خمینی، ۱۴۲۱، ج۲،

ص۶۵۹). لذا تنها این احتمال باقی می‌ماند که خداوند متعال بالاصاله ولایت دارد و رسول خدا(ص) ولیّ از جانب اوست و امام(ع) ولیّ از جانب خدا یا جانب رسول خواهد بود (امام خمینی، ۱۴۲۱، ج۲، ص۶۱).

ایشان پس از تبیین چگونگی سهم امام و سهم سادات و ذکر ادله و روایات این باب (نک: امام خمینی، ۱۴۲۱، ج۲، ص۶۶۲)، می‌فرماید: «وبالجمله من تدبر فی مفاد الآیات والروایات یظهر له أن الخمس بجمیع سهامه من بیت المال والوالی ولیّ التصرف فیه، ونظره متّبع بحسب مصالح الأمّة حسب ما یری وعلیه إدارة معاش طوایف الثلاث من السّهم المقرر ارتزاقهم منه حسب ما یری» (امام خمینی، ۱۴۲۱، ج۲، ص۶۶۲).

امام خمینی(ره) در این گفتار به دو نکته اشاره دارد: یکی این‌که خمس حق حاکم و در اختیار حکومت اسلامی است، و دیگری این‌که این حکم در مورد همهٔ خمس جریان دارد و اختصاص به سهم امام تنها ندارد، نهایتْ حاکم باید نیازهای گروه‌های سه‌گانه را از سهم تعیین‌شده برای آن‌ها تأمین نماید.

از ظاهر سخنان برخی از فقهای پیش از امام خمینی(ره) نیز استفاده می‌شود که تمایل به چنین دیدگاهی داشته‌اند، هرچند به آن فتوا نداده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴، ج۱۶، ص۱۵۵؛ انصاری، ۱۴۱۵(ب)، ص۳۴۰؛ سبزواری، ۱۴۲۳، ج۱، ص۲۱۷).

طرف‌داران دیدگاه دوم چندین دلیل بر مدعای خود اقامه نموده‌اند که به جهت پرهیز از طولانی شدن بحث، از ذکر آن‌ها خوداری می‌شود (نک: امام خمینی، ۱۴۲۱، ج۲، ص۶۶۲؛ منتظری، ۱۳۸۶، ص۳۳۸؛ شاهرودی، ۱۴۱۰، ج۲، ص۳۷۴؛ زنجانی، بی‌تا، ص۲۲۶؛ میلانی، ۱۳۹۵، ص۱۶۹).

بنابراین، بر اساس دیدگاه غیرمشهور فقهای امامی، خمس حق‌الاماره و از آنِ منصب امامت است و در عصر غیبت، خمس در اختیار فقیهی قرار می‌گیرد که جامع‌الشرایط باشد، چراکه بر اساس ادلهٔ اثبات ولایت فقیه، همهٔ اختیارات حکومتی پیامبر(ص) و ائمه(ع) در عصر غیبت به فقیه واگذار شده است و در نتیجه، همان‌گونه که این بودجه در زمان حیات پیامبر(ص) و ائمه(ع) در اختیار آنان قرار می‌گرفت، در زمان غیبت نیز باید در اختیار ولی‌فقیه قرار گیرد (میلانی، ۱۳۹۵، ص۲۷۷).

امام خمینی(ره) در این خصوص می‌فرماید: «وعلی ذلک یکون الفقیه فی عصر الغیبة

ولیّاً للأمر ولجمیع ما کان الإمام علیه السلام ولیّاً له، ومنه الخمس، من غیر فرق بین سهم الإمام وسهم السّادة، بل له الولایة علی الأنفال والفیء» (امام خمینی، ۱۴۲۱، ج۲، ص۶۶۴).

امام خمینی(ره) نه‌تنها خمس را در اختیار حاکم و حکومت اسلامی می‌داند، بلکه تشریع آن را با این گستردگی، دلیل می‌گیرد که اسلام دارای دولت و حکومت است:

> «جعل خمس در همهٔ غنائم و ارباح مکاسب، دلیل محکمی است بر این‌که اسلام دارای دولت و حکومت است و خمس را خداوند برای نیازهای حکومت اسلامی قرار داده است نه برای فقط رفع نیاز سادات، زیرا نصف خمس، بازار بزرگی از بازارهای مسلمانان آنان را کفایت می‌کند. بنابراین، خمس برای همهٔ نیازهای حاکم اسلامی، از جمله رفع نیاز سادات است» (امام خمینی، ۱۴۲۱، ج۲، ص۶۵۶؛ امام خمینی، ۱۴۲۳، ص۳۱-۳۲).

ایشان در کتاب ولایت فقیه تصریح می‌کند: «خمس یکی از درآمدهای هنگفتی است که به بیت‌المال می‌ریزد و یکی از اقلام بودجه را تشکیل می‌دهد. طبق مذهب ما، از تمام منافع کشاورزی، تجارت، منابع زیرزمینی و روی زمینی و به‌طور کلی از کلیهٔ منافع و عواید، به‌طرز عادلانه‌ای [خمس] گرفته می‌شود ... تا به بیت‌المال وارد شود. بدیهی است درآمد به این عظمت برای ادارهٔ کشور اسلامی و رفع همهٔ احتیاجات مالی آن است. هر گاه خمسِ درآمد کشورهای اسلامی یا تمام دنیا را اگر تحت نظام اسلام درآید حساب کنیم، معلوم می‌شود...، منظور رفع نیاز مالی تشکیلات بزرگ حکومتی است. اگر حکومت اسلامی تحقق پیدا کند، باید با همین مالیات‌هایی که داریم، یعنی خمس و زکات ... اداره شود» (امام خمینی، ۱۴۲۳، ص۲۱).

۲-۴-۲. مالکیت یا ولایت بر اموال زکات از منظر فقهای امامی

نسبت به ولایت بر اموال زکوی نیز در میان فقها اختلاف نظر وجود دارد و همانند دو دیدگاهی که در مورد خمس گذشت، در مورد زکات نیز هست:

۲-۴-۲-۱. دیدگاه مشهور

اکثر فقهای متقدم و برخی از متأخران می‌گویند که تحویل زکات به امام(ع) و ولی‌فقیه در عصر غیبت لازم نیست و خود صاحب مال می‌تواند بر اساس موازین شرعی به مصرف

برساند (طوسی، ۱۳۸۷، ص۱، ص۲۴۴؛ ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۰، ج۱، ص۴۵۸؛ محقق حلی، ۱۴۰۸، ج۱، ص۱۵۲؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج۱۵، ص۴۱۵-۴۱۶؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳، ج۴، ص۲۰۲؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج۳، ص۳۷؛ انصاری، ۱۴۱۵(ج)، ص۳۵۸).

۲-۴-۲-۲. دیدگاه دوم (غیرمشهور)

گروهی بر این عقیده‌اند که ولایت بر اموال زکوی بر عهدهٔ امام(ع) و در عصر غیبت، فقیه جامع‌الشرایط متولی آن است و مردم باید زکات را به فقیه بدهند و خودشان حق پرداخت آن را به مستحقان ندارند (مفید، ۱۴۱۳، ص۲۵۲؛ ابوالصلاح حلبی، ۱۴۰۳، ج۱، ص۱۷۲؛ امام خمینی، ۱۴۲۱، ج۲، ص۴۹۵؛ سبحانی، ۱۴۲۴، ص۳۳۶).

۲-۴-۲-۳. دیدگاه امام خمینی(ره)

امام خمینی(ره) در این خصوص می‌فرماید:

> «هر کس در مفاد آیه و روایات تدبر کند، بر او آشکار می‌شود که همان‌سان که خمس با تمام سهامش از بیت‌المال به شمار می‌آید و ولایت در تصرف در آن برای والی است و نظر او را باید بر اساس مصالح عامهٔ مسلمانان مدنظر قرار داد، امر زکات نیز در عصر غیبت بر عهدهٔ حاکم اسلامی است و سهم‌ها را باید با رعایت مصلحت در امور محل مصرف هزینه کند» (امام خمینی، ۱۴۲۱، ج۲، ص۶۶۲).

ایشان در جای دیگر می‌فرماید:

> «مالیات‌های حکومتی چند نوع است و زکات از جملهٔ آن‌هاست و دولت برای ضبط این مالیات باید مأمورینی بگمارد (امام خمینی، ۱۳۷۸، ص۲۵۸).

ایشان در کتاب تحریر الوسیله می‌فرماید:

> «افضل بلکه احوط آن است که در عصر غیبت زکات به فقیه داده شود، مخصوصاً زمانی که فقیه آن را طلب کند، زیرا او به موارد مصرف زکات آگاه‌تر است و اگرچه اقوی این است که پرداخت زکات به امام واجب نیست، مگر زمانی که به خاطر مصلحت اسلام یا مسلمانان حکم به دفع زکات به او نماید. پس در صورتی که آن را طلب کند، پیروی از دستور وی واجب است و لو این‌که مقلد او نباشد» (امام خمینی، ۱۳۹۲، ج۱، ص۳۴۲).

بر این اساس، در مورد مالکیت و ولایت در تصرف در اموال خمس و زکات، دو دیدگاه اساسی وجود دارد که در فوق به آن‌ها اشاره شد. بنابر دیدگاه دوم که مبنای این نوشتار است، هیچ فرقی در ولایت بر تصرف در اموال خمس و زکات بین عصر حضور با عصر غیبت وجود ندارد. همان ولایتی که رسول خدا(ص) و سپس امام معصوم(ع) دارند، در عصر غیبت نیز فقیه جامع‌الشرایط از آن ولایت برخوردار است و هر گونه مصلحت بداند می‌تواند اموال خمس و زکات را در جهت اسلام و مسلمانان به مصرف برساند.

حاصل این‌که از نگاه امام خمینی(ره)، بر هر آنچه امام(ع) در عصر حضور ولایت دارد، به حکم ادلهٔ ولایت فقیه، ولی‌فقیه نیز در عصر غیبت از آن برخودار است، مگر این‌که دلیلی اقامه شود که فلان مورد، اختصاص به شخص امام(ع) دارد یا دلیلی وجود داشته باشد بر این‌که هرچند مواردی از شئونات حکومت به شمار می‌آید، ولی اختصاص به امام معصوم(ع) دارد و نمی‌توان آن را به غیر امام معصوم(ع) سرایت داد، (امام خمینی، ۱۴۲۱، ج۲، ص۶۶۴).

حال، با توجه به دیدگاه امام خمینی(ره) مبنی بر این‌که اموال خمس و زکات همچون انفال و فیء از اموالی به شمار می‌آیند که در اختیار حاکم اسلامی (ولی‌فقیه) است و ولی‌فقیه بر اساس مصالح عامهٔ مسلمانان (امام خمینی، ۱۴۲۱، ج۲، ص۶۶۴) و محل مصرف می‌تواند هر نوع تصرفی در آن بنماید، این سؤال مطرح می‌شود که آیا سرمایه‌گذاری با اموال خمس و زکات یا دست‌کم با بخشی از آن، در صورتی که مازاد بر مصرف مستحقان باشد، می‌تواند از مواردی به شمار آید که به مصلحت محل مصرف آن‌هاست و در نتیجه، حاکم اسلامی و ولی‌فقیه مجاز به چنین سرمایه‌گذاری است یا خیر.

۲-۴-۳. سرمایه‌گذاری اموال خمس و زکات

مسئلهٔ سرمایه‌گذاری اموال زکات و خمس از ابعاد مختلفی قابل بررسی است، از جمله، بررسی جواز سرمایه‌گذاری این اموال توسط مستحقان زکات پس از دریافت آن. این مسئله هرچند ارتباطی با موضوع بحث ما ندارد، ولی ظاهراً نسبت به جواز سرمایه‌گذاری مستحقان و دریافت‌کنندگان خمس و زکات منعی نباید وجود داشته باشد، زیرا مستحقان، همان مقدار که در اختیار آن‌ها قرار می‌گیرد، دست‌کم به اندازهٔ قوت سالانه، چه مالک

عین مال خمس و زکات باشند و چه مالک منفعت یا حق انتفاع، در هر صورت، نسبت به جواز تصرفشان در مال خمس و زکات منعی ندارند، زیرا در چگونگی تصرف آن‌ها دستورالعملی از شرع نیامده است مبنی بر این‌که مثلاً فقط می‌توانند در مواردی خاص هزینه کنند، بلکه کیفیت مصرف به عهدهٔ خود آن‌هاست. حال اگر بخواهند همان مقداری را که دریافت کرده‌اند سرمایه‌گذاری کنند به این هدف که درآمد بیشتری کسب کنند تا از این طریق نیازهای خود را برطرف سازند و دیگر نیازی به گرفتن زکات یا خمس نداشته باشند، نسبت به این امر نه مانع عقلی وجود دارد و نه شرعی و نه عرفی (نک: حکیم، ۱۴۱۶، ج۹، ص۲۲۱؛ شاهرودی، ۱۴۲۵، ج۲، ص۴۳۲).

بُعد دیگر این بحث، جواز سرمایه‌گذاری اموال خمس و زکات از طرف صاحب مال، یعنی پرداخت‌کنندهٔ آن‌هاست. در این خصوص نیز عمدهٔ فقها قائل به صحت معامله و تجارت با مال خمس و زکات قبل از اخراج و حتی بعد از اخراج شده‌اند، البته در صورتی که حاکم شرع اجازه دهد. از حکم به صحت چنین معامله‌ای، هرچند در قالب بیع فضولی، جواز و صحت سرمایه‌گذاری صاحب مال، یعنی پرداخت‌کنندهٔ زکات را و لو به شرط ضمان می‌توان به دست آورد. اثبات جواز و صحت تصرفات پرداخت‌کنندهٔ خمس و زکات هرچند ارتباط مستقیم با بحث ما ندارد، ولی می‌تواند در اثبات مدعا و فرضیهٔ بحث ما که جواز سرمایه‌گذاری توسط حاکم شرع و ولی‌فقیه می‌باشد، نقش داشته باشد که در ادامه به آن اشاره خواهد شد (نک: بنی‌فضل، ۱۳۸۱، ص۴۱۷؛ یزدی، ۱۴۰۹، ج۱۲، ص۴۰؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۳۰، ص۳۰۷).

آنچه در این مسئله اساس بحث ما را تشکیل می‌دهد بررسی مشروعیت سرمایه‌گذاری اموال خمس و زکات توسط ولی‌فقیه و حاکمیت اسلامی است. به تعبیر دیگر، مسئلهٔ اساسی این نوشتار بررسی این سؤال است که آیا در عصر غیبت، حاکم اسلامی (ولی‌فقیه) بر اساس دیدگاه دوم، که در فوق به آن اشاره شد، می‌تواند جهت مولّدسازی این سرمایهٔ کلان، اقدام به سرمایه‌گذاری نماید یا خیر.

۳. حکم سرمایه‌گذاری اموال خمس و زکات توسط حاکم اسلامی (ولی‌فقیه)

ظاهراً در این جهت که امام(ع) یا نائب امام (فقیه جامع‌الشرایط - حاکم اسلامی) حق

جمع‌آوری اموال خمس و زکات را دارند و می‌توانند آن‌ها را در میان مستحقان توزیع نمایند و این‌که پرداخت خمس و زکات به آن‌ها موجب برائت ذمهٔ پرداخت‌کنندگان می‌شود تردیدی در میان فقها نیست (حکیم، ۱۴۱۶، ج۹، ص۳۲۹؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج۱۵، ص۴۲۲-۴۲۳؛ یزدی، ۱۴۰۹، ج۲، ص۳۲۳؛ حائری یزدی، ۱۴۱۸، ص۸۳۲؛ امینی و همکاران، ۱۳۹۷، ص۳۷-۶۴). اما در این‌که داشتن این حق از باب مالکیت است (چه شخصی و چه حقوقی) یا از باب ولایت و دربارهٔ حق مدیریت این نوع اموال، اختلاف نظر وجود دارد که در مباحث قبل به آن پرداختیم. آنچه مسلم است این است که در زمان غیبت و حاکمیت ولایت فقیه، نظام اخذ و مصرف در اختیار اوست.

یکی از شرایط اساسی در نظام اخذ و مصرف اموالی که در اختیار حاکمیت اسلامی قرار دارد، به‌طور عام، و اموال خمس و زکات، به‌طور خاص، رعایت مصلحت در مورد محل مصرف آن‌هاست (امام خمینی، ۱۴۲۱، ج۲، ص۶۶۲). سؤالِ قابل طرح در این‌جا آن است که آیا رعایت مصلحت در مورد این اموال به این است که تنها به جمع‌آوری و توزیع عادلانهٔ آن‌ها در میان مستحقان بسنده شود یا این‌که رعایت مصلحت اقتضا می‌کند که افزون بر جمع‌آوری و توزیع عادلانه، به مولّدسازی آن نیز توجه شود که مصداق اتمّ صدقهٔ جاریه است، یعنی آیا اموال جمع‌آوری‌شده به گونه‌ای مدیریت شود که مقداری از آن اموال به جهت رفع نیازهای مبرم نیازمندان به آن‌ها پرداخت شود و مقداری دیگر، در صورت مازاد بر نیاز ضروری، به دلیل آینده‌نگری و افزایش درآمد و در نتیجه، استمرار این پرداخت‌ها و تقویت بنیهٔ مالی دریافت‌کنندگان، در سرمایه‌گذاری هزینه گردد تا سرمایه‌ای مولّد، پایدار و مستمر همواره در اختیار حاکمیت ولایت فقیه باشد تا بتواند بدون دغدغه، در جهت مصالح موارد مصرف این اموال را هزینه کند؟ این‌جاست که مسئلهٔ سرمایه‌گذاری اموال خمس و زکات بسیار اهمیت پیدا می‌کند و می‌توان گفت که بررسی مسئلهٔ مشروعیت آن ضرورت می‌یابد.

چنان‌که اشاره شد، به این مسئله در میان فقهای شیعه، به هر دلیلی، توجهی نگردیده و در مباحث فقهی مستقیماً به آن پرداخته نشده است، اما می‌توان از برخی مسائلی که در خلال دیگر مباحث مطرح شده است جواز سرمایه‌گذاری اموال خمس و زکات را استفاده کرد که به برخی از مهم‌ترین آن‌ها در ذیل پرداخته می‌شود:

۱. عمدهٔ فقها معتقدند که حاکم شرع (ولی‌فقیه) می‌تواند خمس و زکات را از پرداخت‌کنندهٔ آن‌ها دریافت کند و برای آن‌ها نیز جایز است خمس و زکات خود را به ولی‌فقیه بپردازند و اگر حاکم شرع آن‌ها را از باب ولایت قبض کند، ذمهٔ مالکان خمس و زکات بری می‌شود و فراغ ذمه پیدا می‌کنند و حتی اگر آن اموال نزد فقیه از بین برود، آن‌ها ضامن نیستند (نجفی، ۱۳۱۸، ص۷۱؛ یزدی، ۱۴۰۹، ج۲، ص۳۲۶؛ خویی، ۱۴۱۸، ج۲۴، ص۲۳۹؛ امام خمینی، ۱۳۹۲، ج۱، ص۳۴۳).

می‌توان برای این فتوای فقها، از روایات نیز بهره جست. در روایتی آمده است: «وَ عَنْهُ عَنْ عُبَيْدِ بْنِ زُرَارَةَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ(ع) أَنَّهُ قَالَ: إِذَا أَخْرَجَهَا مِنْ مَالِهِ فَذَهَبَتْ- وَ لَمْ يسَمِّهَا لِأَحَدٍ فَقَدْ بَرِئَ مِنْهَا» (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج۹، ص۲۸۶). این روایت دلالت دارد که اگر صاحب مال، زکات مال را کنار بگذارد و به مستحق خاصی نداده باشد و سپس تلف شود، صاحب مال ضامن نیست. حال، اگر صرف عزل مال زکوی توسط مالک موجب رفع ضمان می‌شود، عزل مال زکوی با قبض حاکم به طریق اولی باید موجب رفع ضمان شود، چون فرض این است که اولاً و بالذات زکات باید به حاکم اسلامی پرداخت شود و پرداخت زکات توسط صاحب مال در مرحلهٔ دوم قرار دارد (خویی، ۱۴۱۸، ج۲۴، ص۲۳۹).

دیدگاه فوق حاکی از آن است که ولی‌فقیه و حاکم شرع اگر از باب ولایت، در این نوع اموال تصرف کند و تصرف او در جهت مصالح عامه و محل مصرف آن اموال باشد، این تصرفْ هم موجب برائت ذمهٔ پرداخت‌کنندگان می‌شود و هم نشان‌دهندهٔ جواز اخذ آن اموال و جواز هر نوع تصرفی است که توسط حاکم شرع صورت می‌گیرد و به نفع محل مصرف است، زیرا خود جواز اخذ آن اموال، و برائت ذمه پیدا کردن پرداخت‌کنندگان دلیل است بر این‌که این نوع اختیارات، البته با رعایت مصلحت محل مصرف، برای فقیه جامع‌الشرایط وجود دارد. در غیر این صورت، نباید این احکام بر آن مترتب شود. یکی از اموری که به نفع و مصلحت محل مصرف می‌باشد عبارت است از مولّدسازی سرمایه‌ای که در اختیار حاکم شرع و ولی‌فقیه قرار می‌گیرد. حال، امر دایر است بر این‌که این سرمایه را حاکم شرع در اختیار مستحقان قرار دهد و یک‌باره مصرف شود و پایان بپذیرد و یا این‌که دست‌کم بخشی از آن در جهت سرمایه‌گذاری مولّد هزینه شود تا آن سرمایه وجودی مستمر داشته باشد و همواره بتواند نیازهای نیازمندان محل

مصرف را تأمین نماید. روشن است که مورد دوم قطعاً ترجیح دارد، و ازآن‌جاکه تنها ملاک جواز تصرف فقیه رعایت مصلحت است، پس هر جا این مصلحت بود باید حکم به آن‌جا قابل تسری باشد و در بحث سرمایه‌گذاری قطعاً چنین مصلحتی وجود دارد.

۲. بسیاری از فقها در بحث تجارت مالک با عین مال خمسی قبل از کنار گذاشتن خمس یا با نصاب زکات قبل از اخراج زکات، بر این عقیده‌اند که این معامله در مقدار خمس و زکات به‌نحو بیع فضولی، یعنی با اجازهٔ حاکم شرع، صحیح است. لذا اگر حاکم شرع اجازه دهد، عوض آن را از مالک می‌گیرد و اگر اجازه ندهد، مقدار خمس و زکات را در صورت بقای عین مال، از عین آن می‌گیرد و اگر تلف شده باشد، قیمت آن را اخذ می‌کند (تبریزی، ۱۴۲۸، ج۱، ص۲۷۹؛ صافی گلپایگانی، ۱۳۸۵، ج۱۰، ص۲۱۲؛ سبزواری، ۱۴۲۴، ص۳۵۵؛ طباطبایی قمی، ۱۴۱۹، ص۲۳۰). این حکم در زکات نیز جاری است (منتظری، ۱۴۰۹، ج۲، ص۱۱۷).

این فتوای فقها مخصوصاً بر اساس این دیدگاه که مالکیت ارباب خمس و زکات به نحو مشارکت در مالیت باشد و نه مشارکت در عین که نتیجه‌اش جواز تصرف است تکلیفاً (تبریزی، ۱۴۲۸، ج۱، ص۲۷۹) به صحت بیع مال خمسی یا زکوی به‌نحو بیع فضولی، در صورت اجازهٔ حاکم شرع و ولی‌فقیه، نشان‌دهندهٔ آن است که اگر خود حاکم شرع و ولی‌فقیه با مال خمس یا زکات که از پرداخت‌کنندهٔ آن گرفته است، در صورتی که به مصلحت مستحقان باشد، تجارت کند و یا با آن سرمایه‌گذاری نماید، به طریق اولی باید صحیح باشد و نیاز به اجازه هم ندارد، زیرا بر اساس دیدگاه کسانی که قائل‌اند که اموال خمس و زکات باید در اختیار حاکم شرع و ولی‌فقیه قرار بگیرد، خواه از باب مالکیت حقوقی و یا از باب ولایت، قطعاً اگر در جهت مصالح محل مصرف آن‌ها باشد، تصرفات او مجاز و مشروع خواهد بود.

۳. یکی دیگر از مواردی که شاید بتوان به‌عنوان مؤید جواز سرمایه‌گذاری اموال خمس و زکات توسط حاکم شرع و فقیه جامع‌الشرایط نام برد، مسئلهٔ جواز اقتراض حاکم شرع برای امور زکات است. فقها قائل‌اند که حاکم شرع می‌تواند برای جمع‌آوری زکات و نگهداری آن و یا رفع نیازهای مستمندان قرض بگیرد و در مورد زکات به مصرف برساند (سبحانی، ۱۴۲۴، ج۲، ص۵۱۹؛ منتظری، ۱۴۰۹، ج۴، ص۳۸۷-۴۰۰).

از این حکم فقها به جواز اقتراض حاکم شرع برای زکات در صورتی که به مصلحت مستحقان و محل مصرف باشد، نیز می‌توان استفاده کرد که اگر نیازهای مستحقان خمس و زکات با سرمایه‌گذاری بخشی از اموال خمس و زکات رفع می‌شود، چرا حاکم شرع مجاز به چنین کاری نباشد، بلکه باید گفت که با اولویت قطعی این سرمایه‌گذاری مجاز است، زیرا در قرض گرفتن فقط اثرش رفع نیاز است و در نهایت، باید دین را از مال زکات بپردازد. حال اگر فقها حکم به جواز چنین قرضی نموده‌اند، درحالی‌که هیچ گونه بازدهی جز مصرف کردن آن ندارد، سرمایه‌گذاری اموال خمس و زکات باید به طریق اولی جایز باشد، زیرا با سرمایه‌گذاری نه‌تنها رفع نیاز آنان می‌شود، بلکه تولید درآمد صورت می‌گیرد و موجب مولّدسازی اموال خمس و زکات و باعث رساندن سود بیشتر به آنان می‌گردد و چنین نیست که مستحقان از دستیابی به سهم خویش محروم شوند، و این کار از نظر عقلا قطعاً بر اقتراض برای زکات ترجیح دارد.

۴. اخبار و فتاوایی وجود دارند که از آن‌ها صحت تجارت با مال یتیم استفاده می‌شود. اما اخبار، برخی از آن‌ها را به‌عنوان نمونه در این‌جا ذکر می‌کنیم:

الف. «عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ(ع): هَلْ عَلَى مَالِ الْيَتِيمِ زَكَاةٌ- قَالَ لَا إِلَّا أَنْ تَتَّجِرَ بِهِ....» (نک: حر عاملی، ۱۴۰۹، ج۹، ص۸۷؛ ج۱۷، ص۲۵۷). از این حدیث استفاده می‌شود که تعلق زکات به مال یتیم مشروط است به این‌که با مال او تجارت شود. اگر تجارت با مال یتیم صحیح نباشد، تعلق زکات به آن معنا ندارد.

ب. «عَنْ يونُسَ عَنْ سَعِيدٍ السَّمَّانِ قَالَ سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ(ع) يقُولُ: لَيسَ فِي مَالِ الْيَتِيمِ زَكَاةٌ إِلَّا أَنْ يتَّجَرَ بِهِ- فَإِنِ اتُّجِرَ بِهِ فَالرِّبْحُ لِلْيَتِيمِ- وَ إِنْ وُضِعَ فَعَلَى الَّذِي يتَّجِرُ بِهِ» (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج۹، ص۸۷، ح۲). مضمون این حدیث نیز همانند قبلی است.

ج. «عَنْ أَبِي الْعُطَارِدِ الْحَنَّاطِ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ(ع): مَالُ الْيَتِيمِ يكُونُ عِنْدِي فَأَتَّجِرُ بِهِ فَقَالَ إِذَا حَرَّكْتَهُ فَعَلَيكَ زَكَاتُهُ...» (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج۹، ص۸۸، ح۳).

فقها نیز فتوا به جواز تجارت با مال یتیم توسط ولیّ یا غیر ولیّ با اجازهٔ حاکم شرع در صورت وجود مصلحت داده‌اند (انصاری، ۱۴۱۵(الف)، ج۳، ص۳۶۰؛ امام خمینی، ۱۳۹۲، ج۲، ص۱۸۱؛ سبحانی، ۱۳۸۷، ج۱، ص۴۷۵؛ میلانی، ۱۴۲۹، ج۳، ص۳۷۰؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۵، ص۲۶۳). در هر صورت، تجارت با مال یتیم توسط ولیّ او صحیح است و نیازی به اجازه

ندارد. تجارت غیر ولیّ اگر به‌مصلحت باشد، جایز و صحیح است، اما با اجازهٔ ولیّ.

از این حکم می‌توان در جواز تجارت با اموال خمس و زکات و سرمایه‌گذاری با آن اموال بهره جست، زیرا در این‌جا نیز فرض این است که ولیّ و حاکم شرع با رعایت مصلحت محل مصرف اقدام به سرمایه‌گذاری و معامله با این اموال می‌کند، در نتیجه، از باب تنقیح مناط قطعی که عبارت است از رعایت مصلحت و همچنین تجارت توسط ولیّ می‌توان در این‌جا نیز حکم به صحت کرد، زیرا فرض این است هم رعایت مصلحت می‌شود و هم توسط ولیّ صورت می‌گیرد و نیازمند اجازه نیز نمی‌باشد.

بنابراین، از باب تنقیح مناط، می‌شود ملاک جواز تصرف امام(ع) در عصر حضور و ولیّ در اموال ایتام و خریدوفروش آن‌ها، بلکه سرمایه‌گذاری با مال آن‌ها در صورت وجود مصلحت را تسری داد به مسئلهٔ تجارت و سرمایه‌گذاری با اموال خمس و زکات در عصر غیبت توسط ولی‌فقیه و حاکم شرع، زیرا ملاک و مناط جواز تصرف در هر دو صورت، وجود مصلحت است. لذا والی و حاکم می‌تواند با رعایت مصلحت، سرمایه‌گذاری کند.

۵. متعارف بودن سرمایه‌گذاری با اموال عمومی و صدقات مستحب و اعانات مردمی توسط صندوق‌ها و مؤسسات خیریه در کشورهای اسلامی، یا نظیر کمیتهٔ امداد و بنیاد مستضعفان و... در ایران، البته با اجازهٔ پرداخت‌کنندگان یا حاکم شرع، بیانگر آن است که عرف عقلا این امر را تأیید می‌کند، و یکی از اموری که در استنباط احکام شرعی به‌نوعی نقش دارد، عرف و سیرهٔ عملی عقلاست. اگر چنین تصرفاتی برای این نوع مؤسسات با اجازهٔ حکم اسلامی می‌تواند جایز باشد، چرا خود فقیه و حاکم شرع نتواند با رعایت مصالح مستحقان چنین کاری بکند؟، چه فرض این است که ولی‌فقیه و حاکم شرع در جواز اخذ و مصرف آن اموال اختیار دارد و می‌تواند در جهت مصالح آن، هزینه کند و مصالح محل مصرف منحصر به توزیع نیست، بلکه یکی از مصالح می‌تواند سرمایه‌گذاری باشد تا این گردش مالی همواره، افزون بر مولّدسازی، در جریان باشد.

۶. مسئلهٔ سرمایه‌گذاری اموال خمس و زکات از نگاه کلان تشریع احکام (مقاصد الشریعه) به‌طور عام، و فلسفهٔ تشریع خمس و زکات به‌طور خاص، می‌تواند دلیل دیگری بر مشروعیت سرمایه‌گذاری این اموال به باشد، زیرا در نگاه کلان مقاصد الشریعه این امر تقریباً مورد اتفاق فقهای امامی است که تشریع احکام بنابر مصالح و مفاسدی است که در

ورای احکام وجود دارد. از مهم‌ترین عواملی که در لسان آیات و روایات نسبت به تشریع خمس و زکات از آن نام برده شده است دو مورد بیش از دیگر موارد خودنمایی می‌کند:

الف. تأمین نیاز فقرا (نک: حرعاملی، ۱۴۰۹، ج۹، کتاب الزکاة).

ب. راکد نماندن مال وتبدیل آن به سرمایه‌ای مولّد و درآمدزا، که عکس آن در شریعت مذمت شده است (نک: توبه/۳۴-۳۵). علامه طباطبایی در تحلیل این آیات ﴿یا أَیُّهَا الَّذینَ آمَنُوا إِنَّ کَثیراً مِنَ الأَحْبارِ وَ الرُّهْبانِ لَیَأْکُلُونَ أَمْوالَ النّاسِ بِالْباطِلِ وَ یَصُدُّونَ عَنْ سَبیلِ اللهِ وَ الَّذینَ یَکْنِزُونَ الذَّهَبَ وَ الْفِضَّةَ...﴾ می‌فرماید: مفهوم «کنز» در این آیات، بیانگر نگهداری، ذخیره و منع جریان مال در معاملات است و مفهوم «سبیل الله» نمایندهٔ هر چیزی است که برپایی دین خدا و جلوگیری از فروپاشی بنیان‌های آن ... به آن بستگی دارد و آیهٔ شریفه شامل جلوگیری از گردش اموال در تأمین همهٔ ضروریات جامعه نیز می‌شود (طباطبایی، ۱۴۱۷، ج۹، ص۲۵۸-۲۶۰). بنابراین، مال و ثروت باید به نفع مصالح عمومی جامعهٔ اسلامی در چرخهٔ تولید قرار گیرد و راکد گذاشتن آن به زیان اقتصاد فرد و جامعه است. همین مضامین در روایات نیز آمده است (نک: کلینی، ۱۳۶۹، ج۵، ص۹۱).

بنابراین، مقایسهٔ بین این‌که اموال خمس و زکات مستقیماً میان نیازمندان توزیع شود که صرفاً نگاهی مصرف‌گرایانه است یا این‌که این سرمایهٔ کلان، دست‌کم مقداری از آن در امر تولید سرمایه‌گذاری شود و تبدیل به سرمایه‌ای مولّد و درآمدزا و صدقهٔ جاریه بشود که هم اصل سرمایه محفوظ می‌ماند و هم جریانی پایدار خواهد بود که همواره نیازمندان جامعه را تأمین خواهد کرد و در جهت رفع فقر، بیکاری و رشد اقتصاد و تولید نیز به کار گرفته می‌شود، عقل و شرع در دَوران بین این دو، حکم می‌کند که سرمایه‌گذاری اموال خمس و زکات نه‌تنها ممنوع نیست، بلکه کاملاً امری مطلوب و مشروع به نظر می‌آید.

نتیجه‌گیری

با توجه به مبنای امام خمینی(ره) در باب اموالی که در اختیار حاکم اسلامی قرار دارد مانند انفال و ... به‌طور عام، و اموال خمس و زکات، به‌طور خاص، مبنی بر این‌که ولی‌فقیه در عصر غیبت مالک (مالکیت عنوان) این نوع اموال است یا ولایت در تصرف در آن‌ها دارد و به هر نحوی که مصلحت می‌بیند آن‌ها را هزینه کند، می‌توان نتیجه گرفت

که اگر حاکم اسلامی (ولی‌فقیه) مصلحت بر این ببیند که برای تأمین هزینهٔ مستحقان خمس و زکات و ایجاد منبعی مطمئن و پایدار جهت رفع نیازهای موارد و محل مصرف و تقویت بنیهٔ مالی آن‌ها اقدام به سرمایه‌گذاری با شرایط و مقررات دارای ضمانت اجرایی بنماید، این اقدام به‌نظر مشروعیت دارد و منافاتی نه با ادلهٔ شرعی دارد و نه به لحاظ عقلی منعی دیده می‌شود. ازاین‌رو، با توجه به مواردی که اشاره شد، مشروعیت سرمایه‌گذاری اموال خمس و زکات و یا دست‌کم مقداری از آن‌ها نقلاً و عقلاً کاملاً قابل اثبات است.

فهرست منابع

۱. قرآن کریم
۲. ابن‌ادریس حلی، محمد بن منصور. (۱۴۱۰ق). سرائر. قم: انتشارات اسلامی.
۳. ابن‌براج، قاضی. (۱۴۰۶ق). المهذب. قم: انتشارات اسلامی.
۴. ابن‌فارس، احمد. (۱۴۰۴ق). معجم مقاییس اللغه. قم: انتشارات اسلامی.
۵. ابن‌منظور، محمد بن مکرم. (۱۴۱۴ق). لسان العرب. بیروت: دار صادر.
۶. ابوالصلاح حلبی، تقی‌الدین. (۱۴۰۳ق). الکافی فی الفقه. اصفهان: کتابخانهٔ امام امیرالمؤمنین(ع).
۷. اراکی، محسن. (۱۳۹۰ش). کتاب الخمس. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۸. امام خمینی، سید روح‌الله. (۱۳۷۸ش). کشف الاسرار. تهران: مؤسسهٔ تنظیم و نشر آثار امام خمینی(ره).
۹. امام خمینی، سید روح‌الله. (۱۳۹۲ش). تحریر الوسیلة. تهران: مؤسسهٔ تنظیم و نشر آثار امام خمینی(ره) – مؤسسهٔ عروج.
۱۰. امام خمینی، سید روح‌الله. (۱۴۲۱ق). کتاب البیع. تهران: مؤسسهٔ تنظیم و نشر آثار امام خمینی(ره).
۱۱. امام خمینی، سید روح‌الله. (۱۴۲۳ق). ولایت فقیه. تهران: مؤسسهٔ تنظیم و نشر آثار امام خمینی(ره).
۱۲. امینی، حسینعلی؛ راعی، مسعود؛ توکلی، احمدرضا. (۱۳۹۷ش). واکاوی رویکرد حکومتی به خمس و زکات، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۱۰(۱۹)، ص۳۷-۶۴. https://doi.org/10.22075/feqh.2018.13072.1325
۱۳. انصاری، مرتضی. (۱۴۱۵ق). (الف). المکاسب (البیع). قم: چاپ کنگره.
۱۴. انصاری، مرتضی. (۱۴۱۵ق). (ب). کتاب الخمس. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ انصاری.
۱۵. انصاری، مرتضی. (۱۴۱۵ق). (ج). کتاب الزکاه. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ انصاری.
۱۶. بحرانی، آل عصفور. (۱۴۰۵ق). الحدائق الناضرة، (تحقیق و تصحیح محمدتقی ایروانی و سید عبدالرزاق مقرم). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۷. بنی‌فضل، مرتضی. (۱۳۸۱ش). مدارک تحریر الوسیلة (کتاب الزکاة و الخمس). تهران: مؤسسهٔ تنظیم و نشر آثار امام خمینی(ره).
۱۸. تبریزی، جواد. (۱۴۲۸ق). تنقیح مبانی العروه. قم: دار الصدیقة الشهیدة(ع).

۱۹. تقی‌زاده چاری، رمضانعلی؛ پیردهی حاجیکلا، علی. (۱۳۹۵ش). تأملی در مالکیت خمس در عصر غیبت. دو فصلنامه فقه مقارن، ۴ (۸)، ص۱۱۷-۱۳۵.
۲۰. جوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۴۰۷ق). الصحاح، (تحقیق احمد عبدالغفور عطار). بیروت: دار العلم للملایین.
۲۱. حاتمی، سینا. (۱۳۹۸ش). بررسی امکان انتشار اوراق گواهی خمس در جامعه اسلامی. فصلنامه مطالعات اقتصاد، مدیریت مالی و حسابداری، ۵ (۱)، ص۱۳۲-۱۴۳.
۲۲. حائری یزدی، مرتضی بن عبدالکریم. (۱۴۱۸ق). کتاب الخمس. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۳. حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعه، (کتاب الزکاة). قم: مؤسسة آل البیت(ع).
۲۴. حریری، محمد یوسف. (۱۳۸۸ش). فرهنگ موضوعی تشریحی علوم اقتصادی. تهران: انتشارات اطلاعات.
۲۵. حکیم، سید محسن طباطبایی. (۱۴۱۶ق). مستمسک العروة الوثقی. قم: مؤسسة دار التفسیر.
۲۶. خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۸ق). موسوعة الإمام الخوئی. قم: مؤسسة إحیاء آثار الإمام الخوئی.
۲۷. راغب اصفهانی، حسین بن محمد. (۱۴۱۲ق). المفردات. بیروت: دارالعلم.
۲۸. زنجانی، فیاض‌الدین (بی‌تا). ذخائر الإمامة، تصحیح سید عبدالصمد غزالی زنجانی. تهران: چاپخانه فردوسی.
۲۹. سبحانی، جعفر. (۱۳۸۷ش). أحکام البیع فی الشریعة الإسلامیة. قم: مؤسسة الإمام الصادق(ع).
۳۰. سبحانی، جعفر. (۱۴۲۴ق). الزکاة فی الشریعة الإسلامیة الغراء. قم: مؤسسهٔ امام صادق(ع).
۳۱. سبزواری، محمدباقر. (۱۲۴۷ق). ذخیرة المعاد. قم: مؤسسة آل البیت(ع).
۳۲. سبزواری، محمدباقر. (۱۴۲۳ق). کفایة الأحکام. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۳. سبزورای، سید علی. (۱۴۲۴ق). کتاب الخمس. بغداد: دفتر آیت‌الله سبزورای.
۳۴. سید مرتضی، علی بن حسین موسوی. (۱۴۰۵ق). رسائل الشریف المرتضی، (تحقیق و تصحیح سید مهدی رجائی). قم: دار القرآن الکریم.
۳۵. سیفی، علی‌اکبر. (۱۴۳۰ق). دلیل تحریر الوسیلة. قم: مؤسسهٔ تنظیم و نشر آثار امام خمینی(ره).
۳۶. شهید ثانی، زین‌الدین به علی. (۱۴۱۳ق). مسالک الأفهام. قم: مؤسسة المعارف الإسلامیة.
۳۷. صافی گلپایگانی، علی. (۱۳۸۵ش). ذخیرة العقبی. قم: گنج عرفان.
۳۸. طباطبایی قمی، سید تقی. (۱۴۱۹ق). الغایة القصوی. قم: انتشارات محلاتی.
۳۹. طباطبایی، سید محمدحسین. (۱۴۱۷ق). المیزان. بیروت: مؤسسة الأعلمی للمطبوعات.
۴۰. طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق). المبسوط. تهران: المکتبة المرتضویه.
۴۱. طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق). الخلاف، قم: دفتر انتشارات اسلامی جامعهٔ مدرسین.
۴۲. عاملی، محمد بن علی. (بی‌تا). مدارک الأحکام. قم: مطبعة مهر، مؤسسة آل البیت(ع).
۴۳. علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۳ق). مختلف الشیعه. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴۴. علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۴ق). تذکرة الفقهاء. قم: مؤسسة آل البیت(ع).
۴۵. فاضل لنکرانی، محمد. (۱۴۳۰ق). تفصیل الشریعة، (الزکاة). قم: مرکز فقه الائمة الاطهار(ع).

۴۶. فراهیدی، خلیل بن احمد. (۱۴۱۰ق). العین، (تحقیق مهدی المخزومی و ابراهیم السامرائی). قم: نشر هجرت.
۴۷. کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۳۶۹ش). الکافی. تهران: دار الکتب الإسلامیه.
۴۸. کیخا، محمدرضا؛ مرادی، یوسف. (۱۳۹۸ش)، نقد و تحلیل دیدگاه رایج فقها دربارهٔ خمس مال قرضی. مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۱۱ (۲۰)، ص۲۷۹-۳۰۰. https://doi.org/10.22075/feqh.2018.13853.1425
۴۹. محقق حلی، نجم‌الدین. (۱۴۰۸ق). شرایع الاسلام. قم: مؤسسهٔ اسماعیلیان.
۵۰. محقق کرکی، علی بن حسین. (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد. قم: مؤسسة آل البیت(ع).
۵۱. مشکانی، زینب؛ عابدی سرآسیا، علیرضا؛ ناصری، مقدم حسین. (۱۴۰۰ش). واکاوی ولایت بر اموال زکوی با تأکید بر مبانی امام خمینی. حکومت اسلامی، ۲۶ (۴)، ص۳۳-۶۲.
۵۲. مشکینی، میرزا علی. (۱۴۱۸ق). الفقه المأثور. قم: نشر الهادی.
۵۳. مفید، محمد بن محمد. (۱۴۱۳ق). المقنعة. قم: کنگرهٔ جهانی هزارهٔ شیخ مفید.
۵۴. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۳ق). مجمع الفائدة و البرهان. قم: انتشارات اسلامی جامعهٔ مدرسین.
۵۵. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۵ق). انوار الفقاهه فی احکام العتره الطاهره (البیع). قم: مدرسة الإمام علی بن أبی طالب(ع).
۵۶. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۸ق). أنوار الفقاهة فی أحکام العترة الطاهرة، (الخمس و الأنفال). قم: مدرسة الإمام علی بن أبی طالب(ع).
۵۷. منتظری، حسینعلی. (۱۳۸۶ش). کتاب الخمس. قم: ارغوان دانش.
۵۸. منتظری، حسینعلی. (۱۴۰۹ق). کتاب الزکاة. قم: مرکز جهانی مطالعات اسلامی.
۵۹. منتظری، حسینعلی. (۱۴۱۵ق). دراسات فی ولایة الفقیه. قم: نشر تفکر.
۶۰. موسوی خلخالی، سید محمدمهدی. (۱۳۸۵ش). فقه الشیعة، (کتاب الخمس و الأنفال). قم: دار البشیر.
۶۱. میلانی، سید محمدهادی حسینی. (۱۴۲۹ق). کتاب البیع. قم: مرکز الحقائق الإسلامیة.
۶۲. میلانی، سید محمدهادی حسینی. (۱۳۹۵ق). محاضرات فی فقه الإمامیة. مشهد: دانشگاه فردوسی.
۶۳. نجفی، محمدحسن. (۱۳۱۸ق). نجاة العباد. تهران: دار الطباعه آقا سید مرتضی.
۶۴. نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام. بیروت: دار إحیاء التراث العربی.
۶۵. نوری همدانی، حسین. (۱۳۸۸ش). الخمس فی ضوء مدرسة أهل البیت(ع). قم: بوستان کتاب.
۶۶. هاشمی شاهرودی، سید محمود. (۱۴۲۵ق). کتاب الخمس. قم: مؤسسهٔ دایرةالمعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت(ع).
۶۷. هاشمی شاهرودی، سید محمود. (۱۴۱۰ق). بحوث فی الفقه (کتاب الخمس). قم: مکتب سید محمود شاهرودی.
۶۸. یزدی، سید محمدکاظم. (۱۴۰۹ق). العروة الوثقی. بیروت: مؤسسة الأعلمی للمطبوعات.

Civil Jurisprudence Doctrines

ISSN Print: 2251- 936x Online: 2783- 3690

The effect of the legitimacy of motivation in tortious liability

Mahdi Beiki Shouraki[1] | **Abbas Karimi**[2]

1. PhD in Private Law, Department of Law, Javad-ol-A'emmeh Higher Education Center, University of Applied Science and Technology, Yazd, Iran. Email: mahdi_beiki@yahoo.com
2. Corresponding Author, Professor, Department of Private Law, University of Tehran, Tehran, Iran. Email: abkarimi@ut.ac.ir

Article Info

Article type:
Research Article

Article history:
Received: 10 December 2023
Revised: 30 June 2024
Accepted: 10 September 2024
Available online 28 September 2024

Keywords:
Legitimate motive, Tortious liability, Damages, Benevolence (Iḥsān), Legitimate defense.

ABSTRACT

An individual whose actions cause damage to another may act without motive (as in most accidents), with an illegitimate motive such as usurper, or with a legitimate motive. The primary instances of legitimate motive include benevolent intent (Iḥsān), exercising one's right, and legitimate defense. This study examines the effect of legitimate motive on tortious liability and the limitations of invoking it to exempt liability, employing a descriptive-analytical methodology. In Imami jurisprudence and Iranian law, the principle is no-fault liability where motive generally does not affect liability. However, legitimate motive constitutes one of the grounds for exemption from tortious liability. That said, mere benevolent intent or the intention to prevent harm or benefit another is insufficient to exempt liability; the act itself must also be objectively justified. The limitations of legitimate motive include compliance with legal provisions, technical standards, safety principles, and reasonable boundaries. In cases of doubt regarding tortious liability and its removal due to legitimate motivation, tortious liability is applied.

Cite this article: Beiki Shouraki, M., Karimi, A. (2025). The effect of the legitimacy of motivation in tortious liability. *Civil Jurisprudence Doctrines*, 17(31), 173-203.
https://doi.org/10.30513/cjd.2024.5705.1926

© The Author(s). Publisher: Razavi University of Islamic Sciences.

آموزه‌های فقه مدنی
ISSN Print: 2251- 936x Online: 2783- 3690

تأثیر مشروعیت انگیزه در ضمان قهری

مهدی بیکی شورکی[1] | عباس کریمی[1]

۱. دکترای تخصصی حقوق خصوصی، مدرس دانشگاه، گروه حقوق، مرکز آموزش عالی جوادالائمه(ع)، دانشگاه علمی کاربردی، یزد، ایران. رایانامه: mahdi_beiki@yahoo.com

۲. نویسنده مسئول، استاد، گروه حقوق خصوصی، دانشگاه تهران، تهران، ایران. رایانامه: abkarimi@ut.ac.ir

اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۹/۱۹
تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۵/۰۹
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۶/۲۰
تاریخ انتشار برخط: ۱۴۰۳/۰۷/۰۷

کلیدواژه‌ها:
انگیزهٔ مشروع، ضمان قهری، خسارت، احسان، دفاع مشروع.

چکیده

کسی که رفتارش موجب ورود خسارت به دیگری می‌شود، ممکن است انگیزه‌ای نداشته باشد، نظیر اکثر تصادفات، یا انگیزه‌اش نامشروع باشد مانند غاصب، یا انگیزهٔ وی مشروع باشد. مهم‌ترین موضوعاتی که ذیل انگیزهٔ مشروع مطرح می‌شود، انگیزهٔ احسان، اجرای حق خود و دفاع مشروع می‌باشد. هدف این مقاله بررسی تأثیر انگیزهٔ مشروع در ضمان قهری و محدودیت‌های استناد به آن در رفع ضمان قهری، با روش توصیفی- تحلیلی است. در فقه امامیه و حقوق ایران اصل بر مسئولیت بدون تقصیر است و انگیزه در ضمان نقشی ندارد. با این حال، انگیزهٔ مشروع یکی از مسقطات ضمان قهری است. البته صرف انگیزهٔ احسان و صرف دفع ضرر یا جلب منفعت دیگری، برای رفع ضمان کافی نیست، بلکه عمل نیز باید مطابق واقع باشد. محدودیت‌های انگیزهٔ مشروع شامل رعایت قانون، موازین فنی، اصول ایمنی و حدود متعارف می‌باشد. با تردید در ضمان قهری و سقوط آن به سبب انگیزهٔ مشروع، ضمان قهری اعمال می‌شود.

استناد: بیکی شورکی، مهدی؛ کریمی، عباس. (۱۴۰۴). تأثیر مشروعیت انگیزه در ضمان قهری. آموزه‌های فقه مدنی، ۱۷(۳۱)، ۱۷۳ - ۲۰۳. https://doi.org/10.30513/cjd.2024.5705.1926

ناشر: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.

© نویسندگان.

مقدمه

انگیزه به معنای سبب، باعث، علت و آن چیزی است که کسی را به کاری برانگیزد (عمید، ۱۳۹۱، ص۱۹۹). در اصطلاح حقوقی نیز انگیزه را چنین می‌توان تعریف کرد: غرض به‌عنوان فکری که قبل از اقدام به انجام کاری در خاطر انسان آمده و فکر رسیدن به آن، محرک انسان برای آن کار باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ص۴۸۹) و همچنین جهت، که هدف شخصی هر کس در عمل حقوقی می‌باشد و با توجه به اشخاص مختلف و اوضاع مختلف متفاوت است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ص۲۰۲). این موضوعات بیشتر در مورد اعمال حقوقی مطرح می‌شود که حکم آن در مادهٔ ۲۱۷ قانون مدنی آمده است که نیازی به تصریح جهت معامله نیست، ولی اگر تصریح شده باشد باید مشروع باشد و در فرض نامشروع بودن، معامله باطل است. همچنین در موضوعات کیفری نیز انگیزه مهم است. اما می‌توان انگیزه را در مورد برخی از مصادیق تحقق ضمان قهری نیز مطرح نمود که شخص با انگیزه‌ای اقدام می‌نماید و خسارت وارد می‌شود. در تفکیک انگیزه و قصد مرتکب در تحقق رفتار زیان‌بار باید هر مورد را دقیق بررسی نمود. برای مثال، ممکن است انگیزهٔ تخریبِ درِ خانهٔ همسایه نجات جان او باشد، درحالی‌که قصد تخریب، داشتنِ طرح یا نقشه برای چگونگی انجام این کار است. بنابراین، این دو اصطلاح با یکدیگر متفاوت‌اند و این سؤال که چرا درِ خانهٔ همسایه را تخریب کرد، ارتباطی با این سؤال ندارد که آیا او قصد تخریب داشت یا نه.

پیشینهٔ بحث: در مورد انگیزه و تأثیر آن در مسئولیت، برخی پژوهش‌ها انجام شده است، نظیر پژوهشی با عنوان «بررسی انگیزه و تأثیر آن در مسئولیت کیفری» که هرچند انگیزه جزء ارکان مسئولیت کیفری محسوب نمی‌شود، اما می‌تواند در نوع و میزان مجازات مرتکب تأثیرگذار باشد (زارعت، ۱۳۸۳، ص۲۳). همچنین نقش قاعدهٔ احسان در معافیت از جبران خسارت نیز در فرضی که محسن دارای حسن نیت بوده باشد و زیان وارده بیش از زیان اول نباشد، عمل او فاقد مسئولیت دانسته شده و دلیل آن نیز چنین مطرح شده که اگر با نیکوکار همانند زیان‌کار رفتار شود باعث می‌شود که اشخاص از احسان به دیگران خودداری کنند (نصوری، ۱۳۹۷، ص۶۷). در پژوهشی، ارتباط بین قاعدهٔ

احسان با اسباب اصلی ضمان بررسی شده که در این مورد نیز در فرض تحقق شرایط قاعدهٔ احسان، آن را موجب سقوط ضمان و برائت ذمهٔ مرتکب دانسته‌اند (خزائی، ۱۳۹۸، ص۲). در پژوهشی دیگر، در مورد نقش مسئولیت مدنی در قاعدهٔ احسان بحث شده که به بررسی شمول دفع ضرر و جلب منفعت در مورد قاعدهٔ احسان پرداخته شده است (محمدی، ۱۳۹۹، ص۷۰۲).

حال، در این پژوهش تلاش می‌شود تا ارتباط انگیزه در تحقق ضمان قهری و محدودهٔ تأثیر مشروعیت انگیزه در ضمان قهری بررسی گردد که نگاه جدیدی است. با این توضیح که ابتدا باید علاوه بر این‌که انگیزهٔ مشروع را در نظر می‌گیریم، فرض‌های مختلف وجود انگیزه در تحقق ضمان قهری را بررسی نماییم و سپس به این موضوع بپردازیم که آیا صرف انگیزهٔ مشروع در رفع ضمان قهری کفایت می‌کند یا خیر؟ برای پاسخ باید انگیزهٔ مشروع را با در نظر گرفتن ارکان مسئولیت مدنی بررسی کرد. سؤال دیگر این‌که در صورت عدم کفایت انگیزهٔ مشروع در رفع ضمان قهری، چه موارد و نکاتی باید رعایت شود تا بتوان به استناد مشروعیت انگیزه، انگیزهٔ مشروع را رافع مسئولیت مدنی دانست، و در نهایت تأثیر مشروعیت انگیزه در ضمان قهری را تحلیل و بررسی نمود. پژوهش حاضر از این باب دارای نوآوری است.

بحث انگیزه بیشتر در حقوق کیفری مطرح شده است و در ذیل عنصر معنوی تجزیه و تحلیل می‌شود. در ضمان قهری موافق با اصل، به انگیزه کمتر توجه شده و حتی برای تشخیص تقصیر، متعارف یا نامتعارف بودن رفتار مرتکب مهم است و به انگیزه در آن، دخالت چندانی داده نمی‌شود. با این حال، گاهی انگیزهٔ مرتکب نیز اهمیت دارد. در قوانین کشورمان به مشروعیت انگیزه در ضمان قهری به‌عنوان قاعده‌ای کلی توجهی نشده است و همان‌گونه که توضیح داده شد، در دکترین حقوقی کم‌وبیش از آن سخن به میان آمده است. بنابراین باید دید آیا مشروعیت انگیزه در ضمان قهری تأثیری دارد یا خیر؟ برای پاسخ، ابتدا باید تأثیر مشروعیت انگیزه در تحقق ضمان قهری، سپس تأثیر مشروعیت انگیزه در رفع ضمان قهری را بررسی نمود.

۱. تأثیر مشروعیت انگیزه در تحقق ضمان قهری

برای تحقیق در این زمینه، ابتدا باید تأثیر مشروعیت انگیزه در تحقق رفتار زیان‌بار و سپس تأثیر مشروعیت انگیزه در تبیین رابطهٔ سببیت را بررسی کرد.

۱-۱. تأثیر مشروعیت انگیزه در تحقق رفتار زیان‌بار

در راستای تحلیل همه‌جانبه و کامل از موضوع، باید حالت‌های مختلف و قابل تصور آن را بررسی نمود. در این فرض، گاهی مرتکب هیچ انگیزه‌ای نداشته یا انگیزهٔ او هیچ تأثیری در وقوع رفتار زیان‌بار نداشته است. اما در مقابل، گاهی شخص با داشتن انگیزه‌ای، مرتکب رفتار زیان‌بار می‌شود.

۱-۱-۱. فقدان انگیزه و عدم تأثیر آن در تحقق رفتار زیان‌بار

در خیلی از موارد نظیر حوادث رانندگی، شخص هیچ گونه قصد و انگیزه‌ای برای ایراد خسارت به دیگری ندارد. همچنین به‌عنوان قاعدهٔ کلی برای تحقق ضمان قهری، وجود قصد و انگیزه ضرورتی ندارد. در بحث ضمان قهری، به‌طور کلی کسی که رفتارش موجب ایراد خسارت به دیگری شده ضامن است و تفاوتی در آگاهانه بودن رفتار مرتکب یا سهوی بودن و مکلف یا غیرمکلف بودن نیز وجود ندارد (نجفی، ۱۴۰۴، ج۴۳، ص۱۲۱). به هر حال، شخصی که به دیگری ضرری وارد کرده بدون این‌که قصد و انگیزه‌ای داشته باشد ضامن است. مادهٔ ۳۲۸ق.م بر همین مبنا تلف مال را اعم از این‌که عمدی باشد یا غیرعمدی موجب ضمان دانسته و در تسبیب نیز مادهٔ ۳۳۱ همان قانون، مسبب تلف مال را ضامن شمرده است. در قانون مجازات اسلامی نیز در بحث موجبات ضمان، اصل بر مسئولیت بدون تقصیر گذاشته و رابطهٔ سببیت را ملاک قرار داده است. بنابراین اگر شخص هیچ قصد و انگیزه‌ای نداشته باشد، اما بر اثر رفتارش آسیبی به کسی وارد شود ضامن است. برای مثال، مستنبط از مادهٔ ۵۰۲ق.م.ا اگر کسی خود را از بلندی پرت کند و باعث ایراد آسیب به دیگری شود ضامن است، حتی اگر قصد و انگیزهٔ او خودکشی و رهایی از مشکلات دنیوی باشد.

۱-۱-۲. وجود انگیزه و تأثیر آن در تحقق رفتار زیان‌بار

همان‌گونه که توضیح داده شد، گاهی انگیزهٔ شخص، زمینهٔ ارتکاب رفتار زیان‌بار است.

در این حالت نیز باید با دقت، بین دو فرضْ تفکیک دقیقی قائل شد: یکی این‌که انگیزهٔ شخص نامشروع بوده، و دیگر این‌که شخص با انگیزهٔ مشروع اقدام به رفتار زیان‌باری نموده است.

۱-۱-۲-۱. تأثیر انگیزهٔ نامشروع در تحقق رفتار زیان‌بار

گاهی اشخاص از روی قصد و با انگیزهٔ نامشروع نظیر اقدام غاصب، به دیگری خسارت وارد می‌کنند. از لحاظ حقوقی، کسی که انگیزهٔ نامشروع نداشته باشد مشمول ضمان قهری می‌شود. در این مورد به طریق اولی کسی که انگیزه‌اش نامشروع باشد نیز مشمول ضمان قهری خواهد بود. انگیزهٔ نامشروع غاصب به‌صراحت در ضمان موثر دانسته شده است، زیرا در غصب، عدوانی و نامشروع بودن، موجب تحقق ضمان است. وقتی کسی مالی را غصب کرد و مال تلف شد نه‌تنها نیازی به اثبات تقصیر غاصب نیست، حتی اگر غاصب ثابت کند که تلف مال به دلیل حوادث قهری بوده است نیز موجب رفع ضمان از وی نمی‌شود.

در روایت سمره به نظر می‌رسد وقتی پیامبر اکرم(ص) مشخص کردند که انگیزهٔ سمره نامشروع است، دستور کندن درختِ او را دادند، زیرا اگر او اولین درخواست پیامبر اکرم(ص) را می‌پذیرفت، یعنی حاضر بود با خبر دادن، وارد ملک مرد انصاری شود ضرر منتفی بود، ولی حضرت هر پیشنهادی دادند مخالفت کرد؛ پیشنهادهایی که اگر هر انسان عاقل و بااخلاقی آن‌ها را از زبان پیامبر(ص) می‌شنید، حتماً می‌پذیرفت. بنابراین یکی از معیارهای حضرت توجه به انگیزهٔ نامشروع سمره بود، هرچند معیار اصلی قاعدهٔ لاضرر، ضرر غیرمتعارف باشد. در تقصیر عمدی، انگیزه نقش مهمی دارد و دادرس با بررسی اوضاع و احوال، انگیزهٔ فاعل را می‌یابد. همچنین بیمهٔ مسئولیت تقصیر عمدی، باطل است (امامی، ۱۳۹۰، ج۱، ص۷۰۵)، زیرا قراردادی خلاف نظم عمومی است. بنابراین خسارت ناشی از انگیزهٔ نامشروع تحت شمول ضمان قهری قرار می‌گیرد و مسئولیت به دنبال خواهد داشت.

۱-۱-۲-۲. تأثیر انگیزهٔ مشروع در تحقق رفتار زیان‌بار

گاهی شخص با انگیزهٔ مشروع اقدام می‌کند، ولی در نتیجهٔ رفتار او به دیگری خسارت

وارد می‌شود. برای مثال، هر گاه شخصی با انگیزهٔ آسفالت کوچه، ابتدا در کوچه گودبرداری نماید و در نتیجهٔ آن به یکی از همسایگان خسارتی وارد شود، خسارت به دیگری وارد شده، ولی انگیزهٔ شخص مشروع بوده است. البته بررسی این‌که آیا انگیزهٔ مشروع وی رافع مسئولیت است یا خیر، در ادامه، بررسی خواهد شد.

در زمینه‌های دیگری نیز انگیزهٔ مشروع وجود دارد. یکی از آن موارد، انگیزهٔ محسن است که با انگیزهٔ احسان اقدام می‌کند، اما از روی اتفاق، به دیگری خسارت وارد می‌شود. در این مورد، انگیزهٔ وی مشروع است. البته در این فرض، انگیزهٔ مشروع وی تحت عنوانی کلی مطرح است و در خصوص رفع ضمان محسن باید آن را مشمول قاعدهٔ احسان دانست که ممکن است با رعایت شرایطی، ضامن جبران خسارت نباشد.

همچنین یکی از مصادیقی که در حقوق تحت عنوان اضرار مباح یا شرایط توجیه‌کننده نام برده می‌شود، دفاع مشروع می‌باشد که حق اشخاص است در مقابل مهاجم دفاع کنند، نه‌تنها حق بلکه تکلیف است حتی اگر دفاع او منجر به ایراد خسارت یا مرگ مهاجم شود (خمینی، بی‌تا، ج۱، ص۴۸۷). بنابراین ممکن است شخص با انگیزهٔ مشروع برای حفظ جان، مال و ناموس خود یا دیگران اقدام به دفاع کند و به متجاوز خسارت وارد شود.

۱-۲. تأثیر مشروعیت انگیزه در تبیین رابطهٔ سببیت

برای تحقق ضمان قهری سه رکن وجود ضرر، فعل زیان‌بار و رابطهٔ سببیت ضروری است. فرض بر این است که ضرر با همهٔ شرایط آن محقق شده است. اما یکی از معیارهای فعل زیان‌بار نامشروع بودن آن می‌باشد و ضرری که در نتیجهٔ فعل نامشروع وارد می‌شود موجب ضمان قهری است (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص۳۱۱ و ۳۱۲). در مواردی که ضرر زدن مباح است نظیر دفاع مشروع، آن ضرر ویژگی لازم برای تحقق ضمان قهری را ندارد. البته حتی فعلی که قانونْ آن را مجاز دانسته است و یا هر فعل مباحی، اگر حدود متعارف و شرایط قانونی آن رعایت نشود موجب ضمان است (امامی، ۱۳۹۰، ج۱، ص۳۹۹ و ۴۰۰). اگر انگیزهٔ مشروع شخص با واقعیت مطابقت نداشته باشد نیز ضمان قهری جاری است، برای مثال، اگر کسی با انگیزهٔ مشروع، به تصور مهدورالدم بودن دیگری، او را به قتل برساند، اکثر

فقها فقط حکم قصاص را جاری نمی‌دانند و آن را قتل شبه‌عمد می‌شمارند و دیه را به قوت خود باقی می‌دانند (معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه، ۱۳۸۹، ج۴، ص۲۰۸-۲۱۹). بنابراین صرف وجود انگیزهٔ مشروع رابطهٔ سببیت را قطع نمی‌کند و ضمان قهری جاری است.

صاحب جواهر پس از آوردن روایت امام صادق(ع) که می‌فرماید: «مَنْ أَضَرَّ بِشَيْءٍ مِنْ طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ فَهُوَ لَهُ ضَامِنٌ»، توضیح می‌دهد که در صورتی تصرف در راه مسلمانان موجب ضمان قهری است که به مصلحت مسلمانان نباشد. پس اگر کسی سنگی را در وسط آب‌وگل که در مسیر عموم است قرار دهد تا مردم بتوانند از روی آن عبور کنند یا گودالی را پر کند، چون این کارها برای مصلحت مسلمانان انجام شده است، حتی اگر به کسی هم آسیب برسد، اقدام‌کننده ضامن نیست. صاحب جواهر در ادامه می‌نویسد: شاید اقدام‌کننده به این دلیل ضامن نیست که چنین مواردی از موارد ضرر رساندن که روایت گفته است، نبوده و در این مورد، اصل بر برائت است (نجفی، ۱۴۰۴، ج۴۳، ص۹۸ و ۹۹). هرچند به‌طور صریح به انگیزهٔ مشروع اقدام‌کننده که همان انگیزهٔ احسان است اشاره نشده، اما همین که جهت و هدف را برای مصلحت مسلمین قرار داده، می‌توان گفت انگیزهٔ مشروع مدنظر بوده است. همچنین با استدلال اخیر که در صورت تحقق ضرر آن را از مصادیق ضرری که در روایت آمده ندانسته‌اند، استنباط می‌شود که به دلیل نقص رکنی از ارکان ضمان قهری، اقدام‌کننده را ضامن نمی‌دانند. البته طبق قاعده نباید ضرر جبران‌نشده بماند، مگر استثنائات آن نظیر قاعدهٔ اقدام یا تقصیر زیان‌دیده. اما در مواردی که تقصیر ابتدایی نظیر خرابی کوچه که به‌خاطر آن، محسن برای مصلحت مردم و در حدود قانونی، ایمنی و متعارف اقدام کرده و زیان‌دیده نیز تقصیر نکرده است، باید مسئولانی که تقصیر کرده‌اند را ضامن دانست.

برخی معتقدند اگر کسی امکان احسان به دیگری برایش فراهم باشد و کمک نکند و شخص فوت شود ضامن نیست. برای مثال، شخصی در حال غرق شدن است و او توانایی کمک کردن دارد، اما خودداری نماید، آن را گناه می‌دانند، اما موجب ضمان نمی‌دانند، زیرا رابطهٔ سببیت برقرار نشده و مباشرت هم نبوده است، لذا ضامن نیست (نجفی، ۱۴۰۴، ج۴۳، ص۱۵۳)، مگر این‌که به‌موجب قانون یا قرارداد تکلیفی بر عهدهٔ شخص قرار گرفته

باشد (امامی،۱۳۹۰، ج۱، ص۴۰۱ و ۴۰۶). پس اگر کسی به دیگری کمک نکرد و به او خسارت وارد شد، رابطهٔ سببیت برقرار نشده است و ضامن نیست. مفهوم مخالف این فرض آن است که اگر کمک کرد و از روی اتفاق خسارت به طرف مقابل وارد شد، رابطهٔ سببیت برقرار است. در نقطهٔ مقابل، یعنی در بحث انگیزهٔ نامشروع، رابطهٔ سببیت در تحقق ضمان قهری در مورد غصب و شبه غصب جاری نمی‌شود، زیرا مسئولیت غاصب نسبت به مال مغصوب مستند به عدوان و استیلای نامشروع او بر مال دیگری است که قبل از تلف تحقق یافته است (طاهری، ۱۴۱۸، ج۲، ص۳۷۹؛ مطهری، بی‌تا، ج۲۰، ص۳۸۵). مستند به مادهٔ ۳۱۵ق.م غاصب در هر صورت، ضامن تلف یا نقص مال است، هرچند مستند به فعل او نباشد. این موضوع مختص حقوق اسلامی است، درحالی‌که در حقوق فرانسه مطابق مادهٔ ۱۲۴۰ قانون تعهدات فرانسه (اصلاحات ۲۰۱۶) هر شخصی که ضرر منتسب به او باشد، مکلف به جبران خسارت است. بنابراین مسئولیت غاصب نیز تحت عنوان قواعد کلی مسئولیت مدنی قرار می‌گیرد و چنین استثنایی برای آن تعیین نشده است. به هر حال، در حقوق ایران در نقطهٔ مقابل غاصب، جایی تصریح نشده است که اگر کسی با انگیزهٔ مشروع به دیگری خسارت بزند، رابطهٔ سببیت قطع می‌شود.

اکنون نمونه‌هایی از تأثیر انگیزهٔ مشروع در تحقق رابطهٔ سببیت یا عدم تحقق آن و آثار این انگیزهٔ مشروع را بررسی می‌کنیم.

اگر پزشکی با انگیزهٔ احسان به بیمارش بگوید که بیماری‌اش خطرناک است و بیمار بر اثر اطلاع از بیماری دچار ناراحتی روانیِ شدید یا دیوانگی شود، آورده‌اند که این گفتهٔ پزشک سبب دیوانگی بیمار تلقی نمی‌شود (نجیب حسنی،۱۳۹۱، ص۶۷). همچنین این‌گونه نیز تحلیل شده است که هر گاه پزشکی با هدف جلوگیری از سرایت بیماری واگیردار، شخص را در قرنطینه نگهداری کند، از موانع انتساب فعل زیان‌بار به پزشک است (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ص۳۲۲). به نظر نگارندگان، حتی اگر انگیزهٔ پزشک انگیزهٔ مشروع دیگری غیر از احسان به بیمار باشد، با وجود انگیزهٔ مشروع یکی از مصادیق عدم ضمان است. برای نمونه، اگر پزشک برای پیشگیری از سرایت بیماری مسری و واگیردارِ بیمارش در جامعه به وی بگوید که بیماری شما خطرناک و واگیردار است و نکات پزشکی را به وی هشدار دهد و بیمار دچار مشکل اعصاب و روان و یا جنون شود،

پزشک ضامن نخواهد بود، زیرا انگیزهٔ مشروع پزشک برای هشدار به بیمار مبنی بر اهمیت رعایت دستورات پزشکی است، بنابراین پزشک ضامن نیست. اما هر گاه انگیزهٔ پزشک نامشروع باشد و یا فراتر از حدود متعارف و مقررات پزشکی اقدام کند، ضامن است. بنابراین هرچند به‌ظاهر اطلاع دادن پزشک به بیمار منجر به ناراحتی روانی یا دیوانگی بیمار شده است، اما به دلیل وجود انگیزهٔ مشروع، رابطهٔ سببیت را نمی‌توان برقرار دانست، زیرا ناراحتی روانی بیمار یا دیوانگی او را عرفاً نمی‌توان مستند به رفتار پزشک دانست، بلکه سبب آن، ضعف روانی و معنوی بیمار در تحمل واقعیت بیماری است. بنابراین در این مورد انگیزهٔ مشروع پزشک موجب عدم ضمان وی می‌باشد.

همچنین در رابطهٔ سببیت معیار این است که عرفْ ضرر وارده را به کسی منتسب کند. بنابراین، انگیزهٔ مشروع که متعاقب آن عملی نظیر دفاع مشروع یا احسان صورت گرفته و از روی اتفاق خسارتی به دیگری وارد شده است نیز باید از مواردی دانست که رابطهٔ سببیت عرفی وجود ندارد. حتی برخی معتقدند که در جست‌وجوی علت فاعلی ضرر، انگیزه‌ها که همان علت غایی‌اند دخالت دارند و این اختلاط باعث می‌شود که رابطهٔ سببیت از یک رابطهٔ مادی، فلسفی و علمی محض فراتر رود و عوامل دیگری از جمله عامل معنوی، انصاف و اخلاق در آن مطرح شود. باید رابطهٔ سببیت را با توجه به عرف و دلایل مربوط به هر موردی جداگانه بررسی کرد (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ج۱، ص۴۷۲؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج۳۷، ص۴۶-۵۳).

اگر فعلی مشروع باشد، رابطهٔ سببیتی میان فعل و نتیجه وجود نخواهد داشت. رابطهٔ سببیتی که در منطق حقوقی و بر مبنای عدالت پذیرفتنی نباشد یا پذیرش آن از حیث مصالح اجتماعی وجهی نداشته باشد، کنار گذاشته می‌شود (نجیب حسنی، ۱۳۹۱، ص۴۹۳ و ۴۹۴). معیار عرفی سببیت، معیار مناسبی است و وقتی کسی انگیزهٔ مشروع داشته باشد، عرفْ رابطهٔ سببیت را برقرار نمی‌داند. این استدلال در خیلی از فرض‌ها موضوعیت دارد. از طرف دیگر، در برخی موارد که انگیزهٔ مشروع در ضمان قهری وجود دارد، رابطهٔ سببیت جاری است، اما چون انگیزهٔ مشروع توسط قانون حمایت شده است، رابطهٔ سببیت برای مطالبهٔ خسارت قابل استناد نمی‌باشد. عرف نیز رابطهٔ سببیت را در برخی از موارد که انگیزهٔ مشروع وجود دارد جاری می‌داند، اما خسارت را قابل مطالبه نمی‌داند. این

استدلال عمومیت دارد، به‌ویژه در موردی که کسی با انگیزهٔ مشروع مال دیگری را عمداً تلف کند تا جلوی ضرر بیشتر مالک را بگیرد، نمی‌توان رابطهٔ سببیت را منتفی دانست. همچنین در موردی که کسی با انگیزهٔ دفاع مشروع به دیگری خسارت زده یا او را به قتل رسانده باشد، عرف نمی‌گوید که مدافع ضرر نزده یا مهاجم را نکشته است. پس رابطهٔ سببیت وجود دارد، اما انگیزهٔ مشروع مدافع با رعایت حدود قانونی رافع ضمان قهری است. هرچند می‌توان به قاعدهٔ اقدام نیز استناد نمود که مهاجم خودش بر علیه خود اقدام کرده است. با این حال، دادگاه با بررسی وجود انگیزهٔ مشروع و رعایت شروط آن، حکم به سقوط ضمان قهری می‌دهد.

در موردی که سبب اقوای از مباشر، مباشر ضامن نیست نیز می‌توان به مشروعیت انگیزهٔ مباشر استناد نمود، البته غیر از مواردی که مباشر فاقد قصد است. برای مثال، هر گاه قاضی به استناد شهادت دروغ شهود، حکمی صادر کند، چون انگیزهٔ قاضی مشروع بوده است، جهل او نسبت به موضوع که بیانگر انگیزهٔ مشروع است رافع ضمان قهری است و رابطهٔ سببیت را باید به شهادت دروغ شهود و ضرر جاری کنیم.

تسبیب در صورتی منجر به ضمان قهری می‌شود که در نظر عرف، تجاوز و عدوان باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص۱۶۱)، اما عرف کسی را که با انگیزهٔ احسان اقدام کند متجاوز نمی‌داند. همچنین به استناد مادهٔ ۵۳۶ق.م.ا اگر دو سبب باعث ایراد خسارت شود و یکی از اسباب با مجوز قانونی و مشروع باشد، آن سبب مقصر نیست و سبب نامشروع ضامن است. بنابراین در فرضی که دو سبب وجود داشته باشد و یکی از آن‌ها دارای انگیزهٔ مشروع و دیگری بدون انگیزه یا با انگیزهٔ نامشروع باشد، سببی که انگیزهٔ مشروع داشته است ضامن نیست. البته فرض دیگری نیز می‌توان مطرح نمود که اگر هر دو، انگیزهٔ مشروع داشته باشند، ولی یکی از آن‌ها بنابه دلایل دیگری مجاز به این کار نبوده باشد (برای مثال، اصول ایمنی را رعایت نکرده باشد)، او ضامن است.

۲. تأثیر مشروعیت انگیزه در رفع ضمان قهری

در تحلیل انگیزهٔ مشروع، با دو موضوع نزدیک به هم مواجه می‌شویم: یکی احسان و دیگری انگیزهٔ مشروع در فرضی که داخل در عنوان احسان قرار نگیرد. به دلیل ارتباط

نزدیک بین احسان و انگیزهٔ مشروع و برای شفاف شدن بحث، بهتر است این دو موضوع در دو قالب مجزا و به‌تفکیک تحلیل شوند. بنابراین ابتدا تأثیر انگیزهٔ احسان در رفع ضمان قهری و پس از آن، تأثیر انگیزهٔ مشروع در رفع ضمان قهری را بررسی می‌کنیم.

۲-۱. تأثیر انگیزهٔ احسان در رفع ضمان قهری

۲-۱-۱. تأثیر انگیزهٔ احسان به‌طور عام در رفع ضمان قهری

طبق نظر برخی از فقهای امامیه، قاعدهٔ احسان از مسقطات ضمان است (مراغی، ۱۴۱۷، ج۲، ص۴۷۵؛ کاشف‌الغطاء، ۱۳۵۹، ج۱، ص۹۲؛ بجنوردی، ۱۴۱۹، ج۴، ص۹، ۱۲ و ۱۳؛ مکارم، ۱۳۹۱، ص۱۰۷؛ جمعی از پژوهشگران،۱۴۲۳، ج۷، ص۳۰، ۳۱ و ۳۲). بر مبنای آیهٔ کریمهٔ ﴿ما عَلَى الْمُحْسِنينَ مِنْ سَبيلٍ﴾ (توبه/ ۹۱)، خداوند هر راه را که موجب ضرر نیکوکاران شود ممنوع کرده و هر گونه ملامت و ندامت بر آن‌ها را نفی نموده است و با حکم آیهٔ ﴿هَلْ جَزاءُ الْإِحْسانِ إِلاَّ الْإِحْسانُ﴾ (الرحمن/ ۶۰) هیچ ضمان و غرامتی بر عهدهٔ نیکوکار نیست (کاشف‌الغطاء، ۱۳۵۹، ج۱، ص۹۲؛ بجنوردی، ۱۴۱۹، ج۴، ص۹، ۱۲ و ۱۳؛ مکارم، ۱۳۹۱، ص۱۰۷؛ جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۳، ج۷، ص۳۰، ۳۱ و ۳۲)، زیرا ضامن دانستن محسن موجب ضرر و زیان محسن است، درحالی‌که ضرر و زیان به محسن نفی شده است (مراغی،۱۴۱۷، ج۲، ص۴۷۵). اگر احسان انجام شد، باید بهتر از آن یا حداقل مطابق همان احسان، با محسن برخورد شود و ضامن دانستن محسن خلاف آیهٔ قرآن است (هوشمند و همکاران، ۱۳۹۹، ص۲۹۰). در تعریف احسان باید بر این نظر صحه گذاشت که احسان کار مشروعی است که برای جلب منفعت یا دفع ضرر از دیگران انجام شود (مراغی، ۱۴۱۷، ج۲، ص۴۷۶ و ۴۷۷؛ بجنوردی، ۱۴۱۹، ج۴، ص۱۶). بنابراین احسان موجب سقوط ضمان قهری است. برای مثال، شخصی که با انگیزهٔ احسان نسبت به خاموش کردن آتش خانهٔ دیگری اقدام می‌کند و از روی اتفاق خسارتی به مالک وارد می‌شود ضامن نیست.

در مورد این‌که یک اقدامی به مصلحت مردم هست یا نیست و مصادیق آن چگونه است، در فقه امامیه اختلاف نظر وجود دارد. صاحب جواهر بحث کرده است که برخی معتقدند اگر کسی در مسیر مردم حفاری کند به‌نحوی که به نفع مسلمین باشد، چون جایز است و اذن امام از ولایت مالک بر مالش برتری دارد، اقدام‌کننده مسئولیتی ندارد.

نظر دیگر این‌که اگر مفسده نداشته باشد جایز است، زیرا آنچه شارع اجازه داده عاری بودن از هر گونه مفسده و زشتی است، پس اگر مفسده‌ای در آن باشد ضمان باقی است (نک: نجفی، ۱۴۰۴، ج۴۳، ص۱۰۲ و ۱۰۳) و در صورت ایراد خسارت به دیگران رافع ضمان نیست. در تحلیل این بحث از یک نگاه می‌توان این‌گونه بررسی نمود که وقتی کاری مصلحت است که مفسده‌ای نداشته باشد، یعنی اگر کسی گودالی در مسیر مردم حفر کند، چون احتمال دارد کسی در آن بیفتد این به مصلحت نیست، حتی اگر یک نفر در آن بیفتد و صدمه ببیند، بیانگر این است که کندن آن جایز نبوده و حفرکننده ضامن است. به نظر می‌رسد با در نظر گرفتن شرایط می‌توان گفت که در خیلی از موارد اقدامی به مصلحت مسلمین هست، ولی ممکن است بخشی از حقوق مردم تضییع شده یا احتمال ورود ضرر وجود داشته باشد. برای مثال، برای احداث خیابان ناچار به خاک‌برداری و ایجاد گودال هستیم، پس ممکن است منجر به ضرر کسی شود. اما این اشکال را با معیار رعایت حدود متعارف می‌توان حل کرد. بر این اساس، هر کسی قصد دارد در مسیر عبور مردم کاری به مصلحت مردم انجام دهد، باید اقدامات متعارف برای جلوگیری از ضرر رسیدن به مردم را نیز فراهم نماید. همچنین برای احراز انگیزهٔ احسان و این‌که آیا انجام چنین کاری به مصلحت مسلمین هست یا خیر، باید به عرف مراجعه کنیم. عرف از ضررهای قابل اغماض چشم‌پوشی می‌کند؛ عرف می‌پذیرد اقتضای جدول‌گذاری و آسفالت، ناهموار شدن کوچه و محدودیت تردد برای چندین روز است، ولی این محدودیت‌ها، انگیزهٔ احسان محسن و مصلحت بودن را از بین نمی‌برد. در این راستا مادهٔ ۵۰۹ق.م.ا بر این استدلال صحه می‌گذارد و برای تشخیص مصلحت مردم، معیار را مقررات قانونی و نکات ایمنی دانسته است که اگر رعایت شود و از روی اتفاق به کسی خسارتی وارد شود، مرتکب ضامن نخواهد بود.

حال سؤال مطرحِ دیگر این است که آیا محسن حتماً باید انگیزهٔ احسان نیز داشته باشد یا انگیزهٔ احسان ضرورتی ندارد؟ در پاسخ، سه فرض و نظریه قابل تصور است:

فرض اول: صرف انگیزهٔ احسان برای این‌که شخص محسن شناخته شود کافی است و ضرورتی ندارد که فعل او با واقعیت منطبق باشد. بر این مبنا اگر کسی حیوان گم‌شده‌ای را با انگیزهٔ برگرداندن آن به صاحب مال بگیرد، ولی آن را اشتباهاً به کسی

تحویل دهد که مالک نباشد، ضامن نیست (خمینی، ۱۴۱۵، ج۲، ص۳۹۲).

فرض دوم: انگیزهٔ احسان هیچ جایگاهی ندارد. فقط فعل شخص باید منطبق با واقعیت باشد. اعتقاد اشخاص در مفاهیم اشیا دخالتی ندارد و فقط آنچه واقع می‌شود مهم است. بنابراین اعتقاد به احسان و قصد احسان را لازم ندانسته‌اند و معتقدند حتی اگر شخصی بدون انگیزهٔ احسان، رفتاری مرتکب شود که عادتاً از ضرر جلوگیری می‌کند یا منجر به جلب منفعت برای دیگری می‌شود، شخص مشمول قاعدهٔ احسان است و اگر خسارتی وارد شود ضامن نیست (بجنوردی، ۱۴۰۱، ج۱، ص۳۴ و ۳۵؛ زراعت، ۱۳۹۰، ص۱۳۷). بررسی این موضوع نیز اهمیت دارد که اگر مرتکب با انگیزهٔ نامشروع، به دیگری خسارت بزند، اما ورود این خسارت به نفع صاحب مال شود، آیا رافع مسئولیت است؟ برای مثال، مرتکب با انگیزهٔ انتقام‌جویی لاستیک‌های خودروی کسی را بترکاند، متعاقب آن، سارقی قصد سرقت آن خودرو را نماید، ولی به دلیل ترکیدگی لاستیک خودرو موفق به سرقت نشود، آیا می‌توان شخصی که لاستیک‌های خودرو را ترکانده، اما نتیجهٔ کار او منجر به پیشگیری از سرقت شده است را محسن شناخت؟ برخی معتقدند که عناوین و مفاهیم واقعی، موضوع حکم شرعی‌اند و همیشه باید احسان واقعی را ملاک قرار داد، حتی اگر فاعل قصد ضرر زدن به مالک را داشته باشد (زارعت، ۱۳۹۰، ص۱۳۷). طبق این نظر، در هر صورت، کسی که باعث رفع ضرر و جلب منفعت دیگری شده باشد، حتی اگر انگیزهٔ او نامشروع باشد، محسن شناخته می‌شود. بر همین مبنا گفته شده است که شخص نیکوکار می‌تواند هزینه‌هایی که در اثر احسان متحمل شده است را حتی اگر با قصد قربت انجام نداده باشد، از ذی‌نفع بگیرد (سروی مجد، ۱۳۹۳، ص۲۰۷). در ایراد به این نظر می‌توان گفت که صرف انطباق با واقع و یا حتی رعایت شرایطِ به‌ظاهر قانونی کفایت نمی‌کند، بلکه انگیزه نیز مهم است. برای مثال، کار پزشک صرفاً با انگیزهٔ درمان مجاز دانسته می‌شود، ولی اگر انگیزهٔ پزشک انتقام‌جویی یا انجام آزمایش‌های علمی بر روی بیمار باشد، محسن نیست (نجیب حسنی، ۱۳۹۱، ص۶۹). از طرف دیگر، انگیزهٔ احسان به‌عنوان یکی از استثنائات ضمان قهری است و نمی‌توان آن را به عموم موارد تسری داد، مگر این‌که واقعاً انگیزهٔ احسان وجود داشته باشد، مثل همان قصهٔ حضرت خضر(ع) که انگیزهٔ ایشان مشروع بود، یعنی قایق را سوراخ کرد تا قایق غصب نشود (کهف/۷۹). وقتی کسی را که

انگیزۀ احسان ندارد مشمول قاعدۀ احسان نمی‌آوریم، به طریق اولی نباید کسی را که انگیزۀ نامشروع داشته است، محسن شناخت. عرف نیز کار کسی را که انگیزۀ احسان ندارد ستایش نمی‌کند. همچنین با استناد به حکم عقل می‌توان گفت کسی که انگیزۀ ضرر زدن داشته است، حتی اگر عملش از روی اتفاق موجب رفع ضرر بیشتر از زیان‌دیده شده باشد، نمی‌توان کار او را خیرخواهانه و احسان دانست.

فرض سوم: علاوه بر انگیزۀ احسان، فعل محسن نیز باید با واقعیت منطبق باشد. صرف انگیزۀ احسان برای سقوط ضمان کافی نیست، بلکه باید جلب منفعت و دفع ضرر دیگری نیز موضوعیت داشته باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ج۱، ص۱۶۴؛ لطفی، ۱۳۷۹، ص۱۴۳ و ۱۴۴). برای مثال، اگر کسی حیوان دیگری را بدون اذن او در منزل خود ببندد و شخص دومی با انگیزۀ رهایی حیوان از دست وی و برگرداندن حیوان به مالک، حیوان را از محل امن رها کند و حیوان توسط درندگان تلف شود، چون حیوان را به محل امنی هدایت نکرده و از آن محافظت ننموده است و مجرد انگیزۀ احسان فایدۀ دنیوی و واقعی ندارد، رافعِ ضمانِ اقدام‌کننده نیست (کرمانشاهی،۱۴۲۱، ج۱، ص۴۰۵). پس نظر کامل و صحیح‌تر این است که برای این‌که شخصی مشمول قاعدۀ احسان قرار گیرد، هم باید دارای انگیزۀ احسان باشد، هم کار او با واقعیت مطابقت داشته باشد (مراغی، ۱۴۱۷، ج۲، ص۴۷۸؛ محقق داماد، ۱۴۰۶، ج۲، ص۳۰۶؛ مصطفوی، ۱۴۲۱، ص۲۸؛ طاهری، ۱۴۱۸، ج۲، ص۲۶۸ و ۲۶۹). در نظر عرف و عقلا نیز شخصی که قصد و انگیزۀ احسان نداشته باشد، محسن شناخته نمی‌شود، همچنان‌که شخصی که انگیزۀ احسان دارد، اما رفتار او نامتعارف و غیرایمن باشد، ضامن است و محسن تلقی نمی‌شود.

مادۀ ۵۱۰ ق.م.ا مقرر می‌دارد: «هر گاه شخصی با انگیزۀ احسان و کمک به دیگری رفتاری را که به جهت حفظ مال، جان، عرض یا ناموس او لازم است، انجام دهد و همان عمل موجب صدمه و یا خسارت شود، در صورت رعایت مقررات قانونی و نکات ایمنی، ضامن نیست».

بنابراین به‌درستی و به‌تبعیت از فقه امامیه (مراغی، ۱۴۱۷، ج۲، ص۴۷۵؛ کاشف‌الغطاء، ۱۳۵۹، ج۱، ص۹۲؛ بجنوردی، ۱۴۱۹، ج۴، ص۹ و ۱۲ و ۱۳؛ مکارم، ۱۳۹۱، ص۱۰۷؛ جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۳، ج۷، ص۳۰ و ۳۱ و ۳۲)، انگیزۀ احسان به‌عنوان عامل سقوط ضمان قهری پذیرفته شده

و در رابطه با فرض‌های پیش‌گفته نیز قانون فرض سوم را پذیرفته و برای این‌که شخصی محسن محسوب شود، داشتن انگیزهٔ احسان را شرط دانسته، و حتی به‌صراحت از اصطلاح «انگیزه» استفاده نموده است. پس نظری را پذیرفته است که انگیزهٔ احسان وجود داشته باشد و رفتار محسن نیز با واقعیت منطبق باشد. برای تطبیق رفتار محسن با واقعیت دو معیار به دست داده است. به عبارت دیگر، دو محدودیت برای محسن شناخته شدن قائل شده است که شامل رعایت مقررات قانونی و نکات ایمنی می‌شود. از مفهوم مخالف این ماده این نتیجه حاصل می‌شود که اگر کسی با انگیزهٔ احسان بدون رعایت مقررات قانونی یا نکات ایمنی رفتار نماید و موجب خسارت شود ضامن است.

آورده‌اند که هر گاه شخص عاقل و بالغی که در بدنش توموری دارد به دیگری امر کند که تومور را قطع نماید و بیمار بر اثر قطع آن بمیرد، مرتکبْ ضامن دیه نیست (حلی، ۱۴۱۳، ج۳، ص۵۷۲)، چون محسن بوده و با انگیزهٔ احسان اقدام نموده است، مگر این‌که قطع کردن آن غالباً کشنده باشد و قطع‌کننده آن را می‌دانسته است. در این فرض، مرتکب ضامن است و همچنین اگر قطع کردن غالباً کشنده باشد، چه مرتکب بداند و چه نداند، و مریض بمیرد، طبق نظر قوی‌تر مرتکب را ضامن دانسته‌اند (نجفی، ۱۴۰۴، ج۴۱، ص۶۶۹ و ۶۷۰). البته با توجه به پیشرفت علم و ضابطه‌مند شدن درمان، امروزه کمتر این موضوع مطرح می‌شود، زیرا برای درمان باید پزشک تخصص لازم را داشته باشد و شرایط درمان رعایت شود. با این حال، این فرض در موارد نادر موضوعیت دارد. البته نوعاً کشنده بودن رفتار، حتی با مجوز بیمار و انگیزهٔ احسان مرتکب، موجب رفع ضمان نیست.

در این‌که قاعدهٔ احسان در اتلاف نیز جاری می‌شود یا خیر اختلاف نظر هست. آورده‌اند نظر مشهور فقها این است که قاعدهٔ احسان در اتلاف جاری نمی‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص۱۶۲). در صورت تعارض قاعدهٔ احسان با قاعدهٔ اتلاف، آیا باید محسن را مشمول قاعدهٔ احسان بدانیم و ضمان قهری را رفع کنیم یا به استناد قاعدهٔ اتلاف ضامن بدانیم؟ با توجه به اطلاق قاعدهٔ احسان و بررسی دقیق موضوع و مصادیق آن به حکم عقل باید در مواردی قاعدهٔ احسان را در اتلاف جاری دانست (بجنوردی، ۱۴۰۱، ج۱، ص۳۶ و ۳۷ و ۴۰). در مواردی که محسن عمداً مالی از زیان‌دیده را تلف کرده است، اما انگیزهٔ او

جلوگیری از ضرر بیشتر یا جلب منفعت برای زیان‌دیده بوده که در عرف با واقعیت نیز منطبق باشد، قاعدهٔ احسان حاکم است. برای مثال، اگر شخصی برای پیشگیری از گسترش آتش در زمین کشاورزیِ دیگری که به وسایل اطفای حریق دسترسی ندارد، محصولات نزدیک آتش را تلف کند، نمی‌توان به استناد قاعدهٔ اتلاف، او را ضامن شناخت و از اجرای قاعدهٔ احسان جلوگیری کرد، بلکه بنابر استدلال فوق، قاعدهٔ احسان حاکم است و محسن ضامن نیست.

گاهی انگیزهٔ شخص، احسان به عموم مسلمین است (نجفی، ۱۴۰۴، ج۴۳، ص۱۰۲؛ رشتی، بی‌تا، ص۳۳؛ حلی، ۱۴۱۳، ج۳، ص۶۵۴؛ خمینی، بی‌تا، ج۲، ص۵۶۴) که با نام اقدام‌های انسان‌دوستانهٔ عمومی شناخته می‌شود که ممکن است محسن حتی شخص خاصی را قصد نکرده باشد (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج۲، ص۳۰۶). در فقه امامیه، شخصی که انگیزهٔ احسان به عموم نیز داشته باشد، مشمول قاعدهٔ احسان قرار می‌گیرد. با این حال، آورده‌اند که اگر شخصی چاهی را در مسیر عموم و با انگیزهٔ انتفاع عمومی حفر کند و از روی اتفاق، دیگری در آن بیفتد و فوت کند، در پاسخْ گفته شده است که اگر حفر چاه با اذن امام بوده باشد مرتکب ضامن نیست، در غیر این صورت، ضامن است (طوسی، ۱۳۸۷، ج۷، ص۱۸۶). مشابه این موضوع در ساخت مسجد نیز مطرح شده است (نجفی، ۱۴۰۴، ج۴۳، ص۱۰۳ و ۱۰۴). بر این مبنا در هر فرضی که محسن از امام اذن نگرفته و اقدام او از روی اتفاق منجر به خسارتی شده باشد، ضامن دانسته شده، که البته قابل تأمل است. این‌گونه استدلال شده است که امام منفعت و مصلحت مسلمین را تشخیص می‌دهد. به نظر نگارندگان، می‌توان این نظر را از این جهت پذیرفت که موضوع مهم در آن، بر همان مبنایی است که حدودی را برای قابل استناد بودن انگیزهٔ احسان جهت رفع ضمان قهری قائل شده و هر کسی نمی‌تواند با استناد به این‌که انگیزهٔ من احسان بوده است، خود را ضامن نداند. پس باید معیاری تعیین نمود. این موضوع امروزه با رعایت مقررات که حکومت وضع می‌کند و همچنین حدود متعارف و ایمنی در قوانین موضوعه مشهود است. در همین راستا مادهٔ ۵۰۹ق.م.ا مقرر می‌دارد: «هر گاه کسی در معابر یا اماکن عمومی با رعایت مقررات قانونی و نکات ایمنی، عملی به مصلحت عابران انجام دهد و اتفاقاً موجب وقوع جنایت یا خسارت گردد، ضامن نیست».

انگیزهٔ خیرخواهانه مرتکب در این ماده نمایان است، هرچند به‌حق، انگیزهٔ مشروع را به‌تنهایی کافی ندانسته است، بلکه باید همراه با رعایت قانون و نکات ایمنی باشد. حکمی مشابهِ این در مادهٔ ۵۱۴ همان قانون آمده است که اگر کسی مانعی را که موجب آسیب است از جای نامناسب بردارد و در راستای مصلحت عابران در جای مناسب‌تری قرار دهد ضامن نیست. بنابراین اگر مانع را در محل نامناسب‌تری قرار دهد ضامن است. پس می‌توان این مبنا را در نظر گرفت که هر گاه کسی با انگیزهٔ احسان، کاری را که در عرف به مصلحت مسلمانان باشد، با رعایت مقررات قانونی و اصول ایمنیِ آن انجام دهد، محسن محسوب می‌شود و اگر از روی اتفاق خسارتی به دیگری وارد شود ضامن نخواهد بود.

صاحب جواهر فرضی را مطرح نموده است که کشتی‌بان برای تعمیر کشتیِ در حال حرکت در آب، اقدام نموده است. صاحب جواهر در هر حالتی که رابطهٔ سببیت برقرار شود، کشتی‌بان را ضامن می‌داند، حتی اگر تعمیر کشتی بر کشتی‌بان واجب یا به مصلحت مسافران و صاحبان کالا باشد (نجفی، ۱۴۰۴، ج۴۳، ص۱۱۳). اما این فرض را می‌توان تفکیک کرد که اگر کشتی‌بان از ابتدای سفر قوانین و اصول ایمنی و حدود متعارف سلامت کشتی را متناسب با مسافرین و بار رعایت نکرده یا تقصیر کرده و یا در حین مسافرت در کشتی تقصیر کرده باشد، ضامن است و در آن بحثی نیست. اما اگر در حین مسافرت در دریا بر اثر حادثهٔ قهری کشتی خسارت ببیند و مصلحت مسافران اقتضا کند که کشتی‌بان نسبت به تعمیر کشتی در دریا اقدام نماید، در این فرض، تکلیف کشتی‌بان تعمیر کشتی است. باز اگر کشتی‌بان در اقدام به تعمیر تقصیر کرد، در این حالت نیز ضامن است، اما در صورتی که تقصیر نکند و تمام تلاش خود را با رعایت اصول ایمنی و مقررات قانونی با انگیزهٔ حفظ سلامتی مسافران و اموال آن‌ها به کار گیرد، به نظر می‌رسد باید او را مشمول قاعدهٔ احسان دانست، زیرا ضرورت تعمیر کشتی در دریا ناشی از تقصیر یا اقدام عمدی کشتی‌بان نبوده و او به‌عنوان محسن اقدام کرده و تقصیر نیز نکرده است، پس نمی‌توان او را ضامن شمرد. همچنین می‌توان گفت رابطهٔ سببیت به کشتی‌بان مرتبط نیست و باید خسارت را ناشی از قوهٔ قهریه دانست.

همچنین در فرضی که شخصی بیماری واگیرداری دارد و نکات ایمنی و احتیاطات

لازم را رعایت نکند و اقدام به انجام عملی خیرخواهانه نظیر اهدای خون نماید، در صورتی که به بیماری خود آگاهی داشته باشد، انگیزهٔ احسان او رافع مسئولیت مدنی وی نخواهد بود و مطابق مادهٔ ۵۱۰ قانون مجازات اسلامی ضامن خواهد بود (یزدانیان و ثقفی، ۱۳۹۳، ص۴۴). بر این نظر نیز باید صحه گذاشت، زیرا صرف انگیزهٔ احسان رافع مسئولیت محسن نیست و محسن باید موارد ایمنی و مقررات قانونی را نیز رعایت کند.

در دفاع مشروع از دیگری که شخص، در مقابل مهاجم از او دفاع می‌کند، چون مدافع دارای انگیزهٔ احسان است، اگر به مهاجم خسارتی وارد شد ضامن نیست (خمینی، بی‌تا، ج۱، ص۴۸۷؛ شوشتری، ۱۴۲۷، ج۲، ص۵۷ و ۵۸). البته باید شرایط تبصرهٔ ۱ مادهٔ ۱۵۶ق.م.ا، مانند این‌که شخص ناتوان از دفاع بوده است، فراهم باشد. همچنین، در فرضی که شخصی برای حفاظت از دیگری اقدام نماید، اما خسارتی به وی وارد شود، در صورتی که محسن مقررات قانونی و ایمنی را رعایت کرده باشد ضامن نیست.

در بحث اضطرار نیز کسی که با انگیزهٔ احسان برای دفع ضرر از دیگری به او خسارتی وارد می‌کند، به‌موجب قاعدهٔ احسان ضامن نیست. همین‌طور است در موردی که محسن برای دفع ضرر از شخصی به شخص دیگری خسارت وارد می‌کند، چون انگیزهٔ احسان داشته است، نمی‌توان محسن را ضامن دانست و متضرر باید خسارت را از کسی که از این ضرر منتفع شده است، تحت عنوان استیفاکننده بلاجهت مطالبه کند (کاتوزیان،۱۳۸۶، ص۳۲۸). برای مثال، اگر کسی برای نجات شخصی که آتش به او سرایت کرده است، از پتوی دیگری استفاده کند، محسن ضامن نیست. همچنین کسی که با انگیزهٔ احسان برای دفع ضرر از جامعه خسارتی به دیگری وارد کند، محسن خواهد بود و ضامن نیست. قانون نیز باید از کسانی که احساس مسئولیت می‌کنند حمایت کند (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص۳۲۸ و ۳۲۹). به نظر می‌رسد اگر برای دفع ضرر از جامعه خسارتی به کسی وارد شود، می‌توان قائل به این شد که متضرر بتواند آن را از بیت‌المال مطالبه نماید. برای مثال، اگر کسی برای جلوگیری از پیشروی دشمن، مزرعهٔ دیگری را آتش بزند، محسن شناخته می‌شود و ضامن نیست، اما چون زیانِ وارده در راستای منافع عمومی بوده است، زیان‌دیده می‌تواند آن را از بیت‌المال مطالبه کند.

پزشک در معالجه محسن است، اما ضامن نیز می‌باشد. مادهٔ ۴۹۵ق.م.ا پزشک را

ضامن دیه دانسته است، مگر این‌که عمل او مطابق مقررات پزشکی و موازین فنی باشد یا برائت اخذ نموده و تقصیر نکرده باشد. مادهٔ ۵۱۰ همان قانون نیز محسن را در صورت رعایت مقررات قانونی و نکات ایمنی ضامن ندانسته است. بنابراین اصل بر ضمان قهری است، ولی با اثبات رعایت شرایط قانونی، موازین فنی و ایمنی و انگیزهٔ احسان، ضمان قهری مرتفع می‌شود. در فرضِ شک نسبت به این‌که آیا محسن ضامن است یا نه، باید ضمان قهری را جاری دانست.

۲-۱-۲. تأثیر انگیزهٔ احسان تأدیبی در رفع ضمان قهری

سؤال این است که هر گاه تأدیب‌کننده با انگیزهٔ تأدیب، اقدام کند و خسارتی به کودک وارد شود، آیا انگیزهٔ او تأثیری در رفع ضمان قهری دارد؟ تأدیب و تربیت نیز احسان شناخته شده است (شیرازی، ۱۴۲۹، ج۳، ص۳۴۷). هر گاه تأدیب‌کننده، با انگیزهٔ تأدیب، به شخص خسارت وارد کند باید قاعدهٔ احسان را جاری دانست. البته برای تربیت ابتدا باید از طرقی غیر از تنبیه و ضرب، اقدام نمود و در آخرین مرحله، آن‌هم با رعایت شرایط تأدیب، می‌توان شخص را تنبیه کرد (شیرازی، ۱۴۲۹، ج۳، ص۴۲۵).

در مورد انگیزهٔ تأدیب و ضمان قهری سؤال شده است که اگر شوهری زنش را و پدر یا جد پدری فرزندش را، با انگیزهٔ تأدیب تنبیه کند، اما اتفاقاً منجر به فوت شود، آیا دیه بر عهدهٔ مرتکب قرار می‌گیرد؟ برخی از فقها آورده‌اند که تأدیب زن و فرزند همانند تعزیرات حاکم شرع است و دیه ندارد (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج۴، ص۱۷۹)، اما نظر غالب این است که چون تأدیب مشروط به سالم ماندن آن‌هاست، قتل شبه‌عمد بوده است و باید دیه بپردازد و مجوز شرعی تأدیب، منافاتی با ضمان ندارد (نجفی، ۱۴۰۴، ج۴۱، ص۶۶۹؛ حلی، ۱۴۱۳، ج۳، ص۵۷۲؛ مجلسی، بی‌تا، ص۶۷؛ شهید اول، ۱۴۱۴، ج۴، ص۲۸۳؛ شهید اول، ۱۴۱۰، ص۲۶۵) و در صورت فوت و نقصِ تنبیه‌شونده، ضامن است (خمینی، بی‌تا، ص۵۶۰؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج۴۳، ص۴۴ و ۴۵). حتی صاحب جواهر آن را به‌عنوان یک اصل در نظر گرفته و در مواردی نظیر انجام معالجه توسط پزشک، اشاره کرده است که ضمان قهری با اجازه منافاتی ندارد، همان‌طوری که اولیای بچه اجازهٔ تأدیب دارند، اما اگر منتهی به فوت یا نقص شود، ضامن‌اند (نجفی، ۱۴۰۴، ج۴۳، ص۴۴ و ۴۵ و ۱۰۶). بنابراین فقها انگیزهٔ تأدیب را مهم

دانسته‌اند، ولی حدودی برای آن قائل‌اند و صرف انگیزۀ تأدیب را رافع ضمان قهری نمی‌دانند.

کتک زدن برای انتقام‌جویی مجاز نیست، هرچند طبق شرایط قانونی باشد، مگر این‌که کتک زدن با انگیزۀ تأدیب انجام شود (نجیب حسنی،۱۳۹۱، ص۶۸ و ۶۹). مادۀ ۱۱۷۹ قانون مدنی مقرر داشته است: «ابوین حق تنبیه طفل خود را دارند، ولی به استناد این حق نمی‌توانند طفل خود را خارج از حدود تأدیب، تنبیه نمایند».

بنابراین، انگیزۀ احسان تأدیبی رافع ضمان قهری است، ولی باید حدود تأدیب را رعایت کرد و در غیر این صورت، ضامن است. بند ت مادۀ ۱۵۸ق.م.ا اقدامات والدین و اولیای قانونی و سرپرستان صغار و مجانین که به‌منظور تأدیب یا حفاظت آن‌ها انجام می‌شود، مشروط بر این‌که در حد متعارف و حدود شرعی تأدیب و محافظت باشد را قابل مجازات ندانسته است. بنابراین، انگیزۀ احسان تأدیبی به میزان متعارف و حدود شرعی محدود شده است. برای مثال، سرپرست صغیر نمی‌تواند حتی با انگیزۀ تأدیب، صغیر را بیش از حد متعارف و شرعی تنبیه نماید. همچنین، اقدام باید به منظور تأدیب یا محافظت باشد. مطابق مفهوم مخالف این ماده، اگر با انگیزۀ انتقام‌جویی اقدام کند، حتی با رعایت حدود متعارف و شرعی نیز ضامن است، زیرا انگیزۀ احسان تأدیبی می‌تواند رافع ضمان باشد و انگیزه نامشروع، رافع ضمان نیست. گاهی ابوین یا سرپرستان صغار در اثر خستگی ناشی از کار و امثال آن، حتی با رفتارهای متعارفِ فرزندان عصبانی می‌شوند و آن‌ها را تنبیه می‌کنند، درحالی‌که در این موارد، مرتکب فاقد انگیزۀ تأدیب بوده است و رفتار او مشمول احسان تأدیبی نمی‌شود. بنابراین تنها مواردی انگیزۀ مشروع تأدیب وجود دارد که ابوین برای متنبه کردن فرزند، او را تنبیه کنند تا فرزند از تکرار رفتار اشتباهش پرهیز کند.

۲ـ۲. تأثیر انگیزۀ مشروع در رفع ضمان قهری

به‌طور کلی در عوامل رافع ضمان قهری، نظیر احسان و دفاع مشروع، انگیزۀ مشروع مرتکب نهفته است. با این حال، انگیزۀ مشروع موضوعی کلی و جدای از سایر مصادیقِ نام‌برده می‌باشد، زیرا برای نمونه، در احسان، شخص محسن قصد خیرخواهی و احسان به

زیان‌دیده را دارد و در دفاع مشروع حتماً باید دفاع برای حفظ جان و مال و غیره و با رعایت شرایط قانونی آن باشد تا در قالب دفاع مطرح شود. اما انگیزهٔ مشروع عنوانی کلی است و هر مصداقی از مشروعیت انگیزه را در بر می‌گیرد که در بررسی تخصصی این موضوع، بهتر است دقیق تفکیک شود. البته می‌توان برای تحلیل مناسب از قواعد و مصادیق ارائه‌شده سایر عناوین نیز استفاده نمود و به دلیل مشترک بودن ملاک آن، در مواردی وحدت ملاک گرفت.

هر امری که به‌موجب قانون باشد و مجری قانون آن را اجرا کند، باید حمل بر انگیزهٔ مشروع مجری آن نمود. بنابراین قاضی که حکمی را صادر می‌کند، انگیزه‌اش اجرای قانون شمرده شده است و مشروع تلقی می‌شود، همین‌طور است مأمور اجرای حکم و امثال آن. این موضوع ذیل ویژگی‌های ضرر بررسی می‌شود که ضرر وارده باید نامشروع باشد و چنین ضررهایی مشروع تلقی می‌شود. اما از زاویهٔ دیگر نیز می‌توان به آن نگاه کرد و آن همان انگیزهٔ مشروع است که رافع ضمان قهری است و باید اصل را بر این گذاشت که انگیزهٔ مجری قانون مشروع است. البته در این موارد نیز محدودیت‌هایی وجود دارد و نمی‌توان تقصیر در اجرای قانون را صرفاً با انگیزهٔ مشروع رافع ضمان دانست. برای مثال، آورده‌اند که صرف توجه به انگیزهٔ مشروع قاضی معیار تشخیص تقصیر قاضی نیست، حتی قاضی در صورت بی‌مبالاتی و اتخاذ تصمیمات شتاب‌زده یا دخالت دادن انگیزه‌های اخلاقی خود در پرونده و امثال آن نیز مسئول است (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص۳۷۰).

در مواردی که قانون مجوز وارد کردن ضرر به دیگری را داده، در راستای اجرای اهدافی نظیر متنبه شدن مجرم، جبران خسارت ذی‌نفع، عدالت و امثال آن، انگیزهٔ مشروع در آن نهفته است. به چند نمونه اشاره می‌کنیم. در موردی که مأمور اجرای احکام به دستور قاضی اجرای احکام به‌عنوان قاعده‌ای کلی با انگیزهٔ مشروع در راستای احقاق حق محکوم‌له اقدامی قانونی علیه محکوم‌علیه انجام دهد که خود خسارتی به محکوم‌علیه است، مسئولیت جبران خسارت ندارد. نمونهٔ جالب توجه دیگر مستند به مادهٔ ۵۵ قانون دریایی مصوب ۱۳۴۳ کشورمان می‌باشد. این مادهٔ قانونی در مورد عدم مسئولیت متصدی باربری و کشتی است. در قسمت «ل» بند ۲ این ماده یکی از موارد عدم مسئولیت متصدی باربری «نجات و مجاهدت برای نجات جان افراد و یا اموال در دریا» نام برده

شده است. به نظر نگارندگان، مطابق این ماده، هر گاه متصدی باربری با انگیزهٔ مشروع نجات جان و مال دیگران، رفتاری مرتکب شود که به اموال در کشتی، خسارت وارد شود ضامن نیست. هرچند به‌صراحت در این قانون انگیزهٔ مشروع نیامده، اما مشخص است که قانون‌گذار انگیزهٔ مشروع شخص برای نجات جان و مال دیگران را موجب رفع ضمان در فرض ورود خسارت به اموال تحویلی دانسته است.

از بدیهی‌ترین مواردی که انگیزهٔ مشروع در ضمان قهری تأثیر دارد دفاع مشروع است. بر هر شخصی واجب است در حد توانایی، از جان و مال و زن و فرزندان خود در برابر مهاجم دفاع کند. حتی دفاع از دیگران نیز توصیه شده است (نجفی، ۱۴۰۴، ج۴۱، ص۶۵۰؛ خمینی، بی‌تا، ج۱، ص۴۸۷؛ شهید اول، ۱۴۱۴، ج۴، ص۲۷۷؛ شهید اول، ۱۴۱۰، ص۲۶۴ و ۲۶۵). برای دفاع مشروع باید ابتدا از آسان‌ترین روش استفاده کرد و در مراحل دفاع، باید از روش‌های آسان‌تر به آسان و سپس به مشکل و مشکل‌تر روی آورد (نجفی، ۱۴۰۴، ج۴۳، ص۶۵۱؛ حلی، ۱۴۱۳، ج۳، ص۵۷۱؛ خمینی، بی‌تا، ج۱، ص۴۸۸؛ شهید اول، ۱۴۱۴، ج۴، ص۲۷۸). در قوانین مدونه نیز دفاع مشروع مورد تصریح قرار گرفته است. بر این اساس، اگر شخص در مقام دفاع و با رعایت شرایط قانونی، دفاع نماید و به مهاجم خسارتی وارد شود ضامن نیست. ممکن است حیوانی که در مالکیت دیگری است نیز مهاجم باشد که به طریق اولی دفاع مشروع در مقابل حیوان نیز رافع ضمان قهری است (حلی، ۱۴۱۳، ج۳، ص۵۷۲؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج۴۳، ص۱۳۰؛ شهید اول، ۱۴۱۴، ج۴، ص۲۸۱). مادهٔ ۳۳۰ ق.م تلف یا ناقص کردن حیوانِ غیر را در مقام دفاع موجب ضمان قهری ندانسته است و مادهٔ ۱۵ق.م.م نیز دفاع مشروعی را که منجر به خسارت بدنی یا مالی به شخص متعدی شود، موجب ضمان قهری نمی‌داند. مطابق مادهٔ ۱۵۶ق.م.ا نیز دفاع مشروع از مسقطات مجازات و دیه است (نک: کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص۳۱۳). البته دفاعی رافع ضمان قهری است که شرایط آن نظیر تناسب با حملهٔ مهاجم و متعارف بودن رعایت شود. به‌عنوان قاعدهٔ کلی، اصل بر مسئولیت کیفری و ضمان قهری مدافع است و در فرض عدم اثبات شرایط دفاع مشروع، مرتکب ضامن است.

یکی از اساتید حقوق مطرح کرده‌اند که اسرار بیمار نزد پزشک امانت است و تکالیف ناشی از آن به‌عنوان چهرهٔ ویژه‌ای از تقصیر، ضمان‌آور است. ایشان پاسخ به این

مسئله را آسان ندانسته‌اند که آیا پزشک در همه‌حال موظف به حفظ اسرار بیمار است یا این تعهد محدود به رعایت سلامتی دیگران و مصالح عمومی نیز می‌باشد؟ آیا پزشکی که بیمارش مبتلا به ایدز است باید به فکر حفظ اسرار بیمار باشد یا سلامتی همسر وی؟ روانکاوی که بیمارش قصد کشتن کسی را دارد، آیا مجاز به افشای این راز است؟ ایشان در جست‌وجوی معیاری برای این موضوع و رهایی از این دودلی توصیه نموده‌اند که پاسخ آزمایش‌ها و سایر مدارک پزشکی به خود بیمار داده شود تا دور از دسترس دیگران و مقام‌های عمومی باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ج۲، ص۱۶۲ و ۱۶۳). این توصیه به‌عنوان قاعده‌ای کلی محترم است، اما به نظر نگارندگان، واقعیت این است که در فرض‌های مطرح‌شده، به‌ویژه قصد بیمار مبنی بر کشتن شخص، باید دنبال معیار دیگری بود و این توصیه راهگشا نیست. به نظر می‌رسد باید سلامت دیگران و مصلحت عمومی را مهم‌تر دانست و انگیزهٔ پزشک را نیز بر همین معیار جست‌وجو کرد. پزشکی که با انگیزهٔ حفظ سلامتی همسر بیمار و حفظ جان دیگران، اسرار بیمارش را فاش کند، به دلیل داشتن انگیزهٔ مشروع ضامن نیست. البته پزشک باید حدود افشای راز را رعایت کند و فقط به کسانی که عرفاً و قانوناً ضرورت دارد، اطلاع دهد و فقط در موارد استثنایی اقدام نماید. در غیر این صورت، حتی منجر به بی‌اعتمادی به کادر پزشکی می‌شود و عواقب ناخوشایندی خواهد داشت. بنابراین در هر موردی که پزشک با انگیزهٔ مشروع و رعایت حدود آن اسرار بیمار را فاش کند ضامن نیست. این ارجحیت در برخی از فتاوای مراجع تقلید نیز قابل ملاحظه است (برای نمونه نک: فاضل لنکرانی، بی‌تا، ص۵۵ و ۵۶).

گاهی شخص برای پیشگیری از ورود ضرر به دیگری به حکم عقل و با انگیزهٔ مشروع و در حدود عرف اقدام می‌کند. با این حال، کار او منجر به ضرر شخص ثالثی می‌شود. در این حالت، با وجود این‌که انگیزهٔ مرتکب مشروع بوده، ولی چون هیچ شخص دیگری در این موضوع مقصر نبوده و رابطهٔ سببیت نیز برقرار است، باید ضمان قهری را جاری دانست. با عنایت به این‌که در این فرض، خسارتی به دیگری وارد شده است، باید اصل جبران خسارت را جاری دانست و بر مبنای این اصل حکم داد. بنابراین در این مورد، انگیزهٔ مشروع مرتکب، رافع ضمان قهری نیست. برای مثال، اگر کسی در حین رانندگی متوجه شود ترمز خودروی او از کار افتاده است و با انگیزهٔ تصادف نکردن با مردم،

خودرو را به‌سمت دیگری هدایت کند و به خانهٔ شخصی خسارت وارد کند، مکلف به جبران خسارت است، هرچند انگیزهٔ او مشروع بوده باشد. البته اگر کسی با انگیزهٔ نامشروع در ترمز راننده دست‌کاری کند و در نتیجهٔ آن خسارتی وارد شود، راننده مسئول نخواهد بود، بلکه کسی که ترمز را دست‌کاری کرده ضامن است (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص۳۲۴ و ۳۲۵).

همچنین به نظر می‌رسد در برخی از فرض‌هایی که تحقق ضرر ناشی از اضطرار است، می‌توان از شرایط رافع ضمان بودن انگیزهٔ مشروع وحدت ملاک گرفت و در موردی که انگیزهٔ مرتکب مشروع باشد جاری دانست. برای مثال، هر گاه شخصی در حالت اضطرار برای پیشگیری از سرایت آتش به خانه‌های دیگران، خانه یا مزرعهٔ کسی را خراب کند و در این فرض نتوان کسی را مسئول ایجاد اضطرار شمرد، باید کسی را که برای حفظ اموال آن‌ها به آن خانه خسارت وارد شده به‌عنوان استیفاکنندهٔ بدون جهت ضامن شمرد و حتی در صورتی که او هم توان جبران خسارت نداشته باشد نباید مرتکب را ضامن دانست، زیرا نمی‌توان شخصی را که قصد نیکی کردن داشته است، ضامن دانست و قانون نیز باید از کسانی که احساس مسئولیت می‌کنند و سرنوشت خود را با دیگران مربوط می‌دانند حمایت کند (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ص۳۳۴ و ۳۳۵). به نظر نگارندگان، از همین موضوع می‌توان در انگیزهٔ مشروع نیز وحدت ملاک گرفت و با چنین وحدت ملاکی به‌عنوان قاعده‌ای کلی انگیزهٔ مشروع شخص را رافع ضمان دانست.

هر گاه شخصِ مقید به اجرای احکام شرعی، در راستای اجرای امری که شارع اجازه داده است، اقدام نماید و بر اثر آن خسارتی وارد شود، انگیزهٔ مشروع وی قابل بررسی است. سؤال این است که آیا در چنین موردی جواز شرعی و وجود انگیزهٔ مشروع مبنی بر کاری که جواز شرعی دارد بر اساس قاعدهٔ «الجواز الشرعی ینافی الضمان»، رافع ضمان است یا این‌که برعکس به‌موجب قاعدهٔ «الجواز الشرعی لا ینافی الضمان»، شخص ضامن می‌باشد؟

در فقه گاه با صراحت، جواز شرعی رافع ضمان دانسته شده است (کاشف‌الغطاء، ۱۳۵۹، ج۱، ص۵۷ و ۵۸؛ کاشانی، ۱۴۰۸، ص۴۵؛ خمینی، بی‌تا، ج۲، ص۵۶۵). البته به نظر نگارندگان، در صورتی که شخص تعدی و تفریط نکرده باشد و یا تعمدی در کار نباشد می‌توان اذن

شرعی را رافع ضمان دانست، بنابراین صرف وجود اذن شرعی رافع ضمان نیست. اما در مقابل، برخی از فقها آورده‌اند که جواز شرعی یا حتی وجوب شرعی رافع ضمان نیست (نجفی، ۱۴۰۴، ج۲۲، ص۱۱۸؛ مراغی، ۱۴۱۷، ج۱، ص۳۳۵؛ جمعی از مؤلفان، بی‌تا، ج۵-۶، ص۱۳۸). مطابق این نظر، مجوز شرعی انجام یک کار یا وجوب شرعی آن، هیچ کدام ارتباطی با ساقط شدن ضمان قهری در فرض تحقق ضرر ندارد. بنابراین در صورت بروز خسارت، مرتکب باید جبران خسارت نماید و نمی‌تواند به استناد وجوب شرعی عمل خود یا جواز شرعی رفتارش، جبران خسارت نکند. این‌گونه نیز استدلال شده که میزان جواز شرعی تا جایی است که خسارت یا صدمه‌ای ایجاد نکند و الّا شخص ضامن است (عاملی، ۱۴۲۷، ج۹، ص۵۵۱ و ۵۵۲؛ جمعی ازمؤلفان، بی‌تا، ج۳۵، ص۴۸). برای مثال، در تأدیب، جواز شرعی تأدیب مشروط به سلامت است، که می‌توان آن را تحت عنوان حدود تأدیب مطرح کرد. حتی اگر انگیزهٔ شخص تأدیب باشد و برای تأدیب اقدام نماید و به‌صورت اتفاقی طرف مقابل فوت شود، نمی‌توان جواز شرعی تأدیب را رافع ضمان وی دانست. علاوه بر این، هر گاه شخصی کاری دارای مجوز شرعی را با انگیزهٔ مشروع انجام دهد و تصور کند به‌صرف این‌که مجوز شرعی دارد، حتی در صورت بروز خسارت ضامن نیست، رافع ضمان وی نمی‌باشد (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج۲، ص۴۴). همچنین برای سقوط ضمان باید آن عمل مشروع و با اذن حاکم باشد (نک: نجفی، ۱۴۰۴، ج۴۳، ص۱۰۳؛ خمینی، بی‌تا، ج۲، ص۵۶۵)، که امروزه تجلی اذن حاکم در مقررات قانونی است. در صورتی که به حاکم دسترسی نباشد، با استناد به قاعدهٔ عدول مؤمنان و پس از آن با توجه به این‌که عموم مؤمنان موظف به انجام امور حسبی‌اند، عمل شخصْ دارای مجوز شرعی تلقی می‌شود و ضمان ساقط می‌گردد (حائری، بی‌تا، ج۲، ص۵۳۹؛ محقق داماد، ۱۴۰۶، ج۲، ص۳۰۷). برخی از فقها در مباحث خود، اذن شرعی را به احسان نیز مرتبط می‌دانند (سبزواری، ۱۴۱۳، ج۲۳، ص۳۱۴؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج۵، ص۱۱۷). به نظر نگارندگان، می‌توان این‌گونه توضیح داد: در مواردی که مصداق عملی جواز شرعی به مصلحت شخص است، نقش جواز شرعی لاینافی الضمان پررنگ‌تر به نظر می‌رسد. برای مثال، هر گاه شخصی در حالت اضطرار و برای حفظ جانش خسارتی به مال دیگری بزند ضامن است و جواز شرعی را رافع ضمان وی نمی‌دانیم، هرچند در برخی موارد، اذن شرعی ضمان را نفی می‌کند، مانند دفاع

مشروع از خود با رعایت حدود آن. اما در مواردی نیز مصداق عملی جواز شرعی برای رعایت مصلحت دیگران است، نظیر دفاع مشروع از دیگری یا اقدام به امری برای مصلحت عابرین، که در این موارد، نقش جواز شرعی ینافی الضمان بیشتر مشهود است و به‌نوعی آن را به قاعدهٔ احسان نزدیک می‌کند. در هر حال، می‌توان گفت که هر گاه شخص انگیزهٔ مشروع داشته باشد و حدود جواز شرعی را رعایت نماید، می‌توان به جواز شرعی ینافی الضمان استناد نمود. اما به‌طور کلی، جواز شرعی حتی با داشتن انگیزهٔ مشروع رافع ضمان نیست و به‌موجب قاعدهٔ «الجواز الشرعی لا ینافی الضمان» در صورتی که مرتکب تقصیر داشته باشد موجب ضمان است و صرف انگیزهٔ مشروع رافع ضمان مرتکب محسوب نمی‌شود.

حقیقت این است که «الجواز الشرعی ینافی الضمان» قاعدهٔ اولی است و هیچ کس در اجرای حق خودش ضامن نیست و مسئولیت مدنی ندارد.[۱] با این همه، اگر شخص در اجرای حق خود به دیگری ضرر غیرمتعارف وارد نماید، با حکومت قاعدهٔ لاضرر بر احکام مؤسس جواز و حق، این احکام رفع می‌گردند و جواز شرعی و حق ذی‌حق مرتفع می‌شوند و این‌جاست که به‌طور استثنایی، جواز شرعی دیگر رافع ضمان نیست و می‌توان گفت: «الجواز الشرعی لا ینافی الضمان». در حقوق غربی، قاعدهٔ سوءاستفاده از حق[۲] نقش قاعدهٔ لاضرر را در این زمینه بازی می‌کند (نک: کریمی، ۱۳۹۳، ص۱۳۵؛ کریمی و شعبانی، ۱۳۹۳، ص۲۰۷).

نتیجه‌گیری

در فقه امامیه و حقوق ایران اصل بر مسئولیت بدون تقصیر است و به‌طور کلی، انگیزه در تحقق ضمان قهری نقشی ندارد. با این حال، انگیزهٔ مشروع در ضمان قهری مؤثر است و هر گاه کسی به دیگری ضرر بزند، اما دارای انگیزهٔ مشروع باشد، انگیزهٔ مشروع او سبب رفع ضمان قهری است. البته محدودیت‌هایی برای استناد به مشروعیت انگیزه جهت رفع ضمان قهری وارد شده است که شامل رعایت مقررات قانونی، موازین فنی، اصول ایمنی

۱ـ همان که در حقوق غرب در قالب عبارت زیر آمده: "Nul nest tenu dans lexercise de son droit"

2_ Abus de droit

و رعایت حدود متعارف و عدم تقصیر می‌باشد. از مصادیق بارز تأثیر انگیزهٔ مشروع، احسان اعم از احسان به عموم، احسان به شخص معین و احسان تأدیبی است. در مورد ضرورت وجود انگیزهٔ احسان اختلاف هست و سه فرض قابل تصور است: الف. صرف وجود انگیزهٔ احسان را کافی بدانیم؛ ب. فقط به انطباق رفتار با واقعیت توجه کنیم، حتی بدون انگیزهٔ احسان؛ ج. هم انگیزهٔ احسان لازم است و هم انطباق عمل با واقعیت. در پایان، این نتیجه حاصل شد که نظر سوم صحیح‌تر است و با حقوق ما نیز سازگارتر. بنابراین شخصی که با انگیزهٔ احسان به دیگری اقدام می‌نماید، اما از روی اتفاق خسارتی وارد می‌شود ضامن نیست، مگر در صورتی که احسان او با واقعیت منطبق نباشد یا در تنبیه خارج از حدود تأدیب تنبیه نماید. همچنین هر کجا انگیزه مشروع باشد، به‌ویژه در دفاع مشروع، انگیزه سبب رفع ضمان قهری است، ولی در این حالت نیز باید شرایط دفاع مشروع رعایت شود. علاوه بر این، با وحدت ملاک گرفتن از مصادیق احسان و دفاع مشروع که از بارزترین مصادیق انگیزهٔ مشروع می‌باشند، می‌توان قواعد آن‌ها را به‌عنوان قاعده‌ای کلی در تمام مواردی که انگیزهٔ مرتکب، مشروع باشد جاری دانست، حتی اگر در قالب دفاع مشروع و احسان قرار نگیرد. در صورت تردید نسبت به این‌که آیا شخص، محسن محسوب می‌شود یا ضامن است و این‌که آیا دفاع مشروع همهٔ شرایط آن را داشته یا ضمان قهری جاری است، باید با جاری ساختن اصل عدم و فرض عدم وجود احسان و یا عدم وجود شرایط دفاع مشروع، ضمان قهری را جاری دانست. همچنین به‌موجب قاعدهٔ «الجواز الشرعی لا ینافی الضمان»، صرف وجود انگیزهٔ مشروع رافع ضمان نیست و مرتکب در صورت تقصیر ضامن است. هرچند «الجواز الشرعی ینافی الضمان» قاعدهٔ اولی است و هیچ کس در اجرای حق خودش ضامن نیست، اما در صورت ایراد ضرر غیرمتعارف، قاعدهٔ لاضرر بر جواز شرعی حکومت کرده است و به‌طور استثنایی جواز شرعی دیگر رافع ضمان نیست و «الجواز الشرعی لا ینافی الضمان» جاری می‌شود.

فهرست منابع

۱. قرآن کریم

۲. امامی، سیدحسن. (۱۳۹۰ش). حقوق مدنی، تهران: اسلامیه.

۳. بجنوردی، سیدحسن. (۱۴۱۹ق). القواعد الفقهیة. قم: نشر الهادی.
۴. بجنوردی، سیدمحمد. (۱۴۰۱ق). قواعد فقهیه، تهران:عروج.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۸). ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش.
۶. جمعی از پژوهشگران زیر نظر شاهرودی، سید محمودهاشمی. (۱۴۲۳ق). موسوعة الفقه الإسلامی طبقاً لمذهب أهل البیت علیهم السلام. قم:مؤسسهٔ دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت(ع).
۷. جمعی از مؤلفان. (بی‌تا). مجلة فقه أهل البیت علیهم السلام (بالعربیة)، (ج۵ـ۶ و ۳۵، چ۱). قم: مؤسسهٔ دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
۸. حائری طباطبایی،سید علی بن محمد. (بی‌تا). ریاض المسائل، (طـ القدیمة). قم: مؤسسهٔ آل البیت علیهم السلام.
۹. حلی، حسن بن یوسف (علامه). (۱۴۱۳ق). قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام، قم: انتشارات اسلامی.
۱۰. خزائی، احمدرضا؛ لطفی، جواد. (۱۳۹۸ش). قاعدهٔ احسان و اسباب اصلی ضمان. مطالعات فقه اقتصادی، ۱(۱) ص ۱ـ۲۸. https://dor.isc.ac/dor/20.1001.1.26767163.1398.1.1.1.6
۱۱. خمینی، سید روح الله موسوی. (۱۴۱۵ق). المکاسب المحرمة. قم: مؤسسهٔ تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره.
۱۲. خمینی، سید روح الله موسوی. (بی‌تا). تحریر الوسیلة. قم: دارالعلم.
۱۳. رشتی، میرزا حبیب الله، (بی‌تا). کتاب الغصب، بی‌جا: بی‌نا.
۱۴. زراعت، عباس. (۱۳۹۰ش). قواعد فقه مدنی. تهران: جنگل.
۱۵. زراعت، عباس، (۱۳۸۳ش). انگیزه و تأثیر آن در مسئولیت کیفری. ماهنامه دادرسی، ۸(۴۸).
۱۶. سبزواری، سید عبدالأعلی. (۱۴۱۳ق). مهذّب الأحکام. قم: المنار.
۱۷. سروی مجد، علی. (۱۳۹۳ش). ابعاد فرهنگ احسان در قرآن و سنت. فصلنامهٔ مطالعات فرهنگ ـ ارتباطات، ۱۵(۲۵)، ص۱۹۷ـ۲۱۶.
۱۸. شوشتری، سید محمدحسن مرعشی. (۱۴۲۷ق). دیدگاه‌های نو در حقوق، تهران: میزان.
۱۹. شهید اول، محمد بن مکی عاملی. (۱۴۱۰ق). اللمعة الدمشقیة فی فقه الإمامیة. بیروت: دار التراث ـ الدار الإسلامیة.
۲۰. شهید اول، محمد بن مکی عاملی. (۱۴۱۴ق). غایة المراد فی شرح نکت الإرشاد. قم: دفترتبلیغات اسلامی حوزهٔ علمیهٔ قم.
۲۱. شهیدثانی، زین‌الدین بن علی عاملی. (۱۴۱۳ق). مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام. قم: مؤسسة المعارف الإسلامیه.
۲۲. شیرازی، قدرت الله انصاری؛ پژوهشگران مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم. (۱۴۲۹ق). موسوعة أحکام

الأطفال و أدلتها، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.
۲۳. طاهری،حبیب الله (۱۴۱۸ق). حقوق مدنی. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعهٔ مدرسین حوزهٔ علمیهٔ قم.
۲۴. طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق). المبسوط فی فقه الإمامیة. تهران: المکتبة المرتضویة لإحیاء الآثار الجعفریة.
۲۵. عاملی، سید محمدحسین ترحینی. (۱۴۲۷ق). الزبدة الفقهیة فی شرح الروضة البهیة. قم: دار الفقه للطباعة و النشر.
۲۶. عمید، حسن. (۱۳۹۱ش). فرهنگ فارسی عمید. تهران: میلاد.
۲۷. فاضل لنکرانی، محمد. (بی‌تا). احکام پزشکان و بیماران، بی‌جا: بی‌نا.
۲۸. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۶ش). الزام‌های خارج از قرارداد، ضمان قهری، مسئولیت مدنی، غصب و استیفا. تهران: دانشگاه تهران.
۲۹. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۱ش). الزام‌های خارج از قرارداد، (ج۲، چ۱۰). تهران: دانشگاه تهران.
۳۰. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۲ش). الزام‌های خارج از قرارداد، (ج۱،چ۱۲). تهران: دانشگاه تهران.
۳۱. کاشانی،حاج آقارضا مدنی. (۱۴۰۸ق). کتاب الدیات، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعهٔ مدرسین حوزهٔ علمیهٔ قم.
۳۲. کاشف الغطاء، محمدحسین بن علی بن محمدرضا نجفی. (۱۳۵۹ق). تحریرالمجلة، نجف اشرف: المکتبة المرتضویه.
۳۳. کرمانشاهی،آقا محمدعلی بن وحید بهبهانی. (۱۴۲۱ق). مقامع الفضل. قم: مؤسسهٔ علامه بهبهانی.
۳۴. کریمی، عباس. (۱۳۹۳ش). «مطالعهٔ تطبیقی بین حقوق ایران و فرانسه در خصوص حق موضوع سوءاستفاده در حقوق قراردادها»، در: گروهی از مؤلفان. حقوق مدنی تطبیقی. تهران: سمت.
۳۵. کریمی، عباس؛ شعبانی کندسری، هادی. (۱۳۹۳ش). رابطهٔ منطقی قاعدهٔ فقهی لاضرر و قاعدهٔ غربی سوءاستفاده از حق. فصلنامهٔ پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب. ۱(۲)، ص ۱۳۵ـ۱۶۶. https://doi.org/10.22091/csiw.2015.567
۳۶. لطفی، اسداله. (۱۳۷۹ش). موجبات و مسقطات ضمان قهری در فقه و حقوق مدنی ایران. تهران: مجد.
۳۷. مجلسی، محمدباقر. (بی‌تا). حدود و قصاص و دیات، تهران: مؤسسهٔ نشر آثار اسلامی.
۳۸. محقق حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام. قم: اسماعیلیان.
۳۹. محقق داماد، سید مصطفی، (۱۴۰۶ق). قواعد فقه، تهران:مرکز نشر علوم اسلامی.
۴۰. محمدی، آزیتا. (۱۳۹۹ش). بررسی و تحلیل قاعدهٔ احسان و نقش مسئولیت مدنی در این قاعده. دوفصلنامهٔ بین‌المللی تحقیقات حقوق قضایی، ۱(۲)، ص ۶۸۷ـ۷۰۵.

۴۱. مراغی، سید میرعبدالفتاح بن علی حسینی. (۱۴۱۷ق). العناوین الفقهیه. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعهٔ مدرسین حوزهٔ علمیهٔ قم.
۴۲. مصطفوی، سید محمدکاظم. (۱۴۲۱ق). مائة قاعدة فقهیه. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعهٔ مدرسین حوزهٔ علمیهٔ قم.
۴۳. مطهری، شهیدمرتضی. (بی‌تا). فقه و حقوق (مجموعه آثار). قم: بی‌نا.
۴۴. معاونت آموزش و تحقیقات قوهٔ قضائیه. (۱۳۸۹ش). مجموعه نظریات مشورتی فقهی امور کیفری. تهران: جنگل.
۴۵. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۹۱ش). تفسیر نمونه. تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۴۶. نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار إحیاء التراث العربی.
۴۷. نجیب حسنی، محمود. (۱۳۹۱ش). رابطهٔ سببیت در حقوق کیفری، (ترجمهٔ عباس نیای زارع، سیدعلی). مشهد: انتشارات دانشگاه علوم اسلامی رضوی.
۴۸. نصوری، مزدک. (۱۳۹۷ش). قاعدهٔ احسان و نقش آن در معافیت از جبران خسارت. دوماهنامهٔ علمی تخصصی پژوهش در هنر و علوم انسانی، ۳(۴)، ص ۶۷ـ۷۸.
۴۹. هوشمند فیروزآبادی، حسین؛ خزائی، میثم؛ جاور، حسین؛ امرائی، ایوب. (۱۳۹۹ش). تحلیل فقهی حقوقی برخی اسباب معافیت از مسئولیت مدنی در قرآن. آموزه‌های فقه مدنی، ۱۲(۲۱)، ص ۲۷۵ـ ۳۰۲. https://dor.isc.ac/dor/20.1001.1.2251936.1399.12.21.11.8
۵۰. یزدانیان، علیرضا؛ ثقفی، مریم. (۱۳۹۳ش). مسئولیت مدنی بیماران مبتلا به بیماری‌های واگیردار، آموزه‌های فقه مدنی، ۶(۱۰)، ص ۳۱ـ۵۰.

Civil Jurisprudence Doctrines
ISSN Print: 2251- 936x Online: 2783- 3690

A Critical Analysis of the Imami Jurists' Approaches to the Wife's Inheritance of Immovable Property from the Husband

Alborz Mohaghegh Garfami[1] | Mostafa Hosseini[2] | Fatemeh Ansari[3]

1. Corresponding Author, MA graduate in Quranic and Hadith Sciences, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran. Email: mohaghegh.gr@gmail.com
2. Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Legal Foundations, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran. Email: mhosseini@razavi.ac.ir
3. Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Islamic Legal Foundations, University of Qom, Qom, Iran. Email: fa.ansar92@gmail.com

Article Info

Article type:
Research Article

Article history:
Received: 18 February 2024
Revised: 13 November 2024
Accepted: 31 December 2024
Available online 6 March 2025

Keywords:
Wife's Inheritance, Immovable Property, Land assets, land Value, Entitlement, Deprivation.

ABSTRACT

AOne of the jurisprudential sub-topics in the field of inheritance is the extent to which a wife is entitled to inherit from her husband's estate. The difference of opinion among jurists on this issue is such that some have considered it one of the most complex questions in Islamic jurisprudence. According to the general wording of verse 11 of Surah An-Nisā and some traditions (Aḥādīth), the wife inherits from all of her husband's estate. However, there are also traditions which, at first glance, indicate the wife's total or partial deprivation from inheriting her husband's land property. This research, using a descriptive-analytical method and relying on authentic sources, aims to examine and critique the way jurists have approached these pieces of evidence and to propose a ruling appropriate to current circumstances. To achieve this goal, after categorizing the relevant hadiths into three groups, seven approaches of jurists regarding these traditions are examined and critiqued. Subsequently, the selected viewpoint is organized in two stages: (1) the feasibility of changing rulings due to changing circumstances, and (2) the preferred approach to dealing with the traditions. The latter part includes an analysis of the rationale embedded in the narrations and considers the structure of family systems during the Imams' era compared to the present day, thereby presenting context-based criteria for deriving an appropriate ruling. The outcome of this study is that the evidence pointing to the wife's partial deprivation from inheriting real estate is related to specific conditions such as tribal living and its family obligations. With the change of these circumstances—especially in the present era—the ruling that the wife is entitled to inherit all of her husband's estate is established.

Cite this article: Mohaghegh Garfami, A.; Hosseini. M.; Ansari, F. (2025). A Critical Analysis of the Imami Jurists' Approaches to the Wife's Inheritance of Immovable Property from the Husband. *Civil Jurisprudence Doctrines*, 17(31), 205-238.
https://doi.org/10.30513/cjd.2025.5877.1942
© The Author(s). Publisher: Razavi University of Islamic Sciences.

آموزه‌های فقه مدنی
ISSN Print: 2251- 936x Online: 2783- 3690

واکاوی انتقادی مواجههٔ فقیهان امامیه با دلایل ارث‌بری زوجه از اموال غیرمنقول زوج

البرز محقق گرفمی[۱] | مصطفی حسینی[۲] | فاطمه انصاری[۳]

۱. نویسنده مسئول، دانش‌آموختهٔ کارشناسی ارشد، علوم قرآنی و حدیث، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران. رایانامه: mohaghegh.gr@gmail.com

۲. استادیار، گروه فقه و مبانی حقوق، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران. رایانامه: mhosseini@razavi.ac.ir

۳. استادیار، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه قم، قم، ایران. رایانامه: fa.ansar92@gmail.com

اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی
تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۱/۲۹
تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۸/۲۳
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۰/۱۱
تاریخ انتشار برخط: ۱۴۰۳/۱۲/۱۵
کلیدواژه‌ها: میراث زوجه، عقار، عین زمین، قیمت زمین، استحقاق، حرمان.

چکیده

یکی از فروع فقهی باب ارث، میزان بهره‌مندی زوجه از میراث همسرش است. تفاوت دیدگاه فقیهان در این مسئله تا آن‌جاست که برخی آن را از پیچیده‌ترین مسائل دانش فقه برشمرده‌اند. بر اساس عموم آیهٔ ۱۱ سورهٔ نساء و برخی روایات، زوجه از تمامی میراث همسرش ارث می‌برد. در سوی مقابل، روایاتی وجود دارد که در ظاهر بر محرومیت تام یا محرومیتِ فی‌الجملهٔ وی از زمین‌های متعلق به همسرش رهنمون هستند. این پژوهش به روش توصیفی - تحلیلی و با بهره از منابع اِسنادی، در پی بررسی و نقد نحوهٔ مواجههٔ فقیهان با این ادله و برکشیدن حکمی متناسب با شرایط امروزین است. برای دست یافتن به‌این هدف، پس از دسته‌بندی روایات موضوع در سه رده، هفت رویکرد فقیهان دربارهٔ این روایات، بررسی و نقد شده است. در گام پسین، دیدگاه برگزیده در دو فراز سامان یافته است که عبارت‌اند از: امکان‌سنجی تغییر احکام به‌واسطهٔ تغییر شرایط، و راهکار برگزیدهٔ مواجهه با روایات. در بخش اخیر به بررسی تعلیل موجود در روایات پرداخته شده و شرایط نظام خانواده در عصر حضور و دورهٔ کنونی، مؤلفه‌ای برای یافتن حکم متناسب در نظر گرفته شده است. دستاورد نوشتار آن است که مجموعهٔ ادلهٔ رهنمون بر محرومیتِ فی‌الجملهٔ زوجه از عقار، مربوط به شرایطی ویژه مانند زیست قبیله‌ای و الزامات خانوادگی آن بوده است و در هنگام تغییر این شرایط، به‌ویژه در عصر کنونی، حکم بهره‌وری زوجه از تمامی ماترک زوج استوار می‌نماید.

استناد: محقق گرفمی، البرز؛ حسینی، مصطفی؛ انصاری، فاطمه. (۱۴۰۴). واکاوی انتقادی مواجههٔ فقیهان امامیه با دلایل ارث‌بری زوجه از اموال غیرمنقول زوج. آموزه‌های فقه مدنی، ۱۷(۳۱)، ۲۰۵-۲۳۸.
https://doi.org/10.30513/cjd.2025.5877.1942
ناشر: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.

© نویسندگان.

مقدمه

یکی از فروعات مباحث ارث در فقه اسلامی، نحوهٔ ارث‌بری زوجه از میراث غیرمنقول زوج است. در میان شیعیان، دربارهٔ محرومیت زوجه از بخشی از میراث زوج به‌گونهٔ اجمالی اختلافی نیست (نک: محقق سبزواری، ۱۳۸۱، ج۲، ص۸۵۳؛ نراقی، ۱۴۲۹، ج۱۳، ص۳۵۹؛ نجفی، ۱۳۶۳، ج۳۹، ص۲۰۷؛ طباطبایی کربلایی، ۱۴۰۴، ج۱۴، ص۳۷۸؛ آل کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲، ج۲۲، ص۶۶)، تا آن‌جا که علامه طباطبایی نیز در پاسخ به پرسشی، مسئلهٔ حرمان فی‌الجملهٔ زوجه را از مسلمات فقه اهل‌بیت(ع) دانسته است (قاضی طباطبایی، ۱۳۵۳، ص۱۰۳-۱۰۴).

بنابر مفاد برخی روایات، این مسئله از چنان اهمیتی نزد اهل‌بیت(ع) برخوردار بوده است که مخالفت با آن را مستحق تازیانه می‌دانستند (نک: کلینی، ۱۴۲۹، ج۱۳، ص۶۴۸-۶۴۹). کسانی اجماع اهل‌بیت(ع) را بر عدم ارث‌بری زوجه دانسته‌اند (نک: شهید اول، ۱۴۳۰، ج۳، ص۴۰۸). برخی نیز بر عدم ارث‌بری به‌نحو فی‌الجمله ادعای اجماع نموده‌اند (نراقی، ۱۴۲۹، ج۱۳، ص۳۵۹؛ نجفی، ۱۳۶۳، ج۳۹، ص۲۰۱؛ روحانی، ۱۴۲۹، ج۳۷، ص۲۵۶). در سوی مقابل نیز بر ارث‌بری زوجه، اجماع امامان و امت ادعا شده است (ابن‌حیّون، ۱۳۸۳، ج۲، ص۳۹۶).

با وجود این، بنابر مفاد شماری از آیات و روایات، زوجه استحقاق دریافت تمامی ماترک شوهر خویش را دارد. تفاوت در استظهار از این روایات و روش جمع میان آن‌ها سبب شده است که دانشوران گران‌قدری موضوع ارث‌بری زوجه از زمین را از مسائل پیچیده و مشکل دانش فقه ارزیابی کنند و آن را دربردارندهٔ لغزشگاه‌هایی بدانند (نک: مجلسی، محمدتقی، ۱۴۰۶، ج۱۱، ص۴۱۱؛ مقدس اردبیلی، بی‌تا، ج۱۱، ص۴۴۳؛ فیض کاشانی، ۱۳۹۵، ج۲، ص۷۹۹؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ج۲۴، ص۵۵۵؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۹، ج۲۳، ص۴۶۳). همین پیچیدگی سبب شده است که بنابر نظر کسانی، اقتضای احتیاط، مصالحه میان ورثه دانسته شود (مجلسی، ۱۴۰۶، ج۱۵، ص۲۷۷؛ نجفی، ۱۳۶۳، ج۳۹، ص۲۱۸؛ بحرالعلوم، ۱۳۶۲، ج۳، ص۹۵).

در مادهٔ ۹۴۶ قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران تا پیش از سال ۱۳۸۷، زوجه تنها بهره‌مند از قیمت ابنیه و اشجار اموال غیرمنقول دانسته می‌شد، اما از آن تاریخ به‌بعد، برای وی استحقاق ارث‌بری از تمامی‌عرصه و اعیان در نظر گرفته شد.

این پژوهش به روش توصیفی - تحلیلی و با بهره از منابع اِسنادی در پی بررسی و نقد روش‌های مواجههٔ فقیهان با خانوادهٔ روایات موضوع است. در پژوهش حاضر لازم است از سویی، به استظهار استوار از روایات پرداخته شود و از سویی دیگر، قواعد جمع عرفی در هنگامهٔ تعارض ادله به روشی مناسب به کار گرفته شود. برای دست یافتن به‌این اهداف، پس از استخراج نظرات فقیهان دربارهٔ حکم موضوع ارث زوجه از عقار در هفت رده، به بررسی هر یک از دیدگاه‌ها پرداخته شده و در نهایت، دیدگاه برگزیده با استظهاری متفاوت از روایات سامان یافته است.

پیشینهٔ پژوهش: فقیهان یکی از فروع باب مواریث یا فرائض را به موضوع ارث‌بری زن از همسرش اختصاص داده و پیرامون آن به استدلال و اِفتا پرداخته‌اند. کسانی نیز به‌گونهٔ مستقل، نگاشته‌هایی دراین‌باره سامان داده‌اند. برخی از این رساله‌ها و مکتوبات عبارت‌اند از:

رسالة فی إرث الزوجة به قلم شهید ثانی؛

رسالة فی إرث الزوجة من الثمن والعقار به کوشش مرحوم سید محمدکاظم یزدی؛

المحاکمة بین علمین فی فرع عدم إرث الزوجة من الأراضی نگاشتهٔ شیخ عبدالله مامقانی؛

تقریرات ثلاث، بحث میراث الأزواج از آیت‌اللهالعظمی سید حسین طباطبایی بروجردی؛

رسالة فی حرمان الزوجة من بعض الإرث به خامهٔ آیت‌اللهالعظمی سید محسن طباطبایی حکیم؛

تحقیق در ارث زن از دارایی شوهر از سید علی قاضی طباطبایی؛

إبانة المختار فی إرث الزوجة من ثمن العقار به قلم فتح‌الله شریعت اصفهانی؛

رسالتان فی الإرث و نفقة الزوجة به قلم آیت‌اللهالعظمی محمدعلی اراکی.

برخی نگاشته‌های مستقل معاصران دراین‌باره عبارت‌اند از

بررسی میراث زوجه در حقوق اسلام و ایران به کوشش حسین مهرپور (۱۳۶۸)؛

مبنای فقهی و حقوقی ارث زوجه از زمین به قلم حامد مفیدی‌فر (۱۳۹۷)؛

نقد و بررسی ارث زوجین در فقه امامیه و حقوق ایران به خامهٔ حمید اللهوردی‌زاده

(۱۴۰۰). در کتاب اخیر، پس از تمایل به نظریهٔ مشهور، راهکار جبران نقصان سهم‌الارث زوجه، وصیت شوهر بر اختصاص بخشی از ماترک به زوجه دانسته شده است (اللهوردی‌زاده، ۱۴۰۰، ص۱۶۵-۱۶۶).

بررسی آخرین و برترین آرا و نظریه‌ها پیرامون ارث زوجه از زمین[1] به قلم محمدحسن دانش (۱۳۹۰). این کتاب که تقریرات و تحقیقی بر مباحث دروس خارج فقه استاد محمدجواد فاضل لنکرانی است را می‌توان یکی از نگاشته‌های جامع دربارهٔ موضوع مورد بحث دانست که در نهایت، عدم ارث‌بری هر گونه زوجه‌ای از انواع زمین‌ها را به اثبات رسانده است (نک: دانش، ۱۳۹۰، ص۴۱۷). در تحلیلی در این کتاب اشاره شده که شیخ صدوق بر این باور است که زن از عین و قیمت هیچ زمینی ارث نمی‌برد (نک: دانش، ۱۳۹۰، ص۵۴)، درحالی‌که طبق فتوای شیخ صدوق در عبارت «...فَلَا تَرِثُ مِنَ الْأُصُولِ إِلَّا قِيمَتَهَا» (ابن‌بابویه، ۱۴۱۳، ج۴، ص۳۴۹)، زنی که صاحب فرزند از شوهر است، از قیمت همهٔ زمین‌ها ارث می‌برد.

بر اساس جست‌وجوی انجام‌شده، برخی از مهم‌ترین مقالاتی که موضوع را کاویده‌اند عبارت‌اند از:

«إرث الزوجة، محاكمات فی سياق الجدل الفقهاء القائم» به کوشش فخرالدین صانعی و حسن علی الهاشمی (۱۴۳۹)؛

«بررسی فقهی و حقوقی ارث زن از شوهر» با همکاری سید محمد موسوی بجنوردی و اکرم نوایی لواسانی (۱۳۸۷)؛

«إرث الزوجة من العقار، قراءة جديدة للنص القرآنی» به قلم خالد الغفوری (۱۴۳۳)؛

«تحلیلی بر ارث زوجه از اموال غیرمنقول» از یحیی پیرعباسی (۱۳۸۷).

نیز مقالاتی با عنوان «بحوث اجتهادية: ميراث الزوجة من العقار/۱ ، ۲ و ۳» نوشتهٔ سید محمود هاشمی شاهرودی (۱۴۲۸). نویسندهٔ این مجموعه مقالات، افزون بر باور به نارسایی دلالت روایات رهنمون بر محرومیت مطلق زوجه، با بهره از نظریهٔ انقلاب نسبت، در پی راهیابی به حکم مسئله است. وی در تحلیلی معتقد است که ابوالصلاح حلبی در

---

۱. این کتاب را می‌توان ترجمه، تعلیقه و شرحی بر کتاب نخبة الأنظار فی حرمان الزوجة من الأراضی والعقار به قلم محمدجواد فاضل لنکرانی (۱۳۸۸) دانست.

کتاب الکافی فی الفقه بر این باور است که زن از قیمت مسکن هم ارث می‌برد (نک: هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۸الف، ص۱۴)، درحالی‌که بنابر عبارت «ولا ترث الزوجة من رقاب الرباع والأرضین شیئاً وترث من قیمة آلات الرباع من خشب وآجر کسائر الإرث» (ابوالصلاح حلبی، بی‌تا، ص۳۷۴)، نمی‌توان چنین انتسابی را استوار انگاشت. به نظر می‌رسد که حذف شدن یا عدم توجه به کلمهٔ «آلات» در مقالهٔ مورد اشاره، سبب این انتساب ناصواب شده است.

با وجود تمامی این تلاش‌های تحسین‌انگیز به نظر می‌رسد که در نحوهٔ استظهار از روایات و روش جمع میان آن‌ها به شرایط صدور روایات کمتر توجه شده است. ازاین‌رو، وجه نوآوری جستار حاضر در آن است که خوانشی نوین از روایات ارائه داده و با در نظر داشتن اصل تغیّر احکام و ضوابط جریان آن، دیدگاهی متناسب با شرایط امروزین را دربارهٔ مسئله ارائه نموده است. جنبهٔ دیگر نوگرایی این پژوهش در آن است که در دیدگاه‌هایی چون تفصیل نهادن میان حکم زوجهٔ صاحب فرزند و غیر آن، حمل روایات حرمان بر اراضی مفتوح عنوةً و دیدگاه مبتنی بر محرومیت از عین و قیمت، نقدهایی نوین را تبیین نموده است.

۱. مفاهیم بنیادی

نزدیک بودن معنای اصطلاحاتی چون «عقار، رباع و دور» سبب پیچیده شدن یافتن مراد از آن‌ها در برخی روایات شده است، به‌ویژه آن‌که گاهی عباراتی چون «رباع الدور»، «أرض الرباع» و «عقار الدور» در لسان روایات مشاهده می‌شود. ازاین‌رو بایسته است معنای اصطلاحی این واژگان آشکار گردد.

۱-۱. عقار

عقار از ریشهٔ «عقر» به معنای اصل و بنیان آمده است (ابن‌درید، ۱۹۸۸، ج۲، ص۷۸۶؛ راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ص۵۷۷). دانشوران لغت‌پژوه، واژهٔ «عقار» را در معانی ذیل به کار برده‌اند: زمین، ملک، منزل، اصل مال، زمین حاصلخیز، متاع مصون و اموال غیرقابل جابه‌جایی (فراهیدی، ۱۴۰۹، ج۱، ص۱۵۱؛ ابن‌درید، ۱۹۸۸، ج۲، ص۷۶۸؛ جوهری، ۱۳۷۶، ج۲، ص۷۵۴؛ ابوعبید، ۱۹۹۰، ج۱، ص۲۶۱؛ ازهری، ۱۴۲۱، ج۱، ص۱۴۶؛ ثعالبی، ۱۴۱۴، ص۹۷). گوهر معنایی این

واژگان را می‌توان مربوط به ملکی دانست که بنیانی ثابت دارد (نک: مصطفوی، ۱۴۳۰، ج۸، ص۲۳۴). در محاورات زبان فارسی عبارت اموال غیرمنقول، جایگزینی مناسب برای این واژه است.

در دانش فقه نیز عقار به هر گونه ارض، ضیاع و نخل گفته می‌شود و اختصاصی به منزل مسکونی ندارد (نراقی، ۱۴۲۹، ج۱۹، ص۳۶۵؛ شیرازی، ۱۴۰۹، ج۸۳، ص۳۹؛ حماد، ۱۴۲۹، ص۳۲۵). از این واژه به‌مناسبت در ابوابی چون زکات، خمس، جهاد، تجارت، اجاره، غصب و ارث سخن رفته است.

۱-۲. رباع

«رِباع» جمع «رَبع» به معنای خانه، ملک مسکونی، محل اقامت و آنچه در اطراف زمین است، به کار می‌رود. گاهی نیز به زمین خانه اطلاق می‌شود (ابن‌درید، ۱۹۸۸، ج۱، ص۳۱۶؛ ازهری، ۱۴۲۱، ج۲، ص۲۲۴؛ جوهری، ۱۳۷۶، ج۳، ص۱۲۱۱؛ زمخشری، ۱۹۷۹، ص۲۱۷). در اصطلاح فقهی به معنای خانه است (نک: هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲، ج۴، ص۵۳؛ حماد، ۱۴۲۹، ص۲۲۵) که از آن تنها در باب ارث سخن رفته است.

۱-۳. دور

«دور» در کاربرد مصدری، به معنای احاطه کردن اطراف چیزی است (ابن‌فارس، ۱۴۰۴، ج۲، ص۳۱۰). محل فرود آمدن و سکنا گزیدن را نیز به اعتبار آن‌که دورش با دیواری احاطه می‌شود، «دار» یا «داره» نامند (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ص۳۲۱). بر این اساس، «دار» اسم جامعی است که برای محله، عرصه، بنا و محل استقرار گروهی به کار می‌رود (فراهیدی، ۱۴۰۹، ج۸، ص۵۸؛ ازهری، ۱۴۲۱، ج۱۴، ص۱۰۹). قبیله و بنای مرتفع را نیز «داره» گویند که مفهومی اخصّ از دار است (جوهری، ۱۳۷۶، ج۲، ص۶۶۰). واژهٔ «دار»، در دو جمعِ «دور» و «دارات» کاربرد دارد.

۲. دسته‌بندی روایات

در یک تقسیم‌بندی کلی، روایات بیانگر حکم میراث زوجه از زمین‌های زوج را در سه رده می‌توان افراز نمود:

۲-۱. روایات رهنمون بر ارث‌بری زن از تمامی میراث همسر

ظاهر شماری از روایات بر استحقاق زوجه از تمامی ماترک زوج دلالت دارند. برخی از این روایات به شرح ذیل‌اند:

شیخ صدوق به اسناد خود روایاتی را گزارش نموده که به صحیحهٔ بقباق و صحیحهٔ ابن‌ابی‌یعفور[1] شهره است که متن آن از امام صادق(ع) چنین است: «از امام صادق علیه‌السلام پرسیدم: آیا مرد از خانهٔ همسرش و زمین آن خانه چیزی به ارث می برد یا دراین‌باره همانند زن است که از این موارد چیزی ارث نمی‌برد؟ امام فرمود: هم مرد و هم زن از هر آنچه دیگری بر جای گذاشته است، ارث می‌برند» (ابن‌بابویه، ۱۴۱۳، ج۴، ص۳۴۹).

«از امام صادق پرسیدم: مردی از دنیا رفته و همسرش بر جای مانده است. فرمود: مالِ برجای‌مانده، از آنِ زن است. پرسیدم: زنی فوت کرده و شوهرش بر جای مانده است. فرمود: مال برجای‌مانده، از آنِ شوهر است» (طوسی۱۴۰۷، ج۹، ص۲۹۵).

روایات دیگری[2] دراین‌باره وجود دارند که مفهوم «ما ترک» در آن‌ها افادهٔ عموم می‌کند (نک: طباطبایی حکیم، ۱۴۲۷، ص۱۹۰).

۲-۲. روایات دال برحرمان به‌نحو مطلق

در سوی مقابل، روایاتی وجود دارند که در ظاهر بر محرومیت زوجه از تمامی ماترک غیرمنقول زوج دلالت دارند:

امام باقر(ع) فرمود: «زنان از زمین چیزی به ارث نمی‌برند» (کلینی، ۱۴۲۹، ج۱۳، ص۶۴۶ و ۶۴۹؛ نیز: طوسی، ۱۴۰۷، ج۹، ص۲۹۸). در نوشته‌ای از حضرت امیرالمؤمنین(ع) نیز آمده است: هنگامی که مرد فوت کند، برای زنان از زمین‌های او چیزی نیست (صفار، ۱۴۰۴، ج۱، ص۱۶۵).

۲-۳. روایات رهنمون بر میراث‌بری به‌نحو فی‌الجمله

در شماری از روایات نیز بر محرومیت زوجه از برخی ماترک زوج اشاره شده است. برخی ازاین روایات عبارت‌اند از:

---

۱. به‌واسطهٔ نقل از هر دو نفر، به نام هر دو مشهور شده است.

۲. نک: کلینی، ۱۴۲۹، ج۱۳، ص۶۵۴؛ طوسی، ۱۴۰۷، ج۹، ص۲۹۶.

امام باقر(ع) فرمود: «زن از میان اموال برجای‌مانده از شوهرش از باغ و آبادی و خانه‌ها و سلاح و چهارپایان ارث نمی‌برد. اما از اموال و زیراندازها و اثاث خانه ارث می‌برد. ویرانهٔ باقیمانده از خانه، درب‌ها و.... قیمت‌گذاری می‌شوند و سهم او از آن‌ها به وی داده می‌شود» (کلینی، ۱۴۲۹، ج۱۳، ص۶۴۴-۶۴۵).

از امام باقر یا صادق علیهماالسلام روایت شده است: زن از میان اموال برجای‌ماندهٔ شوهرش از زمین خانه یا سایر زمین‌ها ارث نمی‌برد. البته آجر و چوب‌ها قیمت‌گذاری می‌شوند و از این قیمت، سهم زن بر اساس فرزند داشتن یا نداشتن به او عطا می‌گردد» (کلینی، ۱۴۲۹، ج۱۳، ص۶۴۵).

بر اساس روایت دیگری، زنان از زمین ارث نمی‌برند، بلکه تنها از قیمت ساختمان ارث می‌برند: «سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيهِ السَّلَامُ عَنِ النِّسَاءِ: هَلْ يرِثْنَ الْأَرْضَ؟ فَقَالَ: «لَا، وَلكِنْ يرِثْنَ قِيمَةَ الْبِنَاءِ» (کلینی، ۱۴۲۹، ج۱۳، ص۶۴۸).

گزارش مقطوعی وجود دارد که بر مبنای آن فقط زنانی که فرزند ندارند دچار محرومیت از خانه و مسکن خواهند بود: فِي النِّسَاءِ إِذَا كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ أُعْطِينَ مِنَ الرِّبَاعِ» (طوسی، ۱۳۹۰، ج۴، ص۱۵۵). برخی با وجود مقطوع بودن، این روایت را صحیح دانسته‌اند (موسوی خوانساری، ۱۳۵۵، ج۵، ص۳۵۱).

۳. مواجههٔ فقیهان با روایات

فقیهان در مواجهه با اخبار پیش‌گفته و جمع میان آن‌ها، راهکارهای گوناگونی برگزیده‌اند.

۳-۱. ارث‌بری از عین انواع زمین‌ها

نخستین فقیهی که باور به این دیدگاه به او نسبت داده شده است، ابن‌جنید اسکافی است. علامه حلی در کتاب مختلف الشیعه فتوای او را از کتاب ازدست‌رفتهٔ الأحمدی فی فقه المحمّدی چنین نقل می‌کند: «اگر زوج یا زوجه از دیگری دارای فرزند باشد، زوج یک‌چهارم و زوجه یک‌هشتم از تمامی اموال دیگری را ارث می‌برد، چه زمین و چه غیر آن» (علامه حلی، ۱۳۷۴، ج۹، ص۵۳). قاضی نعمان مصری نیز بر این باور است که روایات رهنمون بر انحصار ارث‌بری از قیمت زمین، مخالف قرآن، سنت و اجماع امامان و امت

است و زن از عین همهٔ میراث ارث می‌برد (ابن‌حیون، ۱۳۸۳، ج۲، ص۳۹۶). برخی فقیهان معاصر نیز این دیدگاه را برگزیده‌اند (نک: طباطبایی قمی، ۱۴۱۸، ج۱۰، ص۸۸۴؛ صانعی[۱]، ۱۳۸۸، ج۳، ص۲۲۸).[۲]

برای اثبات این دیدگاه دو رویکرد قابل اتخاذ است: ۱. وجود مانع در عموم آیه و روایات دال بر ارث‌بری؛ ۲. عدم وجود مقتضی برای تخصیص، به این بیان که یا آیات و روایاتِ دال بر ارث‌بری به‌نحو مطلق، از بنیان تخصیص‌ناپذیرند.[۳] در این حالت، اِبای از تخصیص مانعی برای تخصیص‌پذیری خواهد بود، یا این‌که روایاتِ دال بر محرومیت زوجه از زمین، به سبب مخالفت با قرآن اقتضای رویارویی با ادلهٔ بهره از همهٔ ماترک زوج را ندارند. در ادامه به تبیین ادله و تقریب استدلال به آن‌ها پرداخته خواهد شد.

۳-۱-۱. آیهٔ رهنمون به توارث زوجه

مستند قرآنی این دیدگاه آیهٔ ذیل است: ﴿وَ لَكُمْ نِصْفُ ما تَرَكَ أَزْواجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ، فَإِنْ كانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِنْ بَعْدِ وَصِيَةٍ يوصِينَ بِها أَوْ دَينٍ، وَ لَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَةٍ تُوصُونَ بِها أَوْ دَينٍ﴾ (نساء/ ۱۲). استثنا نکردن زمین از فراز قرآنی «ما تَرَکَ» در آیهٔ مذکور دلیلی بر حکم به اطلاق ارث‌بری زوجه از همهٔ دارایی‌های شوهر شمرده شده است (صادقی تهرانی، ۱۳۷۸، ص۳۴۳)، چراکه «ما»ی موصوله در «مما ترکتُم» بیانگر عمومیت حکم است، به این بیان که اگر مراد قرآن چنین استثنایی می‌بود، شایسته بود که در این آیه یا جای دیگری از قرآن به آن اشاره می‌شد و همان‌گونه که عبارت «مما ترکنَ» در این آیه مطلق است، عبارت «مما ترکتُم» نیز مطلق است. به دیگر سخن، عمومات دال بر استحقاق زوجه از همهٔ ماترک زوج، نزد عرف تخصیص‌پذیر نیستند، چراکه آیه نصی استوار برای بیان حکم است، نه این‌که از قبیل ظواهر تخصیص‌پذیر باشد (غفوری، ۱۴۳۳، ص۱۴۲).

---

۱. لازم به توضیح است که ایشان تا پیش از تاریخ ۱۳۸۴/۱۱/۱۷ قائل به نظریهٔ ارث بردن زن از قیمت زمین بودند (برای مطالعهٔ بیشتر نک: صانعی، ۱۳۸۸، ج۳، ص۲۲۸-۲۲۹).

۲. بنابر نقلِ نوشتاریِ یکی از شاگردان حاج رحیم ارباب (م. ۱۳۵۷ش)، ایشان نیز معتقد بود که زوجه از تمام ترکهٔ شوهر ارث می‌برد (نک: مهرپور، ۱۳۶۸، ص۱۳۲، پاورقی‌های ۱۴ و ۱۵).

۳. چراکه در آیات، میراث زوجه به اندازهٔ یک‌چهارم یا یک‌هشتم بیان شده است که در صورت محرومیت او از زمین، از این میزان کاسته می‌شود.

۳-۱-۱-۱. بررسی و نقد

همان‌گونه که گذشت، مهم‌ترین دلیل بر اثبات دیدگاه ارث‌بری به‌نحو تام، عموم آیهٔ ﴿وَ لَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُم﴾ (نساء/ ۱۲) و عدم توان روایات بر تخصیص این آیه است. اما بر اساس دیدگاه مقبول میان اصولیان شیعی و عامی، خبر متواتر توان تخصیص عام قرآنی را دارد، چراکه اگر مخصص در قامت قرینه‌ای برای فهم مراد از عبارت عام باشد، استبعاد عقلی و شرعی بر امکان تخصیص وجود نخواهد داشت. بر همین اساس، مشهور فقیهان از تعبد به عموم آیه دست برداشته‌اند.

۳-۱-۲. استناد به بخشی از عمومات روایی رهنمون به استحقاق زوجه از همهٔ میراث

روایاتی چون «الزَّوْجَةُ لَا تُنْقَصُ مِنَ الرُّبُعِ شَيئاً إِذَا لَمْ يكُنْ وَلَد» (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج۲۶، ص۸۰) به استحقاق زوجهٔ بدون فرزند از یک‌چهارم ماترک زوج دلالت دارند. لازمهٔ محرومیت زوجه از زمین، کم شدن از این میزان خواهد بود که مخالف با قرآن است. الفاظ دال بر عموم مانند «کل» در عباراتی چون «یدفَع المالُ کلُّه إلیها» و «یرثها و ترثه من کلّ شیء» نیز بیانگر فراگیر بودن حکم بر همهٔ حالات است. در این رویکرد روایات رهنمون به حرمان زوجه از بخشی از ماترک زوج، به سبب مخالفت با قرآن رد می‌گردد (صادقی تهرانی، ۱۴۰۶، ج۶، ص۳۰۳؛ غفوری، ۱۴۳۳، ص۱۴۳). اجماع و شهرت مخالف با قرآن نیز اعتباری نخواهد داشت (صادقی تهرانی، ۱۴۰۶، ج۶، ص۳۰۳؛ غفوری، ۱۴۳۳، ص۱۴۳). به دیگر سخن، تعارض میان اخبار دال بر حرمان و خبر ابن‌ابی‌یعفور، با ترجیح خبر اخیر به سبب موافقت با قرآن رفع می‌گردد (نک: مهرپور، ۱۳۶۸، ص۱۳۲، پاورقی ۱۴). اگر هم از مخالفت روایات حرمان با قرآن، تنزل شود و روایات بهره‌مندی از ارث نیز ارجحیت نیابند، ناگزیر از تساقط هر دو دسته خواهیم بود. در این حالت، به عام فوقانی رجوع می‌شود و نتیجهٔ آن استحقاق زوجه به ارث‌بری از همهٔ ماترک زوج است (یعقوبی، ۱۴۳۸، ص۲۵).

۳-۱-۲-۱. بررسی و نقد

روایات دال بر حرمان را نمی‌توان مخالف کتاب دانست، بلکه این روایات به‌گونهٔ

تخصیص، حکم را در مورد بخشی از ترکه روشن کرده‌اند، همان‌گونه که آیات دال بر ارث‌بری مطلق فرزندان (مانند نساء/ ۱۱) با روایاتی همچون «لَا مِیرَاثَ لِلْقَاتِلِ» (طوسی، ۱۴۰۷، ج۹، ص۳۷۸) تخصیص خورده‌اند. همچنین استبعادی وجود ندارد که موضوع ارث از عقار به‌نحو تخصص از ابتدا از موضوع میراث زوجه خارج شده باشد. در این حالت، نقصانی در میزان سهم زوجه به اندازهٔ یک‌چهارم یا یک‌هشتم رخ نخواهد داد.

از روایات رهنمون به حرمان زوجه به‌نحو فی‌الجمله می‌توان فهمید که عمومات ادلهٔ دال بر ارث‌بری، تخصیص خورده‌اند، چراکه دلیلی بر تخصیص‌ناپذیری این ادله مانند بیان تعلیل به‌نحو تام، در مقام حصر یا تحدید بودن، امتنانی بودن، ارشاد به حکم عقل، بیان قضیهٔ خارجیه و حکایت‌گری از سنن الهی وجود ندارد. پس با وجود روایات فراوان و علم به این‌که اخبار طریق واحدی ندارند، می‌توان تخصیص‌پذیری آیه با روایات را پذیرفت. فرو نهادن روایات حرمان، با در نظر داشتن شهرت فتوایی مفاد آن‌ها در میان اصحاب نیز دلیل استواری ندارد. برخی بر این باورند که ظاهر صحیحهٔ ابن‌ابی‌یعفور را می‌توان به موارد ذیل حمل نمود: ۱. از جهت نوع استحقاق، فقط آن را بر قیمت حمل نمود، چون از جنبهٔ پرداخت عین یا قیمت، مجمل است؛ ۲. بهره از عین را مربوط به زوجهٔ صاحب فرزند دانست. در این حالات، جایی برای پایبندی به ظاهر صحیحه برای اثبات ارث‌بری به‌نحو مطلق نخواهد بود.

۳-۲. محرومیت از عین و قیمت زمین‌ها و انحصارِ ارث‌بری بر قیمت آلات و بنا

شمار قابل توجهی از فقیهان در مقام جمع میان روایات، بر محرومیت زوجه از هر گونه زمین موروثه از زوج باور یافته‌اند. در این دیدگاه، زوجه فقط از قیمت بنا و آلات موجود بر عرصه ارث خواهد برد (نک: ابوالصلاح حلبی، بی‌تا، ص۳۷۴؛ مفید، ۱۴۱۰، ص۶۸۷؛ محقق حلی، بی‌تا، ص۲۷۲؛ نراقی، ۱۴۲۹، ج۱۹، ص۳۶۸؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج۱۳، ص۱۸۵؛ طباطبایی کربلایی، ۱۳۶۸، ج۳، ص۲۱۴؛ آل کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲، ج۲۲، ص۶۷؛ موسوی خمینی، ۱۳۹۲، ج۲، ص۴۲۶؛ خویی، ۱۴۱۰، ج۲، ص۳۷۲؛ موسوی خوانساری، ۱۳۵۵، ج۵، ص۳۵۴؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۹، ج۲۳، ص۴۷۳). در ادامه به تبیین ادلهٔ این دیدگاه پرداخته می‌شود.

۳-۲-۱. روایات رهنمون به عدم ارث‌بری

مستند روایی این دیدگاه را می‌توان عبارات ذیل در احادیث دانست: «إِنَّ النِّسَاءَ لَا یرِثْنَ مِنْ رِبَاعِ الْأَرْضِ شَیئاً»؛ «لَیسَ لِلنِّسَاءِ مِنَ الدُّورِ وَ الْعَقَارِ شَیءٌ»؛ «النِّسَاءُ لَا یرِثْنَ مِنَ الْأَرْضِ وَ لَا مِنَ الْعَقَارِ شَیئاً» و «هَلْ یرِثْنَ الْأَرْضَ؟ فَقَالَ: لَا»، به ویژه این‌که در عبارت اخیر، سؤال راوی دربارهٔ مطلق زمین است و پاسخ امام(ع) نیز عام است (نک: فاضل لنکرانی، ۱۴۲۹، ج۲۳، ص۴۶۷). در این عبارات، عقار معنای عامی دارد که شامل هر گونه زمین می‌شود (نراقی، ۱۴۲۹، ج۱۹، ص۳۶۹). همچنین، عبارات پیش‌گفته را می‌توان نکره در سیاق نفی دانست که افادهٔ عموم می‌کند و بر محرومیت زوجه از عین و قیمت زمین دلالت دارند (نراقی، ۱۴۲۹، ج۱۹، ص۳۷۱). برای اثبات استحقاق ارث‌بری از قیمت ابنیه و آلات موجود بر زمین نیز به روایاتی چون «یقَوَّمَ الطُّلوبُ وَ الْخَشَبُ قِیمَةً، فَتُعْطی رُبُعَهَا أَوْ ثُمُنَهَا» و «یرِثْنَ قِیمَةَ الْبِنَاءِ» می‌توان استناد نمود.

در این رویکرد روایات رهنمون به ارث‌بری، به سبب اعراض فقیهان و نیز قرار داشتن اجماع و شهرت فتوایی در سوی مقابل آن‌ها، از حجیت و اعتبار ساقط می‌گردند (نراقی، ۱۴۲۹، ج۱۹، ص۳۷۰؛ روحانی، ۱۴۲۹، ج۳۷، ص۲۵۵؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۹، ج۲۳، ص۴۷۰). برخی بر این باورند که مشهور فقیهان از اطلاق آیه و روایات دال بر ارث‌بری اعراض نموده و به محرومیت فی‌الجملهٔ زوجه از بعضی میراث فتوا داده‌اند (یعقوبی، ۱۴۳۸، ص۶-۷).

شیخ طوسی در هنگامهٔ جمع میان اخبار، معتقد است که روایات رهنمون به ارث‌بری مطلق، بر حسب تقیه صادر شده‌اند، چراکه محتوای آن‌ها با مذهب مخالفان شیعه هم‌آواست (طوسی، ۱۳۹۰، ج۴، ص۱۵۵). دانشوران دیگری نیز بر حمل روایات ارث‌بری بر تقیه معتقد شده‌اند (برای نمونه نک: مجلسی، ۱۴۰۶، ج۱۵، ص۲۸۲؛ فیض کاشانی، ۱۳۹۵، ج۲، ص۷۹۹؛ موسوی خوانساری، ۱۳۵۵، ج۵، ص۳۵۳؛ ترحینی عاملی، ۱۳۸۵، ج۹، ص۱۲۹؛ دانش، ۱۳۹۰، ص۲۳۴). این باور وجود دارد که محتمل است که در صحیحهٔ ابن‌ابی‌یعفور، که به ارث‌بری مطلق رهنمون است، پرسشگر، سؤال خود را در جمعی مطرح کرده باشد که در میان آنان شخصی بوده است که امام(ع) به‌واسطهٔ فضای تقیه، از او بیم داشته است. بر همین اساس، امام(ع) پاسخی متناسب با همان فضا را بیان داشته‌اند (یعقوبی، ۱۴۳۸، ص۳۱).

در این دیدگاه، عبارت روایی «سَأَلْتُهُ عَنِ الرَّجُلِ هَلْ یرِثُ مِنْ دَارِ امْرَأَتِهِ أَوْ أَرْضِهَا مِنَ

التُّرْبَةِ شَيئاً أَوْ يكُونُ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ الْمَرْأَةِ فَلاَ يرِثُ مِنْ ذَلِكَ شَيئاً؟»، نشانگر روشن بودن حکم ارث نبردن زن از ترکهٔ شوهر به‌نحو فی‌الجمله است. به دیگر سخن، سائل فقط دربارهٔ ارث مرد از زوجه‌اش پرسش می‌کند و عدم ارث‌بری زن برای او روشن است. با توجه به این‌که نظر عامه بر ارث‌بری زوجه به‌نحو مطلق تا آن زمان روشن بوده است، نمی‌توان پرسش او را ناظر به فضای فکری عامه دانست.این قراین، احتمال وجود تقیه را افزایش می‌دهد.

۳-۲-۲. بررسی و نقد

اجماع بر محرومیت زوجه از زمین را نمی‌توان دلیل مستقلی دانست، چراکه مدرکی می‌نماید (محقق سبزواری، ۱۳۸۱، ج۲، ص۸۶۰). همچنین تحصیل اجماع با وجود مخالفت سید مرتضی و رأی بیشینهٔ فقیهان متقدم بر عدم محرومیت زوجه، خالی از اشکال نیست. از طرفی، بر فرض پذیرش آن، قدر متیقن از آن همان محرومیت از عین است نه از عین و قیمت. شایسته توجه است که اعراض فقیهان از روایات ارث‌بری، زمانی کارگشا خواهد بود که بر وجود خللی در سند یا متن حدیث اطمینان حاصل شود، حال‌آن‌که در مسئلهٔ مورد بحث ممکن است اعراض فقیهان از روایات ارث‌بری، به سبب کاربست قواعد جمع دلالی یا سندی بین متعارضین باشد (نک: هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۸ب، ص۲۴). ازاین‌رو جمع کردن میان روایات را نمی‌توان به معنای اعراض از یک دسته انگاشت.

لازمهٔ قدر متیقن گرفتن بعد از وجود اطلاقات اخبار، التزام به وقوع تأخیر بیان از وقت حاجت خواهد بود که وجهی ندارد (آل کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲، ج۲۲، ص۶۶). افزون بر این، ممکن است روایات نهی را بر نهی تنزیهی حمل نمود نه نهی تحریمی (محقق سبزواری، ۱۳۸۱، ج۲، ص۸۵۸)، به این بیان که محرومیت زوجه از زمین راجح است. چنین احتمالی در مقام جمع میان ادله بعید نخواهد بود (محقق سبزواری، ۱۳۸۱، ج۲، ص۸۵۸). حمل روایات بیانگر استحقاق زوجه از همهٔ ماترک بر حالت وجود رضایت سایر وارثین نیز جمعی تبرعی است و نمی‌توان شاهدی عرفی بر آن یافت.

همچنین نمی‌توان روایات دال بر ارث‌بری را بر تقیه حمل نمود، چراکه بنابر گفتهٔ سید مرتضی این حکم از متفردات امامیه است (نک: علم‌الهدی، ۱۴۱۵، ص۵۸۵؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳،

ج۱۲، ص۱۸۴؛ یعقوبی، ۱۴۳۸، ص۸) و عامه نیز به‌آشکاری از این حکم آگاه بودند. در این رویکرد، با وجود امکان تصرف در ظاهر روایات، حمل آن‌ها بر تقیه صحیح نخواهد بود، چراکه طبق قواعد دانش اصول فقه، در دَوَران عمل به اصالةالظهور و اصالةالجهه، عمل به اصالةالجهه، مقدم است.

۳-۳. محرومیت از عین زمین مسکونی و استحقاق بر عین سایر زمین‌ها

بر اساس دیدگاهی دیگر، زوجه فقط از عین زمین منازل مسکونی محروم است، ولی از قیمت ابنیهٔ آن‌ها و نیز عین سایر اراضی بهره‌مند خواهد بود. مرحوم سید مرتضی در کتاب الانتصار دراین‌باره چنین می‌نگارد: «یکی از دیدگاه‌های اختصاصی امامیه این است که: زوجه از رباع زوجِ متوفا چیزی ارث نمی‌برد، بلکه فقط از ساختمان و ابزاروآلات آن، سهم وی به او داده می‌شود» (سید مرتضی، ۱۴۱۵، ص۵۸۵). در ادامه به تبیین ادلهٔ این دیدگاه پرداخته می‌شود.

۳-۳-۱. جمع میان صریح قرآنی و ظهورات روایی

دلیل عمدهٔ این قول، تحفظ بر عمومات کتاب و ظاهر روایات به‌نحو فی‌الجمله دانسته شده است (نک: محقق اردبیلی، بی‌تا، ج۱۱، ص۴۵۲؛ محقق سبزواری، ۱۳۸۱، ج۲، ص۸۵۸؛ شیرازی، ۱۴۰۹، ج۸۳، ص۴۳)، به این بیان که: روایات دال بر ارث‌بری در استحقاق زوجه از تمامی میراث همسرش صراحت دارند، حال‌آن‌که روایات حرمان، در عدم ارث‌بری ظهور دارند. در این حالت، جایی برای تخصیص صریح با ظاهر وجود نخواهد داشت. ازاین‌رو باید در ظاهر روایات حرمان تصرف نمود و آن‌ها را مربوط به ارث‌بری از عین زمین دانست نه از قیمت آن.

۳-۳-۱-۱. بررسی و نقد

در نقد این دیدگاه می‌توان گفت که در روایات دال بر حرمان نیز از واژگانی چون «ارض» و «عقار» استفاده شده است که بیانگر محرومیت از هر گونه زمین هستند. ممکن است به نظر برسد که در روایاتی مانند «وَ لَكِنْ لَهُنَّ قِيمَةُ الطُّوبِ وَ الْخَشَبِ» و «وَ يقَوَّمُ النِّقْضُ وَ الْأَبْوَابُ وَ الْجُذُوعُ وَ الْقَصَبُ، فَتُعْطى حَقَّهَا مِنْهُ»، میان قیمت بنا و قیمت زمین تفاوت در نظر گرفته شده است. پس اگر زوجه استحقاق دریافت قیمت زمین هم

داشت، وجهی نداشت تا در روایات فقط به قیمت بنا اشاره شود. اما این استدلال استوار نمی‌نماید، چراکه در هیچ کدام از روایات، حتی روایات موافق با ارث‌بری مطلق، به موضوع قیمت زمین اشاره نشده است. این مسئله نشان می‌دهد که ارزش‌گذاری زمین در عصر حضور وابسته به اعیان موجود در آن بوده و ملکیت عرصهٔ زمین، تنها سبب ایجاد حق بهره‌مندی از آن زمین می‌شده است. دراین‌باره در بخشی با عنوان «توجه به شرایط نظام خانوادگی در عصر حضور و دورهٔ کنونی» بیشتر سخن خواهد رفت.

۳-۳-۲. حمل ظاهر روایات منع بر حالتی خاص

سید مرتضی برای دیدگاه خویش، قیاسی را با مسئلهٔ حبوه ترتیب داده است (علم‌الهدی، ۱۴۱۵، ص۵۸۵-۵۸۶)، به این شکل که پسر بزرگ‌تر، از حبوهٔ پدر ارث می‌برد، اما باید قیمت آن را به سایر وراث بپردازد، چراکه طبق این روایات، ناگوار بودن همزیستی با شوهر جدید نزد خانوادهٔ متوفا سبب محرومیت زن از عین زمین گردیده است. ایشان بر این باور است که علت محرومیت زوجه از عین زمین، وجود این احتمال است که وی با مردی ازدواج کرده و در زمین ساکن شود و این امر بر خاندان شوهر پیشین گران آید (سید مرتضی، ۱۴۱۵، ص۵۸۵).

۳-۳-۲-۱. بررسی و نقد

به نظر می‌رسد که این دیدگاه بنابر نظریهٔ سید مرتضی که تخصیص کتاب با اخبار آحاد را جایز نمی‌داند، سامان یافته است. اما این دیدگاه دو نقد جدی کبروی و صغروی دارد. کبرای این دیدگاه بنابر پذیرش تخصیص عام قرآنی با خبر واحد مخدوش است. از نظر صغروی نیز اخبار دال بر حرمان را نمی‌توان خبر واحد دانست، بلکه دارای تواتر معنوی یا حداقل استفاضه‌اند.

این دیدگاه وجود دارد که باور به این رویکرد به دو علت ذیل، صحیح نخواهد بود: ۱. مخالفت با ظاهر روایات حرمان؛ ۲. مخالفت با فهم اصحاب (نجفی، ۱۳۶۳، ج۳۹، ص۲۱۵)، و نتیجهٔ چنین تأویلاتی از بین رفتن احکام است (طباطبایی کربلایی، ۱۴۰۴، ج۲، ص۳۶۴). اما این سخن استوار نمی‌نماید، چراکه سید مرتضی در مقام جمع میان روایات بر آمده است و در هنگامهٔ جمع، حمل کردن ظاهر بر مصداق، معنا یا حصهٔ مشخص، روشی مألوف در

ابواب فقهی است. از دیگر سو، فهم اصحاب از روایات، حجت شرعی برای سایر فقیهان شمرده نمی‌شود (خمینی، ۱۴۱۸، ج۸، ص۲۹۲).

۳-۴. محرومیت از عین و قیمت زمین مسکونی و بهره‌مندی از سایر زمین‌ها

برخی بر این باورند که زوجه از عین و قیمت زمین مسکونی محروم است، اما از عین سایر زمین‌ها ارث می‌برد. شیخ مفید با تصریح به این‌که زن فقط از عین و قیمت رباع ارث نمی‌برد، ارث او در قیمت بنا و نیز عین زمین‌هایی جز زمین منزل مسکونی محفوظ می‌داند (مفید، ۱۴۱۰، ص۶۸۷). برخی فقیهان دیگر نیز این دیدگاه را برگزیده‌اند (برای نمونه نک: محقق حلی، ۱۳۷۶، ج۲، ص۲۷۲؛ فاضل مقداد، ۱۴۰۴، ج۴، ص۱۹۱).

۳-۴-۱. استناد به روایات عام بیانگر محرومیت زن از توارث زمین

در این دیدگاه به روایات ذیل استناد شده است: «لَا تَرِثُ مِنَ الرِّبَاعِ شَیئاً» (حمیری، ۱۴۱۳، ص۵۶)؛ «إِنَّ النِّسَاءَ لَا یرِثْنَ مِنْ رِبَاعِ الْأَرْضِ شَیئاً» (کلینی، ۱۴۲۹، ج۱۳، ص۶۴۹). اطلاق کلمهٔ «شیء» در این روایات، به محرومیت از عین و قیمت رباع رهنمون است.

۳-۴-۲. بررسی و نقد

در این رویکرد، روایات دال بر حرمان فی‌الجمله تنها به زمین مسکونی مربوط دانسته شده است، درحالی‌که بر حسب روایات دیگری چون «فَأَمَّا الْأَرْضُ وَ الْعَقَارَاتُ فَلَا مِیرَاثَ لَهُنَّ فیه» (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج۲۶، ص۲۰۶)؛ «النِّسَاءُ لَا یرِثْنَ مِنَ الْأَرْضِ وَ لَا مِنَ الْعَقَارِ شَیئاً» (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج۲۶، ص۲۰۷) و «سَأَلْتُهُ عَنِ النِّسَاءِ هَلْ یرِثْنَ مِنَ الْأَرْضِ فَقَالَ لَا وَ لَکِنْ یرِثْنَ قِیمَةَ الْبِنَاءِ» (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج۲۶، ص۲۰۹)، محرومیت زوجه مربوط به تمامی زمین‌های برجای‌مانده از اموال زوج، در نظر گرفته شده است.

۳-۵. عدم ارث‌بری از اراضی موقوفه و مفتوح‌العنوه

این دیدگاه وجود دارد که روایات دال بر عدم توارث زن را باید متناسب با پرسشگران مسئله ارزیابی نمود. ازاین‌رو امام(ع) در پاسخ به راویان اهل عراق، زوجه را از ارث‌بری زمین‌های آن سامان محروم نموده‌اند.

۳-۵-۱. حمل روایات محرومیت بر اراضی مفتوح‌العنوه

قاضی نعمان مصری دراین‌باره چنین می‌نگارد: «زمین‌هایی که زنان از آن‌ها ارث نمی‌برند تنها زمین‌هایی هستند که برای مردان قرار داده شده، مانند اراضی مفتوح عنوةً[1] که به سبب تقویت روحیهٔ مردان در هنگام جنگ با دشمن در نظر گرفته شده‌اند یا زمین‌های موقوفه‌ای که وقف گروه خاصی شده‌اند. در این‌گونه موارد، زنان فقط از قیمت بنایی که بر این زمین‌ها ساخته شده است ارث می‌برند» (ابن‌حیون، ۱۳۸۳، ج۲، ص۲۹۶).

برخی بر این باورند که در عصر حضور معصومان(ع) اراضی مدینه، طائف و بحرین زمین‌های مملوکه بوده‌اند و زوجه از آن‌ها ارث می‌برده است، و روایات محرومیت زوجه از زمین تنها مربوط به اراضی مفتوح‌العنوه است (خالصی، بی‌تا، ص۶۹-۷۵). علامه شعرانی در حاشیهٔ خود بر کتاب الوافی به هنگام ذکر احادیث مربوط به ارث زوجه از عقار، بر این باور است که بیشینهٔ زمین‌های عراق که در اختیار شیعیان قرار داشت، اراضی مفتوح عنوةً بوده است (فیض کاشانی، ۱۴۰۶، ج۲۵، ص۷۷۵). پرسشگران نیز در همین فضا به بیان سؤالات خود از صادقین(ع) می‌پرداختند و معصومان(ع) نیز متناسب با این شرایط، پاسخ می‌دادند. در این رویکرد، ناگزیر از دست شستن از ظاهر روایات حرمان خواهیم بود.

۳-۵-۲. بررسی و نقد

حمل روایات بیانگر محرومیت زوجه بر اراضی مفتوح‌العنوه به دلایل ذیل نااستوار است:

۳-۵-۲-۱. الفاظ دال بر عمومیت محرومیت در توارث انواع زمین‌ها

کلمهٔ «شیء» در روایاتی مانند «لَا تَرِثُ النِّسَاءُ مِنْ عَقَارِ الْأَرْضِ شَيئاً» (کلینی، ۱۴۲۹، ج۱۳، ص۶۴۶)؛ «لَيسَ لِلنِّسَاءِ مِنَ الدُّورِ وَ الْعَقَارِ شَيءٌ» (کلینی، ۱۴۲۹، ج۱۳، ص۶۴۹) و «النِّسَاءُ لَا يرِثْنَ مِنَ الْأَرْضِ وَ لَا مِنَ الْعَقَارِ شَيئاً» (طوسی، ۱۴۰۷، ج۹، ص۲۹۸)، بر حرمان زوجه از هر گونه زمینی صراحت دارد و نمی‌توان آن را به‌سادگی منصرف به اراضی عراق دانست. ضمن این‌که دربارهٔ این بحث، روایات دیگری وجود ندارند که بیانگر مسئله باشند. در عبارات عام روایی دیگری مانند «تربه دار»، «الارض»، «عقارات»، «ضیاع» و «قُری»

---

۱. به زمین‌هایی گفته می‌شود که از طریق جهاد مسلمانان با غیرمسلمانان به دست حکومت اسلامی افتاده است (نک: مقدس اردبیلی، بی‌تا، ج۷، ص۴۷۰؛ فیاض، ۱۹۸۱، ص۱۹۱-۱۹۲).

نیز هیچ نشانهٔ معناداری بر انحصار آن‌ها به اراضی مفتوح عنوةً نیز وجود ندارد. لذا این تأویل بسیار بعید می‌نماید.

۳-۵-۲-۲. وجود نداشتن دلیلی بر مفتوح‌العنوه بودن تمامی اراضی عراق

از دیگر سو، دلیل قابل توجهی بر این‌که تمامی زمین‌های عراق از نوع مفتوح عنوةً بوده‌اند، وجود ندارد و روایات مورد استناد (نک: حر عاملی، ۱۴۰۹، ج۲۵، ص۴۳۵)، برخی برای اثبات مدعا فقط بر حلیت خراج حاصل از این زمین‌ها دلالت دارند نه بر این‌که تمامی زمین‌های عراق مفتوح عنوةً بوده‌اند (نک: فاضل شیبانی، ۱۴۱۳، ص۱۱). در صورت وجود شک بر مفتوح عنوةً بودن این زمین‌ها، اقتضای قاعدهٔ ید، ملکیت بر زمین‌هاست.

در ثبوت عنوان مفتوح‌العنوه بر تمامی زمین‌های عراق نیز، اتفاق‌نظر وجود ندارد، تا آن‌جا که برخی فقیهان زمین‌های عراق را جزء اراضی انفال دانسته‌اند (نک: مقدس اردبیلی، بی‌تا، ج۱، ص۱۶۹؛ فاضل قطیفی، ۱۴۲۹، ج۳، ص۲۸۳-۲۸۵). اگر زمین مفتوح‌العنوه در هنگام غنیمت گرفته شدن در شمار زمین‌های ناآباد یا زمین‌های آبادان طبیعی مانند جنگل‌ها باشد، در شمار انفال شمرده می‌شود. اما اگر در هنگام فتح، آبادانی آن به‌واسطهٔ آدمی محقق شده باشد، متعلق به عموم مسلمین خواهد بود (نک: علامه حلی، ۱۴۱۴، ج۹، ص۱۸۶؛ نجفی، ۱۳۶۳، ج۲۱، ص۱۵۷). دربارهٔ چگونگی تصرف در این زمین‌ها دو دیدگاه وجود دارد: ۱. هر گونه تصرف غیرناقل یا ناقل در آن‌ها که سبب ملکیت شود جایز است؛ ۲. فقط تصرف غیرناقل جایز است (برای مطالعهٔ بیشتر نک: مقدس اردبیلی، بی‌تا، ج۷، ص۲۶۹؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ج۳، ص۷۱؛ میرزای قمی، ۱۳۷۱، ج۲، ص۱۳۰).

مالکیت زمین‌های انفال به دست امام(ع) است که می‌تواند به هر طریقی مانند واگذاری یا اجاره از آن بهره ببرد. در مورد زمین‌های دیگر، بنابر ایجاد مالکیت، تفاوتی با سایر زمین‌ها از نظر بیع، اجاره و ارث نخواهد داشت. اما بنابر مبنای عدم ملکیت، این زمین‌ها قابل انتقال از طریق ارث نخواهند بود. اما اشکال استظهار پیش‌گفته دراین‌باره چنین می‌نماید که حتی بنابر مبنای عدم مالکیت، تفاوتی در عدم میراث‌بری این زمین‌ها میان زوجه و سایر ورّاث نخواهد بود. با این حال، در پاسخ می‌توان گفت که امام(ع) در مقام پاسخ به نحوهٔ ارث‌بری زوجه بوده‌اند و عدم بیان ارث سایر وراث از مقام بیان خارج

بوده است و به معنای انکار حکم در آن موارد نیست.

۳-۵-۲-۳. توجه به سیاق پاسخ‌های امام(ع)

همچنین از لحن و سیاق روایات و پاسخ‌های امام(ع) به پرسش راوی نمی‌توان دریافت که مراد ایشان اراضی موقوفه یا مفتوح‌العنوه بوده است. قرینه‌ای براین تأویل نیز وجود ندارد. به نظر می‌رسد این دیدگاه صرفاً به‌عنوان راه‌حل احتمالی برای پایبندی به ظاهر قرآن از سویی، و بهره از محتوای احادیث محرومیت از ارث از دیگر سو، سامان یافته است. از طرفی، لازمهٔ اختصاص حرمان به اراضی مفتوح عنوةً این است که روایات بر قضایای خارجیه حمل گردد (سبحانی، ۱۴۲۹، ج۷، ص۵۲۸). همچنین بر فرض پذیرش این دیدگاه باید بر محرومیت مردان از اراضی مفتوح عنوةً نیز حکم نمود (سبحانی، ۱۴۲۹، ج۷، ص۵۲۸).

به نظر می‌رسد اساسی‌ترین اشکال واردشده به این برداشت، حمل روایات بر بیان قضیهٔ خارجیه خواهد بود. اما پاسخ از این اشکال، چنین خواهد بود که حمل بر قضیهٔ خارجیه در برخی روایات، استبعادی ندارد، به ویژه این‌که امام(ع) متناسب با حالات و نیازهای راویان به پاسخ آن‌ها می‌پرداختند. در مقابل می‌توان گفت فراوانی این روایات و نیز دقت‌نظر افرادی چون محمد بن مسلم و زراره که به دنبال حکم حقیقی احکام بوده‌اند، قراینی قابل توجه است تا نشانگر پاسخ‌گویی معصومان(ع) در مقام بیان قاعدهٔ عمومی و قضیهٔ حقیقیه باشد.

۳-۶. ارث‌بری زن صاحب فرزند از همهٔ ترکهٔ شوهر و زن بدون فرزند از قیمت بنا

شماری از فقیهان برای جمع میان روایات، زوجهٔ صاحب فرزند را مستحق ارث‌بری از عین همهٔ اموال غیرمنقول شوهر دانسته‌اند. در این رویکرد، مقطوعهٔ ابن‌اذینه به شکل «فِي النِّسَاءِ إِذَا كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ أُعْطِينَ مِنَ الرِّبَاعِ» (طوسی، ۱۳۹۰، ج۴، ص۱۵۵) را شاهد جمع قرار داده‌اند، به این بیان که محرومیت از زمین را مربوط به زوجهٔ بدون فرزند دانسته‌اند (ابن‌حمزه، ۱۴۰۸، ص۳۹۱؛ طوسی، ۱۴۰۰، ص۶۴۲؛ شهید اول، ۱۴۳۰، ج۱۰، ص۲۹۲؛ نجفی، ۱۳۶۳، ج۳۹، ص۲۷۱؛ مهرپور، ۱۳۶۸، ص۱۷۱).

در این رویکرد برای رفع مشکل سندی مقطوعهٔ ابن‌اذینه، بهره‌مندی از شهرت فتوایی،

نقل ابن‌ابی‌عمیر از ابن‌اذینه و نیز یادکرد این روایت در جوامع روایی مانند من لا یحضره الفقیه، تهذیب و استبصار را قراینی بر جبران ضعف سند و مقبول بودن آن دانسته‌اند (حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ج۲۴، ص۵۶۱).

۳-۶-۱. بررسی و نقد

اگر تفصیل مذکور به مقطوعهٔ ابن‌اذینه مستند باشد، نمی‌توان آن را پذیرفت، چراکه حجیت مقطوعه روشن نیست. به دیگر سخن، با توجه به مقطوعه بودن روایت ابن‌اذینه، حمل صحیحهٔ ابن‌ابی‌یعفور بر زوجهٔ ذات ولد حملی بدون شاهد و تبرعی خواهد بود (ترحینی عاملی، ۱۳۸۵، ج۹، ص۱۳۰). همچنین نمی‌توان از اطلاق روایات دال بر حرمان، به‌واسطهٔ وجود مقطوعهٔ ابن‌اذینه دست شست (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۹، ج۲۳، ص۴۷۳). عمومات و اطلاقات روایات، بیانگر عدم تفاوت میان زن صاحب فرزند و غیر اوست (طباطبایی کربلایی، ۱۴۰۴، ج۱۴، ص۳۸۴).

برخی از فقیهان مقطوعهٔ ابن‌اذینه را فتوای او دانسته‌اند نه سخن معصوم(ع) (مقدس اردبیلی، بی‌تا، ج۱۱، ص۴۴۴؛ محقق سبزواری، ۱۳۸۱، ج۲، ص۸۶۰؛ نجفی، ۱۳۶۳، ج۳۹، ص۲۱۱). بر اساس جست‌وجوی به‌عمل‌آمده، حدود پنجاه مورد دیگر از روایت‌گری ابن‌ابی‌عمیر از ابن‌اذینه یافت می‌شود که در تمامی آن‌ها نام راویان بعدی یا معصوم(ع) ذکر شده است. تنها روایتی که در آن نام راوی بعدی یا امام(ع) نیامده، همین روایت است. بر این اساس، احتمال بسیار معناداری خواهد بود که روایت، فتوای ابن‌اذینه دانسته شود. از سویی دیگر، یادکرد یک روایت در مجامع روایی ملازمهٔ تامی با پذیرش آن به‌نحو مطلق نخواهد داشت، همان‌گونه که شیخ طوسی در مقدمهٔ کتاب استبصار تصریح می‌نماید که روایات مخالف فتوای خود را هم در هر باب ذکر نموده است (نک: طوسی، ۱۳۹۰، ج۱، ص۳). در این موارد به شهرت هم نمی‌توان اعتضاد جست، چراکه شهرتْ زمانی جابر ضعف سند خواهد بود که روایت از امام(ع) نقل شده باشد نه مانند روایت ابن‌اذینه که مقطوعه است.

۳-۷. ارث‌بری زنِ بدون فرزند از قیمت رباع

شماری از فقیهان را باور این است که زن صاحب فرزند فقط از قیمت رباع ارث می‌برد، ولی به عین سایر اراضی استحقاق دارد. شیخ صدوق پس از نقل روایتِ «یرِثُهَا وَ تَرِثُهُ مِنْ

كُلِّ شَيءٍ تَرَكَ وَ تَرَكَتْ» (ابن‌بابویه، ۱۴۱۳، ج۴، ص۳۴۹) چنین می‌نگارد: «زن صاحب فرزند تنها از اصل زمین ارث نمی‌برد، ولی از قیمت آن‌ها ارث می‌برد» (ابن‌بابویه، ۱۴۱۳، ج۴، ص۳۴۹). برخی از فقیهان معاصر نیز بر این باورند (نک: معرفت، ۱۳۸۲، ص۱۴۳؛ هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۸، ص۳۹).

برای این دیدگاه افزون بر مقطوعهٔ ابن‌اذینه، از اجماع فقیهان به‌عنوان دلیل مستقلی در عرض سایر ادله بهره برده شده و نتیجهٔ روایات با بهره از نظریهٔ انقلاب نسبت ارزیابی گردیده است، به این بیان که نسبت میان روایات حرمان و روایات دال بر استحقاق زوجه از جمیع ماترک، تباین یا حداقل، عامین من وجه است. وقتی دلیل سومی به نام اجماع بر محرومیت فی‌الجملهٔ زوجه از بعضی ماترک زوج وجود داشته باشد، ناگزیر از تخصیص روایات حرمان به زوجهٔ بدون فرزند خواهیم بود. در این حالت، نسبت روایات حرمان با روایات استحقاق، تغییر می‌یابد و به عموم و خصوص مطلق تبدیل خواهد شد. برخی به شکل دیگر، قائل به انقلاب نسبت شده‌اند، به این بیان که اخباری که دلالت بر استحقاق زوجه به همهٔ ماترک شوهرش دارد، به دلیل وجود اجماع تخصیص می‌خورد و ناگزیر باید آن‌ها را به زوجه دارای فرزند مرتبط دانست (بحرالعلوم، ۱۳۶۲، ج۳، ص۹۹-۱۰۰). در این حالت نیز نسبت میان روایات دال بر حرمان و استحقاق از تباین به عموم و خصوص مطلق تبدیل خواهد شد. در هر دو حالت، حکم نهایی این خواهد بود که زوجهٔ بدون فرزند از زمین محروم است و زوجهٔ صاحب فرزند از آن بهره‌مند خواهد بود.

این باور نیز وجود دارد که در عصر حضور، زمین مالیت نداشته و قیمت زمین از طریق قیمت ساختمان و احیا به دست می‌آمده است (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۸ب، ص۱۲). ازاین‌رو، امامان(ع) در مقام بیان حکم، تنها به بیان قیمت بنا اشاره نموده‌اند.

۳-۷-۱. بررسی و نقد

در مسئلهٔ حاضر، اجماع را نمی‌توان دلیل مستقلی دانست، چراکه منقول می‌نماید. به دیگر سخن، پذیرش اجماع در قامت دلیلی در عرض ادلهٔ دیگر، استوار نمی‌نماید. ایرادی مبنایی بر نظریهٔ انقلاب نسبت وارد است و عده‌ای کبرای آن را مخدوش می‌دانند. برخی نیز معتقدند که حتی اگر نظریهٔ انقلاب نسبت هم مورد قبول باشد، نمی‌توان آن را در

مسئلهٔ حاضر جاری دانست، چراکه تغیر نسبت‌ها تنها در مخصص متصل قابل قبول است و ازآن‌جاکه کلام ائمه(ع) به‌منزلهٔ کلام واحد از متکلم است (بحرالعلوم، ۱۳۶۲، ج۳، ص۱۰۰) نمی‌توان با استناد به نظریهٔ انقلاب نسبت، حکم جدیدی را دریافت. اما این اشکال استوار نمی‌نماید، چراکه با فرض پذیرش نظریهٔ انقلاب نسبت، مانعی از جریان آن در مخصص منفصل نیست.

اما اشکال بنیادین بهره از روش یادشده در این است که حتی با پذیرش اجماع به‌عنوان دلیلی مستقل، اساساً تغییری در نسبت‌ها میان مدلول دو دسته روایات ایجاد نمی‌شود، به این بیان که نسبت میان روایات دال بر استحقاق با روایات دال بر حرمان، از ابتدا عموم و خصوص مطلق است (دانش، ۱۳۹۰، ص۳۲۸)، چراکه روایات استحقاق بیانگر عمومی هستند که زوجه را نسبت به همهٔ ماترک زوج محق می‌داند و روایات حرمان، تنها ارث زوجه از عقار را نفی کرده‌اند. بر همین اساس، شیخ طوسی در استبصار نیز قائل به تخصیص شده است (طوسی، ۱۳۹۰، ج۴، ص۱۵۵). پس با وجود اجماع، نسبت میان ادله تغییری نمی‌کند، بلکه همان رابطه پس از وجود اجماع نیز برقرار است.

افزون بر این موارد، به حکم آیهٔ شریفهٔ ۱۱ سورهٔ نساء، با وجود فرزند ارث زوجه نصف خواهد شد، درحالی‌که بر حسب برداشت فقهی پیش‌گفته، وجود فرزند سبب افزایش سهم زوجه خواهد شد. این برداشت، در مخالفتی آشکار با حکم کلی الهی، یعنی نصف شدن سهم زوجه با وجود فرزند، خواهد بود. بی قیمت بودن زمین در عصر حضور نیز دلیل مقبول و مستندی ندارد. در سوی مقابل، قراینی در روایات وجود دارد که قیمت خود زمین امری مستقل از قیمت بنا بوده است، مانند روایاتی که به قیمت‌گذاری آجر و بنا به شکلی مستقل پرداخته‌اند (نک: کلینی، ۱۴۲۹، ج۱۳، ص۶۴۴-۶۴۵). نتیجه آن‌که پذیرش تفصیل میان زوجهٔ ذات ولد و غیر آن بر استحقاق از تمامی میراث زوج، دلیل مورد قبولی ندارد و نااستوار می‌نماید.

۴. دیدگاه برگزیده

با توجه به آنچه گذشت، تمامی دیدگاه‌های فقیهان در جمع میان روایات، نقدپذیرند. در جستار حاضر این باور تقویت شده است که روایات بیانگر استحقاق زوجه از همهٔ ماترک

قوانینی عمومی‌اند که بر حسب شرایط خاصی در عصر امامان(ع)، حکمی ثانویه برای آن‌ها بیان شده است. در ادامه با بیان چند مقدمه به تبیین این دیدگاه پرداخته می‌شود.

۴-۱. امکان‌سنجی تغییر احکام به‌واسطهٔ تغییر شرایط

ازآن‌جاکه نظام حقوقی اسلامی بر بنیان‌های حکیمانه استوار است، بایسته است که احکام اسلامی با توجه به جنبه‌های گوناگون زیست آدمی مانند ارزش‌ها، عوامل محیطی، نیازها و روابط پی‌ریزی گردند. ازاین‌رو، در نظر گرفتن گستره‌ای از تغییرات برای احکام با توجه به موارد پیش‌گفته، ناروا نخواهد بود. بر همین اساس، فریقین بر این باورند که یکی از مؤلفه‌های صدور احکام، توجه به نقش زمان، مکان و ویژگی‌های محیط بر تغییر موضوعات و به دنبال آن، دگرگونی احکام است. به دیگر سخن، ازآن‌جاکه برخی از احکام برای اداره و حفظ مصالحِ همان اجتماع شکل می‌گیرند، شایسته است بنابر مصالح جدید اجتماعی و ایجاد تفاوت در ظرفیت‌ها، دگرگون شوند (سبحانی، ۱۴۲۱، ج۲، ص۵۳).

یکی از روش‌های مناسب برای یافتن احکام متناسب با نیازها و موضوعات جدید، توجه به عادات جاری مردم و دیدگاه عرف است. برخی فقیهان با گشودن بابی با عنوان «یجوز تغیر الأحکام بتغیر العادات» (شهید اول، ۱۴۳۰، ج۱۵، ص۸۸) به این روش توجه داشته‌اند. علامه حلی نیز دراین‌باره می‌نویسد: «احکام بستگی به مصالح دارد و مصالح نیز با تغییر زمان و حالات مکلفین دچار تغییر می‌گردند. پس این امکان وجود دارد که یک عمل خاص برای عده‌ای از مکلفین در یک زمان مصلحت داشته باشد و در نتیجه به آن امر شود، اما همان عمل در زمانی دیگر و برای عده‌ای دیگر مفسده داشته باشد و در نتیجه از آن نهی شود» (علامه حلی، ۱۳۸۲، ص۱۷۳).

در دیدگاه مقدس اردبیلی نیز «احکام به اعتبار ویژگی‌ها، اموال، زمان‌ها، مکان‌ها و اشخاص متفاوت می‌گردند» (مقدس اردبیلی، بی‌تا، ج۳، ص۴۳۶). فقیهان دیگری نیز از همین مفهوم برای پی‌ریزی احکام جدید بهره برده‌اند (نجفی، ۱۳۶۳، ج۲۳، ص۳۷۵؛ خویی، ۱۴۱۸، ج۸، ص۴۸؛ آل کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲، ج۱، ص۱۵۹). بر این اساس، تغییر مناط و ملاک احکام که از تغییر ظروف زمانی و مکانی حاصل آمده است، بی‌تردید منجر به تغییر احکام خواهد شد (سبحانی، ۱۴۲۱، ج۲، ص۶۹).

کسانی از فقیهان شیعی با طرح کردن مفاهیمی‌چون «نقش زمان و مکان در اجتهاد»، «منطقه الفراغ»، «احکام ثابت و متغیر» و «احکام آسمانی و وضعی» به تغییرپذیر بودن شماری از احکام و مناسب‌سازی احکام مربوط به موضوعات نوپیدا اشاره نموده‌اند (برای نمونه نک: موسوی خمینی، ۱۳۷۸، ج۲۱، ص۹۸؛ صدر، ۱۴۱۷، ج۴، ص۷۶؛ جناتی، ۱۳۸۶، ج۲، ص۱۰۶؛ معرفت، ۱۳۷۷، ص۱۷۲؛ آصفی، ۱۳۸۵، ص۲۳۹؛ سند، ۱۴۳۲، ج۲، ص۵۲۷).

از دیگر سو، مطابقت دستاوردهای فقه با تغییرات زمانه، تنها در محدودهٔ تغییراتی قابل تعریف است که متضمن صلاح فردی یا اجتماعی انسان باشند، چراکه تغییرات عصری به دو گونهٔ اعتلابخش و غیرقابل اعتلا تقسیم‌پذیرند (نک: مطهری، ۱۳۸۱، ج۲۱، ص۴۳).

دلیل این تقسیم‌بندی، وجود دو دسته از نیازهای ثابت و متغیر در آدمی است. احکام فقهی مربوط به نیازهای ثابت آدمی دارای بن‌مایه‌ای غیرقابل تغییرند، اما نیازهای متغیر بنابر راهکارهایی فقهی چون صدور حکم ثانوی، مصلحت‌سنجی و... پاسخ‌های متناسب با خود را می‌یابند. سزامند یادکرد است که گسترهٔ این تغییرات را تنها در احکام اجتهادی باید جست، ولی در احکام بنیادین شرع مانند حرمت محرمات مطلقه، وجوب تراضی طرفین در عقود و التزام انسان به قراردادهای خویش نمی‌توان تغییرات زمانی و مکانی را دست‌مایهٔ تغییر حکم قرار داد (نک: علامه حلی، ۱۴۲۵، ج۵، ص۱۰۴)، چراکه این احکام دربردارندهٔ اصول کلی حاکم بر زیست آدمی در هر حالتی‌اند و تغییرپذیری آن‌ها سبب هرج‌ومرج در روابط انسانی و قانون‌گریزی خواهد بود.

بر اساس آنچه گفته شد، می‌توان دریافت که دسته‌ای از احکام در حکم عمومات و قوانینی بالادستی هستند که ممکن است در شرایطی خاص با حفظ موضوع، تغییرپذیر باشند و بایسته است که عواملی چون شناخت ابعاد و قیود مختلف موضوع، لازمه‌های حکم نهایی، اثرات اجتماعی آن، سنجش مصلحت‌ها و هماهنگی با مقاصد شریعت اسلامی را در صدور حکم در نظر داشت.

۴-۲. راهکار مواجهه با روایت با توجه به فضای صدور

چنان‌که گفته شد، دیدگاه‌های مطرح‌شده در مواجهه با روایات موضوع و استخراج حکمی دائمی از آن‌ها، در مواردی دچار خدشه است. دست شستن از عمومات قرآنی و

روایات رهنمون به ارث‌بری به‌نحو مطلق، به‌سادگی میسور نیست. از طرفی، با وجود روایات فراوان بر محرومیت، فی‌الجمله نمی‌توان از آن‌ها نیز روی برتافت. راهکار این جستار آن است که روایات دستهٔ اول در قامت عمومات و قوانین بالادستی و فراگیر دانسته شود و روایات دال بر حرمان نیز تنها مربوط به زمانه‌ای خاص دانسته شود. برای این منظور، در ادامه، به احوال تاریخی و تعلیل مندرج در روایات پرداخته شده است.

۴-۲-۱. بررسی تعلیل موجود در روایات

همان‌گونه که گذشت، در روایتی برای حکم بر محرومیت زوجه از زمین، تعلیلی به شکل ذیل بیان شده است: «لِأَنَّ الْمَرْأَةَ لَيسَ لَهَا نَسَبٌ تَرِثُ بِهِ إِنَّمَا هِي دَخِيلٌ عَلَيهِمْ وَ إِنَّمَا صَارَ هَذَا هَكَذَا لِئَلَّا تَتَزَوَّجَ الْمَرْأَةُ فَيجِيءَ زَوْجُهَا أَوْ وُلْدُ قَوْمٍ آخَرِينَ فَيزَاحِمَ قَوْماً فِي عَقَارِهِم» (ابن‌بابویه، ۱۴۱۳، ج۴، ص۳۴۷-۳۴۸). در روایت مشابهی نیز فسادانگیزی در میراث، علت این حکم دانسته شده است (نک: کلینی، ۱۴۲۹، ج۱۳، ص۶۴۷). به نظر می‌رسد این گزاره‌ها را نمی‌توان در قامت تعلیلی پیوستار و همه‌گیر ارزیابی نمود. برخی از وجوه نارسایی این تعلیل‌ها به‌نحو مطلق، عبارت‌اند از:

۱. بسیاری از زنان پس از فوت همسرشان به دلیل کِبَر سن ازدواج نمی‌کنند، لذا نمی‌توان به‌واسطهٔ احتمال ازدواج با مردی غریبه همهٔ زنان را از ارث محروم پنداشت؛

۲. بهره‌وری احتمالی زوجه از زمین متعلق به شوهر دربارهٔ سوی مقابل یعنی بهره‌وری شوهری که زنش فوت شده نیز جاری است، اما فقیهی به‌این حکم ملتزم نشده است که به سبب ناگوار بودن حضور شوهر در زمین‌های مربوط به زوجهٔ متوفایش باید از ارث محروم شود؛

۳. طرق دیگر مالکیت زن بر عقار مانند هبه، خریداری از شوهر و وصیت معتبر شمرده شده است، درحالی‌که این تعلیل در این موارد هم می‌تواند جاری باشد؛

۴. زن در قامت مادر، خواهر، دختر، عمه و خاله می‌تواند از ماترک سایر بستگان ارث ببرد، درحالی‌که این تعلیل در آن موارد نیز صادق است؛

۵. فسادانگیزی در مواریث، در مورد ازدواج‌ها با انساب پدری صادق نیست، چراکه زوجه نیز از نسل مشترک محسوب می‌شود.

۶. گاهی تنها وارث، زوجه است و علت قرار دادن فسادانگیزی در مواریث سایر ورثه را نمی‌توان در این موارد تعلیل مناسبی دانست.

کسانی تعلیل مندرج در روایات را حکمتی الهی دانسته‌اند که برای جلوگیری از نزاع و درگیری میان اقوام شوهر و عروسشان قرار داده شده است (ترحینی عاملی، ۱۳۸۵، ج۹، ص۱۳۰). اما گران آمدن سکونت شوهر جدید زوجهٔ متوفا در زمین متعلق به زوج متوفا بر خاندان او، زمانی صادق است که خاندان‌ها در نقاط مشترکی به شکل قبیله و عشیره زندگی می‌کردند. با این وصف، در زمان و مکانی که چنین شرایطی وجود ندارد نمی‌توان این علت را پذیرفت. نهایتاً می‌توان گفت این تعلیل تنها در برخی موارد صادق است که عبارت است از مواردی که زندگی به‌نحو مشترک با خاندان شوهر در منطقه‌ای باشد که ساکنان آن منطقه فقط تبار شوهرند.

بر اساس موارد فراوانی که گفته شد، نمی‌توان تعلیل موجود در روایات را سبب ایجاد حکم به‌نحو تام دانست، بلکه در نهایت می‌توان به‌عنوان حکمت حکم بدان نگریست (روحانی، ۱۴۲۹، ج۳۷، ص۲۶۸) که در موارد خاصی جریان دارد. به نظر می‌رسد توجه دادن به این حکمت در برخی روایات، بیانگر وجود شرایطی ویژه در روابط خانوادگی و اجتماعی است. در این حالت، می‌توان در مواردی که تعلیل جاری نیست به عام فوقانی رجوع نمود. عام فوقانی در این موارد نیز آیهٔ «وَ لَهُنَّ الرُّبُعُ مِمّا تَرَكْتُمْ إِنْ لَمْ يكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمّا تَرَكْتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيةٍ تُوصُونَ بِها أَوْ دَين» (نساء / ۱۲) و روایات دال بر ارث‌بری از همهٔ ما ترک زوج است.

۴-۲-۲. توجه به شرایط نظام خانوادگی در عصر حضور و دورهٔ کنونی

در خور توجه است که نظام خانوادگی اعصار پیشین مبتنی بر علاقه‌های قومی و قومیتی بودند، اما امروزه از میزان این تعلقات کاسته شده است. در نظام حقوقی گذشته، مفهوم خاندان به‌سان تکیه‌گاهی سترگ بود که پیوند میان نسل‌های پیاپی را سامان می‌داد. خاندان‌ها معمولاً دارای زمین‌های گسترده‌ای برای سکونت و امرار معاش وابسته به محیط بودند. همین روش زندگی ایجاب می‌کرد که برای حفظ اتحاد بیشتر و تقویت قدرتمندی، در منطقه‌ای واحد زیست نمایند. اما امروزه مفهوم خانواده با اولویت ترکیبی

از زوجین و فرزندان تعریف شده است نه وابستگی‌های قومی. در چنین شرایطی برای مصون ماندن خاندان‌ها از آسیب‌های احتمالی ناشی از معاشرت با بیگانگانی از دیگر قبائل، لازم بود که احکامی پی‌ریزی شود. یکی از این احکام مربوط به نحوهٔ ارث‌بری زنان از زمین‌های مردان بود، چراکه همان‌گونه که در روایات دربردارندهٔ تعلیل آمده است، بهره‌مندی زوجه از زمین، حضور مردان غریبه در قامت شوهران جدید زنان همسر ازدست‌داده، در میان خاندان شوهر سابق را پی داشت. همین امر، سبب ایجاد تنش‌هایی میان داماد جدید و خاندان داماد سابق می‌شد. از طرفی، هویت خانوادگی قبیله و خاندانی که در منطقه‌ای مشترک زندگی می‌کردند، به مرور زمان دستخوش تغییر می‌گردید. برای جلوگیری از این آسیب‌ها، حکم بر حرمان زوجه از عین زمین، با مصالح اجتماعی قبیله و مصالح فردی زوجه مطابق می‌نماید. برای جبران این نقیصه نیز پرداخت قیمت زمین به او، با انصاف و خِرَد، سازگار به نظر می‌رسد.

اما در جوامع کنونی، همبستگی میان زن و شوهر چهره‌ای نوین یافته است، چراکه خاندان‌ها محوریتِ گذشته در انسجام‌بخشی به هر یک از خانواده‌های زیرمجموعهٔ خود را ندارد. در این فضا نمی‌توان زن را بیگانه‌ای دانست که بر حسب ضرورت تزویج، بر خاندان شوهر وارد شده است. مرگ شوهر نیز نمی‌تواند او را از ترکیب امروزین خانواده جدا سازد و به خاندان پدری بازگرداند. در مورد خانواده‌های کم‌شماری که فاقد فرزندند نیز مرگ شوهر استقلال خانواده از خاندان‌های زوجین را از بین نمی‌برد. در خانواده‌های صاحب فرزند، با مرگ شوهر، مادر در میان فرزندان نقش بنیادین خواهد داشت. این نقش، وی را به پاسدار خانواده و حامی فرزندان بدل می‌سازد. در چنین شرایطی که زوجه نقش محوری در استحکام و بقای خانواده را داراست، روا نخواهد بود که از بخشی از میراث همسرش محروم بماند. در خور توجه است که در عصر امروزی نیز اگر شرایطی شبیه به شرایط قبیله‌سالار گذشته در منطقه‌ای وجود داشته باشد، حکم بر حرمان زوجه از عین زمین، معنادار خواهد بود. ازاین‌رو بایسته است داوری موردی دراین‌باره بنابر ضوابط فقه پویا سامان یابد.

افزون بر این، در زمان‌های گذشته به علت کمتر بودن جمعیت به نسبت عصر کنونی، زمین‌های مباح و قابل آبادانی بیشتری در دسترس عموم مردم قرار داشت. با مواردی چون

تحجیر و عمران زمین‌ها حق سبق در بهره از آن‌ها ایجاد می‌گردید. ارزشمند بودن زمین‌ها به‌واسطهٔ وجود اعیان در آن‌ها آشکار می‌شد و عرصهٔ زمین‌ها بهای کنونی را نداشت (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص۳۲۲). در این حالت، محروم ماندن از اصل زمین صدمهٔ مالی قابل توجهی به زوجه وارد نمی‌ساخت. اما امروزه که عرصهٔ زمین بهایی قابل توجه یافته است نمی‌توان شرایط صدور حکم را با گذشته یکسان دانست.

از طرفی، گزارشی از عمل مسلمین و سیرهٔ متشرعه تا عصر صادقین(ع) وجود ندارد که به محرومیت زوجه از عین و قیمت زمین رهنمون باشد، چراکه به حکم حرمان تنها در عصر صادقین(ع) اشاره شده است.

با توجه به آنچه گذشت، بسیار محتمل می‌نماید که حکم حرمان زوجه از زمین، حکمی ولایی باشد که به مقتضای ولایت امام(ع) در زمانی خاص، در قامت حکمی ثانویه جعل شده باشد، چراکه بر حسب عمومات، زوجه استحقاق بهره از همهٔ ماترک را دارد، ولی صادقین(ع) بنابر دلایلی حکم حرمان را بیان کرده‌اند. برخی از دلایل معنادار در این زمینه عبارت‌اند از: یادآوری غصب حقوق امیرالمؤمنین(ع) و غصب اراضی متعلق به رسول خدا(ص) توسط شیخین به بهانهٔ این‌که دخترانشان همسر رسول خدا(ص) هستند و در زمین‌ها ارث دارند؛ ایجاد مشکلات اجتماعی به سبب وارد شدن مردان بیگانه در زمین‌های معصومان(ع). در حالتی که حکم مذکور، ولایی دانسته شود، بقای آن و عمل بدان نیز در عصر غیبت به دست ولی‌فقیه است که می‌توان با ملاحظهٔ شرایط اجتماعی و مقتضیات زمانه آن را تغییر دهد (نک: یعقوبی، ۱۴۳۸، ص۱۰۱).

نتیجه‌گیری

بر اساس آنچه گفته شد، دستاورد نوشتار به شرح ذیل است:

حمل کردن روایات بر تقیه، به سبب اشتهار حکم شیعی محرومیت زوجه از زمین در میان اهل‌سنت، حمل مناسبی به نظر نمی‌رسد. لازمهٔ حمل کردن روایات حرمان بر اراضی مفتوح عنوةً نیز این است که روایات فراوان این باب، قضایای خارجیه دانسته شده‌اند و حکم آن در قامت قضیهٔ حقیقیه قابل ارزیابی نباشد.

تفصیل میان زوجه صاحب فرزند و غیر آن به دلایل ذیل کاملاً نااستوار می‌نماید:

مقطوع بودن گزارش ابن‌اذینه، مدرکی بودن اجماع، نارسایی کاربست روش انقلاب نسبت، مخالفت با صراحت قرآن بر تقلیل ارث زوجه صاحب فرزند.

روایات تنها بر محرومیت زوجه از عین زمین‌ها دلالت دارند و نمی‌توان به‌یقین بر محرومیت از قیمت آن‌ها هم حکم نمود. بسیار محتمل است که در عصر صدور روایات، بیشینهٔ چشمگیر ارزش زمین به وجود اعیان وابسته بوده است. بر همین اساس، روایات تنها به قیمت‌گذاری اعیان اشاره نموده‌اند.

روایات دال بر ارث‌بری بیانگر عمومات و حکم اولیه‌اند. روایات حرمان را تنها باید مربوط به عصر خاصی دانست که ویژگی‌هایی بر آن حاکم است. بهترین استظهار از روایات و نیز روش جمع برگزیده برای رفع تعارض ادله، انحصار محرومیت زوجه از عین رباع است.

وجه بیان حکم محرومیت زوجه از عین زمین‌ها در عصر صادقین(ع) مربوط به شرایط زیست قبیله‌ای و نیز جلوگیری از آسیب‌های هم‌زیستی زنِ شوهرمرده با خاندان شوهر سابقش است.

در شرایط امروزین به سبب تفاوت یافتن محیط زندگی قبیله‌ای به زندگی مستقل، لازم است که حکم اولیه دربارهٔ ارث زوجه یعنی استحقاق او از همهٔ ماترک جریان یابد. نیک روشن است که در شرایطی مشابه با عصر حضور، همان حکم مربوط به آن دوره جاری می‌شود.

فهرست منابع

۱. قرآن کریم
۲. آصفی، محمدمهدی. (۱۳۸۵ش). مبانی نظری حکومت اسلامی. تهران: مجمع جهانی تقریب مذاهب اسلامی.
۳. آل کاشف‌الغطاء، محمدحسین. (۱۴۲۲ق). تحریر المجلة. قم: مجمع جهانی اهل بیت(ع).
۴. ابن‌بابویه، محمد بن علی. (۱۳۸۵ش). علل الشرائع. قم: داوری.
۵. ابن‌بابویه، محمد بن علی. (۱۴۱۳ق). من لا یحضره الفقیه. قم: اسلامی.
۶. ابن‌حمزه، محمد بن علی. (۱۴۰۸ق). الوسیلة إلی نیل الفضیلة. قم: مکتبة آیة الله العظمی المرعشی النجفی(ره).

۷. ابن‌حیون، نعمان بن محمد. (۱۳۸۳ق). دعائم الاسلام. قم: مؤسسة آل البیت(ع).
۸. ابن‌درید، محمد بن حسن. (۱۹۸۸م). جمهره اللغه. بیروت: دار العلم للملایین.
۹. ابن‌فارس، احمد. (۱۴۰۴ق). معجم مقاییس اللغه. قم: مکتب الإعلام الاسلامی.
۱۰. ابوالصلاح حلبی، تقی بن نجم. (بی‌تا). الکافی فی الفقه. اصفهان: مکتبه امام امیر المؤمنین(ع).
۱۱. ابوعبید، قاسم بن سلام. (۱۹۹۰م). الغریب المصنف. تونس: المؤسسة الوطنیة للترجمه و التحقیق.
۱۲. اراکی، محمدعلی. (۱۴۱۳ق). رسالتان فی الإرث و نفقة الزوجة. قم: اسماعیلیان.
۱۳. ازهری، محمد بن احمد. (۱۴۲۱ق). تهذیب اللغه. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۱۴. اللهوردی‌زاده، حمید. (۱۴۰۰ش). نقد و بررسی ارث زوجین در فقه امامیه و حقوق ایران. تهران: استاد شهریار.
۱۵. بحرالعلوم، سید محمد بن محمدتقی. (۱۳۶۲ش). بلغة الفقیه. تهران: مکتبه الصادق(ع).
۱۶. ترحینی عاملی، محمد حسن. (۱۳۸۵ش). الزبده الفقهیه. قم: دار الفقه.
۱۷. ثعالبی، عبدالملک بن محمد. (۱۴۱۴ق). فقه اللغه. بیروت: دار الکتب العلمیه.
۱۸. جناتی، محمدابراهیم. (۱۳۸۶ش). تطور اجتهاد در حوزهٔ استنباط. تهران: امیرکبیر.
۱۹. جوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۳۷۶ق). الصحاح. بیروت: دار العلم.
۲۰. حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹). وسایل الشیعه، قم، آل آلبیت علیهم السلام.
۲۱. حسینی عاملی، سید محمدجواد بن محمد. (۱۴۱۹ق). مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامه. قم: اسلامی.
۲۲. حماد، نزیه. (۱۴۲۹ق). معجم المصطلحات المالیة و الاقتصادیة فی لغة الفقهاء. دمشق: دار القلم.
۲۳. حمیری، عبدالله بن جعفر. (۱۴۱۳ق). قرب الإسناد. قم: مؤسسة آل البیت(ع).
۲۴. خالصی، محمدباقر. (بی‌تا). کتاب النیروز. بغداد: مطبعة المعارف.
۲۵. خمینی، سید مصطفی. (۱۴۱۸ق). تحریرات فی الأصول. تهران: مؤسسهٔ تنظیم و نشر آثار امام خمینی(ره).
۲۶. خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۰ق). منهاج الصالحین. قم: مدینة العلم.
۲۷. خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۸ق). موسوعة الإمام الخوئی. قم: مؤسسة إحیاء آثار الإمام الخوئی.
۲۸. دانش، محمدحسن. (۱۳۹۰ق). بررسی آخرین و برترین آرا و نظریه‌ها پیرامون ارث زوجه از زمین. قم: مرکز فقهی ائمهٔ اطهار علیهم‌السلام.
۲۹. راغب اصفهانی، حسین بن محمد. (۱۴۱۲ق). مفردات ألفاظ القرآن. بیروت: دار القلم.
۳۰. روحانی، سید محمدصادق. (۱۴۲۹ق). فقه الصادق. قم: منشورات اجتهاد.
۳۱. زمخشری، محمد بن عمر. (۱۹۷۹م). اساس البلاغه. بیروت: دار صادر.
۳۲. سبحانی، جعفر. (۱۴۲۱ق). رسائل و مقالات. قم: مؤسسهٔ امام صادق(ع).

۳۳. سبحانی، جعفر. (۱۴۲۹ق). رسائل فقهیة. قم: مؤسسهٔ امام صادق(ع).
۳۴. سند، محمد. (۱۴۳۲ق). بحوث فی القواعد الفقهیة. بیروت: دار المتقین.
۳۵. سید مرتضی، علی بن حسین. (۱۴۱۵ق). الانتصار. قم: اسلامی.
۳۶. شهید اول، محمد بن مکی. (۱۴۳۰ق). موسوعهٔ شهید اول، قم: مرکز العلوم و الثقافة الإسلامیه.
۳۷. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی. (۱۳۷۹ش). رسائل. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۳۸. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی. (۱۴۱۳ق). مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام. قم: مؤسسة المعارف الإسلامیه.
۳۹. شیرازی، سید محمد. (۱۴۰۹ق). الفقه. بیروت: دار العلوم.
۴۰. صادقی تهرانی، محمد. (۱۳۷۸ش). رسالهٔ توضیح المسائل نوین. تهران: امید فردا.
۴۱. صادقی تهرانی، محمد. (۱۴۰۶ق). الفرقان فی تفسیر القرآن بالقرآن و السنة. قم: فرهنگ اسلامی.
۴۲. صانعی، یوسف. (۱۳۸۸ش). مجمع المسائل. قم: میثم تمار.
۴۳. صدر، سید محمدباقر. (۱۴۱۷ق). بحوث فی علم الأصول، (تقریرات حسن عبدالساتر). بیروت: الدار الإسلامیه.
۴۴. صفار، محمد بن حسن. (۱۴۰۴ق). بصائر الدرجات فی فضائل آل محمّد صلّی الله علیهم. قم: مکتبة آیة الله العظمی المرعشی النجفی.
۴۵. طباطبایی حکیم، سید محسن. (۱۴۲۷ق). رسالة فی حرمان الزوجة من بعض الإرث. فقه أهل البیت(ع)، ۱۱ (۴۳)، ص۱۷۹-۲۲۲.
۴۶. طباطبایی قمی، سید تقی. (۱۴۱۸ق). مبانی منهاج الصالحین، بیروت: دار السرور.
۴۷. طباطبایی کربلایی، سید علی بن محمدعلی. (۱۴۰۴ق). ریاض المسائل (چاپ قدیم). قم: آل البیت(ع).
۴۸. طباطبایی کربلایی، سید علی. (۱۳۶۸ش). الشرح الصغیر فی شرح المختصر النافع. قم: مکتبة آیة الله العظمی المرعشی النجفی.
۴۹. طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۰ق). النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی. بیروت: دار الکتاب العربی.
۵۰. طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۹۰ق). الاستبصار فیما اختلف من الأخبار. تهران: بی‌نا.
۵۱. طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق). تهذیب الأحکام (تحقیق خرسان). تهران: اسلامیه.
۵۲. علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۳۷۴ش). مختلف الشیعة فی أحکام الشریعة. قم: اسلامی.
۵۳. علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۴ق). تذکرة الفقهاء. قم: مؤسسة آل البیت(ع).
۵۴. علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۲۵ق). نهایة الوصول إلی علم الأصول. قم: مؤسسهٔ امام صادق(ع).
۵۵. علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۳۸۲ش). کشف المراد فی شرح تجرید الاعتقاد، (قسم الالهیات). قم: مؤسسهٔ امام صادق(ع).

۵۶. علم‌الهدی، علی بن حسین. (۱۴۱۵ق). الانتصار. قم: اسلامی.
۵۷. غفوری، خالد. (۱۴۳۳ق). إرث الزوجة من العقار، قراءةٌ جدیدةٌ للنص القرآنی. الاجتهاد و التجدید، شمارهٔ ۲۳، ص۱۳۵-۱۵۴.
۵۸. فاضل شیبانی، ماجد بن فلاح. (۱۴۱۳ق). رسالة فی الخراج. قم: اسلامی.
۵۹. فاضل قطیفی، ابراهیم بن سلیمان. (۱۴۲۹ق). موسوعة الفاضل القطیفی. قم: مؤسسة طیبة لإحیاء التراث.
۶۰. فاضل لنکرانی، محمد. (۱۴۲۹ق). تفصیل الشریعه (کتاب المواریث). قم: مرکز فقهی ائمهٔ اطهار(ع).
۶۱. فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله. (۱۴۰۴ق). التنقیح الرائع لمختصر الشرائع. قم: کتابخانهٔ آیت‌الله‌العظمی مرعشی نجفی.
۶۲. فراهیدی، خلیل بن احمد. (۱۴۰۹ق). کتاب العین. قم: هجرت.
۶۳. فیاض، محمداسحاق. (۱۹۸۱م). الأراضی. بغداد: مکتبة الوطنیه.
۶۴. فیض کاشانی، محمد بن شاه‌مرتضی. (۱۳۹۵ش). مفاتیح الشرائع. تهران: مدرسهٔ عالی شهید مطهری.
۶۵. فیض کاشانی، محمد بن شاه‌مرتضی. (۱۴۰۶ق). الوافی. اصفهان: کتابخانهٔ امام امیرالمؤمنین(ع).
۶۶. قاضی طباطبائی، سید محمدعلی. (۱۳۵۳ش). تحقیق در ارث زن از دارائی شوهر. تبریز: چاپخانهٔ میهن.
۶۷. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۵ش). ارث. تهران: میزان.
۶۸. کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۲۹ق). الکافی. قم: دارالحدیث.
۶۹. مجلسی، محمدباقر. (۱۴۰۶ق). ملاذ الأخیار فی فهم تهذیب الأخبار. قم: کتابخانهٔ آیت‌الله‌العظمی مرعشی نجفی.
۷۰. مجلسی، محمدتقی. (۱۴۰۶ق). روضة المتقین فی شرح من لا یحضره الفقیه. تهران: کوشانپور.
۷۱. محقق حلی، جعفر بن حسن. (۱۳۷۶ش). المختصر النافع فی فقه الإمامیه. قم: مطبوعات دینی.
۷۲. محقق حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام. قم: اسماعیلیان.
۷۳. محقق حلی، جعفر بن حسن. (بی‌تا). المختصر النافع فی فقه الإمامیه. قاهره: دار الکتاب العربی.
۷۴. محقق سبزواری، محمدباقر. (۱۳۸۱ش). کفایة الفقه. قم: اسلامی.
۷۵. مصطفوی، حسن. (۱۴۳۰ق). التحقیق فی کلمات القرآن الکریم. بیروت: دار الکتب العلمیه.
۷۶. مطهری، مرتضی. (۱۳۸۱). مجموعه آثار. تهران: صدرا.
۷۷. معرفت، محمدهادی. (۱۳۷۷ش). ولایت فقیه. قم: مؤسسة التمهید.
۷۸. معرفت، محمدهادی. (۱۳۸۲ش). احکام شرعی. قم: مؤسسة تمهید.
۷۹. مفید، محمد بن محمد. (۱۴۱۰ق). المقنعه. قم: اسلامی.
۸۰. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد. (بی‌تا). مجمع الفائده و البرهان. قم: اسلامی.

۸۱. موسوی خمینی، سید روح‌الله. (۱۳۷۸ش). صحیفهٔ امام. تهران: مؤسسهٔ تنظیم و نشر آثار امام خمینی(ره).
۸۲. موسوی خمینی، سید روح‌الله. (۱۳۹۲ش). تحریر الوسیلة. تهران: مؤسسهٔ تنظیم و نشر آثار الإمام الخمینی(ره).
۸۳. موسوی خوانساری، سید احمد. (۱۳۵۵ق). جامع المدارک. قم: اسماعیلیان.
۸۴. مهرپور، حسین. (۱۳۶۸ش). بررسی میراث زوجه در حقوق اسلام و ایران. تهران: اطلاعات.
۸۵. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن. (۱۳۷۱ش). جامع الشتات. تهران: کیهان.
۸۶. نجفی، محمد حسن. (۱۳۶۳ش). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام. تهران: اسلامیه.
۸۷. نراقی، احمد بن محمدمهدی. (۱۴۲۹ق). مستند الشیعة إلی أحکام الشریعة. بیروت: مؤسسة آل البیت(ع).
۸۸. هاشمی شاهرودی، سید محمد. (۱۴۲۸الف). بحوث اجتهادیة، میراث الزوجة من العقار/۱ و ۲. نشریهٔ فقه أهل البیت(ع)، شمارهٔ ۴۵، ص۱۱-۴۲.
۸۹. هاشمی شاهرودی، سید محمود. (۱۳۸۲ش). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت(ع). قم: مؤسسة دائرة المعارف فقه اسلامی.
۹۰. هاشمی شاهرودی، سید محمود. (۱۴۲۸ب). میراث الزوجة من العقار ۳. فقه أهل البیت(ع)، شمارهٔ ۴۶، ص۱۱-۳۲.
۹۱. یعقوبی، محمد. (۱۴۳۸ق). إرث الزوجة من العقار. نجف اشرف: دار الصادقین.

Civil Jurisprudence Doctrines
ISSN Print: 2251- 936x Online: 2783- 3690

The Role of Possession in Conditional Sale, with a Critical View on Article 460 of the Civil Code

Mahdi Moazami Goudarzi[1]

1. Corresponding author, Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Islamic Sciences, Ayatollah Borujerdi University, Borujerd, Iran. Email: m.moazamigoudarzi@abru.ac.ir

Article Info

Article type:
Research Article

Article history:
Received: 29 December 2023
Accepted: 14 September 2024
Available online 29 September 2024

Keywords:
Possession, Option Condition (Khiyār al-shart), Conditional Sale (Bayʿ al -shart), Contractual Obligation, Contract Rescission.

ABSTRACT

The extinguishment of options (Khiyār) through possession is generally accepted. However, the role of possession in the extinguishment of the option condition (Khiyār al-shart) differs from other options, because the option condition varies according to its types-namely, the option condition outside the framework of conditional sale and the option condition within the framework of conditional sale. This distinction is reflected not only in the jurists' discourse but also in Articles 450, 451, and 460 of the Civil Code. The focus of this article is on one type of option condition, namely conditional sale, with a critical comparison to Article 460 of the Civil Code. The main question of the article is: What is the role of possession in a precarious contract during conditional sale, when critically examined in light of Article 460 of the Civil Code? Using a descriptive-analytical method, this study concludes that, according to some jurists -whose reasoning is also supported by evidence- possession by the buyer of the principal item (Muthamman) and by the seller of the price (Thaman) or, in other words, possession of the transferred subject by both parties in conditional sale, does not extinguish the option. From the perspective of the Civil Code, firstly Article 460 incompletely addresses the rules related to conditional sale, since this article explicitly addresses possession only with respect to the buyer's possession of the sold item (Mabīʿ). Secondly, contrary to the jurisprudential view that possession does not absolutely extinguish the option condition, this article considers possession that leads to transfer of ownership or similar effects as extinguishing the option and also is silent regarding possession by the seller of the transferred subject and does not provide a ruling. Therefore, by suggesting a modification and rewording the article in a different manner, we have resolved these deficiencies.

Cite this article: Moazami Goudarzi, M. (2025). The Role of Possession in Conditional Sale, with a Critical View on Article 460 of the Civil Code. *Civil Jurisprudence Doctrines*, 17(31), 239-259. https://doi.org/10.30513/cjd.2024.5749.1930

© The Author(s). Publisher: Razavi University of Islamic Sciences.

آموزه‌های فقه مدنی
ISSN Print: 2251- 936x Online: 2783- 3690

نقش تصرف در بیع شرط، با نگاه انتقادی به مادۀ ۴۶۰ق.م

مهدی معظمی گودرزی[۱]

۱. نویسنده مسئول، استادیار، گروه حقوق، دانشکدۀ علوم اسلامی، دانشگاه آیت‌الله بروجردی، بروجرد، ایران.
رایانامه: m.moazamigoudarzi@abru.ac.ir

اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۰/۰۸

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۶/۲۴

تاریخ انتشار برخط: ۱۴۰۳/۰۷/۰۸

کلیدواژه‌ها:
تصرف، خیار شرط، بیع شرط، لزوم عقد، فسخ عقد.

چکیده

مسقِط بودن خیارات توسط تصرف، فی‌الجمله مورد قبول است. اما نقش تصرف در اسقاط خیار شرط با سایر خیارات تفاوت دارد، چراکه خیار شرط با توجه به مصادیقش یعنی خیار شرط در قالب غیر بیع شرط و خیار شرط در قالب بیع شرط فرق می‌کند. این تفاوت نه‌تنها در کلام فقها بلکه در مواد ۴۶۰، ۴۵۱، ۴۵۰ ق.م تجلی یافته است. اما تمرکز این مقاله روی یکی از مصادیق خیار شرط یعنی بیع شرط با تطبیق بر مادۀ ۴۶۰ ق.م می‌باشد. سؤال اصلی مقاله آن است که نقش تصرف در عقد متزلزل در هنگام بیع شرط با تطبیق و نگاه انتقادی بر مادۀ ۴۶۰ ق.م چیست؟ این نوشتار با روش توصیفی- تحلیلی به این نتایج دست یافته است که از نظر برخی فقها، که ادله نیز صحت آن را اثبات می‌کند، تصرف مشتری در مثمن و بایع در ثمن یا به عبارت دیگر، در منتقل‌الیه به این دو، در بیع شرط، باعث سقوط خیار نمی‌باشد. اما از نظر قانون مدنی، اولاً مادۀ ۴۶۰ ق.م به‌صورت ناقص احکام مذکور در بیع شرط را مطرح کرده، چراکه این ماده فقط نسبت به منتقل‌الیه از طرف مشتری یعنی نسبت به تصرف مشتری در مبیع به‌صراحت حکم تصرف را مطرح کرده است. ثانیاً برخلاف نظر فقهی که تصرف را مطلقاً مسقط بیع شرط نمی‌دانست، این ماده، تصرفی که باعث نقل و انتقال و غیره می‌باشد را مسقط می‌داند و نسبت به منتقل‌الیه از بایع سکوت کرده و حکمی بیان نکرده است. لذا ما با پیشنهاد اصلاح و نحوۀ نگارش ماده به گونه‌ای دیگر، این موارد نقص را برطرف کرده‌ایم.

استناد: معظمی گودرزی، مهدی. (۱۴۰۴). نقش تصرف در بیع شرط، با نگاه انتقادی به مادۀ ۴۶۰ق.م. آموزه‌های فقه مدنی، ۱۷(۳۱)، ۲۳۹-۲۵۹. https://doi.org/10.30513/cjd.2024.5749.1930

ناشر: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.

© نویسندگان.

مقدمه

بیان مسئله: در مادهٔ ۱۸۴ق.م آمده است: «عقود و معاملات به اقسام ذیل منقسم می‌شوند: لازم، جایز، خیاری، منجّز و معلّق». این قانون در ادامه به تعریف هر کدام از این اقسام پرداخته است. یکی از این اقسام، عقد خیاری است که طبق مادهٔ ۱۸۸ق.م عبارت است از: «عقد خیاری آن است که برای طرفین یا یکی از آن‌ها یا ثالثی اختیار فسخ باشد». به عبارت دیگر، با ایجاد خیار، عقد لازم متزلزل می‌شود. اما با وجود این، شارع مواردی را برای از بین بردن این حالت (تزلزل) در عقد مورد پیش‌بینی قرار داده است که با عنوان «مسقطات خیارات» معروف‌اند. یکی از این مسقطات تصرف می‌باشد که قانون مدنی این مسقط را در باب بیع شرط در مادهٔ ۴۶۰ق.م آورده است: «در بیع شرط مشتری نمی‌تواند در مبیع تصرفی که منافی خیار باشد از قبیل نقل و انتقال و غیره بنماید».

با تدقیق در این ماده دو نکته برداشت می‌شود: ۱. اصل این است که تصرف مسقط بیع شرط نمی‌باشد مگر تصرفی که منافی خیار باشد، از قبیل نقل و انتقال و غیره؛ ۲. ماده به‌تنهایی تصرف مشتری در مبیع را فقط بیان داشته، اما نسبت به تصرف بایع در ثمن سکوت کرده و حکمی نگفته است. اما با مراجعه به کلام فقها اولاً چنین تفکیکی بین تصرفات وجود ندارد و ثانیاً نسبت به دو طرف منتقل‌الیه یعنی چه تصرف بایع در ثمن و چه تصرف مشتری در مثمن، حکم داده‌اند.

حال، با این بیان مسئلهٔ اصلی ما در این نوشتار این است که نقش تصرف در هنگام بیع شرط چیست و موضع قانون مدنی در مادهٔ ۴۶۰ق.م، آیا با کلام فقها تطبیق دارد یا ندارد.

فرضیه: فرضیهٔ بحث ما عدم اسقاط خیار توسط تصرف به‌طور مطلق در بیع شرط است، اما نه با بیان قانون مدنی.

پیشینه: در نوشته‌های فارسی راجع به اسقاط خیارات و به‌طور خصوص تصرف، نه مقالات و نه کتب حقوقی به این بحث نپرداخته‌اند. در کتب حقوقی، به‌صورت بسیار کلی به این بحث پرداخته و از آن عبور کرده‌اند. در مقالات علمی و پژوهشی هم فقط یک مقاله (بیگدلی، ۱۳۸۹) یافت شد که به اسقاط خیارات به‌طور کلی پرداخته، درحالی‌که

این موضوع می‌تواند به بیش از ده مقالهٔ علمی و پژوهشی تبدیل شود. از طرف دیگر، این بحث به‌طور خصوص در تک‌تک خیارات مطرح نشده و با قانون نیز تطبیق نخورده است.

۱. تعریف خیار شرط و بیع شرط

یکی از خیارات خیار شرط یعنی اشتراط خیار است. مراد از این خیار در این‌جا نفس شرط کردن خیار در ضمن عقد می‌باشد. این خیار غیر از خیار الاشتراط است، یعنی خیاری ناشی از اشتراط در ضمن عقد که به خاطر تعذی یا تخلف یا فساد حاصل می‌شود (رشتی، ۱۴۰۷، ص۲۷۲).

مادهٔ ۳۹۹ق.م به تعریف خیار شرط پرداخته است. در این ماده آمده است: «در عقد بیع ممکن است شرط شود که در مدت معین برای بایع یا مشتری یا هر دو یا شخص خارجی اختیار فسخ معامله باشد». این تعریف با کمی تفاوت در بیان فقها نیز آمده است، از جمله محقق حلی (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج۱، ص۲۷۸) و شهید ثانی (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج۴، ص۵۸۴-۵۸۵). مدت خیار شرط باید مضبوط بوده و احتمال قلت یا کثرت در آن نرود (نجفی، ۱۴۳۹، ج۲۴، ص۵۴) و می‌تواند کمتر یا بیشتر از سه روز شرط شود (ترحینی عاملی، ۱۴۲۷، ج۴، ص۵۸۴). البته اجماع فقهای شیعه و عدهٔ کمی از فقهای اهل تسنن، اعتقاد به شرط بیشتر از سه روز دارند، چنان‌که سید مرتضی تصریح کرده است.[۱]

یکی از مصادیق بارز خیار شرط، بیع شرط است، به این صورت که هر گاه بایع شرط کند که اگر در مدت معینی تمام یا بعض از ثمن را به مشتری برگرداند، حق فسخ نسبت به تمام یا برخی از مبیع را در معامله داشته باشد.[۲] در این تعریف چند نکته نهفته است:

---

۱. سید مرتضی (۱۴۱۵، ص۳۳۴) دراین‌باره می‌گوید: این‌که خیار شرط بیشتر از سه روز باشد، گمان برده شده است که از منفردات امامیه است. این در حالی است که از فقهای عامه نیز مثل ابن‌ابی‌لیلی، محمد، ابویوسف و اوزاعی نیز قائل به این قول‌اند.

۲. مادهٔ ۴۵۸ق.م به تعریف بیع شرط پرداخته است: «در عقد بیع متعاملین می‌توانند شرط نمایند که هر گاه بایع در مدت معینی تمام مثل ثمن را به مشتری رد کند خیار فسخ معامله را نسبت به تمام مبیع داشته باشد و همچنین می‌توانند شرط کنند که هر گاه بعض مثل ثمن را رد کرد خیار فسخ معامله را نسبت به تمام یا بعض مبیع داشته باشد. در هر حال خیار تابع قرارداد متعاملین خواهد بود و هر گاه نسبت به ثمن قید تمام یا بعض نشده باشد خیار ثابت نخواهد بود مگر با رد تمام ثمن».

نکتۀ اول: چنان‌که ملاحظه می‌شود، بیع شرط یکی از مصادیق خیار شرط است (حسینی روحانی، ۱۴۱۲، ج۱۷، ص۱۳۸)، چراکه نفس شرط کردن خیار در ضمن عقد است که ملاک قرار داده شده، لکن به دلیل اهمیت ارتجاع نفس ثمن یا مثل یا قیمت آن به بایع و برگشت مبیع به بایع، یک ویژگی پیدا کرده که برخی از فقها به‌طور مجزا به آن پرداخته و شاید این مهم نیز به دلیل روایات متعددی باشد که به این نحوه از بیع پرداخته‌اند. راجع به این نکته شیخ انصاری می‌نویسد: «این قسم (بیع شرط) فردی از خیار شرط است که با یک قید زائد و آن «رد الثمن» باشد، همراه است» (انصاری، ۱۴۲۸، ج۵، ص۱۳۴).

نکتۀ دوم: در این خیار حسب شرط عمل می‌شود، لذا راجع به ارتجاع ثمن به‌وسیلۀ بایع، می‌تواند عین ثمن یا مثل یا قیمت و حتی نسبت به بعض یا تمام آن شرط شود.[1] این مهم می‌تواند به تمام یا بعض مبیع هم مشروط شود. این در حالی است که مادۀ ۴۵۸ق.م از عبارت «مثل ثمن» در دو جا استفاده کرده که ثمن را منحصر در مثلی بودن آن کرده است که برای این عبارت وجهی نیست.

نکتۀ سوم: همان‌طور که این شرط می‌تواند از طرف بایع در عقد شرط شود، از طرف مشتری هم می‌تواند شرط شود (بحرانی، ۱۴۰۵، ج۱۹، ص۳۵)، به این صورت که مشتری چنین شرط کند: ارتجاع ثمن مشروط به رد مبیع. (شهید اول،۱۴۱۷، ج۳، ص۲۷۰). پس انحصار شرط از طرف مشتری در مادۀ ۴۵۸ق.م وجهی ندارد.[2]

۲. قبول یا عدم قبول مسقط بودن تصرف[3] در بیع شرط

گفته شد بیع خیار یکی از اقسام خیار شرط است. تصرف در هنگام بیع شرط در منتقل‌الیه از جانب مشتری در مبیع صورت می‌گیرد و از جانب بایع در ثمن. لذا در ضمن این دو،

---

۱. گرچه نسبت به این فرع برخی از فقها مثل شهید اول در دروس توقف کرده‌اند، اما مشهور این قسم را نیز پذیرفته است (شهید اول، ۱۴۱۷، ج۳، ص۲۶۹).

۲. به دلیل این اشکالات، در این‌جا ترجیح دادیم خودمان تعریفی را از بیع شرط که از کلام فقها استباط کرده‌ایم ارائه دهیم.

۳. در این مقاله مفهوم تصرف بررسی نشد، چه این مفهوم در مقالۀ دیگر با عنوان «نقش تصرف در عقد متزلزل به‌موجب خیار مجلس (نقدی بر مواد ۴۵۰ و ۴۵۱ ق.م)» بررسی شده است (نک: معظمی گودرزی و دیلمی، ۱۴۰۳).

مبحث مربوط را بررسی می‌کنیم.

۲-۱. تصرف مشتری در مبیع (منتقل‌الیه)

هر گاه بایع شرط کند که اگر در مدت معینی تمام یا بعض از ثمن را به مشتری برگرداند، حق فسخ نسبت به تمام یا برخی از مبیع را در معامله داشته باشد. آیا تصرف مشتری نسبت به مثمن، در مدت بیع شرط، باعث سقوط بیع شرط می‌شود یا نه؟

۲-۱-۱. بیان موضع قانون مدنی و حقوق‌دانان

نسبت به این مهم، در مادهٔ ۴۶۰ق. م آمده است: «در بیع شرط مشتری نمی‌تواند در مبیع تصرفی که منافی خیار باشد از قبیل نقل و انتقال و غیره بنماید». نسبت به تفسیر این بحث، مطلبی را از کتب حقوقی پیدا نکردیم،[1] اما از ظاهر ماده دو نکتهٔ مهم استنباط می شود:

اولاً این ماده راجع به تصرف مشتری در مثمن نوشته شده و راجع به تصرف بایع در ثمن مطلبی نگفته است.

ثانیاً از منطوق و مفهوم این ماده دو حکم مجزا می‌توان استنباط کرد:

منطوق ماده تصرفاتی که باعث خارج شدن ید مشتری از بازگرداندن مثمن به بایع می شود را منع می‌کند که این مهم از عبارت «از قبیل نقل و انتقال...» برداشت می‌شود و همچنین تصرفاتی که باعث تغییر و تبدل مبیع به جنس دیگر مثل گندم که تبدیل به آرد شود، را منع کرده است که این مهم از عبارت «و غیره» استنباط می‌شود.

مفهوم ماده تصرفاتی که از مقولهٔ آن دو می‌باشد را منع نکرده است، مثل رکوب بر حیوان و غیره، چراکه این‌ها منافی با حق خیاری که برای بایع وجود دارد نیستند.

۲-۱-۲. بیان موضع فقها

جالب است که بسیاری از فقها نسبت به این فرع، سکوت کرده و حتی در کتب مفصل فقهی مثل جواهر، مکاسب و تقریرات درس آقای خویی و غیره مطلبی نسبت به اصل تصرف مشتری در مبیع در بیع شرط نگفته‌اند، چه رسد به نحوهٔ تصرف که از نوع انتقال و

---

۱. حتی آقای کاتوزیان نه‌تنها در کتبشان به تفسیر این ماده نپرداخته، بلکه در کتاب قانون مدنی در نظم حقوق کنونی نیز هیچ گونه توضیحی ذیل این ماده ارائه نداده است (نک: کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص۳۳۵).

غیره باشد. از بین کتب فقهی زیادی که تتبع کردیم، تنها به کلامی از وحید بهبهانی راجع به این مطلب برخوردیم که وی بعد از این‌که تصرف بایع در ثمن را در بیع شرط جایز دانسته است، راجع به مبیع در بیع شرط می‌نویسد: «بلکه تصرف مشتری در طرف مبیع مثل ثمن مضر نیست» (وحید بهبهانی، ۱۴۱۷، ص۲۵۴). با این بیان ایشان تصرف در مبیع از جانب مشتری را در مدت بیع شرط مطلقاً جایز دانسته‌اند، که در واقع قانون مدنی نیز در مادهٔ ۴۶۰ق فی‌الجمله همین موضع را اتخاذ کرده است.

۲-۱-۳. ادلهٔ این دیدگاه

به نظر می‌رسد این موضع صحیح می‌باشد، چراکه ظاهر ادلهٔ این باب، این است که تصرف مربوطه را جایز دانسته‌اند. سه روایت[1] برای تأیید و بلکه برای دلیل این موضع ارائه می‌دهیم که عبارت‌اند از:

موثقهٔ اسحاق بن عمار: «قَالَ أَخْبَرَنِي مَنْ سَمِعَ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام قَالَ: سَأَلَهُ رَجُلٌ وَ أَنَا عِنْدَهُ فَقَالَ لَهُ رَجُلٌ مُسْلِمٌ احْتَاجَ إِلَى بَيْعِ دَارِهِ فَمَشَى إِلَى أَخِيهِ فَقَالَ لَهُ أَبِيعُكَ دَارِي هَذِهِ وَ تَكُونُ لَكَ أَحَبُّ إِلَيَّ مِنْ أَنْ تَكُونَ لِغَيْرِكَ عَلَى أَنْ تَشْتَرِطَ لِي إِنْ أَنَا جِئْتُكَ بِثَمَنِهَا إِلَى سَنَةٍ أَنْ تَرُدَّ عَلَيَّ فَقَالَ لَا بَأْسَ بِهَذَا إِنْ جَاءَ بِثَمَنِهَا إِلَى سَنَةٍ رَدَّهَا عَلَيْهِ قُلْتُ فَإِنَّهَا كَانَتْ فِيهَا غَلَّةٌ كَثِيرَةٌ فَأَخَذَ الْغَلَّةَ لِمَنْ تَكُونُ فَقَالَ الْغَلَّةُ لِلْمُشْتَرِي أَ لَا تَرَى أَنَّهُ لَوِ احْتَرَقَتْ لَكَانَتْ مِنْ مَالِهِ» (کلینی، ۱۴۲۹، ج۱۰، ص۷۷).

ترجمه: اسحاق ابن عمار می‌گوید: خبر داد مرا کسی که از امام صادق(ع) شنیده است که مردی از آن حضرت سؤالی پرسید و من نزد آن حضرت بودم. به آن حضرت گفت: مرد مسلمانی احتیاج به فروش خانه‌اش پیدا کرد و پیش برادرش رفت و به او گفت من خانه‌ام را به فلان مقدار می‌فروشم و این خانه اگر برای تو باشد بهتر است برای من که آن برای کسی غیر از تو باشد، بنابر این‌که برایم شرط کنی اگر تا یک سال ثمن این خانه را به تو برگرداندم این خانه را به من برگردانی. امام(ع) فرمود: اشکالی به این نحو از معامله نیست اگر ثمن را در مدت یک سال به او پس دهد، خانه را به او برگرداند. به

---

۱. در این سه روایت از سه اصطلاح موثقه، روایت، صحیحه استفاده شده است که بر اهل فن در علم درایة الحدیث فرق این‌ها پوشیده نیست. ما به دلیل عمل همهٔ اصحاب به این روایات، و ازآن‌جاکه شهرت جابر ضعف سند است، به مباحث سند روایت نمی‌پردازیم و اجمالاً همهٔ آن‌ها مورد قبول است.

امام(ع) گفتم: اگر برای خانه منفعت و ربحی بود، این منفعت و ربح برای چه کسی است؟ فرمود: برای مشتری، آیا نمی‌بینی که اگر خانه آتش بگیرد و بسوزد از مال مشتری خواهد بود.

تعبیر «الْغَلَّةُ لِلْمُشْتَرِي» دلالت دارد که نماء در زمان خیار برای مشتری است (مجلسی، ۱۴۰۴، ج۱۹، ص۱۶۵). روشن است که منفعت و ربح با تصرف در خانه (مثلاً با سکونت در آن که یکی از مصادیق تصرف در طول یک سال می‌باشد) حاصل می‌شود و از طرفی، امام(ع) نفرموده است که با این تصرف خیار ساقط می‌شود.

روایت معاویة بن میسره: «سَمِعْتُ أَبَا الْجَارُودِ يَسْأَلُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام عَنْ رَجُلٍ بَاعَ دَاراً لَهُ مِنْ رَجُلٍ وَ كَانَ بَيْنَهُ وَ بَيْنَ الرَّجُلِ الَّذِي اشْتَرَى مِنْهُ الدَّارَ خلطةُ[1] فَشَرَطَ أَنَّكَ إِنْ أَتَيْتَنِي بِمَالِي مَا بَيْنَ ثَلَاثِ سِنِينَ فَالدَّارُ دَارُكَ فَأَتَاهُ بِمَالِهِ قَالَ لَهُ شَرْطُهُ قَالَ لَهُ أَبُو الْجَارُودِ فَإِنَّ ذَلِكَ الرَّجُلَ قَدْ أَصَابَ فِي ذَلِكَ الْمَالِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ قَالَ هُوَ مَالُهُ وَ قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام أَ رَأَيْتَ لَوْ أَنَّ الدَّارَ احْتَرَقَتْ مِنْ مَالِ مَنْ كَانَتْ تَكُونُ الدَّارُ دَارَ الْمُشْتَرِي» (شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ج۷، ص۱۷۷-۱۷۸).

ترجمه: معاویة بن میسره می‌گوید: شنیدم ابوجارود از امام صادق(ع) پرسید درباره مردی که خانه‌ای را به مرد دیگری فروخته بود، و میان او و آن مرد که خانه را خریده بود نوعی دوستی و خویشاوندی بود. پس شرط کرد (در هنگام فروش) که: «اگر تا سه سال مال مرا (بهای خانه را) برایم بیاوری، خانه از آنِ تو خواهد بود.» پس خریدار در مدت مقرر مال او را آورد. امام صادق(ع) فرمود: شرطش بر عهده اوست (یعنی باید به شرط عمل شود).

ابوالجارود گفت: آن مرد در این سه سال از آن مال (بهایی که پرداخته بود) سود و بهره‌ای به دست آورده است. امام فرمود: آن مال از آنِ اوست.

امام صادق(ع) فرمود: به من بگو، اگر خانه در این مدت آتش می‌گرفت، خانه از مال

---

۱. کلمهٔ «خلطه» را از روایتی که در کتاب مکاسب شیخ انصاری آمده است اخذ کردیم و بنابر آن، روایت را ترجمه نمودیم. اما در نسخهٔ اصلی روایت به‌جای این کلمه، کلمهٔ « حاصر» آمده است که بنابر گفتهٔ مجلسی در ملاذ الاخبار شاید مراد از این کلمه شاهدی باشد که برای آن دو کتابت می‌کند و آن دو را از انکار منع می‌نماید یا احتمالاتی دیگر (نک: مجلسی، ۱۴۰۶، ج۱۱، ص۳۰۹-۳۱۰).

چه کسی به شمار می‌آمد؟ خانه، خانه خریدار بود.

جملهٔ «فَإِنَّ ذَلِكَ الرَّجُلَ قَدْ أَصَابَ فِي ذَلِكَ الْمَالِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ قَالَ هُوَ مَالُهُ» دلالت می‌کند که نماء در زمان خیار برای مشتری است. استدلال به این روایت دقیقاً مثل استدلال به روایت قبل است.

صحیحهٔ سعید بن یسار: «قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ(ع): إِنَّا نُخَالِطُ أُنَاساً مِنْ أَهْلِ السَّوَادِ وَ غَيْرِهِمْ فَنَبِيعُهُمْ وَ نَرْبَحُ عَلَيْهِمُ الْعَشَرَةَ اثْنَا عَشَرَ وَ الْعَشَرَةَ ثَلَاثَةَ عَشَرَ وَ نُؤَخِّرُ ذَلِكَ فِيمَا بَيْنَنَا وَ بَيْنَهُمْ السَّنَةَ وَ نَحْوَهَا وَ يَكْتُبُ لَنَا الرَّجُلُ منهم عَلَى دَارِهِ أَوْ أَرْضِهِ بِذَلِكَ الْمَالِ الَّذِي فِيهِ الْفَضْلُ الَّذِي أَخَذَ مِنَّا شِرَاءً وَ قَدْ بَاعَ وَ قَبَضَ الثَّمَنَ مِنْهُ فَنَعِدُهُ إِنْ هُوَ جَاءَ بِالْمَالِ إِلَى وَقْتٍ بَيْنَنَا وَ بَيْنَهُ أَنْ نَرُدَّ عَلَيْهِ الشِّرَاءَ فَإِنْ جَاءَ الْوَقْتُ وَ لَمْ يَأْتِنَا بِالدَّرَاهِمِ فَهُوَ لَنَا فَمَا تَرَى فِي ذَلِكَ الشِّرَاءِ قَالَ أَرَى أَنَّهُ لَكَ إِنْ لَمْ يَفْعَلْ وَ إِنْ جَاءَ بِالْمَالِ لِلْوَقْتِ فَرُدَّ عَلَيْهِ» (کلینی، ۱۴۲۹، ج۱۰، ص۸۰).

ترجمه: گفتم به امام صادق(ع): ما با مردمی از اهل سواد (عراق) و غیر آنها رفت‌وآمد داریم و به آنان کالا می‌فروشیم؛ ده (درهم) را دوازده [درهم]، و ده را سیزده، و سررسید آن را یک سال یا مانند آن قرار می‌دهیم. سپس آن شخص از آنان، خانه یا زمینش را در برابر آن مالی که در آن سود بوده و از ما خریده است، برای ما می‌نویسد؛ در حالی‌که کالا را فروخته و بهایش را گرفته است. و ما با او شرط می‌کنیم که اگر تا وقت معین، پول را بیاورد، خرید را به او برگردانیم. پس اگر موعد رسید و او پول نیاورد، آن [مال] برای ما باشد. نظرت درباره این خرید و فروش چیست؟

فرمود: اگر او [در موعد] عمل نکرد، آن مال برای توست؛ و اگر در وقت تعیین‌شده پول را آورد، باید خرید را به او بازگردانی.

از این روایت نیز می‌توان به‌صورت ضمنی تصرف مشتری در مبیع را مسقط خیار ندانست، چراکه سیاق و موضوع این روایت دقیقاً مثل دو روایت قبل است و احکام مرتبط با مسئله نیز مثل هم می‌باشند. پس با این بیان و استدلالاتی که در ذیل سه روایت مذکور بیان داشتیم، مشخص شد که تصرف در مبیع از جانب مشتری در مدت بیع شرط مطلقاً باعث سقوط خیار مزبور نمی‌شود و همین موضع را قانون مدنی در مادهٔ۴۶۰ق.م فی‌الجمله نسبت به مبیع اتخاذ کرده است، اما نمی‌دانیم چرا تصرفات منافی با خیار را مسقط می‌داند که این مهم در ادله وجود نداشت.

۲-۲. تصرف بایع در ثمن (منتقل‌الیه)

اگر بایع شرط کند که اگر در مدت معینی تمام یا بعض از ثمن را به مشتری برگرداند، و حق فسخ نسبت به تمام یا برخی از مبیع را در معامله قرار دهد، بیع شرط می‌گویند. حال سؤال این است که آیا تصرف بایع نسبت به ثمن، در مدت بیع شرط، باعث سقوط بیع شرط می‌شود یا نه؟ همان‌طور که در فوق گفته شد، مادهٔ ۴۶۰ق.م راجع به تصرف مشتری در مثمن نوشته شده و راجع به تصرف بایع در ثمن، مطلبی نگفته است، چه در این ماده آمده است: «در بیع شرط مشتری نمی‌تواند در مبیع تصرفی که منافی خیار باشد از قبیل نقل و انتقال و غیره بنماید». لذا باید در این موضوع به کتب فقهی مراجعه کرد. بین فقها راجع به این موضوع دو دیدگاه وجود دارد:

۲-۲-۱. بیان دیدگاه اول و ادلهٔ آن

بسیاری از فقها و شاید بتوان گفت که مشهور فقها، تصرف بایع در ثمن را مسقط بیع شرط می‌دانند. برخی از قائلان این قول، تصرف را به‌طور مطلق مسقط خیار شرط دانسته‌اند که این اطلاق شامل بیع شرط هم می‌شود که یکی از مصادیق خیار شرط است. از جمله این فقها می‌توان به افراد زیر اشاره کرد: علامه حلی در قواعد (علامه حلی، ۱۴۱۳(ب)، ج۱، ص۶۸)، ارشاد (علامه حلی، ۱۴۱۳(الف)، ج۱، ص۳۷۵)، فخرالمحققین در ایضاح (فخر المحققین، ۱۳۸۷، ج۱، ص۴۸۶)، محقق حلی در شرایع (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج۱، ص۲۸۸)، فاضل آبی در کشف الرموز (فاضل آبی، ۱۴۱۷، ج۱، ص۴۶۱)، شهید ثانی (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج۳، ص۲۱۳)، طباطبایی (طباطبایی، ۱۴۱۸، ج۸، ص۳۱۵) و سید محمدجواد عاملی (عاملی، ۱۴۱۹، ج۱۴، ص۲۸۲-۲۸۳).

اما برخی دیگر به‌طور ویژه مسقط بودن تصرف را در ذیل بیع شرط آورده و قائل به سقوط بیع شرط به دلیل تصرف بایع در ثمن دانسته‌اند. از جملهٔ این فقها عبارت‌اند از محمدحسن نجفی (نجفی، ۱۴۳۹، ج۲۴، ص۶۸)، شیخ انصاری (انصاری، ۱۴۲۸، ج۵، ص۱۳۵) و میرزا حبیب‌الله رشتی (رشتی، ۱۴۰۷، ص۳۳۷-۳۳۸).

مشهور فقها نسبت به تصرف ذی‌الخیار در منتقل‌الیه که بر مبنای رضایت متصرف باشد؛ به اطلاق ادله تمسک کرده‌اند (خویی، ۱۴۲۸، ج۳۸، ص۲۲۷؛ انصاری، ۱۴۲۸، ج۵،

ص۱۳۵). منظور از ادله تعلیلی است که در روایات خیار حیوان آمده است[1] که اصحاب از مورد نص به هر تصرفی که منتقل‌الیه واقع می‌شود سرایت داده‌اند (خویی، ۱۴۲۸، ج۳۸، ص۲۲۷). وجه ضعف تمسک مشهور به این دلیل در ذیل روشن خواهد شد.

۲-۲-۲. بیان دیدگاه دوم و ادلهٔ آن

برخی از فقها تصرف بایع در ثمن را مسقط بیع شرط نمی‌دانند. از جملهٔ این فقها محقق اردبیلی (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳، ج۸، ص۴۱۳)، سبزواری (سبزواری،۱۴۲۳، ج۱، ص۴۶۵)، وحید بهبهانی (وحید بهبهانی، ۱۴۱۷، ص۲۵۲-۲۵۳)، شهیدی (شهیدی، ۱۴۲۸، ج۴، ص۱۷۷) و خویی (خویی، ۱۴۲۸، ج۳۸، ص۲۳۲-۲۳۳) هستند. جالب است که هر فقیهی برای رسیدن به این مطلوب راهی رفته است که در ذیل، هر کدام را نقد و بررسی می‌کنیم.

۱. طریق مرحوم اردبیلی: همان‌طور که از کلام ایشان در بقیهٔ خیارات نیز مشخص است، ایشان اصولاً تصرف را به‌عنوان مسقط خیارات نمی‌داند. وی در این رابطه می‌نویسد: «عمده و مقصود در تحقیق مسئله، منحصر در دلیلش می‌باشد، و تو شناختی که ما دلیل مسئله را نفهمیدیم».[2] وی با این عبارت می‌خواهد بگوید که ما دلیلی بر مسقطیت خیار از طریق تصرف نداریم. اما وی در مورد بحث بنابر کمی تغییر در عبارت با حفظ اصل مدعای ایشان: «ظاهراً این خیار به تصرف در ثمن ساقط نمی‌شود، چراکه اولاً مدار این خیار بر تصرف است. ثانیاً خیار برای انتفاع بایع از ثمن تشریع شده است، پس اگر تصرف خیار را ساقط کند، فایدهٔ خیار ساقط می‌شود». وی در ادامه دو مؤید بر صحت گفتارش می‌آورد: «این مطلب را مرسلهٔ اسحاق بن عمار که آن شخص خانه‌اش را تا یک سال به دلیل احتیاج به ثمن آن فروخت. امام(ع) فرمود: اشکالی به این نحو از

---

۱. به‌عنوان نمونه: صحیحهٔ صفار از ابومحمد(ع) (امام حسن عسکری) است: «كَتَبْتُ إِلَى أَبِي مُحَمَّدٍ(ع) فِي الرَّجُلِ اشْتَرَى مِنْ رَجُلٍ دَابَّةً فَأَخَذَتْ فِيهَا حَدَثاً مِنْ أَخْذِ الْحَافِرِ أَوْ نَعْلِهَا أَوْ رَكِبَ ظَهْرَهَا فَرَاسِخَ أَ لَهُ أَنْ يَرُدَّهَا فِي الثَّلَاثَةِ أَيَّامِ الَّتِي لَهُ فِيهَا الْخِيَارُ بَعْدَ الْحَدَثِ الَّذِي يُحْدِثُ فِيهَا أَوِ الرُّكُوبِ الَّذِي رَكِبَهَا فَرَاسِخَ فَوَقَّعَ(ع) إِذَا أَحْدَثَ فِيهَا حَدَثاً فَقَدْ وَجَبَ الشِّرَاءُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى»؛ صفار می‌گوید: به امام(ع) نامه‌ای نوشتم در رابطه با شخصی که از شخص دیگری چهارپایی را خریده و در آن چهارپا حدثی از نوع گرفتن سُم یا نعل کردن یا سوار شدن بر آن در چند فرسخ، ایجاد کرده است. آیا برای آن شخص است که بعد از حدث که در آن چهارپا ایجاد کرده است یا سوارشدن آن در چند فرسخ، آن را در آن سه روزی که برایش خیار است برگرداند؟ امام(ع) پاسخ داد: زمانی که شخصی در آن چهارپا حدثی را ایجاد کند، شراء را واجب کرده است (شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ج۷، ص۷۵).

۲. «وإنما العمدة والمقصود تحقيق المسئلة بدليلها وقد عرفت عدم فهمنا دليلها» (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳، ج۸، ص۴۱۳).

معامله نیست. اگر ثمن را در مدت یک سال به او پس دهد، خانه را به او برگرداند. همچنین این مطلب را عمل مردم تأیید می‌کند (مؤید دوم)، به دلیل این‌که مدار شرط برگرداندن ثمن، بر تصرف در آن ثمن می‌باشد، غرض از فروش آن مبیع به آن شرط نیست، مگر تصرف در ثمن و بقای خیار تا مدت مشروطه. پس ظاهر سقوط در این هنگام می‌باشد...» (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳، ج۸، ص۴۱۳).

چنان‌که از عبارت فوق ملاحظه می‌شود گویا ایشان اولاً مقتضی برای سقوط جمیع خیارات را به‌وسیلهٔ تصرف پذیرفته‌اند و ثانیاً اطلاق نصی که دلالت بر سقوط خیار به‌وسیلهٔ تصرف می‌کند، اقتضا دارد که این خیار به‌وسیلهٔ تصرف در ثمن نیز ساقط می‌شود (خویی، ۱۴۲۸، ج۳۸، ص۲۲۸۷).

به این گفتهٔ محقق اردبیلی اشکالاتی وارد شده است که به نظر می‌رسد هیچ کدام درست نباشد:

اشکال اول: علامه بحرالعلوم در کتاب مصابیح بنابر نقل صاحب جواهر از او، به محقق اردبیلی اشکالی وارد کرده است (نجفی، ۱۴۳۹، ج۲۴، ص۶۸-۶۹). وی بعد از طعن به محقق مذکور به دلیل مخالفتش با مشهور اصحاب، ماحَصَل گفته‌اش بنابر تقریر آقای خویی[1] این است: «تصرفی مسقط است که در زمان خیار واقع شود، درحالی‌که در بیع شرط، خیاری نیست مگر بعد از رد نه قبل از آن. پس تصرفی که قبل از رد واقع شود و به خاطر آن معامله منعقد شد و او مدار در این خیار است، خارج از مسقط می‌باشد تخصصاً، چراکه تصرفی مسقط است که بعد از رد واقع شود، زیرا بعد از رد خیار ثابت می‌شود» (خویی، ۱۴۲۸، ج۳۸، ص۲۲۸۷).

صاحب جواهر به وجوهی از این گفتهٔ علامه پاسخ داده است که از جملهٔ آن وجوه چنین است: اولاً زمان خیار اگر مَبدئش از زمان رد باشد جهل به مبدأ خیار لازم می‌آید و جهالت به مبدأ خیار صحت آن را ممتنع می‌کند. ثانیاً خیار از زمان رد باشد نه از حین

---

۱. کتاب مصابیح علامه سید محمدمهدی طباطبایی بروجردی معروف به علامه بحرالعلوم گویا هنوز به‌صورت مخطوط باقی مانده است. ما نسخهٔ او را پیدا نکردیم تا کلامش را به‌طور مستقیم نقل کنیم. لذا کلام ایشان را از دیگران حکایت می‌کنیم. صاحب جواهر مفصل کلام علامه را ذکر کرده است، ولی چون آقای خویی ماحَصَل آن را بسیار مختصر و رسا تقریر کرده است، لذا ما کلام ایشان را در متن آورده‌ایم.

معامله منافی با فهم عرف در مثل اشتراط این خیار می‌باشد. ثالثاً شیخ طوسی زمانی که قائل شد به این‌که ملکیت بعد از زمان خیار حاصل می‌شود، بر او جماعتی از فقها چنین اشکال کرده‌اند که این مهم برخلاف نصوص وارده در این مسئله است، چراکه ادله دلالت می‌کنند غلهٔ مبیع (منافع مبیع) در زمان خیار به مشتری تعلق دارد، پس اگر مبیع ملک برای مشتری در زمان خیار نباشد، چگونه غله به مشتری تعلق می‌گیرد. رابعاً این نصوص دلالت دارند که خیار از حین معامله ثابت می‌باشد، و زمان خیار مجموع آن مدت یعنی از حین معامله تا انتهای آن معامله است (نجفی، ۱۴۳۹، ج۲۴، ص۶۹-۷۰).

شیخ انصاری در اصل استظهار محقق اردبیلی و رد مذکور از سید بحرالعلوم و مناقشات صاحب جواهر به علامه بحرالعلوم اشکالاتی وارد کرده است. ما اشکالات ایشان را به استظهار محقق اردبیلی، بیان و مورد نقد قرار می‌دهیم (انصاری، ۱۴۲۸، ج۵، ص۱۳۷).[1] وی در اشکالی که بر محقق اردبیلی وارد می‌کند می‌نویسد: «اما بنای این عقد بر تصرف یا به خاطر این است که متعارف عرفی بیع از ثمن کلی می‌باشد، و ظاهر حال در ثمن کلی، کفایت رد مثل ثمن است. لذا ما حمل این صورت را بر آنچه بدل را هم شامل بشود قوی دانستیم. پس در این هنگام تصرف در عین فرد مدفوع دلیل بر رضایت به لزوم عقد نمی‌باشد، زیرا منافاتی بین فسخ عقد و صحت این تصرف و استمرار آن نیست و این نوع تصرف است که مورد موثقه متقدم و منصرف از اطلاق آن است» (انصاری، ۱۴۲۸، ج۵، ص۱۳۷-۱۳۸).

توضیح کلام شیخ به عبارت دیگر از این قرار است که ثمن به سه صورت مورد معامله قرار می‌گیرد: صورت اول: عین شخصی؛ صورت دوم: کلی که در آن شخص فرد مدفوع از ثمن در آن شرط شده است.؛ صورت سوم: کلی که شخص مدفوع از ثمن در آن شرط نشده و بدل آن هم کفایت می کند. آنچه تصرف باعث سقوط خیار در عقد می‌باشد، صورت اول و دوم است، اما صورت سوم تصرف تأثیری در سقوط خیار در این صورت ندارد. آنچه متعارف بیع غالباً می‌باشد، صورت سوم است که مورد موثقه و

---

۱. عدم نقل بیان ایشان در این‌جا ازآن‌روست که همهٔ گزاره‌های آن مورد قبول نبود، لذا رد بر رد محسوب می‌شد و لازمه‌اش این بود که کلام برخی از بزرگان دیگر از جمله نایینی، سید کاظم یزدی و غیره نقل شود که از حوصلهٔ این بحث مختصر خارج است.

منصرف از اطلاق آن است، پس تصرف تأثیری در سقوط خیار ندارد، اما دو صورت اول به دلیل وقوع آن‌ها به‌صورت نادر، از مورد روایت خارج است (خویی، ۱۴۲۸، ج۳۸، ص۲۲۹-۲۳۰). با این بیان مشخص شد که شیخ قائل به تفصیل گردیده است، یعنی تصرف در دو صورت اول را مسقط خیار می‌داند، اما تصرف در صورت اخیر را مسقط خیار نمی‌داند. محقق رشتی نیز با این‌که اشکالاتی به شیخ کرده است، ولی در نهایت، به این نتیجهٔ شیخ یعنی تفصیل در بحث می‌رسد (رشتی، ۱۴۰۷، ص۲۳۷-۲۳۸).

وی در ادامه می‌نویسد: «و یا از جهت توافق متعاقدین است بر ثبوت خیار با تصرف یا به خاطر علم بر عدم التزام به عقد به مجرد تصرف در ثمن، چراکه قبلاً گذشت که سقوط خیار به‌وسیلهٔ تصرف تعبد شرعی مطلقاً نیست تا تصرفی که با عدم رضایت مقرون باشد، دلالت بر لزوم عقد بنماید» (انصاری، ۱۴۲۸، ج۵، ص۱۳۷-۱۳۸).

ظاهراً کلام شیخ راجع به کلام محقق اردبیلی درست نیست، چراکه:

اولاً شیخ انصاری از محل نزاع خارج شده است، چراکه محل نزاع صورت سوم است نه دو صورت اول، زیرا زمانی که ثمن، اگر عین شخصی یا کلی که در آن شخص فرد مدفوع از ثمن در آن شرط شده، باشد معلوم است تصرف در آن قطعاً مسقط خیار است، زیرا بعد از تصرف، عین ثمن عقلاً و شرعاً باقی نمی‌ماند، پس محل نزاع صورت سوم یعنی کلی است که در آن شخص فرد مدفوع از ثمن در آن شرط نشده است (رشتی، ۱۴۰۷، ص۲۳۵-۲۳۶).

ثانیاً مشهور فقها تصرف بایع در ثمن را در سایر خیارات به‌طور مطلق مسقط خیار دانسته‌اند، و اگر مراد آن‌ها دو صورت اول بود، قطعاً قائل به این قول نمی‌شدند، چراکه عقل و شرع مخالفتی نسبت به مسقطیت تصرف برای خیار در این دو صورت نمی‌بینند.

ثالثاً روایات مذکور در بیع شرط به‌طور مطلق آمده است و ظاهر اطلاق آن‌ها تصرف در ثمن را مثلاً در طول سه سالی که در دست بایع است، بلامانع داسته‌اند، لذا مقید کردن اطلاق آن روایات به صورت سوم به‌تنهایی، احتیاج به دلیل دارد، درحالی‌که شیخ دلیلی ارائه نداده است.

رابعاً ایشان تصرف را تعبداً مسقط خیار نمی‌داند. این در حالی است که در جای خود ثابت شده که تصرف به‌طور مطلق مسقط خیار است و برای تحقق این مسقطیت احتیاج به

قیودی مثل رضایت و امثال این‌ها نیست.

اما با وجود این، ظاهراً طریق محقق اردبیلی مورد قبول نیست، چراکه ایشان ادلهٔ خود را دایرمدار عرف و فایده بردن از ثمن در ایام خیار گذاشتند و از روایات مذکور در باب به‌عنوان مؤید استفاده کردند. این در حالی است که دقیقاً در مورد بحث باید بالعکس باشد، یعنی روایات مذکور در باب باید دلیل بوده و بقیه مؤید برداشت مذکور از روایات باشند. لذا این طریق استدلال از محقق اردبیلی مورد قبول نیست.

۲. طریق مرحوم خویی: همان‌طور که گفته شد، محقق اردبیلی مقتضی سقوط خیار به‌وسیلهٔ تصرف را در بیع شرط پذیرفت. مانع از سقوط خیار به‌وسیلهٔ دو دلیل و دو مؤید فوق وجود داشت. اما مرحوم آقای خویی اصل مقتضی سقوط خیار به‌وسیلهٔ تصرف را در بیع شرط قبول ندارد.

خلاصهٔ کلام ایشان این است: «برای ما در اصل کلام اشکالی است و این‌که تصرف به کدام مقتضی موجب سقوط خیار در مقام می‌شود؟ پس می‌گوییم: (اول). چه‌بسا غرض از تصرف در ثمن اسقاط خیار و یا تصرف به قصد مسقط فعلی برای خیار و کاشف از رضایت به عقد انجام می‌گیرد. در این صورت، اشکالی در مسقط بودن تصرف نیست. (دوم). از تصرف در ثمن، قصد اسقاط خیار نمی‌شود، به این صورت که یا در ثمن از روی غفلت یا به قصد انتفاع از آن تا این‌که آن را به صاحبش برگرداند، انجام می‌گیرد... . در مثل این صورت، چه دلیلی وجود دارد که تصرف مسقط خیار است؟، چراکه دلیل اگر باشد آن دلیل تعبد محض می‌باشد، درحالی‌که ثابت نشده است که تصرف در این خیار مسقط تعبدی باشد و روایت نیز فقط در خیار حیوان دلالت بر سقوط تعبدی می‌کند... . بنابراین اصل مقتضی برای سقوط خیار به‌وسیلهٔ تصرف در ثمن محرز نیست و با عدم مقتضی نوبت به ابداء مانع در مقام مثل آنچه محقق اردبیلی انجام داده است نمی‌رسد» (خویی، ۱۴۲۸، ج۳۸، ص۲۳۱-۲۳۲).

اگرچه در اصل مدعای ایشان یعنی عدم سقوط خیار به‌وسیلهٔ تصرف در ثمن از جانب بایع موافقیم، اما کلام ایشان را در نحوهٔ استدلال نمی‌پذیریم، چراکه کلام ایشان نیز مثل کلام محقق اردبیلی اشکال دارد:

اولاً باعث تعجب است که ایشان چگونه ادعا می‌کند مقتضی برای سقوط خیار از

طریق تصرف نیست، درحالی‌که در جای خود ثابت شده که روایاتی که در باب خیار حیوان آمده است، دلالت دارند که تصرف به‌طور مطلق یعنی به‌صورت تعبد محض نه با قصد رضایت، دلالت بر سقوط خیار می‌کند و این مهم نه‌تنها در خیار حیوان جاری است، بلکه به سایر خیارات نیز تسری پیدا می‌کند. بسیاری از فقها این سرایت را پذیرفته‌اند.

ثانیاً ما برای اصل مدعی می‌توانیم حداقل سه روایتی را که در باب بیع شرط وجود دارد، به‌عنوان دلیل بر مدعای خود بیاوریم. این در حالی است که ایشان نه‌تنها به‌عنوان مؤید، بلکه کوچک‌ترین اشاره‌ای به روایات در محل بحث نکرده است. پس ما می‌گوییم مقتضی سقوط خیار به‌وسیلهٔ تصرف به خاطر روایات در باب خیار حیوان و ادلهٔ دیگر وجود دارد، مانع روایات مذکور در باب بیع شرط و مؤیدات دیگر است.

۳. طریق وحید بهبهانی: وی بعد از این‌که حکم تصرف در خیار شرط را مطرح و قائل به سقوط خیار از طریق تصرف در خیار شرط می‌شود (وحید بهبهانی، ۱۴۱۷، ص۲۵۲-۲۵۳)، در ادامه، اصطلاح جدیدی را برای بیع شرط، به اسم «ارتجاع مبیع با رجوع ثمن» جعل می‌کند و منکر آن می‌شود که این قسم یکی از مصادیق خیار شرط باشد. خلاصهٔ عبارت ایشان چنین است: «اما برگشت دادن مبیع بر دو قسم است: قسمی از آن خیار شرط می‌باشد که داخل در این خیار بالبدیهه است... . قسم دوم، از آن تعبیر می‌شود به شرط برگشت به مبیع با برگشت دادن ثمن، اعم از این‌که این رجوع دادن در نفس ثمن یا در مثل آن باشد... . پس تصرف در این قسم مضر نیست، بلکه تصرف در مبیع نیز مشکل ندارد، بلکه این معامله انجام نمی‌گیرد، مگر از جهت دو تصرف (تصرف در مبیع و تصرف در ثمن). پس این قسم داخل در خیار شرط نیست. احدی از فقها و متشرعه از این خیار تعبیر نمی‌کنند مگر به خیار ارتجاع مبیع و اگرچه از آن به لحاظ لغوی، به خیار شرط تعبیر شود صحیح است مگر این‌که اصطلاح فقها آن چیزی است که ما ذکر کردیم و بدین خاطر است که فقها حکم می‌کنند به این‌که خیار شرط به‌وسیلهٔ تصرف ساقط می‌شود، بدون این‌که تأمل یا تزلزل یا استثنایی در کلامشان وجود داشته باشد» (وحید بهبهانی، ۱۴۱۷، ص۲۵۳-۲۵۴).

اگرچه در اصل مدعای ایشان یعنی عدم سقوط خیار به‌وسیلهٔ تصرف در ثمن از جانب

بایع در بیع شرط موافقیم، اما کلام ایشان که بیع شرط را به اصطلاح جدید «ارتجاع مبیع با رجوع ثمن» خارج از بیع شرط می‌داند، مورد پذیرش نیست، چراکه هیچ فقیهی را پیدا نکردیم که این قسم از خیار شرط را خارج از خیار شرط بداند، همان‌طور که قانون مدنی نیز این موضع به‌حق را در مادهٔ ۴۵۸ ق.م اتخاذ کرده است. لذا گفتهٔ ایشان از این جهت پذیرفتنی نیست.

۴. طریق شهیدی: ایشان از فقهایی است که تنها تصرف را در خیار حیوان مسقط خیار می‌داند، چراکه روایات مذکور در باب خیار حیوان را منحصر در آن‌ها می‌داند و قائل به تسری تعلیلات مذکور در این روایات به سایر خیارات نیست. لذا در باب بیع شرط نیز می‌نویسد: «اقوی عدم سقوط خیار به‌وسیلهٔ تصرف است به دلیل اصل؛[1] همراه با این‌که دلیلی بر سقوط خیار به‌وسیلهٔ تصرف نیست، به دلیل منع اطلاقی که فقها برای غیر خیار حیوان قائل شده‌اند...» (شهیدی، ۱۴۲۸، ج۴، ص۱۷۷).

گفتهٔ ایشان نیز قابل قبول نیست، چراکه در جای خود ثابت شده است که مشهور فقها و بلکه شاید بتوان ادعای اجماع کرد بر این‌که آن‌ها تصرف را یکی از مسقطات خیارات به‌طور مطلق اعم از حیوان و غیر حیوان می‌دانند. لذا گفتهٔ ایشان هرچند با مدعای ما در باب بیع شرط موافق است، اما دلیلی که برای آن اقامه کرده است صحیح نیست، چراکه روایات متعددی که در ذیل طریق بعد می‌آید، مطلوب مدعایمان را ثابت می‌کند.

۵. طریق محقق سبزواری: وی بعد از این‌که جواز بیع شرط را به اثبات می‌رساند، می‌نویسد: «این خیار ظاهراً همان‌طوری که برخی از اصحاب[2] قائل‌اند، به دلیل ظاهر روایات به‌وسیلهٔ تصرف ساقط نمی‌شود» (سبزواری، ۱۴۲۳، ج۱، ص۴۶۵). منظور ایشان از روایات، سه روایاتی است که در بالا ذکر شد و در باب بیع شرط وارد شده است. آن سه روایت عبارت‌اند از موثقهٔ اسحاق بن عمار (کلینی، ۱۴۲۹، ج۱۰، ص۷۷)، معاویة بن میسره

---

۱. منظور از اصلی که در عبارت آورده، اصل استصحاب است، چراکه قبل از تحقق تصرف، یقین بر وجود خیار از طریق شرط داریم و با آمدن تصرف شک می‌کنیم که آیا خیار مذکور باقی است یا نه. پس استصحاب بقای خیار را جاری می‌کنیم.

۲. ایشان متوفای ۱۰۹۱ است. لذا با تتبعی که در کتب قبل از ایشان در فقه انجام دادیم، کسی را به‌جز محقق اردبیلی که متوفای۹۹۶ق است نیافتیم. به همین دلیل است که مصحح کتاب مذکور، به قول محقق اردبیلی در پاورقی اشاره کرده است و گفتهٔ ایشان صحیح است.

(شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ج۷، ص۱۷۷-۱۷۸) و سعید بن یسار (کلینی، ۱۴۲۹، ج۱۰، ص۸۰). طریقهٔ استدلال به این روایات با قرار دادن چند گزاره که همه از منطوق و مفهوم روایات اخذ شده؛ به این نحو که:

گزارهٔ اول: در روایت اولی طبق فرض سؤال راوی از امام(ع) ثمن یک سال در دست بایع می‌باشد و طبق روایت دوم، ثمن سه سال و طبق روایت سوم فقط وقت معینی را شرط کرده، اما مدت آن وقت را در روایت نیاورده‌اند.

گزارهٔ دوم: آنچه از سیاق پرسش و پاسخ راوی برداشت می‌شود، هدف بایع از فروختن خانه‌اش در هر سه روایت و یا زمین نیز در روایت سوم، استفاده از ثمنی است که از آن معامله به دست می‌آید، چراکه اولاً بایع ظاهراً به دلیلی، محتاج استفاده از ثمن و برآوردن حاجتش از آن است. ثانیاً بر فرض عدم قبول حاجت بایع، تصرف در ثمن در این مدت طولانی که یک سال در روایت اول و سه سال در روایت دوم، صددرصد صورت می گیرد و عدم تصرف در این مدت طولانی احتمال بسیار بعیدی است.

گزارهٔ سوم: امام(ع)، با این‌که تصرف در ثمن به احتمال زیاد و بلکه در مواقعی یقیناً صورت گرفته است، اما به‌طور مطلق رد ثمن و ارتجاع مبیع را جایز دانستند، و با این‌که در مقام بیان بودند، اما مانعی از قبیل تصرف و غیره را بیان نداشتند.

گزارهٔ چهارم: ثمن مذکور در معاملات مذکور در سه روایت مطلق است، هم ثمن شخصی را دربرمی‌گیرد و هم ثمن کلی را.[۱]

گزارهٔ پنجم: ثمن مذکور در معامله باید در هنگام فرارسیدن وقت، قابلیت انتقال به بایع را داشته باشد، پس تصرف در آن ثمن نباید به‌نحو انتقال آن به‌وسیلهٔ عقود لازم یا تلف و غیره که قابلیت برگشت ثمن را از بین می‌برد، تحقق پیدا کند.

با قرار دادن این مقدمات در کنار هم، این نتیجه حاصل می‌شود که تصرف در بیع خیار بلامانع است و مهم‌ترین دلیل، همان‌طور که محقق سبزواری بیان داشت، این روایات است. لذا استدلال به این‌که مدار این خیار بر تصرف است یا خیار برای انتفاع بایع از ثمن تشریع شده است، چنان‌که محقق اردبیلی انجام داده بود، صحیح نیست، بلکه از

---

۱. این گفتهٔ ما به‌صورت کنایه رد بر شیخ انصاری است که در فوق تفصیل آن گذشت.

این‌ها به‌عنوان مؤیدات و تقویت برداشت از روایات می‌توان استفاده کرد.

نتیجه‌گیری

در این نوشتار نقش تصرف را در منتقل‌الیه به بایع و مشتری بررسی کردیم و آنچه به دست آمد این شد که:

تصرف مشتری در مثمن در بیع شرط، باعث سقوط خیار نمی‌باشد و فقها تصرف در مبیع از جانب مشتری را در مدت بیع شرط مطلقاً جایز دانسته‌اند. این در حالی است که قانون مدنی نیز در مادهٔ ۴۶۰ فی‌الجمله همین موضع را اتخاذ کرده است، چراکه در ادامهٔ ماده گفته است که این تصرف نباید منافی خیار باشد. لذا منطوق ماده تصرفاتی که باعث خارج شدن ید مشتری از بازگرداندن مثمن به بایع می‌شود را منع می‌کند که این مهم از عبارت «از قبیل نقل و انتقال...» برداشت می‌شود. همچنین تصرفاتی را که باعث تغییر و تبدّل مبیع به جنس دیگر می‌شود (مثل گندم که تبدیل به آرد شود) را منع کرده است که این مهم از عبارت «و غیره ..» استنباط می‌شود. مفهوم ماده تصرفاتی که از مقولهٔ آن دو می‌باشد را منع نکرده است، مثل رکوب بر حیوان و غیره، چراکه این‌ها منافی با حق خیاری که برای بایع وجود دارد نیست.

تصرف بایع در ثمن (منتقل‌الیه) در بیع شرط طبق نظر برخی از فقها باعث سقوط خیار در بیع شرط نمی‌شد. اما همین فقها برای اثبات مدعای خودشان هر کدام به طرقی تمسک کرده بودند که مجموعاً طریق محقق سبزواری با کمی دخل و تصرف در آن، ثابت شد. اما قانون مدنی در مادهٔ ۴۶۰ اصلاً به این فرع، نه در خیار شرط در غیر بیع شرط و چه در خیار شرط در بیع شرط اشاره نکرده است.

بر اساس مطالب فوق پیشنهاد می‌شود در ذیل خیار شرط در بیع شرط مادهٔ ۴۶۰ق.م اصلاح گردد تا تمام فروعات مطروحه در بیع شرط را دربر بگیرد. نحوهٔ پیشنهادی اصلاح مادهٔ مزبورکه مربوط به منتقل‌الیه است به این نحو است: « در بیع شرط تصرف مشتری در مثمن و تصرف بایع در ثمن مطلقاً باعث سقوط بیع شرط نمی‌باشد».

فهرست منابع

۱. اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۳ق). مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الاذهان. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲. انصاری، شیخ مرتضی. (۱۴۲۸ق). کتاب المکاسب. قم: الناشر مجمع الفکر الاسلامی.
۳. بحرانی، شیخ یوسف. (۱۴۰۵ق). الحدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴. بیگدلی، عطاء الله. (۱۳۸۹ش). اسقاط خیارات در حقوق ایران و فقه امامیه. پژوهش نامه حقوق اسلامی، ۱۱(۳۱). ۱۹۱-۲۴۳.
۵. ترحینی عاملی، سید محمدحسن. (۱۴۲۷ق). الزبدة الفقهیه فی شرح الروضه الفقهیه. قم: دار الفقه.
۶. حسینی روحانی، سید صادق. (۱۴۱۲ق). فقه الصادق(ع). قم: مدرسه امام صادق(ع).
۷. حلی (علامه حلی)، حسن بن یوسف. (۱۴۲۱ق). تلخیص المرام فی معرفة الاحکام. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.
۸. حلی (علامه حلی)، حسن بن یوسف. (الف). (۱۴۱۳ق). ارشاد الاذهان. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۹. حلی (علامه حلی)، حسن بن یوسف. (ب). (۱۴۱۳ق). قواعد الاحکام. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۰. حلی (محقق حلی)، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام. تهران: اسماعیلیان.
۱۱. حلی، فخرالمحققین. (۱۳۷۸ق). ایضاح الفوائد فی شرح القواعد الاحکام. قم: اسماعیلیان.
۱۲. حلی، مقداد بن عبدالله (فاضل مقداد). (۱۴۰۴ق). التنقیح الرائع لمختصر النافع. قم: کتابخانه مرعشی.
۱۳. خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۲۸ق). التنقیح فی شرح المکاسب (موسوعة الامام الخویی). قم: انتشارات الامام الخویی.
۱۴. رشتی، میرزا حبیب‌الله. (۱۴۰۷ق). فقه الامامیه، قسم الخیارات. قم: کتابفروشی داوری.
۱۵. سبزواری، محمدباقر. (۱۴۲۳ق). کفایة الأحکام. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۶. شهیدی تبریزی، میرزا فتاح. (۱۴۲۸ق). هدایه الطالب الی اسرار المکاسب. قم: دار الفقه.
۱۷. طباطبایی، سید علی. (۱۴۱۸ق). ریاض المسائل. قم: مؤسسة آل البیت(ع).
۱۸. طرابلسی، قاضی ابن‌براج. (۱۴۱۱). جواهر الفقه- العقائد الجعفریه. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۹. طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق). تهذیب الاحکام. تهران: دار الکتب الاسلامیه.
۲۰. عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی. (۱۴۱۷ق). الدروس الشرعیه فی فقه الامامیه. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۱. عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی. (۱۴۱۳ق). مسالک الافهام فی شرح شرایع الاسلام. قم:

مؤسسة المعارف الاسلامیه.
۲۲. عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی. (۱۴۱۴ق). حاشیه الارشاد. قم: انتشارات دفتر اسلامی.
۲۳. عاملی، سید محمدجواد. (۱۴۱۹ق). مفتاح الکرامه فی شرح قواعد الاحکام. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۴. علم الهدی، سید مرتضی. (۱۴۱۵ق). الانتصار فی انفرادات الامامیه. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۵. فاضل آبی، حسن بن ابی‌طالب. (۱۴۱۷ق). کشف الرموز فی شرح مختصر النافع. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۶. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۷ش). قانون مدنی در نظم حقوق کنونی. تهران: نشر میزان.
۲۷. کرکی، علی بن حسین. (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد. قم: مؤسسة آل البیت(ع).
۲۸. کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۲۹ق). الکافی. قم: دار الحدیث.
۲۹. مجلسی، محمدباقر. (۱۴۰۴ق). مرآة العقول. قم: دار الکتب الاسلامیه.
۳۰. مجلسی، محمدباقر. (۱۴۰۶ق). ملاذ الاخبار فی فهم تهذیب الاحکام. قم: انتشارات کتابخانه آیت‌الله مرعشی.
۳۱. معظمی گودرزی، مهدی؛ دیلمی، احمد (۱۴۰۳)، نقش «تصرف» در عقد متزلزل به موجب خیار مجلس (نقدی بر مواد ۴۵۰ و ۴۵۱ ق.م)، آموزه‌های فقه مدنی، ۱۶ (۲۹)، ۲۲۷-۲۵۱. https://doi.org/10.30513/cjd.2023.4411.1737
۳۲. نجفی، محمدحسن. (۱۴۳۹ق). جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام. قم: مؤسسة النشر الاسلامی.
۳۳. وحید بهبهانی، محمدباقر. (۱۴۱۷ق). حاشیه مجمع الفائده و البرهان. قم: انتشارات وحید بهبهانی.

Civil Jurisprudence Doctrines

ISSN Print: 2251- 936x Online: 2783- 3690

A Critical Study of Methods for Calculating Civil Compensation (Arsh) in Cases of Expert Disagreement, with Reference to the Opinions of Shaykh Ansārī

Mahdi Movahedi Moheb[1] | **Masih Lessani**[2]

1. Corresponding Author, Associate Professor, Department of Law, Faculty of Humanities, Semnan University, Semnan, Iran. Email: movahedi@semnan.ac.ir

2. PhD Student, Department of Law, Faculty of Humanities, Semnan University, Semnan, Iran Email: feghhosool@gmail.com

Article Info

Article type:
Research Article

Article history:
Received: 27 December 2023
Revised: 3 September 2024
Accepted: 31 December 2024
Available online 6 March 2025

Keywords:
Arsh (Compensation), Bara'ah (Discharge), Contradiction, Testimony, Shaykh Ansārī, Expert, Article 428 of the Iranian Civil Code.

ABSTRACT

If it is discovered that the item of a transaction was defective at the time of contract formation, the recipient may choose between rescinding the contract or compensation (Arsh). According to Article 428 of the Iranian Civil Code, when experts disagree on the amount of compensation, the legislator considers the average of their valuations as valid. This article, relying on the jurisprudential and foundational principles of the Civil Code, aims to examine the views of jurists and analyze their evidences. After explaining and critiquing the existing opinions-which include two prevalent methods and one less common method-it proposes the approach of "accepting the certain amount and applying the principle of Bara'ah (discharge) to the excess" as the preferred view, supported by general rules, broad narrations, critique of existing methods, and specific evidence. Conducted through a descriptive-analytical method, the study finds that accepting the prevalent opinion-requiring calculation of the average expert opinion-necessitates acceptance of the absolute validity of evidentiary presumptions (Amārāt) in cases of contradiction and adherence to the causality approach (Maslak Sababiyyat). Nonetheless, there are disputes regarding both the evidences supporting the prevalent opinion and its numerical calculation method.

Cite this article: Movahedi Moheb, M.; Lessani, M. (2025). A Critical Study of Methods for Calculating Civil Compensation (Arsh) in Cases of Expert Disagreement, with Reference to the Opinions of Shaykh Ansārī. *Civil Jurisprudence Doctrines*, 17(31), 261-283.
https://doi.org/10.30513/cjd.2025.5646.1929

© The Author(s). Publisher: Razavi University of Islamic Sciences.

آموزه‌های فقه مدنی
ISSN Print: 2251- 936x Online: 2783- 3690

مطالعهٔ انتقادی روش‌های محاسبهٔ ارش مدنی در فرض اختلاف نظر کارشناسان، با نگاه به آرای شیخ انصاری

مهدی موحدی محب[۱] | مسیح لسانی[۲]

۱. نویسنده مسئول، دانشیار، گروه حقوق، دانشکدهٔ علوم انسانی، دانشگاه سمنان، سمنان، ایران. رایانامه: movahedi@semnan.ac.ir

۲. دانشجوی دکتری، گروه حقوق، دانشکدهٔ علوم انسانی، دانشگاه سمنان، سمنان، ایران. رایانامه: feghhosool@gmail.com

اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۰/۰۶

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۶/۱۳

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۰/۱۱

تاریخ انتشار برخط: ۱۴۰۳/۱۲/۱۵

کلیدواژه‌ها:
ارش، برائت، تعارض، شهادت، شیخ انصاری، کارشناس، مادهٔ ۴۲۸ قانون مدنی ایران.

چکیده

در صورتی که معلوم شود کالای مورد معامله، هنگام انعقاد عقد، معیوب بوده است، گیرندهٔ آن، میان فسخ عقد و گرفتن ارش، مخیر خواهد بود. قانون‌گذار مدنی، در مادهٔ ۴۲۸، در فرضی که کارشناسان در تعیین مقدار ارش اختلاف کنند، حد وسط قیمت‌ها را معتبر دانسته است. این مقاله با تکیه بر مبانی فقهی و اصولیِ قانون مدنی در بحث حاضر، بر آن است تا با پژوهش در کلام فقیهان و بررسی مستندات هر یک، پس از توضیح و نقد نظرات موجود که عبارت‌اند از: دو روش مشهور و یک روش غیرمشهور، «اخذ قدر متیقن و اجرای برائت در مازاد بر آن» را با استناد به قواعد و دلایل عام، عموم روایات، نقد روش‌های موجود و نیز دلایل خاص، به‌عنوان نظر برگزیده، تبیین و اثبات نماید. در نوشتار حاضر که به روش توصیفی - تحلیلی انجام پذیرفته، در بخش ادلهٔ خاص، این نتیجه به دست آمده است که لازمهٔ پذیرش نظر مشهور، مبنی بر لزوم محاسبهٔ میانگین نظر کارشناسان، قبول اطلاق دلیل حجیت امارات نسبت به فرض تعارض و پذیرش مسلک سببیت است؛ ضمن آن‌که، در ادله قول مشهور و نیز روش محاسبهٔ عددیِ آن هم مناقشه می‌شود.

استناد: موحدی محب، مهدی؛ لسانی، مسیح. (۱۴۰۴). مطالعهٔ انتقادی روش‌های محاسبهٔ ارش مدنی در فرض اختلاف نظر کارشناسان، با نگاه به آرای شیخ انصاری. آموزه‌های فقه مدنی، ۱۷(۳۱)، ۲۶۱-۲۸۳.
https://doi.org/10.30513/cjd.2025.5646.1929
ناشر: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.

© نویسندگان.

مقدمه

در صورتی که مشتری پس از معامله، به عیب مبیع هنگام انعقاد عقد پی ببرد، می‌تواند معامله را فسخ کند یا با اخذ ارش، آن را بپذیرد (مرعشی، ۱۴۰۶ق، ج۲، ص۲۷؛ قانون مدنی، مادهٔ ۴۲۲). این‌که آیا اخذ ارش و رد معامله، در عرض یکدیگرند یا در طول هم، مسئله‌ای دیگر است که این قلم درصدد بحث از آن نیست. اگر میان متعاملین، توافقی در خصوص تعیین ارش، حاصل نشود، به اهل خبره (در این بحث، مقوِّم) مراجعه می‌شود و در صورت عدم اتفاق نظر کارشناسان، برابر نظر مشهور فقها و قانون مدنی، قول همگی معتبراست، اما برابر قانون آیین دادرسی مدنی در مادهٔ ۲۵۸ نظر اکثریت ملاک عمل خواهد بود. بر اساس نظر مشهور و قانون مدنی، دو روش، مطرح شده است: یکی روش مشهور (از جمله شیخ طوسی، ابن‌ادریس حلی، محقق حلی، علامه حلی و فخرالمحققین) و مادهٔ ۴۲۸ قانون مدنی: اخذ میانگین قیمت‌های کالای سالم و کالای معیوب. دومین روش مشهور (راه‌حل شیخ انصاری و صاحب عروه): اخذ میانگین ارش‌ها. البته روش دیگری نیز از شیخ مفید و شهید اول مطرح شده است. این نوشتار با روش توصیفی - تحلیلی به دنبال این است که در قالب دو مسیر عمده (قواعد عام و دلایل خاص)، تعیین ارش را در صورت اختلاف نظر کارشناسان، بررسی کند و ضمن نقد اقوال موجود، راه‌حل جدیدی برای آن بیابد.

این مقاله پس از تعریف ارش مدنی، اقتضای قواعد عام و نیز ادلهٔ خاص در مسئله را به‌نحو ابتکاری، به بحث می‌نشیند. در بخش قواعد عام، عدم تفاوت میان این‌که نظر کارشناس، خبر یا شهادت دانسته شود، اثبات می‌گردد. سپس راه‌حل‌های مطرح‌شده برای محاسبهٔ ارش در فرض مورد بحث، بررسی و نقد گردیده و در نهایت، اختلاف نظر مذکور، مصداق قاعدهٔ تساقط دلایل متعارض دانسته شده است.

در موضوع عام نوشتار حاضر (ارش)، پیش از این، چند اثر نگارش یافته‌اند، همچون «ارش؛ ماهیت، شیوهٔ محاسبه ومسئول آن» (حاجی‌ده‌آبادی، ۱۳۸۹)؛ «قاعدهٔ ارش و حکومت در فقه امامیه و اهل‌سنت» (حاجی‌ده‌آبادی، ۱۳۸۴)؛ «تأملی دربارهٔ ماهیت و مبنای ارش مدنی» (ایزدی و فلاح، ۱۳۹۴) و «تحلیل مبنا و ماهیت حقوقی ارش» (ابوعطا

و شمس‌اللهی، ۱۳۹۱). در دو عنوان نخست، ارش، از منظر جزایی موضوع بحث است. دو عنوان اخیر هم که آن را از دیدگاه مدنی بررسی نموده، بیشتر ناظر به ماهیت و جایگاه آن بوده و به‌طور اخص و مستقل، به فرض اختلاف کارشناسان در تقویم نپرداخته است. بنابراین، وجه ابتکاری نوشتار پیش‌رو، علاوه بر متفاوت بودن حوزهٔ اخصّ موضوع، آن است که با عنایت به آثار فقهی، روش‌های مختلف محاسبهٔ ارش، نقد و بررسی شده و در نهایت، روش دیگری به‌طور مستدل ارائه گردیده است. فقها برای تعیین ارش در فرض اختلاف نظر کارشناسان راهکارهایی پیشنهاد داده‌اند که در این نوشتار بررسی و نقد شده‌اند. هیچ یک از آثار پیشین، به‌طور خاص و مبسوط، به فرض اختلاف کارشناسان، آن‌گونه که در نوشتار حاضر مطرح است، نپرداخته‌اند.

۱. مفهوم ارش

ارش درلغت به معنای دیه است (ابن‌منظور، ۱۴۱۴، ج۶، ص۲۶۳؛ فیروزآبادی، بی‌تا، ج۲، ص۲۶۱؛ فراهیدی، بی‌تا، ج۶، ص۱۱۶). جوهری آن را خصوص خون‌بهای جراحات دانسته است (جوهری، ۱۴۱۰، ج۳، ص۹۹۵). در تاج‌العروس آمده که واژهٔ ارش را مردم عراق برای آنچه در جراحات واجب می‌گردد، وضع نموده‌اند (واسطی، ۱۴۱۴، ج۷، ص۵۱۷). ظاهراً معنای لغوی ارش، با مفهوم مدنی آن چندان نزدیک نیست. اما در اصطلاح، مشترک لفظی بوده و گاهی در مباحث فقه و حقوق کیفری و گاه در نوشته‌های فقه و حقوق مدنی از آن یاد می‌شود. در شماری از روایات این لفظ به معنای مقدار تفاوت قیمت مبیع در دو حالت سالم و معیوب بودن به کار رفته است (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج۱۸، ص۱۰۴) که در نوشتار حاضر همین معنا مورد نظر است. الزام به پرداخت ارش، مسئولیتی قراردادی است. مقصود از این‌که الزام به پرداخت ارش، در زمرهٔ مسئولیت قراردادی است، این است که به علت ضامن بودن فروشنده نسبت به سلامت مبیع، در صورت آشکار شدن عیب آن، این عهد، شکسته شده و چون تعهد ضمنی در قرارداد وجود دارد، پس ریشهٔ ارش در قرارداد است (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج۱، ص۹۵).

حال، راه شناخت ارش چیست؟ شیخ انصاری می‌گوید: «راه شناخت ارش شناخت قیمت کالا در فرض سلامت و قیمت کالای معیوب است. این بدان خاطر است که

تفاوت میان آن دو قیمت معلوم گردد. سپس، به نسبت تفاوت مذکور، از ثمنی که به بایع داده شده، پس گرفته می‌شود. چنانچه قیمت معلوم نبود، باید به مقوّم مراجعه شود» (انصاری، ۱۳۷۵، ص۲۷۲ و۲۷۳).

تکلیف قاضی چیست؟ در حقوق موضوعه رجوع به کاردان برای تعیین ارش، تکلیفی است بر عهدهٔ قضات (رأی شماره ۱۶۶- مورّخ ۸۰/۴/۱۸ شعبه۳ دادگاه انتظامی قضات)، چه قاضی دانای مطلق نیست وبرای اصدار حکم در موارد تخصصی، نیازمند رجوع به خبره است و حکم قانون مبنی بر تکلیف قاضی در ارجاع امر به نظر کارشناس، ارشاد به حکم عقل است. رجوع به مقوّم به سه صورت محتمل است:

۱. مبیع در بازار موجود است و قیمت در نزد آنان معلوم، اما بایع و مشتری به آن جاهل. در این صورت، اگر فردی از قیمت مبیع خبر دهد، از باب گواهی است، زیرا خبر دادن از یک امر محسوس خارجی می‌باشد. در نتیجه، در این صورت، خبره بودن کارشناس، مطرح نیست، بلکه ازآن‌جاکه داخل در باب گواهی است، برای مشخص شدن قیمت تعدد شاهد، معتبراست، مگر آن‌که قائل به حجیت خبر واحد در موضوعات شویم. شیخ انصاری قائل به چنین حجیتی نیست (انصاری، ۱۳۷۵، ص۲۶۴).

۲. مبیع در بازار موجود نیست و طبعاً قیمت بازاری ندارد. در این فرض، نیاز به کارشناس (مقوّم) هست. در این صورت، نظر کارشناس از جهت خبرویت، حجت است.

۳. فروشنده و مشتری به قیمت مبیع آگاه‌اند، اما در خصوص تطبیق قیمت بر مبیع توافق ندارند. در این فرض نیز به کارشناس نیاز هست، که البته نظر وی از جهت خبرویت، حجت است. در نتیجه، در دو صورت اخیر، میزان، نظر کارشناس است و داخل در باب شهادت هم نیست، چه گواهی خبر دادن مبتنی بر حس است، حال‌آن‌که نظر کارشناس، خبر دادن بر اساس حدس می‌باشد. ازاین‌رو، نظر کارشناس که خبره در قیمت‌گذاری است، برای رسیدن به واقع، معتبر است. شیخ انصاری حکمت داخل نبودن فرض دوم و سوم را در باب شهادت چنین بیان می‌کند: «یا در صورت شرط بودن تعدد، حرج لازم می‌آید، یا به دلیل معتبر بودن ظن در امثال این مورد (چیزهایی که باب علم در آن بسته) است، و از کنار گذاشتن قول واحد عادل و اخذ به اقل، به دلیل برائت ذمهٔ بایع، در بیشتر موارد، تضییع حق مشتری لازم می‌آید» (انصاری، ۱۳۷۵، ص۲۷۳). بنابراین هرچند

آیات و روایات، بر حجیت خبر واحد، دلالت دارند، اما ازآن‌جاکه این مورد، از مسائلی است که ملاک در آن، سیرهٔ عقلاست، آیات و روایات نیز ارشادی خواهند بود، و این سیره اعم است از حجیت خبر واحد در احکام و در موضوعات. در فرضی هم که شناخت قیمت حاصل نگردد، شیخ انصاری می‌گوید: «اگر شناخت قیمت به دلیل نبود اهل خبره و یا توقف ایشان امکان‌پذیر نباشد، در مورد کافی بودن ظن یا اخذ به اقل، دو وجه وجود دارد» (انصاری، ۱۳۷۵، ص۲۷۳).

۱-۱. قواعد و دلایل عام برای تعیین ارش

به گفتهٔ شیخ انصاری، بر اساس یک احتمال، قیمت اقل، ارش خواهد بود. سپس شیخ یک وجه ضعیف را بیان می‌کند و این‌که در چنین شرایطی باید قیمتِ اکثر اخذ گردد: «احتمال ضعیف این است که اکثر اخذ شود، زیرا تدارک عیب تنها با اخذ اکثر دانسته می‌شود» (انصاری، ۱۳۷۵، ص۲۷۳). در این فرض، با پرداخت قیمت اقل، برائت ذمه مشکوک است. بنابراین به حکم اصل احتیاط، باید قیمت اکثر پرداخت شود.

این احتمال، همان‌گونه که شیخ نیز آن را ضعیف می‌داند، مردود است، چراکه اولاً اصل احتیاط در اقل و اکثر ارتباطی جریان می‌یابد نه استقلالی، حال‌آن‌که بحث ما یعنی اختلاف نظر کارشناسان قیمت‌گذاری، اقل و اکثر استقلالی است. ثانیاً در اقل و اکثر ارتباطی نیز جریان احتیاط مورد اجماع نیست و بزرگانی قائل به اجرای برائت‌اند. پس برائت اولین و مهم‌ترین قاعدهٔ عام در بحث حاضر است که دوَران میان اقل و اکثر استقلالی است.

۱-۲. برائت در دوَران میان اقل و اکثر استقلالی

ازآن‌جاکه این نوشتار با محوریت آرای شیخ است، کلامی از ایشان را نقل و نقد می‌نماییم. شیخ انصاری می‌نویسد: «وإذا لم‌تکُنِ القیمةُ معلُومةً فلا بُدَّ منَ الرُّجوعِ إلی العارفِ بها» (انصاری، ۱۳۷۵، ص۲۷۲ و۲۷۳).

اشکال این سخن آن است که در بحث حاضر، آنچه بایسته است، پرداخت ارش از سوی فروشنده است و ارش بنابه فرض، برسر دوراهی میان اقل و اکثر استقلالی و فی‌الجمله، معلوم است. بنابراین با پرداخت اقل ارش از سوی بایع، بیع لازم می‌شود، و

ازآن‌جاکه این شبهه، شبههٔ موضوعیه است، محتاج بررسی نیست.

اشکال و پاسخ: اگر اشکال شود که در صورت عدم بررسی، ممکن است میزان واقعی ارش، بیش از اقل باشد، در پاسخ می‌توان گفت: خریدار می‌تواند اعتراض کند واکثر را مطالبه نماید، که البته پس از اثبات ادعایش به حقش می‌رسد. حکمت آن نیز این است‌که ارش، یک غرامت موجود درشرع است و غرامت، تنها بامطالبهٔ خواهان به دست می‌آید، وگرنه بایع ابتدائاً نسبت به اکثر، بریءالذمه محسوب می‌گردد (این‌که خریدار استحقاق دریافت اکثر را دارد یا ندارد، بحثی ثبوتی است، حال‌آن‌که بحث حاضر، بحثی اثباتی است. بحث در این نیست که حق خریدار به چه چیز تعلق گرفته است، بحث در این است که در مقام اثبات و در فرض اختلاف نظر مقوّمین، تکلیف چیست). شیخ انصاری می‌گوید: «گاهی از قیمت متعارف معلوم معیّن در نزد مردم شهر یا اهل خبره در مورد این مبیع یا مثل آن از نظر صفات مورد نظر، در آن شهر خبر داده می‌شود» (انصاری، ۱۳۷۵، ص۲۷۳). ایراد این مطلب آن است که تفاوت میان شهادت و اِخبار باید از مبنا اثبات شده باشد. ثمرهٔ نزاع در جایی مشخص می‌شود که آثار تبعی بر هر یک از اِخبار و شهادت، متفاوت باشد، حال‌آن‌که از نگاه نگارندگان، این دو، تفاوت مهمی در بحث حاضر ندارند.

۱-۳. عموم روایات

با لحاظ این‌که تعیین ارش در زمرهٔ موضوعات است، احتیاجی به تعدد شهود نیست. ازاین‌رو شیخ انصاری قائل است که اِخبار از قیمت بازار، داخل در باب شهادت می‌باشد، که محتاج خبر دو ثقه است. به نظر می‌رسد که در صورت قول به حجیت خبر واحد در موضوعات، اِخبار از قیمت توسط یک کارشناس برای تعیین ارش کافی است، وگرنه همسو با دیدگاه شیخ انصاری، ثابت شدن ارش محتاج اِخبار دو نفر است. به نظر می‌رسد در روایت مسعدة بن صدقة، استبانه (واضح شدن) و بینه، تقابل دارند و ازآن‌جاکه استبانه در ردیف بینه آمده است و نیز امام(ع) در مقام بیان راه‌های اثبات خلاف است، بنابراین، چون از خبر واحد در این روایت یاد نشده است، در موضوعات، حجت نخواهد بود. بر همین اساس معتقدند که روایات، مانع پذیرش دلالت مورد نظر در بنای عقلا وآیهٔ نبأ

می‌باشد (روایات بر بنای عقلا مقدم شده ومقیِّد اطلاق آیهٔ نبأ است).

۱-۳-۱. روایت مسعدة بن صدقة

عَلِی بْنُ إِبْرَاهِیمَ عَنْ هَارُونَ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ مَسْعَدَةَ بْنِ صَدَقَةَ عَنْ أَبِی عَبْدِ اللَّهِ(ع) قَالَ: سَمِعْتُهُ یَقُولُ: کُلُّ شَیءٍ هُوَ لَکَ حَلَالٌ حَتَّی تَعْلَمَ أَنَّهُ حَرَامٌ بِعَینِهِ فَتَدَعَهُ مِنْ قِبَلِ نَفْسِکَ وَذَلِکَ مِثْلُ الثَّوْبِ یکُونُ قَدِ اشْتَرَیتَهُ وَهُوَ سَرِقَةٌ أَوِ الْمَمْلُوکِ عِنْدَکَ وَلَعَلَّهُ حُرٌّ قَدْ بَاعَ نَفْسَهُ أَوْ خُدِعَ فَبِیعَ أَوْ قُهِرَ أَوِ امْرَأَةٍ تَحْتَکَ وَهِی أُخْتُکَ أَوْ رَضِیعَتُکَ وَالْأَشْیاءُ کُلُّهَا عَلَی هَذَا حَتَّی یسْتَبِینَ لَکَ غَیرُ ذَلِکَ أَوْ تَقُومَ بِهِ الْبَینَةُ (کلینی، ۱۳۹۴، ج۶، ص۷۱).

۱-۳-۱-۱. بررسی سندی

روایت در زمرهٔ ثلاثیات[1] شیخ‌کلینی است و کم‌ترین واسطه میان وی و امام(ع) موجود است. با بررسی عبارات رجالیان، هیچ ویژگی منفی از مسعدة بن صدقه به ما نرسیده، درحالی‌که شخصی نامدار بوده، می‌توان نتیجه گرفت که ثقه بوده است. هارون بن مسلم را نیز نجاشی و خویی ثقه دانسته‌اند (خویی، بی‌تا، ج۲۰، ص۲۵۲). علیّ بن ابراهیم نیز شخصیت معتبری است (خامنه‌ای، ۱۳۹۶، ص۳۱۰). لذا سند روایتْ فاقد خدشه است.

۱-۳-۱-۲. بررسی دلالی

عبارت «حرامٌ بعینهِ» و همچنین «حتّی یستبینَ لکَ غیرُ ذلکَ» به این معناست که به‌تفصیل بدانیم فلان چیز حرام است. عبارت «حتّی تقُومَ بهِ البیّنةُ» نیز بیانگر این است که دو عادل به آن موضوع، گواهی بدهند. بنابراین، حجیت خبر واحد درموضوعات، مستلزم لَغویت بینه است، چه پیش از آن‌که بینه اقامه گردد، خبر واحد، محقق می‌شود. بر این اساس، اگر شارع برای اثبات موضوعی، اقامهٔ بینه را لازم دانسته، دیگر خبر واحد، قابلیت حجیت در آن را نخواهد داشت. ضمن آن‌که این روایت، اختصاص به باب منازعات و ترافعات هم ندارد.

باید گفت: حدیث مورد بحث از امام صادق(ع) است و واژهٔ بینه در آن زمان، در معنای اصطلاحی (شهادت دو مرد عادل یا حسب مورد، زنان) استعمال شده و یک لفظ

---

۱. روایاتی که نویسنده به جهت نزدیکی زمانی با نویسندگان اصول، توانسته روایاتی را با واسطه‌های کمتر نقل کند. از همین رو، بخشی از روایات کافی با سه واسطه نقل شده که به «ثلاثیات» معروف است.

منقول است.

۱-۳-۲. روایت عبدالله بن سلیمان

أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ الْكُوفِي عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ النَّهْدِي عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْوَلِيدِ عَنْ أَبَانِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سُلَيْمَانَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ(ع) فِي الْجُبُنِّ قَالَ: كُلُّ شَيءٍ لَكَ حَلَالٌ حَتَّى يجِيئَكَ شَاهِدَانِ يشْهَدَانِ عِنْدَكَ أَنَّ فِيهِ مَيتَةً (کلینی، ۱۳۹۴، ج۸، ص۱۶۱).

۱-۳-۲-۱. بررسی سندی

تمامی روات به استثنای ابان بن عبدالرحمن، ثقه‌اند (نجاشی، ۱۴۰۷، ص۳۴۵). ابان بن عبدالرحمن مجهول است (مامقانی، ۱۴۰۹، ج۳، ص۱۱۸).

۱-۳-۲-۲. بررسی دلالی

عبارت کلیدی روایت در جملهٔ «حتّی یجیئکَ شاهدانِ یشهدانِ» می‌باشد. این عبارت بدین معناست که برای اثبات موضوعات، نیازمند دو گواهیم. ازاین‌رو، باید گفت: برای اثبات موضوعات، اقامهٔ بینه، ضروری است، اگرچه استناد به این روایت به دلیل ضعف سند آن، منتفی است. البته مادهٔ آغازین تولید پنیر، ماده‌ای بوده در داخل شیردان چهارپای مردار. خود این ماده، مردار به شمار نیامده است و ازاین‌رو نجس نیست، همان‌گونه که شیر در پستان و مشک در بدن آهو همین‌گونه است. این مواد از اساس دارای حیات نیستند. نهایت این‌که آنچه به شیردان چهارپا متصل است جدا شود و موادی که به شیردان متصل نیست، پاک و مباح است. بنابراین، این حدیث هم سنداً و هم دلالتاً نمی‌تواند در این بحث مورد استناد باشد.

۱-۳-۳. روایت حلبی

محمد بن یعقوب از علی بن ابراهیم از پدرش و از محمد بن یحیی از احمد بن محمد همگی از ابن‌ابی‌عمیر از حماد بن عثمان از حلبی از امام صادق(ع) که علی(ع) می‌فرمود: در مورد هلال، فقط شهادت دو مرد عادل را اجازه می‌دهم (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج۱۰، ص۲۸۶).

۱-۳-۳-۱. بررسی سندی

این روایت را حر عاملی از کلینی با دو سندِ صحیح، از ابن‌ابی‌عمیر و او از حمّاد بن عثمان روایت کرده است. ازاین‌رو، حدیثْ صحیح است.

نکتهٔ قابل ذکر این‌که این روایت، مؤید فرضیهٔ این نوشتار هست، اما قابلیت دلیل بودن برای آن را ندارد، چه موضوع روایت، هلال ماه است و نمی‌توان با اطمینان گفت که تعیین ارش نیز همین‌گونه است. بنابراین، در این جهت، دیدگاه شیخ انصاری شایستهٔ پذیرش است و به باور صاحبان این قلم، اِخبار یک کارشناس از قیمت، در صورتی که مبتنی بر حس باشد، شایستگی اثبات قیمت را ندارد، بلکه باید بیش از یک مخبر باشد، زیرا از جمله موضوعات است. اما در فرضی که گواهی، حدسی باشد، بدین معنا که مخبر، خبره و کارشناسی کاربلد است و نظر کارشناسانهٔ خویش را ارائه می‌دهد، چنین اِخباری آثار شرعی از جمله اثبات ارش را در پی خواهد داشت و نیازی به تعدد نیست.

به باور صاحبان این قلم، بهترین راه‌حل در فرض اختلاف نظر کارشناسان تعیین ارش، اخذ به قدر متیقن و اجرای برائت در مازاد از آن است و در ادامه، بررسی می‌شود که قدری تفاوت با نظر شیخ دارد.

۲. روش‌های مطرح‌شده در فرض اختلاف مقوّمین در برآورد ارش و نقد آن‌ها

اگر کارشناسانی که از نظر میزان مهارت متفاوت‌اند دیدگاه یکسانی در تقویم نداشتند، نظر مقوّمِ خبره‌تر ترجیح دارد (مراغی، ۱۴۱۷، ج۲، ص۵۴۷). در فرض برابری کارشناسان از نظر خبرویت، در مقام بیان راه‌حل، وجوهی مطرح شده است که در ادامه، نقل و مورد نقد و بررسی قرار خواهد گرفت.

اخذ اقل: اخذ اقل و جریان برائت نسبت به اکثر (از درس خارج آیت‌الله‌العظمی شبیری زنجانی در تاریخ ۱۷ آبان‌ماه سال ۸۴، برمی‌آید که ایشان قائل به این نظرند).

نقد: چنین راه‌حلی مناسب فرض مورد بحث نیست، زیرا دیدگاه کارشناس، بینه است و بینه، اماره، حال‌آن‌که اصل برائت اصلی عملی است و اصل، قابلیت اثبات اماره را ندارد. در جایی که اماره هست، اساساً نوبت به اصل نمی‌رسد. همچنین اصل عملی قابلیت مرجح بودن برای اماره را ندارد (خراسانی، ۱۴۴۲، ج۲، ص۳۱۷). برای نمونه، اگر دو

اماره تعارض کنند و یکی بگوید فلان کار واجب است و دیگری آن را واجب نداند، اصل برائت نیز با واجب نبودن موافق است. اکنون آیا با استناد به اصل برائت یا استصحاب و مانند آن می‌توان یکی از متعارضان را بر دیگری ترجیح داد؟ این دو اساساً در عرض هم نیستند، بلکه در طول یکدیگرند، بدین معنا که تا هنگامی که اماره هست، نوبت به اصل نمی‌رسد. بنابراین ترجیح اقل، به‌واسطهٔ مرجِّح اصل (انصاری، ۱۳۷۵، ص۲۷۳) قابل درک نیست. ازاین‌رو شیخ انصاری پس از توضیح این روش، می‌نویسد: «إنّ الأصول الظاهرية لا تصير مرجِّحة للأدلة الاجتهادية» (انصاری، ۱۳۷۵، ص۲۷۳).

اخذ اکثر، زیرا اکثر اثبات‌کننده است و نسبت به اقل، که نافی است، مقدم. بینهٔ اقل، همان‌گونه که مثبِت اقل است، نافی اکثر هم هست، اما بینهٔ اکثر، مثبِت اکثر است و برابر قاعده، بینهٔ مثبِت، بر بینهٔ نافی مقدم است (سبحانی، ۱۴۱۸، ص۳۸). بینهٔ اکثر، یقیناً مثبِت است، زیرا اقل نیز در ضمن اکثر موجود است (چون که صد آمد، ...). بنابراین، هم اثبات‌کنندهٔ اقل، در ضمن اکثر است و هم مثبِت اکثر.

نقد: عمل بر طبق اکثر خالی از اشکال نیست، چه در این مسئله یکی از دو کارشناس، تنها مدعی اقل است. بنابراین، نظریهٔ دو کارشناس، متعارض است و باید به باب تراجیح رجوع نمود و برابر قاعده، متعارضان تساقط می‌کنند. البته اگر مرجحی در میان باشد، ترجیح بمرجّح، اجرا می‌گردد. اصل احتیاط نیز قابلیت مرجح بودن برای اماره را ندارد، چه دلیلی بر مرجح بودن اصل عملی، در مقام متعارض بودن دو اماره، وجود ندارد. ترجیح مانند حجیت نیازمند دلیل است و برای مرجحیت مرجحات خارج از اماره، دلیلی در دست نیست.

قرعه: ازآن‌جاکه قرعه برای هر امر مشکلی است (فاضل مقداد، ۱۴۲۹، ج۲، ص۲۹-۲۸) و مورد نزاع هم امری مشکل، قرعه انداخته می‌شود.

نقد: عمل بر اساس قرعه پذیرفته نیست، چه محل اجرای قرعه اموری است که به دلیل دست نیافتن به ادلهٔ واقعی و ظاهری، مشکل، بر آن صادق است. در واقع، موضوع قرعه امر مشکل است و این به معنای نبود هر راه‌حلی برای برون‌رفت از آن است، درحالی‌که مسئلهٔ مورد بحث، چنین نیست، زیرا درست است که به واقع دسترسی نداریم، اما دلیل ظاهری به‌عنوان یک راه‌حل موجود است. ضمن آن‌که قاعدهٔ «الجمع» هم

حاکم بر دلیل قرعه است و مشکل را حل می‌کند (انصاری، ۱۳۷۵، ص۲۷۳). علاوه بر این، به نظر می‌رسد روایات مربوط به قرعه، پیرامون دو خواسته در منازعات است، اما در مسئلهٔ مورد بحث، یک خواسته مطرح است. بنابراین، عمل بر طبق قرعه نیز مردود است. احادیث عمل به قرعه، پیرامون فرضی است که دو یا چند شخص، خواهان اثبات چیزی (مثل ابوّت، مالکیت، زوجیت) هستند و هیچ یک بینه‌ای برای اثبات خواستهٔ خویش ندارد، حال‌آن‌که فرض بحث دو یا چند خواسته مبنی بر علقه به چیزی در عالم خارج نیست، بلکه دو یا چند دیدگاه بر اساس حدس و اجتهاد خبره است.

صلح: این‌که دو طرف با یکدیگر صلح کنند، زیرا هر یک به نظر کارشناسی استناد دارد که شرعاً حجت است و از سویی، جای سوگند هم نیست، زیرا فروشنده و خریدار، علم به قیمت ندارند. بنابراین، صلح تعین دارد. خداوند هم صلح را ستوده است: ﴿إصلاحٌ لهُم خیرٌ﴾ (بقره / ۲۲۰). در روایات وارد شده است که «الصُّلحُ جائزٌ بینَ النّاسِ» (کلینی، ۱۴۰۷، ج۵، ص۲۵۹). به‌طور کلی، مصالحه امری نیکوست. روش برگزیدهٔ حضرت امام نیز همین روش است (خمینی، ۱۳۹۰، ج۱، ص۵۳۰).

نقد: پذیرفتنی است که مصالحه خوب است و چه‌بسا قابلیت رفع نزاع را هم دارد، اما بحث حاضر وجوب مشخص شدن ارش در مسئله است و این مقام به دنبال کشف اقتضای اصول و قواعد در مسئله است، وگرنه پر واضح است که راه مصالحه در امور حقوقی همواره باز است.

اختیار دادرس: در اخذ به اقل و اکثر، دادرس اختیار دارد، زیرا ترجیح یکی بر دیگری بلامرجح است و امکان جمع هم نیست. البته این امر در موارد بسیاری از ق.م.ا. همچون مواد ۴۰۴، ۴۰۸، ۴۱۳، ۴۱۷ به چشم می‌خورد (صادقی، ۱۳۷۶، ص۲۵۴؛ حاجی‌ده‌آبادی، ۱۳۸۹، ص۱۹). در فقه عامه نیز مالک بن انس چنین دیدگاهی دارد (اصبحی، ۱۴۱۹، ج۳۹، ص۳۲۴).

نقد: اختیار نمودن احد متعارضین در باب تراجیح، درست نمی‌نماید، بلکه قاعدهٔ ابتدایی، تساقط و در صورت عدم تکافؤ و وجود مرجح، ترجیح است (گلپایگانی، بی‌تا، ج۲، ص۱۳۷). همچنین قائلان به تخییر نیز در مطلق امارات معتقد به تخییر نیستند، بلکه نوع ویژه‌ای از امارات (امارات ظاهراً متعارض) را دارای چنین قابلیتی می‌دانند (بجنوردی، ۱۴۱۹،

ج۲، ص۲۱۲)، درحالی‌که در مسئلهٔ مورد بحث، با نظر دو کارشناس (که هر دو، بینه است) مواجهیم که واقعاً متعارض‌اند و به حکم قاعدهٔ ابتدایی باید متساقط گردند و تخییری در کار نیست. بنابراین در جایی که امارات در تعارض‌اند و یا اصول عملی، تعارض دارند، دیدگاه مشهور فقها تساقط است. بنابراین امکان اختیار میان اقل و اکثر وجود ندارد.

جمع (عمل به دیدگاه هر دو کارشناس): بدین معنا که نصف اقل و نصف اکثر، با هم جمع گردد، سپس به نسبت قیمت سالم و معیب، ارش محاسبه شود (روش مشهور).

تبیین این روش: آن‌که نصف اقل و نصف اکثر را اخذ نموده، نسبت کالای سالم به کالای معیوب، اخذ و سپس ارش، به همان نسبت، محاسبه شود. حکمت این روش نیز آن است‌که عمل به نظر هر دو کارشناس به‌نحو استقلال، غیرممکن است. بنابراین، راه‌حل این است‌که نیمی از نظر هر یک از کارشناسان اخذ شود و در واقع، میان نظرات جمع گردد و این حکم را در فرض تعدد کارشناسان نیز جاری می‌دانند. شیخ انصاری می‌گوید: «لکنّ الأقوی منَ الکُلِّ ما علیهِ المُعظمُ بوُجُوبِ الجمعِ بینهُما بقدر الإمکانِ» (انصاری، ۱۳۷۵، ص۲۷۳). فقهای زیادی بر این نظرند (مفید، ۱۴۱۳، ص۵۹۷؛ محقق حلی، ۱۴۱۸، ج۱، ص۱۲۵؛ محقق حلی، ۱۴۰۸، ج۲، ص۳۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۳، ج۲، ص۷۴؛ علامه حلی، بی‌تا، ج۱۱، ص۱۱۰؛ علامه حلی، ۱۴۲۰، ج۲، ص۳۶۸؛ شهید اول، ۱۴۱۷، ج۳، ص۲۸۸). در بیان توجیه و مدلل نمودن این روش، مواردی بیان شده است، از جمله:

الف. قاعدهٔ «الجمعُ مهما أمکنَ أولی». با این روش، به قاعدهٔ «الجمعُ مهما أمکنَ أولی» (اردبیلی، ۱۴۰۳، ج۳، ص۳۳۱) عمل نموده و میان نظر کارشناسان جمع کرده‌ایم. شیخ انصاری می‌گوید: «جمع میان دو دلیل، هر جا که امکان‌پذیر باشد، نسبت به ترک دلیل تقدم دارد» (انصاری، ۱۳۷۵، ج۴، ص۱۹). صاحب فصول می‌نویسد: «اگر دو خبر معتبر تعارض کنند، در صورتی که جمع بین آن دو، ممکن باشد، به‌گونه‌ای که یکی بر دیگری حمل‌شود و عرف به آن جمع اعتبار دهد، بر دیگر مراتب ترجیح برتری دارد (حائری، ۱۴۰۴، ص۴۴۰؛ مظفر، ۱۳۸۷، ج۲، ص۳۹۸). همچنین بنابه نقل شیخ، ابن‌ابی‌جمهور هم بر این قاعده، ادعای اجماع کرده است (انصاری، ۱۳۷۵، ص۴، ص۱۹).

ب. اگر منظور از جمع (در روش مشهور)، جمع موارد مالی و یا جمع حقین است و بنای عقلا نیز بر آن قائم و شارع نیز آن را ردع نکرده باشد (با فرض این‌که دو خبر از

شخص واحد نیست)، می‌توان در بحث حاضر، جمع عرفی نمود. در این فرض، قاعدهٔ «الجمع» برای رعایت عدالت است که مال یا حق مالی که هر یک از دو مدعی، خواهان آن است، از حیث این‌که مقدمه است، به دو نیم تقسیم می‌گردد تا به این وسیله دست‌کم نصف مال به مالک واقعی آن برسد. سکونی روایت نموده است: «از امام صادق(ع) از پدرش(ع) در مورد دو نفر که نفر اول یک دینار و نفر دوم دو دینار به شخص ثالثی سپرده‌اند و سپس یک دینار نامعین، از مجموع سه دینار تلف شد، فرمود: به صاحب دو دینار یک دینار داده می‌شود و آن یک دینار دیگر را دو نیم می‌کنند (صدوق، ۱۴۱۳، ج۳، ص۷۳). امام‌علی(ع) نیز درموردی مشابه، همین‌گونه قضاوت فرمود (صدوق، ۱۴۱۵، ص۳۹۸). بنابراین، در مورد ارش نیز باید به همین روش عمل شود.

طریقهٔ محاسبه بر مبنای این روش: بر اساس نظر مشهور (اخذ میانگین)، از دو راه می‌توان ارش را محاسبه کرد:

الف. راه نخست: دو قیمت کالای سالم با هم جمع شود، سپس بر دو تقسیم گردد. دو قیمت کالای معیوب نیز با هم جمع شود و بر دو تقسیم گردد. دو عددِ به‌دست‌آمده، از یکدیگر کم گردد. اکنون نسبتی را که حاصل می‌شود (نسبت رقم نهایی در برابر حاصل جمع دو قیمت سالم تقسیم بر دو) به‌عنوان ارش قرار می‌دهیم.

ب. راه دوم: دو قیمت سالم با هم جمع شود، دو قیمت معیوب نیز با هم جمع شود. حاصل جمع دو قیمت معیوب، از حاصل جمع دو قیمت سالم، کم می‌شود. رقم به‌دست‌آمده را با مجموع دو قیمت سالم تناسب می‌گیریم. البته هر چه در نسبت میان قیمت کالای سالم و کالای معیوب، در نظر کارشناسان، مخرج کسر بیشتر شود، ارش کمتر خواهد شد، اگرچه مطابق راه نخست، ضریب کمتر شدن ارش بیش از راه دوم است.

نقد: در این خصوص، مواردی به نظر می‌رسد: اولاً چنین جمعی مقبول نیست، زیرا گذشته از این‌که مستلزم مخالفت قطعیه است، قاعدهٔ «الجمع»، در جمع عرفی و مقبول جریان دارد، درحالی‌که در مسئلهٔ حاضر، جمع تبرعی صورت پذیرفته است. جمع عرفی عبارت است از جمع دلالی بین دو دلیلِ به‌ظاهر متعارض، بر اساس قواعد عرفی، درحالی‌که نظر متعارض دو کارشناس، نه‌تنها ظاهراً بلکه واقعاً در تعارض‌اند. به‌علاوه، در

جمع عرفی، یکی از دو دلیل، قرینه و یا در حکم قرینه برای دیگری است، مانند عام و خاص که تعارض ظاهری آن دو، با حمل عام بر خاص و قرینه‌گرفتن خاص برای عام رفع می‌شود (اراکی، ۱۳۷۵، ج۱، ص۲۱۹)، حال‌آن‌که هیچ یک از نظرات متفاوت کارشناسان، برای دیگری قرینه نیست. ضمن آن‌که اگر مراد از این قاعده، مطلق جمع بود (نه فقط جمع عرفی)، دیگر هیچ تعارض مستقری باقی نمی‌ماند. از سوی دیگر، روش جمع میان نظرات کارشناسان، از نوع جمع تبرعی است نه عرفی. نظر دو کارشناس واقعاً یکدیگر را تکذیب می‌کند، نه این‌که تکاذب صرفاً بدوی باشد و با حمل یکی بر دیگری بتوان از آن رهایی یافت. ثانیاً در فرضی جمع درست است که دو خبر، از یک گوینده یا در حکم آن باشد، مانند معصومان(ع) که نور واحدند: «خلقُنا واحدٌ وعلمُنا واحدٌ وفضلُنا واحدٌ وکلُّنا واحدٌ عندَ اللهِ» (فیض، ۱۴۲۵، ج۱، ص۱۰۶). ثالثاً تمسک به عدالت در بحث حاضر، مصادره به مطلوب است، گویی در پاسخ به این پرسش که در فرض اختلاف نظر کارشناسان، اقتضای عدالت چیست؟ بدون هیچ مستندی گفته شود: راه‌حل جمع، زیرا همین راه، عدالت است. رابعاً حدیث مذکور، در باب ویژه‌ای (ودیعه) وارد شده است و نمی‌توان حکم آن را به موارد دیگر تسری داد. ظاهر این حدیث در موردی است که نشانه‌ای از صاحب مال در مال مورد تنازع وجود ندارد و هیچ یک از دو خواهان، بینه اقامه نکرده‌اند. بنابراین، سرایت حکم این مسئله به بحث حاضر، قیاس است. منشأ این استظهار نیز آن است که شهید ثانی پس از مردود دانستن این روایت، به دلیل ضعف سند و نیز به دلیل مخالفت با اصول شرعی، می‌گوید: «احتمال ندارد که آن درهم برای هر دو باشد، بلکه تنها برای یکی از دو خواهان است» (شهید ثانی، ۱۳۸۵، ج۱، ص۴۱۶). وی در ادامه می‌گوید: «مقتضای اجتهاد، که اصول شرعیه بر آن گواهی می‌دهد، فتوای به قرعه در یکی از دو درهم است» (شهید ثانی، ۱۳۸۵، ج۱، ص۴۱۶). اگر غیر از این استظهار بود، اساساً نوبت به تنازع و در نتیجه تقسیم درهم و یا به قول شهید ثانی نمی‌رسید. در مجموع، به نظر می‌رسد در باب اختلاف کارشناسان، برای اثبات دیدگاه مشهور در تعیین ارش، استناد به قواعد «الجمع» و «عدالت» مصون از ایراد نیست.

عمل بر اساس ظن مطلق: شیخ انصاری پیش از ذکر این شش راه‌حل، از یک روش دیگر نیز یاد کرده که البته حقیقتاً روش نیست و آن عبارت است از عمل بر اساس ظن

مطلق، یعنی ظن مطلق به قیمت واقعی صحیح و معیب از هر راهی حاصل شد کافی باشد، به دلیل این‌که در فرض تعذر علم، ظن قائم‌مقام علم می‌گردد.

نقد: وجه ضعف این روش آن است‌که ظن مطلق حجت نیست و در مقدمات حجیتش (مقدمات دلیل انسداد) مناقشه می‌شود (اصفهانی، ۱۴۴۲، ج۲، ص۲۴۵).

نسبت‌سنجی: نسبت میان قیمت کالای سالم و کالای معیوب از هر کارشناس، همان ارش است (مفید، ۱۴۱۳، ص۵۹۶؛ شهید اول، ۱۴۱۷، ج۳، ص۲۸۷).

نقد: روش شیخ مفید در محاسبهٔ ارش نیز گاهی با دیدگاه مشهور، از نظر نتیجه، یکسان می‌شود و گاهی متفاوت. هر چه مخرج کسر در نسبت میان قیمت کالای سالم و کالای معیوب از نظر کارشناسان بیشتر شود، نتیجهٔ روش ایشان از نتیجهٔ راه دوم مشهور کمتر می‌شود و در حالت عکس، از نتیجهٔ راه نخست روش مشهور، بیشتر. ظاهراً روش شیخ مفید نسبت به هر دو راه محاسبه در روش مشهور، دقیق‌تر و در مقام اجرا نیکوتر است. بنابراین، مخدوش بودن روش مشهور فقها در محاسبهٔ ارش، علاوه بر دلیلی که پیش‌تر در بحث طریقیت و سببیت امارات گفته شد، به دلیل اشتباه محاسباتی و رد روش شیخ مفید، تنها به موجب همان دلیل پیشین است، که در صورت اعتقاد به طریقیت امارات، دو اماره لاجرم متساقط می‌گردند و تنها بر مبنای مسلک سببیت است که تساقط رخ نمی‌دهد و نوبت به این راه‌حل‌ها خواهد رسید.

۳. دلایل خاص جهت تعیین ارش در فرض مسئله

بر اساس قواعد عام، از نظر محققان متأخر همچون صاحب کفایه، میرزای نائینی و علامه مظفر، اگر دو دلیل یا دو اماره متعارض شوند، تساقط می‌کنند (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج۲، ص۲۹۱)، بدین جهت که دلیل حجیت اماره، اصل یا دیدگاه کارشناس، مطلق نیست و فرض تعارض را دربرنمی‌گیرد، بلکه در فرض تعارض، آن دلیل نسبت به حجیت اماره ساکت است. بنابراین، اگر ادلهٔ شرعی، امارات و اصول عملیه با یکدیگر متعارض باشند، تساقط می‌کنند. سید یزدی در این خصوص می‌گوید: «به نظر من تساقط محتمل است و رجوع به اصل می‌شود یا از جهت این‌که رجوع به اصل در هنگام تعارض دو دلیل و یا دو اماره، مقتضای قاعده است، و یا به جهت قصور دلیل حجیت بینه، از شمول فرض

تعارض (یزدی، ۱۴۱۰، ج۲، ص۱۰۳). در فرض تعارض دو دلیل، صورت قول به عدم تساقط و اطلاق دلیل حجیت امارات نسبت به فرض تعارض، مستلزم بررسی کیفیت جعل حجیت برای امارات از جانب شارع خواهد بود، بدین معنا که باید دید در باب حجیت امارات، مسلک سببیت پذیرفته است یا طریقیت، چه پذیرش طریقیت امارات از یک سو، و قول به عدم تساقط دو امارهٔ متعارض از سوی دیگر، مصداق جمع دو نقیض و محال است و با توضیحات ذیل، به معنای پذیرش سببیت امارات.

۳-۱. اختلاف نظر کارشناسان بر اساس طریقیت امارات

قول به طریقیت، مقتضی آن است‌که در صورت تعارض دو بینه، هر دو طریقیت به واقع نداشته و تساقط کنند. در فرض امکان جمع عرفی نیز باید گفت: اساساً تعارضی در کار نیست، وگرنه تساقط جریان دارد (مظفر، ۱۳۸۷، ج۲، ص۴۰۶). باید توجه داشت که بیان شیخ انصاری در خصوص جمع میان آن دو به اندازهٔ امکان (انصاری، ۱۳۷۵، ص۲۷۳)، جمعی غیرعرفی است به معنای جمع تبرعی، و مردود است، چنان‌که پیش‌تر بیان شد.

۳-۲. اختلاف نظر کارشناسان بر اساس سببیت امارات

در فرض سببیت، با یکی از دو بیان زیر می‌توان قائل به تخییر بود:

الف. قول به تخییر در مقام تزاحم، بر اساس قول به ترتب، بدین معنا که اخذ به یکی موکول به ترک دیگری است.

ب. عدم قبول ترتب و قول به ایجاد ملاک در مدلول دلیل هنگام تزاحم. بنابراین، تساقط امکان‌پذیر نخواهدبود، زیرا بنابه فرض، تنها یکی از دو دلیل، واجد ملاک است. از سوی دیگر، امکان اخذ هر دو نیست. پس تخییر متعین می‌گردد.

به دیگر سخن، در صورت قول به سببیت، امکان قول به تخییر بر اساس ترتب و یا غیر آن وجود دارد، زیرا هر دو، ملاک دارد. این مطلب پیرامون حکم تکلیفی است، اما موضوع نوشتار (ارش) حکمی وضعی است که تخییر در آن بی‌معناست، چه در بحث حاضر، تخییر مقتضی تضییع حق احد اطراف دعوی خواهد بود. نتیجه آن‌که پیروی از دیدگاه شیخ در اخذ به نصفِ نظر هر یک از دو کارشناس، مقتضی مبنا بودن دو امر است: ۱. دلیل حجیت ادله و امارات، صورت تعارض را نیز دربرگیرد. ۲. جعل حجیت

در امارات، تنها بر مبنای سببیت، صحیح است و قول به طریقیت، با جمع عرفی در تناقض باشد.[۱]

۳-۳. تفصیل اختلاف دو اماره

شیخ انصاری در مورد مقتضای اصل اوّلی در متعارضین بین مبنای سببیت و طریقیت در امارات، قائل به تفصیل می‌شود و می‌گوید: اگر در مورد امارات قول به طریقیت اخذ شود که امارات مجرد طریق به واقع‌اند و هیچ گونه مصلحتی در متعلق امارات اخذ نمی‌شود، مقتضای قاعده و اصل اوّلی در متعارضین تساقط خواهد بود، چون نسبت به طریق به واقع اختلاف رخ می‌دهد و با ایجاد اختلاف در طریق، هر دو طریق تعارض خواهند کرد، لذا تساقط رخ می‌دهد.

اما در صورتی که در مورد امارات قول به سببیت اتخاذ شود که اماره سبب احداث مصلحت در متعلق خود می‌شود، مقتضای اصل اوّلی در متعارضین تخییر خواهد بود، چون بین دو مصلحتی که توسط اماره ایجاد شده است، تزاحم رخ می‌دهد و با توجه به این‌که هر یک از دو اماره مشتمل بر مصلحت است، تخییر ثابت می‌شود (انصاری، ۱۴۲۸، ج۴، ص۳۳ تا ۳۹).

بنابراین، ازآن‌جاکه ما قائل به طریقیت اماراتیم، به مقتضای قاعده و اصل اوّلی تساقط رخ می‌دهد.

۴-۳. بررسی احادیث باب تداعی

برای فرض تداعی، احادیث زیاد و متفاوتی دربارهٔ تعارض دو بینه در دست است که بیشتر آن‌ها دلالت بر عمل بر طبق قرعه دارند (طوسی، ۱۳۹۰، ج۳، ص۴۱؛ طوسی، ۱۴۰۷، ج۶، ص۲۳۷). شماری از آن‌ها نیز حکم به تنصیف مال و بعض دیگر حکم بر اساس عدالت

---

۱. به نظر می‌رسد صرف نظر از این‌که این مطالب مربوط به حکم تکلیفی و بیگانه از بحث حاضر است، هر دو امر فوق، مردود است. التزام به اخذ نصف هر یک از دو نظر هم در مواردی است که گواهان برای ثبوت باشند، یعنی شهود یک طرف شهادت به ثبوت ملکیت برای وی و شهود طرف مقابل شهادت به مالک بودن برای همان طرف مقابل می‌دهند. چنین بینه‌ای بر مسئلهٔ مورد بحث (ارش) که اختلاف در اقل و اکثر است، منطبق نیست، چه در اقل نزاعی نیست و نزاع در مازاد بر آن است، بدین معنا که کارشناسِ معتقد به اکثر، اقل را تکذیب نمی‌کند. بر این اساس، استشهاد شیخ انصاری به نظر شهید ثانی مبنی بر تنصیف در فرض تعارض دو بینه غیرقابل پذیرش است.

داده‌اند. به نظر می‌رسد روایات باب تداعی، از مسئلهٔ مورد بحث بیگانه است، چه تکیهٔ آن‌ها بر مواردی است که دو خواهان دلیلی بر حکم واقعی یا ظاهری ندارند. از همین رو، دستور بیشترِ روایات، تنصیف مال یا قرعه است. اما اگر یکی از دو طرف دلیلی داشته باشد، طبق همان عمل می‌شود. در مسئلهٔ مورد بحث، بایع به اصل برائت استناد می‌کند. بنابراین، مقدار متیقن (اقل)، متعین است و نسبت به اکثر نیز برائت جاری است. بنابراین، ادلهٔ خاص روایی نیز به کار نمی‌آید و قابلیت اثبات لزوم تنصیف یا قرعه را در مسئلهٔ ارش ندارد.

۴. روش پیشنهادی نگارندگان

در بحث اقل و اکثر، دو موضوع مورد نظر است که شخص باید انجام دهد، به‌گونه‌ای که این دو در شماری از اجزا یا شرایط مشترک‌اند، اما یکی نسبت به دیگری اجزا یا شرایط بیشتری دارد. منظور از اقل و اکثر استقلالی هم آن است که دو موضوع هر یک به‌طور جداگانه دارای امتثالی خاص می‌باشد (محقق داماد، ۱۴۰۱، ج۲، ص۵۰۷؛ نجفی، ۱۴۲۸، ص۱۸۵). اما اقل و اکثرِ ارتباطی به این معناست که در عالم واقع، تنها یک تکلیف وجود دارد و در نتیجه نسبت به موضوع اقل و اکثر، تنها یک امتثال یا یک عصیان را می‌توان لحاظ کرد (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۳، ج۱، ص۱۱۵؛ کوه‌کمری، ۱۴۱۳، ص۵۸). بر این اساس، اگر موضوع تکلیف، فعل اکثر باشد، انجام اقل منتهی به هیچ عصیان یا امتثالی نیست. شاهد هم در خصوص اجرای برائت نسبت به مازاد در مورد بحث، اقل و اکثر استقلالی است. در چنین صورتی با اتیان قدر متیقن، ذمهٔ بایع نسبت به آن، بری می‌شود و در خصوص زائد بر آن هم بری است. تمامی اصولیان در خصوص جریان برائت در بیش از اقل، هم‌داستان‌اند. مراد زمانی است که اعتبار جزء یا شرط خاص در موضوع تکلیف، مشکوک است. حتی در اقل و اکثر ارتباطی نیز برخی از عالمان اصول معتقدند که با اتیان اقل، ذمهٔ شخص بری می‌گردد و نسبت به اکثر، برائت جاری می‌شود (خراسانی، ۱۴۴۲، ج۲، ص۱۷۵). بنابراین، به طریق اولی در اقل و اکثر استقلالی باید چنین باشد. گفتنی است که نگاه نگارندگان، از روشی که شیخ انصاری تنها به‌عنوان یک احتمال (اخذ اقل) مطرح نموده است، متفاوت است، چه در آن روش اصل برائتْ مرجع دیدگاه

کارشناس قائل به اقل است، اما در این نگاه، نظر مقوّمان تساقط می‌کند، پس از آن، اصل برائت جاری می‌شود، و به پرداخت اقل ارش (قدر متیقن) حکم می‌گردد. در روش اخذ اقل، نظر کارشناسِ قائل به اقل، بر نظر کارشناسِ قائل به اکثر، ترجیح داده می‌شود که به دلیل مرجح دانسته شدن اصل در این روش، به نظر می‌رسد چنین ترجیحی بلامرجح و قبیح است، حال آن‌که در روش برگزیده، با پرهیز از ترجیح بلامرجح، به مدد اصل عملی، پس از یأس از نتیجه‌بخشی اماره در فرض طریقیت، اقل (قدر متیقن) را برمی‌گزینیم.

نتیجه‌گیری

در تعیین مقدار ارش در فرض اختلاف نظر کارشناسان، روش مشهور و قانون مدنی، اخذ حد وسط دیدگاه کارشناسان، با پیاده‌سازی قاعدهٔ «الجمع مهما أمکن...» است، با اختلافی در کیفیت اجرا. اما چنین جمعی تبرعی است و در صورت عدم امکان جمع عرفی، باید قائل به تساقط دو دلیل بود و تنها در صورتی می‌توان قائل به عدم‌تساقط دو دلیل شد که در مبانی اصولی حجیت امارات، مسلک سببیت پذیرفته شود. در فرض طریقیت امارات هم دو اماره قابلیت طریقیت به واقع را ندارد و بر این اساس، دیدگاه‌های مختلف کارشناسان تساقط می‌کند، درحالی‌که بنابر مسلک سببیت، دو اماره تساقط نمی‌کنند. بر مبنای ترتب هم پس از ترک یکی، دیگری فعلیت می‌یابد و نظر او ملاک قرار می‌گیرد. بر مبنای جمع نیز دیدگاه‌های مختلف کارشناسان، به‌عنوان اماره دارای ملاک خواهد بود. افزون بر روش مشهور، روش‌های دیگری نیز پیشنهاد شده است، از جمله: اخذ اقل، اخذ اکثر، مصالحه، تخییر دادرس، و قرعه که هر یک نقد می‌شود. روش برگزیده مبنی بر بینه بودن نظر کارشناس و پذیرش مسلک طریقیت امارات، تساقط نظرات متعارض کارشناسان، اخذ به قدر متیقن و اجرای اصل برائت نسبت به مازاد است. دلیل اتخاذ این نظر، علاوه بر ملاحظات وارد بر روش‌های دیگر، آن است که صورت اختلاف نظر کارشناسان، از مصادیق شبهه در اقل و اکثر استقلالی است که در آن، اقل (متیقن)، اخذ شده و در اکثر (شبهه در اصل تکلیف)، به اجماع اصولیان، برائت جاری می‌شود. تفاوت این روش با روش اخذ اقل، آن است‌که در آن، اصل عملی، مرجع یکی

از دو اماره می‌شود، درحالی‌که در روش برگزیده، پس از تساقط، اماره‌ای نمی‌ماند تا یکی بر دیگری ترجیح داده شود.

فهرست منابع

۱. قرآن کریم
۲. ابن‌منظور، ابوالفضل. (۱۴۱۴ق). لسان العرب. بیروت: دار الفکر.
۳. اراکی، محمدعلی. (۱۳۷۵ش). اصول الفقه. قم: در راه حق.
۴. اردبیلی، احمد. (۱۴۰۳ق). مجمع الفائده. قم: انتشارات اسلامی.
۵. اصبحی، مالک. (۱۴۱۹ق). المدوّنة الکبری. بی‌جا: بی‌نا.
۶. اصفهانی، محمدحسین. (۱۴۱۹ق). حاشیة المکاسب. قم: علمیّه.
۷. اصفهانی، محمدحسین. (۱۴۴۲ق). نهایة الدّرایه. قم: ذوی القربی.
۸. انصاری، مرتضی. (۱۳۷۵ق). المکاسب. تبریز: النّشر الإسلامی.
۹. انصاری، مرتضی. (۱۴۲۸ق). فرائد الاصول. قم: مجمع الفکر.
۱۰. ایزدی‌فرد، علی‌اکبر؛ فلّاح، مهدی. (۱۳۹۴). تأمّلی دربارهٔ ماهیّت و مبنای ارش مدنی. مجلّه حقوقی دادگستری، ۷۹ (۹۰)، ص۳۷ تا ۵۵. https://doi.org/10.22106/jlj.2015.14388
۱۱. بجنوردی، سید حسن. (۱۴۱۹ق). القواعد الفقهیّه، قم: الهادی.
۱۲. جوهری، اسماعیل. (۱۴۱۰ق). تاج اللّغه و صحاح العربیّه. بیروت: دارالعلم.
۱۳. حاجی ده‌آبادی، احمد. (۱۳۸۹). طبقه‌بندی مجازات‌ها در قانون مجازات اسلامی. مجلّه حقوقی دادگستری، (۶۹)، ص۱۷ تا ۲۱. https://doi.org/10.22106/jlj.2010.11185
۱۴. حائری، محمدحسین. (۱۴۰۴ق). الفصول الغرویّة. قم: إحیاء العلوم.
۱۵. حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). وسائل الشّیعه. قم: آل‌البیت(ع).
۱۶. خامنه‌ای، سیّد علی. (۱۳۹۶). غناء و موسیقی. تهران: مؤسّسه آثار امام خامنه‌ای.
۱۷. خراسانی، محمدکاظم. (۱۴۴۲ق). کفایة الأصول. قم: مجمع الفکر.
۱۸. خمینی، روح‌الله. (۱۳۹۰ق). تحریر الوسیله. قم: اسماعیلیان.
۱۹. خمینی، سید مصطفی. (بی‌تا). الخیارات. قم: مؤسّسهٔ آثار امام خمینی(ره).
۲۰. خویی، سیّد ابوالقاسم. (بی‌تا). معجم رجال الحدیث. بی‌جا: بی‌نا.
۲۱. سبحانی، جعفر. (۱۴۱۸ق). ضیاءالنّاظر. قم: امام صادق(ع).
۲۲. شهید اوّل، محمّد. (۱۴۱۷ق). الدّروس الشّرعیّة. قم: انتشارات اسلامی.
۲۳. شهید ثانی، زین‌الدّین. (۱۳۸۵). الرّوضة‌البهیّة. قم: بوستان کتاب.
۲۴. صادقی، محمّدهادی. (۱۳۷۶). جرایم‌علیه‌اشخاص. تهران: میزان.

۲۵. صدوق، محمّد. (۱۴۱۳ق). فقیه من لا یحضره الفقیه. قم: انتشارات اسلامی.
۲۶. صدوق، محمّد. (۱۴۱۵ق). المقنع. قم: امام هادی(ع).
۲۷. طوسی، محمّد. (۱۳۹۰ق). الاستبصار. تهران: دار الکتب.
۲۸. طوسی، محمّد. (۱۴۰۷ق). تهذیب الأحکام. تهران: دار الکتب.
۲۹. عاملی، سیّدجواد. (۱۴۱۹ق). مفتاح الکرامة. قم: انتشارات اسلامی.
۳۰. عاملی کرکی، علی. (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد. قم: آل‌البیت(ع).
۳۱. علّامه حلّی، حسن. (۱۴۱۳ق). قواعد الأحکام. انتشارات اسلامی.
۳۲. علّامه حلّی، حسن. (۱۴۲۰ق). تحریر الأحکام. قم: امام صادق(ع).
۳۳. علّامه حلّی، حسن. (بی‌تا). تذکرة الفقهاء. قم: آل البیت(ع).
۳۴. فاضل مقداد، جمال الدّین. (۱۴۲۹ق). کنز العرفان. قم: مرتضویّه(ع).
۳۵. فراهیدی، خلیل. (بی‌تا). العین. قم: الهلال.
۳۶. فیروزآبادی، مجدالدّین. (بی‌تا). القاموس المحیط. بیروت: دارالعلم.
۳۷. فیض کاشانی، محمّدمحسن. (۱۴۲۵ق). الشّافی. تهران: اللّوح المحفوظ.
۳۸. قانون آئین دادرسی مدنی. (۱۳۹۱ش). چاپ چهل و پنجم. تهران: دوران.
۳۹. قانون مجازات اسلامی. (۱۳۹۵). چاپ صد و چهل و دوم. تهران: دیدار.
۴۰. قانون مدنی. (۱۳۸۹). چاپ شصت و هشتم. تهران: دیدار.
۴۱. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۷ش). الزام‌های خارج از قرارداد. تهران: دانشگاه تهران.
۴۲. کاشف الغطاء، احمد. (۱۴۲۳ق). سفینة النّجاة. نجف اشرف: بی‌نا.
۴۳. کلینی، محمّد بن یعقوب. (۱۳۹۴). فروع کافی. قم: قدس.
۴۴. کلینی، محمّد بن یعقوب. (۱۴۰۷). الکافی. تهران: دارالکتب.
۴۵. کوه کمری، سیّد محمّد. (۱۴۱۳ق). اللّباس المشکوک. قم: محقّق.
۴۶. گلپایگانی، سیّد محمّدرضا. (بی‌تا). القضاء و الشّهادات. قم: حقایق.
۴۷. مامقانی، عبدالله. (۱۴۰۹ق). تنقیح المقال فی علم الرّجال. قم: محقّق.
۴۸. محقّق‌حلّی، جعفر. (۱۴۰۸ق). شرائع الإسلام. قم: اسماعیلیان.
۴۹. محقّق‌حلّی، جعفر. (۱۴۱۸ق). المختصرالنّافع. قم: الدّینیّة.
۵۰. محقّق‌داماد، سیّد محمّد. (۱۴۰۱ق). الحجّ. قم: مهر.
۵۱. مراغی، میر سیّد عبدالفتّاح. (۱۴۱۷ق). العناوین الفقهیّة. قم: انتشارات اسلامی.
۵۲. مرعشی، سیّد شهاب‌الدّین. (۱۴۰۶ق). منهاج المؤمنین. قم: آیت‌الله مرعشی.
۵۳. مظفّر، محمّدرضا. (۱۳۸۷). أصول الفقه. قم: دار الفکر.
۵۴. مفید، محمّد. (۱۴۱۳ق). المقنعه. قم: هزاره مفید.

۵۵. نجاشی، احمد. (۱۴۰۷ق). الرجال. قم: انتشارات اسلامی.
۵۶. نجفی، محمّدجواد. (۱۴۲۸ق). الرّسائل الفقهیّه. قم: الثّقافة الإسلامیّه.
۵۷. واسطی، محبّ‌الدّین. (۱۴۱۴ق). تاج‌العروس. بیروت: دارالفکر.
۵۸. یزدی، سید محمدکاظم. (۱۴۱۰ق). حاشیة المکاسب. قم: اسماعیلیان.

Civil Jurisprudence Doctrines

ISSN Print: 2251- 936x Online: 2783- 3690

A Critique of the Popular Arguments Regarding the Condition of Inheritance Between Spouses in Temporary Marriage

Seyed Mohsen Mousavifar[1] | **Hamidreza Safayi Avandari**[2] | **Mahan Kermani**[3]

1. Corresponding Author, Assistant Professor, Department of Law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran. Email: moosavifar@razavi.ac.ir
2. PhD Student in Criminal Law and Criminology, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran. Email: hamidsafiy4@gmail.com
3. Master's Student in Criminal Law and Criminology, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran. Email: mah.ker.1996@gmail.com

Article Info

Article type:
Research Article

Article history:
Received: 8 November 2023
Revised: 6 May 2024
Accepted: 14 September 2024
Available online 30 September 2024

Keywords:
Temporary marriage (Mutʿa), Inheritance, Condition, Law, Spouses.

ABSTRACT

Among the legal effects attributed to marriage is inheritance between spouses. However, according to the dominant view of the Imami jurists, inheritance between spouses in temporary marriage (Mutʿa) is not established. On the other hand, a general jurisprudential principle holds that many conditions can be incorporated within contracts, and once the contract is completed, adherence to those conditions becomes obligatory. The question arises: if the parties include a condition of inheritance within this contract, will they inherit from each other? If the legal requirements and reasons for inheritance are met, does this condition cause a person who is not an heir to inherit or not? This study, using a library-based descriptive-analytical method, concludes that firstly, the marriage contract by itself does not inherently entail inheritance; however, if inheritance between spouses is stipulated as a condition in a temporary marriage contract, such a condition is valid and enforceable. This conclusion is supported by the generality of the verse on inheritance, the narration "Believers are bound by their conditions," and other relevant traditions.

Cite this article: Mousavifar, S., M.; Safayi Avandari, H., R.; Kermani, M. (2025). A Critique of the Popular Arguments Regarding the Condition of Inheritance Between Spouses in Temporary Marriage. *Civil Jurisprudence Doctrines*, 17(31), 285-313.
https://doi.org/10.30513/cjd.2024.5635.1919

© The Author(s). Publisher: Razavi University of Islamic Sciences.

آموزه‌های فقه مدنی
ISSN Print: 2251- 936x Online: 2783- 3690

نقدی بر ادلهٔ مشهور در شرط توارث زوجین در ازدواج موقت

سید محسن موسوی‌فر[۱] | حمیدرضا صفائی اوندری[۲] | ماهان کرمانی[۳]

۱. نویسنده مسئول، استادیار، گروه حقوق، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران. رایانامه: moosavifar@razavi.ac.ir

۲. دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران. رایانامه: hamidsafiy4@gmail.com

۳. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران. رایانامه: mah.ker.1996@gmail.com

اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۸/۱۷
تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۲/۱۷
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۶/۲۴
تاریخ انتشار برخط: ۱۴۰۳/۰۷/۰۹

کلیدواژه‌ها:
عقد موقت، ارث، شرط، حقوق، زوجین.

چکیده

از جمله آثاری که بر ازدواج بار می‌شود، توارث بین زوجین است، لکن بر اساس نظریهٔ مشهور فقهای امامیه در ازدواج موقت، توارث بین زوجین ثابت نیست. از دیگر سو، قاعدهٔ فقهی کلی این است که بسیاری از شرایط را می‌توان در ضمن عقود گنجاند و پس از تکمیل عقد وفای به آن شرایط هم لازم است. حال سؤال این است که اگر طرفین در ضمن این عقد، شرط توارث کردند، از یکدیگر ارث خواهند برد؟ در صورتی که موجبات و اسباب ارث شرعی باشد، این شرط، توریث شخصی که وارث نیست نخواهد بود یا خیر؟ تحقیق حاضر، به شیوهٔ کتابخانه‌ای و مبتنی بر روش تحلیلی-توصیفی به این نتیجه رسیده است که اولاً عقد ازدواج مقتضی توارث نیست، لکن در صورت اشتراط ارث زوجین در عقد موقت، شرط توارث صحیح است و بر اساس عمومیت آیهٔ ارث، روایت «المؤمنون عند شروطهم» و سایر روایات، معتبر و نافذ خواهد بود.

استناد: موسوی‌فر، سید محسن؛ صفائی اوندری، حمیدرضا؛ کرمانی، ماهان. (۱۴۰۴). نقدی بر ادله مشهور در شرط توارث زوجین در ازدواج موقت. آموزه‌های فقه مدنی، ۱۷(۳۱)، ۲۸۵-۳۱۳.
https://doi.org/10.30513/cjd.2024.5635.1919

ناشر: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.

© نویسندگان.

مقدمه

خانواده در سیر تکاملی هر فرد و اجتماعی، از اهمیت و جایگاه ویژه‌ای برخوردار است، به‌گونه‌ای که غفلت از آن، جامعهٔ انسانی را دچار انحراف کرده و موجب عدم استفادهٔ بهینه از ظرفیت‌هایی می‌شود که خداوند به انسان عطا نموده است. از همین رو مکتب انسان‌ساز اسلام به این مهم توجه ویژه داشته و معارف زیادی را در مسیر استحکام بنیان خانواده به ذهن‌های تشنهٔ بشریت عطا فرموده است. علاوه بر قانون مدنی و تشریع احکامی در خصوص نظام ازدواج، برای کسانی که توانایی ازدواج دائم ندارند ازدواج موقت را تجویز کرده است که با پاگرفتن این پدیده در بین جوامع، دیگر فساد و فحشا در جامعه کم‌رنگ خواهد شد و هر کدام از انسان‌ها اعم از زن و مرد خواهند توانست در چهارچوب قوانین و مقررات اسلامی، غرایز انسانی خود را ارضا کنند.

یکی از مسائل و پرسش‌های چالش‌برانگیز که از دیرباز بین فقهای اسلامی بحث شده است و اکثر فقها از جمله قاضی ابن‌برّاج، شیخ طوسی، شهیدین و علمای معاصر از جمله سید صادق روحانی و فاضل لنکرانی و بسیاری دیگر از بزرگان، این بحث را به‌صورت مبسوط در کتب خود ذکر کرده‌اند و مباحث جاری کرسی‌های درس خارج و مقاطع دکتری دانشگاه نیز به این امر اختصاص یافته، این مسئله است که آیا در ازدواج موقت، زوجین از یکدیگر ارث می‌برند؟ اگر اصل عقد ازدواج، اقتضای توارث زوجین را ندارد، در صورت شرط کردن توارث، این شرط می‌تواند معتبر باشد؟

در بین حقوق‌دان‌ها نیز این مسئله مطرح است و قانون مدنی ایران نیز بعد از تقنین مسائلی نسبت به اصل ازدواج موقت، راجع به این مهم نیز قوانینی را به‌تبع فتاوای فقها در کتاب ارث مطرح کرده است. این مقاله درصدد بیان این مطلب است که فارغ از مقررات قانون مدنی در این خصوص، از ادله و قواعد فقهی چه حکمی برداشت می‌شود و فقها، این سنگرداران حفظ شریعت اسلامی، چه استدلال‌هایی را دراین‌باره مطرح کرده‌اند؟ آیا با توجه به وجود این نظام مهم در شریعت اسلامی و اهمیت آن و پراکندگی آرا، با سنجش استدلالات و نظریات می‌توان بزرگ‌ترین مشکل این نظام حقوقی - فقهی یعنی توارث را حل کرد؟

پیشینهٔ بحث: در خصوص موضوع حاضر، تاکنون پژوهش‌های متعددی انجام شده است، از جمله:

۱. مقالهٔ «بررسی فقهی شرط توارث در نکاح موقت» (شکریان امیری و علی‌پور، ۱۳۹۶). در این مقاله تمرکز بر نظریهٔ عدم توارث زوجین در عقد منقطع است، چه شرط صورت گرفته باشد یا خیر، درحالی‌که با توجه به اختلافات مطرح‌شده و ادلهٔ هر کدام و این‌که نمی‌توان به‌راحتی این نظریه را پذیرفت و مطرح کرد، بلکه باید برای انتخاب یک نظریهٔ صحیح تمام نظریات و ادله را دید.

۲. مقالهٔ «بررسی چالش‌های حقوق مادی زوجه در ازدواج موقت در فقه و حقوق موضوعه» (طاهری و داداشی نیاکی، ۱۳۹۶). در این مقاله با نگاهی تحلیلی - توصیفی و نقادانه در حوزهٔ فقه و حقوق خانواده به مقایسه و تحلیل حقوق زوجه در ازدواج موقت و دائم پرداخته شده است تا به این پرسش پاسخ داده شود که آیا در ازدواج موقت، تحت شرایطی امکان برخورداری زوجه از سایر حقوق مادی مانند ارث، نفقه و اجرت‌المثل وجود دارد یا خیر؟ و در این راستا مصالح و منافع زوجه از نظر حقوق مادی، بررسی شده است.

۳. مقالهٔ «حقوق مالی زن در نکاح موقت» (خادم‌الحسینی و زارع‌شاهی، ۱۳۹۵). در این مقاله بیان شده است که برای جلوگیری از برخی سودجویی و هوسرانی‌ها در امر نکاح موقت، بهتر است این حق به زنان داده شود که طبق ضوابط پذیرفته‌شده در فقه اسلامی و با قرار دادن شرط نفقه و شرط توارث در ضمن عقد نکاح موقت، از این تضییع جلوگیری شود، زیرا مسلم است که «کلّ ما حکم به العقل حکم به الشرع».

۴. مقالهٔ «توارث زوجین» (حاج‌حسینی، ۱۳۹۸). در این مقاله با بررسی خاستگاه اصلی تفاوت زن و مرد و آثار تشریعی و تکوینی آن، چنین نتیجه‌گیری شده است که شرایط عمومی تحقق ارث، فوت همسر، زنده بودن زوجه یا زوج هنگام فوت همسر و وجود ترکه می‌باشد و شرایط اختصاصی نیز شامل وجود پیمان زناشویی و به استناد مواد ۹۴۰ و ۱۰۷۷ قانون مدنی، دائمی بودن آن پیمان می‌باشد، به‌نحوی که در نکاح منقطع هیچ یک از زوجین از دیگری ارث نمی‌برد. نویسندهٔ این مقاله درصدد پاسخ به این دو پرسش است که شرایط عمومی تحقق ارث چیست و شرایط اختصاصی تحقق ارث کدام است.

۵. مقالهٔ «آثار مالی نکاح (موقت و دائم)» (سلطانی، ۱۳۹۵). پژوهشگر در این مقاله با استفاده از روش‌های تحقیقی، توصیفی، استدلالی، به آثاری از نکاح موقت و دائم پرداخته است که جنبهٔ مالی دارند و در این میان، موضوع شرط توارث ضمن عقد نکاح را به‌طور پیش فرض مطرح کرده است.

به‌رغم این پژوهش‌ها، از بررسی کامل ادله غفلت شده است و مسئلهٔ مزبور از تمام جنبه‌ها بررسی نگردیده است، چنان‌که نویسندگان آن‌ها بعضاً یا یک نظریه را به‌عنوان پیش‌فرض مطرح کرده یا اگر نظریه را درصدد تقویت بیان کرده‌اند، نقدهای واردشده به نظریهٔ خود را مطرح نکرده و در نتیجه پاسخ هم نداده و یا این‌که برای بیان نظریهٔ خود به ادله‌ای مانند مصلحت زوجه تمسک کرده‌اند، حال‌این‌که چنین مواردی از ادله و منابع استنباط احکام نبوده و از منابع تعدّی شده است.

اما در پژوهش حاضر، سعی بر این است که بر اساس روش تحلیلی-توصیفی، تمام نظریات بیان شود و ادلهٔ هر کدام از طرفین مطرح گردد و بدون پیش‌داوری، و بلکه بر اساس صحت‌سنجی ادله، نظریهٔ صحیح انتخاب گردد.

اکنون بعد از بیان پیشینهٔ پژوهش، دیدگاه‌های مطرح در بحث را از منظر قانون مدنی ایران و فقها مطرح می‌کنیم.

۱. توارث زوجین در قانون مدنی ایران

قانون مدنی ایران با بیان مقرراتی در خصوص ازدواج موقت، به‌تبع فقه امامیه، اصل این موضوع را پذیرفته است. مادهٔ ۱۰۷۷ق.م مقرر می‌دارد: «در نکاح منقطع احکام راجع به وراثت زن و مهر او، همان است که در باب ارث و در فصل آتی مقرر شده است»، و در مادهٔ ۹۴۰ق.م اشعار می‌دارد: «زوجینی که زوجیت آن‌ها دائمی بوده و ممنوع از ارث نباشند، از یکدیگر ارث می‌برند».

قانون مدنی به‌صورت خاص بیان می‌دارد در صورتی که نکاح بین زوجین، دائم باشد و موانع ارث مطرح نباشد، توارث بین زوجین ثابت است. از مفهوم این ماده فهمیده می‌شود که مطابق دیدگاه مقنّن، اصل در ازدواج دائم بر توارث زوجین است، لکن آیا شرط خلاف آن صحیح است یا خیر؟ آیا وقتی مقرره در مادهٔ ۹۴۰ق.م اصل را بر توارث

در نکاح دائم می‌داند، از مفهوم آن عدم توارث در ازدواج منقطع برداشت می‌شود یا این‌که ماده در مقام بیان اصل توارث در ازدواج دائم است و نسبت به ازدواج موقت ساکت بوده و در مقام بیان حکم آن نیست؟ ازاین‌رو با توجه به سکوت مقنّن نسبت به این مطلب، مطابق اصل ۱۶۷ قانون اساسی،[۱] باید به نظریات فقها مراجعه کرد.

زمانی که به کتب فقهی و روایات مراجعه می‌شود، نمی توان به‌صورت مطلق یک نظریه را مطرح کرد که آیا توارث بین زوجین در عقد موقت یا شرط عدم توارث امکان دارد یا خیر. لذا برای انتخاب نظریهٔ صحیح، بهترین کار بررسی اقوال و دیدگاه‌های فقها در این زمینه و سپس سنجش هر کدام از نظریات خواهد بود. در ادامه به این موضوع می‌پردازیم.

۲. توارث زوجین موقت در دیدگاه فقها

۲-۱. نظریهٔ اول: ثبوت توارث

در عقد موقت، توارث بین زوجین ثابت است، هرچند زوجین نفی توارث کرده باشند و شرط کنند که بین زوجین توارث نباشد. به تعبیری، با توجه به این دیدگاه، ماهیت عقد ازدواج مقتضای ارث بردن زوجه را دارد و مانعی نیز از ارث بردن زوجین در عقد موقت وجود ندارد. لذا وقتی مقتضی ارث بردن موجود و مانع مفقود باشد، حکم توارث ثابت است (ابن‌براج، ۱۴۰۶، ج۲، ص۲۴۰ و ۲۴۳).

۲-۱-۱. دلیل: عمومیت آیهٔ ارث زوجین

خداوند در سورهٔ مبارکهٔ نساء به‌طور عموم از ارث زوجه سخن گفته است (نساء/۱۲).[۲] پر واضح است که در عقد موقت، عنوان زوجه بر زن بار می‌شود. در غیر این صورت، در

---

۱. اصل ۱۶۷ قانون اساسی: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوای معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانهٔ سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه، از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد».

۲. (وَ لَكُمْ نِصْفُ ما تَرَكَ أَزْواجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِها أَوْ دَيْنٍ وَ لَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِها أَوْ دَيْنٍ وَ إِنْ كانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلالَةً أَوِ امْرَأَةٌ وَ لَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ واحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذلِكَ فَهُمْ شُرَكاءُ فِي الثُّلُثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصى بِها أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَ اللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ).

سورهٔ مبارکهٔ مؤمنون که می‌فرماید: ﴿قَدْ أَفْلَحَ الْمُؤْمِنُونَ ... وَ الَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حافِظُونَ إِلاَّ عَلى أَزْواجِهِمْ أَوْ ما مَلَكَتْ أَيْمانُهُمْ ...﴾؛ «همانا مؤمنان به رستگاری رسیدند... و کسانی که فروج و اندامشان را از عمل حرام حفظ می‌کنند مگر بر همسران یا کنیزهایشان...»، در عقد موقت بر زن عنوان زوجهٔ حلال صادق نیست و باید بر مرد حرام باشد، درحالی‌که این‌گونه نیست.

نکتهٔ شایان توجه دیگر این است که عنوان زوجه قابلیت تقسیم به موقت و دائم را دارد و با این تقسیم، عنوان زوجه بر هر دو قسم صادق است، پس از مصادیق مطرح‌شده در آیهٔ ۱۲ سورهٔ مبارکهٔ نساء خواهد بود: ﴿وَ لَكُمْ نِصْفُ ما تَرَكَ أَزْواجُكُمْ ... وَ لَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ﴾.

پیروان این نظریه، روایاتی را که در ادامهٔ بیان نظریات دیگر مطرح شده‌اند و دلالت بر منع ارث در عقد موقت دارند، به دلیل تعارض با آیهٔ مذکور، ضمن خدشه در سند آن‌ها رد می‌کنند. همچنین اینان روایاتی را که سندشان از نظر راوی اشکالی ندارد، لکن خبر واحدند، با این استدلال که خبر واحد صلاحیت تخصیص عمومیت آیات قرآن را ندارد، رد می‌کنند (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج۷، ص۴۶۵).

لازمهٔ نظریهٔ فوق این است که اگر زوجین در عقد موقت شرط کنند که توارث ساقط باشد، این شرط به دلیل مخالفت با مقتضای عقد، کتاب و سنتْ باطل خواهد بود، زیرا مطابق این دیدگاه، ذات عقد مقتضای توارث را دارد و هر حکمی که ماهیت، اقتضای آن را داشته باشد، مادامی که شرایط آن موجود و موانع نیز مفقود باشد، فقدان آن محال خواهد بود.

۲-۲. نظریهٔ دوم: عدم توارث

مفاد این نظریه عدم امکان توارث زوجین در عقد موقت است، هرچند زوجین ارث بردن را شرط کرده باشند (ابن‌ادریس، ۱۴۱۰، ج۲، ص۶۲۴؛ محقق حلی، ۱۴۰۸، ج۲، ص۲۵۱؛ محقق حلی، ۱۴۱۸، ج۱، ص۱۸۲ و ۱۴۱۲؛ ج۲، ص۳۷۴؛ علامه حلی، ۱۴۱۳، ج۳، ص۵۴ و ج۷، ص۲۳؛ شیخ مفید، ۱۴۱۳، ص۴۹۸؛ حلبی، ۱۴۰۳، ص۲۹۸؛ شیخ صدوق، ۱۴۱۵، ص۳۴۰؛ کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲، ص۱۵۳؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج۳۰، ص۱۹۰؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ص۵۰).

برخی فقها در ضعف نظریهٔ گروه اول که عبارت از اقتضای توارث در عقد ازدواج است، بیان می‌دارند که قائل بودن به این‌که اصل عقد ازدواج مقتضی توارث است، مخالف با اخبار، آثار و سیرهٔ علماست. ثانیاً دیدگاه فقیهانی که به دلیل جمع کردن بین روایات متعارض[1] بیان می‌دارند در صورت اشتراط ارث در عقد موقت، توارث ثابت است، ضعیف است، زیرا اگر زوجیت ثابت باشد، میراث هم بدون هیچ شرطی ثابت است و اگر زوجیت وجود نداشته باشد، توارث هم ثابت نخواهد بود، هرچند زوجین شرط توارث کرده باشند، زیرا اشتراط از اسباب موزِّثه نیست.

از این بیانْ مشخص می‌شود که نظریهٔ فقهایی که قائل‌اند تا وقتی زوجین شرط سقوط نکرده باشند توارث ثابت خواهد بود، ضعیف است، زیرا اگر زوجیت محقق است، شرط سقوط ارث مخالف با کتاب و سنت است و اگر زوجیت محقق نیست، پس اشتراط توارث هم اثری ندارد، زیرا زوجیتی محقق نشده است. در ادامه، این فقیهان روایاتی که ظهور در توارث دارند را نیز حمل بر جایی می‌کنند که طرفین مهلت را در عقد موقت مشخص نکرده باشند که باعث تبدیل عقد موقت به دائم خواهد شد (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲، ص۱۵۳).

محمدحسن نجفی که یکی دیگر از طرف‌داران این نظریه است، بیان می‌دارد ما روایات متعددی داریم که زوجه در عقد موقت را همانند زوجهٔ مستأجره دانسته‌اند. مورد وفاق علماست که زوجهٔ مستأجره به‌منزلهٔ کنیز است و مسلّم است که کنیز ارث نمی‌برد. او در ادامهٔ کلام خود به این نکته نیز اشاره دارد که روایتی وجود دارد مبنی بر این‌که اشخاصی را که می‌توانند ازدواج دائم کنند و در نتیجهٔ آن پاکدامنی بورزند را از عقد موقت نهی می‌کند، که از این روایات و نهی وارده برداشت می‌شود که زوجه در عقد موقت، زوجهٔ قابل ارث نیست، بلکه برای صرف استمتاع و انتفاع است (نجفی،۱۴۰۴، ج۳۰، ص۱۹۰).

---

۱. برخی از روایات دلالت بر توارث زوجین در عقد موقت دارند و بعض دیگر از روایات گویای عدم توارث در عقد موقت‌اند که در ادامه بیان خواهد شد.

۲-۲-۱. دلیل اول: اصل عدم

با مراجعه به آیهٔ ارث،[۱] مشخص خواهد شد که این آیه اصل تشریع توارث را مطرح نموده و در مقام بیان جزئیات نبوده است، که مطابق روایات، اختصاص به زوجهٔ دائم دارد. وانگهی وقتی که نسبت به زوجه در عقد موقت شک می‌کنیم، اصل بر عدم توارث است (شهید اول، ۱۴۱۴، ج۳، ص۹۰).

اشکال بر دلیل اول: اصل عدم با آیهٔ ارث که به‌صورت عام از عنوان زوجه نام برده و شامل زوجهٔ عقد موقت نیز خواهد شد، رفع می‌شود. ثانیاً زوجه در عقد موقت در احکام، تحت عنوان زوجهٔ دائم داخل است، مگر مواردی که صراحتاً خارج شده است، مانند عده. پس وقتی شک داشته باشیم که آیا توارث از تحت عمومیت احکام زوجه خارج است یا خیر، اصل بر عدم خروج است (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج۷، ص۴۶۷).

۲-۲-۲. دلیل دوم: شهرت و قیام سیره

فتوای مشهور به دلیل اصل عدم و سیرهٔ فقها بر این است که توارث بین زوجین در عقد موقت ثابت نیست، زیرا اگر این توارث وجود می‌داشت باید مشهور می‌شد، درحالی‌که خلاف آن بین فقها و علما مشهور است (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲، ص۱۵۳).

اشکال بر دلیل دوم: به نظر می‌رسد این شهرت با اشکال مواجه است، زیرا با وجود مخالفت‌ها در این زمینه، نمی‌توان به‌راحتی ادعای شهرت کرد. در نتیجه، این شهرت فقط یک ادعاست.

به فرض وجود چنین شهرتی، باید دانست که بنابر نظر برخی از اصولیون، در حجیت شهرت و سیره اختلاف نظر هست و حتی اجماع، با آن‌همه طرف‌دار حجیت، با اشکال مواجه است، سیره و شهرت که جای خود را خواهد داشت (طباطبایی قمی، ۱۳۷۱، ج۲، ص۱۳۴؛ مظفر، ۱۴۳۰، ج۳، ص۱۷۰).

۲-۲-۳. دلیل سوم: شرعی بودن اسباب ارث

ارث دارای سببی شرعی است که توافق اشخاص بر شرط برای غیر وارث محال است و باعث تعدی از نصوص روایات خواهد بود، زیرا روایاتِ ما توارث در عقد را منحصر به

---

۱. نساء/۱۲.

زوجهٔ دائم کرده‌اند، لذا این نظر که زوجه در عقد موقت نیز ارث ببرد، باعث نسخ منصوصات است (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج۷، ص۴۶۸).

اشکال بر دلیل سوم: ادعای طرف‌داران این نظریه مبنی بر این‌که توارث در عقد موقت باعث تعدی از نصّ می‌گردد، پذیرفتنی نیست، زیرا آنچه در روایات برای ارث بردن زن ذکر شده است، عنوان زوجه برای توارث در عقد است و مسلّم است که در عقد موقت، عنوان زوجه بر زن بار می‌شود. ثانیاً با مراجعه به کتب اصولی، روشن خواهد شد که این زیاده، نسخ نخواهد بود. ثالثاً اگر نسخ هم باشد، اخبار واحدی وجود دارد که بیانگر ارث زوجه در عقد موقت است. وانگهی نسخ به خبر واحد نیز محال نخواهد بود (محقق حلی، ۱۴۰۳، ص۱۶۵؛ علامه حلی، ۱۴۰۴، ص۲۰۳).

۲-۲-۴. دلیل چهارم: عدم کفایت عنوان زوجیت برای توارث

صرف زوجیت لازمهٔ استحقاق ارث نیست، زیرا برخی از زوجه‌ها ارث می‌برند و بعض دیگر از آن‌ها ارث نمی‌برند، مانند زوجهٔ ذمیه. پس برای توارث نیاز به حکم شرع است و به‌صرف صدق عنوان زوجه نمی‌توان قائل به ارث بردن زوجه در عقد موقت شد (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج۷، ص۴۶۸؛ کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲، ص۱۵۳).

اشکال بر دلیل چهارم: این‌که زوجیت استحقاق توارث را نداشته باشد صرف یک ادعاست. اتفاقاً زوجیت استحقاق ارث را دارد مگر با وجود یکی از موانعی که در باب ارث به‌صورت محصور بیان شده است. لذا اصل اولیه مطابق عمومیت آیهٔ ارث و صدق عنوان زوجه بر زوجهٔ موقت، ارث بردن زوجهٔ موقت است، مگر این‌که با موانعی مانند کفر تخصیص خورده باشد که در این صورت، از عمومِ عام در موارد تخصیص خارج می‌شود و در مابقی موارد، عام به حجیت خود باقی خواهد بود (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج۷، ص۴۶۸).

۲-۲-۵. دلیل پنجم: روایات

روایات این باب به سه دسته تقسیم می‌شوند:

۲-۲-۵-۱. دستهٔ اول: روایات دال بر این‌که زوجهٔ موقت مطلقاً ارث نمی‌برد.

روایت اول: «لما رواه سعید بن یسار عن الصادق علیه السلام قال: سألته عن الرجل یتزوّج

المرأة متعة ولم يشترط الميراث. قال: ليس بينهما ميراث، اشترط أو لم يشترط» (شیخ طوسی، ۱۳۹۰، ج۳، ص۱۵۰؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ج۷، ص۲۶۵؛ حر عاملی، ۱۴۰۹، ج۲۱، ص۶۷).

ترجمه: سعید بن یسار از امام صادق(ع) روایت کرد: از ایشان دربارهٔ مردی که زنی را به ازدواج موقت خود در می‌آورد و شرط توارث نمی‌کنند پرسیدم. حضرت فرمود: توارثی بین آن‌ها نیست، چه شرط توارث کرده باشند و چه شرط توارث نکرده باشند.

اشکال اول بر روایت: این روایت بهترین دلیل در این قسمت است، لکن اِشکال سندی دارد، زیرا در سلسله سند این روایت، شخصی به نام «برقی» به‌صورت مطلق و بدون هیچ قید و وصفی آمده است، درحالی‌که این شخص (برقی) مشترک بین سه نفر است: محمد بن خالد، حسن بن خالد، احمد بن حسن، که بنابر نظر شیخ طوسی هر سه از ثقات‌اند. اما نجاشی محمد را تضعیف کرده است، و چون برقی مشترک بین این سه نفر است، این راوی معتبر نخواهد بود. ابن‌غضائری به نقل از علامه در کتاب مختلف بیان می‌دارد که احادیث برقی برخی معروف و برخی غیرپسندیده‌اند، چراکه وی از راویان ضعیف نیز روایت نقل کرده است و بر روایات مرسل نیز اعتماد می‌کند. پس زمانی که جرح و تعدیل در تعارض باشند، جرح مقدم است و بنابر نقل نجاشی احمد بن حسن، همان‌گونه که پدرش مورد طعن است، حال خود او نیز به همین نحو است و غضائری نیز نسبت به این شخص می‌گوید: «لا أبالی عمّن یأخذ»، به این معنا که وی ابا نداشت که از چه کسی حدیث نقل می‌کند. پس شخصی که حال او مشخص نیست، روایاتش تحت عنوان روایت صحیح گنجانده نخواهد شد (شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ص۳۸۶؛ نجاشی، ۱۳۶۵، ص۳۳۵).

اشکال دوم بر روایت: اشکال دیگر بر روایت، از جهت دلالی است، با این بیان که استدلال بر آن مبتنی بر این است که فاعل در «اشترط» میراث باشد، اما در صورتی که فاعل در فعل مذکور را «عدم میراث» قرار دهیم، بنابر احتمال دوم، زوجه در عقد موقت، مادامی که عدم میراث شرط نشود یا این‌که عدم میراث شرط شود، ارث نخواهد برد، که روایت دربردارندهٔ این قسمت خواهد بود، لکن روایت صورتی که طرفین شرط توارث کرده باشند را شامل نخواهد شد و دربارهٔ آن ساکت است. پس این روایت اولاً از محل بحث خارج است و ثانیاً با وجود احتمال مذکور، دیگر استدلال به آن متقن نخواهد بود

(فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱، ص۳۵۹).

روایت دوم: «روایة جمیل بن صالح عن عبد الله بن عمرو قال: «سألت أبا عبد الله علیه السلام عن المتعة، فقلت: ما حدّها؟ قال: من حدودها أن لا ترثک ولا ترثها» (شیخ طوسی، ۱۳۹۰، ج۳، ص۱۵۰؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ج۷، ص۲۶۵؛ حر عاملی، ۱۴۰۹، ج۲۱، ص۶۸).

ترجمه: جمیل بن صالح از عبدالله بن عمرو نقل می‌کند که گفت: از امام صادق(ع) در مورد متعه پرسیدم و گفتم که حدود آن چیست؟ حضرت فرمود: از حدود متعه این است که ارث نمی‌برد از تو و تو نیز از او ارث نمی‌بری.

استدلال به روایت چنین است که امام(ع) در این روایت، نفی میراث را از لوازمِ ماهیت عقد قرار می‌دهد و بیان می‌دارد که واجب است توارث بین زوجین نباشد. موضوع در صورت عدم اشتراط ارث یا شرط عدم ارث واضح است، اما در صورت اشتراط ارث، این شرط به دلیل این‌که وفق این روایت، مخالف و منافات با مقتضای عقد است، واجب است که باطل باشد.

اشکال اول به روایت: به این روایت اِشکالی سندی نیز وارد شده است، به این نحو که مجهول‌السند است، هرچند باقی راویان آن واضح‌اند. پس با این جهل از سند، نمی‌تواند حجت در مقابل عمومیت قرآن باشد (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج۷، ص۴۶۸).

اشکال دوم به روایت: نقد دیگر به روایت فوق، از جهت دلالت است، با این بیان که مراد از «حدِ» مطرح‌شده در روایت، جنس و فصلی نیست که ملازم با عدم توارث باشد، بلکه ظاهر از روایت این است که عدم توارث از احکام متعه است وصرف عقد موقت، اقتضای توارث را ندارد، به‌خلاف ازدواج دائم که مقتضی چنین توارثی است. پس مادامی که روایت دربردارندهٔ این است که متعه مقتضای توارث را ندارد، منافات با اقتضای توارث در صورت شرط در متن عقد را نخواهد داشت، پس حاصل این است که معنای روایت این‌چنین خواهد بود که عقد متعه، مقتضای توارث را ندارد نه این‌که عقد متعه مقتضی عدم توارث است (لنکرانی، ۱۴۲۱، ص۳۵۹).

۲-۲-۵-۲. دستهٔ دوم: روایاتی که عدم ارث زوجه را از ارکان عقد دانسته‌اند.

این روایات نیز قول مشهور را اثبات می‌کند، به این معنا که وقتی زوجین انشای عقد

می‌کنند، مهلت را تعیین و عدم ارث را هم که از ارکان عقد موقت و از ویژگی‌ها و خصوصیات آن است ذکر می‌کنند که به‌صورت شرط ضمن عقد نیست، بلکه از خصوصیات و ویژگی‌های عقد موقت است.

روایت اول: «عن ثعلبة قال: تقول: أتزوّجک متعة علی کتاب اللّه وسنّة نبیه نکاحاً غیر سفاح وعلی أن لا ترثینی ولا أرثک کذا وکذا یوماً بکذا وکذا درهماً وعلی أنّ علیک العدّة»[1] (کلینی، ۱۴۰۷، ج۵، ص۴۵۵).

ترجمه: از ثعلبه نقل شده است که معصوم(ع) گفت: در عقد موقت می‌گویی: مطابق کتاب خدا و سنت پیامبرش با تو عقد موقت می‌بندم، نکاحی که در آن حرام نیست و بر این‌که نه تو از من ارث ببری و نه من از تو ارث ببرم مدت این میزان و بر این میزان مهریه و بر این‌که عده نگاه داری.

روایت دوم: «عن أبی بصیر قال: لا بدّ من أن یقول فیه هذه الشروط: أتزوّجک متعة کذا وکذا یوماً بکذا وکذا درهماً نکاحاً غیر سفاح علی کتاب اللّه وسنّة نبیه وعلی أن لا ترثینی ولا أرثک و علی أن تعتدّی خمسة وأربعین یوماً» (شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ج۷، ص۲۶۳؛ کلینی، ۱۴۰۷، ج۵، ص۴۵۵).

ترجمه: ابی‌بصیر نقل می‌کند: معصوم(ع) فرمود: چاره‌ای نیست که در عقد موقت این شروط را بگویی: با تو ازدواج موقت می‌کنم با این مدت و مهریهٔ یک درهم، ازدواجی که حرام نیست بنابر کتاب خدا و سنت پیامبرش، بر این‌که تو از من ارث نبری و من هم از تو ارث نبرم و ۴۵ روز عده نگه داری.

اشکال بر روایات: به دستهٔ دوم از روایات نیز اشکالاتی از جهت دلالت وارد شده است، زیرا ظهور روایت در رکن بودن عدم ارث محل تردید است، چراکه می‌توان

---

۱. این حدیث با تفصیل بیشتر و با همین مضمون از ابان بن تغلب نیز نقل شده است: «عَلِی بْنُ إِبْرَاهِیمَ عَنْ أَبِیهِ عَنْ عَمْرِو بْنِ عُثْمَانَ عَنْ إِبْرَاهِیمَ بْنِ الْفَضْلِ عَنْ أَبَانِ بْنِ تَغْلِبَ وَعَلِی بْنُ مُحَمَّدٍ عَنْ سَهْلِ بْنِ زِیادٍ عَنْ إِسْمَاعِیلَ بْنِ مِهْرَانَ وَمُحَمَّدِ بْنِ أَسْلَمَ عَنْ إِبْرَاهِیمَ بْنِ الْفَضْلِ عَنْ أَبَانِ بْنِ تَغْلِبَ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِی عَبْدِ اللَّهِ(ع): کیفَ أَقُولُ لَهَا إِذَا خَلَوْتُ بِهَا؟ قَالَ: تَقُولُ: أَتَزَوَّجُک مُتْعَةً عَلَی کتَابِ اللَّهِ وَسُنَّةِ نَبِیهِ(ص) لَا وَارِثَةً وَلَا مَوْرُوثَةً کذَا وَکذَا یوْماً وَإِنْ شِئْتَ کذَا وَکذَا سَنَةً بِکذَا وَکذَا دِرْهَماً وَتُسَمِّی مِنَ الْأَجْرِ مَا تَرَاضَیتُمَا عَلَیهِ قَلِیلًا کانَ أَمْ کثِیراً فَإِذَا قَالَتْ نَعَمْ فَقَدْ رَضِیتْ فَهِی امْرَأَتُک وَأَنْتَ أَوْلَی النَّاسِ بِهَا. قُلْتُ: فَإِنِّی أَسْتَحْیِی أَنْ أَذْکرَ شَرْطَ الْأَیامِ. قَالَ: هُوَ أَضَرُّ عَلَیک. قُلْتُ: وَکیفَ؟ قَالَ: إِنَّک إِنْ لَمْ تَشْتَرِطْ کانَ تَزْوِیجَ مُقَامٍ وَلَزِمَتْک النَّفَقَةُ فِی الْعِدَّةِ وَکانَتْ وَارِثَةً وَلَمْ تَقْدِرْ عَلَی أَنْ تُطَلِّقَهَا إِلَّا طَلَاقَ السُّنَّةِ».

این‌گونه ادعا کرد که این موضوع به‌عنوان شرط ضمن عقد مطرح شده است نه رکن عقد، لذا در دلالت روایت، احتمال دیگری نیز مطرح است. همچنین اگر عدم توارث در ضمن عقد مفروض بود، انگیزه‌ای برای ذکر آن در قالب شرط ضمن عقد وجود نمی‌داشت، لذا روایت دربردارندهٔ این است که گویا ذات عقد حداقل اقتضای توارث را دارد و طرفین از طریق شرط ضمن عقد می‌خواهند مانع ایجاد این اثر طبیعی عقد شوند.

۲-۲-۵-۳. دستهٔ سوم: روایاتی که دربردارندهٔ این است که زوجهٔ عقد موقت زوجهٔ مستأجره (هنّ مستأجرات) است.

«الْحُسَيْنُ بْنُ مُحَمَّدٍ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ إِسْحَاقَ عَنْ سَعْدَانَ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ عُبَيْدِ بْنِ زُرَارَةَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ(ع) قَالَ: ذَكَرْتُ لَهُ الْمُتْعَةَ أَ هِيَ مِنَ الْأَرْبَعِ؟ فَقَالَ: تَزَوَّجْ مِنْهُنَّ أَلْفاً فَإِنَّهُنَّ مُسْتَأْجَرَاتٌ» (کلینی، ۱۴۰۷، ج۵، ص۴۵۲؛ حر عاملی، ۱۴۰۹، ج۲۱، ص۱۸؛ مجلسی، ۱۴۰۶، ج۱۲، ص۴۷).

ترجمه: حسین بن محمد از احمد بن اسحاق از سعدان بن مسلم از عبید بن زراره از پدرش، زراره، و ایشان از امام صادق(ع) نقل می‌کند که گفت: به امام صادق(ع) در مورد متعه عرض کردم که آیا تعداد آن چهار تاست؟ حضرت فرمود: از متعه هزار تا به ازدواج در بیاور، همانا آن‌ها مستأجره‌اند.

در اجاره ارث نیست، بلکه عمل مستأجر در مقابل مبلغی است که دریافت می‌کند. پس این روایات هم می‌تواند به‌عنوان دلیل دیگری مطرح شود.

اشکال به روایت: در حقیقت، تعبیر به «مستأجرات» تشبیه مجازی است نه این‌که واقعاً مستأجره باشد، کمااین‌که عقد دائم را به بیع تشبیه کرده‌اند. مثلاً تعبیر «یشتریها بأعلی الثمن» در باب جواز نظر به‌منظور نکاح، به دفعات نکاح دائم به بیع تشبیه شده است. پس این تشبیهات دلیل بر چیزی نمی‌شود (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴، ج۵، ص۶۸). بر هر کدام از دسته‌های فوق اشکالاتی از جهت سند روایات وارد است، برخی ضعیف و برخی اسناد معتبر است، لکن در مجموع این روایات متضافرند.

۲-۳. نظریهٔ سوم: ماهیت عقد ازدواج مقتضای ارث بردن را دارد.

مطابق این دیدگاه، اصل بر ارث بردن زوجین در عقد موقت است، مگر این‌که طرفین

شرط سقوط کنند. در صورتی که عقد ازدواج موقت مطلق باشد، یعنی ماهیت لابشرط (نسبت به ارث بردن تعیین تکلیف نشود)، در این صورت، ارث ثابت است، و اگر طرفین شرط عدم توارث کنند، در این صورت، توارث منتفی است، و اگر طرفین در ضمن عقد شرط توارث کنند، این اشتراط تأکید است، زیرا توارث به مقتضای عقد ازدواج ثابت است نه اشتراط طرفین.

با اندک دقتی در ادله، نمی‌توان حتی به این دلیل که زوجه در عقد موقت ارث نمی‌برد، بیان داشت که پس همسر در عقد موقت، عنوان زوجه بر آن تطبیق ندارد، زیرا فقدان میراث دلیل بر فقدان زوجیت نیست، زیرا زوجهٔ ذمی و کنیز نه ارث می‌برند و نه زوج آن‌ها از آن‌ها ارث می‌برد، درحالی‌که عنوان زوجه بر آن‌ها اطلاق می‌شود، و بنابر مذهب شیعه، توارث در عقد موقت مادامی که در اصل عقد با توافق طرفین نفی نشود حاصل است، مگر زمانی که طرفین شرط نفی میراث کنند (شریف مرتضی، ۱۴۱۵، ص۲۷۵؛ آبی، ۱۴۰۸، ج۲، ص۱۵۷).

۲-۳-۱. ادلهٔ نظریهٔ سوم

۲-۳-۱-۱. دلیل اول: عموم آیهٔ ارث[1]

استدلالی که می‌توان نسبت به عمومیت آیهٔ ارث مطرح کرد همان استدلالی است که در دیدگاه اول نسبت به این آیه چنین مطرح شد: خداوند در سورهٔ مبارکهٔ نساء به‌طور مطلق از توارث زوجین سخن گفته است و واضح و مشخص است که در عقد موقت، عنوان زوجه بر زن بار می‌شود.

در غیر این صورت، در سورهٔ مبارکهٔ مؤمنون که می‌فرماید: ﴿قَدْ أَفْلَحَ الْمُؤْمِنُونَ... وَ الَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حافِظُونَ إِلاَّ عَلى أَزْواجِهِمْ أَوْ ما مَلَكَتْ أَيْمانُهُمْ...﴾؛ «همانا مؤمنان به رستگاری رسیدند... و کسانی که فروج و اندامشان را از عمل حرام حفظ می‌کنند مگر بر همسران یا کنیزهایشان...»، در عقد موقت بر زن عنوان زوجهٔ حلال صادق نیست و

---

۱. نساء/۱۲: (وَ لَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَ لَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَ إِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلاَلَةً أَوِ امْرَأَةٌ وَ لَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذٰلِكَ فَهُمْ شُرَكاءُ فِي الثُّلُثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَ اللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ).

باید بر مرد حرام باشد، درحالی‌که این‌گونه نیست.

نقد این دلیل: این دلیل با این اشکال که عمومیت آیه نسبت به توارث بین زوجین، در خصوص اصل ارث بردن زوجین است و نسبت به عقد موقت با روایتی که دلالت بر توارث در صورت شرط کردن بین زوجین است، تخصیص می‌خورد، مانند دو روایت زیر:

الف. روایت حسنِ احمد بن محمد بن ابی‌نصر از امام رضا(ع) که فرمود: «تزویج المتعة نکاح بمیراث، ونکاح بغیر میراث، إن اشترطت المیراث کان، وإن لم تشترط لم یکن» (کلینی، ۱۴۰۷، ج۵، ص۴۶۵؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ج۷، ص۲۶۴؛ شیخ طوسی، ۱۳۹۰، ج۳، ص۱۴۹).

ترجمه: ازدواج موقت ازدواجی است (که گاه) با میراث و (گاه)بدون میراث است. اگر شرط توراث کنند، میراث هست و اگر شرط توارث نکنند، میراث نیست.

ب. روایت صحیح محمد بن مسلم از امام صادق(ع) که در پایان آن آمده است: «فإن اشترطا المیراث فهما علی شرطهما؛ اگر مرد و زن شرط توارث کنند، هر دو بر شرطشان باشند» (شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ج۷، ص۲۶۴؛ شیخ طوسی، ۱۳۹۰، ج۳، ص۱۴۹).

۲-۳-۱-۲. دلیل دوم: روایات

الف. عمومیت حدیث «المؤمنون عند شروطهم» (شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ج۷، ص۲۲؛ شیخ صدوق، ۱۴۱۳، ج۳، ص۲۰۲؛ حر عاملی، ۱۴۰۹، ج۱۸، ص۱۶).

از جمله روایاتی که در بسیاری از کتب روایی از امام صادق(ع) نقل شده است حدیث فوق است که مضمون آن گویای این است که مسلمانان بر پیمان و شرایطی که می‌بندند باید پایدار باشند، مگر شرایطی که برخلاف کتاب خداوند باشد.[1] این روایت از آن‌چنان اهمیتی برخوردار است که فقیهان امامی، به استناد آن، قاعده‌ای تحت عنوان «قاعدهٔ المؤمنون عند شروطهم» یا «قاعدهٔ شروط» را استنباط و برداشت کرده‌اند که مفاد آن، دلالت بر لزوم وفای به عهد دارد، مگر مواردی که برخلاف شریعت اسلام باشد

---

۱. وَبِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَیْنِ بْنِ سَعِیدٍ عَنِ النَّضْرِ بْنِ سُوَیدٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ عَنْ أَبِی عَبْدِ اللَّهِ(ع) قَالَ: الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ إِلَّا کلَ شَرْطٍ خَالَفَ کتَابَ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ فَلَا یجُوزُ.

(کاشف‌الغطاء، ۱۴۳۲، ج۲۲، ص۳۷؛ موسوی بجنوردی، ۱۳۷۹، ج۲، ص۳۷۱؛ محقق داماد، ۱۳۸۱، ص۳۵).

نقد استدلال فوق: این حدیث زمانی قابل تمسک خواهد بود که موجبات حدیث یعنی اشتراط وجود داشته باشد، درحالی‌که با عنایت به نظریهٔ سوم، ماهیت عقد مقتضای توارث را دارد، چه شرط توارث شده باشد و چه نشده باشد. پس این حدیث قابلیت استدلال برای این نظریه را ندارد (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج۷، ص۴۷۱).

ب. موثقهٔ ابن‌مسلم. او گوید: «سمعت أبا جعفر علیه السّلام یقول فی الرجل یتزوّج المرأة متعة، إنّهما یتوارثان إذا لم یشترطا و إنّما الشرط بعد النکاح» (کلینی، ۱۴۰۷، ج۵، ص۴۵۷؛ حر عاملی، ۱۴۰۹، ج۲۱، ص۴۷).

ترجمه: شنیدم امام باقر(ع) در مورد مردی که زنی را به ازدواج موقت درآورده است می‌فرماید: این دو از یکدیگر ارث می‌برند زمانی که شرط عدم توارث نکرده باشند و همانا شرط حین نکاح است.

برخی حدیث مزبور را موثقه دانسته‌اند و سند حدیث را معتبر می‌دانند و علت توثیق نیز به این دلیل است که دو نفر از راویان حدیث از فطحیّه‌اند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴، ج۵، ص۷۰).

نقد اول روایت: به این روایت دو اشکال وارد شده است:

الف. این روایت با توجه به این‌که دو نفر از راویان آن از فطحیه‌اند، از نظر سندی اشکال دارد و سند روایت ضعیف است.

ب. این روایتْ مخالف با برخی از قواعد است، از جمله این‌که در این روایت به شرط متأخر از عقد نکاح اعتبار داده است، درحالی‌که شرطی معتبر است که در ضمن عقد نکاح باشد (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج۷، ص۴۷۱).

پاسخ نقد: این نقد را برخی دیگر از فقها چنین توجیه کرده‌اند که احتمال دارد «بعد» به معنای «حین» باشد. لذا معنای روایت این است: «إنّما الشرط حین النکاح». پس اشکال واردشده با این توجیه مرتفع می‌گردد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴، ج۵، ص۷۰).

نقد دوم روایت: اشکال دیگر به این روایت آن است که ارث حکم‌اللّه است، اگر وجود داشته باشد، با شرط نمی‌توان آن را ساقط کرد، همان‌گونه که در عقد دائم نمی‌توان

حکم‌اللّه را ساقط کرد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴، ج۵، ص۷۰).

در نهایت می‌توان گفت که موثّقهٔ ابن‌مسلم حمل بر جایی می‌شود که در عقد موقت، مدت ذکر نشده باشد. بنابر عقیدهٔ غالب فقها، اگر مدت در عقد موقت ذکر نشود، این عقد انصراف به دائم دارد و توارث زوجین از یکدیگر در عقد دائم از مسلمات فقهی است، و در جایی که عقد موقت مطلق باشد (شرط ارث در آن مطرح نشود)، مقتضی توارث نخواهد بود، که موافق با اخباری است که دلالت بر عدم اقتضای ذاتی توارث در عقد موقت دارند. هرچند این حمل، خلاف ظاهر روایت است، اما طریقی برای جمع است (شیخ طوسی، ۱۳۹۰، ج۳، ص۱۵۱).

۲-۴. نظریهٔ چهارم: اصل عقد موقت مقتضی توارث نیست، مگر زمانی که در ضمن عقد، شرط توارث شود.

بنابر روایات این مبحث، چنین برداشت می‌شود که شرط ثبوت ارث در عقد موقت جایز و وجوب عمل دارد و باید توجه شود که نفی توارث نیاز به شرط ندارد، زیرا عقد موقت ذاتاً مقتضی توارث نیست (شیخ طوسی، ۱۳۹۰، ج۳، ص۱۴۹؛ فخر المحققین، ۱۳۸۷، ج۳، ص۱۳۵؛ شهید اول، ۱۴۱۴، ج۳، ص۹۰؛ شهید اول، ۱۴۱۰، ص۱۸۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج۵، ص۲۹۹؛ شیخ انصاری، ۱۴۱۵، ص۲۲۸؛ مغنیه، ۱۴۲۱، ج۵، ص۲۴۳؛ خویی، ۱۴۱۰، ج۲، ص۲۷۵؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱، ص۳۵۸؛ سبحانی، بی‌تا، ج۲، ص۹۷؛ فیاض، بی‌تا، ج۳، ص۴۸؛ وحید خراسانی، ۱۴۲۸، ج۳، ص۳۱۲).

وقتی روایات بحث عقد موقت را برای توارث بررسی می‌کنیم، چند دسته روایت قابل توجه است. اولاً روایات دال بر ممنوعیت توارث زوجه در عقد موقت. ثانیاً روایات دال بر امکان توارث در عقد موقت. روایات زیر را بنگرید:

۱. مُحَمَّدُ بْنُ يعْقُوبَ عَنْ عَلِي بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي نَصْرٍ عَنْ أَبِي الْحَسَنِ الرِّضَا(ع) قَالَ: تَزْوِيجُ الْمُتْعَةِ نِكَاحٌ بِمِيرَاثٍ وَنِكَاحٌ بِغَيرِ مِيرَاثٍ إِنِ اشْتَرَطَتِ الْمِيرَاثَ كَانَ وَإِنْ لَمْ تَشْتَرِطْ لَمْ يكنْ.

۲. مَا رَوَاهُ مُحَمَّدُ بْنُ أَحْمَدَ بْنِ يحْيى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ الْبَرْقِي عَنِ الْحَسَنِ بْنِ جَهْمٍ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مُوسَى عَنْ سَعِيدِ بْنِ يسَارٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ(ع) قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ الرَّجُلِ يتَزَوَّجُ

الْمَرْأَةَ مُتْعَةً وَلَمْ يشْتَرِطِ الْمِيرَاثَ قَالَ لَيسَ بَينَهُمَا مِيرَاثٌ اشْتَرَطَ أَوْ لَمْ يشْتَرِطْ.

۳. مَا رَوَاهُ مُحَمَّدُ بْنُ أَحْمَدَ بْنِ يحْيى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَينِ عَنْ جَعْفَرِ بْنِ بَشِيرٍ عَنْ حَمَّادِ بْنِ عُثْمَانَ عَنْ جَمِيلِ بْنِ صَالِحٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ(ع) عَنِ الْمُتْعَةِ فَقَالَ: حَلَالٌ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ. قُلْتُ: فَمَا حَدُّهَا؟ قَالَ: مِنْ حُدُودِهَا أَلَّا تَرِثَهَا وَلَا تَرِثَك. قَالَ: فَقُلْتُ: كَمْ عِدَّتُهَا؟ قَالَ: خَمْسَةٌ وَأَرْبَعُونَ يوْماً أَوْ حَيضَةٌ مُسْتَقِيمَةٌ (شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ج۷، ص۲۶۵؛ فیض کاشانی، ۱۴۰۶، ج۲۲، ص۶۵۵).

ترجمه: جمیل بن صالح از امام صادق(ع) نقل می‌کند که از ایشان در مورد متعه سؤال کردم. حضرت فرمود: حلالی از سمت خدا و پیغمبر است. گفتم: حدود آن چیست؟ حضرت فرمود: از حدود متعه این است که نه تو از او ارث می‌بری و نه او از تو ارث می‌برد. گفتم: عدهٔ آن چقدر است؟ حضرت فرمود: ۴۵ روز یا یک حیض مستقیم.

همان‌گونه که در روایات فوق ملاحظه می‌گردد، دو دسته روایت وجود دارد که عده‌ای از روایات همانند روایت شمارهٔ اول گویای امکان توارث است، و روایت دوم و سوم بیانگر عدم توارث، لکن شیخ طوسی بیان می‌دارد که تعارض و منافاتی بین این دو دسته روایاتِ ذکرشده نیست، زیرا روایات بیانگر عدم توارث در عقد موقت، دلالت بر این دارند که به‌خودی‌خود میراثی بین زوجین در عقد موقت نیست، چه شرط نفیِ میراث شده باشد و چه شرط نفی میراث نشده باشد، که این لازمهٔ ذات عقد موقت است، اما منافاتی با ارث در صورت اشتراط ندارد (شیخ طوسی، ۱۳۹۰، ج۳، ص۱۵۰).

۲-۴-۱. دلیل نظریهٔ چهارم: روایات

حدیث اول: عمومیت حدیث «المؤمنون عند شروطهم» (شیخ طوسی، ۱۳۹۰، ج۳، ص۲۳۲؛ شیخ صدوق، ۱۴۱۳، ج۳، ص ۲۰۵).

در توضیح این روایت باید بیان کرد که با توجه به نکاتی که در روایات سابق بیان شد،[1] اصل عقد اقتضای توارث را ندارد و از جهتی نیز بر اساس حدیث «المؤمنون عند شروطهم»، در صورت اشتراط توارث از سمت زوجین، منافاتی با اصل عقد به وجود

---

۱. مُحَمَّدُ بْنُ يعْقُوبَ عَنْ عَلِي بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي نَصْرٍ عَنْ أَبِي الْحَسَنِ الرِّضَا(ع) قَالَ: تَزْوِيجُ الْمُتْعَةِ نِكَاحٌ بِمِيرَاثٍ وَنِكَاحٌ بِغَيرِ مِيرَاثٍ إِنِ اشْتَرَطَتِ الْمِيرَاثَ كَانَ وَإِنْ لَمْ تَشْتَرِطْ لَمْ يكُنْ.

نخواهد آمد (سبحانی، بی‌تا، ج۲، ص۹۶).

حدیث دوم: ما روی عن البزنطی صحیحاً عن أبی الحسن الرضا علیه السّلام قال: «تزویج المتعة نکاح بمیراث ونکاح بغیر میراث إن اشترطت کان وإن لم تشترط لم یکن» (کلینی، ۱۴۰۷، ج۵، ص۴۶۵؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ج۷، ص۲۶۴؛ شیخ طوسی، ۱۳۹۰، ج۳، ص۱۴۹).

حدیث سوم: روایت صحیح محمد بن مسلم از امام صادق(ع) که فرمود: «فإن اشترطت المیراث فهما علی شرطهما».

قبل از بیان نکات مطرح‌شده نسبت به این روایات باید توجه کرد که روایت دوم تصریح در اثبات نظریهٔ چهارم دارد، لکن به غیر از سایر راویان ثقه در سند، ابراهیم بن هاشم قمّی هست که به تعبیر محققان در علم رجال، کثیرالعلم و الروایة است، هرچند تصریحی بر توثیقش نیست، لکن مدح و حسن او مطرح شده است (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج۷، ص۴۶۹).

۲-۴-۲. اشکالات نظریهٔ چهارم

۲-۴-۲-۱. اشکال اول

بر اساس برخی از روایات، نظریهٔ چهارم با اشکال مواجه خواهد بود، زیرا این نظریه درصدد اثبات این مطلب است که اصل عقد ازدواج مادامی که طرفین شرط توارث نداشته باشند مقتضی توارث نیست، درحالی‌که برخی از روایات بیانگر این است که زوجین مادامی که عدم توارث را شرط نکرده باشند، ارث خواهند برد. پر واضح است که با توجه به این مطلب، ماهیت عقد ازدواج اقتضای توارث را خواهد داشت. به‌عنوان مثال، می‌توان روایت ذیل را بیان کرد:

مَا رَوَاهُ مُحَمَّدُ بْنُ یعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ یحْیی عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ ابْنِ فَضَّالٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ قَالَ سَمِعْتُ أَبَا جَعْفَرٍ(ع) یقُولُ فِی الرَّجُلِ یتَزَوَّجُ الْمَرْأَةَ مُتْعَةً إِنَّهُمَا یتَوَارَثَانِ إِذَا لَمْ یشْتَرِطَا وَإِنَّمَا الشَّرْطُ بَعْدَ النِّکاحِ.

ترجمه: محمد بن مسلم گوید: از امام باقر(ع) در خصوص مردی که زنی را به عقد موقت خود درآورده بود شنیدم که مادامی که دو نفر عدم ارث را شرط نکرده باشند، ارث خواهند برد. همانا شرط در حین نکاح (معتبر) است.

پاسخ اشکال: شیخ طوسی این روایات را چنین حمل می‌کند که مدت در عقد موقت ذکر نشده باشد. در این صورت، عقد انصراف به دائم دارد و مسلم است که زوجین در عقد دائم از یکدیگر ارث خواهند برد (شیخ طوسی، ۱۳۹۰، ج۳، ص۱۵۰).

نقدی بر پاسخِ اشکال: شاید این حمل بعید از ظاهر روایت باشد، زیرا در متن روایت لفظ «متعه» مقدم شده است. ثانیاً سؤال نیز دربارهٔ ازدواج موقت است نه مطلق ازدواج تا احتیاج به تقید داشته و نتیجه تفصیل بین ازدواج دائم و موقت باشد (سبحانی، بی‌تا، ج۲، ص۹۵).

توجیه تأویل شیخ طوسی: اولین وجه برای تأویل مذکور این است که صحیحه‌ای دیگر از محمد بن مسلم بر همین مطلب دلالت دارد که عقد موقت مقتضی توارث نیست و توارث در صورت اشتراط مترتب خواهد شد:

قال: سألت أبا عبد اللّه علیه السّلام کم المهر؟- یعنی فی المتعة- فقال: «ما تراضیا علیه- إلی أن قال:- وإن اشترطا المیراث فهما علی شرطهما» (مجلسی، ۱۴۰۳، ج۱۰۰، ص۳۱۶).

وجه دوم این است که احتمال دارد لفظ «لا» از موثقهٔ مذکور حذف شده باشد و اصل روایت این باشد: «إنّهما لا یتوارثان إلا لم یشترطا» (سبحانی، بی‌تا، ج۲، ص۹۵).

۲-۴-۲-۲. اشکال دوم

هیچ لازمه‌ای جز زوجیت برای توارث وجود ندارد. چیزی نیز بیانگر اقتضای توارث زوجین نیست مگر آیه‌ای که بیان آن گذشت. حال اگر عنوان زوجهٔ مطرح‌شده در آیه بر زوجه در عقد موقت بار می‌شود، توارث ثابت است، هرچند شرط ثبوت ارث نشده باشد و همچنین شرط نفی ارث نیز باید باطل باشد، و در صورتی که عنوان زوجه در آیه بر زوجه در عقد موقت، صادق نیست، توارثی ثابت نخواهد بود، چه شرط ارث شده باشد و چه نشده باشد، زیرا در این صورت، شرط توارث نسبت به کسی است که وارث نیست پس باطل است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴، ج۵، ص۷۰).

پاسخ: ارث بر عقد تنها مترتب نیست تا در نتیجه اشتراط لغو باشد. همچنین بر شرط به‌تنهایی نیز مترتب نیست تا در نتیجه از قبیل توریث اجنبی باشد، بلکه عقد دائم، علت تامه برای توارث و عقد منقطع جزءالعلّه است. به بیان دیگر، عقد موقت شباهت به

مقتضی دارد که تأثیرگذاری این مقتضی با شرط به اتمام خواهد رسید. پس عقد موقت داخل در آیه خواهد بود و اگر نصوص واردشده بر منع از توارث در عقد موقت نبود، هر آینه می‌توان بیان داشت که عقد موقت نیز علت تامه برای توارث خواهد بود، لکن نصوص واردشده ما را از این‌که عقد موقت را همانند عقد دائم بدانیم باز می‌دارند.

۲-۴-۲-۳. اشکال سوم

صحیحهٔ بزنطی و ابن‌مسلم که برای این نظریه به آن دو تمسک شد، قابلیت حمل به وصیت را دارند، یعنی اگر وصیت کنی برای این زن، که به او ارثی بدهند قبول است و چون ارث زن هم یک‌هشتم یا یک‌چهارم است و وصیت میت هم در ثلث نافذ است، پس شرط، به وصیت هم اطلاق می‌شود (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج۱۳، ص۳۹؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۴، ج۵، ص۶۹).

پاسخ: التزام به این‌که وراثت در عقد موقت تابع اشتراط طرفین است، بعد از این‌که بیان شد که شرطِ متمِّم، مقتضی عقد موقت است، بعید نیست، و بیان شد که وراثت به دلیل صرف عقد نیست تا قابل تفکیک نباشد و به دلیل شرط هم نیست تا اشکال وارد شود که این از قبیل ارث بردن اجنبی است.

۲-۴-۲-۴. اشکال چهارم

لازمهٔ این‌که شرط مفید ارث باشد این است که مطابق آن چیزی باشد که واقع می‌شود. لذا اگر شرط اختصاص به یکی از زوجین داشته باشد، ارث نیز از سمت او خواهد بود، درحالی‌که توارث از دو طرف غلبه دارد.

پاسخ: کیفیت توارث تابع ضوابطی است که شارع بیان کرده است، و همچنین زوجه در عقد موقت داخل در عمومیت آیه است و همانا شرط نیز متمم مقتضی عقد موقت برای تأثیر عنوان زوجیت می‌باشد. پس کیفیت توارث تابع قواعد شرعی است نه اشتراط طرفین (سبحانی، بی‌تا، ج۲، ص۹۷).

۲-۵. واکاوی و بررسی نظریات بیان‌شده

نکتهٔ قابل توجه این است که از بین نظریات بیان‌شده، از جمله نظریهٔ اول که در پی اثبات مطلق توارث زوجین و نظریهٔ دوم که درصدد اثبات عدم توارث زوجین در عقد موقت

بود، هرچند زوجین شرط توارث کرده باشد و همچنین نظریهٔ چهارم که بیانگر این بود که اصل عقد مقتضی توارث زوجین است، هر کدام با اشکالی مواجه است.

اشکال نظریهٔ اول این است که بنابر روایات متعددی، زوجین در عقد موقت ارث نمی‌برند، لذا با این تعداد از روایات نمی‌توان به‌راحتی ارث زوجین در عقد موقت را مطرح کرد.

به طرف‌داران نظریهٔ دوم نیز می‌توان این نقد را وارد کرد که روایات دال بر عدم ارث، در حقیقت به بیان این نکته می‌پردازند که عقد موقت همانند عقد دائم به‌خودی‌خود مقتضی توارث نیست نه این‌که مقتضی عدم توارث باشد، حتی آن روایاتی که می‌فرمودند «لا وارثة ولا موروثة»[1]" ناظر به این نیستند که عدم توارث از امور لازم جداناپذیر در عقد موقت است، بلکه همان‌گونه که گذشت، به معنای این است که عقد متعه اقتضای توارث را ندارد.

طرف‌داران نظریهٔ سوم نیز قائل بودند که مطلقاً در عقد ازدواج توارث وجود دارد و ذات عقد مقتضی توارث است. اینان برای اثبات ادعای خود به روایاتی تمسک کرده بودند که شیخ طوسی آن‌ها را حمل بر زمانی کرد که در آن عقد، مدت ذکر نشده باشد و عقد منصرف به دائم باشد (سبحانی، بی‌تا، ج۲، ص۹۶).

نکته‌ای که باید بیان کرد این است که اگر شرط توارث از جانب طرفین باشد، پس با ادله‌ای که بیان شد، مطابق شرط، نافذ است و در صورتی که شرط توارث برای یکی از طرفین باشد، در این صورت، احتمال دارد که این شرط نیز به دلیل عمل به شرط و ادله‌ای که ذکر شد، نافذ باشد. همچنین احتمال بطلان این شرط نیز وجود دارد، زیرا زوجیت اگر اقتضای ارث را داشته و موانع آن مرتفع باشد، توارث از هر دو طرف ثابت است و اگر توارث منتفی باشد، از دو طرف منتفی است (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج۵، ص۲۹۹؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳،

---

۱. عَلِی بْنُ إِبْرَاهِیمَ عَنْ أَبِیهِ عَنْ عَمْرِو بْنِ عُثْمَانَ عَنْ إِبْرَاهِیمَ بْنِ الْفَضْلِ عَنْ أَبَانِ بْنِ تَغْلِبَ وَ عَلِی بْنُ مُحَمَّدٍ عَنْ سَهْلِ بْنِ زِیادٍ عَنْ إِسْمَاعِیلَ بْنِ مِهْرَانَ وَ مُحَمَّدِ بْنِ أَسْلَمَ عَنْ إِبْرَاهِیمَ بْنِ الْفَضْلِ عَنْ أَبَانِ بْنِ تَغْلِبَ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِی عَبْدِ اللَّهِ(ع): کیفَ أَقُولُ لَهَا إِذَا خَلَوْتُ بِهَا؟ قَالَ: تَقُولُ أَتَزَوَّجُک مُتْعَةً عَلَی کتَابِ اللَّهِ وَسُنَّةِ نَبِیهِ(ص)، لَا وَارِثَةً وَلَا مَوْرُوثَةً کذَا وَکذَا یوْماً وَإِنْ شِئْتَ کذَا وَکذَا سَنَةً بِکذَا وَکذَا دِرْهَماً وَتُسَمِّی مِنَ الْأَجْرِ مَا تَرَاضَیتُمَا عَلَیهِ قَلِیلًا کانَ أَمْ کثِیراً، فَإِذَا قَالَتْ نَعَمْ فَقَدْ رَضِیتْ فَهِی امْرَأَتُک وَأَنْتَ أَوْلَی النَّاسِ بِهَا. قُلْتُ: فَإِنِّی أَسْتَحْیِی أَنْ أَذْکرَ شَرْطَ الْأَیامِ. قَالَ: هُوَ أَضَرُّ عَلَیک. قُلْتُ: وَکیفَ؟ قَالَ: إِنَّک إِنْ لَمْ تَشْتَرِطْ کانَ تَزْوِیجَ مُقَامٍ وَلَزِمَتْک النَّفَقَةُ فِی الْعِدَّةِ وَکانَتْ وَارِثَةً وَلَمْ تَقْدِرْ عَلَی أَنْ تُطَلِّقَهَا إِلَّا طَلَاقَ السُّنَّةِ.

ج۷، ص۴۷۰).

شاید بتوان تأملی دیگر بین روایات دال بر عدم توارث و روایات دال بر توارث در صورت اشتراط داشت، و برای علاج تعارض بین این دو دسته روایت، چند روش دیگر را به‌جز روش جمع شیخ طوسی، مطرح کرد:

جمع دلالی: برای جمع کردن بین این روایات متعارض سه روش جمع دلالی مطرح شده است:

۱. روایات قول عدم توارث به‌صورت مطلق‌اند و روایات قول به تفصیل مقید به شرط‌اند. پس نسبت بین آن‌ها عام و خاص است و جمع بین عام و خاص، یک جمعِ شناخته‌شده است.

جواب: در این‌جا این جمع درست نیست، چون در دستهٔ روایاتِ قول به عدم توارث، روایاتی تصریح بر عدم توارث زوجین به‌صورت مطلق دارند، یعنی چه شرط توارث وجود داشته باشد و چه شرط توارث نشده باشد. به‌علاوه، روایاتی مطرح شد که بیان می‌داشت حد متعه و طبیعت متعه به این صورت است که همان‌گونه که عدّه دارد ارث هم ندارد و می‌فرمود موقع صیغه خواندن بگو ارث ندارد، معنایش این است که راهی برای ارث نیست، پس متباینین هستند، نه مطلق و مقید.

۲. بعضی می‌گویند «اشترط» که در روایات قول عدم توارث مطلقاً وجود دارد، با «اشترط» در روایات قول تفصیل، متفاوت است. روایات قول به عدم توارث می‌گوید اگر شرط کنید منظور شرط عدم است، یعنی چه شرط باشد یا این‌که شرط منتفی باشد، ارث بین زوجین وجود نخواهد داشت، ولی روایات قول به تفصیل گویای این است که اگر شرط وجود ارث را زوجین داشته باشند ارث می‌برند، یعنی در یک جا شرط عدم ارث و در جای دیگر شرطِ ارث هست.

جواب: این جمع هم باطل و تکلّف‌آمیز است و هر دو مثل هم هستند و «اشترط» یعنی اشترط الإرث.

۳. منظور از شرط در روایات قول به تفصیل، وصیت است، یعنی اگر وصیت کنی برای این زن که به او ارثی بدهند قبول است و چون ارث زن هم یک‌هشتم یا یک‌چهارم است و وصیت میت هم در ثلث نافذ است، پس روایات با هم هماهنگ است و شرط، به

وصیت هم اطلاق می‌شود، بنابراین به قرینهٔ روایات سابق این دو روایت را بر وصیت حمل می‌کنیم.

از بین این روش‌های جمع، بهترین جمع دلالی همین است.

در مقابلِ نظریه‌هایی که مطرح شد، برخی دیگر از فقها به دلیل اختلافات فراوانی که در روایات وجود دارد، طریق احتیاط را انتخاب کرده‌اند. باید به این نکته توجه کرد که آنان نه به احتیاط مستحب بلکه قائل به احتیاط واجب در این زمینه‌اند و می‌گویند: اگر زوجین شرط کنند که از یکدیگر ارث ببرند یا یکی از آن‌ها ارث ببرد، این توارث اِشکال دارد. بنابراین، احتیاط این است که زوجین شرط توارث را ترک کنند و در صورت اشتراط مصالحه نمایند (خمینی، ۱۴۲۵، ج۳، ص۵۱۹؛ سیستانی، ۱۴۱۷، ج۳، ص۸۰).

با پاسخی که به روایات دال بر عدم توارث داده شد، دیگر دلیلی برای قائل شدن به احتیاط باقی نمی‌ماند، مگر این‌که اِشکال شود که قول به تفصیل و روایات آن متعارض با روایات دال بر عدم توارث است که در این صورت، هنگام تعارض روایات دال بر تفصیلْ موافق با کتاب هستند، لکن روایات دال بر عدم توارث مشهورند، و هنگام تعارض نیز امام در بیان مرجحات، اولین مرجح را شهرت ذکر کرده است، لذا روایات دال بر تفصیل ضعیف‌اند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴، ج۵، ص۶۹).

جوابی که به این اشکال ضمنی داده می‌شود این است که با پاسخ دادن روایات دال بر عدم توارث و توجیه و حمل آن‌ها دیگر تعارضی باقی نمی‌ماند تا نوبت به مرجحات برسد.

۲-۶. نظریهٔ برگزیده

بعد از بیان چهار نظریه که در خصوص توارث زوجین در عقد موقت وجود داشت، با توجه به ادله و نقدی که در خصوص هر کدام بیان شد، به نظر می‌رسد بتوان نظریهٔ چهارم را که نوعی تفصیل و جمع بین سایر نظریات است، انتخاب کرد. توضیح آن‌که، با توجه به روایات، سایر ادله و نقد هر کدام، انتخاب این نظریه که زوجین به‌محض عقد موقت از یکدیگر ارث خواهند برد و یا این‌که ذات عقد زوجیت مقتضی توارث است، با بسیاری از ادله و روایاتی که در گذشته بیان شد سازگاری ندارد. از جهتی نیز برگزیدن این نظریه که زوجین به هیچ وجه در عقد موقت از یکدیگر ارث نمی‌برند، با توجه به ادلهٔ بیان‌شده و

قوام آن‌ها، به‌دور از انصاف علمی است. لذا هرچند وفق روایاتی که در تبیین نظریهٔ دوم گذشت، اصل عقد ازدواج مقتضی توارث نیست، اما با عنایت به سایر ادله و امکان جواز توارث و پاسخ موانع واشکالات مطرح‌شده، شرط توارث می‌تواند معتبر و پذیرفتنی باشد.

نتیجه‌گیری

هنگامی که روایات به‌صورت کامل از حیث سند و از حیث دلالت بررسی می‌شود، اقوال فقهایی که دلالت بر این دارد که زوجه در عقد موقت به‌صورت مطلق ارث می‌برد، قابل رد است و نظریهٔ فقهایی که بیان می‌داشتند اصل بر توارث بین زوجین می‌باشد و ذات عقد مقتضی توارث است، مگر این‌که شرط عدم توارث کنند نیز قابلیت خدشه دارد که استدلال آن گذشت.

نظریهٔ عدم توارث زوجین به‌صورت مطلق نیز مستند به روایاتی است که دستهٔ اول روایات آن از حیث سند و دلالت دارای مشکل است و روایاتِ دال بر این‌که عدم ارث از ارکان عقد است و یا این‌که این زنان عقد موقت مستأجره‌اند، هرچند از حیث سند و دلالت مشکل ندارند، لکن بیانگر ذات و مقتضای عقد هستند، با این توضیح که ذات عقد موقت مقتضی توارث نیست، اما این‌که مقتضی عدم توارث باشد را شامل نمی‌شود، لذا تنها قولی که باقی می‌ماند و روایات آن بدون معارض است، قول به تفصیل خواهد بود، با این بیان که ذات عقد موقت مقتضی توارث نیست، لکن در صورت اشتراط توارث، از باب «المؤمنون عند شروطهم» و سایر ادلهٔ ذکرشده معتبر خواهد بود. در نتیجه، نظریهٔ فقیهانی که به دلیل تعارض روایات، قائل به احتیاط بودند نیز مردود است، زیرا با پاسخ دادن روایات دال بر عدم توارث، دیگر تعارضی باقی نخواهند ماند تا به دلیل این تعارض، قول به احتیاط پذیرفته شود. پر واضح است که قانون مدنی ایران به‌تبعِ نظریهٔ مشهور نسبت به عدم توارث، قائل به عدم توارث زوجین در عقد موقت شده است که می‌طلبد با توجه به بیان ادلهٔ مذکور و این‌که علاوه بر مشروعیت و تقنین، این نوع از ازدواج نیز در شرایط خاص خودش استحکام دارد و بتواند زوجه را در صورت اشتراط زوجین از میراث منتفع کند، مجلس شورای اسلامی در قوانین این باب بازنگری کند و نظریهٔ قوی‌تر را بپذیرد.

فهرست منابع

۱. قرآن کریم
۲. آبی، حسن ابن ابی طالب. (۱۴۰۸ق)، کشف الرموز فی شرح مختصر النافع. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعهٔ مدرسین حوزهٔ علمیهٔ قم.
۳. ابن‌ادریس، محمد بن منصور حلی. (۱۴۱۰ق). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴. ابن‌براج قاضی طرابلسی، عبد العزیز. (۱۴۰۶ق). المهذب. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۵. حاج‌حسینی، ناهید. (۱۳۹۸ش). توارث زوجین. پنجمین همایش ملی حقوق (تحولات مسئولیت‌های مدنی در نظام حقوقی ایران). https://civilica.com/doc/940769
۶. حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعه. قم: مؤسسه آل البیت(ع).
۷. حلبی، ابو الصلاح تقی‌الدین بن نجم‌الدین. (۱۴۰۳ق). الکافی فی الفقه. اصفهان: کتابخانه عمومی امام امیرالمؤمنین(ع).
۸. خادم‌الحسینی، روح‌الله؛ زارع‌شاهی، علی. (۱۳۹۵ش). حقوق مالی زن در نکاح موقت. سومین همایش بسترهای فساد مالی و اداری در نظام حقوقی ایران با رویکرد اصلاح و توسعهٔ نظام حقوقی. https://civilica.com/doc/641354
۹. خمینی، سید روح اللّه. (۱۴۲۵ق). تحریر الوسیله، (ترجمهٔ علی اسلامی). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۰. خویی، سید ابو القاسم موسوی. (۱۴۱۰ق). منهاج الصالحین. قم: نشر مدینة العلم.
۱۱. سبحانی، جعفر. (بی‌تا). نظام النکاح فی الشریعة الإسلامیة الغراء. قم: بی‌نا.
۱۲. سلطانی، نیکسا. (۱۳۹۵ش). آثار مالی نکاح موقت و دائم. نخستین همایش ملی علوم اسلامی حقوق و مدیریت. https://civilica.com/doc/534125
۱۳. سیستانی، سید علی حسینی. (۱۴۱۷ق). منهاج الصالحین. قم: دفتر حضرت آیة الله سیستانی.
۱۴. شریف مرتضی، علی بن حسین موسوی. (۱۴۱۵ق). الانتصار فی انفرادات الامامیه، قم: دفتر انتشارات وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۵. شکریان امیری، حسین و علی‌پور، ذبیح‌الله. (۱۳۹۶ش). بررسی فقهی شرط توارث در نکاح موقت. دومین کنفرانس بین‌المللی مطالعات اجتماعی فرهنگی و پژوهش دینی. https://civilica.com/doc/659633
۱۶. شهید اول، محمد بن مکی عاملی. (۱۴۱۰ق). اللمعة الدمشقیة فی فقه الإمامیه. بیروت: دار التراث - الدار الإسلامیة.
۱۷. شهید اول، محمد بن مکی عاملی. (۱۴۱۴ق). غایة المراد فی شرح نکت الإرشاد. قم: انتشارات دفتر

تبلیغات اسلامی.
۱۸. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی عاملی. (۱۴۱۰ق). الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیه، (حاشیهٔ کلانتر). قم: کتابفروشی داوری.
۱۹. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی عاملی. (۱۴۱۳ق). مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام. قم: مؤسسة المعارف الإسلامیه.
۲۰. شیخ انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین. (۱۴۱۵ق). کتاب النکاح. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۲۱. شیخ صدوق، محمدبن علی بن بابویه قمی. (۱۴۱۳ق). من لایحضره الفقیه. قم: دفتر انتشارات وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۲. شیخ صدوق، محمدبن علی بن بابویه قمی. (۱۴۱۵ق). المقنع. قم: مؤسسهٔ امام هادی(ع).
۲۳. شیخ طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۹۰ق). الاستبصار فیما اختلف من الأخبار. تهران: دار الکتب الإسلامیه.
۲۴. شیخ طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق). تهذیب الاحکام. تهران: دارالکتب الاسلامیّه.
۲۵. طاهری، رقیه؛ داداشی نیاکی، محمدرضا. (۱۳۹۶ش). بررسی چالش‌های حقوق مادی زوجه در ازدواج موقت در فقه و حقوق موضوعه. فصلنامهٔ مطالعات حقوق، شمارهٔ ۱۱، ص۳۵۵-۳۷۵.
۲۶. طباطبایی قمی، تقی. آرائنا فی اصول الفقه. (۱۳۷۱) قم: محلّاتی.
۲۷. علامه حلّی، حسن بن یوسف. (۱۴۰۴ق). مبادی الوصول الی علم الاصول. قم: المطعبة العلمیّه.
۲۸. علامه حلّی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۳ق). قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۹. فخر المحققین حلّی، محمد بن حسن بن یوسف. (۱۳۸۷ق). إیضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۳۰. فیاض، محمد اسحاق. (بی‌تا). منهاج الصالحین. بی‌جا: بی‌نا.
۳۱. فیض کاشانی، محمد حسین ابن شاه مرتضی. (۱۴۰۶ق). الوافی. اصفهان: کتابخانه امام امیرالمؤمنین(ع).
۳۲. کاشف الغطاء، حسن بن جعفر نجفی. (۱۴۲۲ق). أنوار الفقاهة، (کتاب النکاح). نجف: مؤسسة کاشف الغطاء.
۳۳. کاشف الغطاء، حسن بن جعفر نجفی. (۱۴۳۲ق). القواعد الستة عشر. نجف: مؤسسة کاشف الغطاء.
۳۴. کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق). الکافی. تهران: دار الکتب الاسلامیه.
۳۵. لنکرانی، محمد فاضل موحدی. (۱۴۲۱ق). تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة - النکاح. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار(ع).

۳۶. مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی. (۱۴۰۳ق). بحارالانوار، بیروت: دار إحیاء التراث العربی.
۳۷. مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی. (۱۴۰۶ق). ملاذ الاخیار فی فهم تهذیب الاخبار، قم: کتابخانه عمومی حضرت آیت‌الله مرعشی نجفی.
۳۸. محقق ثانی، علی بن حسین عاملی. (۱۴۱۳ق). الموجز فی المتعه. قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید(ره).
۳۹. محقق حلّی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۳ق). معارج الاصول. قم: مؤسسهٔ آل البیت(ع).
۴۰. محقق حلّی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۴۱. محقق حلّی، جعفر بن حسن. (۱۴۱۲ق). نکت النهایه. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴۲. محقق حلّی، جعفر بن حسن. (۱۴۱۸ق). المختصر النافع فی فقه الإمامیة. قم: مؤسسة المطبوعات الدینیه.
۴۳. محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۸۱ش). قواعد فقه (بخش مدنی). تهران: سمت.
۴۴. محقق کرکی، علی بن حسین. (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد. قم: مؤسسه آل البیت لإحیاءالتراث.
۴۵. مظفر، محمدرضا. (۱۴۳۰ق). اصول الفقه. النشرالاسلامی.
۴۶. مغنیه، محمد جواد. (۱۴۲۱ق). فقه الإمام الصادق(ع). قم: مؤسسهٔ انصاریان.
۴۷. مکارم شیرازی، ناصر. کتاب النکاح. (۱۴۲۴ق). قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب(ع).
۴۸. موسوی بجنوردی، محمد. (۱۳۷۹ش). قواعد فقهیه. تهران: مؤسسه تنظیم ونشر آثار امام خمینی(ره).
۴۹. نجاشی، احمد بن علی. (۱۳۶۵ش). رجال. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعهٔ مدرسین حوزهٔ علمیهٔ قم.
۵۰. نجفی، محمد حسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار إحیاء التراث العربی.
۵۱. وحید خراسانی، حسین. (۱۴۲۸ق). منهاج الصالحین. قم: مدرسه امام باقر(ع).

Civil Jurisprudence Doctrines

ISSN Print: 2251- 936x Online: 2783- 3690

Continuation of Authorization in the Institution of the Civil Partnership Contract

Tahereh Moslehi[1] | Javad Niknejad[2] | Mohammad Alemzadeh[3]

1. PhD Student in Private Law, Islamic Azad University, Qaemshahr Branch, Qaemshahr, Iran. Email: t.moslehi@yahoo.com
2. Corresponding Author, Assistant Professor, Department of Private Law, Islamic Azad University, West Tehran Branch, Tehran, Iran. Email: j.n406@yahoo.com
3. Assistant Professor, Department of Private Law, Islamic Azad University, Qaemshahr Branch, Qaemshahr, Iran. Email: malemzade46@gmail.com

Article Info

Article type:
Research Article

Article history:
Received: 2 April 2024
Revised: 11 August 2024
Accepted: 14 September 2024
Available online 28 September 2024

Keywords:
Continuation of authorization, principle of no harm (Lā ḍarar), legal principles and rules, economic efficiency.

ABSTRACT

A defining characteristic of the civil partnership contract is the joint ownership of partners' assets, which is intrinsically linked to the legal concept of authorization (permission). Consequently, the revocation of authorization results in an abrupt cessation of economic interactions within this legal framework, leading to harmful outcomes such as the loss of benefits derived from the shared assets during an indefinite suspension. This situation increases the likelihood of premature and detrimental dissolution of the partnership. Existing solutions, which reflect a dual nature combining the binding effect of joint ownership contracts and the permissibility of agency contracts, fail to effectively address the adverse consequences of revoking authorization. Furthermore, deeming the civil partnership contract as binding conflicts with the fundamental principle of cooperation and collaboration that forms the foundation of this legal institution. This study, employing a library-based analytical approach, demonstrates that the harmful effects of revoking authorization arise from the permissive nature attributed to the civil partnership contract, which is clearly inconsistent with Islamic jurisprudential-legal rules and economic efficiency. To resolve these contradictions, it is proposed that where revocation of authorization would result in the loss of benefits from jointly owned assets and cause harm, the principle of Lā ḍarar (no harm) should be invoked. According to the principle of Lā ḍarar (no harm), the implicit condition of continuous and proper use of jointly owned property, the principle of upholding the contract, the condition of maintaining contractual balance, and the interpretation and supplementation of explicit and implicit contractual terms based on economic efficiency, the permission (authorization) is presumed to remain in effect until it is terminated without causing harm.

Cite this article: Moslehi, T.; Niknejad, J.; Alemzadeh, M. (2025). Continuation of Authorization in the Institution of the Civil Partnership Contract. *Civil Jurisprudence Doctrines*, 17(31), 315-344.https://doi.org/10.30513/cjd.2024.5926.1947

© The Author(s). Publisher: Razavi University of Islamic Sciences.

آموزه‌های فقه مدنی
ISSN Print: 2251- 936x Online: 2783- 3690

ابقای اذن در نهاد قرارداد مشارکت مدنی

طاهره مصلحی[۱] | جواد نیک‌نژاد[۲] | محمد عالم‌زاده[۳]

۱. دانشجوی دکتری رشتهٔ حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد قائم‌شهر، قائم‌شهر، ایران. رایانه: t.moslehi@yahoo.com

۲. نویسنده مسئول، استادیار، حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران غرب، تهران، ایران. رایانامه: j.n406@yahoo.com

۳. استادیار، حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد قائم‌شهر، قائم‌شهر، ایران. رایانامه: malemzade46@gmail.com

اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۱/۱۴
تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۵/۲۱
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۶/۲۴
تاریخ انتشار برخط: ۱۴۰۳/۰۷/۰۷

کلیدواژه‌ها:
ابقای اذن، قاعدهٔ لا ضرر، اصول و قواعد حقوقی، کارایی اقتصادی.

چکیده

باز ویژگی‌های نهاد قرارداد مشارکت مدنی اشاعهٔ اموال شرکا است که با احکام اذن مرتبط می‌شود. بنابراین در اثر رفع اذن، توقف ناگهانی تعاملات اقتصادی در این نهاد حقوقی رخ می‌دهد که از نتایج مضر آن، تلف منافع اموال مشارکت در طی توقفی بلامدت است. این امر احتمال انحلالی نابهنگام و زیان‌بار را فراهم می‌آورد. برخی از راهکارها که ماهیت دوگانه‌ای از ترکیب لزوم عقد اشاعه و جواز عقد نیابت است، آثار سوء قطع اذن را برطرف نمی‌نماید. لازم شمردن عقد مشارکت مدنی نیز با اصل تعاون و همکاری که سنگ بنای این نهاد حقوقی است، همخوانی ندارد. این پژوهش با روش کتابخانه‌ای - تحلیلی نشان داده است که آثار سوء قطع اذن ناشی از جایز شمردن عقد مشارکت مدنی با قواعد فقهی-حقوقی و کارایی اقتصادی مغایرت آشکار دارد. پس برای رفع این تناقض‌ها پیشنهاد می‌شود که چنانچه لغو اذن سبب تلف منفعت اموال مشاع و تضرر است، با استناد به قاعدهٔ لا ضرر، شرط ارتکازی استفادهٔ مستمر و مطلوب از مال مشاع، اصل ابقای قرارداد، شرط حفظ تعادل قراردادی و تفسیر و تکمیل شروط صریح و غیرصریح قرارداد بر مبنای کارایی اقتصادی، ابقای اذن تا قطع بی‌ضرر آن فرض شود.

استناد: مصلحی، طاهره؛ نیک‌نژاد، جواد؛ عالم‌زاده، محمد. (۱۴۰۴). ابقای اذن در نهاد قرارداد مشارکت مدنی. آموزه‌های فقه مدنی، ۱۷(۳۱)، ۳۱۵-۳۴۴. https://doi.org/10.30513/cjd.2024.5926.1947

ناشر: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.

© نویسندگان.

مقدمه

به دلیل ویژگی ذاتی اشاعه در نهاد قرارداد مشارکت مدنی، احکام شرکت قانون مدنی مطرح است. قانون مدنی در مادهٔ ۵۷۲ شرکت را اختیاری یا قهری تعریف کرده است و در تفاوت احکام این دو نوع شرکت بیان مشخصی نیست، اما واضح است که میان شرکت قهری و اختیاری تمایز آشکار ساختاری وجود دارد. عوضینی که به‌اختیار و برای استفاده از مال تجمیع شده و در جهت تعاملات اقتصادی به قصد انتفاع از حالت انحصار به حالت اشاعه درآمده است، قواعد خاص خود را می‌طلبد، زیرا عقد شرکت مدنی[1] یک قرارداد است. با توجه به ویژگی مستمر بودن و منافع و زیان‌هایی که به‌تدریج حاصل می‌شود، حقوق و تعهدات شرکا تا زمان انحلال شرکت استمرار دارد (حسینی تهرانی، ۱۳۶۵، ص۴۶). قرارداد مشارکت مدنی که تملیکی و معوض نیز است، شامل تعهداتی از جمله تملیک اعیان اموال و منفعت آن به‌نحو مشاع می‌شود.

بنابراین، هر گاه اذن تصرف، چه قهری و چه اختیاری، قطع شود، به دلیل توقف استفاده از اموال، امکان اتلاف منافع وجود دارد که سبب ضرر شرکا، مشارکت و ذی‌نفعان مشارکت می‌گردد و در نتیجهٔ آن، انحلال مشارکت رخ می‌دهد. این تحقیق دربارهٔ پیامدهای احکام قاعدهٔ اذن در این نهاد حقوقی و راهکارهای برون‌رفت از آن، به‌منظور پر کردن خلأهای قانونی و قراردادی آن است، هرچند ممکن است قائلین به جوازِ این نهاد حقوقی ایراد کنند که شرکا از امکان لغو اذن آگاه‌اند و بنابراین خودکرده را تدبیر نیست، اما اولاً به دلیل شرایطی مانند شراکت خانوادگی، دوستانه و یا شرایط مناسب، یک احتمال قوی عقلایی برای عدم لغو اذن وجود دارد که شرکا را به شراکت وامی‌دارد. دیگر این‌که، درست است که حق لغو اذن وجود دارد، اما حقوق قراردادی و غیرقراردادی دیگری نیز وجود دارد که مجموع این حقوق، انگیزهٔ ورود به مشارکت‌های

---

۱. در برخی منابع فقهی به عقد مستقل شرکت مدنی تصریح شده است. برای مثال: «إِمَّا واقعية مُنْشَأَةً بِتَشْرِيكِ كُلٍ مِنْهُمَا الْآخَرِ فِي مَالِهِ وَ يسَمَّى هَذَا بِالشَّرِكَةِ الْعَقْدِيةِ» (طباطبائی یزدی، ۱۳۳۷، ج۲، ص۲۷۵)؛ «إِذِ الْمِعْيارُ عِنْدَنَا أَنَّ كُلَّ حَقٍ لِشَخصٍ يمْكِنُ أَنْ يقَعَ طَرَفاً لِعَقْدِ الشَّرِكَةِ كَمَا يمْكِنُ أَن يقَعَ مَوْضُوعاً لِعَقْدِ الصُّلحِ وَ غَيرِهِ مِنَ الْعُقُودِ الْمَالِية» (مدرسی، ۱۴۲۵، ص۶۴)؛ «اَلشَّرِكَةُ عَقْدٌ صَحِيحٌ بِالنَّصِّ وَ الإجماع» (علامه حلی، ۱۴۲۰، ج۳، ص۲۲۷).

اقتصادی را فراهم می‌آورد. قانون مدنی به رفع اذن، چه به‌صورت اختیاری که در مادهٔ ۵۷۸ مندرج است و چه به‌صورت قهری که در بند ۲ مادهٔ ۵۸۸ آمده، به‌طور مطلق نظر دارد و برای جبران یا پیشگیری از ضرر احتمالی آن نیز راهکار یا جبران خسارتی پیش‌بینی نکرده است. البته راجع به لزوم و جواز[1] عقد شرکت، اختلاف نظر اساسی وجود دارد (جلیلی و دیگران، ۱۳۹۸، ص۳۹). دکتر امامی به جواز مطلق عقد شرکت نظر دارد و می‌نویسد: در صورتی که به یکی از شرکا اذن در تصرف از ناحیهٔ سایرین داده شود، اذن‌دهندگان می‌توانند هر زمان، از اذن خود رجوع کنند، اگرچه مدت در آن معین کرده باشند (امامی، ۱۳۴۰،ج۲، ص۱۳۲) عده‌ای دیگر از فقها مانند صاحب جواهر[2] و برخی از حقوق‌دانان به ماهیت دوگانهٔ عقد شرکت نظر داشته و عقد شرکت را اختلاطی از عقد اشاعه در مالکیت و عقد اعطای نیابت در تصرف دانسته و چهرهٔ اخیر را جایز شمرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص۲۲).

البته باید گفت اکثر پیامدهای منفی و زیان‌بار حاصل عقد اعطای نیابت در تصرف است، زیرا رفع اذن قهری یا اختیاری، سبب گسیختگی ناگهانی تعاملات اقتصادی شرکا با مال‌الشرکه و همچنین سبب توقف بلامدت و بلاتکلیفی و اختلال در سرنوشت این قرارداد است. دیگر این‌که اصرار بر لزوم مطلق چنین عقدی[3] نیز صحیح نیست، زیرا سنگ بنای عقد مشارکت بر اصل تعاون و همکاری همدلانهٔ شرکا استوار است. همچنین به حضور همهٔ شرکا در تصمیم‌گیری‌ها برای ادارهٔ امور مشارکت نیازمند است، و طبق قانون، اتفاق آرای همهٔ شرکا برای پیشبرد هر نوع تصمیم، لازم است. پس چنانچه شریکی به استناد لزوم عقد، بالاجبار در مشارکت بماند، درحالی‌که به هر دلیل رغبتی به مشارکت

---

۱. متعاقدین در تعیین لزوم و جواز عقود فاقد اختیارند...، (زیرا) لزوم و جواز عقود ناشی است از بنای عقلا، مبتنی بر مصلحت و با حکم قانون مرتبط است (برادران،۱۳۹۱، ص۴۴۹). به‌طور مثال، لزوم، مقتضای عقد بیع است: «فَإِنْ مُقْتَضَى الْبَيعِ غَرَفاً لُزُومِهِ دائماً» (طباطبائی یزدی، ۱۳۳۷، ج۲، ص۳).

۲. «لَكِنْ يَنْبَغِي أَنْ يعْلَمَ أَنَّهُ بِناءٌ عَلَى ثُبُوتِ عَقْدِ اَلشَّرِكَةِ لِلإِذن فِي التَّصَرُّفِ يتَّجِهُ انفِساخُهُ بِقَولِ أَحَدِهِما فَسَخَتُ الشَّرِكَةُ لِأَنَّهُ عَقدٌ جائِزٌ فَيرتَفِعُ الْعَقْدُ حِينَئِذٍ مِنْ أَصْلِهِ بِذَلِكَ بِخِلاَفِ مَا لَوْ قَالَ أَحَدُهما لِلآخَرِ عَزَلْتُك فَإِنَّها لاَ تَنْفسِخ بِذلِك» (نجفی جواهری، ۱۴۳۲، ج۲۶، ص۳۰۷).

۳. وجود مصلحت کامنه در عقود تجاری (که شرکت مدنی از آن جمله است) برملا است و به دلیل همین مصلحت است که ما عقد شرکت مدنی را عقد لازم می‌دانیم. شرکت مدنی شرکتی است که به تجارت اشتغال می‌ورزد و به این ترتیب، داخل در عقود مغابنه است و هر عقد مغابنه لازم است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳، ص۱۸۲).

ندارد، پس امکان دارد مانع‌تراشی نماید و کافی است در رأی‌گیری‌ها مشارکت نکند. پس نه‌تنها او به همکاری کارآمد که نیاز اصلی مشارکت است، وادار نمی‌شود، بلکه این امر می‌تواند تمامی مسیرهای مشارکت را مسدود کند. از آن طرف نیز همان‌طور که آمد و خواهد آمد، جایز بودن عقد مشارکت، معایب و مفاسد بسیاری را به دنبال دارد.

در هر حال، در تمام آرای مختلف موجود، پیامدهای مخربی که منجر به توقف مشارکت، هدر رفتن منافع و زیان می‌شود، همچنان وجود دارد، و این‌همه بدین دلیل است که ساختار و اقتضائات چنین عقدی پیچیدگی بسیار بیشتری از یک ایجاب و قبول دارد و وابسته به عنصر زمان، به‌ناچار متناسب با شرایط در تغییر و تحول است. در این نوشتار با رویکرد واقع‌گرایی حقوقی و با استناد به انتخاب معقولانهٔ انسان، حمایت از مشارکت و همهٔ ذی‌نفعان، منع سوءاستفاده از حق و قاعدهٔ لا ضرر و ثبات و امنیت قراردادی و اصول و قواعد کلی حقوقی و با توجه به شرط ارتکازی که در این شرط، استفاده از اموال مشاع تا دستیابی به اهداف قراردادی مفروض گرفته شده است، نشان داده می‌شود که آثار اجتماعی کاربرد بی‌دلیل و ناموجه مواد قانونی مذکور خلاف مطلوبیت[1] قراردادی و کارایی اقتصادی نهاد قرارداد مشارکت مدنی و متناقض با مصالح اقتصادی و اجتماعی است، و به آن ماهیتی ناپایدار و ناامن می‌دهد (طرح این مباحث شامل پیامدهای مخرب تقسیم ناگهانی مشارکت نیز است). پس برای افزایش اعتماد و اطمینان در جهت انتظارات عمومی جامعه از این نهاد حقوقی و برای ثبات کسب‌وکارهای مرتبط با آن، چه تدابیری راهگشاست؟

در خصوص این پژوهش، در کتاب فلسفهٔ حقوق مدنی دکتر لنگرودی، بحث مفصلی راجع به مصلحت زیربنایی احکام مربوط به اذن آمده است. همچنین مقالات متعددی راجع به ماهیت عقود اذنی از دیدگاه‌های مختلف نگاشته شده است. لکن این پژوهش بر این نظر است که جایز بودن مشارکت، امری لازم و ضروری است، اما بحث از آن‌جا آغاز

---

۱. مطلوبیت و عدالت در تبیین رژیم حقوقی قرارداد، مکمل هم هستند. مطلوبیت تضمین‌کنندهٔ منافع جامعه و مصالح عمومی است و عدالت اصل برقرارکنندهٔ تعادل میان حقوق طرفین قرارداد به شمار می‌رود که این دو نه‌تنها ارزش‌های هدایت‌کنندهٔ اراده بلکه مبنای بنیادینی هستند که نیروی الزام‌آور و رژیم حقوقی قراردادها از آن ناشی می‌شود (گسترن نقل، در: دادگر و دیگران، ۱۳۹۷، ص۱۷).

و متفاوت می‌شود که عدول قهری یا اختیاری از اذن به متوقف کردن آنی مشارکت می‌انجامد، و منافع همهٔ گروه‌های ذی‌نفع را مخاطره‌آمیز می‌نماید، و هزینه‌هایی که شرکا با اتکا به پیمانی مستمر و مطلوب برای مشارکت متحمل شدند از قبیل هزینه فرصت و هزینه‌های غیرقابل بازگشت مانند صرف زمان برای تدارکات کار و یا آموزش و...را بیهوده می‌سازد و نابودگر ثروت جمعی مشارکت است. این توقف یا انحلال اجباری مشارکت و مسدود کردن تعاملات اقتصادی آن، باید متفاوت از پایین کشیدن کرکرهٔ یک مغازه باشد. برقراری تعادل میان منافع مشروع یک طرف و انتظارات معقول طرف‌های دیگر، برای ادامهٔ بهینه و بقای مستمر قرارداد ضروری است، زیرا مطابق با تغییرات شرایط قراردادی یک نوع سازگاری منطقی و بهینه همراه با افزایش کارایی برقرار می‌شود (کردی و طجرلو، ۱۴۰۱، ص۱۸۵-۱۸۶). در این‌جا بر آنیم بین حقوق و منافع مشروع هر یک از شرکا با انتظارات معقولانه و منصفانهٔ دیگر شرکا و مشارکت موازنه برقرار شود تا به حداکثر رضایتمندی[۱] و کارایی اقتصادی بینجامد. بنابراین چنانچه رفع اختیاری اذن یا رفع قهری آن اتفاق افتد، با استناد به‌قاعدهٔ لا ضرر و شرط ارتکازی[۲] استفادهٔ مستمر و مطلوب از منافع مال مشاع و اصل ابقای قرارداد، شرط حفظ تعادل قراردادی و تفسیر و تکمیل شروط صریح و غیرصریح قرارداد بر مبنای کارایی اقتصادی، فرض ابقای اذن تا زمان متعارفی که شرکا بتوانند پایان بدون ضرر امور را سامان دهند، ضروری است. البته منافاتی با اقتضاء ذات عقد هم ندارد و مخالف دلایل عقلی[۳] و شرعی نیز نیست.

این بحث شامل دو گفتار است. در گفتار اول، مغایرت آثار سوء عدول از اذن در قرارداد مشارکت مدنی با اصول و قواعد فقهی -حقوقی و کارایی اقتصادی بررسی می‌شود. در گفتار دوم نیز ضرورت فرض ابقای اذن تا رفع ضرر کنکاش می‌شود.

---

۱. رفتار حداکثرسازی می‌رود که افراد و گروه‌ها را به‌سوی یک نقطهٔ ساکن، یعنی تعادل حرکت دهد (کوتر و دیگران، دادگر و اخوان هزاوه، ۱۳۹۱، ص۳۲).

۲. شرطی است که در اذهان طرفین قرارداد رسوخ و نفوذ پیداکرده و طرفین قرارداد هرچند نسبت به آن توجه فعلی نداشته باشند، اما به‌گونه‌ای لازمهٔ عقد هست. شرط ارتکازی از اقسام شرط ضمنی است و عموم ادلهٔ صحت و اعتبار شرط شامل آن نیز می‌گردد (اسماعیلی و توکلی‌نیا، ۱۳۹۰، ص۱۵۱).

۳. شیخ انصاری... دلیل عقل را گاه به معنای فهم عرفی به کار برده و عنوان الانصاف را استعمال کرده است که اگر به معنای فهم عرفی باشد، دلیل عقلی می‌باشد (مطلبی و جمشیدی، ۱۳۹۳، ص۲۴۳-۲۴۴).

۱. مغایرت آثار سوء عدول از اذن در قرارداد مشارکت مدنی با اصول و قواعد فقهی-حقوقی و کارایی اقتصادی

«مشارکت مدنی عبارت است از درآمیختن سهم‌الشرکهٔ نقدی و یا غیرنقدی به اشخاص حقیقی و یا حقوقی متعدد به‌نحو مشاع به‌منظور انتفاع».[۱] مطابق این تعریف قانونی، مزج اختیاری اموال شرکا متعاقب انعقاد قرارداد برای کسب سود از طریق بهره‌برداری از مال مشاع واقع می‌شود، که به دلیل خصوصیت اشاعه، احکام شرکت قانون مدنی به میان می‌آید که پاره‌ای از احکام آن نشئت‌گرفته از قاعدهٔ اذن[۲] است. در واقع، هر شریک مجاز است هر وقت بخواهد اذن خود را قطع کند یا مشارکت را بر هم زند و در صورت فوت یا حجر یکی از شرکا نیز به دلیل قطع قهری اذن، همهٔ تعاملات شرکا با اموال مشارکت به‌طور ناگهانی متوقف می‌شود. اذن در معنای رضا به کار می‌رود و همچنان‌که در باب عناصر عمومی عقود، قصد و رضا اهمیت دارد، به همان اندازه اذن در باب عقد اهمیت دارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳، ص۶۵). یکی از آثار عقد مشارکت، برقراری رابطهٔ آذن و مأذون بین شرکا هست که ناشی از تراضی میان شرکا و وابسته به مفاد موضوع عقد است. این اثر حقوقی باید از مقاصد شرکا باشد، زیرا برای تسلط و ادارهٔ مال مشاع، اذن همهٔ شرکا لازم است، و هر گونه دخالت در مال مشاع به اذن تمامی شرکا موقوف است. عمل حقوقی اذن دارای آثار عام و مشترکی است که عبارت‌اند از صحت تصرفات و نیابت در تصرفات و ارتفاع ضمان (امانی شدن ید مأذون) (خوبیاری و طباطبایی، ۱۳۹۸، ص۲۰۹-۲۱۰). روشن است که قرارداد مشارکت مدنی از جمله قراردادهایی است که ایفای تعهدات آن منوط به استمرار و بقای شرایط و اوضاع و احوال زمان انعقاد قرارداد است. شرکا برای انعقاد عقد مشارکت فیمابین خود اهدافی را بر اساس مبانی خاص آن قرارداد تعیین نموده‌اند که الزام و پایبندی به این اهداف نشان از قصد واقعی شرکا دارد. پس رفع

---

۱. مادهٔ ۱۸ آیین‌نامهٔ فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا (بهره) (تصویب‌نامهٔ شمارهٔ ۸۸۶۲۰ مورخ ۱۳۶۲/۱۰/۱۲ هیئت وزیران).

۲. با توجه به اشارات مذکور در مواد ۵۷۷ تا ۵۸۹ و مادهٔ ۵۸۸ که سخن از اذن به‌عنوان حاصل توافق طرفین و شرایط و موارد از بین رفتن آن دارد، به‌خوبی می‌توان استنباط نمود که قانون‌گذار، عقد شرکت اذنی را در نظر داشته است. البته این به معنای نفی شرکت معاوضی به‌عنوان عقدی نامعین که مشمول مادهٔ ۱۰ قانون مدنی باشد، نیست (قبولی درافشان و محسنی، ۱۳۹۰، ص۱۸۹).

اذن با شالوده و اساس این نوع از قرارداد کاملاً در مغایرت است، زیرا نه‌تنها با توجه به اصل لزوم قراردادها تحقق دلیلی قانونی و عقلی برای انحلال[1] قرارداد ضروری و انکارناپذیر است، بلکه احتمال بر هم زدن بی‌قاعدهٔ آن و عدم مسئولیت نسبت به آن، هم موجب غرر و هم فاقد مطلوبیت است. بر این اساس، شرکا هنگام انعقاد عقد قرارداد مشارکت مدنی، با انتخابی معقول و با آگاهی از تبعات آن، با از دست دادن مالکیت انحصاری اموال خود و با اشتراک گذاشتن آن آورده‌های اختصاصی با هدف انتفاع وارد یک طرح تیمی و گروهی می‌شوند که مقاصد خاصی را دنبال می‌نمایند. آن‌ها هم دغدغهٔ انفرادی برای ورود به مشارکت دارند و هم دغدغهٔ جمعی برای اهداف مشارکت و موفقیت آن. پس هر یک مسئولیت قراردادی نسبت به اهداف راهبردی مشارکت دارند. رعایت تعهدات قراردادی و انجام مسئولیت‌های خاص ناشی از تعهد به همکاری جمعی از اهمّ مواردی است که جمع شرکا انتظار رعایت آن را دارد. هر شریک از نیازها و اهدافِ خود آگاه است و با اطلاع از معاملهٔ در حال انجام، برای تحصیل نفعی عاقلانه، اقدام به مشارکت می‌کند. در نتیجه، بر هم زدن بی‌دلیل مشارکت و قطع ناگهانی اذن، مغایرت اساسی با انتخاب منطقی دارد. بنابراین، این‌که بدون هیچ هشدار و اخطار قبلی به‌راحتی رابطهٔ تجاری شرکا با مال‌الشرکه قطع شود و ادامه و اجرای قرارداد غیرقانونی گردد، رفتاری غیرمنصفانه و مخالف با قواعد فقهی و اصول حقوقی و مغایر با اهداف کارایی اقتصادی است و توجیه‌ناپذیر می‌باشد.

۱-۱. قاعدهٔ نفی غرر

با توجه به استحکام و اتقان تعاملات اقتصادی و برای تقابل با تزلزل معاملات و پیشگیری از ضرر در احکام اسلامی قاعدهٔ نفی غرر وضع شده است تا تجار با اطمینان نسبی وارد معامله شوند (علیزاده اصل و موسویان، ۱۳۹۴، ص۵). مستنبط از بیانات فقها و قانون مدنی می‌توان گفت غرر جهل توأم با خطر است.[2] رفع اذن به هر صورت، سبب وقفه در تسلیم

---

۱. انحلال عقود یکی از مهم‌ترین مباحثی است که تحت تأثیر قواعد عمومی قرار می‌گیرد (عالی‌پناه، صالحی عارف، ۱۳۹۸، ص۴۱).

۲. «ثُمَّ إِنَّ كُلًّا مِنَ الْغِرَّةِ وَالْغُرُورِ وَالْغَرَرِ يسْتَلْزِمُ الْجَهْلِ بواقع الْأَمْرُ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ الشَّخْصَ عَالِماً بِهِ فإقدامه يوجِبُ سُلِبَ هَذِهِ العناوين عَنْهُ نَعَمْ قَدْ يكُونُ هَذِهِ الْمُعَامَلَةِ سفهياً وَهَذَا أُمِرَ آخَرُ غَيرُ عُنْوَانِ الْغَرَرِ فالغرر سَوَاءٌ كَانَ بلحاظ سَبَبِهِ وَهُوَ الْغَفْلَةِ أَوِ الْخُدْعَةِ أَوْ

منفعت مال مشاع و در نتیجه امکان ورود ضرر است. بنابراین اعطای اختیار مطلق به شرکا که در نتیجهٔ آن شریک مجاز است نسبت به همهٔ تعهدات قراردادی خود با بی‌مسئولیتی و بی‌قیدی و یا با سوءنیت هر گونه ضرری را به مشارکت وارد کند، بدون این‌که مسئول جبران خسارتی باشد، ناصواب است و معامله‌ای غرری محسوب می‌شود، و عرف هم ممکن است چنین معامله‌ای را کأنلم‌یکن تلقی کند،[1] زیرا هر گاه در معاملات معاوضی عوض دستخوش خطر و ریسک شود، غرر پدید می‌آید. حضرت علی(ع) نیز فرموده است: «إنّ الغرر عمل ما لا یؤمن معه الضرر؛ غـرر عملی است که از زیان ایمن نباشد» (نجفی، در: مسجدسرایی، ۱۳۹۲، ص۱۳۴). بنابراین اجرای بدون قیدوشرط احکام اذن در این نهاد حقوقی نیز سبب غرری شدن عقد است، زیرا به دلیل رفع اذن، از همان ابتدای عقد، خطر درخواست تقسیم نابهنگام و یا توقف مشارکت، هر لحظه عقد را تهدید می‌کند که در نتیجهٔ آن، امکان ورود ضرری غیرقابل جبران هست.

۱-۲. قاعدهٔ العقود تابعة للقصود

نتیجه و اثر مستقیم عقد که عاقدین برای دستیابی به آن پیمانی را منعقد می‌نمایند، همان مقتضای ذات عقد است (محقق داماد، ۱۳۸۰، ص۷۲). در قرارداد مشارکت مدنی، شرکا به قصد انتفاع، عقد مشارکت را منعقد و انشا می‌نمایند که اذن به‌عنوان بخشی از رضا در جریان شکل‌گیری اراده است و آن‌گاه‌که قصد انشا حاصل شود، عمل حقوقی محقق است (خوبیاری و طباطبایی، ۱۳۹۸، ص۲۰۳). پس عدم قصد برای اذن مستمر و رفع آن، با قصد شریک شدن و قصد انتفاع در تضاد است و برخلاف مقتضای ذات عقد است، زیرا در حقیقت مدلول عقد را قصد نکرده‌اند.[2]

بلحاظ الْمُسَبَّبِ وَهُوَ الْخَطَر یقْتَضِی الْجَهْلِ بِمَا یغْتَرَّ بِهِ وَمَا یقَعُ فِی ضَرَرُهُ سَوَاءٌ کَانَ جَهْلًا بالوجود أَوْ الحصول أَوْ بصفات» (غروی نائینی، ۱۴۲۱، ج۱، ص۲۷۹).

۱. مادهٔ ۱۱۹۴ قانون مدنی فرانسه: قراردادها نه‌تنها طرفین را به آنچه ذکر شده، بلکه به تمام نتایجی که به‌واسطهٔ انصاف، عرف و رویه و یا قانون از آن استنباط می‌شود متعهد می‌سازند. مادهٔ ۱۱۷۰: هر شرطی که مقتضای تعهدات اصلی مدیون را ساقط نماید، کأنلم‌یکن است (بزرگمهر و مهرانی، ۱۳۹۵، ص۴۳-۵۰).

۲. پس حکم شخص مکره را دارد که معاملهٔ او صحیح نیست، زیرا مکره لفظ عقد را قصد داشته است، ولی معنا و مدلول آن را قصد ندارد (ذهنی تهرانی، ۱۳۶۹، ج۷، ص۱۱۲). معنای لزوم أَنْ یکُونُ الْعَقْدُ تَابِعاً لِقَصْدِ المتبائعین (غروی، ۱۴۱۸، ص۸۴).

۱-۳. قاعدهٔ مقدمهٔ واجب

دیدگاه غالب قدما و محققان، وجوب مطلق مقدمهٔ واجب است، بدین معنا که وجوب شیء مستلزم وجود مقدمهٔ آن است و در این میان، تفاوتی بین «شرط» یا «سبب» نیست (تولایی، ۱۳۸۹، ص۴۰). سؤال این‌جاست که آیا می‌شود اقدام به مشاع نمودن اموال جهت استفاده در مشارکت برای دستیابی به منفعت نمود، ولی برای بهره‌برداری از آن، اجازهٔ تصرف نداد؟ پس بین مشارکت به‌عنوان ذی‌المقدمه و استمرار اذن در تصرف به‌عنوان مقدمه، ملازمهٔ عقلی وجود دارد.[۱]

۱-۴. قاعدهٔ التزام به قراردادها

قراردادها شامل ابعاد مختلفی‌اند که تأثیرات عمیقی بر معنا و مفهوم آن دارند. تفسیر و تنظیم قراردادها با بعد ساختاری آن، مرتبط است. اصل لزوم قراردادها هم ناشی از فرایند مدون ساختن قرارداد نزد طرفین است. اصل لزوم قراردادها یا اصل وفای به عهد این حقیقت را بیان می‌دارد که هر گاه قراردادی ایجاد می‌شود، از همان لحظهٔ ایجاد، طرفین ملزم به پایبندی به معنا و مفهوم و آثاری‌اند که در قالب قرارداد برای خود معین نموده‌اند، درحالی‌که اگر به‌جای الزام، اختیار باشد، قراردادی منعقد نخواهد شد (موسوی و دیگران، ۱۴۰۱، ص۹۴-۹۵). پس قاعدهٔ التزام به قراردادها طریقهٔ نگرش و تفسیر و تنظیم قراردادها را تحت تأثیر خود دارد. اصل لزوم قراردادها یک اصل اساسی حقوق است که زمینهٔ اعتماد و اطمینان قراردادها را فراهم می‌سازد که ثبات و نظم قراردادی را در پی دارد، با تأکید بر این مطلب که هر گونه شرطی در قرارداد هم بایسته و درست و هم پایبندی به آن لازم است، مگر منافاتی با مقتضای عقد و قرآن و سنت نداشته باشد (محقق کرکی، ۱۴۱۴،ج۱۳، ص۳۱). حال چنانچه ساختار نهاد حقوقی قرارداد مشارکت مدنی را مستثنا از اصل لزوم قراردادی بدانیم و از همان ابتدای عقد، خطر درخواست تقسیم نابهنگام و یا توقف مشارکت به دلیل عدول آزادانه از اذن هر لحظه عقد را تهدید کند، جای این سؤال هست که آیا مشارکتی متزلزل و پرهزینه در میان تعاملات اقتصادی کارآمد و عقلانی است؟ که البته با اصول و قواعد فقهی مستند به آیهٔ «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده/۵) و مفاد حدیث

---

۱. «لأنها مِنْ لوازم السَّفَرِ والإذن بالشیء وبالدلالة الالتزامیة أَذِّنْ فِي لوازمه» (خوئی، ۱۴۰۸، ص۷۰).

«المؤمنون عند شروطهم» نیز مغایرت دارد.

۱-۵. نظم عمومی و اخلاق حسنه

قواعد نظم عمومی شامل آن دسته از قوانینی است که هدف از آن حفظ منافع عمومی جامعه می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۵،ج۱، ص۱۵۹). مطابق با این تعریف نیز آثار مخرب جواز قرارداد مشارکت مدنی که اختیار مطلق شریکی را بر منافع دیگر شرکا و مشارکت و ذی‌نفعان ترجیح می‌دهد، برخلاف نظم عمومی بوده و با آن مغایرت دارد، زیرا چنانچه میان منافع خصوصی یک فرد با منافع عمومی دیگران تزاحم و تعارض پیش آید، نظم عمومی اقتضا می‌کند که منافع عمومی را مرجح بداند (حیاتی، ۱۳۹۲، ص۱۲۹)، که ضامن امنیت قراردادی و مصالح اقتصادی و منافع جامعه است، همچنین با اخلاق حسنه و احساسات عمومی مردم نیز منافات دارد. چنان‌که مطابق با مادهٔ ۹۷۵ قانون مدنی اخلاق حسنه از منابع مهم نظم عمومی است که در نتیجهٔ آن آنچه مخالف اخلاق حسنه هست، با نظم عمومی هم مخالفت دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص۱۶۴).

۱-۶. انتخاب معقولانه[1]

هدف نظریه‌های اقتصادی حقوق به حداقل رساندن میزان هزینه‌های پیشگیری، وقوع و جبران خسارت است. بر اساس نظریهٔ انتخاب منطقی، افراد اجتماع به‌عنوان آفریدگانی خردمند و بهره‌مند از قدرت منطق و عقلانیت اقتصادی قادرند تا پیش از اقدام به هر فعلی نتایج آن عمل را با در نظر گرفتن اعمال سطوح مختلفی از تدابیر احتیاطی به‌منظور جلوگیری از بروز ضرر، پیش‌بینی کنند و به انتخابی دست زنند که حد مطلوبی از منافع ایشان را تأمین نماید (توماس یولن، در: شهابی و مسعودی‌پور، ۱۳۹۲، ص۵۱). تعبیری از «تئوری رفتار معقول» که بر مبنای آن نشان داده شده است که انسان‌ها مرجحات معین و مرتبی دارند که با در نظر گرفتن محدودیت‌هایی از قبیل درآمد، وقت و منابع، سعی بر به حداکثر رساندن مقاصد مورد نظر خود بر اساس اولویت‌هایشان دارند (بابایی، ۱۳۸۶، ص۳۰-۳۲). پس انسان‌ها بر اساس انتخاب‌های هدفمند و با بهره بردن از طرق کارآمد سعی در

---

۱. الْعَقْلُ: الْحَجَرُ وَ النُّهَى ضِدَّ الْحُمْقِ (ابن‌منظور، ۱۴۱۴ق، ج۱۱، ص۴۵۸). همچنین از محقق قمی است که آورده: «إِنَّ الْعَقْلِ وَالشَّرْعِ متطابقان فَكُلُّ مَا حَكَمَ بِهِ الشَّرْعِ فَقَدْ حكم به العقل» (قمی، ۱۴۳۰، ج۳، ص۱۱).

دستیابی به اهداف معقول خود دارند (انصاری، ۱۳۹۲، ص۳۹)، همچنان‌که هر انسان متعارف و معقولی به منافع خود اهمیت می‌دهد و برای حصول فرصت‌های بهتر و شرایط بهینه و به امید دستیابی به آن‌ها، وارد قراردادهایی درازمدت و مستمر می‌شود (کاتوزیان،۱۳۸۳،ج۴، ص۸۸).

۱-۷. قاعدهٔ منع سوءاستفاده از حق

سوءاستفاده از حق تنها به موردی گفته نمی‌شود که صاحب آن به قصد اضرار به دیگری اقدام کند یا در اجرای حق مرتکب تقصیر شود. هر جا که حقی برخلاف هدف‌های اقتصادی و سیاسی مورد استفاده قرار می‌گیرد و اختیاری که به صاحب حق داده شده از مسیر دلخواه اجتماعی منحرف می‌شود، از حق سوءاستفاده شده است... هدف از برقراری «حق» همیشه رعایت مصلحت اجتماعی و اقتصادی است نه تأمین اقتدار فرد... اما بعضی عقود بر مبانی خاصی هستند که قانون‌گذار نیز بر خود لازم نمی‌بیند اعمال صاحب حق را بررسی نماید و مصلحت به‌طور کامل در اختیار مطلق صاحب حق قرار می‌گیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص۴۲۹ و ۴۴۲ و ۴۳۸) و همچنین است حق مالکیت که سوءاستفاده نسبت به آن ممنوع است و مالک می‌بایست در محدودهٔ رفتاری متعارف از تصرف در ملک خود منتفع شود. در واقع، در مرحلهٔ ایجاد حق مالکیت، حقی فردی پدید می‌آید، ولی در مرحلهٔ اجرا، حق اجتماعی است (نظرپور و دیگران، ۱۳۹۷، ص۵۷). در همین رابطه برخی فقها ساخت اماکنی نامتعارف را در مناطق مسکونی خلاف حقوق ساکنین منطقه دانسته‌اند.[۱] درست است که حق برداشتن اذن برای شرکا وجود دارد و همهٔ شرکا نیز به آن آگاه‌اند، لکن استفادهٔ نابجا و ناروا از آن، که مصالح اجتماعی و اقتصادی را در مخاطره قرار دهد، مذموم و ممنوع است، زیرا آسیب‌های ناشی از اجرای بی‌قاعدهٔ احکام اذن، در چنین شرایطی توجیه‌ناپذیر است. به‌علاوه، قوانینی هم برای جبران

---

۱. «مِنَ الْمَعْلُومِ أَنَّ الْعُرْفِ يخَالِفُونَ كَوْنهِ ذَا حَقُّ وَ سَلَّطْتُ إِلَى هَذَا الْحَدِّ غَيرِ الْمَأْلُوفِ، فَإِن لِكُلِّ من الْخَانِ وَالاصطبل وَحَانُوتُ الحدادة وَالْقِصَارَةِ أَمَاكِنَ مشخّصة يعُدّ التَّجَاوُز عَنْهَا تجاوزاً عَنِ الْحُدُودِ، وَيعُدُّ بِنَاءهَا فِي الْأَمَاكِنِ السكنية نَقْضاً لِلْحُقُوقِ وَإِيذَاء لِلْجِيرَانِ...» (سبحانی، ۱۴۱۵، ص۱۲۴). البته فقهایی هم مخالف آن نظر دارند: «وَمِثْلُهُ مَا لَوْ أَعِدّ دَارِهِ المحفوفة بالمساكن حَمَّاماً أَوْ خَاناً أَوْ طاحونةً، أَوْ حانوتة فِي صَفِّ الْعَطَّارِينَ حَانُوتُ حِدَادُ أَوْ قَصَّارٍ عَلَى خِلَافِ الْعَادَةِ، لِأَنَّهُ مَالِك لَهُ التَّصَرُّفُ فِي مِلْكِهِ كَيفَ شَاءَ» (عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۳، ج۱۲، ص۴۱۶).

خسارات وارده از استعمال چنین حقوقی وضع نشده است.

۱-۸. حمایت از ذی‌نفعان

تعریف سنتی فرد ذی‌نفع این است: هر گروه یا شخصی که بتواند بر تحقق اهداف شرکت تأثیر گذاشته یا از آن تأثیر بگیرد (فریدمن، در: عیسایی تفرشی و یحیی پور، ۱۳۹۲، ص۱۴۴). در نهاد حقوقی قرارداد مشارکت مدنی منافع افراد دیگری غیر از شرکا در ارتباط با مشارکت مطرح است که از تصمیمات مشارکت تأثیر می‌پذیرد. روشن است که هر گونه تغییر و تصمیمی در مشارکت نیازمند دلایل منطقی و راهبردی است که نه‌تنها نباید منافع مشارکت و شرکا را به خطر اندازد، بلکه ضروری است که از ورود ضرر به ذی‌نفعان مشارکت هم پیشگیری شود و نقض حقوق این گروه خلاف رعایت معیارهای اخلاقی در فعالیت‌های اقتصادی است. مطابق با نظریهٔ قرارداد اجتماعی، شرکت‌ها برای انجام وظایف معینی که می‌بایست در راستای رعایت عدالت باشد، قرارداد اجتماعی با جامعه دارند (مرادی، ۱۳۹۵، ص۱۷۶). وظیفهٔ شرکاست که به شرایط ذی‌نفعان توجه ویژه داشته باشند و با در نظر داشتن منافع آن‌ها از احکام اذن بهره ببرند، زیرا شرکا به‌راحتی می‌توانند با استفادهٔ نادرست از این احکام و برای سودجویی، منافع ذی‌نفعان را به خطر اندازند، که خلاف دستور قرآن در آیهٔ مبارکهٔ ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ (بقره/ ۱۸۸؛ نساء/ ۲۹) است، که زیربنای قوانین معاملات در احکام اسلامی است که به ناروا خوردن مال دیگری را به هر شکل نهی می‌فرماید (غفورزاده، ۱۳۹۴، ص۴۷).

۱-۹. کارایی اقتصادی، ثبات و امنیت اقتصادی

توجه به کارایی باعث می‌شود که اتلاف منابع صورت نگیرد و از تمام ظرفیت موجود استفاده شود و نهایتاً منابع و منافع به بهترین وجه ممکن در میان مصارف و نیازها توزیع و تخصیص یابد و در عین‌حال، کمترین هزینه‌ها بر تشکیلات مربوطه تحمیل گردد (هندرسون در: دادگر، ۱۳۸۵، ص۱۶۶). چنانچه کارایی اقتصادی معیار برای هر رأی و تصمیم قرار گیرد، نتیجهٔ آن این است که جامعه از حداکثر رفاه بهره‌مند شود (وایت در: شهابی و مسعودی‌پور، ۱۳۹۲، ص۴۱). معیارهای متفاوت خاصی برای سنجش کارایی[1] مطرح‌شده

۱. در صورت درک صحیح از عدالت و کارایی و طراحی یک نظام اجرایی هماهنگ می‌توان حتی کارایی و عدالت

است، چنان‌که عام‌ترین معنای کارآمدی، وجود معیار رضایتمندی همهٔ اطراف درگیر از شرایط پدیدآمده است (دادگر، ۱۳۸۶، ص۱۳۵). بر همین اساس، به دلیل ناسازگاری تزلزل در مشارکت باثبات و امنیت اقتصادی، پاسخ سؤالات مطرح برای ارزیابی آن، مثبت و امیدوارکننده نیست. به‌طور مثال، آیا عدول خودسرانهٔ شریک از اذن یا درخواست نابهنگام تقسیم مال مشاع، به رضایتمندی جمعی منجر می‌شود؟ آیا این توقف ناگهانی تعاملات اقتصادی، ثروت‌افزاست؟ آیا سبب افزایش کارایی و کارآمدی می‌شود که در نتیجهٔ آن، رشد و بالندگی و پیشرفت اقتصادی مشارکت حاصل شود؟

۱-۱۰. اصل حسن نیت

این تعریف از حسن نیت ارائه می‌شود که رفتاری توأم با صداقت، انصاف و عقلانیت که از عاقدین قرارداد انتظار می‌رود در همهٔ مراحل قرارداد نسبت به یکدیگر و یا اشخاص ثالث مرتبط با قرارداد از خود نشان دهند (باریکلو و خزایی، ۱۳۹۰، ص۵۶). این نقش‌ها معمولاً تحت عناوین محدود و تکمیل‌کنندهٔ حقوق و تعهدات طرفین، تعدیل‌کنندهٔ قرارداد، تفسیر قرارداد منطبق با حسن نیت و ایفای نقش به‌عنوان مبنای سایر قواعد و اصول ظاهر می‌شود (حاجی‌پور، ۱۳۹۰، ص۸۳). لازم به ذکر است که در منابع فقهی، به اصل حسن نیت به‌طور مستقل اشاره‌ای نشده است، لکن دربارهٔ قاعدهٔ غرور، سوءنیت مغرور سبب اسقاط ضمان است (حسینی، ۱۴۱۸، ج۲، ص۴۴۱).

یکی از جلوه‌های حسن نیت ضرورت رعایت آن در استناد به حقوق و اختیارات قانونی و قراردادی است. کسی که با قصد اضرار به دیگران با تجاوز به منافع عمومی، حقوق قانونی یا قراردادی را اعمال می‌کند، برخلاف حسن نیت عمل کرده است و عملاً هیچ گونه اعتبار شرعی و قانونی ندارد. قاعدهٔ لا ضرر نیز با جایگاه مستحکمی که در فقه و حقوق ایران دارد می‌تواند پشتوانهٔ محکمی برای این موضوع باشد (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۶، ص۱۹). مقتضای اصل حسن نیت، قصد واقعی برای انجام مقتضای عقد است، پس عدم مشارکت واقعی می‌تواند موجبات مسئولیت شریکان را فراهم آورد، زیرا شرکا می‌بایست از هر گونه اقدام لازم برای اجرای عقد مشارکت جلوگیری ننمایند و هر گونه

را (با حفظ شرایط) لازم و ملزوم همدیگر تلقی نمود (دادگر، ۱۳۷۸، ص۷۰).

کوتاهی برخلاف حسن نیت، غیرمسئولانه و زیان‌بار خواهد بود. قصور در همکاری قراردادی با اصل حسن نیت همخوانی ندارد و رفتاری مخالف انصاف محسوب می‌شود (باریکلو و خزایی، ۱۳۹۰، ص۸۰). پس، بر هم زدن بدون دلیل قرارداد خلاف تعهد به حسن نیت به‌عنوان یک قاعدهٔ پیش‌فرض[۱] است.

۲. ضرورت فرض ابقای اذن تا رفع ضرر

منطقی و معقولانه است که هر قراردادی تا همهٔ اهدافش به ثمر ننشسته است استمرار یابد و باید گفت که حیات این نهاد حقوقی که سبب انتقال مالکیت است و اقتضای مالکیت نیز دوام و استمرار آن است،[۲] و دوام، افادهٔ معنا برای استفاده از آن است، وابسته به استمرار در اذن است، چه شرکا برای دستیابی به اهداف اقتصادی مشارکت، نیاز به استفادهٔ مداوم از اموال مشاعی دارند که لازمهٔ آن، استمرار اذن است که باید تداوم داشته باشد. البته منظور از این تأکید با الزام و اجبار نسبت به آن متفاوت است، زیرا در مسائل اقتصادی چنان شرایط پیش‌بینی‌نشده‌ای ممکن است ایجاد شود که وجود راه‌های گریز و نجات ضروری است، به‌خصوص که با ساختار این نهاد، اجبار و الزام ناسازگار و ناکارآمد است. همان‌طور که هر نهاد حقوقی، مطابق با ساختار خاص خود، نیازمند قوانین متناسب است، به دلیل نقش اساسی اصل تعاون در ساختار نهاد قرارداد مشارکت مدنی، اجبار و الزام در این ساختار جایی ندارد. اصل تعاون و همکاری، ابزار موفقیت و انسجام و هماهنگی این نهاد حقوقی است. ساختار این نهاد حقوقی بر مبنای تقویت همکاری با اشتراک منابع، مهارت‌ها و منافع و متفق‌القول بودن و بر مبنای یک هدف بنا می‌شود. حال، چنانچه شریکی به هر دلیل نخواهد یا نتواند به مشارکت ادامه دهد، اجبار شریک به هیچ رو کمکی به پیشبرد مشارکت و همکاری کارآمد او نخواهد کرد، بلکه ممکن است شریک مستنکف را به کارشکنی وادارد. پس با توجه به چنین ساختاری، وجود

---

۱. شروط پیش‌فرض شروطی‌اند که قانون‌گذار در جهت نیل به تسهیل معاملات آن‌ها را بر ارادهٔ طرفین بار می‌کند، و فرض بر این است که طرفین قرارداد با رضایت ضمنی‌شان موافقت خود را با آن‌ها ابراز نموده‌اند... . یکی از شروط پیش‌فرض که نقش اساسی در تفسیر، انعقاد و اجرای قراردادها دارد، تعهد به حسن نیت است (محمودی، ۱۳۹۲، ص۱).

۲. لِقَائِلٍ أَنْ يقُولُ(ص): أَنَّ الْوَقْفَ يقْتَضِي انْتِقَال الْملك عَنِ الْوَاقِفِ قطعاً، وَإِلَّا فَهُوَ الْحَبْس، وَحِينَئِذٍ فَيجِبُ أَلَّا يعُودَ أَصْلًا إِلَّا بِسَبَب شَرْعِي فَظَهَرَ أَنَّهُ يقْتَضِي التَّأْبِيد مَا لَمْ يحْصُلِ السَّبَب (محقق کرکی، ۱۴۱۴،ج۹، ص۱۸).

راه‌حل‌های منطقی و منصفانهٔ درخور آن برای پایان دادن به مشارکت ضروری است، چون سرمایه‌ای که برای به دست آوردن سود به اشتراک گذاشته شده است، احتمال دارد بالاجبار بی‌هیچ منفعتی حتی شاید همراه ضرر، محبوس مشارکت بی‌ثمر شود که خلاف کارایی اقتصادی و نظریهٔ مطلوبیت است. پس عملاً امکان بهره‌برداری متوقف و منجر به انحلال مشارکت می‌شود. اما قبول عدم اجبار به لزوم عقد، منافاتی با انجام تعهدات صریح و غیرصریح در عقد ندارد و پایبندی به تعهد در هر نوع عقدی لازم و ضروری است و با اصل لزوم متفاوت است. از نوشته‌های برخی از بزرگان گمان برده می‌شود که همهٔ عقود را می‌خواهند با اصل لزوم گره بزنند تا ثبات معاملات را در جهت اعتماد و مصلحت معاملات حفظ نمایند، درحالی‌که ثبات و منطق معاملات بر اصول دیگری هم استوار است و اصلی‌ترین آن رضایتمندی است که قابل ارزیابی و مشاهده است. چنانچه از ابزارها و مفاهیم تحلیل اقتصادی مانند اصل کارایی اقتصادی بهره‌برداری شود و بر اساس آن، تعهداتی که باید الزام‌آور باشند از تعهداتی که غیرالزام‌آور هستند، تفکیک شود، نتیجهٔ مطلوب حاصل است.

از طرفی نیز جایز دانستن این نهاد حقوقی که از احکام اذن ناشی می‌شود، معایب پیش‌گفته را در بر دارد، چنان‌که اسباب سودجویی و فرصت‌طلبی و سوءاستفاده از حق ناشی از قاعدهٔ اذن فراهم است و به هر شریک این امکان را می‌دهد که به دلیل تهدید به انحلال با تحمیل شروطی غیرمنصفانه موجب ضرر ناروا به دیگر شرکا و مشارکت شوند و مانع عملی شدن اهداف قراردادی آن شود. شریک نه‌تنها در استفاده از این حقوق محدودیت یا ممنوعیت قانونی ندارد بلکه نسبت به خسارات وارده از اعمال نابجای این حقوق مسئول شناخته نمی‌شود. در این حالت، اختیار بی‌چون‌وچرای شرکا در انحلال مشارکت و رها بودن از هر گونه قید و یا جبران خسارتی، شرکا را به جولان رفتارهای ناروا خواهد کشاند و منافع همهٔ گروه‌های ذی‌نفع را در مخاطره قرار می‌دهد. درست است که قانون مدنی به شرکا این مجوز را داده است که با تدابیری عقد مشارکت را لازم نمایند، هرچند مقرر کرده فوت و حجر، سبب قطع اذن می‌شوند، لکن فرض این مطالعه بر شرایطی است که نهاد قرارداد مشارکت مدنی با خلأ قانونی و قراردادی و ابهام مواجه است. ازاین‌رو موافق با نظریهٔ عدالت معاوضی، هنگام خروج قرارداد از توازن و تعادل اولیهٔ

مورد توافق، با بهره بردن از اصول معتبر حقوقی می‌توان دوباره تعادل قراردادی را برقرار ساخت (خندانی و خاکباز، ۱۳۹۲، ص۷۱). پس با استفاده از مفهوم ابزار کارایی اقتصادی که در پی حداقل‌سازی هزینه‌ها و حداکثرسازی ثروت است، پیرامون راهکارهای برقراری سازوکار توازن میان حقوق قانونی هر یک از شرکا با منافع مشروع دیگر شرکا و مشارکت کنکاش می‌شود.

۲-۱. تقدم قاعدهٔ لا ضرر بر قاعدهٔ اذن

قاعدهٔ لا ضرر در فقه نقش بسیار کلیدی دارد.[۱] بررسی آیات قرآن و روایات معصومین(ع) نشان می‌دهد که در عبارت «لا ضرر و لا ضرار»، ضرر به معنای زیان مادی و خسارات وارد بر جسم و مال است و ضرار به معنای ضرر معنوی و آزار و اذیت دیگری و در مضیقه و مشقت قرار دادن اوست. به‌موجب قاعدهٔ لا ضرر حکم ضرری نفی شده است، خواه تکلیفی باشد یا وضعی، خواه ضرر منشأ حکم مادی باشد یا معنوی و خواه عامل ضرر در مقام اعمال حق خویش باشد یا خیر. ملاک و معیار قاعدهٔ لا ضرر نیز ضرر غیرمتعارف است (کریمی و شعبانی کندسری، ۱۳۹۳، ص۱۶۰). در صورتی‌که مالکیت و حقوق فردی با حقوق دیگران یا حقوق اجتماعی در تعارض و تزاحم قرار گیرد، بدین معنا که در فقه نیز رایج است که بین قاعدهٔ تسلط و قاعدهٔ لا ضرر تعارض و تزاحم رخ دهد، پس این قاعدهٔ تسلط است که می‌بایست محدود شود (محقق داماد، ۱۳۸۰، ص۱۳۰) و همچنین، برخی از فقها قاعدهٔ تسلیط را ناشی از عرف دانسته[۲] و برخی دیگر مخالف مشروعیت نامحدود آن هستند.[۳] اعمال احکام اذن ناشی از قاعدهٔ تسلیط مالک بر مال خود و اختیارات حاصله از آن است، لکن چنانچه بر هم زدن بی‌قاعدهٔ مشارکت سبب هدر رفتن همهٔ هزینه‌های مالی

---

۱ - ان الفقه یدور علی خمسة احادیث احدها حدیث لا ضرر ولا ضرار (سیستانی، ۱۴۱۴، ص۹).

۲ - أن السلطنة التکلیفیة والوضعیة غیر الملکیة التي هي من الاعتبارات الشرعیة والعرفیة (غروی اصفهانی، ۱۴۰۹، ص۱۲۶).

۳ - أن هذا الوجه یقتضي الالتزام بمشروعیة غیر واحد من المحرمات الإلهیة - کأکل جملة من الأطعمة المحرمة وشرب جملة من الأشربة المحرمة ولبس جملة من الألبسة المحرمة التي هي مملوکة للمتصرف (خوئی، ۱۳۷۷، ج۲، ص۱۰۱). و أما قوله صلی الله علیه وآله (الناس مسلطون علی أموالهم) فلا دلالة فیه علی المدعی لأن عمومه باعتبار أنواع السلطة، فهو إنما یجدي فیما إذا شك في أن هذا النوع من السلطة ثابتة للمالك، وماضیة شرعاً في حقه أم لا(طهوری، ۱۴۱۹، ج۱، ص۱۰۸).

و معنوی که برای مشارکت و مقاصد آن انجام شده است بشود، مشمول قاعدهٔ لا ضرر است. در همین راستا می‌توان ادعا نمود که قانون‌گذار با توجه به آن، در مادهٔ ۱۰۷ قانون برنامهٔ پنجم توسعه، فعالیت گروه اقتصادی با منافع مشترک را در قالب شرکت مدنی، منوط به رعایت موازین اسلامی و اصل منع اضرار به غیر و منع انحصار نموده است و همچنین مادهٔ ۱۳۷ قانون تجارت[1] که مقرر نموده، فسخ شرکت‌های تضامنی نباید با قصد اضرار همراه باشد. البته اصل چهلم قانون اساسی که هیچ کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیلهٔ اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد نیز مؤید آن است. همچنین حقوق‌دانانی هستند که معتقدند هر گاه دسترسی به سود شرکت حتمی و نزدیک باشد و آن‌گاه یکی از شرکا بخواهد عقد شرکت را بر هم زند، با استناد به قاعدهٔ لا ضرر باید نسبت به جبران خسارات وارده پاسخگو باشد (حسینی تهرانی، ۱۳۶۵، ص۴۳). لازم به ذکر است حتی اگر ذی‌حق قصد اضرار نیز نداشته باشد، لکن اعمال حق او سبب ورود ضرر شود، این اعمال حق نامشروع است، مگر این‌که عدم اعمال حق، سبب ورود ضرر به ذی‌حق شود (کریمی و لطفی فروشانی، ۱۳۹۷، ص۲۸۲). پس چنان‌که مالک منفعت مشروعی در اعمال تصرف زیان‌بار خود نداشته، این فرض به میان می‌آید که به قصد اضرار به غیر، اعمال حق نموده است و می‌بایست از این عمل او، هرچند در حقوق متعارف باشد، پیشگیری نمود (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص۴۳۴). درست است که مطابق با قانون شرکا حق دارند هر گاه که بخواهند از اذن خود عدول نمایند، لکن این اعمال حق باید در بستری که این حق را ایجاد نموده و در مجموعهٔ مشارکت و اهداف آن و به فراخور همان مقاصد و هماهنگ با آن‌ها به روشی معقول و بهینه اعمال شود، به‌نحوی‌که هم مصالح فردی و هم مصالح شرکا و ذی‌نفعان مشارکت تأمین شود. مقصود نهایی از قواعد حقوقی، نفی حکم ضرری است تا جایی که اگر به ضرر اجتماعی منجر شود، دادگاه بتواند در جهت اخلاقی بودن معاملات، قراردادهایی را که به زیان عمومی منجر می‌شود را بر اساس اصل ۴۰ قانون اساسی بر هم زند (کاتوزیان، ۱۳۸۳،ج۴، ص۲۴۶). به بیان دیگر، مطابق با مادهٔ ۱۳۲ قانون مدنی، استفادهٔ اختیاری از حق مالکیت که موجب ضرر دیگری است، به‌طور مطلق

---

۱. «فسخ شرکت در صورتی ممکن است که در اساسنامه این حق از شرکا سلب نشده و ناشی از قصد اضرار نباشد...».

ممنوع و غیرقانونی است و استثنابردار هم نیست، و اجرای آن مقررهٔ زیان‌بار متوقف می‌گردد و با مقررهٔ دیگری که تأمین‌کنندهٔ مصالح طرفین و عامهٔ مردم باشد جایگزین می‌شود.[۱] در این‌جا از زیان‌های احتمالی ناشی از رفع اذن چند نمونه ارائه می‌شود:

۱. در عقودی مانند بیع، برای بر هم زدن عقد قواعدی وضع شده است و هنگام فسخ یا اقاله، شرایط می‌بایست به حالت قبل از معامله برگردد، اما در عقد شرکت به دلیل ماهیت ویژهٔ آن، پس از رفع اذن و بر هم زدن عقد، امکان عدول به شرایط پیشین نیست و همین شکل سبب ضرر است، یا باید با توافق همه تقسیم شود یا با اجبار حاکم تقسیم را بپذیرند. به هر حال، دستیابی به مال به‌اشتراک‌گذاشته‌شده حتمی نیست. ضمن این‌که درست است که در اموال مثلی علی‌الاصول ضرری در تقسیم نخواهد بود، لکن تقسیم اموال قیمی با ضرر همراه است (سرخی، ۱۳۸۴، ص۱۴۳).

۲. با رفع اذن، انتفاع از مال مشاع مسدود می‌شود و امکان ضرر شرکا و مشارکت فراهم خواهد شد.

۳. با رفع اذن، امکان اتلاف منافع اموال مشترک وجود دارد، اتلاف منافع هم برخلاف پیمان مشارکت است و هم ضرر آشکار است.

۴. با رفع اذن، اخلال در روند مشارکت پدید می‌آید و ممکن است مانع از انجام تعهدات مشارکت نسبت به ذی‌نفعان مشارکت شود که حتی این مسئله امکان تبانی برای سوءاستفاده در شرایط مختلف را به شرکا می‌دهد.

۵. تجویز قانونی رفع خودسرانهٔ اذن، امکان مطالبهٔ ضرر را منتفی می‌کند که این‌هم خود نوعی از ضرر است.

۶. مطالبهٔ تعهدات قراردادی که در فاصلهٔ بین رفع اذن تا اذن مجدد زایل شده است، غیرممکن است و قانون نیز در این میان کسی را مسئول نمی‌داند و ضرری غیرقابل جبران وارد می‌شود.

---

۱. نظر برخی فقها (اهل‌سنت) در این زمینه قابل تحسین است و معتقدند اگر فسخ عقود جایز ضرری برای یکی از طرفین یا نفعی برای شخص ثالث در بر داشته باشد، فسخ آن عقد ممکن نیست و آن عقد به عقدی لازم تبدیل می‌شود (دیبان در: جعفری مجد و علی‌آبادی، ۱۳۹۶، ص۱۰۸).

۷. عدم امکان درخواست قانونی مطالبهٔ ضرر.[۱]

۸. بلاتکلیفی مال و هزینه‌های ضروری[۲] آن.

۹. محرومیت شرکا از حقوق قراردادی خود. به‌طور مثال، برای طرف‌های دیگر قرارداد باید احتمال معقول و متعارفی از جهت دستیابی به اهداف قراردادی وجود داشته باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ص۳۳۲).

۱۰. بلاتکلیفی هزینه‌های معامله و خسارت‌های ناشی از رفع اذن و... .

۲-۲. شرط ارتکازی استفادهٔ مستمر و مطلوب از اموال مشاع

اصطلاح شرط ارتکازی[۳] در مواردی کاربرد دارد که عقل به گونه‌ای آشکار وجود شرط را از لوازم عقد می‌داند. برای مثال، انجام مقدمهٔ تعهد لازمهٔ وفای به آن است. پس در جایی مفاد عقد، اگر فاقد شرط ضمنی باشد، بی‌فایده یا نامتناسب با اهداف معین طرفین می‌نماید (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص۱۳۴). البته محدودهٔ کاربرد شروط ضمنی با محدودهٔ قصد طرف‌های قرارداد باید منطبق باشد و نسبت میان آن دو عموم و خصوص مطلق است، و برای تطبیق صحیح آن، باید قصد طرفین به‌درستی شناخته شود و سپس شروط مستقیم و متصل و بلاواسطه و بلافاصله با این قصد بدون اثبات دلیل درک و فهم می‌شوند.

در این‌جا نیز در این نوع از مشارکت انتفاعی که تشکیل آن منوط به امتزاج اموال شرکاست، به‌طور مسلم شرکا می‌دانند که لازمهٔ چنین مشارکتی، استفاده از اموال مشاع هست که چرخ مشارکت بچرخد و این گردش مالی نیاز به اذن مستمر دارد و عدم پایبندی به آن نشانگر عدم وجود قصد واقعی برای مشارکت است و تقصیر محسوب می‌شود.

مطابق با قرارداد مشارکت، مال موضوع مشارکت به‌نحوی باید در دسترس شرکا باشد که امکان بهره‌برداری مطلوب و بهینه از آن فراهم باشد. حال اگر رفع اذن پیش آید، شرکا

---

۱. مطالبهٔ خسارت وارده سبب انتقال ضرر حاصل از تلف مال (عین یا منفعت) بر عهدهٔ طرف دیگر است (مارتی و دیگران در: یزدانیان، ۱۳۹۸، ص۲۱۷).

۲. هزینه‌های ضروری عبارت است از هزینه‌هایی که شخص برای ایمن نگه داشتن عین مال از تلف مجبور به هزینه کرد آن می‌شود (خیری جبر و دیگران، ۱۴۰۰، ص۸۸).

۳. «شَرْطاً ارتکازیاً مرکوزاً فِی الذِّهْنِ، والارتکازی ارتکازی لَا یغِیبُ عَنِ الذِّهْنِ، وَلَا یمْکِنُ لِصَاحِبِ الذِّهْنِ أَنْ یغْفُلَ عَنْهُ» (جواهری، ۲۰۱۵،ج۱۳، ص۳۰۴).

به دلیل پدید آمدن چنین شرایطی نخواهند توانست به‌طور مستمر از مال مشارکت بهره‌برداری کنند که امکان دارد منافع مال مشارکت اتلاف شود. این در حالی است که طرفین در اذهان خود این‌گونه می‌اندیشیدند که قصد مشارکت بر این منوال است که اذن برقرار و استفاده از مال مشاع در جهت انتفاع تا پایان قرارداد با استمرار برقرار است. مسلماً اگر شرکا احتمال می‌دادند که همهٔ تلاش‌ها و برنامه‌ریزی‌ها بدون هیچ قاعده و دلیلی به لحظه‌ای بر هم می‌خورد و متوقف می‌شود و فقط نتیجهٔ مشارکت، خروج اموال از ید آنان بوده است، وارد چنین معامله‌ای نمی‌شدند.

ازآن‌جاکه تحقق اجزای مورد عقد وابسته به اجزای زمان است (شهیدی، ۱۳۸۰، ص۹۵)، پس استمرار اذن در طول زمان مشارکت به دلیل ماهیت ویژهٔ این عقد حتماً مدنظر شرکا بوده است، زیرا لازمهٔ انجام شدن موضوع این نهاد حقوقی است. دکتر لنگرودی در این ارتباط بیان می‌کند که ماهیت اذن نیازمند رضایت مستمر و تجدیدشونده است، درحالی‌که در عقد مستمر تداوم زمان نه برای تجدید رضایت طرفین، بلکه برای تحقق موضوع عقد ضروری است. به همین علت وکالت و شرکت از مصادیق عقود مستمر محسوب می‌شود (وکیلی مقدم، ۱۴۰۱، ص۳۰۹). همان‌طور که آمد، قرارداد مشارکت مدنی عقدی است تملیکی و معوض و مستمر که موضوع تملیک شامل اعیان اموال و منافع آن است که رفع قهری یا اختیاری اذن نیز با تعهد به تملیک منافع مال موضوع مشارکت منافات دارد، زیرا مانع استفاده از منافع اموال مشاعی است، و مشارکت نسبت به نیمی از موضوع قرارداد بلاموضوع می‌شود، و به دلیل این‌که شرکا دیگر قادر نیستند از موضوع مورد مشارکت بهره ببرند، در حکم تلف عین مال موضوع مشارکت است که در این شرایط، مستند به مادهٔ ۴۸۱ قانون مدنی، مشارکت را باید منحل‌شده دانست.

بنابراین ازآن‌جاکه اتلاف موضوع قرارداد، هم سبب ورود ضرر و هم سبب انحلال قرارداد است، برای پیشگیری از چنین حالتی، همچنان‌که طرفین هنگام انعقاد قرارداد به قصد استفاده از اموال مشاعی در جهت انتفاع از مشارکت پیمان بسته‌اند و ازآن‌رو که در عقد مشارکت موضوع تعهد مستقل از زمان نیست (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص۸۴)، پس شرکا در صورت قطع اذن، همچنان در استفاده از منافع اموال مشاعی تا جایی که برای پیشبرد مشارکت تا رفع ضرر، ضروری است، مجاز می‌باشند، و رفع اذن در زمانی هویت می‌یابد

که حالت ضرر و تلف در میان نباشد. با رفع اذن که نشان از عدم قصد مشارکت دارد، قرارداد نسبت به آینده باطل محسوب شود، هرچند دربارهٔ گذشته صحیح و نافذ است (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص۸۶)، لکن برای حفظ توازن عوضین و موضوع عقد که هر جزء آن به‌طور مستمر وابسته به زمان محقق می‌شود، پس هر اقدامی در طول عمر عقد رخ می‌دهد در کمیت موضوع عقد مؤثر است و از عوض کاسته می‌شود. پس شرایط مورد توافق می‌بایست حفظ شود و باقی بماند... (وکیلی مقدم، ۱۴۰۱، ص۳۲۴).

۲-۳. اصل ابقای قرارداد

اصل ابقای عقود ریشه در مصالح اجتماعی دارد و متفاوت از قاعدهٔ لزوم است که برای مصالح شخصی متعاقدین وضع شده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ص۲۷۸)، چنان‌که شیخ انصاری در مورد خیار تبعض صفقه با استناد به قاعدهٔ لا ضرر، در کتاب مکاسب خود، جانب ابقای عقد را گرفته‌اند.[۱] در نهاد قرارداد مشارکت مدنی، عمل اقتصادی مشارکت، منوط به اذن در تصرف است و در صورت عدم آن، به دلیل ایجاد وقفه در امور مشارکت، کارایی اقتصادی مشارکت کاهش می‌یابد و هزینه‌هایی به شرکا و به مشارکت افزوده و تحمیل می‌شود و شاید مشارکت فرو ریزد و امکان ورود ضرر و زیان بسیار زیاد است. در چنین شرایطی باید گفت اگر وقوع ضرر حتمی است، اعطا حق ابقای عقد به متضرر با روح اقتصاد معاملات وفق می‌دهد و نصوص شرع اسلام نیز مدارک متعدد بر آن دارد[۲] (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۴، ص۱۸۰). مطلب مهم دیگر این‌که امکان اجبار شریک به دادن اذن نیز وجود ندارد، زیرا قانون این مجوز را صادر نموده است. پس برای رفع آسیب‌های احتمالی و ضررهای ناروا و ثبات اقتصادی و قراردادی، این نهاد حقوقی می‌تواند از اصل ابقای عقود که بر مبنای مصلحت اجتماعی جامعه استوار شده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ص۷۰) تا رفع ضرر بهره ببرد. بنابر این اوصاف و امتیازات قراردادی، اشخاص وارد

---

۱. ثم إن صريح المبسوط، صأنه لو رضي البائع بأخذه معيوباً لم يجز مطالبته بالأرش. وهذا أحد المواضع التي أشرنا في أول المسألة إلى تصريح الشيخ فيها بأن الأرش مشروط باليأس من الرد، وينافيه إطلاق الأخبار في أخذ الأرش. (انصاری، ۱۴۲۰، ج۵، ص۳۰۸).

۲. بر اصل مذکور، مدارک ذیل وجود دارد: خبر عمر بن حنظله در باب بیع زمین، اخبار باب تبعض صفقه، اخبار باب خیار عیب مانند مرسلهٔ جمیل، اخبار متعدد به مضمون «الحرام لا یفسد الحلال» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ص۲۶۳).

معاملات می‌شوند و این ورود نشان از عزم برای رسیدن به مقصود دارد و لذا اصل ابقای عقود ریشه در عرف و عادت مردم دارد، که برای پیشگیری از اختلال روابط اقتصادی و اجتماعی مردم نمی‌بایست به دلیل هر اتفاقی به بطلان عقد حکم داده شود. پس اصل بر بقاء عقد است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۴، ص۹۳-۹۴).

در حوزهٔ قراردادها، اصل ابقای معاملات از جمله اصول کلی حقوقی است که متناسب با آن، هر گاه فروضی سبب تردید در وجود یا اعتبار قرارداد شود می‌بایست به نفع اثربخشی قرارداد، آن فروض تفسیر و تعدیل شوند، زیرا تأثیر مصالح عمومی و ناکارآمدی مصالح خصوصی افراد در سطح ملی و فراملی باید در نظر گرفته شود (آذر و دیگران، ۱۴۰۱، ص۳۶۴). پس هر گاه ابقای عقد خود سبب ضرر بیشتر برای طرف زیان‌دیده و سوءاستفادهٔ یکی از عاقدین است، اصل ابقای عقود محل اجرا ندارد (عابدی، ۱۳۹۸، ص۴۴۳). البته هم از نظر تحلیل اقتصادی و هم از حیث عقل مصلحت‌اندیش و با استناد به عرف و عادت، تحمیل ابقای عقود بر متعاملین همیشه کارآمد نیست. گاهی فسخ عقد از ضرر بیشتر مانع می‌شود و یا با توجه به قراین معقول، قبل از تحقق نقض عقد، خود را از ضررهای ناشی از عقد می‌رهاند. پس هر گاه ابقای عقد خود سبب ضرر بیشتر برای طرف زیان‌دیده و سوءاستفادهٔ یکی از عاقدین است، اصل ابقای عقود محل اجرا ندارد (عابدی، ۱۳۹۸، ص۴۴۳-۴۴۴).

۲-۴. حفظ تعادل قراردادی

حفظ توازن و تعادل در نهاد قرارداد مشارکت مدنی نیز شرطی ضمنی محسوب می‌شود، زیرا وجود چنین شرطی معقول و منطقی است. همان‌طور که ساختار این نهاد بر این مبناست که همه با هر میزان سهم‌الشرکه و اعتبار، از قدرت (رأی) برابر برخوردار باشند. پس شرایطی که سبب تحمیل نظرات و شرایط یک شریک را آماده می‌سازد، سبب امکان تنظیم قراردادی غیرمتعادل و غیرمتوازن را فراهم می‌آورد، و این نهاد حقوقی که کارکرد آن بیشتر در میان گروه‌هایی مثل خانواده‌ها و همکاران دوستان است، تفاضل قدرت را در میان خود برنمی‌تابد و تمایل به همکاری و فعالیت در شرایط برابر و منصفانه و متعادل

دارد. لذا موازنه[1] بین حقوق همهٔ شرکا و منافع آن‌ها و همچنین هزینه‌ها و تعهدات از لحظهٔ انعقاد تا اجرا و تا پایان قرارداد ضروری است که مؤید ابقای اذن تا لحظه ضروری حیات قرارداد است.

۲-۵. تکمیل و تفسیر شروط و شرایط قرارداد مشارکت مدنی بر مبنای کارایی اقتصادی

تفسیر قرارداد نه‌تنها نیازمند شناخت کارکرد شروط مندرج در قرارداد است، بلکه بیشتر از آن نیازمند کشف شروط ضمنی و کارکردهای متناسب آن شروط با قرارداد مربوطه نیز هست که می‌بایست نسبت میان آن دو عموم و خصوص مطلق در نظر گرفته شود تا حقوق طرف‌های قرارداد حفظ گردد، که کاهش هزینه‌ها و حداکثرسازی سود و رضایتمندی، از اهداف عمدهٔ آن است. به‌عنوان مثال، در صورتی که اذن در معنای اعطای اختیار تفسیر شود، پس اختیار در تصرف با فوت و حجر از بین نمی‌رود و سلب اختیار تصرف از مورث به وارث به ارث می‌رسد، لکن نیابت در تصرف با فوت و حجر نیابت‌دهنده از بین می‌رود (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳، ص۱۳۴-۱۳۶) و یا به لحاظ حفظ ضرورت‌های اجتماعی و اقتصادی ادارهٔ مال غیر، برخی از فقها برخلاف دیگر فقها، ادارهٔ مال غیر را محصور به فقیهان ندانسته‌اند و از غیر فقیه نیز جایز می‌دانند (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶، ص۹۵). پس مفسر مستند به اصل ۱۶۶ قانون اساسی و مادهٔ ۳ آیین دادرسی مدنی در جهت ثبات و امنیت اقتصادی، می‌تواند از شروط و اصول حقوقی مانند اصل ابقای عقد بهره ببرد.

نتیجه‌گیری

در بیان احکام شرکت قانون مدنی، تفاوتی میان احکام شرکت قهری و عقدی با وجود اختلاف ساختاری، دیده نمی‌شود، درحالی‌که با توجه به ساختار خاص قراردادی و اهداف اقتصادی نهاد قرارداد مشارکت مدنی، چنانچه احکام اذن و قطع اذن ناشی از آن

---

۱. گروهی از فقها حق حبس را از مصادیق موازنهٔ قراردادی می‌دانند و به‌عنوان یک شرط ضمنی آن را قلمداد می‌کنند (میرتقی‌زاده و دیگران، ۱۴۰۱، ص۳۵۵۳). «عدم الخلاف في جواز الحبس لامتناع الآخر من التسليم ... شرط ضمني في العقود (خوانساری، ۱۴۰۵، ج۳، ص۱۹۷).

بی‌هیچ قاعده‌ای به اجرا درآید، ورود ضرر و زیان به مشارکت بسیار محتمل است. پس برای پیشگیری از ورود و تعدیل ضرر که از توقفی بلامدت و یا انحلالی ناگهانی حاصل می‌شود و ثبات اقتصادی قرارداد را متزلزل می‌نماید، راهکارهایی مطرح شده است. راهکار نخست لزوم مطلق این نهاد حقوقی است که با اصل همکاری همدلانه سازگاری ندارد. راهکار بعدی، دوگانه دانستن ماهیت این نهاد حقوقی است که اختلاطی از لزوم عقد معاوضی اشاعه و جواز عقد نیابتی ادارهٔ مال مشاع است که مانع از اجرای احکام اذن نیست. راهکار آخر جواز آن است که می‌توان با تدابیری از پیامدهای زیان‌بار احتمالی پیشگیری نمود.

کاربرد محض احکام اذن در نهاد قرارداد مشارکت مدنی، ناکارآمد است و باید از قواعدی بهره جست که با اهداف مسئولیت اجتماعی و کارایی اقتصادی هماهنگی بیشتری داشته باشد؛ قواعدی که مصالح همهٔ اطراف قرارداد را بیشتر و بهتر مورد حمایت قرار دهد، بر التزام معقول شرکا در مقابل یکدیگر اجبار نماید و از بروز اعمال منفعت‌طلبانه و غیرمنصفانه و غیرصادقانه جلوگیری کند. پس برای هدر نرفتن هزینه‌های گوناگون انجام‌شده برای مشارکت و محقق نمودن رضایتمندی همهٔ شرکا و ذی‌نفعان و پیشگیری از ضرر، غیر از احکام اذن و حقوق ناشی از آن، حقوق متصور دیگر شرکا و ذی‌نفعان مشارکت را باید شناخت و لحاظ نمود که نادیده انگاشتن آن تقصیر است. به‌علاوه مسئولیت اجتماعی نیز اقتضا می‌کند که از امکان تباهی و اتلاف سرمایه‌ها و منافع جامعه ناشی از توقف اذن پیشگیری شود. ضمن توجه به این نکته که نص صریح قانون هم برای جبران خسارات واردهٔ ناشی از قطع اذن وجود ندارد و در ظاهر حق مطالبهٔ خسارت پذیرفتنی نیست. راهکاری که برای برون‌رفت از این چالش‌ها بر اساس اصول فقهی-حقوقی پیشنهاد می‌شود مبتنی بر تعهدات غیرصریح قراردادی است که هنگام انعقاد عقد مشارکت بر اساس عقل، شرع، عرف، حسن نیت و مصالح اجتماعی، خلق‌شده‌اند. لذا مناسب است برای کنترل آثار مخرب رفع اذن در نهاد قرارداد مشارکت مدنی با استناد به قاعدهٔ لا ضرر، شرط ارتکازی استفادهٔ مستمر و مطلوب از مال مشاع، اصل ابقای قرارداد، شرط حفظ تعادل قراردادی و تفسیر و تکمیل شروط صریح و غیرصریح قرارداد بر مبنای کارایی اقتصادی، ابقای اذن تا قطع بی‌ضرر آن فرض شود.

فهرست منابع

۱. قرآن کریم
۲. آخوند خراسانی، محمدکاظم. (۱۴۰۶ق). حاشیة المکاسب. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۳. آذر، راحیل. ذاکری‌نیا، حاتیه و علوی قزوینی، سید علی. (۱۴۰۱). ضرورت نگاه مبنایی به اصل ابقای قرارداد در حقوق ایران با توجه به جایگاه و آثار آن در قراردادهای تجاری در اسناد بین‌المللی. حقوق خصوصی، ۱۹، ۳۵۱-۳۶۷. https://doi.org/10.22059/jolt.2023.353303.1007159
۴. ابن‌منظور. (۱۴۱۴ق). لسان العرب. قم: نشر ادب حوزه.
۵. اسماعیلی، محسن و توکلی‌نیا، امید. (۱۳۹۰). شرط ارتکازی در فقه امامیه و حقوق ایران. پژوهش‌نامهٔ حقوق اسلامی. شماره (۲). ۱۵۱-۱۹۰.
۶. امامی، حسن. (۱۳۴۰). حقوق مدنی. تهران: کتاب‌فروشی اسلامیه.
۷. انصاری، مرتضی. (۱۴۲۰ق). المکاسب. قم: کنگره جهانی بزرگداشت دویستمین سالگرد ولادت شیخ انصاری.
۸. انصاری، مهدی. (۱۳۹۲). تحلیل اقتصادی حقوق قراردادها. تهران: انتشارات جاودانه، جنگل.
۹. بابایی، ایرج. (۱۳۸۶). مبانی نظری رویکرد تحلیل اقتصادی حقوق. پژوهش حقوق و سیاست. شماره (۲۳). ۱۳ ـ ۶۴.
۱۰. باریکلو، علیرضا و خزایی، سید علی. (۱۳۹۰). اصل حسن نیت و پیامدهای آن در دوره‌ی پیش قراردادی؛ بامطالعهٔ تطبیقی در حقوق انگلیس و فرانسه. مجله حقوقی دادگستری. شماره (۷۶). ۵۳ ـ ۸۷.
۱۱. برادران، دلاور. (۱۳۹۱). لزوم و جواز عقود از دیدگاه وصف حقی یا حکمی. تحقیقات حقوقی. شماره (۵۸) ۴۱۱ ـ ۴۵۲.
۱۲. بزرگمهر، امیرعباس و مهرانی، غزال. (۱۳۹۵). اصطلاحات در قانون مدنی فرانسه. تهران: انتشارات دانشگاه عدالت.
۱۳. تولائی، علی. (۱۳۸۹). پیشینهٔ تاریخی «مقدمهٔ واجب» در فقه اسلامی. فقه و مبانی حقوق اسلامی. شماره (۱). ۳۱ ـ ۳۵۵.
۱۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۱). فلسفه عمومی حقوق بر پایه اصالت عمل: تئوری موازنه. تهران: گنج دانش.
۱۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۹۳). فلسفه حقوق مدنی، اصول عامه اذن و اذنیات. تهران: انتشارات گنج دانش.
۱۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۹۴). صد مقاله در روش تحقیق علم حقوق. تهران: گنج دانش.
۱۷. جعفری مجد، محمد و علی‌آبادی، پگاه. (۱۳۹۶). «شرط لزوم در عقود اذنی با تأکید بر عقد

مضاربه». دو فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی. شماره (۷۷ و ۷۸). ۹۱ ـ ۱۱۲.
۱۸. جلیلی، مهدی. فصیحی‌زاده، علیرضا و طباطبایی، سید محمدصادق. (۱۳۹۸). تحلیل فقهی مبانی لزوم یا جواز عقد شرکت از منظر فقه اسلامی با نگاهی به رویه قضایی ایران. فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی. شماره (۸۲). ۳۹ ـ ۶۱. https://doi.org/10.22054/jplr.2019.37829.2056
۱۹. جواهری، شیخ محمد. (۲۰۱۵م) الواضح فی شرح العروة الوثقی. بیروت: العارف للمطبوعات.
۲۰. حاجی‌پور، مرتضی. (۱۳۹۰). نقش حسن نیت در قرارداد. فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی. ۴۱(۴)، ۸۳ ـ ۱۰۰. https://dor.isc.ac/dor/20.1001.1.25885618.1390.41.4.5.9
۲۱. حسینی تهرانی، سید مرتضی. (۱۳۶۵). شرکت و مفاهیم آن و مختصات شرکت مدنی. حق (مطالعات حقوقی و قضایی). شماره (۷). ۳۲ ـ ۶۶.
۲۲. حسینی، سید میر عبد الفتاح. (۱۴۱۸ق). العناوین الفقهیة. قم: موسسه نشر اسلامی گروه مدرسین.
۲۳. حلی (علامه حلی)، حسن بن یوسف. (۱۴۲۰ق). تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیه. قم: مؤسسه امام صادق(ع).
۲۴. حیاتی، امیرعباس. (۱۳۹۲). قوانین و احکام حقوق مدنی (۳): قواعد عمومی قراردادها. تهران: نشر میزان.
۲۵. خندانی، سید پدرام و خاکباز، محمد. (۱۳۹۲). تفسیر نظریه عدالت معاوضی در قلمرو قراردادها. مطالعات فقه و حقوق اسلامی. شماره (۸). ۶۹ ـ ۸۴. https://doi.org/10.22075/feqh.2017.1896
۲۶. خوانساری، سید احمد. (۱۴۰۵ق). جامع المدارک. قم: بنیاد اسماعیلیان.
۲۷. خوبیاری، حامد و طباطبایی، سید محمدصادق. (۱۳۹۸). بازخوانی جریان احکام فضولی در اعمال حقوقی اذنی در فقه و حقوق ایران. نشریه علمی مطالعات حقوقی معاصر. شماره (۱۹). ۲۰۳ ـ ۲۲۶. https://doi.org/10.22034/law.2019.11302
۲۸. خویی، سید ابوالقاسم. (۱۳۷۷ ش). مصباح الفقاهة. تقریر محمدعلی توحیدی. قم: انتشارات داوری.
۲۹. خویی، سید محمدتقی. (۱۴۰۸ق). مبانی العروة الوثقی (کتاب المضاربة). قم: لطفی.
۳۰. خیری جبر، علی. قبولی درافشان، سید محمدمهدی و انصاری، اعظم. (۱۴۰۰). آثار فسخ قرارداد در فرض تخلف از انجام تعهدات قراردادی در حقوق ایران و عراق و کنوانسیون وین ۱۹۸۰. مطالعات حقوق تطبیقی معاصر. شماره (۲۵). ۷۵ ـ ۱۰۵. https://doi.org/10.22034/law.2021.43673.2802
۳۱. دادگر، یداله. (۱۳۷۸). کارایی، رفاه و عدالت در اسلام و اقتصاد متعارف. نشریه نامه مفید. شماره (۱۷). ۴۱ ـ ۷۲.
۳۲. دادگر، یداله. (۱۳۸۵). پیش درآمدی بر سنتز حقوق و اقتصاد. تحقیقات حقوقی. شماره (۴۳). ۱۶۳ ـ ۲۰۶.

۳۳. دادگر، یداله. (۱۳۸۶). مروری بر تحولات مقوله کارایی در ادبیات اقتصادی (نظریه‌ها و کاربردها). پژوهش حقوق و سیاست. ۱۰۳ ـ ۱۴۰.
۳۴. دادگر، یداله. علیزاده، عبدالرضا و زمانی، محمود. (۱۳۹۷). بازشناسی عدالت معاوضی از دیدگاه مطلوبیت‌گرایی. حقوق اسلامی. شماره (۵۸). ۷-۴۰.
۳۵. ذهنی تهرانی، سید محمدجواد. (۱۳۶۹). تشریح المطالب؛ شرح فارسی بر مکاسب. قم: حاذق.
۳۶. سبحانی، شیخ جعفر. (۱۴۱۵ق). الرسائل الاربع: قواعد اصولیه و فقهیه. قم: مؤسسه امام صادق(ع).
۳۷. سرخی، علی. (۱۳۸۴). تقسیم اموال مشترک. تهران: انتشارات فکرسازان.
۳۸. سیستانی، سید علی. (۱۴۱۴ق). قاعدة لا ضرر ولا ضرار. قم: دفتر آیة الله العظمی سید سیستانی.
۳۹. شهابی، مهدی و مسعودی‌پور، آزاده. (۱۳۹۲). تحلیل اقتصادی حقوق و احیاء اندیشه تقصیر در نظام جبران خسارت با تأکید بر رویه قضایی آمریکا. دو فصلنامه دانشنامه حقوق اقتصادی (دانش و توسعه سابق). شماره (۴). ۲۸-۵۶. https://doi.org/10.22067/le.v20i4.39696
۴۰. شهیدی، مهدی. (۱۳۸۰). تشکیل قراردادها و تعهدات. تهران: انتشارات مجد.
۴۱. طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم. (۱۳۳۷ق). حاشیة المکاسب. قم: بنیاد اسماعیلیان.
۴۲. طهوری، شیخ صادق. (۱۴۱۹ق). محصل المطالب فی تعلیقات المکاسب. قم: انتشارات انوار الهدی.
۴۳. عابدی، محمد. (۱۳۹۸). مفهوم، آثار و ارزیابی اصل ابقای عقود. دانشنامه‌های حقوقی. شماره (۴). ۴۳۱-۴۴۵. https://doi.org/10.22034/law.2019.239616
۴۴. عالی‌پناه، علیرضا و صالحی عارف، عادل. (۱۳۹۸). قواعد عمومی حاکم بر انحلال عقود نیابتی. آموزه‌های حقوقی گواه. ۱(۸)، ص۴۱-۷۲. https://doi.org/10.30497/leg.2019.2787
۴۵. عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی. (۱۴۱۳ق.). مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام. قم: مؤسسه معارف اسلامی.
۴۶. علیزاده اصل، محمد و موسویان، سید عباس. (۱۳۹۴). بررسی ضابطه غرر در معاملات جدید. دو فصلنامه علمی. پژوهشی تحقیقات مالی اسلامی. شماره اول (۹)، ص۵-۳۶. https://doi.org/10.30497/ifr.2015.1791
۴۷. عیسایی تفرشی، محمد و یحیی‌پور، جمشید. (۱۳۹۲). تئوری ذینفعان با رویکرد مقررات شرکت‌های سهامی ایران. فصلنامه بورس اوراق بهادار. شماره (۲۳)، ص۱۳۹-۱۶۷.
۴۸. غروی اصفهانی، شیخ محمدحسین. (۱۴۰۹ق). الاجاره. قم: دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین.
۴۹. غروی نائینی، میرزا محمدحسین. (۱۴۲۱ق). منیة الطالب فی حاشیة المکاسب. قم: انتشارات محمدی
۵۰. غروی، شیخ میرزا علی. (۱۴۱۸ق). المستند فی شرح العروه الوثقی. قم: موسسه احیاء آثار امام خوئی.
۵۱. غفورزاده، حسین. (۱۳۹۴). معیار اخلاقی فعالیت‌های اقتصادی از دید آیه‌های اقتصادی قرآن کریم. فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی. شماره (۶۰)، ص۲۷-۵۴.
۵۲. قبولی درافشان، سید محمدمهدی و محسنی، سعید. (۱۳۹۰). تأملی فقهی. حقوقی بر ماده ۵۷۵ قانون

مـــدنی. مطالعـــات اســـلامی: فقـــه و اصـــول. شـــماره پیـــاپی (۱/۸۷)، ص۱۸۵-۲۱۶. https://doi.org/10.22067/fiqh.v0i0.11097

۵۳. قمی، میرزا ابوالقاسم. (۱۴۳۰ق). القوانین المحکمة فی الأصول. قم: احیاء الکتب الاسلامیة.

۵۴. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۰). دوره مقدماتی حقوق مدنی. اعمال حقوقی: قرارداد. ایقاع. تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.

۵۵. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۳). قواعد عمومی قراردادها. تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.

۵۶. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۴). الزام‌های خارج از قرارداد. تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.

۵۷. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۵). حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها. تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.

۵۸. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۶). عقود معین. مشارکتها-صلح. تهران: گنج دانش.

۵۹. کردی، اسفندیار و طجرلو، رضا. (۱۴۰۱). تغییر اوضاع‌واحوال و سازوکار شروط قراردادی برای توازن منافع در قراردادهای نفتی. دو فصلنامه دانشنامه حقوق اقتصادی. دوره جدید. شماره (۲۱)، ص۱۷۷-۲۲۱. https://doi.org/10.22067/economlaw.2022.71926.1077

۶۰. کرکی (محقق کرکی)، علی. (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد. قم: دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین.

۶۱. کریمی، عباس و شعبانی کندسری، هادی. (۱۳۹۳). رابطه منطقی قاعده فقهی لاضرر و قاعده غربی سوءاستفاده از حق. فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب. شماره (۲)، ص۱۳۵-۱۶۶. https://doi.org/10.22091/csiw.2015.567

۶۲. کریمی، عباس و لطفی فروشانی، مهران. (۱۳۹۷). مقابله با سوءاستفاده از حق در شرکت‌های تجاری در ایران در پرتو قاعده لا ضرر. دو فصلنامه علمی پژوهشی پژوهشنامه حقوق اسلامی. شماره (دوم پیاپی ۴۸)، ص۲۷۹-۳۰۰. https://doi.org/10.30497/law.2019.2372

۶۳. کوتر، رابرت و یولن، تامس. (۱۳۹۱). حقوق و اقتصاد. یدالله دادگر و حامده اخوان هزاوه. تهران: انتشارات پژوهشکده اقتصاد دانشکده تربیت مدرس و انتشارات نور علم.

۶۴. محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۸۰). قواعد فقه بخش مدنی ۲. تهران: سمت.

۶۵. محمودی، محمد. (۱۳۹۲). تحلیل اقتصادی حسن نیت در قراردادها. پایان‌نامه کارشناسی ارشد: دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

۶۶. مدرسی، سید محمدتقی. (۱۴۲۵ق). الوجیز فی الفقه الإسلامی (عقود المنفعة و عقود الشرکة). قم: انتشارات میراث ماندگار.

۶۷. مرادی، مجید. (۱۳۹۵). نقش تئوری مشروعیت و تئوری ذینفعان در مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها. فصلنامه مطالعات اقتصاد، مدیریت مالی و حسابداری. شماره (۴)، ص۱۷۴-۱۸۶.

۶۸. مسجدسرایی، حمید. (۱۳۹۲). تحلیل فقهی حقوقی مبنای غرر در بیمه. فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی. شماره (۳۳)، ص۱۳۱-۱۴۴.

۶۹. مطلبی، سید محمدموسی و جمشیدی، حسن. (۱۳۹۳). دلیل عقل در دیدگاه شیخ انصاری. فقه و مبانی حقوق اسلامی. شماره (۲)، ص۳۲۷-۳۴۵. https://doi.org/10.22059/jjfil.2014.53408

۷۰. موسوی بجنوردی، سید محمد. (۱۳۸۶). نقش حسن نیت در عقود و قراردادها در فقه و حقوق. حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تربیت مدرس. شماره (۲)، ص۷-۲۰.

۷۱. موسوی، سید احمد. نوجوان، علیرضا و علوی، سید محمدتقی. (۱۴۰۱). قاعده التزام به قراردادها. فصلنامه علمی پژوهشی حقوق خصوصی. شماره (۴۰)، ص۹۳-۱۲۷. https://doi.org/10.22054/jplr.2023.61073.2569

۷۲. میرتقی‌زاده. میر حیدر. پاشازاده. حسن. مسعودی. ناصر و لطفی. علیرضا. (۱۴۰۱). مبانی نظری و مستندات قانونی تئوری موازنه در فقه امامیه. حقوق قراردادهای ایران و اسناد بین‌المللی CISG و PECL. ماهنامه جامعه‌شناسی سیاسی ایران. ۵(۱۱)، ص۳۵۴۵-۳۵۶۴. https://doi.org/10.30510/psi.2022.293510.1934

۷۳. نجفی جواهری، محمدحسن. (۱۴۳۲ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. قم: دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین.

۷۴. نظرپور، حمزه. ایزدی‌فرد. علی‌اکبر و محسنی دهکلانی، محمد. (۱۳۹۷). بررسی فقهی حقوقی سوءاستفاده از حق مالکیت ربات در امر اشتغال. آموزه‌های فقه مدنی. شماره (۱۸)، ص۵۱-۸۲.

۷۵. وکیلی مقدم، محمدحسین. (۱۴۰۱). مبانی و اصول عقود مستمر در مطالعه تطبیقی فقه اسلامی. حقوق ایران و غرب. فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب. شماره (۴). ۳۰۳-۳۳۰. 10.22091/csiw.2022.7486.2167

۷۶. یزدانیان. علیرضا. مفهوم و آثار مطالبه (Mise en demeure) در تعهدات: مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه. مطالعات حقوقی، ۱۱(۳)، ص۲۰۷-۲۴۲. https://doi.org/10.22099/jls.2019.5493