

فقه و اصول



بررسی حکم تکلیفی فعالیت در سیستم بازاریابی شبکه‌ای ناسالم /

بی‌بی رحیمه ابراهیمی - دکتر حسین ناصری مقدم - دکتر محمدتقی فخلعی - دکتر سعید محسنی

نقش قواعد اتلاف و تسبیب در مسئولیت مدنی زیست محیطی / علی‌رضا انتظاری - دکتر سید مصطفی محقق داماد

تأملی فقهی در ماده ۸۷۳ قانون مدنی / محمد براری لاریعی - دکتر محمد محسنی دهکلانی

پژوهشی فقهی در مسئله قصاص مادر در قتل فرزند / دکتر محمد حسن حائری - مرتضی مرادی گلستانی

بازپژوهی اعراض از ملکیت در فقه و حقوق / حسین حقیقت‌پور - دکتر سید محمدرضا امام

نقد و تحلیل آرای فقهی در باب قاعدة «الغاصبُ یؤخذُ بِأَشَقِّ الْأَحْوَالِ» و قلمرو مصداقی آن / دکتر ابوالفضل علیشاهی قلمه‌جوئی

تحلیل ماهیت حقوقی اوراق (صکوک) اجاره / دکتر جلیل قنوانی - مرضیه داوری لنگرودی

اثر تعهد به تملیک در فقه امامیه و حقوق ایران / دکتر اسماعیل نعمت‌اللهی



فقه و اصول

نشریه دانشکده الهیات دانشگاه فردوسی مشهد

فصلنامه علمی - پژوهشی

شماره ۸۹ - تابستان ۱۳۹۱ خورشیدی

صاحب امتیاز: دانشگاه فردوسی مشهد

سرمدیر: دکتر محمدتقی فخلعی

ویراستار: علیرضا عابدی سرآسیا

مترجم چکیده ها به انگلیسی: احمد رضوانی

پروانه انتشار: ۱۲۴/۱۳۷۹۵

هیأت تحریریه

دکتر علی اکبر ایزدی فرد

استاد گروه حقوق دانشگاه مازندران

دکتر احمد باقری

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران

دکتر محمد حسن حائری

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر حسین صابری

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر محمدتقی فخلعی

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر سیدمصطفی محقق داماد

استاد گروه حقوق دانشگاه شهید بهشتی

دکتر حسین مهرپور

استاد گروه حقوق دانشگاه شهید بهشتی

دکتر حسین ناصری مقدم

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

این نشریه بر اساس نامه رئیس مرکز برنامه ریزی و سیاست گذاری پژوهشی وزارت علوم تحقیقات و فناوری در بهمن ماه ۱۳۹۰، واجد اعتبار علمی پژوهشی شناخته شد.

یادآوری

۱ - نسخه حروفچینی شده بر روی نرم افزار Word از طریق سیستم مدیریت مجلات دانشگاه فردوسی ارسال شود.

۲ - مقاله ارسالی نباید در جای دیگر چاپ شده باشد.

۳ - چکیده مقاله به دو زبان فارسی و انگلیسی حداکثر هر یک تا ۱۰ سطر ضمیمه باشد.

۴ - این نشریه در ویرایش و احیاناً مختصر کردن مطالب آزاد است.

۵ - مقالات مندرج در این نشریه، بیانگر آرا و نظرهای نویسندگان آنها است.

۶ - زبان غالب نشریه فارسی است، ولی در مواردی بنا به تشخیص هیأت تحریریه مقالات ارزنده عربی نیز قابل چاپ است.

۷ - مقالات ارسالی بازگردانده نمی شود.

چاپ و صحافی: مؤسسه چاپ و انتشار دانشگاه فردوسی مشهد

شمارگان: ۵۰۰ نسخه

بهای این شماره: ۸۰۰۰ ریال

تثانی: مشهد، میدان آزادی، پردیس دانشگاه فردوسی، دانشکده الهیات شهید مطهری (ره)، کدپستی

۹۱۷۷۹۴۸۹۵۵

تلفن: ۰۵۱۱ ۸۸۳۴۹۰۹، نمابر: ۰۵۱۱ ۸۸۳۴۹۰۹

نشانی اینترنتی: <http://jm.um.ac.ir/index.php/muslim>

این نشریه در مرکز منطقه‌ای اطلاع‌رسانی علوم و فناوری و پایگاه اطلاعات علمی جهاد دانشگاهی نمایه می شود.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

راهنمای تدوین مقالات

حوزه فعالیت فصلنامه فقه و اصول عبارت است از فقه، اصول فقه، فلسفه فقه و موضوعات میان رشته‌ای چون فقه و حقوق. این نشریه فقط مقاله‌هایی را منتشر خواهد کرد که حاوی یافته‌های نو و اصیل در زمینه‌های پیش گفته باشد. هیأت تحریریه همواره از دریافت نتایج تحقیقات استادان، پژوهندگان و صاحب نظران استقبال می‌کند. پژوهشگرانی که مایلند مقاله‌هایشان در نشریه فقه و اصول انتشار یابد، شایسته است به نکات زیر توجه کنند:

۱- هیأت تحریریه فقط مقاله‌هایی را بررسی خواهد کرد که قبلاً در جای دیگر چاپ نشده و هم زمان برای نشریه‌ای دیگر نیز فرستاده نشده باشد. بدیهی است پس از تصویب، حق چاپ مقاله برای مجله محفوظ است.

۲- زبان غالب نشریه فارسی است؛ ولی در موارد کاملاً استثنایی بنا به تشخیص هیأت تحریریه مقاله‌های ارزنده عربی و انگلیسی نیز قابل چاپ است.

۳- حجم مقاله‌ها نباید از ۲۵ صفحه مجله بیشتر باشد.

۴- چکیده مقاله (شامل اهداف، روش‌ها و نتایج) به سه زبان فارسی، عربی و انگلیسی حداکثر در ۱۰ سطر ضمیمه باشد و کلید واژه‌های مقاله (حداقل ۳ و حداکثر ۷ واژه) به دنبال هر چکیده بیاید.

۵- رعایت «دستور خط فارسی» مصوب فرهنگستان زبان و ادب فارسی (قابل دسترسی در سایت فرهنگستان) الزامی است.

۶- هیأت تحریریه در اصلاح و ویرایش علمی و ادبی مقاله‌ها آزاد است.

۷- شکل لاتینی نام‌های خاص و واژه‌های تخصصی و ترکیبات خارجی با ذکر شماره در پاورقی درج شود.

- ۸- نام کامل نویسنده، رتبه دانشگاهی یا عنوان علمی و نام مؤسسه متبوع وی به دو زبان فارسی و انگلیسی قید و همراه با نشانی پستی، شماره تلفن و نشانی الکترونیکی ارسال گردد.
- ۹- ارجاع به منابع، حاوی حداقل اطلاعات وافی به مقصود، بلافاصله پس از نقل مطلب یا اشاره به آن در درون متن و میان دو کمان () بیاید.
- ۹-۱- منظور از حداقل اطلاعات، نام صاحب اثر و شماره جلد و صفحه منبع یا کد متداول آن است؛ مثال: (شهید ثانی، ۱۱/۲-۱۲؛ مفید، ۸۷)
- ۹-۲- در مورد منابع لاتین اطلاعات داخل پرانتز به زبان اصلی نوشته شود؛ مثال: (Gadamer, 85)
- ۹-۳- در صورتی که از یک نویسنده چند اثر مورد استناد قرار گیرد، لازم است با درج نام اثر پس از نام مؤلف در هر مورد رفع ابهام شود.
- ۹-۴- یادداشت‌های توضیحی شامل توضیحات بیشتری که به نظر مؤلف ضروری به نظر می‌رسد، با ذکر شماره در پاورقی همان صفحه درج شود. در یادداشت‌ها چنانچه به مأخذی ارجاع یا استناد شود، از همان شیوه ارجاع درون متنی تبعیت می‌شود.
- ۱۰- ضروری است فهرست منابع به ترتیب الفبایی نام خانوادگی یا نام شهر نویسندگان (منطبق با مستند مشاهیر ایران یا فهرست کتابخانه ملی) در انتهای مقاله بیاید. عناصر کتابشناختی در مورد مقاله‌ها، کتاب‌ها و گزارش‌ها و سایر مراجع به شرح زیر است:
- ۱۰-۱- مقاله‌ها: نام نویسنده، عنوان کامل مقاله (داخل گیومه)، نام مجله یا مجموعه مقالات (با حروف ایرانیک یا ایتالیک)، جلد یا دوره، شماره، سال انتشار، شماره صفحات آغاز و انجام مقاله.
- ۱۰-۲- کتاب‌ها: نام نویسنده، عنوان کتاب (با حروف ایرانیک یا ایتالیک)، نام مترجم یا مصحح، نوبت چاپ، نام ناشر، محل انتشار، سال انتشار.
- ۱۰-۳- گزارش‌ها و سایر مراجع: اطلاعات کافی و کامل داده شود.
- ۱۱- تاریخ‌های ذکر شده در مقاله اگر مربوط به هجری شمسی باشند بدون هیچ نشانه‌ای ذکر شوند. در غیر این صورت برای تاریخ هجری قمری از علامت اختصاری ق. و برای میلادی از نشانه م. استفاده شود.
- ۱۲- برای ارجاع به آیات قرآنی اسم سوره و شماره آیه در داخل پرانتز نوشته شود؛ مثال: (کوثر: ۲).

- ۱۴- پُرانتز (،) و آکولاد [] نسبت به بعد آن با فاصله و نسبت به قبل و نیز محتوای داخل آن بدون فاصله تایپ شود. در مورد گیومه «» نیز همین قاعده رعایت می‌شود مگر آن که نسبت به ماقبل نیز با فاصله نوشته می‌شود.
- ۱۵- علائمی نظیر ویرگول (،)، نقطه (.)، نقطه ویرگول (؛)، و دو نقطه (:)، نسبت به ماقبل خود بدون فاصله تایپ شوند؛ حتی اگر ماقبل آن‌ها نشانه‌هایی نظیر پُرانتز و گیومه باشد.
- ۱۶- پیشوندهایی نظیر «می» و «نمی» و نیز مجموعه «ام، ای، ایم، اید و اند» باید به صورت جدا و با «نیم فاصله» نوشته شوند؛ نظیر: می‌روم؛ خسته‌ام.
- ۱۷- در میان نشانه‌های ثانوی خط فارسی گذاردن تنوین (ـَ و ـُ) (در کلماتی نظیر: اولاً، قبلاً، واقعاً، مضافاً الیه، بعبارۀ آخری)، مدّ روی الف (نظیر آرد، مآخذ) و یای کوتاه روی های غیرملفوظ (نظیر نامه من) الزامی است و در بقیۀ موارد (تشدید، فتحه، کسره و ضمه) غیرالزامی است مگر آن که موجب ابهام و التباس شود؛ نظیر: معین/ معین؛ علی/ علی؛ بنا/ بنا؛ غرضه/ غرضه؛ حَرَف/ حِرَف.
- ۱۸- ضروری است مقاله بر روی نرم افزار word حروفچینی شده و برای بارگذاری آن از طریق نرم افزار سیستم مدیریت مجلات وب سایت دانشگاه فردوسی مشهد اقدام شود.
- ۱۹- پذیرش اولیه مقاله منوط به رعایت راهنمای تدوین مقالات و برخورداری از حداقل استاندارد پژوهشی و پذیرش نهایی آن منوط به تأیید داوران و هیأت تحریریه است.
- ۲۰- مقاله‌های ارسال شده بازگردانده نمی‌شود.

مشاوران علمی این شماره

۱. حجة الاسلام مجتبی الهی خراسانی (حوزه علمیه مشهد)
۲. دکتر جواد ایروانی (عضو هیئت علمی دانشگاه علوم اسلامی رضوی)
۳. دکتر علی اکبر ایزدی فرد (استاد دانشگاه مازندران)
۴. دکتر علیرضا باریکلو (دانشیار پردیس قم دانشگاه تهران)
۵. دکتر علی تولایی (استادیار دانشگاه یزد)
۶. دکتر محمدحسن حایری (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۷. حجة الاسلام امیر رحمانی (مدرس و محقق حوزه علمیه قم)
۸. دکتر عباس زراعت (دانشیار دانشگاه کاشان)
۹. دکتر عباسعلی سلطانی (استادیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۰. دکتر محمدتقی فخلعی (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۱. دکتر سید محمد مهدی قبولی درافشان (استادیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۲. دکتر جلیل قنواتی (استادیار پردیس قم دانشگاه تهران)
۱۳. دکتر سعید محسنی (استادیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۴. دکتر محمد محسنی دهکلانی (استادیار دانشگاه مازندران)
۱۵. دکتر سید مصطفی محقق داماد (استاد دانشگاه شهید بهشتی)
۱۶. آية الله موسوی بجنوردی (استاد دانشگاه تربیت معلم تهران)
۱۷. دکتر حسین ناصری مقدم (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)

فهرست مندرجات

صفحه	عنوان
۷	سر مقاله
۹	بررسی حکم تکلیفی فعالیت در سیستم بازاریابی شبکه‌ای ناسالم بی‌بی رحیمه ابراهیمی - دکتر حسین ناصری مقدم - دکتر محمدتقی فخلی - دکتر سعید محسنی
۴۱	نقش قواعد اتلاف و تسبیب در مسئولیت مدنی زیست محیطی علیرضا انتظاری - دکتر سید مصطفی محقق داماد
۶۳	تأملی فقهی در ماده ۸۷۳ قانون مدنی محمد براری لاریمی - دکتر محمد محسنی دهکلانی
۸۹	پژوهشی فقهی در مسئله قصاص مادر در قتل فرزند دکتر محمد حسن حائری - مرتضی مرادی گلستانی
۱۰۵	بازپژوهی اعراض از ملکیت در فقه و حقوق حسین حقیقت پور - دکتر سید محمدرضا امام
۱۲۵	نقد و تحلیل آرای فقهی در باب قاعده «الْغَاصِبُ يُؤْخَذُ بِأَشَقِّ الْأَحْوَالِ» و قلمرو مصداقی آن دکتر ابوالفضل علیشاهی قلعه جوقی
۱۵۱	تحلیل ماهیت حقوقی اوراق (صکوک) اجاره دکتر جلیل قنواتی - مرضیه داوری لنگرودی
۱۸۱	اثر تعهد به تملیک در فقه امامیه و حقوق ایران دکتر اسماعیل نعمت‌اللهی
۲۱۰	چکیده مقالات به زبان انگلیسی (Abstracts)

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و چهارم، شماره پیاپی ۸۹

تابستان ۱۳۹۱

سرمقاله:

گامی به جلو

چهار سال از صدور مجوز ادامه نشر مجله «مطالعات اسلامی» پیشین با نام جدید «فقه و اصول» سپری شده و در این ایام، اقبال اصحاب قلم و ارباب اندیشه ما را شگفت زده کرد. انباشت مقالات داوری شده و در نوبت چاپ، آن چنان فزونی یافت که ما را به تکاپوی افزودن دفعات نشر مجله واداشت. اینک مفتخریم که از شروع سال جدید، ادامه نشر مجله را در قالب جدید «فصلنامه» به نظاره بنشینیم. باشد که این گام به جلو ما را در ادای مسئولیت خود در یاری رساندن به حرکت پرتکاپو و رشد یابنده دانش و مطالعه و تحقیق، یاری بخشد. خدا را بر این آغاز خجسته، شاکریم و به خاطر این لطفش بر آستان او جبین شکر می ساییم. ضمن سپاس از همه نویسندگان و محققان که با ابراز حسن ظن خویش، ما را در ادامه راهمان انگیزه ای مضاعف بخشیدند، از درگاه ایزدی تمنا داریم که ما را پیوسته قرین لطف و مدد خویش گرداند و انگیزه و اقدام ما را از شوائب بپیراید، گام های ما را در خدمت به بندگان صالح خود پابرجا گرداند و در انجام سریع و به هنگام وظایفمان یاری رساند.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و چهارم، شماره پیاپی ۸۹،
تابستان ۱۳۹۱، ص ۳۹-۹

بررسی حکم تکلیفی فعالیت در سیستم بازاریابی شبکه‌ای ناسالم*

بی بی رحیمه ابراهیمی^۱

دانش آموخته دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر حسین ناصری مقدم

دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد

Email: naseri1962@gmail.com

دکتر محمدتقی فخلعی

دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد

Email: fakhlaei@um.ac.ir

دکتر سعید محسنی

استادیار دانشگاه فردوسی مشهد

Email: s-mohseni@um.ac.ir

چکیده

بازاریابی شبکه‌ای یک روش توزیع فروش مبتنی بر طرح‌های سوددهی است و بازاریابی شبکه‌ای ناسالم، شکل انحراف یافته آن است. در این سیستم به عضوگیری افراد اکتفا می‌شود و طبق طرح‌هایی هرمی، که شرکت ارائه می‌کند، سرمایه فرد عضو شده، میان مؤسس، افراد در رأس هرم و نزدیک به آن و شخص معرف تقسیم می‌شود. هر شخص این امکان را می‌یابد تا با گسترش دادن زیر مجموعه خود جایگاه بالاتری در هرم بیابد. در این بازاریابی تنها یک قرارداد به صورت «قرارداد پرداخت پاداش در مقابل جذب اعضاء» دیده می‌شود. در نوشته حاضر بررسی حکم تکلیفی این قبیل فعالیت‌ها مورد توجه قرار گرفته، کوشش می‌شود در قالب ادله عام و خاص، جواز یا حرمت آن مورد تحلیل قرار گیرد.

کلیدواژه‌ها: بازاریابی شبکه‌ای، شرکت‌های هرمی، طرح هرمی، حکم تکلیفی.

* . تاریخ وصول: ۱۳۸۹/۹/۱۶؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۰/۲/۸.

۱ . نویسنده مسئول.

مقدمه

بازاریابی شبکه‌ای^۱

بازاریابی شبکه‌ای از انواع نوین بازاریابی است که به اختصار به آن (NM) گفته می‌شود. همچنین به آن بازاریابی چند سطحی^۲ یا (MLM) گفته می‌شود. (کینگ و رایبسن، ۱/ ۱۵۴) «بازاریابی شبکه‌ای اگر به صورت واقعی در جهت فروش کالا به مصرف‌کننده نهایی عمل کند «یک نوع طرح سوددهی» مبتنی بر فروش مستقیم است». (تایلر و بابنر، ۱۰)

طرح‌های سوددهی چند سطحی به چهار نوع اصلی تقسیم می‌شوند که عبارتند از: طرح سوددهی تک سطحی^۳، ماتریسی^۴، قطع شونده و جوایز نامحدود^۵ و دودویی یا باینری^۶. (تایلر و بابنر، ۱۳-۱۶) چنانچه شرایط و ضوابط پاداش‌دهی در طرح‌ها به گونه‌ای تعیین شود که تلاش در جهت «فروش کالا» کم رنگ گردد یا به دست فراموشی سپرده شود و در عوض بر روی «عضوگیری» و سرمایه‌افراد عضو هرم، برنامه‌ریزی شود، تنها افراد محدودی سود برده، بقیه متضرر می‌شوند. بر این اساس بازاریابی شبکه‌ای ناسالم، «بازاریابی شبکه‌ای عضوگیرنده»^۷ نامیده شده است. (تایلر و بابنر، ۲۵)

از آنجا که «تلاش در جهت فروش کالا» مقوم معنای «بازاریابی» است، چنانچه این رکن در طرح لحاظ نشود، اگرچه از آن تحت عنوان بازاریابی یاد شود، نمی‌توان آن را به واقع بازاریابی شبکه‌ای دانست. لذا تاکنون از آن با عنوان‌هایی همچون «دسیسه هرمی»، «بازاریابی زنجیره‌ای» یا «طرح پونزی» یاد شده است. (نصر اللهی، ۴۱)

«برخی افراد، از عنوان «شرکت‌های هرمی» برای ناسالم جلوه دادن این فعالیت اقتصادی، استفاده می‌کنند. در حالی که استفاده از طرح هرمی یعنی همان طرح‌های پاداش یا سوددهی در همه انواع بازاریابی شبکه‌ای وجود دارد، اعم از اینکه از موازین علمی خود انحراف نیافته و بازاریابی واقعی باشد یا اینکه در قالب طرح و بدون رعایت موازین، صرفاً به پول‌گردانی پرداخته شود. (حسین قلی نوری، ۳۹)

-
1. Network Marketing
 2. Multi level Marketing
 3. Unilevel
 4. Matrix
 5. Breakaway
 6. Binary
 7. Recruiting Network Marketing

از فعالان عرصه بازاریابی شبکه‌ای با سه عنوان یاد می‌شود: به شرکت‌کنندگان در طرح، «بازاریاب شبکه‌ای» یا «نتورکر» گفته می‌شود. به شرکت‌کنندگانی که در رده‌های بالاتر شرکت مشغولند و فعالیت آنان منجر به جذب دیگران می‌شود «سرشاخه» و به کسانی که توسط اعضاء جذب می‌شوند «زیرشاخه» می‌گویند. (تایلر و باینر، ۱۰)

در بازاریابی شبکه‌ای انحراف یافته دو حالت پیش آمده است. در حالت اول خصوصیت تلاش جهت فروش کالا و ارائه خدمات به کلی نادیده گرفته شده است؛ یعنی شرکت تنها عضوگیری می‌کند و سرمایه افراد بالادستی را با هزینه عضویت افراد پایینی تأمین می‌کند. از آنجا که این نوع شرکت‌ها، به دلیل نداشتن محصول یا خدمات به طور آشکار مورد منع قانونی قرار می‌گیرند، حالت دوم با نظر به حل این مشکل قانونی به وجود آمده است. در این شرکت‌ها به ظاهر محصول یا خدماتی وجود دارد اما با توجه به ویژگی‌های این محصولات از جمله اینکه قیمت بسیار بالاتری نسبت به ارزش واقعی دارند یا اینکه مورد نیاز مصرف کنندگان نمی‌باشند، می‌توان این خدمات و محصولات را تنها بهانه‌ای جهت گرفتن حق عضویت و نه کالا یا خدمات واقعی، دانست. بر این اساس می‌توان بازاریابی شبکه‌ای ناسالم را دو دسته اصلی بدون محصول و سرپوش محصولی دانست.

شرکت‌هایی که از سیستم ناسالم استفاده می‌کنند، در مراحل تبلیغ، جذب اعضاء و فروش، اقدامات فریبکارانه‌ای انجام می‌دهند. مطالعه آزمون‌های دوازده گانه (ر.ک: زرگر ۵۸)، فضای جنگ روانی، فریب، سوء استفاده از روابط با دیگران، وعده‌های پوچ و تبلیغات اغراق‌آمیز و ... را در این شرکت‌ها به خوبی نمایان می‌کند.

استفاده از بازاریابی شبکه‌ای ناسالم، عواقب و پیامدهای ناخوشایندی را به جهت متضرر شدن افراد زیاد خواهد داشت. وقوع این آثار زیانبار به دو طریق قابل اثبات است:

راه اول: با محاسبات ریاضی و استدلال‌های عقلی می‌توان وقوع پدیده اشباع را اثبات نمود. بدیهی است که پدیده اشباع مساوی است با متضرر شدن افراد بسیار زیادی که در قاعده هرم و نزدیک به آن قرار دارند.

راه دوم: با مشاهده تجربه کشورهایمانند آلبانی و روسیه می‌توان پیامدهای ناگوار اجتماعی این مسئله را مشاهده نمود. «وقایع و رویدادهایی که در فاصله سال‌های ۱۹۹۵ تا سال ۱۹۹۸ در کشور آلبانی رخ داد، تجربه بسیار ارزشمندی از گسترش بی‌رویه طرح‌های بازاریابی چند سطحی است. تجربه‌ای که متأسفانه به قیمت سقوط دولت، استعفای رئیس جمهور،

انحلال مجلس کشور و کشته شدن ۲۰۰۰ نفر در جریان ناامنی‌های ناشی از فروپاشی این طرح‌ها به وجود آمد. اکثریت شرکت‌های فعال در این وقایع، شرکت‌های داخلی کشور آلبانی بودند و تحت پوشش فروش کالا و بازاریابی فعالیت می‌کردند. (جارویس، کریستوفر ۲۰۰۰) در روسیه نیز، در دهه ۱۹۹۰ بزرگ‌ترین دسیسه هرمی توسط شرکت MMM شکل گرفت (سایت nms) و تجربه‌ای مشابه بر جا گذاشت.

ارتباط اعضاء با شرکت

در سیستم ناسالم، رابطه همه اعضا با شرکت از نظر حقوقی یکسان است. افرادی که توسط سرشاخه‌ها یا زیرمجموعه آنها عضو می‌شوند، مستقیماً عضو شرکت شده، با شرکت قرارداد می‌بندند. در این رابطه، فرد جدید به واسطه معرفی یکی از افراد مجموعه هرمی، کالایی غیر واقعی را از شرکت خریداری نموده، به عضویت شرکت در می‌آید سپس به فعالیت پرداخته، اعضای دیگری برای شرکت جذب می‌کند. وی به جهت وارد کردن افراد جدید در مجموعه، از شرکت سود دریافت می‌کند. آنچه شرکت در مقابل انجام می‌دهد، این است که سرمایه فرد وارد شده را میان خود، افراد بالای هرم و شخص معرف، با نسبتی نامتعادل تقسیم می‌نماید. به این ترتیب می‌توان ادعا نمود که سیستم بازاریابی شبکه‌ای ناسالم مبتنی بر دو نوع معامله «بیع» و «قرارداد پرداخت پاداش در مقابل جذب اعضاء» است.

لازم به ذکر است که در شرکت‌های «بدون محصول» این سیستم، «بیع» وجود ندارد؛ بنابراین در آغاز به بررسی تفاوت میان این دو دسته از شرکت‌ها و تعیین دقیق‌تر موضوع مورد تحقیق و سپس به تبیین «قرارداد پرداخت پاداش در مقابل جذب اعضاء» پرداخته می‌شود.

تبیین عدم دخالت «بیع» در ماهیت انواع بازاریابی شبکه‌ای ناسالم

صاحب نظران، نوع دوم از شرکت‌های فعال در سیستم بازاریابی شبکه‌ای ناسالم را با اینکه دارای محصول می‌باشند، «شرکت‌های سرپوش محصولی» نام‌گذاری کرده‌اند. (تایلر و بابنر، ۲۳) بنابراین، فرض اولیه این است که این دو دسته شرکت هرچند در ظاهر متفاوت به نظر می‌رسند، از نظر ماهوی یکسانند؛ زیرا اساس کار هر دو دسته، عضو نمودن افراد جهت جذب سرمایه آنها و تقسیم این سرمایه بین شرکت و افراد در رأس هرم یا نزدیک به آن است. تفاوت ظاهری این دو دسته شرکت در آن است که در شرکت‌های بدون محصول، شخص

پایین هرم یک «برگه عضویت» و در شرکت‌های سرپوش محصولی، یک «کالای غیر واقعی» خریداری می‌کند. در فروش کالاهایی که شرکت‌های سرپوش محصولی انجام می‌دهند، ویژگی‌های یکسانی مشاهده می‌شود؛ مانند اینکه کالا با ارزش ذاتی خود به فروش نمی‌رسد و خرید کالا، برای رفع نیاز نبوده، عاملی جهت عضویت در شرکت است (سالاری، ۶۱ و ۵۷) همچنین قیمتی که برای کالا بیان می‌شود، بسیار بیشتر از قیمت واقعی آن است. (زرگر، ۵۸) بنابراین مشتری به قیمت واقعی آگاه است اما به جهت عضو شدن در شرکت و رسیدن به پاداش زیاد، رغبت پیدا می‌کند تا چندین برابر قیمت واقعی آن کالا، پول بپردازد. به این ترتیب بررسی فقهی «فروش کالای غیر واقعی» وضعیت موضوع را روشن خواهد کرد.

با توجه به ویژگی‌های یاد شده دو سؤال مطرح می‌شود: اول اینکه آیا بالا بودن قیمت باعث بطلان آن می‌شود یا خیر؟ دوم اینکه آیا معامله غیر واقعی صحیح است یا خیر؟ بالا بودن قیمت کالا در صورتی که نامتعارف باشد، در مبحث «معامله سفهی» و معامله غیر واقعی در ذیل بحث «معامله صوری» قابل بررسی است.

بررسی سفهی بودن بیع

بالا بودن قیمت به تنهایی باعث بطلان معامله نمی‌شود؛ مگر اینکه به سفاهت منجر شود. (شهید اول، لمعه، ۱۲۱؛ اردبیلی، مجمع الفوائد، ۸/ ۳۳۶) در این صورت بیع سفهی تحقق پیدا می‌کند.

«معامله سفهی معامله‌ای است که غالب مردم آن را انجام نمی‌دهند و بین عقلا معمول نیست و اگر چنین معامله‌ای صادر شود، معلوم می‌گردد که بر خلاف روش عقلا صورت گرفته است.» (حسینی مراغی، ۲/ ۳۶۶) مانند اینکه عقلا اقدام به خرید کالایی با چند برابر قیمت نمی‌کنند مگر آنکه برای پرداخت مبلغ اضافی، دلیلی وجود داشته باشد. «اگر در مقابل زیادی، غرض صحیح عقلانی وجود داشته باشد، مانند اینکه در مورد بیع حال، صبر کند، سفاهت از بین خواهد رفت.» (شهید ثانی، ۳/ ۲۲۶) محقق مراغی بر عقلایی بودن غرض تأکید نموده، می‌نویسد: «فاعل مختار برای انجام هر عملی، غرض و هدفی را در نظر می‌گیرد اما تنها غرضی معامله را از سفهی بودن خارج می‌کند که مورد توجه عقلا قرار گیرد. صرف در نظر داشتن هدفی هر چند مورد اعتنای عقلا نباشد، کافی نیست.» (۲/ ۳۶۹)

در میان فقها درباره حکم بیع سفهی دو نظر وجود دارد:

۱- بطلان بیع سفهی: شهید اول (لمعه، ۱۲۱)، محقق اردبیلی (مجمع الفائده، ۸/ ۳۳۶)، حسینی عاملی (۴/ ۴۳۶)، امام خمینی (۱/ ۲۴۴)، محقق سبزواری (مذهب الاحکام، ۱۷۸/۱۹) و اراکی (۲/ ۳۳۹) این دیدگاه را مطرح نموده‌اند. بعضی از فقها بر بطلان این نوع از معامله ادعای اجماع نیز کرده‌اند. (حسینی مراغی، ۲/ ۳۷۱)

اساس این دیدگاه بر این مسئله استوار است که بسیاری از ادله مطرح شده در باب معاملات، مانند: «أَوْفُوا بِالْعُقُود» (مائده: ۱)، «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (بقره: ۲۷۵) و «تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ» (نساء: ۲۹) امضایی هستند؛ به این معنا که شارع به وسیله این ادله، معاملات معمول در میان اغلب مردم را تأیید کرده است. معامله سفهی در میان مردم معمول نبوده، بنابراین مورد امضاء هم واقع نشده است. (حسینی مراغی، ۲/ ۳۷۱)

امام خمینی (ره) بر این باورند که معامله سفهی، غیر عقلایی است و عموم ادله شامل آن نمی‌شود؛ زیرا یا عناوین معاملی بر آن صدق نمی‌کند، به این معنا که عنوان عقد یا بیع یا تجارة عن تراض، شامل معامله سفهی نمی‌شود یا آنکه این ادله، از معامله سفهی انصراف دارد؛ چرا که عموم ادله، آنچه را نزد عقلا رایج بوده است، امضاء می‌کند و در صدد تأسیس امری فراتر از این مسئله نیست؛ به خصوص معامله سفهی که طبع سلیم از آن متنفر است. (خمینی، ۱/ ۲۴۴).

۲- صحت بیع سفهی: محقق حکیم و محقق خویی این دیدگاه را اختیار کرده، معتقدند: دلیلی بر بطلان معامله سفهی وجود ندارد. آنچه به عنوان دلیل بطلان مطرح شده است، تنها به «معامله سفیه» اختصاص دارد و نمی‌توان آن را به «معامله سفهی» که از عاقل صادر می‌شود، تعمیم داد. (حکیم، مستمسک العروة، ۱۳/ ۱۹۶؛ خویی، مبانی العروة الوثقی، ۲/ ۴۳) علاوه بر این، ادله صحت بیع، شامل معامله سفهی می‌گردد. (خویی، مصباح الفقاهة، ۱/ ۳۴).

از آنجا که موضوع عمومات، معاملات عرفی عقلایی است، استدلال گروه اول مبنی بر انصراف ادله یاد شده به بیع متعارف و رایج میان عقلا، از انعقاد اطلاق این ادله -آن گونه که در استدلال گروه دوم به آن تمسک شده است- قوی‌تر می‌باشد؛ زیرا معنای اخذ به اطلاق، آن است که این ادله از نظر متعارف و مشهور بودن یا غیر متعارف و نادر بودن، مطلق بوده، هر دو دسته از بیع را امضاء نموده است؛ درحالی‌که به نظر می‌رسد در مقام وضع قانون کلی، فرد غالب و مشهور که بین عموم رایج و مورد ابتلاء آنان می‌باشد، مورد توجه قرار می‌گیرد. در معامله‌ای که شرکت با عضو جذب شده انجام می‌دهد، کالا با چندین برابر قیمت واقعی

به فروش می‌رسد. انگیزه‌ای که باعث انجام این معامله می‌شود، وعده‌هایی است که به منظور جذب اعضاء به متقاضیان داده می‌شود: وعده‌هایی که نسبت به اکثر افراد جذب شده تحقق نمی‌یابد. پرداخت پول در مقابل چنین غرضی، عقلایی نیست، لذا معامله، سفهی بوده، باطل است.

بررسی صوری بودن بیع

بیع صوری در مقابل بیع حقیقی قرار گرفته است. در بیع حقیقی، قصد جدی برای انشاء تملیک و تملک وجود دارد اما در بیع صوری چنین قصدی موجود نیست؛ به گونه‌ای که با بیع و مشتری انشای عقد را تنها در مرحله لفظ اراده می‌کنند. (اصفهانی، ۳/ ۲۵۲)

بیع صوری در اغلب موارد به منظور سرپوش نهادن بر غرضی انجام می‌شود که طرفین معامله از آشکار شدن آن إبا دارند. در چنین معامله‌ای، تحقق شرایط بیع با تردید روبرو است. بر اساس دیدگاه فقها بیع صوری اثری نداشته، تحت عمومات قرار نمی‌گیرد (مظفر، ۲/ ۹۸) و باطل است. (اصفهانی، ۳/ ۱۹۷) شأن این بیع مانند بیع هازل، ساهی، نائم و غلط است. (خویی، مصباح الفقاهة، ۴/ ۶۸).

به نظر می‌رسد که معامله میان شرکت و اعضاء از قبیل بیع صوری باشد. به این ترتیب که هدف اصلی شرکت، فروش کالا نیست بلکه در راستای جذب اعضاء، محصولی غیر واقعی را عرضه می‌کند. در طرف مقابل نیز هدف اعضاء تهیه چنین کالایی نمی‌باشد بلکه قصد آنان دستیابی به یک جایگاه در طرح هرمی شرکت برای رسیدن به پاداش‌های وعده داده شده است؛ بنابراین «عضویت» قصد اصلی در این رابطه به شمار می‌رود و یک بیع صوری برای سرپوش گذاشتن بر این ارتباط غیر قانونی صورت می‌گیرد. در واقع سیستم «سرپوش محصولی» بر اساس انجام یک معامله غیر واقعی، طراحی شده است. این سیستم برای فرار از قانون که وجود نداشتن کالا را بر نمی‌تابد، انجام چنین معامله‌ای را تعبیه نموده است؛ از این رو ادعای صاحبان شرکت‌ها مبنی بر داشتن قصد جدی، قابل قبول نیست چراکه وقتی آنان با آگاهی از هدف واقعی خود، فروش کالا را بهانه‌ای برای دستیابی به آن هدف قرار دهند، قصد جدی از آنان نسبت به چنین معامله‌ای صادر نمی‌شود و صرف ادعای داشتن قصد جدی در چنین معامله‌ای کافی نیست.

شواهد متعددی مانند استفاده نابجا از سیستم بازاریابی شبکه‌ای، اطمینان به صوری بودن

این معامله را ایجاد می‌کند؛ با این توضیح که از این سیستم برای فروش کالاهایی استفاده می‌شود که از بازار رقابتی برخوردارند تا به این وسیله فرصت بیشتری برای فروش به دست آید. در حالی که این قبیل شرکت‌ها با داشتن کالای غیر رقابتی از این سیستم استفاده می‌کنند. این امر نشانه‌ای از انگیزه واقعی آنان یعنی جذب اعضاء و سرمایه افراد است و حکایت از فروش غیرواقعی می‌کند.

همچنین کالاهای این شرکت‌ها به منظور رفع نیاز واقعی تولید نمی‌شود؛ به این معنا که اغلب مردم صرف‌نظر از «عضویت»، معمولاً جهت تهیه محصولات از قبیل الماس، سکه و غیره اقدام نمی‌کنند.

فروش محصولات توسط این شرکت‌ها با قیمتی بالاتر از قیمت واقعی، گواه دیگری بر صوری بودن معامله یاد شده است. بر اساس این قرائن تردیدی در صوری بودن معامله یاد شده باقی نمی‌ماند.

نتیجه اینکه: با پذیرش «سفهی» یا «صوری» بودن فروش کالای غیر واقعی توسط شرکت‌های سرپوش محصولی، بیع مذکور باطل خواهد بود. در این صورت، بودن معامله باطل، سبب تفاوت میان شرکت‌های سرپوش محصولی و بدون محصول نمی‌شود؛ بنابراین موضوع این مقاله تحت عنوان جامع «بازاریابی شبکه‌ای ناسالم» مورد بررسی قرار می‌گیرد. در آغاز به بررسی فرض «جواز» فعالیت در این سیستم و سپس فرض «حرمت» آن پرداخته می‌شود.

بررسی جواز فعالیت در سیستم بازاریابی شبکه‌ای ناسالم

در این مبحث ادله‌ای که ممکن است بر جواز مسئله اقامه شود، ذکر شده و مورد نقد و بررسی قرار می‌گیرد.

بررسی دلایل عام

تمسک به عموم آیه «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» (نساء: ۲۹)

به منظور استدلال به آیه شریفه، در آغاز به توضیح معنای تجارت و محتوای آیه اشاره می‌شود. در معنای تجارت دو دیدگاه در میان مفسران و فقها مطرح شده است. برخی معتقدند: منظور از تجارت در آیه شریفه تنها «بیع» می‌باشد. (طبرسی، ۳/ ۴۵۹) و برخی معتقدند: معنای تجارت اعم از بیع بوده، شامل تمامی مکاسب مانند: صلح، اجاره و غیره می‌شود. (نجفی، ۲۲)

۴/؛ نایینی، *المکاسب و البیع*، ۱/ ۱۳۵) از آنجا که مشهور فقها تجارت را شامل تمامی مکاسب می‌دانند، با تکیه بر دیدگاه آنان به تحلیل آیه شریفه پرداخته می‌شود. اختلاف دیگری که در عبارات فقها راجع به معنای تجارت مشاهده می‌شود، از جهت شمول معنای تجارت نسبت به معاملات معهوده و غیر معهوده است. در این مورد نیز دو دیدگاه مطرح شده است. در دیدگاه اول، تجارت شامل معاملات معهوده و غیر معهوده می‌شود. صاحب «*فقه الصادق*» می‌نویسد: «اختصاص تجارت در آیه «تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ» به عقودی که در زمان صدور، متعارف بوده‌اند وجهی ندارد؛ چرا که این آیه متضمن بیان حکم همیشگی و برای تمامی دوران‌ها است و این حکم از قبیل قضایای حقیقیه می‌باشد». (روحانی، *فقه الصادق*، ۱۹/ ۲۱۳؛ همو، *فقه المسائل المستحثة*، ۱۰۰)

در دیدگاه دوم لفظ تجارت تنها شامل معاملات معهوده می‌شود. «اگر تجارتی از قبیل معاملات متعارف باشد، تصرف در مال حاصل از آن اکل مال به باطل نخواهد بود. از این آیه نمی‌توان شرعی بودن هر عقد و تجارتی را که متعاقدين بر آن اتفاق نموده‌اند، استفاده کرد». (نجفی، *جواهر الکلام*، ۲۷/ ۶۱)

موضوع این آیه، تجارت عقلایی عرفی است، بنابراین هر قرارداد و معامله‌ای که نزد عرف عقلاً باشد اگرچه در زمان شارع، وجود نداشته باشد، مشمول امضای آیه خواهد بود.

أ: بیان استدلال

با توجه به اینکه منظور از «تجارت»، مطلق معاوضات بوده، شامل عقود غیرمعهود نیز می‌شود، می‌توان این گونه استدلال نمود که جمله مستثنی در آیه شریفه یعنی «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» به اطلاق خود بر جواز تصرف در مال حاصل از تجارت ناشی از تراضی دلالت می‌کند.

در شرکت‌های بازاریابی شبکه‌ای ناسالم، شرکت، طرح هرمی خود را ارائه می‌دهد. افرادی که در آنجا عضو می‌شوند نیز با آگاهی و رضایت از قرار گرفتن در طرح هرمی، سرمایه خود را به شرکت می‌برند. سپس سعی می‌کنند با جذب سرمایه افراد بیشتر، جایگاه خود را ارتقا دهند. این عمل از سوی شرکت و اعضای آن یک «تجارت از روی تراضی» است، بنابراین فعالیت در این سیستم تحت عموم آیه «تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ» قرار می‌گیرد.

ب: نقد و بررسی استدلال

در نقد این استدلال باید به هر دو جمله مستثنی منه «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ» و

مستثنی «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» و نوع استثنای موجود در آیه شریفه توجه نمود.

راجع به استثنای موجود در آیه دو احتمال مطرح شده است:

احتمال اول: استثنا از قبیل استثنای متصل است. در این صورت مفاد آیه چنین است: تملک اموال مردم، به هیچ سببی از اسباب جایز نیست؛ زیرا باطل است مگر آنکه تملک اموال به سبب تجارت از روی تراضی باشد که در این صورت جایز خواهد بود. بنابراین آیه، اسباب صحیح برای معامله را در تجارت از روی تراضی محصور می‌کند. (خویی، مصباح الفقاهة، ۱/ ۳۵) این احتمال را تقویت نموده، آن را موافق با قواعد ادبیات عرب می‌داند.

احتمال دوم: استثنا از قبیل استثنای منقطع است. در این صورت آیه متکفل بیان دو حکم برای دو موضوع است. یعنی آیه برای هر یک از «أکل مال به باطل» و «تجارت از روی تراضی» یک کبرای کلی بیان می‌کند و متعرض حصر نمی‌باشد. (همان)

محقق خویی معتقد است حتی با فرض منقطع بودن استثناء، حصر از قرینه مقامیه قابل استفاده است؛ به این صورت که شارع مقدس در صدد بیان اسباب مشروع برای معاملات و تشخیص صحیح از باطل است. به این ترتیب آیه به منظور بیان حصر اسباب صحیح برای معاملات در «تجارت از روی تراضی»، نازل گردیده و تفاوت نمی‌کند که استثنای آن متصل یا منقطع باشد. (همان)

امام خمینی (ره) در نقد استثنای متصل می‌نویسد: «متصل بودن استثنا، خلاف ظاهر است و با فهم عقلا، کلمات مفسران و روایات، مخالف می‌باشد. (خمینی، کتاب البیوع، ۱/ ۱۷۶) کلمه «بالباطل» علت حکم است. به این معنا که باطل بودن، موجب حرمت اکل گردیده است. استثنا شدن تجارت در مقابل باطل نیز به این دلیل می‌باشد که تجارت حق است. از آنجا که علت، حکم را تعمیم یا تخصیص می‌دهد، حلیت اکل به وسیله هر سبب حق و عدم حلیت به وسیله هر سبب باطل استفاده می‌شود. (همان، ۱۷۸)

فعالیت در سیستم بازاریابی شبکه‌ای ناسالم از نظر عرفی از مصادیق باطل محسوب می‌شود، بنابراین تحت جمله مستثنی منه قرار می‌گیرد.

بنابر نظر امام خمینی که حتی در صورت متصل بودن استثناء، آیه را مفید حصر نمی‌دانند، استدلال به جمله مستثنی منه صحیح نخواهد بود؛ زیرا لفظ باطل «علت حکم» دانسته شده است و علت تعمیم و تخصیص می‌دهد. به این ترتیب که هر چیزی که باطل باشد، اعم از اینکه تجارت بوده یا غیر تجارت به حساب آید، مشمول «لَا تَأْكُلُوا» می‌شود.

ممکن است تصور شود، بنابر مبنای «حصر» اسباب صحیح در تجارت از روی تراضی، فعالیت در این سیستم - که نوعی تجارت از روی تراضی قلمداد می‌شود - به وسیله آیه مورد امضاء قرار گرفته است، اما باید توجه نمود که اگر سببی از مصادیق باطل به شمار رود، هرچند نسبت به آن تراضی صورت گرفته باشد به این معنا نخواهد بود که «تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ» بر آن منطبق می‌شود؛ مثلاً اگر بیع ربوی که از مصادیق باطل به شمار می‌رود، مورد تراضی طرفین قرار بگیرد، آیا مشمول آیه خواهد شد و می‌توان به استناد آن به حلیت حکم کرد؟! به این ترتیب حتی با پذیرش حصر اسباب صحیح در تجارة عن تراض، فعالیت در سیستم بازاریابی شبکه‌ای ناسالم، به دلیل باطل بودن مشمول جواز نخواهد بود.

تمسک به حدیث «النَّاسُ مُسَلِّطُونَ عَلَي أَمْوَالِهِمْ»

حدیث سلطنت، هر نوع تصرف به هر سبب و وسیله‌ای را برای صاحبان اموال مجاز شمرده است. سلطنت به معنای قدرت بر تصرف است که از ترخیص تکلیفی و وضعی انتزاع می‌شود. شارع به وسیله ترخیص تکلیفی، قدرت بر ایجاد تصرفات؛ و به وسیله ترخیص وضعی، نفوذ تصرفات را محقق ساخته است. ناگزیر باید گفت که شارع یا اسباب را در ابتداء و به تنهایی یا به تبع مسببات لحاظ کرده، به این اعتبار، اسباب را نافذ دانسته است. در نتیجه اگر فردی به هر سبب و با هر کیفیتی در اموال خویش تصرف نماید، این تصرف از سوی شارع مجاز شمرده شده است. (اصفهانی، ۱/ ۱۰۹) از آنجا که سرمایه‌گذاری در سیستم بازاریابی شبکه‌ای ناسالم نوعی تصرف در اموال محسوب می‌شود؛ به استناد این روایت، مجاز بوده، در قالب هر نوع سببی که تحقق یافته باشد، نافذ و مورد امضاء است.

در مقام نقد و بررسی استدلال یاد شده باید به دو نکته توجه کرد:

- ۱- درباره مفاد حدیث سلطنت دیدگاه‌های مختلفی مطرح شده است. در دیدگاه اول، حدیث سلطنت در مقام بیان «محجور نبودن» مالک نسبت به تصرفات مجاز است. (خویی، مصباح الفقاهة، ۳/ ۲۰۶؛ تبریزی، ارشاد الطالب، ۲/ ۳۸) در دیدگاه دوم، به وسیله این روایت سلطنت به عنوان «حکم وضعی استقلالی» جعل شده است (خمینی، کتاب البیوع، ۱/ ۱۲۴) و در دیدگاه سوم، حدیث سلطنت هر نوع تصرف، به هر سبب و وسیله‌ای را برای صاحبان اموال جایز می‌داند. (حسینی مراغی، ۲/ ۹؛ اصفهانی، ۱/ ۱۰۹) به این ترتیب می‌توان از روایت، مشروعیت اسباب را نیز استفاده کرد.

استدلال فوق بر اساس دیدگاه سوم که قابل نقد می‌باشد، شکل گرفته است. نقد این

دیدگاه به منزله نقد استدلال نیز خواهد بود. توضیح اینکه حدیث سلطنت در مقام بیان مشروعیت اسباب نیست؛ یعنی سلطنت مردم بر اموال، ملازمه‌ای با نافذ بودن معاملات عقلا ندارد؛ زیرا سلطنت بر اموال یکی از شرایط نفوذ معامله است و در محیط عرف و عقلا موجب سلطنت بر قوانین و مقررات نمی‌شود. مردم بر اموال خویش سلطنت دارند در عین حال تابع مقررات می‌باشند نه اینکه بر مقررات و قوانین سلطنت داشته باشند. (خمینی، کتاب البیع، ۱/ ۱۲۳) به عبارت دیگر پیامبر اکرم (صلی الله علیه و آله) فرموده‌اند: «الناس مسلطون علی اموالهم» و نفرموده‌اند: «علی احکامهم» به گونه‌ای که سببیت اسباب به اراده و مشیت مردم باشد.

۲- بر اساس دیدگاه سوم هم نمی‌توان به جواز فعالیت در سیستم بازاریابی شبکه‌ای ناسالم استدلال کرد؛ زیرا اگرچه روایت مزبور سلطنت مردم بر اموال را اثبات می‌کند، منافاتی ندارد که این سلطنت با حدود خاص و قیود مختلف محدود شود. بر اساس قرآن کریم و روایات، حدود و قیود مختلفی را می‌توان برای حدیث سلطنت بیان کرد؛ مثلاً شارع در ناحیه متعلق، هر چیزی که در آن فساد باشد (مکارم شیرازی، ۲/ ۳۴) یا هر چیزی را که صلاح عرفی نداشته باشد، حرام نموده است.

فعالیت در سیستم بازاریابی شبکه‌ای ناسالم به دلیل آیه شریفه «لا تأکلوا أموالکم بینکم بالباطل» از مصادیق فساد بوده، در آن صلاح عرفی وجود ندارد؛ بنابراین از تحت حدیث سلطنت خارج می‌گردد.

بررسی دلایل خاص

بررسی فرض جعاله

در قراردادی که میان شرکت و اعضا، در سیستم بازاریابی شبکه‌ای ناسالم منعقد می‌شود، ارکان جعاله قابل مشاهده است؛ به این صورت که شرکت به عنوان «جاعل» و افراد عضو شده به عنوان «عامل» قلمداد می‌شوند.

شرکت بر اساس یک طرح هرمی «عملی» را برای شخص عامل به این ترتیب تعریف می‌کند که وی دو یا چند نفر دیگر را ترغیب به سرمایه‌گذاری نموده، به عضویت شرکت درآورد. همچنین از آن‌ها بخواهد که به همین ترتیب عمل نموده، این مجموعه را گسترش دهند. سپس شرکت بر اساس سطوح تعیین شده در طرح هرمی پاداش‌هایی را در نظر می‌گیرد

که در این رابطه «جعل» انگاشته می‌شود. به این ترتیب تمامی ارکان جعاله تحقق یافته، مشمول ادله امضاء قرار خواهد گرفت.

نقد و بررسی استدلال

استدلال یاد شده به دلیل اخلال در رکن «عمل» تمام نیست؛ با این توضیح که «عمل» در قرارداد جعاله باید حلال و عقلایی باشد. (محقق حلی، شرایع، ۳/ ۱۲۶) منظور از حلال بودن آن است که حرام نباشد و منظور از عقلایی بودن آن است که عمل، مقصود عقلا بوده، سفهی نباشد. (نجفی، جواهر الکلام، ۳۵/ ۱۹۲) این دو خصوصیت در عملی که شرکت‌های بازاریابی شبکه‌ای ناسالم مقرر می‌کنند، وجود ندارد. با این بیان که عرف عقلا و متخصصان به دلیل ناسالم دانستن این عمل، به چنین فعالیتی مشغول نمی‌شوند؛ بنابراین عمل یاد شده، مقصود عقلا نیست. از سوی دیگر آنچه باطل عرفی است، تحت عموم آیه «لا تَأْكُلُوا» قرار می‌گیرد. در نتیجه مورد نهی بوده، حرام نیز می‌باشد.

اخلالی که در رکن عمل رخ داده است، منجر به حرمت «جعل» نیز می‌شود؛ به این صورت که «جعل» در مقابل عمل حرام قرار گرفته، بنابراین تصرف در آن نیز حرام است.

بررسی فرض صلح

صلح توافق و رضایت طرفین بر امری است. (اصفهانی، ۱/ ۴۴۹) در مورد جایگاه صلح در میان فقها دو دیدگاه مطرح شده است. در دیدگاه اول برخی از فقها (محقق حلی، شرایع، ۲/ ۹۹) معتقدند که صلح برای قطع نزاع بین متخاصمین وضع شده است و در جایی که سابقه نزاع وجود نداشته باشد، جاری نمی‌شود. در دیدگاه دوم برخی از فقها (نجفی، ۲۶/ ۲۱۱؛ سبزواری، مهذب الاحکام، ۱۸/ ۱۶۶) معتقدند که صلح تنها برای موضع نزاع وضع نشده بلکه در غیر موارد نزاع نیز وجود دارد.

همچنین در مورد ماهیت صلح نیز دو دیدگاه وجود دارد. در دیدگاه نخست (طوسی، ۲/ ۲۸۸)، صلح، عقد مستقلی به شمار نمی‌رود بلکه فرع عقود دیگر است و در دیدگاه دوم بسیاری از فقها (شهید ثانی، ۴/ ۲۶۰؛ نجفی، ۲۶/ ۲۱۲؛ اصفهانی، ۱/ ۴۴۹) معتقدند: صلح، عقد مستقلی است هر چند فایده عقود دیگر بر آن مترتب شود.

با پذیرش دیدگاه دوم در هر یک از دو مسأله جایگاه و ماهیت صلح، می‌توان فعالیت در سیستم بازاریابی شبکه‌ای ناسالم را نوعی صلح قلمداد نمود؛ با این بیان که شرکت و امضاء نسبت به این امر که امضاء، افراد دیگری را جذب نموده، در مقابل از سود حاصل بهره‌مند

شوند، مصالحه می‌کنند.

نقد و بررسی استدلال

صلح مذکور میان شرکت و اعضاء، «صلح مشروع» و مورد امضاء نیست؛ زیرا امری که مورد مصالحه واقع می‌شود، نباید امر حرامی باشد. امیر المؤمنین علیه السلام می‌فرماید: «صلح را می‌توان برای هر امری و در هر مقامی واقع ساخت مگر زمانی که حرامی را حلال و یا حلالی را حرام بنماید» (کلینی، ۴۱۳/۷) از آنجا که فعالیت در سیستم بازاریابی شبکه‌ای ناسالم، تحت عمومات امضاء قرار نگرفته است، مشروع نبوده و نمی‌تواند مورد مصالحه قرار گیرد.

بررسی حرمت فعالیت در سیستم بازاریابی شبکه‌ای ناسالم

از آنجا که فعالیت در سیستم بازاریابی شبکه‌ای ناسالم مشمول ادله جواز نمی‌گردد، به بررسی حکم این فعالیت بر اساس ادله حرمت پرداخته می‌شود.

بررسی دلایل عام

تمسک به عموم آیه «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ» (نساء: ۲۹)

برای توضیح مفاد آیه ابتدا معنای اکل و باطل بررسی می‌شود. نسبت به معنای اکل دو احتمال وجود دارد: اول اینکه به معنای تملک است. (ایروانی، حاشیه المکاسب، ۱/ ۱۱۳؛ خویی، مصباح الفقاهة، ۱/ ۳۵) دوم اینکه به معنای مطلق تصرفات می‌باشد. (نایینی، المکاسب و البیع، ۱/ ۱۳۵) اگر از واژه اکل معنای تملک اراده شده باشد، نهی از اکل، نهی وضعی بوده، مستفاد از آن، حکم وضعی بطلان است. به این معنا که آیه شریفه، تملک مال به اسباب باطل را باطل دانسته است؛ اما اگر از این واژه معنای مطلق تصرف اراده شده باشد، نهی، تکلیفی بوده، مفید عدم حلیت است که به دلالت التزامی، عدم صحت نیز از آن فهمیده می‌شود. (حائری، ۱/ ۲۲۷)

در معنای باطل نیز دو احتمال مطرح شده است: احتمال اول اینکه منظور از باطل، باطل شرعی است. (بجنوردی، ۵/ ۲۱۵) یعنی نباید به غیر وجه شرعی مثل ربا، غصب و قمار در اموال یکدیگر تصرف نمود. احتمال دوم، اینکه منظور از باطل، باطل عرفی است. (ایروانی، ۱/ ۱۱۳؛ خمینی، کتاب البیع، ۱/ ۱۰۱) باطل در معنای عرفی به اموری گفته می‌شود که نفعی در آن نباشد. (حسینی مراغی، ۲/ ۳۷۱)

به نظر می‌رسد که تنها جعل حکم، فعل شارع است اما موضوع و قیود آن را عرف تعیین می‌کند. باطل در این آیه موضوع است به طور طبیعی برای فهم معنای آن باید به عرف رجوع نمود.

بیان استدلال: بر اساس آیه شریفه، تصرف در مال حاصل از سبب باطل عرفی، حرام است. عرف عقلا و متخصصان، فعالیت در سیستم ناسالم را از مصادیق فعالیت باطل می‌دانند در نتیجه این قبیل فعالیت مشمول نهی آیه شریفه می‌باشد.

تمسک به قاعدة «لا ضرر و لا ضرار» (کلینی، ۵/ ۲۹۲ و ۲۹۳)

أ: مفاد قاعدة

به منظور تبیین این قاعدة به بررسی برخی از مفردات آن که در دیدگاه‌های مختلف مورد توجه قرار گرفته است، پرداخته می‌شود:

۱- بررسی معنا و هیأت ضرر و ضرار

لغویان برای ماده (ض ر ر) معانی مختلفی بیان کرده‌اند که عبارتند از: نقص، ضیق، سوء حال (زبیدی، ۷/ ۱۲۲؛ معلوف، ۴۴۷) و ... به نظر می‌رسد که این معانی به معنای «نقص» بازگشت نمایند. معنایی که در استعمالات مختلف مورد توجه بوده است و تمامی معانی بیان شده، پیشنهادی در راستای تعیین این معنای واحد می‌باشد. (سیستانی، ۱۱۱-۱۱۳) بعضی از لغویان «ضرر» را اسم مصدر دانسته‌اند؛ (زبیدی، ۷/ ۱۲۲) زیرا متضمن نسبت تقیدی نمی‌باشد، اما «ضرار» را به جهت دلالت بر نسبت صدور، به عنوان مصدر یاد کرده‌اند که بر وزن (فعال) از باب (فاعل یفاعل) و مصدر دیگری برای باب «مفاعله» است. (الطریحی، ۳/ ۱۶) گفته می‌شود: ضارّه، یُضارّه، مُضارّة و ضِراراً.

باب مفاعله دارای معانی مختلفی است. بعضی از لغویان معتقدند که این باب برای افاده معنای مشارکت وضع شده است. (زبیدی، ۷/ ۱۲۲) برخی از فقها به این دیدگاه لغویان در تفسیر حدیث ترتیب اثر داده‌اند، اما برخی دیگر معتقدند که ملاحظه موارد استعمالات قرآنی و غیر آن نشان می‌دهد که این باب، نمودی در معنای مشارکت ندارد بلکه به معنای تکرر صدور فعل از فاعل یا استمرار آن است. (سیستانی، ۱۳۱) بعضی نیز ضرر و ضرار را به یک معنا دانسته و ذکر ضرار پس از ضرر را تأکید قلمداد کرده‌اند. (زبیدی، ۷/ ۱۲۲)

۲- بیان دیدگاه‌های مختلف درباره مفاد حدیث «لا ضرر و لا ضرار»

دیدگاه اول: نفی ضرر غیر متدارک. فاضل تونسی آورده است: مفاد حدیث، نفی ضرر غیر

متدارک است که به اثبات حکم شرعی به تدارک، باز می‌گردد. (۱۹۴)

دیدگاه دوم: نهی تحریمی مولوی و ارشادی. شیخ انصاری این دیدگاه را در رسائل مطرح نموده است. (۶۳۹/ ۲) مکارم شیرازی نیز به همین دیدگاه اشاره نموده، می‌نویسد: مفاد حدیث، منحصر در نهی تکلیفی از اضرار به غیر نیست بلکه احکام وضعیه را نیز دربرمی‌گیرد. (مکارم شیرازی، ۱/ ۶۸)

دیدگاه سوم: نهی سلطانی. امام خمینی (ره) نهی موجود در حدیث «لاضرر» را به نهی سلطانی تعبیر نموده است. (بائع/الدرر، ۱۰۵ - ۱۱۷)

دیدگاه چهارم: لاضرر به معنای نفی حکم ضرری. این دیدگاه، از کلمات شیخ انصاری در «رسالة فی قاعدة نفی الضرر» (۳/ ۳۰۵) از ملحقات مکاسب قابل استفاده است. محقق نایینی معتقد است آنچه به صورت مستقیم نفی شده، حکم ضرری می‌باشد. (منیة الطالب، ۳/ ۳۹۶)

دیدگاه پنجم: استفاده نفی از لاضرر و نهی از اضرار. محقق سیستانی می‌نویسد: مفاد قسمت اول حدیث یعنی لاضرر «نفی تسبیب به ضرر» است؛ همان مفادی که شیخ انصاری به آن گرایش پیدا کرده است؛ به این معنا که لاضرر بر نفی حکم ضرری دلالت می‌کند. قسمت دوم حدیث «تسبیب به نفی اضرار» است. این تسبیب مشتمل بر دو گونه تشریع است: اول، تحریم تکلیفی مولوی اضرار؛ و دوم تشریع وسایل اجرایی برای حمایت از تحریم و ممانعت از تحقق اضرار خارجی. (سیستانی، ۱۳۳-۱۳۵)

تقویت دیدگاه پنجم:

اقوال یادشده در قاعده به تطبیق نفی یا نهی به تنهایی بر هر دو قسمت از حدیث پرداخته‌اند. این تطبیق با هر دو فقره حدیث تناسب ندارد؛ زیرا، اگر چه «لا» در هر دو معنا استعمال می‌شود اما شایسته تأمل است که از «لا»ی به کار رفته در حدیث با توجه به کلمات بعد از آن، چه معنایی اراده شده است. به این منظور لازم است که به تناسب میان «لا و ضرر» و «لا و اضرار» توجه شود.

هیأت «ضرر» اسم مصدر و فاقد نسبت صدوری می‌باشد؛ از این رو از نقص وارد شده بر متضرر حکایت می‌کند. از طرفی انسان به طور طبیعی از ضرر رویگردان است و معمولاً کسی متحمل آن نمی‌شود و شارع نیز تنها نسبت به چیزی که تمایل وجود داشته باشد، نهی می‌کند؛ بنابراین این فقره دربردارنده وظیفه‌ای برای مکلفان نیست. البته اگر تصور شود حکمی شرعی نسبت به یک مسئله مضر وجود دارد، انسان متحمل خواهد شد و شارع در صدد نفی این

موارد در مقام تشریع است. در نتیجه نفی طبیعت ضرر در چنین مواردی به معنای نفی جعل شرعی است.

در مقابل، هیأت «ضرار» مصدر بوده، بر نسبت صدور از فاعل دلالت می‌کند. صدور این معنا از انسان، امری طبیعی و موافق با قوای غضب و شهوت است، بنابراین نفی آن در خارج از سوی شارع، می‌تواند به معنای نهی مکلفان از ضرر وارد کردن بر یکدیگر باشد. شاید بتوان از همین جا استفاده نمود که شارع، تأمین ضمانت اجرا را - با تصویب و اجرای قوانینی - بر عهده حاکم شرعی گذاشته است.

ب: تطبیق قاعده

اگرچه دیدگاه پنجم اقوی به نظر می‌رسد اما تحلیل و تطبیقی از تمام دیدگاه‌های یاد شده، ارائه می‌شود. این دیدگاه‌ها بر اساس دو برداشت متفاوت از «لا»ی موجود در حدیث لاضرر شکل گرفته است. در برداشت اول: «لا» مفید نفی است. این برداشت از دیدگاه فاضل تونی، شیخ انصاری، بر اساس آنچه در «رساله فی قاعده نفی الضرر» در مکاسب بیان نموده و محقق نایینی استفاده می‌شود. در برداشت دوم، «لا» مفید نهی است. این برداشت از دیدگاه شیخ انصاری در «فرائد الاصول»، امام خمینی، محقق سیستانی و مکارم شیرازی استفاده می‌شود. شیخ انصاری این نهی را مفید تحریم مولوی و ارشادی می‌داند و از آن افزون بر حکم تکلیفی، حکم وضعی فساد را نیز برداشت می‌کند.

امام خمینی که «لا» را مفید نهی دانسته، از آن حکم سلطانی برداشت نموده است؛ به این معنا که پیامبر (صلی الله علیه و آله) به دلیل ریاست عامه، حق امر و نهی مستقل دارد. نهی او مفید تحریم قانونی است و تحریم الهی مستقیم نیست اما اطاعت از اوامر و نواهی پیامبر (صلی الله علیه و آله) به دلیل «أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ» (نساء: ۵۹) بر مردم واجب است.

محقق سیستانی نیز «لا» در «لاضرار» را به معنای نهی دانسته، آن را مفید دو تشریع قلمداد کرده است که یکی از آن دو، حکم به تحریم تکلیفی مولوی است.

بنابراین تنها بر اساس دیدگاه‌های مطرح شده در برداشت دوم می‌توان حکم حرمت فعالیت در سیستم بازاریابی شبکه‌ای ناسالم را استفاده کرد. با این توضیح که در بازاریابی شبکه‌ای ناسالم دو نوع ضرر وجود دارد. ضرر اول مربوط به کسانی است که در سطوح زیرین قرار می‌گیرند. شرکت و افراد واقع در رأس هرم، با ارائه طرح و عضوگیری به افرادی که وارد مجموعه می‌شوند، ضرر می‌زنند؛ به گونه‌ای که کارشناسان (تایلر و بابنر، ۳۷) تا ۹۹/۹٪ ضرر را

تخمین زده‌اند. ضرر دوم مربوط به کل جامعه است. وجود چنین فعالیت ناسالمی در جامعه به نظام اقتصادی ضرر وارد می‌کند. مؤید این مطلب تجربه آلبانی و روسیه است. (سایت تخصصی NMS)

در ذیل به حرمت فعالیت در این سیستم بر اساس دیدگاه‌های مطرح شده در برداشت دوم اشاره می‌شود:

۱- بر اساس دیدگاه شیخ انصاری، فعالیت در سیستم بازاریابی شبکه‌ای ناسالم اعم از سرمایه‌گذاری، به دلیل ضرر شخصی یا جذب اعضاء، به دلیل اضرار به غیر، مشمول حدیث لاضرر بوده، حرام است.

۲- بر اساس دیدگاه امام خمینی، فعالیت در سیستم بازاریابی شبکه‌ای ناسالم تا زمانی که از سوی حکومت اسلامی ممنوع نشود، حرمت آن به وسیله حدیث لاضرر اثبات نمی‌شود اما پس از منع قانونی، چنین فعالیتی، حرام بوده، مشمول قاعده لاضرر می‌گردد.

۳- بر اساس دیدگاه محقق سیستانی، از قسمت اول حدیث، یعنی «لاضرر» استفاده می‌شود که حکمی مبنی بر جواز فعالیت در سیستم بازاریابی شبکه‌ای ناسالم جعل نگردیده است و از قسمت دوم، یعنی «لاضرار» حرمت جذب اعضاء، به دلیل اضرار به غیر، قابل استفاده است. در همین راستا حکومت اسلامی نیز باید اقداماتی در جهت مقابله با این قبیل شرکت‌ها به انجام برساند.

تمسک به عموم آیه «وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ» (مائده: ۲)

أ: مفاد قاعده

محقق خویی، ظاهر این آیه شریفه را ناظر به حرمت «معاونت» بر اثم و عدوان دانسته است و بر این باور است که میان تعاون و اعانه تفاوت وجود دارد. در نتیجه نمی‌توان از نهی معاونت بر اثم، نهی اعانه بر اثم را استفاده نمود.

وی در تعریف تعاون می‌نویسد: تعاون، اجتماع عده‌ای از افراد برای ایجاد امر خیر یا شر است به گونه‌ای که از تمامی آنان صادر گردد؛ مانند بنای مساجد، به خلاف اعانه که از قبیل افعال است و بر فراهم آوردن مقدمات فعل غیر اطلاق می‌شود؛ بنابراین اگر فردی مرتکب گناه شود و دیگری به او کمک نماید، بر عمل او هرگز تعاون صدق نخواهد کرد چرا که باب تفاعل مقتضی صدور ماده از هر دو شخص است. (خویی، مصباح الفقاهة، ۱۸۰/۱) ایشان که از آیه شریفه، «حرمت تعاون بر اثم» را استفاده نموده، به «جواز اعانه بر اثم» حکم داده است.

محقق بجنوردی پس از پذیرش استدلال مشهور بر حرمت «اعانه»، از اشکال مذکور چنین پاسخ دهد: «نهی از تعاون بر اثم و عدوان به اعتبار فعل واحد و قضیه واحد نیست؛ بلکه خطاب این آیه شریفه به عموم مسلمین است و آنان را از کمک نمودن به یکدیگر در ارتکاب اثم و عدوان باز می‌دارد در نتیجه به صورت تعاون ذکر شده است و شامل اعانه بر اثم و عدوان نیز می‌گردد». (بجنوردی، ۱/ ۳۶۱)

در کلمات فقها برای تحقق مفهوم عرفی اعانه شرایطی ذکر شده است که عبارتند از: قصد شخص مُعین برای رسیدن شخص مُعان به حرام، علم یا ظن مُعین به ترتب اثم بر عمل او و تحقق عمل معانٌ علیه در خارج.

دخالت هر یک از این شرایط در مفهوم اعانه با اختلافات متعددی روبه رو شده است. قدر متیقن از تحقق اعانه، صورتی است که واجد تمامی این شرایط باشد، بنابراین اگر معین با علم به تحقق اثم، قصد اعانه بر آن را داشته باشد و آن اثم در خارج نیز محقق گردد، اعانه بر اثم نسبت به آن صدق می‌کند. (همان، ۳۶۶)

ب: تطبیق قاعده

بر اساس دیدگاه محقق خوئی که آیه شریفه را ناظر به حرمت تعاون دانسته است، اجتماع مؤسسان و اعضاء به منظور فعالیت در سیستم بازاریابی شبکه‌ای ناسالم که منتهی به اضرار به غیر می‌گردد، عملی حرام بوده، مشمول آیه شریفه می‌باشد.

بر اساس دیدگاه سایر فقها که این آیه را ناظر به حرمت اعانه بر اثم می‌دانند، عمل بعضی از اعضاء برای جذب افراد دیگر، جهت عضویت در سیستم بازاریابی شبکه‌ای ناسالم، مصداق اعانه بر اثم بوده، حرام است؛ با این بیان که مؤسسان این قبیل شرکت‌ها، محرمات متعددی از قبیل «اکل مال به باطل»، «اضرار به غیر»، «کلاهبرداری»، «اخلال در نظام اقتصادی» و ... را مرتکب می‌شوند. مشارکت در فعالیت این افراد، در صورتی که با علم به این محرمات و قصد تحقق آن‌ها در خارج باشد و در این راستا به نتیجه منجر شود، مشمول آیه شریفه بوده، حرام است. البته عمل برخی دیگر از اعضاء که اقدام به جذب دیگران می‌کنند اما علم به این محرمات و به تبع آن قصد تحقق خارجی آن را ندارند از تحت عموم آیه خارج است.

تمسک به قاعده حفظ نظام

أ: مفاد قاعده

اگرچه در بسیاری از کتب قواعد فقهی از این عنوان به صورت قاعده مستقلی یاد نشده

است، فقها در ابواب و مسائل مختلف فقهی مانند تشکیل حکومت (خمینی، کتاب البیع، ۲/ ۶۱۹)، قضاوت (آشتیانی، ۱/ ۱۲۵)، اثبات تعزیر و اجرای حدود (گلپایگانی، ۲/ ۱۵۳)، امر به معروف (لاری، ۲/ ۱۵۷)، اخذ اجرت بر واجب (اصفهانی، ۲/ ۱۰۴)، حمل فعل مسلمان بر صحت (مکارم شیرازی، ۱/ ۱۱۹)، حکم به تذکیر (روحانی ۱۴۱۳، ۷/ ۸۱) و ... به وجوب حفظ نظام، استناد نموده‌اند.

بر این اساس هر چیزی که باعث اخلال در نظام بشری، حیات اقتصادی و دیگر شئون اجتماعی گردد، حرام بوده و هر عملی که برای حفظ نظام لازم باشد، گاه به صورت عینی و گاه به صورت کفایی، واجب شمرده می‌شود.

محقق نایینی (المکاسب و البیع، ۱/ ۴۲) واجب را به دو قسم نظامی و غیر نظامی تقسیم نموده، واجب نظامی را چنین تعریف می‌نماید: هر آنچه به جهت حفظ نظام بندگان واجب شده باشد - مانند تمام صنوف صناعاتی که نظام مردم بر آن متوقف است - واجب نظامی نامیده می‌شود و امام خمینی (ره) معتقدند: حفظ نظام از واجبات اکیده و اختلال امور مسلمین از امور مبعوضه است. (خمینی، همان، ۲/ ۶۱۹)

ب: تطبیق قاعده

فعالیت در سیستم بازاریابی شبکه‌ای ناسالم، یک فعالیت غیر عقلایی است. در صورتی که با این فعالیت مقابله نشود و شرکت‌های متصدی، دامنه بیشتری از جامعه را به زیرمجموعه خویش اضافه نمایند، خسارات شدیدی بر پیکره نظام اجتماعی و اقتصادی وارد خواهد گشت. به این ترتیب که این فعالیت عاملی برای پیدایش طیف وسیعی از مالباختگان، دشمنی میان اعضاء به خصوص نسبت به سطوح بالاتر، رشد نگرانی‌های عمومی، از بین رفتن امنیت اجتماعی و در نتیجه باعث پیدایش هرج و مرج می‌گردد.

تباهی سرمایه‌های مردمی، کسب درآمدهای بدون زحمت و نامشروع، اخلال به امنیت اقتصادی، عدم توجه به تولید، نابرابری سطح طبقاتی، خروج ارز از کشور بدون ورود کالای جایگزین [در صورتی که شرکت‌های مربوط در خارج از کشور مستقر باشند] و ... که از جمله مهم‌ترین صدمات اقتصادی به شمار می‌روند، نگرانی‌های اساسی دیگری خواهند بود که در صورت اهمال، هر کشوری را با چالش‌های جدی مواجه می‌سازد. تجربه کشورهای همچون آلبانی و روسیه، مؤید و گواه قطعی بر این امر است.

با توجه به مطالبی که گذشت می‌توان به قاعده حفظ نظام به عنوان دلیل دیگری برای

اثبات حرمت فعالیت در سیستم بازاریابی شبکه‌ای ناسالم استناد نمود.

استناد به مذاق شریعت

أ: مفاد قاعده

اگرچه استناد به «مذاق شریعت» به عنوان یک قاعده مستقل در ردیف قواعد فقهیه، شمارش نشده است، اما با توجه به کاربردی که نزد فقها دارد، قوه و امکان تبدیل شدن به یک قاعده را دارد. منظور از مذاق شریعت، «روح کلی قوانین شرعی است که فقیه به دلیل مأنوس بودن با احکام شریعت می‌تواند آن را دریابد». مذاق شریعت در هر بابی به گونه‌ای شاخص و بین است که در صورت ارائه به سایر فقها، با هیچ گونه مخالفتی مواجه نمی‌شود. با این توضیح، مذاق شریعت را هر فقیه و اسلام‌شناسی به خوبی درک می‌کند و تنها ممکن است در تطبیق بر مصادیق اختلاف نظر شود؛ مثلاً توجه به آیات و روایات مرتبط با احکام روابط زن و مرد، و ... فقیه را با خط قرمزهای شرعی در این حوزه آشنا می‌کند. به این ترتیب چنانچه مسئله‌ای در این زمینه پیش آید که در منابع فقهی به طور خاص به آن اشاره نشده و تحت عمومات هم قرار نگرفته باشد، روح کلی قوانین اسلامی و مذاق شرع می‌تواند پاسخگو باشد. از مذاق شریعت می‌توان در مسائل و پدیده‌های نوظهور استفاده نمود؛ چراکه در برخی از مسائل، امکان قیاس اولویت یا قیاس منصوص العله وجود ندارد. همچنین نمی‌توان بر اساس یک حکم خاص به تنقیح مناط پرداخت؛ بلکه مجموعه شرایط و ویژگی‌های موجود در مسئله به گونه‌ای است که شریعت آن را بر نمی‌تابد.

به نظر می‌رسد برای اثبات این قاعده بتوان به بناء عقلا تمسک جست؛ با این بیان که هر گاه عقلا خود را موظف به اطاعت از اوامر و نواهی شخصی مانند: پدر، مولا، مقام مافوق یا قانون‌گذار بدانند، به تدریج و با مأنوس شدن با اوامر و نواهی وی با روحیات و خط مشی‌های کلی او آشنا می‌شوند به گونه‌ای که در صورت بروز مسئله‌ای که سابقه امر و نهی نداشته، به راحتی می‌توانند حکم او را دریابند و به این آگاهی خود ترتیب اثر می‌دهند؛ مثلاً عبد تشخیص می‌دهد که در هر یک از انواع امور، چه اولویت‌هایی مد نظر مولا است، در چه اموری آسان و در چه اموری سخت می‌گیرد و در هر یک، چه میزان حساسیت یا تعصب به خرج می‌دهد. به این ترتیب در مواجهه با هر یک از این امور در غیاب مولا، به خوبی محبوبیت یا مبغوضیت عمل را درک کرده، طبق آن عمل می‌کند.

حقوقدانان نیز تبعیت از روح قانون را الزامی شمرده‌اند: «روح و مفهوم قانون چیزی جز

مقصود قانون‌گذار نیست. پس اگر پذیرفته شود که کلامی دارای مفهوم است چگونه می‌توان ادعا کرد که این مفهوم چون به قالب الفاظ درنیامده است، اثر ندارد». (کاتوزیان، ۱/ ۱۵۷)

فقه‌ها نیز که مطلع از شریعت و قوانین الهی هستند، این بنای عقلا را رها نکرده، در جای جای کلمات خود با اصطلاحاتی مانند مذاق شریعت، مذاق شرع، روح شریعت و ... از آن استفاده نموده‌اند. در ذیل تنها به چند نمونه اشاره می‌شود:

عدم جواز تحلیل استمتاع غیر وطنی برای اشخاص متعدد در زمان واحد (نجفی، جواهر الکلام، ۳۰/ ۳۱۰)، حرمت جمع بین دو خواهری که یکی از زنا است (حکیم، مستمسک، ۱۴/ ۲۵۹)، عدم اعتنا به برخی از دعاوی در باب قضاء (عراقی، کتاب القضاء، ۸۷)، عدم مالیت واقعی خنزیر در حال کفر (بجنوردی، ۷/ ۳۲۱)، عدم جواز اخذ اجرت بر افتاء و قضاء (خویی، المستند فی شرح العروة، ۴/ ۳۷۸)، ثبوت تعزیر در جایی که سارق دست راست ندارد (سبزواری، مهذب الاحکام، ۲۸/ ۱۰۲)، کشف موارد وجوب تقیه (مکارم شیرازی، ۱/ ۴۱۱)، ترجیح بلدی بر قروی در التقاط طفل (اشتহারدی ۱۷/ ۲۵۲)، و ...

به نظر می‌رسد فعالیت در سیستم بازاریابی شبکه‌ای ناسالم، با مذاق شریعت سازگار نباشد و بتوان از آن به عنوان یکی دیگر از ادله حرمت این فعالیت سخن گفت. جهت بیان این مطلب، سزاوار است ابتدا با مذاق شرع در حیطه معاملات و تجارات آشنایی پیدا کرد. برخی از معیارهای موجود در این باب عبارت است از:

۱- حفظ حقوق دو طرف معامله: شارع به حفظ حقوق هر دو طرف معامله اهتمام ویژه‌ای ورزیده است. جهت روشن شدن مسئله و چگونگی آن به مواردی در ذیل اشاره می‌شود:

أ: شارع در معاملات معوض، جمع شدن سرمایه‌ها را در یک طرف نادرست انگاشته است. در این معاملات چنانچه پول یا کالایی از جیب یک طرف برود، در مقابل باید مالی به جیب او بیاید. این مسئله، به صورت قاعده‌ای در فقه مطرح شده است. (شهید اول، القواعد والفوائد، ۲/ ۲۹۶)

ب: شارع به جهت صیانت از اموال افراد، برخی را از تصرف در اموال خود منع نموده است. کتاب حجر در فقه به همین منظور تدوین شده است. حجر بر دو قسم است: در قسم اول شخص از تصرف در اموالش به جهت حفظ حقوق خودش ممنوع می‌شود. مانند صغیر، مجنون و سفیه. در قسم دوم شخص به جهت حفظ حقوق دیگران ممنوع التصرف می‌شود؛ مانند مریض نسبت به حقوق ورثه و ورشکسته نسبت به حقوق طلبکارها. (طوسی، ۲/ ۲۸۱؛

نجفی، ۲۶/ ۴)

ج: در راستای حفظ حقوق افراد، رضایت کامل طرفین برای شارع اهمیت دارد لذا معامله از روی اکراه را نافذ نمی‌شمارد. شرط وجود اختیار، اجماعی است. (خویی، مصباح الفقاهة، ۳/ ۲۸۱).

د: حمایت شارع پس از انجام معامله نیز از جمله موارد قابل توجه در این زمینه است. شارع مقدس، با همه تمهیداتی که برای انجام یک معامله عادلانه و رضایتمندانه، در نظر می‌گیرد، احتمال تخلف و سرپیچی از این قوانین را از نظر دور نمی‌دارد و پس از انجام معامله نیز حمایت خود را دریغ نمی‌کند. مبحث خیارات، به دنبال تحقق بخشیدن به این هدف، در احکام گنجانده شده است. (شهید اول، لمعه، ۱۱۸)

۲- صداقت در معامله: شارع در معاملات صداقت و راستی را لازم دانسته، دروغ و فریب را جایز نمی‌داند. برای نمونه به سه مورد از مواردی که نشانگر اهتمام شارع به این مسئله است، اشاره می‌شود:

أ: غش و تدلیس در معاملات حرام است. (اراکي، ۲/ ۱۴۶) تدلیس در بیع به معنای پنهان کردن عیب موجود در کالا، از مشتری است و غش، نقیض نصح و خیرخواهی است. (ابن منظور، ۶/ ۳۲۳) غش در معامله به این صورت است که کالای پایین‌تر را در ضمن کالای بالاتر مخفی نمایند یا آنچه مورد نظر نبوده، را در ضمن آنچه مورد نظر بوده، قرار دهند. (انصاری، ۱/ ۱۳۹) بدیهی است که شارع، به جهت ناپسند دانستن تقلب و رفتار غیر صادقانه، این معاملات را حرام نموده است.

ب: بیع به اعتبار خبر دادن از اصل سرمایه و خبر ندادن از آن به چهار نوع تقسیم می‌شود: در صورت خبر ندادن از سرمایه، «مساومه» نامیده می‌شود. در صورت خبر دادن از سرمایه، چنانچه بایع سود معینی بخواهد، «مراجه»؛ اگر مقدار مشخصی کمتر از آن بفروشد، «مواضعه»؛ و اگر به همان قیمت بدهد، «تولیه» نام دارد. در غیر مورد مساومه از آنجا که خبر دادن از سرمایه مطرح است، بر بایع، راستگویی واجب است. صداقت و راستگویی باید واقعی باشد و نمی‌توان از سرمایه‌ای که بر اساس یک معامله صوری، هزینه شده است، خبر داد. (شهید اول، لمعه، ۱۱۶) در این باب فقها در موارد مختلفی که برای سرمایه متصور است، -مانند اینکه بایع عملی بر روی کالا انجام داده، یا اجرت حمل و نقل پرداخت کرده و...- عباراتی که بایع برای بیان سرمایه، می‌تواند اظهار کند را با دقت و حساسیت خاصی بررسی نموده‌اند تا مبدا دروغی

صورت بگیرد. (رک: شهید اول، لمعه، ۱۱۷؛ علامه حلی، قواعد الاحکام، ۲/ ۵۶)

ج: در بحث تلقی رکبان این مسئله مطرح شده است که چنانچه شخصی که از شهر خارج می‌شود، نسبت به قیمتی که در داخل شهر وجود دارد، به اهل قافله دروغ بگوید، معامله از نظر حکم وضعی، باطل می‌باشد و از نظر حکم تکلیفی به جهت کذب حرام است. البته حرمت تکلیفی با علم به اینکه مذاق شرع، از چنین معامله‌ای بری است، نیز قابل اثبات خواهد بود. (سید مصطفی خمینی، ۱/ ۴۷۳).

با بیان این نمونه‌ها در فقه، هیچ شبهه‌ای باقی نخواهد ماند که «مذاق شریعت» در معاملات، بر راستی و درستی و طرد هرگونه فریب و عدم صداقت است.

۳- تملک به وسیله اسباب صحیح: شارع بر تملک از راه‌های صحیح تأکید نموده، راه‌های باطل را نمی‌پسندد.

برخی از اسباب تملک مانند قمار و رشوه (کلینی، ۵/ ۱۲۲)، غصب (طوسی، ۳/ ۵۹) و... از اسباب باطل شمرده شده و شرع، تملک با این موارد را جایز نمی‌شمارد. خداوند متعال با عبارت «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ» همه این موارد را خارج نموده، تنها اسباب صحیح را جایز می‌شمارد. (خمینی، کتاب البیع، ۱/ ۹۹) بنابراین صرف رضایت طرفین برای صحت معامله کافی نیست بلکه باید راه صحیح برای کسب روزی در نظر گرفته شود. تکیه بر شانس و اقبال و عدم انجام فعالیت قابل قبول و عقلایی، با مذاق شریعت سازگار نیست.

ب: تطبیق قاعده

با دریافت مذاق فقه در معاملات که برای حفظ حقوق افراد و حمایت از آنان به صورت‌های گوناگون تلاش می‌کند و از هر گونه کژی و ناراستی بیزار است و تنها راه صحیح و عقلایی را جهت کسب و کار جایز می‌داند، به آسانی می‌توان دریافت که روح شریعت، فعالیت در سیستم بازاریابی شبکه‌ای ناسالم را، به هیچ وجه برنمی‌تابد؛ زیرا آنچه در این سیستم اتفاق می‌افتد، از چند سو با آن منافات دارد:

۱- در سیستم بازاریابی شبکه‌ای ناسالم، همیشه افرادی باید ضعیف نگاه داشته شوند تا عده‌ای به سود برسند.

۲- سرمایه‌ها در دست عده اندکی از شرکت‌کنندگان در طرح، جمع شده، دست دیگران خالی می‌ماند.

۳- جذب افراد بر اساس تبلیغات فریبنده و وعده‌های دروغین صورت می‌گیرد.

۴- درآمد و سود در این سیستم، بر اساس فعالیت سالم و عقلایی صورت نمی‌گیرد. به این ترتیب با توجه به این قاعده فقهی، حرمت این فعالیت اثبات می‌شود.

بررسی دلایل خاص

بررسی فرض احتیال (کلاهبرداری)

کلاهبرداری در فقه تحت عنوان «احتیال» مطرح شده است. محتال کسی است که حيله و نیرنگ می‌کند تا مال دیگری را بگیرد یا نامه و نوشته‌هایی دروغین تهیه می‌کند مبنی بر اینکه فلانی از تو چنین مالی را به عنوان دین طلب کرده است. در نتیجه مال را دریافت می‌کند، بدون آنکه آن شخص اطلاعی از این امر داشته باشد. شیخ طوسی، (۷۲۱) محقق حلی، (۴/ ۹۶۱) مقدس اردبیلی، (مجمع الفوائد، ۱۳/ ۲۹۱) محمد حسن نجفی، (۴۱/ ۵۹۶) امام خمینی، (تحریر الوسیله ۲/ ۴۹۴) و ... همین معنا را متذکر شده‌اند. شهید ثانی درباره حکم تکلیفی این عمل می‌نویسد: «احتیال عملی حرام است». (۹/ ۳۰۴)

شرکت‌هایی که از سیستم ناسالم استفاده می‌کنند، در مراحل تبلیغ، جذب اعضاء و فروش، اقدامات فریبکارانه‌ای انجام می‌دهند. فعالیت آنان مبتنی بر جنگ روانی و در قالب تبلیغات اغراق آمیز است. در پوشش تبلیغات روانی کلاهپایی را با چندین برابر قیمت به فروش می‌رسانند: کلاهپایی که خارج از چارچوب‌های قانونی عرضه شده و به عنوان سرپوشی برای مخفی نمودن ماهیت واقعی فعالیت آنان مورد بهره برداری قرار گرفته است.

بازاریابان این شرکت‌ها به گونه‌ای آموزش می‌بینند که بتوانند هر چه بیشتر اعضاء جدیدی را برای این شرکت‌ها جذب نمایند. آنان در این راستا از روابط خود با دیگران سوء استفاده می‌کنند. به همین دلیل عمده فریب‌خوردگان از زمره نزدیکان، دوستان و آشنایان بازاریابان هستند.

این شرکت‌ها و سرشاخه‌های آنان که بیشترین سود را از این قبیل فعالیت‌ها می‌برند از افشای جزئیات و ماهیت واقعی فعالیت در این سیستم خودداری می‌کنند و تنها با وعده‌های پوچ به مجذوب کردن اعضاء می‌پردازند. آنان این گونه وانمود می‌کنند که اگر اعضاء مدتی کوتاه برای شرکت به فعالیت بپردازند، می‌توانند برای مدت طولانی از عمر خود را در استراحت و تفریح بگذرانند و دیگر نیاز به هیچ گونه شغل و فعالیتی ندارند.

سوابق تاریخی این قبیل شرکت‌ها نشان می‌دهد که آنان در قالب تبلیغات رسانه‌ای فریبنده کلاهبرداری‌های وسیعی در سطح جوامع نموده‌اند. بسیاری از ناظران و پژوهشگران اقتصادی با

ارزیابی فعالیت‌های مربوط به این شرکت‌ها و با ارائه آزمون‌های مختلف، گونه‌های متفاوتی از فریب‌ها و حیل‌های مورد استفاده در این شرکت‌ها را متذکر شده‌اند. امروزه در سطح آگاهان اقتصادی، تردیدی وجود ندارد که این قبیل شرکت‌ها به عنوان پوششی در راستای فریب مردم تأسیس می‌شوند.

با توجه به مجموعه مسائلی که در ارزیابی این شرکت‌ها مطرح شده است می‌توان عمل آنان را نوعی کلاهبرداری به شمار آورده، آن را مشمول حکم احتیال دانست.

بند دوم: بررسی فرض قمار

أ: بیان استدلال

آیت الله مکارم شیرازی، فعالیت در سیستم بازاریابی شبکه‌ای ناسالم را تحت عناوینی مانند: «یک نوع قمار» و «شبیه به قمار» حرام دانسته‌اند. (علیان نژاد، ۱۲۲ و ۱۳۶ و ۱۳۵) ایشان به اقتضای فقه استفتایی که در آن از بیان استدلال مشروح خودداری می‌گردد، در صدد اثبات قمار بودن بر اساس ادله نمی‌باشند. به همین جهت مراد از «معنای قمار» یا «نحوه استدلال» را روشن نفرموده‌اند. از این رو نقد مطرح شده ناظر به ایشان نخواهد بود، اما اگر فرض گردد که بر این فعالیت، عنوان قمار اطلاق می‌شود، می‌توان بر اساس نظر مشهور فقها نسبت به معنای قمار، به نقد چنین سخنی پرداخت.

ب: نقد و بررسی استدلال

به نظر می‌رسد که عنوان «قمار» بر این فعالیت صادق نباشد. حرام دانستن این فعالیت تحت عنوان «شبیه به قمار» نیز خالی از مسامحه نیست؛ زیرا «مشابهت به قمار» موضوع ادله حرمت نبوده بلکه عنوان «قمار» مورد حرمت قرار گرفته است.

واژه «قمار» در روایات برای دلالت بر آلات و ابزار بازی، برد و باخت یا گروگذاری جهت آن و بر نفس عوض حاصل از بازی استعمال شده است. (شهیدی، ۱/ ۹۵)

قدر متیقن از معنای قمار که مورد حرمت قرار گرفته، «بازی با آلات قمار و ابزار فراهم شده جهت آن همراه با گرو گذاری» است. (خمینی، المکاسب المحرمة، ۲/ ۷) فقها فرض‌های دیگری را در ضمن این مسئله مطرح کرده‌اند؛ مانند: «بازی با آلات قمار بدون گرو»، (انصاری، ۱/ ۱۸۵) «برد و باخت به غیر آلات قمار با گرو» (خویی، مصباح الفقاهة، ۱/ ۳۷۴) و «برد و باخت به غیر آلات قمار بدون گرو». (انصاری، ۱/ ۱۸۵) این فرض‌ها مورد اختلاف واقع شده است.

در فرض‌های مطرح شده برای تعیین مصداق قمار، یکی از عناوین «لعب»، «مغالبه»، «لعب همراه با راهنما» و «لعب با آلات مُعَدّه» به کار رفته است. این عناوین بر فعالیت شرکت‌هایی که بر اساس سیستم ناسالم، بازاریابی می‌کنند، انطباق ندارد.

در سیستم بازاریابی شبکه‌ای ناسالم، اعضاء طبق قراردادی، اقدام به سرمایه‌گذاری در شرکت‌ها می‌نمایند و برای دستیابی به سودهای تعیین شده توسط شرکت، موظف به جذب اعضای جدید می‌شوند. هر یک از این اعضاء در صورتی که بتواند تعداد معینی را در زیرمجموعه خود جذب نماید، مستحق دریافت سود، خواهد بود.

این فعالیت از نظر عرف، «بازی» به شمار نمی‌رود و سرمایه‌گذاری افراد در شرکت به منزله «گروگذاری بر یک بازی» تلقی نمی‌شود. دریافت سودهای فراوان توسط برخی از اعضاء و دست نیافتن افراد واقع در قاعده هرم، به سرمایه اولیه خود یا سود در نظر گرفته شده، به معنای «مغالبه» یا «برد و باخت»، نمی‌باشد بلکه اگر تعداد اندکی از اعضاء به سودهای فراوان، در مقابل متضرر شدن سایر اعضاء، دست می‌یابند، به دلیل استفاده نامناسب از طرح هرمی، ماهیت باطل قرارداد و تقسیم ناعادلانه سود توسط این شرکت‌ها است و نمی‌توان آن را نوعی «برد و باخت»، به حساب آورد. به این ترتیب عنوان قمار بر این فعالیت‌ها صدق نمی‌کند. در نتیجه مشمول ادله حرمت قمار نمی‌گردد.

نتیجه‌گیری

در سیستم بازاریابی شبکه‌ای ناسالم دو دسته شرکت به نام‌های «سرپوش محصولی» و «بدون محصول» وجود دارد. در شرکت‌های سرپوش محصولی، دو نوع معامله یعنی «بیع» و «قرارداد پرداخت پاداش در مقابل جذب اعضاء» و در شرکت‌های بدون محصول تنها «قرارداد پرداخت پاداش در مقابل جذب اعضاء» انجام می‌شود. نوع اول از این معاملات که به صورت «بیع» انجام می‌گردد، سبب تفاوت میان شرکت‌های سرپوش محصولی با شرکت‌های بدون محصول نمی‌شود؛ زیرا بیع صورت گرفته، «سفهی» یا «صوری» بوده و باطل است.

با توجه به ادله‌ای که در بررسی حکم تکلیفی مطرح گردید، حکم جواز فعالیت در سیستم بازاریابی شبکه‌ای ناسالم به دست نیامد؛ زیرا این فعالیت تحت هیچ یک از عموماتی مانند: «تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ»، «النَّاسُ مُسْلَطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ» قرار نگرفت. ادله خاص نیز مانند «جعل» و «صلح» در اثبات جواز، ناتمام بودند.

بررسی عمومات حرمت نشان داد که فعالیت در سیستم بازاریابی شبکه‌ای ناسالم به دلیل «اُكل مال به باطل»، «ضرر به خود و اضرار به دیگری»، «إعانة بر إثم»، «اخلال به نظام اقتصادی» و «مذاق شریعت» مورد نهی تکلیفی بوده، حرام است. در بین دلایل خاص، عنوان «قمار» بر این فعالیت‌ها تطبیق نکرد، اما عنوان «احتیال» بر آن‌ها صادق بود. در نتیجه [با توجه به دلایل خاص] تنها با صدق عنوان «احتیال» مشمول حکم حرمت گردید.

منابع

- ابن ادریس حلی، محمد بن منصور، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۱۰ق.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزیع، بیروت، ۱۴۱۴ق.
- اراکي، محمد علی، *کتاب البیع*، مؤسسه در راه حق، قم، ۱۴۱۵ق.
- اردبیلی، احمد بن محمد، *زبدۃ البیان فی احکام القرآن*، المكتبة الجعفرية لإحياء الآثار الجعفرية، تهران، بی تا.
- _____، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الأذهان*، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۰۳ق.
- إشتهاردی، علی پناه، (۱۴۲۹ق) *مدارك العروة*، تهران، دار الأسوة للطباعة و النشر، ۱۴۱۷.
- آشتیانی، میرزا محمد حسن، *کتاب القضاء*، انتشارات ظهیر - کنگره علامه آشتیانی، بی جا، ۱۴۲۵ق.
- اصفهانى، محمد حسین. *حاشیة کتاب المکاسب*، انوار الهدی، قم، ۱۴۱۸ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *کتاب المکاسب*، دار الذخائر، قم، ۱۴۱۱ق.
- ایروانی، علی بن عبدالحسین. *حاشیة المکاسب*، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، تهران، ۱۴۰۶ق.
- بجنوردی، سید محمد، *قواعد فقهیة*، مؤسسه عروج، قم، ۱۴۰۱ق.
- بهبهانی، محمد باقر، *حاشیة مجمع الفائدة و البرهان*، مؤسسة العلامة المجدد الوحيد البهبهانی، قم، ۱۴۱۷ق.
- تایلر، جان، ام. و بابنر، جفری، ای. *معیارهای علمی برای ارزیابی شرکت های بازاریابی شبکه‌ای* (مترجمین: صاحب‌قدم، عاطفه و یوسفیان، جواد): نشر دعوت، تهران، ۱۳۸۵.
- تبریزی، جواد، *إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب*، مؤسسه اسماعیلیان، قم، ۱۴۱۶ق.
- تونی، فاضل، (۱۰۷۱ق) *الوافیة فی الاصول*، (بی جا) مجمع الفكر الاسلامي، ۱۴۱۵.

جارویس، کریستوفر، Finance & Development مجله صندوق بین‌المللی پول (IMF) شماره ۳۷، مارچ ۲۰۰۰، ترجمه از محمدافشار.

جوهری، اسماعیل، **الصباح - تاج اللغة و صحاح العربية**، دار العلم للملایین، بیروت، ۱۴۱۰ق.

حائری، سید کاظم، **فقه العقود**، مجمع اندیشه اسلامی، قم، ۱۴۲۳ق.

حسین قلی نوری، عبدالمهدی، **حقوق بازاریابی شبکه‌ای**، تهران، مؤسسه فکر بکر، ۱۳۸۶.

حسینی روحانی، سید محمد صادق، (معاصر) **منتقى الاصول**، قم، ۱۴۳۰ق.

حسینی عاملی، جواد، **مفتاح الكرامة في شرح القواعد العلامة**، دار احیاء التراث العربی. بیروت، بی‌تا.

حسینی مراغی، سید میر عبد الفتاح، **العناوين الفقهية**، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۱۷ق.

حکیم، سید محسن، **مستمسک العروة الوثقی**، مؤسسه دار التفسیر، قم، ۱۴۱۶ق.

_____، **نهج الفقاهة**، انتشارات ۲۲ بهمن، قم، بی‌تا.

حلی، حسین، **بحوث فقهية**، مؤسسه المنار، قم، ۱۴۱۵ق.

خمینی، امام روح الله، **تحریر الوسيلة**، قم، مؤسسه مطبوعات دار العلم، (بی‌تا).

_____، **المکاسب المحرمة**، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، ۱۴۱۵.

_____، **المکاسب المحرمة**، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، قم، ۱۴۲۵ق.

_____، **بدائع الدرر فی قاعدة نفی الضرر**، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، بی‌جا، ۱۴۱۴ق.

_____، **کتاب البيع**، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، تهران، ۱۴۲۱ق.

خمینی، سید مصطفی، **مستند تحریر الوسيلة**، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، (بی‌تا).

خوئی، ابو القاسم، **المستند في شرح العروة الوثقی**، بی‌نا، بی‌جا، بی‌تا.

_____، **مبانی عروة الوثقی**، منشورات مدرسه دارالعلم، قم، ۱۴۰۹ق.

_____، **مصباح الفقاهة** (تقریرات محمد علی توحیدی)، بی‌نا، بی‌جا، بی‌تا.

روحانی، سید محمد صادق، **فقه الصادق علیه السلام**، بی‌نا، بی‌جا، بی‌تا.

_____، **فقه المسائل المستحدثة**، حدیث دل، تهران، ۱۴۲۵ق.

زبیدی، سید محمد مرتضی، **تاج العروس من جواهر القاموس**، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع، بیروت، ۱۴۱۴ق.

زرگر، محمد رضا، **بازاریابی شبکه‌ای بایدها و نبایدها** (با مقدمه دکتر محمد زرگر) تهران، انتشارات بهیمن، ۱۳۸۵.

- سالاری، مهرداد (گردآورنده)، *سیر پیش رفت در صنعت بازاریابی شبکه‌ای*، مجموعه مقالاتی درباره نتورک مارکتینگ، پشتون، تهران، ۱۳۸۶.
- سبزواری، سید عبد الأعلى، *مذهب الأحكام*، مؤسسة المنار، قم، ۱۴۱۳ق.
- سبزواری، محمد باقر، *کفاية الأحكام*، انتشارات مهدوی، اصفهان، بی تا.
- سیستانی، سید علی، *قاعدة لاضرر ولاضرار*، بی نا، بی جا، بی تا.
- شهید اول، محمد بن مکی، *القواعد و الفوائد*، کتاب فروشی مفید، قم، بی تا.
- _____، *اللمعة الدمشقية في فقه الإمامية*، دار التراث - الدار الإسلامية، بیروت، ۱۴۱۰ق.
- شهید ثانی، زین الدین، *مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام*، مؤسسة المعارف الإسلامية، شهیدی تبریزی، میرزا فتاح، *هداية الطالب إلى اسرار المكاسب*، چاپخانه اطلاعات، تبریز، ۱۳۷۵.
- طبرسی، فضل بن حسن، *مجمع البیان في تفسیر القرآن*، (بی جا)، دار المعرفة، ۱۴۰۸.
- طوسی، محمد بن حسن، *المبسوط في فقه الإمامية*، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، تهران، ۱۳۸۷.
- عراقی، ضیاء الدین، *شرح تبصرة المتعلمين*، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۱۴ق.
- _____، *کتاب القضاء*، بی نا، قم، بی تا.
- علامه حلی، حسن بن یوسف، (۷۲۶ق) *قواعد الأحكام في معرفة الحلال و الحرام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳.
- _____، *إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان*، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۱۰ق.
- علیان نژادی دامغانی، ابوالقاسم، *بازاریابی شبکه ای یا کلامبرداری مرموز*، مدرسه الامام علی ابن ابی طالب، قم، ۱۳۸۶.
- قم، ۱۴۱۳ق
- کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، تهران، ۱۳۸۳.
- کاشف الغطاء، حسن بن جعفر، *انوار الفقاهة - کتاب الوقف*، مؤسسه کاشف الغطاء، نجف، ۱۴۲۲ق.
- کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی*، دار الکتب الإسلامية، تهران، ۱۴۰۷ق.
- کینگ، چارلز و رایینسن، جیمز، *حرفه نو* (مترجم: عربشاهی، نیما) بی نا، بی جا، ۱۳۸۴.
- گلپایگانی، سید محمد رضا، *الدر المنضود في احکام الحدود*، دار القرآن الکریم، قم، ۱۴۱۲ق.
- لاری، سید عبد الحسین، *التعليقة على المكاسب*، مؤسسة المعارف الإسلامية، قم، ۱۴۱۸ق.
- مجاهد، سید محمد، *مفاتيح الأصول*، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، بی جا، بی تا.

محقق حلّی، نجم الدین محمد بن الحسن، *المختصر النافع فی فقه الإمامیة*، مؤسسه المطبوعات الدینیة، قم، ۱۴۱۸ق.

_____ *شرایع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، مؤسسه اسماعیلیان، قم، ۱۴۰۸ق.

مظفر، محمد رضا، *الحاشیة علی البیع و الخیارات*، بی نا، بی جا، بی تا.

معلوف، لویس، *المنجد فی اللغة و الأعلام*، دار المشرق، بیروت، ۱۹۷۸م.

مکارم شیرازی، ناصر، *القواعد الفقهیة*، مدرسه امام امیر المؤمنین (ع)، قم، ۱۴۱۱ق.

نائینی، میرزا محمد حسین، *المکاسب و البیع*، دفتر انتشارات اسلامی. قم، ۱۴۱۳ق.

_____ *منیة الطالب فی حاشیة المکاسب*،: المكتبة المحمدیة، تهران، ۱۳۷۳.

نجفی، بشیر حسین، *بحوث فقهیة معاصرة*، دفتر حضرت آیه الله نجفی، نجف، ۱۴۲۷ق.

نجفی، محمد حسن، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*، دار إحياء التراث العربی، بیروت، بی تا.

نصراللهی، محمد رضا، *کلاهبرداری نوین در غالب طرحهای هرمی*، نشر کارآگاه وابسته به پلیس

آگاهی، بی جا، ۱۳۸۶.

سایت تخصصی nms.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و چهارم، شماره پیاپی ۸۹،
تابستان ۱۳۹۱، ص ۶۱-۴۱

نقش قواعد اتلاف و تسبیب در مسئولیت مدنی زیست محیطی*

علیرضا انتظاری^۱

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تربیت مدرس و عضو هیئت علمی دانشگاه آزاد
اسلامی نراق

Email: entezariuni@gmail.com

دکتر سید مصطفی محقق داماد

استاد حقوق و فلسفه دانشگاه شهید بهشتی

Email: mdamad@ias.ac.ir

چکیده

آلودگی و تخریب محیط زیست و خسارات ناشی از آن، یکی از معضلات اساسی جوامع صنعتی و شهری امروز و یکی از اصلی‌ترین موضوعاتی است که در حقوق محیط زیست به آن پرداخته می‌شود. از این رو، با توجه به لزوم جبران هر نوع ضرر و زیان در اکثر نظام‌های حقوقی، مطالعه و ارزیابی و بحث از مسئولیت مدنی ناشی از خسارات زیست محیطی از جایگاه ویژه‌ای در علم حقوق برخوردار خواهد بود. در حقوق اسلام نیز، اصول و قواعد کلی درباره ضمان و مسئولیت مدنی وجود دارد که بسیاری از کارکردهای مبنای مسئولیت مدنی را دارا است. این قواعد کلی جبران خسارت در چهره قواعدی چون اتلاف، تسبیب، لاضرر و... تجلی یافته است که بخشی دیگر از مبانی فقهی مسئولیت مدنی زیست محیطی را تشکیل می‌دهد. در این نوشتار، از برخی از مهم‌ترین قواعدی که می‌تواند ضمان و مسئولیت مدنی زیست محیطی را در حقوق اسلام توجیه نماید، سخن به میان می‌آید.

واژگان کلیدی: اتلاف، تسبیب، ضمان، مسئولیت مدنی، محیط زیست، خسارت.

* . تاریخ وصول: ۱۳۸۹/۱۲/۱۵؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۰/۳/۲۷.

^۱ . نویسنده مسئول.

مقدمه

زندگی اجتماعی عرصه تعامل انسان‌ها با هم است و مسائل این عرصه نیز بسیار فراوان و پیچیده است به گونه‌ای که افکار اندیشمندان را به خود جلب نموده است. یکی از مهم‌ترین حوزه‌هایی که اهمیت وافری یافته و مباحث آن هم روز به روز توسعه و تعمیق می‌یابد دانش حقوق است که بخش مهمی از این دانش ناظر به مسئولیت مدنی است که بر اساس آن می‌توان شاخه‌های مختلف یک نظام حقوقی را باز شناخت و زمینه حل مسائل نو پیدا را فراهم ساخت.

خسارات زیست محیطی یکی از این موضوعات است که شامل زیان‌های وارده بر اموال، اشخاص و خود محیط زیست می‌باشد؛ به گونه‌ای که این نوع خسارات، تعادل زیست محیطی را برهم زده و فاجعه‌های زیست محیطی را به ارمغان می‌آورد؛ لذا برای حفاظت از محیط زیست و جلوگیری از آسیب‌های زیست محیطی باید شیوه‌های رفتاری انسان با محیط زیست دگرگون شده و اصول و قواعدی بر روابط انسان با محیط حاکم باشد و ضمانت اجرایی برای این مسئولیت تلقی گردد.

بدین منظور، در حقوق کشورهای مختلف قوانین خاص در رابطه با مسئولیت مدنی زیست محیطی پیش بینی شده که از مهم‌ترین دستاوردهای قانون‌گذاری جدید در سطح جهانی، تغییر مبنای مسئولیت در این زمینه بوده است. در حقوق اسلام نیز می‌توان مسئولیت مدنی ناشی از خسارات زیست محیطی را با واکاوی و تبیین منابع و اصول و قواعد فقهی استنباط نموده و مبنای این مسئولیت را تعیین ساخت که در این نوشتار به تشریح و تبیین برخی از قواعد فقهی پرداخته می‌شود.

الف - قاعده اتلاف

فقیهان در موارد مختلف جهت اثبات ضمان و مسئولیت مدنی به قاعده اتلاف تمسک جسته‌اند. ایشان این قاعده را با عبارت «مَنْ أَتْلَفَ مَالَ الْغَيْرِ فَهُوَ لَهُ ضَامِنٌ» عنوان نموده و در اعتبار آن چنین گفته‌اند که اثبات این که اتلاف موجب ضمان است، نیازی به بیان ادله ندارد؛ همین که ضرورت و اجماع و نصوص فراوانی دلالت بر این می‌کند که مال، عمل و عرض و خون مسلمان محترم بوده و نمی‌توان به آن ضرر وارد کرد، بر قاعده دلالت دارد. (مراغه‌ای، ۴۳۴/۲)

درباره ماهیت این قاعده نیز احتمال‌هایی وجود دارد، به گونه‌ای که برخی از فقیهان آن را

مدلول روایت معصوم علیه السلام تلقی نموده‌اند.^۱ (علامه حلی، نه‌ایه، ۳۸۴/۱) بعضی هم با این که آن را منقول از معصوم دانسته‌اند، ولی بر این باورند که چنین عبارتی در روایات دیده نمی‌شود. (نجفی، ۱۵۷/۳۶)

در مقابل، برخی از فقیهان نیز آن را منصوص نمی‌دانند. (خوئی، مصباح، ۴۴/۲) و عده‌ای دیگر، با این که وجود چنین الفاظی را در روایات منکرند، اما مستند قاعده را عام می‌دانند. (امام خمینی، مکاسب، ۲۷۹/۲)

۱- مستندات قاعده

مستندات این قاعده، جدای از حکم عقل و بنای عقلا، آیات و روایات در این زمینه می‌باشد. عقل حکم می‌کند که دین اسلام، که مالکیت را محترم شمرده، حتماً اتلاف مال غیر را ممنوع بداند و جبران آن را لازم بشمارد؛ چون این امر لازمه احترام مالکیت است. (محمدی، ۳۰)

منظور از حکم عقل به عنوان یکی از مستندات قاعده اتلاف در زمینه محیط زیست، بخشی از مدرکات عقل عملی است که بر مبنای قاعده حسن و قبح عقلی و نیز قاعده ملازمه میان حکم عقل و حکم شرع استوار گشته است.

بر این اساس، عقل به طور مستقل و صرف نظر از این که در شریعت درباره ممنوعیت زیان به اشخاص و جامعه و محیط زیست مقرراتی وجود داشته باشد، خود به طور ذاتی و طبیعی، هر گونه اقدامی را که منجر به برهم خوردن تعادل و توازن محیط زیست گردد و باعث خسارت به عناصر زیست محیطی شده و موجب اخلال در نظام زندگی و هلاکت نوع بشر و افساد در زمین بشود، زشت و قبیح می‌داند و عامل زیان را قابل مذمت و ملامت دانسته و به طور قاطع، حکم به لزوم رفع این اعمال قبیح، یعنی برطرف نمودن زیان و از بین بردن منشأ آن و پیش گیری از تشدید و وقوع مجدد آن، از طرق مناسب می‌نماید. به دیگر سخن، عقل هم اتلاف و زیان رساندن به دیگران را امری ناپسند و قابل نکوهش می‌داند و هم بر ضرورت رفع ضرر و مسئولیت عامل زیان در مقابل زیان دیده تاکید می‌ورزد. (محقق داماد، اصول، ۱۵۱)

از این رو، عقل تلاش آدمی در جهت حفظ و صیانت از محیط زیست و احیای آن را، که

۱. آیه الله جوادی آملی در تقریر اب‌حاث فقیه نامدار، آیه الله العظمی حاج سید محمد محقق داماد، از ایشان چنین نقل می‌کند: «اشکالی نیست که اتلاف مال غیر هر جا محقق شود موجب ضمان است به خاطر قاعده مسلم و ناصه به این که هر کس مال غیر را تلف کند ضامن است.» (جوادی آملی، الصلوة / ۴۳۲)

به تقویت توازن و تعادل عناصر زیست محیطی می‌انجامد، موجب حفظ نظام و بقای نوع و مصداق عمل نیکو دانسته و آن را خوب و پسندیده می‌شمارد و هر عاقلی به مقتضای عقل خود در هر عصر و جامعه‌ای، این موضوع را ستوده و فاعل آن را مورد تمجید و مدح قرار می‌دهد.

بدین ترتیب، بنای عقلا هم بر این است که وقتی شخصی مبادرت به اتلاف مال دیگری می‌کند، ذمه او را در قبال مالک مشغول و او را ضامن می‌شناسند؛ به این معنا که او را مسئول پرداخت مثل یا قیمت می‌دانند. (محقق داماد، ۱۱۲)

و اما مستند قاعده اتلاف در قرآن، آیات «وَ جَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا...» (شوری: ۴۰) و «مَنْ اِغْتَدِي عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اِغْتَدِي عَلَيْكُمْ...» (بقره: ۱۹۴) می‌باشد. در آیه اول، به طور مطلق پاداش و مجازات بدی، چیزی مثل آن اعلام شده است. از اطلاق این آیه استفاده می‌شود که جزای تعدی و اتلاف، مؤاخذه و ضمان است. آیه دوم هم بیان می‌کند که «هر کس به شما تعدی و تجاوز نمود، همانند آن بر او تجاوز کرده و مقابله به مثل کنید.»

کلمه «اعتدا» در آیه دوم و آیات دیگر قرآن به معنای تجاوز از حدود الهی آمده (طوسی، تبیان، ۲۸۰/۱؛ طباطبایی، ۶۱/۲) و مفسران بر این نظرند که آن شامل همه انواع تجاوزات و تعدیات؛ از جمله قطع درختان، آتش زدن مزارع، غارت و تخریب اموال عمومی مانند جنگل‌ها، قنات‌ها، چشمه‌های آب و مناظر عمومی می‌شود. (طباطبایی، همان؛ مکارم، تفسیر، ۲۰/۲؛ زمخشری، ۲۳۵/۱؛ زحیلی، ۱۷۹/۲)

شیخ طوسی در مبسوط برای اثبات ضمان به مثل در اموال مثلی و ضمان به قیمت در اموال قیمی به آیه اعتدا استناد نموده و آن را به عنوان یکی از مستندات قاعده اتلاف بر شمرده است. (طوسی، مبسوط، ۶۰/۳)

اما برخی از فقیهان، دو آیه فوق را اخص از ملعا دانسته و گفته‌اند که آیات مزبور ناظر به تعدی و تجاوز عمدی است و شامل خسارت‌های ناشی از خطا و اشتباه نمی‌شود؛ در حالی که قاعده اتلاف، همه خسارت‌های عمدی و غیر عمدی را در بر می‌گیرد. (انصاری، مکاسب، ۱۰۶)

اما به نظر می‌رسد که در هر دو آیه، مقابله به مثل مشروع اعلام شده است و از ملاک آن دو، این نکته استنباط می‌شود که هیچ تعدی و تجاوزی نباید بدون پاسخ بماند (طباطبایی، ۷۴/۲)، پس اتلاف موجب ضمان است.

به بیان دیگر، اگر کسی مال دیگری را تلف کند، دیگری حق دارد به مال او همان تجاوز را

بنماید. معنای این سخن در نظر عرف این است که او دارای حق است و وقتی مال دیگری را می‌گیرد از روی حق می‌گیرد.

بنابراین، از آیه شریفه اعتدا دو نکته استفاده می‌شود: یکی جعل حق مؤاخذه و مطالبه برای طرفی که مورد تعدی و تجاوز قرار گرفته است و دیگر این که، مورد مطالبه می‌تواند مقابله به مثل باشد که این حکم قرآنی کنایه از آن دارد که اگر مثلی باشد، مثل و اگر قیمی باشد قیمت گرفته شود. (انصاری، همان) پس حکم به گرفتن مثل یا قیمت آن چه که به آن تعدی شده است، عرفاً کشف می‌کند که گیرنده نسبت به آن دارای حق بوده است. از این رو، گیرنده نسبت به مثل یا قیمت، دارای حق شناخته شده است. بنابراین، از اجازه شارع به گرفتن مثل یا قیمت، روشن می‌شود که تجاوز، موجب ضمان است. (امام خمینی، بیع، ۳۲۵/۱) به بیان فوق، حکم آیه این است که هر کس مال دیگری را تلف کند ضامن آن است؛ یعنی آیه در مقام جعل حق و بیان حکم وضعی است. (محقق داماد، ۱۰۹ و ۱۱۰)

هم‌چنین در کتب فقهی، روایات زیادی مستند این قاعده قرار گرفته است که جملگی دلالت بر احترام و مصونیت اموال، حقوق، خون و آبروی مسلمان دارد و عامل زیان را ضامن می‌شناسد. از جمله این روایات، موثقه ابی بصیر و روایت عبدالله بن مسعود از پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله است که آن حضرت فرمود: «سباب المؤمن فسوق و قتاله کفر و اکل لحمه معصیه و حرمة ماله کحرمة دمه» (حرعاملی، ۶۱۰/۸)^۱ طبق این روایت، حرمت مال مؤمن همانند حرمت خون اوست؛ همان‌گونه که ریختن خون انسان ممنوع است و در صورت عمد موجب قصاص است، اگر کسی هم مال او را تلف کند ضامن است.

بنابراین، مال قابل احترام است و باید از تعدی و تجاوز مصون باشد و در صورت تعدی و تجاوز موجب مسئولیت مدنی و ضمان می‌گردد. بر این اساس، هر شخصی که اقدام به تخریب و اتلاف اموال، چه اموال خصوصی و چه اموال عمومی بنماید، مسئول جبران خسارت وارده می‌باشد.

از قضاوت‌های حضرت علی علیه‌السلام نیز در مورد مسئولیت کسانی که به عناصر زیست محیطی آسیب وارد می‌کنند روایتی رسیده است که حضرت در مورد کسی که حیوانی را بیهوده به قتل برساند، یا درختی را قطع نماید، یا کشتزاری را خراب کند، یا خانه‌ای را ویران سازد، یا چاه آب یا نهری را از بین ببرد، حکم فرمود که: باید قیمت آن چه را که تخریب نموده و از بین برده است جبران کند و چنانچه عمل او عمدی بوده باشد، باید تعزیر هم

۱. امام خمینی در کتاب مکاسب محرمة، این روایت را مستند قاعده اتلاف دانسته‌اند. (مکاسب محرمة، ۲/ ۲۷۹)

بشود؛ ولی اگر عمل او خطائی بوده و تعمدی در کار نباشد فقط باید غرامت پرداخت کند و حبس و تأدیب ندارد و اگر حیوانی را ناقص نماید باید تفاوت قیمت آن را پرداخت نماید. (نوری، ۹۵/۱۷)^۱

از قضاوت حضرت دو نکته به دست می‌آید: یکی این که تخریب و اتلاف عمدی محیط زیست، علاوه بر مسئولیت مدنی، مسئولیت کیفری را نیز در بر دارد. نکته دیگر، شمول قاعده اتلاف نسبت به عمد و غیر عمد است؛ زیرا حکم وضعی ضمان اختصاص به حالت عمد نداشته و شامل موارد شبه عمد و خطا هم می‌گردد. از این رو، شخصی که با عمل خویش موجب تلف مال دیگری شده، ضامن و ملزم به جبران خسارت وارده شده است، اعم از این که عالماً و عامداً چنین کرده باشد یا بدون قصد، عمل او چنین نتیجه‌ای را داشته باشد. (محقق داماد، ۱۱۴)

در اتلاف، اراده و عزم نسبت به اتلاف و اضرار به غیر لازم نیست که منظور از عدم دخالت عنصر قصد و عمد در پدید آمدن ضمان بدین معناست؛ ولی بدون تردید، فاعلیت در عمل و تحقق انتساب و نیز ارتباط فاعل با پدیده تلف لازم است؛ بنابراین در ضمان اتلاف، تقصیر شرط نیست ولی انتساب شرط است و باید این عامل که رکن اصلی ضمان است احراز گردد. (همان، ۱۱۴ و ۱۱۵)

اتلاف هم بر دو قسم است: اتلاف حقیقی و اتلاف حکمی. در اتلاف حکمی برخلاف اتلاف حقیقی، اصل مال از بین نمی‌رود بلکه آن از مالیت افتاده و دیگر ارزش نخواهد داشت. مانند این که در اثر آلودگی و سمومی که کارخانه‌ای در مجاورت زمینی تولید می‌کند، آن زمین دیگر قابل استفاده نباشد. در این جا، زمین موجود است ولی از مالیت و ارزش افتاده است.

در باور برخی از فقیهان، قاعده اتلاف هر دو قسم را شامل می‌شود، اما عده‌ای هم بر این نظرند که اتلاف مال شامل اتلاف حکمی نمی‌شود و در مورد این نوع اتلاف باید به ادله دیگر مانند آیه شریفه اعتدا که بیان کننده ضمان عدوان است تمسک جست. (بجنوردی، ۲۰/۲) در نقد این نظر گفته شده است که درست است که مال به طور حقیقی نابود نشده ولی مالی که از ارزش افتاده، حکماً و مجازاً نابود شده است. (محقق داماد، ۱۱۱) به همین دلیل، در روایت امام باقر علیه السلام درباره مردی که با حیوانی نزدیکی کرده بود، آمده است که: «باید قیمت آن را

۱. «قضى فى من قتل دابة عبثاً او قطع شجرة او افسد زرعاً او هدم بيتاً او غور بشراً او نهراً ان يغرم قيمة ما استهلك و افسد و ضرب جلدات نکالاً و ان اخطأ و لم يتعمد ذلك فعليه الخرم و لاحبس و لا ادب و ما اصاب من بهيمة فعليه ما نقص من قيمته»

به صاحبش بدهد؛ زیرا او حیوان را بر ضرر صاحبش فاسد کرده است.» (حرعاملی، ۵۷۱/۱۸)^۱ در این روایت، مصداقی از قاعده اتلاف بیان شده است. پس انجام عمل نامشروع با حیوان که منجر به عدم استفاده از آن شده در حکم تلف تلقی می‌شود و از قاعده اتلاف حکایت دارد.

۲- مفهوم مال

از آن جا که در قاعده اتلاف عبارت «مال غیر» آمده است، ابتدا لازم است که مفهوم مال معلوم شده و سپس بررسی شود که آیا قاعده اتلاف فقط خسارات مالی را شامل می‌شود و یا این که نسبت به خسارات دیگر هم شمول داشته و مسئولیت مدنی ناشی از تصرف در ملک خود را نیز در برمی‌گیرد؟ در تعریف مال گفته شده است که آن عبارت از چیزی است که مردم به ازای آن، شیء بذل می‌کنند و آن را نگهداری می‌نمایند؛ بنابراین خاک، خاکستر و مرده حیوان، مال نیستند. (شرتونی، ۱۲۵۲/۲) برخی از فقیهان نیز چیزی را مال دانسته‌اند که مورد رغبت مردم باشد. (امام خمینی، بیع، ۳۲۳/۱) رغبت ناظر به رغبت‌های معاملی بوده و حکایت از گرایش مردم به داشتن و بها دادن به آن است، در حالی که نیاز چیزی است که مورد حاجت مردم است و از آن استفاده می‌کنند.

برخی هم مال را این گونه تعریف کرده‌اند: «مال چیزی است که برای تأمین نیازمندی‌های مردم مطلوب و مرغوب باشد و در امر معاش آن‌ها دخیل گردد؛ اعم از خوردنی‌ها، آشامیدنی‌ها و آن چه که به‌طور مستقیم و یا غیرمستقیم نیازهای انسان را برطرف می‌کند.» (بجنوردی، ۲۰/۲ و ۲۱)

بعضی هم قابلیت بهره‌برداری را عنصر اصلی مالیت و مقوم اساسی آن دانسته‌اند؛ چرا که قابلیت بهره‌برداری خود نوعی امکان حیازت، نگهداری و دسترسی را در بردارد، و حیازت و امکان دسترسی در صورتی لازم است که بهره‌برداری از شیء بدون آن امکان‌پذیر نباشد. بنابراین، هر چیزی که قابل بهره‌برداری است، به نوعی قابل حیازت و دسترسی نیز می‌باشد. برای مثال، از نور و حرارت خورشید بهره‌برداری می‌کنیم، پس به همان اندازه که از نور و حرارت خورشید استفاده می‌کنیم قابل دسترسی نیز می‌باشد و امروزه تحولات مستمر در قابلیت بهره‌برداری از اشیاء، امکان توسعه اموال را فراهم نموده است. (عمیدزنجانی، ۱۱۵)

بر این اساس، می‌توان گفت که واژه «مال» اطلاق داشته و شامل منافع نیز می‌شود (بجنوردی، ۲۱/۲؛ خوئی، مصباح، ۳۱/۲) و اختصاص به اعیان خارجی ندارد. هم‌چنین شامل همه آن چه که انسان بدان نیازمند است و به‌طور مستقیم و یا غیرمستقیم در سلامتی، رشد،

۱. «یجلد دون الحد و یغرم قيمة البهیمه لصاحبها لأنه أفسدها علیه...»

تمامیت جسمانی او تأثیرگذار است و قابلیت بهره‌برداری را دارد، می‌شود. بنابراین، اتلاف مال و مصادیق آن موضوع مسئولیت مدنی و ضمان واقع خواهد شد و اگر به فرض آن‌ها را از مصادیق اموال ندانیم، شکی نیست که در مالیت اشیاء دخالت داشته و می‌تواند به این لحاظ موضوع ضمان و مسئولیت مدنی قرار گیرد.

اما در خصوص شمول قاعده اتلاف نسبت به خسارات مالی، برخی بر این باورند که با توجه به عبارت متداول این قاعده که «مال‌الغیر» را مطرح می‌کند، آن صرفاً دلالت بر ضمان عامل تلف مال دارد و معمولاً برای اثبات ضمان در خسارت و تلف مال مورد استناد واقع می‌شود و مال هم به اعیان خارجی اختصاص دارد. (حکیم، ۳) ولی با نظر به دلایل و مستندات این قاعده و ملاک موجود در آن‌ها، این نکته استفاده می‌شود که، هر کس به هر نحو موجبات زیان دیگری را فراهم سازد، ضامن خسارات است و خسارت هم مفهومی عام دارد که شامل تمام زیان‌ها می‌گردد.

از سوی دیگر، فقیهان با تمسک به قاعده اتلاف، مسئولیت اشخاصی همانند پزشک، حجام، ختّان، بیطار و... که موجب خسارات بدنی به شخص یا حیوان شوند و تلفات جانی و جراحات را به همراه داشته باشد را پذیرفته‌اند. (طباطبایی یزدی، عروة، ۵۰۷/۲؛ امام خمینی، تحریر، ۵۶۰/۲)

بنابراین، می‌توان بر این نظر بود که قاعده اتلاف تنها ناظر به خسارات مالی نیست، بلکه ضرورت جبران خسارات دیگر، از جمله خسارات معنوی نیز از آن قابل استنباط است. چرا که، طبق ادله مورد استناد، مفاد قاعده این است که هر کس موجب خسارت شخص دیگر در مال، منافع، جان، آبرو، حیثیت و یا هر حق دیگر شود ضامن است و اختصاص به تلف مال ندارد. به همین جهت، برخی از فقیهان نیز بر این موضوع تصریح نموده و گفته‌اند: «فقیهان در اثبات ضمان در مواردی نظیر اتلاف مال، حقوق، منافع، قتل نفس یا عیب عضو، جراحت و مانند آن به قاعده اتلاف استناد جسته‌اند.» (مراغی، ۴۳۴/۲)

بر این اساس، باید بر آن بود که در اسلام همان‌گونه که مال دارای احترام است و باید از تجاوز مصون بماند، جان، سلامتی، تمامیت جسمانی و کلیه حقوق اشخاص نیز باید محترم شمرده شده و در صورت ایراد خسارت، عامل باید آن را به نحوی جبران نماید.

۳- نقش قاعده اتلاف در مسئولیت مدنی زیست محیطی

در رابطه با نقش و کاربرد قاعده اتلاف در حوزه مسئولیت مدنی زیست محیطی، چند نکته قابل توجه می‌باشد:

۳-۱- با توجه به تعریف مال و اطلاق آن، کلیه عناصر زیست محیطی اعم از آب، خاک، هوا و آنچه که منابع زیست محیطی را تشکیل می دهد، مال محسوب می شود؛ چرا که انسان برای ادامه حیات و داشتن محیط زیست سالم برای رشد، به همه این عناصر نیازمند است و بقاء و حیات بشر بر آن ها مبتنی است. (منتظری، دراسات، ۱۰۸/۴) پس این اموال هم دارای احترام است و باید از تعرض و تجاوز مصون بماند و مورد تخریب، آلودگی و آسیب قرار نگیرد و در صورت ورود خسارت جبران گردد؛ چرا که هرگاه به وسیله شخص عملی انجام گیرد که موجب ضرر دیگران گردد، این از موارد اتلاف است. (نراقی، ۴۹)

۳-۲- از آن جا که منابع و عناصر زیست محیطی غالباً در زمره ثروت ها و اموال عمومی قرار داشته و جزو انفال^۱ و مشترکات^۲ عمومی قرار گرفته است و مالکیت دولتی به معنای مالکیت امام و جهت امامت نسبت به آن وجود دارد (عمیدزنجانی، ۲۳۳)، لذا در تملک شخصی افراد نبوده و می توان بر آن ها «مال غیر» اطلاق نمود. پس چون این اموال در اختیار مقام امامت قرار داده شده است، به ناچار باید در جهت مصالح امامت و امت به مصرف برسد (منتظری، ۱۰۴/۴) و حکومت باید بر این اموال نظارت داشته باشد. (همان، ۱۰۹)

از این رو، تصرف در این اموال بدون اجازه امام که اداره کننده جامعه و نماینده مردم است، چه اجازه عمومی و یا اجازه مخصوص، جایز نیست و اگر کسی در آن تصرف کند، گناهکار است و چنانچه آن را در اختیار گرفت، غاصب محسوب می شود و در صورتی که برای وی فایده ای حاصل شود که عرفاً تابع مال باشد، برای امام است؛ چه در زمان حضور باشد و چه در زمان غیبت. (همان، ۱۰۷)

بنابراین، از تخریب و آلودگی این اموال باید جلوگیری شود و هر شخصی که این اموال عمومی را مورد تعرض و آسیب قرار دهد و به آن لطمه و خسارت وارد سازد، از باب قاعده اتلاف ضامن بوده و باید جبران خسارت نماید؛ چرا که هر کس عمل اضرائی در اموال و حقوق مالی انجام دهد، مورد از موارد اتلاف است و باید آن را جبران نماید. به دیگر سخن، اعمال اضرائی ضامن دارد. (سیستانی، ۱۵۰)

۳-۳- اشیاء و منابعی که غیر مملوک محسوب می شوند؛ یعنی ملک خصوصی یا دولتی نمی باشند، بدون تردید به طرق مختلف قابل انتفاع می باشند و حق انتفاع از آن ها، طبق مجوز

۱. فقیهان بر این نظرند که واژه «انفال» هم بر غنائم جنگی و هم بر همه اموال عمومی که دارای مالک شخصی نیست، مانند زمین های موات، کوه ها، بیابان ها، نزارها و بلکه دریاها و معادن و امثال آن اطلاق می شود. (منتظری، ۵/۴)

۲. مشترکات عبارتند از اشیایی که همه مردم در شرایط برابر از آن استفاده می کنند و سبقت در آن ها موجب حق اولویت می شود. (رک. شهید ثانی، الروضة البهیة، ۱۷۰/۷)

کلی که در قرآن کریم آمده، برای همگان آزاد و مجاز است. از این رو، از بین بردن حق انتفاع دیگران از عناصر و منابع زیست محیطی، فرضاً به نحو از بین بردن زمینه‌های بهره‌برداری یا ایجاد مانع بر سر راه انتفاعات و یا ایجاد مزاحمت در بهره‌برداری دیگران، می‌تواند زیان‌هایی را به بار آورد که به مقتضای قاعده‌ی لاضرر در شریعت اسلام منفی و غیرقابل تحمل است. (عمیدزنجانی، ۲۶۴)

بنابراین، ضمان در مشترکات عمومی به لحاظ اتلاف حق انتفاع از این مشترکات نیز قابل بحث و بررسی می‌باشد.

برخی از فقیهان ضمان و مسئولیت مدنی نسبت به چیزی که به آن خسارت وارد شود و مال کسی نباشد را در باب اموال موقوفه، نسبت به مسجد مطرح ساخته‌اند؛ از این جهت که وقف مکان برای مسجد به مفهوم مالی است که در راه خدا آزاد شده و کسی آن را مالک نیست. بر این اساس، عده‌ای از آن‌ها ضمان و مسئولیت مدنی را در مورد خسارت به اشیاء و منابعی که غیر مملوک است را نفی نموده‌اند؛ به این دلیل که، ضمان را به معنای بر عهده داشتن چیزی به نفع غیر دانسته‌اند و گفته‌اند که در این موضوع این مفهوم صادق نیست؛ چون شخصی وجود ندارد تا عامل زیان به نفع او چیزی بر عهده داشته باشد. پس در جایی که مالک وجود ندارد، ذی‌حق متصور نیست.

از این رو، اگر کسی این اموال را تخریب کند، هر چند که مرتکب گناه شده است ولی ضمان و مسئولیت مدنی ندارد و نمی‌توان او را ملزم به جبران خسارت نمود. پس در این گونه موارد «مال دیگری» صدق نمی‌کند تا این که مشمول قاعده‌ی اتلاف گردد. (خوئی، تنقیح، ۲۷۲/۳)

اما در مقابل، برخی دیگر از فقیهان در این موارد، ضمان و مسئولیت مدنی را محقق دانسته‌اند؛ زیرا ضمان را به معنای دخول در عهده می‌دانند به این نحو که، گاهی مملوک غیر در عهده قرار می‌گیرد که به معنای پرداخت خسارت به غیر است و گاهی غیر آن؛ یعنی چیزی که مملوک غیر نیست در عهده شخص قرار می‌گیرد، پس شخص موظف است که آن را به وضع سابق برگرداند. از این رو در برابر غیر مملوک نیز مسئول است. بدین ترتیب، آن چه که مملوک غیر نیست خودش می‌تواند بر عهده آمده و شخص را ضامن سازد؛ لذا معنای مشغول الذمه بودن در این جا این است که شخص باید آن شیء را به حالت سابق برگرداند. (صدر، شرح العروة، ۲۹۲/۴)

هم چنین با توجه به مستندات قاعده‌ی اتلاف و اصطیادی بودن آن، می‌توان گفت که «مملوک

دیگری» بودن خصوصیت ندارد.

بنابراین، اضرار به عناصر و اشیاء غیر مملوک نیز موجب ضمان و مسئولیت مدنی است، هر چند که از روی اراده صورت نگرفته باشد؛ چرا که در اتلاف، اراده و عزم نسبت به اتلاف و اضرار به غیر لازم نیست.

۳-۴- برخی استناد به قاعده اتلاف را در مورد حقوق غیرمالی مشکل و قابل تردید دانسته اند؛ زیرا عبارت متداول در این قاعده، صرفاً مربوط به ضمان مال می باشد و شامل حقوق غیرمالی نمی گردد و از آن جهت که اجماع دلیل لبی است، فاقد اطلاق برای تعمیم به حقوق غیرمالی است.

ولی از آنجا که اکثر فقیهان شیعه (مراغی، ۳۲۲) و حتی فقهای اهل سنت (کاسانی، ۱۷/۷)، ملاک در ضمان متلفات را احترام اموال دانسته اند، می توان بر این باور بود که با تنقیح مناط شامل حقوق نیز می گردد و یکی از قرائن شمول ضمان متلفات به حقوق غیر مالی، تعمیم قاعده اتلاف به دیگر موارد می باشد، به نحوی که فقیهان از این قاعده در اتلاف اموال و ابدان استفاده نموده اند. هم چنین آنهایی که ملاک ضمان متلفات را از باب نفی ضرر شمرده اند، آن را شامل غیر اموال نیز دانسته اند. (عمیدزنجانی، ۱۱۵)

به هر حال، هر انسانی به لحاظ طبیعت انسانی دارای حقوقی مانند حق حیات، حق سلامتی، حق داشتن محیط زیست سالم، حق آرامش روحی و روانی و ده ها حق دیگر است که تضییع این حقوق و آسیب به آنها، زیان هایی را بر صاحبان آن وارد می کند که محروم ماندن از آنها، یکی از این زیانهاست. (همان، ۲۵۴) از این رو، محروم کننده مسئول و ضامن است و بنابراین در استناد به قاعده اتلاف در حقوق غیر مالی نیز نباید تردید نمود.

۳-۵- نکته دیگر در مورد خود محیط زیست و یا به عبارت دیگر، حق محیط زیست است که آیا می توان برای محیط زیست و عناصر آن حقی را تصور نمود و تضییع و از بین بردن آن را موجب مسئولیت و ضمان دانست؟

در خصوص این موضوع دو گرایش وجود دارد: برخی برای محیط زیست ارزش ذاتی قائل نیستند، بلکه در نظر آنها محیط زیست ارزش ابزاری دارد و تنها به خاطر انسان دارای ارزش است. اما گرایش دیگر این است که محیط زیست فی نفسه دارای ارزش است و حتی بدون حضور انسان و یا بهره برداری انسان از آن، خود دارای ارزش ذاتی است. (عابدی و دیگران، ۶۱)

در دیدگاه اخیر، تأثیرات بر محیط زیست، موضوعی است که صرف نظر از پیامدهای آن

برای انسان‌ها، دارای اهمیت است؛ چرا که عناصر و منابع زیست محیطی هم از مخلوقات خداوند هستند و خداوند هم نه تنها خالق هستی است، بلکه محیط بر آن و همه‌چیز محاط خداوند است.^۱

بنابراین، انسان به حکم جانشینی خداوند و امانتدار بودن، متعهد است که به گونه‌ای با مخلوقات رفتار نماید که روش‌ها و سنت‌های خداوند را در خلقتش مورد ظلم و جفا قرار ندهد (قرضاوی، ۲۳) و به حفاظت از محیط زیست نه به عنوان یک ابزار، بلکه به منزله یک تکلیف الهی بنگرد؛ زیرا خداوند خالق و نگهدار زمین است و در این رابطه می‌فرماید: «لَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا» (اعراف: ۵۶ و ۸۵)؛ «بعد از اصلاح زمین، آن را فاسد نکنید.» چرا که فساد انگیزی، امنیت عمومی را که محور چرخ اجتماعی انسان است، از بین برده و مایه نابودی کشت و زرع و انقراض نسل انسان است. (طباطبائی، ۱۸۷/۸) و با از بین رفتن حرث و نسل، افساد در زمین انجام می‌گیرد. (همان، ۹۹/۲)

بنابراین، مراقبت از محیط زیست، مراقبت از چیزهایی است که متعلق به خداوند است و انسان مسئول این حفاظت است که با شناخت اصول زیست محیطی و تحصیل آن و پرهیز از تخریب آن و سعی برای سالم‌سازی آن در جهت حفاظت از آن بکوشد. در دیگر ادیان الهی هم از آلوده نمودن هوا، کوی و برزن و اماکن عمومی تحذیر و نهی شده، هم‌چنین اگر رخداد تلخی مشاهده شود، برای برطرف کردن آن، ترغیب و امر شده است. (جوادی، اسلام و محیط زیست، ۸۴ و ۸۵) به همین جهت، اهلاك و افساد عناصر زیست محیطی حرام بوده و حفظ آن ها واجب می‌باشد. (حسینی، ۲۴) و در صورت ورود خسارت باید جبران گردد.

بدین ترتیب، حقوق اسلام ضمن حمایت از جان، مال، آبرو و کلیه حقوق انسان‌ها و هم‌چنین حقوق دیگر عناصر طبیعت، همه را نیز به رعایت این حقوق مکلف نموده است؛ یعنی علاوه بر حکم تکلیفی و حرمت ضرر رسانیدن، به ثبوت اعتباری زیان‌های وارده در ذمه فاعل زیان نیز حکم نموده است. (گرچی، ۲۵۸/۲)

بنابراین می‌توان بر این باور بود که از بین بردن محیط زیست از آن جهت که دارای ارزش ذاتی است خود موجب ضمان و مسئولیت مدنی می‌گردد و عامل زیان باید آن را ترمیم و اصلاح نموده و آن را به حالت سابق برگردانده و یا این که به گونه‌ای دیگر جبران خسارت نماید. اما این که عامل زیان در برابر چه شخصی مسئول بوده و چه شخصی می‌تواند آن را مطالبه نماید، در پاسخ باید گفت که دولت به عنوان متولی این امور و به تبع آن سازمان‌های

۱. آیات ۹۲ سوره هود، ۱۲۶ سوره نساء و ۵۴ سوره فصلت بر محیط بودن خداوند بر همه‌چیز دلالت دارند.

مربوطه باید اقدامات لازم در این خصوص را به عمل آورند.

۳-۶- نکته آخر در مورد مسئولیت مدنی و ضمان ناشی از تصرف در عناصر و منابع زیست محیطی متعلق به خود می باشد؛ به این نحو که، هرگاه شخصی در عناصر و منابع زیست محیطی که مالک آن است به گونه ای تصرف نماید که باعث از بین رفتن آن ها شود، آیا چنین تصرفی مجاز بوده و یا این که دارای ضمان و مسئولیت مدنی است؟
فقیهان این موضوع را این گونه مطرح نموده اند که هرگاه مالک در ملک خود تصرفی کند که در اثر آن به دیگران زیانی وارد شود، آیا چنین تصرفی موجب ضمان و مسئولیت می گردد؟ آن ها احکام این موضوع را با بیان یک مثال مطرح نموده اند. (شهید ثانی، *مسالك*، ۱۶۶/۱۲ و *الروضة*، ۱۵۷/۱۰؛ نجفی، ۵۹/۳۷؛ امام خمینی، *تحریر*، ۵۶۶/۲) مثال این است که: هرگاه کسی در ملک خود آتش روشن کند و سرایت آتش موجب تلف یا خسارت شود، آیا شخص ضامن است؟^۱

برخی از فقیهان در این مثال به این حکم تصریح نموده اند که هرگاه آتش زائد بر مقدار نیاز بوده و شخص بداند که آن سرایت خواهد کرد، شکی در وجود ضمان نیست و ظاهر این است که اگر شخص آگاهی به سرایت داشته، ضامن است هر چند آتش به مقدار نیاز باشد. (امام خمینی، همان)

از این بیان استفاده می شود که موارد مسئولیت منوط به ظن به تعدی و اضرار دانسته شده است و میزان نیاز مؤثر بر مسئولیت نیست. (حکمت نیا، ۱۴۳)

در تحلیل موضوع در حوزه مسئولیت زیست محیطی نیز باید اذعان نمود که آتش و سرایت آن خصوصیت نداشته و احکام آن را می توان به موارد دیگر نیز تعمیم داد.

بر اساس قاعده تسلیط، هر مالکی نسبت به مایملک خود حق هر گونه تصرف و انتفاع را دارد و میزان تصرف ارتباطی با مقدار نیاز یا زاید بر آن ندارد. ولی هرگاه به خاطر تصرف مالک در ملک خود، به دیگران زیان وارد شود، آیا باز هم حق تصرف او مطلق است یا این که حق تصرف مقید می شود؟

در پاسخ به سؤال مزبور، باید تصریح نمود که مطلق حق تصرف در اسلام ثابت نشده است، بلکه حق مالکیت مقید به عدم اضرار به غیر است. (سیستانی، ۱۵۷) پس مالک نمی تواند تصرفی کند که مستلزم تضرر دیگران شود و قاعده لاضرر حق مالک را در این گونه موارد محدود می نماید؛ لذا مالک نمی تواند به بهانه تصرف در ملک خود، اموال و حقوق دیگران را

۱. مواد ۲۵۲ و ۲۵۳ و ۲۵۴ قانون مجازات اسلامی نیز این موضوع را در قالب همین مثال آتش مطرح ساخته است.

مورد اتلاف قرار دهد. اگر مالک چنین قصدی داشته باشد، ضامن است و هیچ توجهی به میزان حاجت و مانند آن نمی‌شود.

ولی در صورتی که هدف مالک، اتلاف مال دیگری نیست، بلکه هدف وی تصرف در ملک خود است اما به ضرر دیگری هم منتهی خواهد شد، چنانچه تصرف وی به قدر متعارف باشد، مجاز به تصرف خواهد بود؛ هرچند که جواز تصرف منافاتی با ثبوت ضمان و مسئولیت مدنی ندارد (بجنوردی، ۲۴۵)؛ زیرا عدم حرمت و عدم ضمان دارای ملازمه‌ای با یکدیگر نیستند. (مراغه‌ای، ۱۰۷)

پس گستره قاعده تسلیط، محدود به سلطه عرفی و عقلایی و تابع مقررات است (امام خمینی، بیع، ۷۹/۱ و ۸۰) و تصرفات نامتعارف و غیر عقلایی موضوعاً از شمول این قاعده خارج است.

از سوی دیگر، طبق اصل چهلم قانون اساسی، هیچ‌کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیلهٔ اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد؛ یعنی اجرای حق به‌طور مطلق نمی‌تواند مجوزی برای اضرار دیگران باشد و زیان‌بار بودن فعل را توجیه نماید، بلکه آن سوء استفاده از حق محسوب شده و ایجاد مسئولیت می‌کند. (قاسم زاده، ۲۱۷)

بنابراین، مالک نمی‌تواند در ملک خود چنان تصرفی کند که با حقوق فردی و اجتماعی در تزاخم باشد. وی نمی‌تواند به این بهانه که مجاز در تصرف است، به اتلاف مستقیم اموال و حقوق دیگران اقدام نماید. از این رو، مالک نمی‌تواند تصرفاتی نماید که برخلاف قوانین و مقررات زیست محیطی باشد. چون این قوانین و مقررات مربوط به نظم عمومی است و هر تصرفی که موجب تجاوز به سلامت انسان شود باطل است. (زکی محمود، ۱۵۰/۲) او نمی‌تواند فضای سبز متعلق به خود را تخریب نماید و یا از ورود آب اضافی خود به مراتع جلوگیری کند و یا این که مواد و زباله‌هایی را در ملک خود نگه‌داری کند که موجب اذیت و آزار دیگران می‌شود.

بنابراین، عمل مالک در این گونه موارد موجب ضرر دیگران می‌شود و هرگاه به وسیلهٔ شخصی عملی انجام گیرد که موجب ضرر غیر گردد، عمل مزبور اتلاف محسوب می‌شود و شارع هم هر اقدامی را که موجب از بین رفتن حق دیگران باشد امضاء و تأیید نمی‌نماید. (سیستانی، ۱۵۷)

از این جهت می‌توان نسبت به خود محیط زیست و عدم اتلاف و اضرار آن نیز، نوعی

مالکیت عمومی را مفروض دانست. به این نحو که محیط زیست فی نفسه، به طور مشاع متعلق به همه‌گان و حتی نسل‌های آینده می‌باشد و همه می‌توانند از آن استفاده نمایند، ولی باید آن را برای آیندگان نیز حفظ کنند؛ چرا که آسیب‌های زیست محیطی می‌تواند منجر به اهلاک حرث و نسل شود که قرآن کریم، اهلاک حرث و نسل از سوی هر کسی را اقدام افسادانگیز می‌داند، و آیات مربوطه (بقره: ۲۰۵؛ اعراف: ۵۶ و ۸۵) اطلاق دارد (مکارم، تفسیر نمونه، ۷۴/۲) و اهلاک حرث و نسل خود را هم شامل می‌شود. پس تخریب و آلوده ساختن محیط زیست، مصداق بارز افساد در زمین است و هر کس اقدام به آن نماید، چه در ملک خود و چه در ملک دیگران، از جمله مفسدان خواهد بود که در این صورت باید از عهده جبران خسارت برآید و دولت به عنوان نماینده مردم باید حق مالکیت عمومی را در این گونه موارد استیفا نماید.

طبق قانون مسئولیت مدنی هم، تخریب محیط زیست بدون مجوز قانونی است؛ زیرا اصل پنجاهم قانون اساسی، حق داشتن محیط زیست سالم را به عنوان یکی از حقوق اساسی و بنیادین محسوب نموده و تخریب آن را ممنوع می‌داند و تجاوز به آن به استناد ماده ۱ ق. م. م که مقرر می‌دارد: «... یا هر حق دیگری که به موجب قانون برای افراد ایجاد گردیده است...» قابل مطالبه برای جبران خسارت می‌باشد. هم‌چنین تخریب و آلودگی، به جان و یا سلامتی یا مال لطمه و خسارت وارد می‌سازد و هم حق انتفاع را از بین می‌برد که موجب ضرر مادی و معنوی می‌گردد و به حکم همین ماده، شخص مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خود خواهد بود. پس هر شخصی که محیط زیست را آلوده سازد مرتکب تقصیر شده است و در برابر آن مسئولیت مدنی دارد و تفاوتی نیست که آن متعلق به خود باشد و یا به دیگران تعلق داشته باشد.

در نهایت باید گفت که تخریب و آلوده ساختن عناصر و منابع زیست محیطی متعلق به خود به گونه‌ای است که به سبب فعل خود شخص به کل محیط زیست خسارت وارد می‌شود. در واقع فعل شخص، اموال و حقوق عمومی را مورد تعرض و آسیب قرار داده و حق محیط زیست را نیز نادیده گرفته است. پس بر اساس نظر فقیهان که هرگاه سرایت به سبب فعل شخص باشد، شخص ضامن است هر چند که به مقدار نیاز باشد (امام خمینی، تحریر، ۵۶۶/۲) در این موارد هم شخص ضامن محسوب می‌شود؛ چون ظن به تعدی و اضرار وجود

۱. مالکیت عمومی به معنی مالکیت مشاع همه مسلمانان که مفهومی جدا از مالکیت دولتی دارد و نمونه این مالکیت را در فقه می‌توان در مورد اراضی مفتوح العنوة مورد بررسی قرار داد. (عمید زنجانی، ۲۳۳)

دارد، اگر نگوییم که قطع وجود داشته است. هرچند که برخی در اتلاف، میان تجاوز از مقدار نیاز و عدم آن و میان علم و ظن به تعدی و عدم آن تفاوت قائل نیستند. (نجفی، ۶۱/۳۷ و ۶۲) و اما درباره مبنای ضمان و مسئولیت مدنی ناشی از تصرفات در ملک خود، برخی از فقیهان، قاعده اتلاف را مبنا قرار داده‌اند (همان) و برخی دیگر هم از لاضرر سخن گفته (انصاری، رسائل فقهیه، ۱۲۸) و عده‌ای هم صدق قاعده اتلاف و اضرار را معیار قرار می‌دهند. (مراغی، ۳۳۵/۲)

بنابراین می‌توان بر این نظر بود که قاعده اتلاف در خصوص تخریب و آلوده ساختن منابع زیست محیطی متعلق به خود هم کاربرد داشته و مالک را مسئول و ضامن قرار می‌دهد.

ب - قاعده تسبیب

بسیاری از فقیهان، قاعده تسبیب را شاخه و مصداقی از قاعده اتلاف قلمداد کرده‌اند؛ و اتلاف را به «اتلاف بالمباشرة» و «اتلاف بالتسبیب» تقسیم نموده‌اند. (بجنوردی، ۲۲؛ امام خمینی، تحریر، ۱۹۰/۲)

اما برخی از فقیهان هم با اشاره به روایت سکونی از امام صادق علیه‌السلام، از رسول اکرم صلی الله علیه و آله که فرمودند: «مَنْ أَخْرَجَ مِزَاباً أَوْ كَنْيفاً أَوْ أَوْتَدَ أَوْ أَوْتَقَ دَابَّةً، أَوْ حَفَرَ شَيْئاً فِي طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ، فَأَصَابَ شَيْئاً فَعَطَبَ فَهُوَ لَهُ ضَامِنٌ» (حرعاملی، ۱۸۲/۱۹)؛ «هرکس ناودانی یا گودالی در راه مسلمین ایجاد کند یا میخ یا افسار مرکبش را بکوبد، یا چاهی در راه مسلمین حفر نماید و کسی به آن‌ها اصابت کند و به زمین بیفتد، ضامن است.» این گونه اظهار نظر کرده‌اند که: «انصاف این است که از این روایت قاعده کلی استظهار می‌شود. آن قاعده این است: هر فعلی که از فاعل عاقل مختار صادر شده باشد و آن فعل عادتاً سبب وقوع تلف در مال یا جان مسلمانان باشد و بین آن فعل و تلف، فعل فاعل عاقل از روی عمد و اختیار به طوری که در نزد عرف و عقلا تلف به او اسناد داده شود، فاصله نشود، فاعل چنین سببی ضامن است.» (بجنوردی، ۲۸)

در هر صورت، مهم‌ترین مدرک این قاعده، پاره‌ای روایات است که متضمن مسئولیت شخصی است که به طور مستقیم مباشر تلف کردن مال نبوده، بلکه مقدمات تلف کردن را فراهم نموده و به طور غیرمستقیم موجب بروز خسارت و تلف مال یا جان یا عضو بدن دیگری شده است. برای مثال شخصی در راهی یا در غیر ملک خود چاهی حفر کند و دیگری در هنگام عبور در آن بیفتد، در این صورت طبق روایت زراره از امام صادق علیه‌السلام، حفر

کننده چاه ضامن است. (حرعاملی، ۱۷۹/۱۹) و یا در روایت بزنی از امام صادق علیه السلام آمده است: «من اضر بطریق المسلمین شیئا فهو له ضامن» (حرعاملی، ۳۳۹/۱۳) و یا ابی الصباح کنانی از امام صادق علیه السلام چنین نقل می‌کند: «من اضر بشیء من طریق المسلمین فهو له ضامن» (همان، ۱۸۱/۱۹) به این معنا که «هر کس به سبب چیزی در راه مسلمین ضرر وارد سازد ضامن پیآمدهای آن است.»

فقیهان با استناد به این روایات در مواردی حکم به ضمان نموده‌اند. (نراقی، ۴۴؛ طباطبائی، ریاض، ۵۳۹/۲؛ امام خمینی، مکاسب، ۹۸/۱)

در این دو روایت از دو عبارت «بطریق المسلمین» و «من طریق المسلمین» استفاده شده که وجود چند احتمال در فهم معانی روایات را موجب می‌شود. یکی از این احتمالات این است که «با» به معنای «من» بوده و «من» هم بیانیه باشد، لذا «طریق» بیان همان «شیء» است؛ در این صورت معنای روایت چنین خواهد بود: «هر شخصی به راه مسلمین ضرر وارد سازد، ضامن ضرر وارده به خود راه مسلمین خواهد بود.»

برخی از فقیهان این احتمال را بعید می‌دانند به این دلیل که «ضمان» در این گونه موارد استعمال نمی‌شود. (نراقی، ۴۴) ولی می‌توان بر این نظر بود که: اگر ضمان را به معنای «دخول در عهده» بدانیم، پذیرش این احتمال بعدی نخواهد داشت؛ چرا که گاهی آن چه که مملوک غیر نیست نیز در عهده شخص قرار می‌گیرد. بنابراین شخص در برابر آن مسئول بوده و باید آن را به حالت سابق برگرداند. (صدر، شرح العروة، ۲۹۲/۴)

از طرف دیگر باید گفت که «طریق» هم خصوصیت ندارد؛ زیرا هر کس به چیزی ضرر وارد کند ضامن زیان وارده است. بنابر این با استناد به این روایات می‌توان بر این نظر بود که: هر شخصی به راه و مسیر و آن چه که متعلق به همه‌گان است ضرر و آسیب وارد سازد ضامن است. با این فرض این روایات می‌تواند به عنوان قاعده کلی در ضمان و مسئولیت مدنی نسبت به خسارت به اموال عمومی مورد استناد قرار گیرد.

وجه اشتراک قاعده اتلاف و قاعده تسبیب این است که در هیچ‌کدام از این دو قاعده، عمد و قصد اضرار لازم نیست؛ بلکه همین اندازه که تلف و ضرر به دیگری وارد شود کافی است. ولی همان‌گونه که در اتلاف گفته شد، احراز انتساب خسارت به فعل مسبب بدون تردید لازم است. (محقق داماد، ۱۲۰)

هم‌چنین علم به موضوع و حکم در هیچ یک از این دو قاعده شرط نیست؛ بنابراین خواه

اتلاف با علم و اطلاع از حکم و موضوع باشد به این معنا که متلف و فاعل زیان بداند که عمل او موجب زیان و مسئولیت و ضمان می‌شود، و خواه بدون علم و از روی جهل نسبت به هر دو یا یکی از آن‌ها باشد، مسئولیت و ضمان به وجود خواهد آمد. دلیل این امر اطلاق روایات در این زمینه است.

اما تفاوت اتلاف و تسبیب در آن است که در اولی، تلف بالمباشره است ولی در دومی تلف غیرمستقیم و با واسطه است. بر این اساس، هر نوع اقدامی که به طور غیرمستقیم، موجب تخریب، آلودگی و از حیز انتفاع خارج شدن عناصر زیست محیطی گردد، ضمان‌آور خواهد بود. (فخلعی، ۵۵) برای مثال، در اثر سر و صدای ناشی از حفاری معادن، وحوش منطقه تحریک شده و خساراتی را به محیط زیست و همسایگان وارد سازند که قبلاً سابقه نداشته است؛ یا مواد زائد معادن و کارخانجات صنعتی بدون رعایت نظامات قانونی و عرفی در محلی انباشته شوند و بعداً در اثر وزش باد یا بارش برف و باران، خساراتی را ایجاد نمایند؛ و یا گرد و غبار غیر متعارف ایجاد شده از فعالیت‌های حفاری و کارخانجات در یک منطقه، در طول زمان مشاغل گذری مانند گله‌داری و زنبورداری را به مخاطره افکند.

تفاوت دیگر این دو قاعده این است که در اتلاف همیشه فعل مثبت موجب ورود خسارت است و هیچ‌گاه ترک فعل از مصادیق اتلاف نمی‌تواند باشد، در حالی که در تسبیب حتی با ترک فعل هم ورود زیان متصور است. (محقق داماد، ۱۱۸) ترک فعل هم در جایی می‌تواند سبب تلقی شود که انجام آن فعل وظیفه و تکلیف قانونی و یا قراردادی باشد مانند پذیرفتن وکالت یا وصایت و ترک وظایف پذیرفته شده و یا اهمال ولی در نگهداری اموال که سبب تلف مال موکل یا موکلی علیه شود. (امامی، ۳۹۲/۱؛ محمدی، ۳۲)

هم‌چنین در اتلاف تقصیر شرط ایجاد مسئولیت نیست. برای مثال، فقیهان در مورد پزشک و دامپزشک، مسئولیت آن‌ها را مشروط به اثبات تقصیر ندانسته و به طور کلی برای آنان مسئولیت برقرار کرده‌اند. (نجفی، ۳۲۲/۲۷) در مورد صنعتگر نیز چنان‌چه وی به مال آسیبی وارد کند ضامن شناخته شده است، خواه مرتکب تقصیر شده باشد یا خیر؛ و حتی اگر وی دارای مهارت‌های لازم نیز باشد، باز ضامن خسارت ناشی از عمل خویش است. (کرکی، ۲۶۷/۸) در این گونه موارد، شخص از باب اتلاف مسئول شناخته شده است. (همان) ولی در تسبیب، کسی که سبب تلف مال و اضرار دیگری شده، در صورتی مسئول است که در فعل خود تقصیر کرده باشد؛ یعنی رعایت احتیاطات لازم در حدود متعارف را ننموده باشد. (امامی، ۳۹۳) و فعلی که به مسبب نسبت داده می‌شود در نظر عرف، عدوان و خطا باشد. (کاتوزیان،

ضمان، ۱۳۶) از این رو در تسبیب، در صورت عدم تقصیر، انتساب خسارت به مسبب احراز نمی‌گردد. (محقق داماد، ۱۲۰)

در جایی که تقصیر شرط ایجاد مسئولیت است، فعل وارد کننده زیان در صورتی موجب مسئولیت مدنی است که وارد کننده آن مرتکب خطا شده باشد که ممکن است عمدی یا غیر عمدی (ناشی از بی احتیاطی) باشد. (اسکینی، ۲۳۸) بر این اساس، برای این که زیان دیده بتواند جبران خسارت خود را از شخصی بخواهد باید ثابت کند که تقصیر شخص اخیر سبب ورود خسارت بوده است. بدین ترتیب، در اثبات تقصیر، زیان دیده نقش مدعی را دارد و باید دلایل اثبات ادعای خود را بیاورد، چون بر خلاف اصل، سخن می‌گوید. (کاتوزیان، ضمان قهری، ۱۰۴)

بنابراین، چنانچه عدم اقدام به موقع اشخاص یا نهادها و سازمان‌های مسئول، سبب از بین رفتن و آلوده شدن عناصر زیست محیطی شده و موجب خسارت به محیط زیست انسانی و طبیعی شود، طبق این قاعده مسئولیت جبران خسارت بر عهده مسبب خواهد بود. هم‌چنین اشخاصی که احتیاطات لازم در استفاده از منابع زیست محیطی را ننموده باشند و یا با استفاده بی‌رویه از ذخایر زیست محیطی، موجبات خسارت به محیط زیست را فراهم سازند، به حکم این قاعده، مسئول جبران خسارات وارده می‌باشند.

نتیجه

آن چه که از این نوشتار حاصل می‌شود این است که قواعد اتلاف و تسبیب تنها ناظر به خسارت به اموال و حقوق خصوصی افراد نیست، بلکه این قواعد نسبت به خسارت به حقوق و اموال عمومی نیز قابل انطباق می‌باشد. بنابر این، از آن جا که منابع و عناصر زیست محیطی غالباً در زمره ثروت‌ها و اموال عمومی قرار می‌گیرد، خسارت وارد ساختن به این اموال و آلوده نمودن محیط زیست، عامل زیان را از باب قاعده اتلاف و تسبیب ضامن خواهد ساخت.

منابع

- اسکینی، ربیعا، *مباحثی از حقوق تجارت بین الملل*، نشر دانش امروز، چاپ اول، تهران، ۱۳۷۱.
- امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، ج ۱، انتشارات کتابفروشی اسلامیة، چاپ ششم، تهران، ۱۳۶۶.
- انصاری، مرتضی، *المکاسب*، مطبعة الاطلاعات، الطبعة الثانية، تبریز، ۱۳۷۵ ق.
- _____، *رسائل فقهية*، المؤتمر المئوی للشيخ الاعظم الانصاری، قم، ۱۴۱۴ ق.

- بجنوردی، سید میرزا حسن، *القواعد الفقهية*، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، قم، بی تا.
- جوادی آملی، عبدالله، *اسلام و محیط زیست*، مرکز نشر اسراء، قم، ۱۳۸۸.
- _____، *الصلوة*، مؤسسه نشر اسلامی، بی جا، ۱۴۰۵ ق.
- حر عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة*، دار احیاء التراث العربی، بیروت، بی تا.
- حسینی شیرازی، سید محمد، *الفقه البیته*، مؤسسه الوعی الاسلامی، الطبعة الاولى، بیروت، ۱۴۲۰ ق.
- حکمت نیا، محمود، *مسئولیت مدنی در فقه امامیه*، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم، ۱۳۸۶.
- حکیم، سید محسن، *نهج الفقاهة*، انتشارات ۲۲ بهمن، بی جا، بی تا.
- خمینی، سید روح الله، *المکاسب المحرمة*، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، الطبعة الثانية، قم، ۱۴۱۰ ق.
- _____، *تحریر الوسیله*، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، الطبعة الثالثة، قم، ۱۴۰۸ ق.
- _____، *کتاب البیع*، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، الطبعة الثالثة، قم، ۱۳۶۳.
- خوئی، سید ابوالقاسم، *التفحیح فی شرح العروة الوثقی*، دارالهادی، الطبعة الثالثة، قم، ۱۴۱۰ ق.
- _____، *مصباح الفقاهة*، انتشارات وجدانی، الطبعة الثالثة، قم، ۱۳۷۱.
- زحلی، وهبة بن مصطفى، *التفسير المنير في العقيدة و الشريعة و المنهج*، دار الفكر المعاصر، بیروت، ۱۴۱۸ ق.
- زکی محمود، جمال الدین، *مشکلات المسؤولية المدنية*، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، ۱۹۸۷ م.
- زمخشري، محمود بن عمر، *الکشاف فی تفسیر القرآن*، دار الكتاب العربی، بیروت، بی تا.
- سیستانی، سید علی، *قاعده لاضرر و لاضرار*، مکتبه آية الله العظمی سیستانی، قم، ۱۳۷۲.
- شرتونی، سعید، *اقرب الموارد*، مکتبه السيد المرعشی، قم، ۱۴۰۳ ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، *الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية*، تحقیق: سید محمد کلانتر، دارالعالم الاسلامی، بیروت، بی تا.
- _____، *مسالك الافهام*، مؤسسه المعارف الاسلامیة، الطبعة الاولى، بیروت، ۱۴۱۳ ق.
- صدر، سید محمد باقر، *شرح العروة الوثقی*، مطبعة الاداب، نجف، ۱۳۹۱ ق.
- طباطبای، سید محمد حسین، *المیزان فی تفسیر القرآن*، مؤسسه الاعلمی، بیروت، ۱۳۹۳ ق.
- طباطبای، سید محمد کاظم، *عروة الوثقی*، مؤسسه الاعلمی، الطبعة الثانية، بیروت، ۱۴۰۹ ق.
- طوسی، محمد بن الحسن، *التبیان فی تفسیر القرآن*، دار احیاء التراث العربی، بیروت، بی تا.
- _____، *المبسوط*، المکتبه المرتضویة، تهران، ۱۳۸۷ ق.
- عابدی سروستانی، احمد و شاه ولی، منصور و محقق داماد، سید مصطفی، «ماهیت و دیدگاه های

اخلاق زیست محیطی با تاکید بر دیدگاه اسلامی»، *فصلنامه اخلاق در علوم و فناوری*، سال دوم، شماره های ۱ و ۲، ۱۳۸۶.

علامه حلی، حسن بن یوسف، *نهاية الاحكام في معرفة الاحكام*، مؤسسه اسماعیلیان، الطبعة الثانية، قم، ۱۴۱۰ ق.

عمید زنجانی، عباسعلی، *موجبات ضمان*، نشر میزان، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۲.

فخلعی، محمدتقی، و تاریمرادی، احسان، «مبانی و احکام فقهی محیط زیست»، *مجله مطالعات اسلامی*، دانشکده الهیات و معارف اسلامی مشهد، شماره ۷۱، ۱۳۸۵.

قاسم زاده، سیدمرتضی، *مبانی مسئولیت مدنی*، نشر میزان، چاپ پنجم، تهران، ۱۳۸۷.

القرآن الکریم.

قرضاوی، یوسف، *رعاية البيئة في شريعة الاسلام*، دارالشروق، مصر، ۲۰۰۱ م.

کاتوزیان، ناصر، *ضمان قهری - مسئولیت مدنی*، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دوم، ۱۳۶۹.

کسانی، علاءالدین، *بدایع الصنائع*، دار الکتب العلمیه، بیروت، بی تا.

کرکی، علی بن حسین (محقق ثانی)، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، مؤسسه آل البيت، قم، ۱۴۱۴ ق.

گرچی، ابوالقاسم، *مقالات حقوقی*، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۹.

محقق داماد، سید مصطفی، *قواعد فقه ۱، بخش مدنی*، مرکز نشر اسلامی، چاپ نوزدهم، تهران، ۱۳۸۸.

محمدی، ابوالحسن، *قواعد فقه*، نشر دادگستر، چاپ پنجم، تهران، ۱۳۸۰.

مراغه‌ای، سید میر عبد الفتاح، *العناوين الفقهية*، مؤسسه النشر الاسلامی، الطبعة الاولى، قم، ۱۴۱۷ ق.

مکارم شیرازی، ناصر، *القواعد الفقهية*، مدرسة الامام امير المؤمنين (ع)، الطبعة الثالثة، ۱۴۱۱ ق.

_____، *تفسير نمونه*، دارالکتب الاسلامیه، تهران، ۱۳۷۴.

منتظری، حسینعلی، *دراسات في ولاية الفقيه و فقه الدولة الاسلامية*، نشر تفکر، الطبعة الثانية، قم، ۱۴۱۵ ق.

نجفی، محمد حسن، *جواهر الكلام فی شرح شرايع الاسلام*، دار الکتب الاسلامیه، الطبعة الرابعة، تهران، ۱۳۷۳.

نراقی، احمد، *عوائد الايام*، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، الطبعة الاولى، قم، ۱۳۷۵.

نوری، حسین، *مستدرک الوسائل*، مؤسسه آل البيت، الطبعة الاولى، قم، ۱۴۰۸ ق.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و چهارم، شماره پیاپی ۸۹،
تابستان ۱۳۹۱، ص ۸۷-۶۳

تأملی فقهی در ماده ۸۷۳ قانون مدنی* **(تعمیم میراث غرق شدگان و زیر آوار ماندگان به سایر مرگ‌های مشتبه)**

محمد برای لاریمی^۱

دانش آموخته مقطع کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی

Email: Larimi2007@gmail.com

دکتر محمد محسنی دهکلانی

استادیار دانشگاه مازندران

E mail: mmdehkalany@yahoo.com

چکیده

شرط ارث بردن وارث از مورث خود چنانکه صدر ماده ۸۷۵ قانون مدنی تصریح کرده، زنده بودن وارث در حین فوت مورث است؛ لذا برای آن‌که کسی از دیگری ارث ببرد، باید حیات او در زمان فوت مورث محقق و معلوم باشد؛ اما ماده ۸۷۳ قانون مدنی مطابق مقررات فقه مدنی از حکم قاعده عدم توارث دو نفری که تقدم و تأخر فوت آنان مجهول است، موردی را که سبب فوت آنان غرق و هدم باشد، استثناء نموده و هر یک را وارث دیگری شناخته است. این در حالی است که دو استثنای یادشده، مخالف با اصل و قاعده عمومی حاکم بر ارث در فقه و حقوق است؛ بر این اساس سؤالاتی به ذهن متبادر می‌شود که عمده‌ترین آن‌ها، پرسش از ملاک حکم توارث است که سبب شده دو مورد مذکور به عنوان استثناء در نظر گرفته شود؛ و هم چنین این که آیا این حکم قابلیت تعمیم در موارد مشابه را که تقدم و تأخر فوت اشخاص مجهول است، دارد یا خیر؟

با عنایت به اهمیت موضوع و ضرورت بررسی جامع و شفاف آن، پژوهش حاضر با مراجعه به متون فقهی عامه و خاصه از طریق مطالعه تطبیقی در حقوق اسلامی سعی نموده دیدگاه مشهور فقها را که تفسیر مضیق از ادله دارند، مورد نقد و بررسی قرار دهد و از رهگذر تضعیف دلایل ایشان و تقویت نظریه مخالف، ضرورت اصلاح ماده ۸۷۳ قانون مدنی را آشکار سازد.

کلید واژه‌ها: توارث، غرق شده‌ها، زیر آوار رفته‌ها، مشتبه بودن تقدم و تأخر فوت، ماده ۸۷۳ قانون مدنی.

* . تاریخ وصول: ۱۳۹۰/۶/۲۰؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۰/۱۱/۲۳.

^۱ . نویسنده مسئول.

درآمد

از شرایط اساسی ارث‌بری وارث از مورث، تقدم موت مورث از وارث است؛ به طوری که لازم است وارث بعد از موت مورث مدتی هرچند کوتاه زنده باشد. بنابراین اگر موت دو متوارث نسبت به هم مجهول باشد به جهت معلوم نبودن تقدم و تأخر زمانی مرگ هر یک، توریث حاصل نیست. قانون مدنی با در نظر گرفتن این شرط در ماده ۸۷۳ مقرر داشته: «اگر تاریخ فوت اشخاصی که از یکدیگر ارث می‌برند، مجهول و تقدم و تأخر هیچ یک معلوم نباشد، اشخاص مزبور از یکدیگر ارث نمی‌برند، مگر آن‌که موت به سبب غرق و هدم واقع شود که در این صورت از یکدیگر ارث می‌برند.»

فرض قانونگذار در صدر ماده بر این قرار گرفته که حکم به توارث، منوط به تحقق شرط ارث‌بری - زنده بودن وارث در حین موت مورث - است؛ اما ایشان در ذیل همین ماده به پیروی از دیدگاه فقهی توارث افرادی که در حادثه‌ای غرق یا در اثر هدم و خرابی وفات یافته‌اند در صورت مجهول تقدم و تأخر موت آن‌ها، مستثنی و حکم به توارث دادند؛ البته این استثنا از دو جهت قابل تأمل و مذاقه است: ابتدا، استثنای مزبور با قاعده عمومی باب ارث - زنده بودن وارث در هنگام موت مورث - ناسازگار است و با سازوکار اجرایی عدالت که حکم به یکسانی و هماهنگی در موارد مشابه می‌کند متفاوت می‌باشد و دوم، فرضی است که مطابق دیدگاه گروهی از فقها باید تفسیر محدود شود تا انحراف از قاعده مذکور به حداقل آن کاهش پیدا کند و مطابق عقیده‌ای دیگر، استثنای غرق و هدم دو حادثه شایع و سنتی هستند و بیان آن دو را در لسان شریعت ذکر غالب افراد و نه انحصار مورد تفسیر کرده‌اند. بر این اساس، تفاوت تفاسیر متفاوت از نصوص و توجه به این که نظام سیاسی حکومتی جامعه در صدد است تا فقه پویا را در همه عرصه‌ها در جهت رفع مشکلات اجتماعی زمان حاضر حیات بخشد، بهانه‌ای شد تا نگارنده در جهت ارائه راه حل متناسب با ابتلای زمانی در موارد مشابه غرق و هدم با نگاهی عمیق، مصون از جمود و ظاهرگرایی به نصوص و با دید انفعالی - البته حق گرایانه - به تجزیه و تحلیل مسئله بپردازد تا به یاری حق تعالی به استنباطی روشن و درست فقهی دست یازد و ماحصل آن را در این سطور ارائه دهد.

مفهوم غرق و مهدوم‌علیهم

در وهله اول آن‌چه در این‌جا به عنوان مبادی بحث از اهمیت قابل ملاحظه‌ای برخوردار

است، شناخت دقیق مفاهیم و مصادیق غرق و مهدوم علیه به کار رفته در نصوص روایی و ماده قانونی است؛ از این جهت که منظور شارع و قانونگذار از دو لفظ غرق و مهدوم چیست و این که آیا هر نوع وفاتی که به سبب خفه شدن به وسیله آب و یا ریزش هر شیء بر روی فرد اتفاق می افتد، مصادیق غرق و انهدام هستند تا مشمول حکم توارث باشند یا خیر؟ برای تبیین سؤالات حاضر، مسئله را از جهت فهم لغوی و عرفی بررسی می کنیم:

عَرَقی در زبان عربی جمع «غریق» از ماده «غرق» است. مانند «مرضی» که جمع مریض است. خبرگان لغت عرب «غریق» را این طور تعریف کرده اند: «غرق با کسر راء یعنی در آب فرو رفتن و غریق یعنی غرق شده و زیر آب رفته» (ابن منظور، ۲۸۳/۱۰؛ طریحی، ۳۰۶/۳). در تعریفی دیگر آمده: «غرق در اصل وارد شدن آب در سوراخ بینی تا اندازه ای که منافذ آن را پر کند و غرق جمع غریق یعنی غرق شدن گروهی» (زبیدی، ۳۳/۷). در زبان فارسی نیز غرق به معنای «در آب فرو رفتن و خفه شدن، آب از سر گذشتن» تعریف شده است (معین، ۲۴۰۴/۲). نتیجه ای که از تعریف لغوی غریق (ج. غرق) به دست می آید، این است که در تحقق عنوان غرق وجود دو قید شرط است: فرو رفتن در آب و دیگری مردن، یعنی کسی که در آب غرق و وفات یافته باشد؛ بنابراین اگر شخصی در حال نوشیدن آب به علت ورود آب در ریه اش خفه شود، نسبت به او عنوان عَرَق صدق نمی کند. حاصل آنکه ظهور عرفی عنوان غرق نیز مؤید این می باشد؛ زیرا در عرف به کسی غریق اطلاق می شود که خفگی او به سبب ورود آب در ریه اش در حالت قرار داشتن در یک مکان عمیق به وجود می آید (شهیدی/۶۰).

مهدوم علیهم، اسم مفعول از ماده «هدم» است. برای درک این که واژه مهدوم علیهم در چه معنایی ظهور دارد، لازم است در معنای ماده آن تأمل شود. دانشمندان لغت عرب «هدم» با فتح دال و سکون راء به «خانه ویران شده» (ابن منظور، ۶۰۳/۱۲؛ زبیدی، ۹۹/۹) و «آنچه از لبه چاه خراب شده و به داخل چاه ریخته باشد» (ابن سکیت، ۴۰۷) تعریف کرده اند. مستفاد از تعریف های فوق این است که عنوان هدم تنها به تخریب شدن یک ساختمان یا اجزای یک بنا مانند دیوار اطلاق می گردد؛ بنابراین، مثلاً افتادن درخت یا ریزش بهمن را نمی توان از مصادیق انهدام دانست. علاوه بر ظهور لغوی هدم که ناظر به خرابی و آوار ساختمان و بنای خانه است، ظهور عرفی هدم نیز عبارت است از ویران و متلاشی شدن یک مجموع مرکب که عرفاً ظهور در خراب شدن یک ساختمان یا اجزای آن مانند سقف دارد.

شرائط معتبر در توريث غرق شده‌ها و زیر آوار رفته‌ها

انتقال قهری و تحقق ارث در افرادی که در اثر غرق و هدم می‌میرند، منوط به اجتماع شرایطی در هر یک از آنها است که از لابلای کتب فقهی قابل دست‌یابی است. این شرایط عبارتند از:

اول: برای هر دوی آنها یا تنها برای یکی از آن دو مالی وجود داشته باشد؛ زیرا موضوع ارث بردن دو نفر از همدیگر، مال بوده و در صورتی که مالی وجود نداشته باشد، سالبه به انتفای موضوع خواهد بود (ابن فهد حلی، ۴/۴۳۱؛ نجفی، ۳۹/۳۰۶).

دوم: سبب مرگ همه آنها باید متحد باشد، مانند این که همه آنها در یک ساختمان زیر آوار رفته یا در یک کشتی با هم غرق شده باشند (مغنیه، ۵۴۲)؛ البته اشکالی که ذیل این شرط وارد است اینکه ظاهر روایات هیچ دلالتی بر تحقق موت ناشی از یک سبب واحد ندارد؛ زیرا اطلاق روایات خلاف آن را حکم می‌کند.

سوم: میان آنها توارث و ارث‌بری باشد (سلار، ۲۶۶؛ ابن طی فقعی، ۲۷۱)؛ به دیگر سخن، موجبات و موانع ارث از انتقال ارث به هر یک از آنها جلوگیری نکنند.

چهارم: معلوم نباشد کدام یک از آنها زودتر یا دیرتر از دیگری مرده است؛ که در غیر این صورت اگر تاریخ فوت معلوم باشد، از یکدیگر ارث نمی‌برند (شیخ طوسی، ۶۷۴؛ محقق حلی، ۴/۸۴۶؛ شهید ثانی، ۱۳/۲۶۹). مفهوم مخالف این جمله از دو حال خارج نیست یا متوارثان توأمان و در یک زمان مرده‌اند که به جهت عدم تحقق شرط لزوم تأخر حیات وارث از حیات مورث، توارث منتفی است و یا این که با تقدم و تأخر فوت کرده‌اند که تنها مؤخر - الموت از مقدم الفوت ارث می‌برد.

بیان اقوال فقیهان درباره توارث غرق شده‌ها و زیر آوار رفته‌ها

پیش از بررسی ادله ارث‌بری غرق شده‌ها و زیر آوار رفته‌ها، به تبیین دیدگاه‌های فقهی در این مسئله می‌پردازیم.

در رابطه با مسئله مورد بحث دو دیدگاه مقابل هم در میان مذاهب فقهی اسلام وجود دارد: دیدگاه نخست اعتقاد قاطبه فقهای امامیه و فقهای حنابله است که از مفردات این مذهب در میان مذاهب فقهی اهل سنت می‌باشد؛ مطابق این دیدگاه و برخلاف قواعد اولیه حاکم بر باب ارث، کسانی که در حادثه‌ای غرق شده یا زیر آوار مردند، به شرط مشتبّه بودن تاریخ فوتشان

از یکدیگر ارث می‌برند. اما در مقابل، فقهای حنفیه، مالکیه و شافعیه بر نفی توارث این افراد حکم کردند. به اتفاق، فقهای امامیه - رحمهم الله - یکی از شرایط ارث بردن دو نفر از یکدیگر، علم به مؤخر بودن حیات وارث از حیات مورث است؛ بنابراین اگر هر دو با هم بمیرند یا معلوم نباشد، مرگ کدام یک زودتر بوده است، ارثی در کار نخواهد بود؛ اما از این حکم، توارث کسانی که در حادثه‌ای غرق شده یا در اثر خرابی و آوار مرده‌اند - در صورت مجهول بودن فوت مقدم یا مؤخر - با دلیلی که جلوتر خواهد آمد، امری ثابت نزد آنهاست. ذیلاً به اختصار قول چند تن از فقهیان شیعه که تقریباً با عبارات مشابه بیان شده اشاره می‌کنیم:

شیخ صدوق در المقنع می‌نویسد: «هرگاه گروهی که میان آنها قرابت و خویشاوندی است، غرق شوند یا دیواری بر روی آنها فرو ریزد و ندانیم کدام یک از آنها قبل از دیگری وفات یافته است، حکم در این مورد این است که از یکدیگر ارث می‌برند» (۵۰۵).

شیخ مفید نیز مشابه سخن صدوق، به توارث غرق‌شده‌ها و زیر آواررفته‌ها فتوا داد (۶۹۸). صاحب مبسوط و نهاییه می‌نویسد: «هرگاه اشخاصی که از یکدیگر ارث می‌برند، در زمان واحدی غرق شوند، یا دیواری بر روی آنها خراب شود و حوادثی مانند این‌ها، به طوری که ندانیم کدام یک از آنها قبل از دیگری مرده است از همدیگر نسبت به اصل ترک قبل از تقسیم، ارث می‌برند» (نهاییه، ۶۷۴ و مبسوط، ۱۱۸/۴).

همچنین سلاّر در مراسم العلویه (۲۲۶)، ابن ادریس در سرائر (۳۰۰/۳)، محقق حلی در شرایع الاسلام با اختصاص فصلی جدا به این مسئله (۸۴۶/۴)، علامه حلی در آثار خود (قواعد الأحکام، ۳/۳۹۹؛ تحریر الأحکام، ۵/۸۲؛ مختلف الشیعه، ۹/۹۹)، فرزند علامه در ایضاح الفوائد (۴/۲۷۶)، ابن فهد حلی در مهذب البارع (۴/۴۳۱)، محقق سبزواری در کفایة الأحکام (۲/۸۷۹)، مقدس اردبیلی در مجمع الفائده (۹/۵۲۴) و دیگران (فاضل هندی، ۹/۵۲۴؛ خویی، ۲/۳۸۰؛ شیخ انصاری، ۱۹۳؛ روحانی، ۲۴/۴۹۲؛ امام خمینی، ۲/۴۰۱). نیز با عباراتی قریب به هم، حکم به توارث غرق و مهدوم علیهم کرده‌اند.

با توجه به عبارات نقل شده از فقها در این باره و رجوع بدان‌ها، این نتیجه حاصل می‌شود که ارث غرق‌شدگان و زیر آواررفته‌ها از یکدیگر هر چند خلاف قاعده کلی در باب ارث (حیات وارث هر چند به اندازه لحظه‌ای کوتاه بعد از وفات مورث) است؛ اما شهرت این حکم به حدی است که برخی به طور صریح مدعی اجماع بر آن شده‌اند (شهید ثانی، ۱۳/۲۶۹؛ نجفی، ۳۰۶/۳۹؛ طباطبایی، ۱۲/۶۵۵؛ محقق نراقی، ۱۹/۴۵۵).

مفاد ادله توارث غرق شده‌ها و زیر آواررفته‌ها

مقتضای قاعده اولیه باب ارث

قبل از پرداختن به ادله توارث غرق شده‌ها و زیر آوار رفته‌ها، شایسته است مقتضای قاعده اولیه را در فرضی که مرگ متوارثان در یک زمان اتفاق می‌افتد و تقدم و تأخر موت مشتبّه است، مشخص کنیم:

مقتضای قاعده اولیه حاکم در باب ارث، عدم توارث غرق شدگان و زیر آوار ماندگان از یکدیگر است؛ چرا که به اتفاق فقهای امامیه (رک: طباطبائی، ۱۲/۶۵۵) و آن‌طور که قانونگذار ایران نیز بدان تصریح دارد (ماده ۸۷۵ ق. م.) شرط توارث، علم به تقدم موت مورث از وارث است؛ بنابراین در صورتی که زنده بودن وارث، حین فوت مورث مورد شک و شبهه باشد نمی‌توان حکم وراثت جاری نمود؛ زیرا شک در وجود شرط، مستلزم شک در وجود مشروط است و با انتفاء شرط وجود مشروط منتفی می‌شود؛ همچنان که مقتضای اصل عملی در مسئله و در فرض شک در بقای حیات، به استناد اصل استصحاب، توارث میان مردگان را ناممکن می‌سازد؛ به این تقریر که اگر اصل تأخر حادث (مرگ) درباره یکی از افراد مشتبّه الموت این حکم را القاء کند که او در زمان موت دیگری زنده بوده است، اجرای اصل درباره دیگری هم همین نتیجه را به دنبال دارد: نتیجه‌ای که با اثر نتیجه نخست و بالعکس تعارض دارد (یعنی یک شخص نمی‌تواند در یک زمان هم زنده فرض شود و هم مرده)؛ بنابراین اجرای اصل تأخر حادث در مورد تمام افراد مشتبّه الموت موجب تعارض و تساقط این اصل می‌شود (اذا تعارضتا تساقطا)؛ لذا به جهت سلب اعتماد از اصل یاد شده، حکم توارث جاری نیست.

مقتضای قاعده ثانویه

اکنون برای استدلال به حکم توارث غرق شده‌ها و زیر آوار رفته‌ها، موضوع را از جهت دلیل نقلی و غیر آن دنبال می‌کنیم:

۱) روایات

در مورد مشروعیت حکم توارث غرق شده‌ها و زیر آوار رفته‌ها به عنوان استثنایی بر قاعده عمومی باب ارث - که شارع مقدس بدون اعتبار عقل اقدام به اعتبار مالکیت برای آن‌ها کرده است - روایات بی‌شمار متواتر یا مستفیض با ابواب متعدد در کتاب‌های روایی وارد شده است (رک: حر عاملی، ۲۶/۳۰۷) که نوعاً دو دسته هستند: دسته‌ای متکفل بیان حکم هر دو قسم غرق و مهدوم علیهم در یک عبارت، مطابق با سؤال سائل از معصوم (ع) می‌باشند و

دسته‌ای دیگر حکم توارث غرق‌شده‌ها و زیر آواررفته‌ها را در عبارات جداگانه بیان داشته‌اند. اکنون به یک نمونه از روایت مورد استناد همراه با بررسی سند آن اشاره می‌شود.

عبدالرحمن بن حجاج بجلی - که از اصحاب و محدثان بزرگ است - از امام صادق (ع) نقل می‌کند: «حجاج گوید: از امام (ع) درباره جماعتی که سوار در کشتی غرق می‌شوند یا خانه‌ای بر روی آن‌ها خراب می‌شود و می‌میرند، اما معلوم نیست که کدام یک از آن‌ها ابتدا مرده است، سؤال کردم. امام (ع) در پاسخ فرمودند: «از یکدیگر ارث می‌برند» (کلینی، ۱۳۶/۷). شیخ صدوق هم روایتی به همین عبارت با سند ابن محبوب از عبدالرحمن حجاج نقل کردند (شیخ صدوق، ۳۰۶/۴). هم چنین شیخ حر عاملی به سند أبان بن عثمان از عبدالرحمان بن أبی عبدالله از امام صادق (ع) مشابه همین روایت را آورده است (رک: ۳۰۵/۲۶).

نگاهی به سند حدیث

به رغم این‌که محدثان و فقیهان امامیه روایت مذکور را در زمره احادیث صحیح و سلسله روایان آن را ثقه می‌دانند و بر اساس آن فتوا دادند، اما مقدس اردبیلی (ره) عبدالرحمان بن حجاج را به جهت این‌که به مذهب کیسانیه متهم بود، تضعیف می‌کند و روایت مذکور را ضعیف می‌شمارد. وی می‌نویسد: «عبدالرحمان بن الحجاج و فیه شیء و إن قیل: إنه رجع عن الکیسانیه إلی الحق و هو ثقة، لانه نقل فی مشیخة الفقیه أنه إذا ذکر عند أبی الحسن علیه السلام قال: إنه لثقیل علی الفؤاد. و غیر معلوم کونه قبل الرجوع عن الکیسانیه، و أنه نقل الروایة بعدها» (۵۲۵/۱۱). عبارت «فیه شیء» در عبارت فوق گویای اعتقاد ایشان بر عدم وثاقت عبدالرحمان به جهت داشتن مذهب کیسانیه است و به دنبال آن هم عبارت کسانی که بر این باورند عبدالرحمان از کیسانیه به مذهب امامیه رجوع کرده در قالب «ان قیل» بیان کرده که این هم نشان از ضعف این عقیده در نزد او دارد.

در جواب از این اشکال باید گفت: اولاً با رجوع به مصادر رجالی شیعه یقین حاصل می‌شود که نه تنها علمای رجال عبدالرحمان بن حجاج را تعظیم و تجلیل کرده و او را ثقه می‌دانند و علمای حدیث به روایات او اعتماد نموده‌اند؛ بلکه امامان معصومی که عبدالرحمان از آن‌ها روایت نقل می‌کرد زبان به مدح او گشودند. به عنوان مثال، امام صادق (ع) به او فرمودند: «با اهل مدینه سخن بگو، من دوست دارم در میان شیعیان من مانند شما باشند.» یا جمله مدحی «إنه لثقیل علی الفؤاد؛ عبدالرحمان بن حجاج بر دلها سنگینی می‌کند» که امام کاظم (ع) در وصف ایشان فرمودند، دلالت بر مکانت و عظمت ایشان در نزد امام (ع) دارد (رک: ۳۰۵/۲۶).

خویی، ۳۴۳/۱۰). مرحوم نجاشی از نقادان و از صاحب نظران علم رجال در کتاب رجالش که نشان از توثیق عبدالرحمان نزد ایشان دارد، می‌نویسد: «عبدالرحمان بن حجاج کوفی از موالیان بجيله است و در بغداد سکونت داشت. او متهم بود که مذهب کیسانیه دارد؛ اما بعد از این عقیده دست برداشت و به امامت ائمه اطهار - علیهم السلام - اعتقاد پیدا کرد. او از امام صادق، کاظم و رضا - علیهم السلام - روایت می‌کند و بسیار موثق است» (۲۳۸).

ثانیاً بر فرض قبول ضعف سند روایت، شهرت روایی (رک: کلینی، ۱۳۶/۷؛ شیخ صدوق، ۳۰۶/۴؛ طوسی، تهذیب الأحکام، ۳۶۱/۹؛ حر عاملی، ۳۱۰/۲۶) و عمل فقها و إفتاء بر اساس آن به اندازه‌ای است که ضعف روایت تا حد عالی جبران شود.

و مانند روایت بالا، صحیحۀ محمد بن مسلم از امام محمد باقر (ع)، صحیحۀ محمد بن قیس از امام صادق (ع) و عبید بن زراره از همان حضرت (رک: طوسی، تهذیب الاحکام، ۳۵۹/۹ و ۳۱۰ و ۳۶۱) و همچنین روایت عبدالرحمن بن أبی عبدالله از امام صادق (ع) (حر عاملی، ۳۰۸/۲۶) و فضل بن عبدالملک از همان حضرت (همان، ۳۰۸/۲۶) با عبارات و مضامین مشابه در این باره وارد شدند.

با رجوع به روایات این باب روشن می‌شود که توارث غرق‌شده‌ها و زیر آواررفته‌ها از نظر مدرک روایی استوار و خدشه‌ناپذیر است و مفاد و مضمون همگی آن‌ها دلالت روشنی بر مشروعیت توارث میان این افراد دارند.

۲) اجماع

برخی از فقیهان امامیه دلیل اجماع را برای مشروعیت حکم توارث طرح کردند که عبارت دو تن از مدعیان اجماع را ذکر می‌کنیم:

تا آن‌جا که استقصا شد، شهید ثانی نخستین کسی است که دلیل استثنای توارث غرق‌ی و مهدوم‌علیهم از قاعده عمومی باب ارث را - در کنار نصوص روایی - اجماع قرار داده است و می‌نویسد: «از شرایط ارث بردن دو نفر از همدیگر آگاهی از تأخر حیات وارث نسبت به حیات مؤرث است؛ لذا اگر هر دو با هم فوت کنند یا تأخر و تقدم مرگ آن دو نسبت به هم معلوم نباشد، ارثی در کار نخواهد بود. از این حکم تنها یک صورت با نص و اجماع استثناء شده و آن اتفاق موت با غرق و هدم است» (شهید ثانی، ۲۶۹/۱۳). هم چنین صاحب جواهر در کنار اخبار، هر دو قسم اجماع - محصل و منقول - را برای مشروعیت حکم توارث غرق‌شده‌ها و زیر آواررفته‌ها مطرح کردند (۳۰۶/۳۹).

ارزیابی اجماع

اشکال اساسی که بر دلیل حاضر وارد می‌باشد، بدین شرح است:

اول این که این اجماع مدرکی است و از این رو حجت نیست؛ زیرا حجیت اجماع نزد فقهای امامیه مشروط به استقلال آن در کشف قول معصوم (ع) است و اجماعی این چنین است که قول مورد اجماع جز خودش، نباید مستند و مدرکی داشته باشد و علاوه بر این حتی احتمال مدرک هم نرود. اما اجماع مطروحه در مسئله مورد بحث، نه تنها محتمل المدرک بلکه معلوم المدرک (بنا بر روایات یاد شده) است؛ بنابراین اجماع مورد استناد به جهت مدرکی بودن نمی‌تواند معقد حکم توارث غرق شده‌ها و زیر آواررفته‌ها باشد.

دوم اینکه این اجماع، اجماع منقول است و بر اساس مبانی محققان اصولی، اجماع منقول در صورتی که به شکل خبر واحد باشد، اعتباری ندارد و مفید قطع به رأی معصوم (ع) نخواهد بود مگر آن که درباره آن مسئله، اجماع منقول به حدی باشد که به نحو تواتر واقع شود (رک: مظفر، ۱۰۲/۲)؛ اما در مسئله محل بحث تنها صاحب جواهر این نوع اجماع را مطرح کرده و به منزله اجماع منقول به خبر واحد است و حجت نیست.

با توجه به مطالب پیش گفته روشن می‌شود که عمده دلیل بر مشروعیت حکم توارث غرق شده‌ها و زیر آواررفته‌ها همان نصوص وارده در این باب باشد و اجماع مطروحه به عنوان یکی از مبانی مشروعیت توارث - به جهت مدرکی بودن - واجد اهمیت چندانی نبوده و به عنوان دلیل مستقل قابل تمسک نیست؛ پس نزدیک‌تر به واقع این است که بپذیریم اجماع ادعا شده مبنی بر جواز توارث غرق شده‌ها و زیر آواررفته‌ها تنها در حد یک شهرت قابل استناد است.

گستره حکم غرق و مهدوم علیهم

تحریر محل بحث

بعد از اثبات حکم توارث غرق شده‌ها و زیر آواررفته‌ها، اکنون به این سؤال می‌پردازیم که اگر افرادی در زمان واحد وفات یابند - به طوری که تقدم و تأخر موت آن‌ها معلوم نباشد - و علت مرگ، مستند به غیر غرق و انهدام مانند حوادث طبیعی چون آتش‌سوزی و امراض یا غیرطبیعی مثل میدان جنگ، تصادفات، سقوط هواپیما و هر آنچه که امروزه متداول است، باشد آیا می‌توان حکم غرق و هدم را در مورد این افراد تعمیم داد و آن‌ها را مشمول این حکم

دانست؟ یا باید بگوییم که استثناء از قاعده کلی باب ارث تنها مختص به مواردی که وفات به سبب غرق شدن یا مهدوم شدن باشد، جاری و ساری است.

آراء و نظریات

در جواز تعمیم حکم توارث یا عدم آن در موارد مشابه میان فقهای امامیه دو عقیده مطرح است:

عقیده اول که قول مشهور فقهای امامیه در این باره است، قائل به اختصاص حکم توارث تنها برای غرق و مهدوم علیهم هستند و تعمیم آن را بلاسبب می دانند. در رأس این عقیده شیخ مفید (۶۹۹)، علامه حلی (تبصره المتعلمین، ۲۳۴؛ تحریر الاحکام، ۸۲/۵)، شهید اول (۳۵۳/۲) و شهید ثانی (الروضة البهیة، ۲۱۳/۸؛ مسالک الافهام، ۲۷۳/۱۳) قرار گرفته اند و از متأخر متاخران چون فاضل هندی (۳۱۲/۲)، محقق نراقی (۴۶۲/۱۹)، صاحب جواهر (۳۰۸/۳۹) و شیخ انصاری (۱۹۳) از طرفداران این نظریه هستند.

عقیده دوم بر خلاف نظر مشهور حکم کردند و حکم غرق و مهدوم علیهم را به سایر موارد به جهت مشترک بودن در علت حکم - مشتبّه بودن تقدم و تأخر زمان مرگ - تسری دادند. طرفداران این عقیده از فقهای سلف، شیخ طوسی (۴۶۰)، ابن جنید اسکافی (به نقل از مختلف الشیعه، ۱۰۲/۹) و حلی (۳۷۶) می باشند و از فقهای معاصر، مرحوم امام خمینی (۴۰۱/۲) و مرحوم فاضل لنکرانی (۴۹۴) این نظر را تقویت کردند.

در کنار دو عقیده بالا، برخی هم مانند محقق حلی در شرایع الاسلام (۸۴۶/۴) و مختصر النافع (۲۶۷)، ابن فهد حلی در مهذب البارع (۴۳۱/۴) و صاحب ریاض المسائل (۶۵۵/۱۲) در این مسئله تردید کرده و حکم صریحی ندادند.

در میان مذاهب فقهی اهل سنت هم درباره حکم توارث غرق شده ها و زیر آواررفته ها و گستره آن، دو دیدگاه متقابل وجود دارد که مذاهب فقهی حنفی، مالکی و شافعی جواز توارث را به طور کلی مطرود می دانند؛ ولی فقهای حنابله به جواز توارث و تعمیم آن حکم دادند که بیان نظرات و ادله دو طرف در جای خودش خواهد آمد.

الف) بیان اقوال فقهای امامیه و مفاد ادله آنها

۱. قول مشهور: همان طور که پیش تر گفته شد مشهور فقهای امامیه حکم توارث غرق و

مهدوم علیهم را به دلیل خلاف قاعده بودن به این دو مورد اختصاص داده و در هیچ یک از مرگ‌هایی که تقدم و تأخر آن‌ها مجهول است، تسری ندادند. ذیلاً به کلام چند تن از ایشان اشاره می‌کنیم:

شیخ مفید در المقنعه به صراحت بیان می‌دارد که حکم غرق و هدم تنها اختصاص به مورد خودش داشته و تعمیم آن به موارد دیگر جایز نیست؛ لذا می‌نویسد: «هرگاه گروهی از متوارثان به غیر سبب غرق و هدم توأمان بمیرند، از یکدیگر ارث نمی‌برند بلکه ترکیه هر یک به وراثت زنده آنان داده می‌شود» (۶۹۹).

علامه حلی می‌گوید: «هل یثبت هذا الحكم مع حصول الموت بسبب غیر الغرق و الهدم مما یحصل معه الاشتباه بالقتل و الإحراق؟ فیہ نظر أقربہ السقوط، لأن شرط التوریت حیاة الوارث بعد مورثه و هو غیر معلوم» (تحریر الأحکام، ۸۲/۵). عبارت «أقربہ السقوط» در کلام علامه مشعر بر این نکته است که چون شرط توریث، حیات وارث بعد از مرگ مورث است و در اموری مانند قتل و آتش‌سوزی که تقدم و تأخر زمانی موت افراد مشتبه و مشکوک می‌باشد، قول نزدیک‌تر به واقع را سقوط حکم دانستند.

شهید ثانی در مسالک قائل به عدم اطراد و جامعیت حکم توارث در مرگ‌هایی که با اسبابی غیر از غرق و هدم اتفاق می‌افتد، هستند؛ زیرا در نظر ایشان اگر قائل به توارث در این اسباب شویم، این مخالف با اصلی خواهد بود که دلالت بر توقف ارث بر وجود حیات وارث از مورث می‌کند. پس لازم است در این موارد بر مورد دلیل و موضع وفاق - توارث غرق و مهدوم علیهم - اقتصار شود (۲۷۰/۱۳).

صاحب جواهر پس از بیان نظر فقهای امامیه در این خصوص در جان کلامش گفته است: «و هو الأقوی اقتصاراً فیما خالف الأصل علی المتیقن» (۳۰۹/۳۹).

در این جا از بیان عبارات قائلان به عدم جواز تعمیم بسنده کرده و مفاد ادله آن‌ها را پی می‌گیریم.

ادله قائلان به عدم جواز

الف) روایت مرسلی که ابن علامه نقل کردند و مورد تمسک مشهور فقها در این خصوص قرار گرفته است. در نقل ایشان آمده: «قد روی أن قتلی الیمامه و قتلی الصفین و الحره لم یورثوا بعضهم من بعض بل ورثوا الأحياء» (۲۷۷/۴).

با توجه به این که عمده استدلال استدلال کنندگان به این روایت است، اشکالاتی وجود دارد که باعث تضعیف استدلال به روایت می شود:

اولاً: این روایت بیش از یک روایت مرسل نیست و در غایت ضعف است که عدم حجیت آن به جهت مجهول السند بودن و قابل استناد نبودنش امری ضروری و بدیهی است؛ زیرا سند این روایت مشخص نیست و نبودن سند روایت در نزد محققان و کسانی که در طریق استنباط احکام شرعی قدم بر می دارند، مسئله ای غیر قابل اغماض است و هم چنین نکته مهم تر و اساسی تر که انسان را از اعتماد به روایت فوق و می دارد این که روایت در هیچ یک از کتاب های روایی شیعه نقل نشده است.

جواب از اشکال: بنا بر قاعده «عدم الوجدان لایدل علی عدم الوجود» نیافتن حدیث مذکور در مجامع روایی دلیل بر عدم آن نیست ولی بیانش در کتب فقها، آن را در زمره احادیث مرسل قرار می دهد و چنانچه روایت مرسل مستند فتوای فقهای زیادی قرار بگیرد، ضعف سندی آن با شهرت عملی اصحاب جبران می شود؛ پس اشکالی از حیث ضعف و ارسال سند، بر حدیث فوق مترتب نیست.

در پاسخ به جواب فوق می گوئیم که مشهور اصحاب به آن عمل نکردند تا ضعف آن جبران شود؛ زیرا چطور می شود که مشهور فقهای امامیه به روایت عمل کرده باشند، در حالی که فقهای بزرگی چون شیخ طوسی (۴۶۰)، ابن جنید اسکافی (به نقل از مختلف الشیعه، ۱۰۲/۹)، سار ديلمی (۲۲۶)، حلبی (۳۷۶)، و ابن حمزه طوسی (۴۰۰) برخلاف آن فتوا داده و عمل کرده باشند؛ لذا عدم عمل متقدمان، اهمیت شهرت را مخدوش می سازد.

ثانیاً: از حیث دلالتی، حدیث یاد شده تنها در صدد بیان حکم عدم توارث در خصوص افرادی است که موت آن ها در جنگ و کارزار اتفاق افتاده باشد و از آن جا که اصل در هر قیدی احترازی بودن آنست، لذا استدلال به حدیث از جهت دلالتی هم محدود از مدعای آن ها در عدم امکان تعمیم حکم توارث به سایر موارد مشابه است.

ثالثاً: از جهت انتساب هم مخدوش است؛ یعنی معلوم نیست عمل این دسته فقها طبق و وفق این خبر باشد؛ زیرا ممکن است عدم سرایت توارث غرق و مهدوم علیهم به سایر موارد از باب تمسک به قدر متیقن باشد نه عمل به مفاد خبر.

ب) لزوم اکتفا به قدر متیقن در جایی که حکم توارث خلاف قاعده باشد (علامه حلی، مختلف، ۱۰۳/۹؛ شهید ثانی، مسالك، ۲۷۰/۱۳؛ مقدس اردبیلی، ۵۳۰/۱۱؛ نجفی، ۳۰۹/۳۹): بدین

تقریر که حکم توارث غرق شده‌ها و زیر آواررفته‌ها برخلاف اصل اولی در باب ارث - احراز حیات وارث بعد از فوت مورث - می‌باشد؛ و حال آن‌که دلیل خروج دو عنوان «غرقی» و «مهدوم» علیهم از اصل اولی و ایجاب حکم توارث در مورد آن‌ها، احادیث و اجماع فقها است؛ لذا با شک در شمول عناوین مذکور از آنجا که توارث خلاف اصل است اخذ به قدر متیقن مفهوم، می‌شود و باید به همان موردی که منصوص است اکتفا کرد و درباره سایر مرگ‌های سبب دار اصل عدم توارث را حاکم دانست.

در جواب از این دلیل، توجه به نکات زیر روشن می‌سازد که شمول استثناء در مورد سایر مرگ‌های سبب‌دار موافق با اعتبار نقلی و عقلی است:

نکته اول: اجماعی بودن حکم توارث غرق شده‌ها و زیر آواررفته‌ها را نمی‌پذیریم؛ زیرا بطلان اجماع به عنوان دلیلی مستقل در کنار روایات برای مشروعیت حکم توارث غرق شده‌ها و زیر آواررفته‌ها در محالش به طور مفصل مورد بحث قرار گرفته؛ لذا نمی‌تواند حجت و دلیل قاطعی برای قائلان به عدم جواز تعمیم حکم باشد تا گفته شود مسئله توارث غرق شده‌ها و زیر آواررفته‌ها اجماعی بوده و سایر مرگ‌های سبب دار داخل در موضوع حکم اجماع کنندگان نیست.

نکته دوم: اگر چه قدر متیقن روایات، حکم توارث غرق شده‌ها و زیر آواررفته‌ها است؛ اما باید خاطر نشان گردد که ذکر آن دو در روایات از باب حصر نبوده، بلکه یا از باب اغلیت مورد و یا مصادیق عرفی و خارجی عصر صدور روایت هستند و همچنین عنوان هدم و غرق عناوینی نیستند که تعیین مصداق آن حقیقت شرعی داشته باشد؛ زیرا اولاً متبادر از واژه غرق و هدم نیز شامل مواردی مثل غرق به واسطه سقوط هواپیما در آب و ریزش تونل می‌شود و ثانیاً مصادیق یاد شده نسبت به مفاهیمی چون غرق و هدم صحت سلب ندارد و نمی‌توان این مصادیق را از آن مفاهیم سلب کرد؛ البته آن‌چه قابل نقد و تأمل است و به صراحت نمی‌توان آن‌ها را داخل در موضوع بدانیم - برخلاف آن‌چه که یکی از استادان حقوق بدان قائلند (رک: حقوق مدنی (شفعه، وصیت، ارث)، ۱۷۰) - دخول مواردی مثل مرگ متوارثان به سبب سقوط تنه درخت یا ریزش بهمن و مواردی شبیه به این‌ها ذیل هدم است، چون معنای غرق و هدم از چنین مصادیقی متبادر به ذهن نیست. ولی در این میان، آن‌چه مهم است توجه به علت حکم در روایات است که با عبارت «فلا یعلم أیهم مات قبل صاحبه - فلا یدری أیهما مات قبل» بیان شده و ظاهر این دو تعبیر می‌رساند علت حکم، جهل و اشتباه به تقدم و تأخر مرگ است.

مناقشه

اگر علت حکم در روایات را اشتباه در تقدم و تأخر مرگ فرض کنیم و آن را به موارد مشابه تعمیم دهیم، با توجه به عدم تصریح علت حکم در روایات و استنباط آن به عنوان سبب حکم و تعمیم بر اساس آن، قیاسی - مستبط العله - خواهد بود که بطلان و عدم حجیت آن نزد تمامی فقهای امامیه ثابت است (رک: نراقی، ۱۹/۴۶۴؛ نجفی، ۳۹/۳۱۰).

در جواب از اشکال فوق می‌گوییم: تعمیم حکم توارث غرق‌شده‌ها و زیر آواررفته‌ها در مورد سایر مرگ‌های سبب‌دار از باب قیاس مستبط العله نیست، بلکه موضوعاً از آن خارج و داخل در مفهوم قیاس منصوص العله است؛ زیرا مطابق با مبانی اصولی، قیاس منصوص العله دو صورت دارد: یا این‌که علت و سبب حکم در لسان شارع تصریح شده است و یا این‌که علت حکم به طور اشاره و ضمنی بیان می‌شود (مفتاح الکرامه، ۸/۲۶۱)؛ پس هر چند مورد بحث ما خالی از صورت اول است، اما در روایات این باب به طور اشاره ذکر علت شده و آن عبارتست از: یا مطلق اشتباه در تقدم و تأخر مرگ متوارثان و یا تحقق مرگ با اسبابی خاص همراه با معلوم نبودن تقدم و تأخر مرگ وارث و مورث. مؤید این استدلال به عنوان مثال، روایت صحیح عبدالرحمان بن حجاج از امام صادق (ع) است و به طور ضمنی اشاره دارد که حکم توارث دائر مدار علت - فلا یدری ایهم مات قبل - می‌باشد. در این روایت آمده: «سألت أبا عبد الله - عليه السلام - عن بيت وقع على قوم مجتمعين فلا یدری ایهم مات قبل. قال: یورث بعضهم من بعض. قلت: فان أبا حنیفه ادخل فیها شیئا. قال: و ما ادخل؟ قلت: لو أن رجلین أخوین أحدهما مولای و الآخر مولی لرجل، لأحدهما مائة ألف درهم و الآخر لیس له شیء رکبا فی السفینه فغرقا، فلم یدر أيهما مات أولاً، فان المال لورثة الذي لیس له شیء و لم یکن لورثة الذي له المال شیء قال. فقال أبو عبد الله علیه السلام: لقد سمعها و هی كذلك» (کافی، ۱۳۷/۷؛ طوسی، تهذیب الاحکام، ۹/۳۶۰)؛ از امام (ع) درباره خرابی خانه بر سر گروهی که در یک جا جمع بودند و معلوم نیست کدام یک قبل از دیگری مرده، سؤال کردم. امام (ع) فرمودند: از یکدیگر ارث می‌برند. گفتم: ابوحنیفه در این جا [منظور از «این جا» حکم توارث افراد از یکدیگر که ساختمان بر روی آنان خراب شده است] چیزی را داخل کرده است. امام فرمودند: چه کرده است؟ گفتم: ابوحنیفه گفته است اگر دو برادر که یکی مولای من و دیگری مولای شخص دیگری است، سوار بر کشتی غرق شوند و معلوم نباشد کدام یک اول مرده است و یکی از آن دو یکصد هزار درهم داشته و دیگری چیزی نداشته باشد، در این -

صورت مال برای ورثه کسی که چیزی ندارد است و برای ورثه کسی که مالی داشت، چیزی نیست. پس امام(ع) فرمودند: ابوحنیفه این حکم را شنیده؛ و حکم، همین گونه است.

کیفیت استدلال به روایت، استناد به تقریر امام(ع) است که ایشان نه تنها مطلب مذکور را رد نکردند بلکه رضایت و تأییدشان را با صحه بر سخن منقول از ابوحنیفه و فهم راوی ابراز کردند. توضیح اینکه در روایت، امام(ع) ابتداءً حکم توارث در خصوص مهدوم علیهم را بیان فرمودند و راوی بعد از شنیدن حکم بر فتوای ابوحنیفه اعتراض کردند با این دلیل که ابوحنیفه به جهت اشتراک مهدوم علیه و غرقى در جامع و علت، یعنی این که «لا یدری ایهم مات قبل» حکم مهدوم علیه را در مورد غرقى ثابت دانستند و این ظهور دارد که راوی ملاک توارث را اشتباه و معلوم نبودن تقدم و تأخر مرگ فهمیده است و همچنین وقتی که راوی فتوای ابوحنیفه را نزد امام(ع) مطرح کردند امام(ع) بدون اینکه اعتراض نمایند و بگویند ابوحنیفه این دو را با هم قیاس کرده و آنچه که من درباره مهدوم علیهم گفتم درباره غرقى جاری کرده است، آن را با عبارت تأییدآمیز امضاء و تقریر کردند. بدین ترتیب ملاحظه می شود هر چند در این مسئله علت منصوص نیست، بلکه علتی که بدان استدلال شده قطعی و از راه اعتبار منقح گردیده و چنین نیست که از راه گمان و حدس استنباط شده باشد تا در جرگه قیاس های باطل قرار گیرد.

۲. در سوی دیگر دیدگاه مشهور فقها، برخی فقیهان پا را فراتر گذاشته و تعمیم حکم توارث غرقى و مهدوم علیه را برای سایر مرگ های سبب دار که تقدم و تأخر مرگ متوارثان در آن ها مشتبّه است با استناد به دلایلی مشروع دانستند.

شیخ طوسی در این باره می نویسد: «اذا غرق جماعة يتوارثون في وقت واحد أو انهدم عليهم حائط، و ما أشبه ذلك، و لم يعلم أيهم مات قبل صاحبه، و رث بعضهم من بعض من نفس تركته لا مما يرثه من الآخر» (نهایه، ۶۷۴).

عبارت ایشان در دو جا اشاره به تعمیم حکم دارد: یکی در جمله «و ما أشبه ذلك؛ چیزی همانند آن» و دیگری در علتی - لم يعلم أيهم مات قبل صاحبه - که بیان کردند؛ چون ایشان این حکم را برای جایی که تقدم مرگ هر یک از متوارثان بر دیگری ممکن و محتمل است، فتوا دادند. البته لازم به ذکر است در تفسیر معنایی عبارت «و ما أشبه ذلك» می توان دو احتمال مطرح کرد: اول این که بگوییم عبارت ظهور دارد حکم توارث، اختصاص به غرق و هدم نداشته، بلکه نسبت به مرگ هایی که ناشی از اسباب و حوادثی مانند غرق و هدم که تقدم و

تأخر موت متوارثان معلوم نیست جاری است. دوم این که گفته شود شاید منظور شیخ (ره) از عبارت، این باشد که هدم به واسطه چیزی شبیه فرود آمدن دیوار باشد؛ بنابراین ابتدا هدم مورد نظر را یاد آور شده و سپس چیزهایی که مانند آن است بدان ملحق ساخته است.

ابن جنید درباره حکم توارث متوارثینی که تقدم و تأخر زمانی موت آنها معلوم نیست، گفته است: «هرگاه خویشاوندان با هم بمیرند و دلایلی که وفات مورث را قبل از وارث ثابت کند، نباشد از همدیگر ارث می‌برند» (به نقل از: شیخ طوسی، مختلف الشیعه، ۱۰۲/۹). عبارت ایشان دلالت روشنی بر تعمیم حکم در جایی که تقدم و تأخر موت مشتبه است دارد، صرف نظر از این که حادثه‌ای خاص در اسباب مرگ خصوصیت داشته باشد.

ابن حمزه در کتاب الوسيله با تفصیل بیشتر و ذکر مصادیق، مسئله را مورد بحث قرار داده اند، به طوری که تعمیم حکم در موارد مشابه غرق و مهدوم علیه صراحت کلام ایشان است. در عبارت ایشان آمده: «هرگاه دو نفر یا بیشتر با هم غرق شوند یا آتش بگیرند یا زیر آوار بمانند یا در معرکه کشته شوند، حالت آنها از سه وجه خالی نیست: یا اینکه می‌دانیم توأمان و متقارن بوده است یا یکی زودتر از دیگری مرده است یا این که تقدم و تأخر مشخص نیست ... و در مورد سوم هر یک از دیگری از نفس تركه او ارث می‌برد» (۴۰۰ و ۴۰۱). در نظر ایشان ملاک حکم توارث دو چیز است: ۱. تحقق مرگ با اسباب خاص نه مرگ طبیعی ۲. جهل به تقدم و تأخر زمانی مرگ.

هم چنین ظاهر کلام سلار در المراسم العلویه (۲۲۶) و صریح عبارت ابو صلاح در الکافی (۳۷۶)، ابن علامه در ایضاح الفوائد (۲۷۶/۴) و سید یزدی در عروه الوثقی (۶۸۰/۶) اشاره به عدم اختصاص حکم توارث به غرق و مهدوم علیه دارد.

از فقهای معاصر امام خمینی (ره) در مورد حکم مسئله سه وجه را می‌شمارند که در کنار حکم به قرعه و مصالحه با سایر ورثه، تعمیم حکم توارث غرق و مهدوم علیه در موارد مشابه را قوی تر می‌بینند و می‌نویسد: «اگر دو نفر بمیرند و در تقارن و یا تقدم و تأخر موت آنها شک شود، به طوری که تاریخ فوت هیچ یک معلوم نباشد اگر فوت آنها ناشی از سبب غرق و هدم باشد در این که هر یک از دیگری ارث می‌برد اشکالی نیست و اگر سبب موت آنها غیر از این دو سبب باشد در این که باید حکم به قرعه کرد یا مصالحه یا اینجا نیز حکم غرق و آوار را دارد؟ وجوهی است که اقوای آن همین آخری است» (۴۰۱/۲).

مرحوم فاضل لنکرانی در شرح عبارت فوق می‌گوید: سخن در این باره به دو صورت

است یا حکم توارث به جهت برخلاف قاعده بودن، محصور در موضوع غرقى و مهدوم علیه باشد یا این که بپذیریم چون غالباً مرگ افراد در یک زمان بدین شکل موجب جهل و تردید در تقدم و تأخر مرگ متوارثان می شود و این ملاک هم در مرگ هایی که امروزه در زمان ما با اسبابی مانند سقوط هواپیما، تصادف وسایل نقلیه، آتش سوزی و امثال این ها اتفاق می افتد موجود است، حکم غرق و هدم را دارد (۴۹۴).

به نظر نگارنده هم تعمیم حکم توارث در موردی که مرگ به غیر سبب غرق و هدم اتفاق می افتد با دلایلی که ذیلاً بیان می شود به منطق شرع و عقل نزدیک تر است، گرچه مخالف قول مشهور باشد.

مفاد ادله قائلان به جواز

در کنار ادله قول مشهور مبنی بر اکتفاء به قدر متیقن روایات و عدم جواز تعمیم، دلایلی همراه با مفاد نقد و تحلیل دلایل قائلان عدم جواز وجود دارد که مشروعیت حکم توارث افرادی که به غیر سبب غرق و هدم می میرند، مستحکم تر جلوه می کند. عمده این دلایل عبارتند از:

الف) این که گفته شود بعضی از روایات خاصه (آنچه که فخرالمحققین نقل کرده است) پشتوانه محکمی برای قول مشهور است و به فتوای آنها بر عدم جواز تعمیم حکم توارث شهادت می دهد، محل تأمل است؛ زیرا در دلالت سندی و محتوایی روایت چند اشکال مطرح است. روایت با ارسالش در زمره روایات ضعیف می باشد و آنچه در ریاض (۶۵۹/۱۲) و مستند الشیعه (۴۶۳/۱۹) آمده که ضعف سند با شهرت جبران می شود، تام و کامل نیست؛ چون شهرت در صورتی ضعف سند را جبران می کند که روایت مدنظر مستند فتوای فقها قرار گیرد و در غیر این صورت مجرد موافقت فتوا با روایت موجب جبران ضعف سند نخواهد بود. در این مسئله نیز همین گونه است. چون می بینیم مشهور، فتوایشان بر عدم تعمیم به خاطر مخالف بودن مسئله با قاعده عمومی حاکم بر ارث است؛ لذا به مورد منصوص اکتفا کرده و به عدم توارث حکم داده اند؛ پس اگر روایت یادشده در نزد آنها معتبر می بود حتماً مستند فتوای آنها قرار می گرفت، ولی این گونه نیست. علاوه بر این، روایت از جهت محتوایی هم دلالت روشنی بر مدعای مشهور ندارد؛ زیرا این احتمال می رود که علت عدم توارث میان کشته شده های جنگ یمامه، صفین و حره به جهت عدم اجتماع شرایط - که پیش تر بیان شد - بوده

باشد.

ب) فرع قرار دادن اشتباه و جهل به تقدم و تأخر فوت در کنار غرق و هدم در نصوص ظهور دارد که آنچه هدف اصلی سؤال است خصوص غرق و هدم نیست، بلکه منظور اصلی سؤال، بیان کبرای کلی که همان جهل به تقدم تأخر فوت هر یک بر دیگری است که ناشی از حادثه‌ای خاص است؛ زیرا اگر منظور سؤال تنها جهل به تقدم و تأخر فوت در خصوص غرق و هدم بود می‌بایست عبارت «فلا یدری ایهم مات قبل» را با واو عطف، معطوف به غرق و هدم می‌کرد نه این‌که با فاء از غرق و هدم تفریع می‌شد (روحانی، ۴۹۸/۲۴)؛ بر این اساس می‌توان گفت مورد ابتلا که موجب سؤال گردیده، غرق و هدم بوده است و تصریح به این دو در نصوص ظهور در مثال بودن و اشاره به فرد غالب است نه بیان انحصار.

ج) از جمله ادله‌ای که شأنیت آن را دارد تا مورد استفاده جهت اثبات حکم توارث غرق و مهدوم علیهم برای موارد مشابه قرار بگیرد، تنقیح مناط است؛ بدین صورت که حکم توارث جاهایی را که تقدم و تأخر موت متوارثان، مشتبّه است از طریق تنقیح مناط روایات خصوص غرق و مهدوم علیهم به دست آوریم؛ با این تقریر که در روایات یاد شده و مشابه آن‌ها که دلالت بر توارث غرق شده‌ها و زیر آواررفته‌ها دارند می‌توان با تنقیح مناط قطعی و الغای خصوصیت به مناسبت حکم و موضوع، حکم را به موارد مشابه تسری داد و روایات را دلیل بر حجیت حکم توارث در موارد مشابه دانست؛ چون ظاهر اینست که مناط توارث غرق شده‌ها و زیر آواررفته‌ها «مشتبه بودن تقدم و تأخر مرگ که مستند به سبب و حادثه است» باشد نه خصوص غرق و هدم (آن‌طور که پیش‌تر ثابت شده است) و نتیجه سخن اینکه چون علت یادشده در موارد مشابه غرق و هدم به جهت مناسبت در علت موجود است و وجود علت، وجود معلول را می‌طلبد، لذا تعمیم حکم بر اساس ساز و کار تنقیح مناط امری مشروع و حجت شرعی خواهد بود. به همین سبب است که می‌بینیم صاحب ریاض در قسمت کتاب الموارث باب «میراث الغرق و المهدوم علیهم» به این ادله قطع پیدا کرده که حکم غرق شده‌ها و زیر آواررفته‌ها در مورد کسانی که با علت آتش سوزی و کشته شدن در میدان جنگ و مانند این‌ها وضعیت مشتبّه داشته باشند با تنقیح مناط و الغای خصوصیت ثابت است. تعبیری که در حقیقت مبنای سخن ایشان در این باره است، چنین می‌باشد: «العله المحتج بها قطعية منقحة بطريق الاعتبار لا مستنبطة بطريق المظنة لتلحق بالقياس المحرم في الشريعة: علتی که بدان استدلال شده قطعی و به طریق اعتبار تنقیح شده است نه به روش ظن و گمان تا ملحق به

قیاس محرم در شریعت گردد و عمل بدان صحیح نباشد» (۶۵۸/۱۲).

اگر مستشکل محترم اعتبار تنقیح مناط را در مسئله حاضر به چالش بکشد و اعتبار آن را به عنوان اشکالی کبروی در کنار ادله لزوم حیات وارث در زمان موت مورث نپذیرد، این اشکال علی المبناء است نه مبنایی؛ چرا که در جواب می‌توان گفت نگارنده در فرض اعتبار مکانیزم تنقیح مناط، حکم به سرایت داده است نه اینکه رسالت پژوهش حاضر بحث و بررسی پیرامون اندازه اعتبار مکانیزم تنقیح مناط در مقابل ادله توارث باشد؛ البته به طور اجمالی ناگفته نماند تنقیحی که در اینجا به عنوان دلیل مدعای ما مطرح شده، تنقیح مناط ظنی نیست که اعتبار آن به آسانی با چالش روبرو شود تا همانند قیاس مستنبط العله با آن مخالفت گردد و مردود اعلام شود؛ بلکه الحاق حکم توارث غرق شده‌ها و زیر آورفته‌ها به سایر موارد- همان‌طور که با دلایل پیش گفته ثابت شد- با مناط قطعی منقح شده است و مطابق با مبانی اصولی از اعتبار برخوردار است (همان، ۶۵۸/۱۲).

همچنین ممکن است اشکال بر صغرای استدلال باشد؛ توضیح آن‌که نگارنده برخلاف مشهور امامیه خصوصیتی برای ازهاق نفس ناشی از غرق و هدم قایل نیست، لذا عموم اشتباه مرگ را موضوع حکم توارث می‌داند؛ بنابراین روشن می‌شود استظهار مستشکل مستظهر به قول مشهور فقیهان و مقابل استظهار نگارنده- که برای خود طرفدارانی از اکابر و فحول فقیهان امامیه دارد- است.

د) بعد از تنقیح ملاک و مناط حکم می‌توان از مکانیزم قیاس اولویت، وجود ملاک و مناط را در غیر موارد غرق و هدم احراز کرد؛ زیرا مطابق با یکی از شرایط معتبر پیشین، آنچه برای ثبوت توارث در دو موضوع غرق و هدم لازم بود، عدم علم و مشتبه بودن تقدم و تأخر مرگ است و حال آن‌که ملاک حکم در سایر موارد از قوت بیشتری برخوردار است؛ زیرا مثلاً مرگ متوارثان در اثر گازگرفتگی بر حسب موقعیت فیزیکی و جسمی فرد یا موت افراد در میدان جنگ به سبب اصابت گلوله به نواحی حساس و غیر حساس، احتمال اشتباه و جهل به تقدم و تأخر موت بیشتر می‌شود؛ پس با تحقق شرط و وجود ملاک در موارد مشابه باید تحقق مشروط (حکم توارث) را نیز ثابت بدانیم.

ب) بیان اقوال فقهای اهل سنت و مفاد ادله آن‌ها

مسئله را با گذری در نظریه‌های مذاهب عامه دنبال می‌کنیم و قبل از بیان دیدگاه آن‌ها باید

متذکر شد با مطالعه و تحقیق در منابع دست اول فقهای اهل سنت این یقین حاصل می‌شود که - برخلاف تصور برخی از محققان علوم اسلامی که اتفاق مذاهب اربعه اهل سنت را بر عدم حکم توارث افراد که موت آنان به سبب غرق و هدم یا اسباب دیگر واقع شده است، ادعا کردند (رک: مغنیه/۵۴۳) - دو دیدگاه مختلف در این باره مطرح است؛ یعنی عقیده جمهور اهل سنت غیر از حنابله این است که این افراد از یکدیگر ارث نمی‌برند، هر چند سبب مرگ آنان غرق و هدم یا اسباب دیگری مانند آتش‌سوزی، جنگ و غیره باشد.

اما حنابله معتقدند: هرگاه جماعتی که سبب توارث میان آنهاست، در اثر حوادثی مانند غرق شدن و زیر آوار ماندن و غیر آن، مانند بیماری طاعون بمیرند و تقدم و تأخر زمانی مرگ هر یک مجهول باشد از یکدیگر ارث می‌برند (رک: ابن قدامه، ۱۸۶/۷؛ ابوالبرکات، ۱۵۶/۷؛ بهوتی، ۵۷۰/۴).

عمده دلیلی که در متون فقهی حنابله به آنها استناد شده است، موردهای زیر است:
اول و تنها دلیل نقلی آنها روایتی است از ایاس بن عبدالله از پیامبر اکرم (ص) که گفته است: «أن النبی (ص) نهی عن بیع الماء و سئل عن قوم انهدم علیهم بیت فقال یرث الموتی من الموتی» (رک: ابن قدامه، ۱۸۶/۷) و همچنین صاحب کشاف القناع در ذیل «باب میراث غرقى و ...» روایتی با همین مضمون، البته با عبارتی متفاوت از ایاس بن عبدالله از پیامبر اکرم (ص) نقل می‌کند (۵۷۰/۴).

دلالت روایت بالا از این جهت قابل دقت و نظر است که مدلول آن تنها صراحت بر مشروعیت توارث میان زیر آوار رفته‌ها دارد؛ اما دلالت آن در سایر موردهای مشابه قاصر بوده و نمی‌تواند به عنوان یک دلیل نقلی برای تعمیم حکم توارث در غیر افراد مصرحه در روایت مورد تمسک قرار گیرد، مگر این که از باب قیاس که مکانیزمی مشروع نزد آنهاست بخواهند حکم سایر موارد را از آن به‌دست آورند.

حنابله علاوه بر روایت فوق در تأیید دیدگاه خویش، مسئله را از جهت اصل عملی استصحاب دنبال کرده و با اعتبار بخشیدن به اصل استصحاب آن را بدین صورت تقریر کردند: استصحاب حیات هر کدام از متوارثان ایجاب می‌کند که در زمان فوت دیگری زنده فرض شود؛ زیرا سبب استحقاق (بقاء حیات وارث) هر یک از افراد نسبت به میراث طرفی که با او غرق یا مهدوم علیه شده تا زمان شک در تقدم و تأخر حیات، امری یقینی و معلوم است و سبب حرمان (موت هر یک قبل از دیگری) در این جا امری مشکوک است و مطابق با اصل

«الیقین لایزال بالشک» که بسیار از آن در ابواب مختلف فقه مورد تمسک قرار می‌گیرد لازم است به یقین سابق عمل کنیم تا زمانی که یقین لاحق جایگزین آن شود؛ بر این اساس با استصحاب حیات هر یک قبل از دیگری حکم توارث ثابت است، مگر تا هنگامی که تقدم و تأخر مرگ هر یک از متوارثان یقیناً معلوم شود (سرخسی، ۲۸/۳۰).

نکته‌ای که در استدلال فوق قابل مذاقه است اینکه در مسئله حاضر اصل عملی یادشده نمی‌تواند مثبت حکم باشد؛ زیرا اگر اجرای اصل استصحاب درباره یکی از افراد این اثر را داشته باشد که او در زمان مرگ دیگری زنده بوده است، اجرای اصل فوق در مورد دیگری نیز همین نتیجه را به دنبال دارد، نتیجه‌ای که با حکم و اثر اصل اول تعارض دارد، یعنی یک فرد نمی‌تواند در زمان موت مورث هم زنده باشد و هم مرده. بنابراین اجرای اصل فوق درباره افراد متعدّد با یکدیگر تعارض کرده و به حکم تساقط در تعارض ساقط می‌شود و نمی‌توان با استناد بدان حکم به توارث کرد.

سایر مذاهب فقهی اهل سنت - حنفیه، مالکیه و شافعیه - همگی اتفاق نظر دارند بر این‌که هرگاه متوارثان با هم بمیرند، به طوری که تقدم و تأخر موت آن‌ها مشتبه باشد از یکدیگر ارث نمی‌برند؛ بلکه تمام ماترک آن‌ها به وارثان زنده آنان داده می‌شود، حال خواه سبب مرگ در این جا غرق و هدم باشد و خواه در اثر کشته شدن در کارزار و آتش‌سوزی یا این‌که همگی در اثر بیماری طاعون مرده باشند (سرخسی، ۲۷/۳۰؛ کاشانی، ۱۶۶/۴؛ حصکفی، ۳۹۳/۷؛ شریینی، ۲۶/۳؛ نووی، ۶۸/۱۶؛ ابن رشد، ۲۸۸/۲).

این گروه در تأیید نظر خود علاوه بر استناد به قضاوت زید در زمان خلافت ابوبکر درباره تقسیم میراث کشته شده‌های جنگ یمانه میان وراثت زنده آنان و سیره رایج در خلافت عمر در این مسئله، این‌گونه استدلال می‌کنند:

اولاً: از شرائط ارث بردن این است که حیات وارث در زمان مرگ مورث ثابت و یقینی باشد به طوری که معلوم باشد وارث بعد از مورث زنده بوده است، در حالی که در هیچ‌یک از موارد یاد شده یقین و علم به حیات وارث بعد از مرگ مورث حاصل نیست؛ لذا بنا بر دلیل لزوم شرط زنده بودن وارث در زمان مرگ مورث و عدم تحقق این شرط، مقتضای عدم حکم توارث از یکدیگر است (الفقه الاسلامی، ۷۹۰۴/۱۰).

ثانیاً: معلوم بودن تقدم و تأخر زمانی مرگ هر یک از متوارثان برای حکم به له و علیه دیگری لازم و ضروری است؛ اما در مسئله مورد بحث وضعیت هر دو جانب مقضی له و

مقضی علیه مجهول است. بنابراین، اگر در این جا موت هر دو فرض شود، فرض موت هر یک قبل از دیگری عملی است که ابتداءً مستند به دلیل و اماره نیست و با تمسک به اصولی که صرفاً حکم ظاهری مسئله را به دست می دهند نمی توان سبب استحقاق - بقاء حیات وارث - را کشف کرد (سرخسی، ۲۸/۳۰) و دوم به همان اندازه که احتمال دارد موت شخص الف مثلاً قبل از شخص ب مقدم فرض شود، به همین اندازه این احتمال برای شخص ب نیز قابل فرض است؛ پس دو فرض بعد از تعارض، تساقط می کنند و حیات هیچ یک از متوارثان قبل از دیگری احراز نخواهد شد. در نتیجه با فقد این عنصر ضروری باب ارث - حیات وارث بعد از مرگ مورث - نمی توان قائل به توارث شد.

نتیجه نهایی

از مجموع مباحث گذشته و مقایسه میان ادله طرف ها در مقام جمع بندی و نتیجه گیری به نظر می رسد که:

- ۱- با استناد به ادله، باید قایل به عدم خصوصیت فوت ناشی از غرق یا هدم بود؛ زیرا مناط حکم، اشتباه و جهل در تقدم و تأخر موت است.
- ۲- حکمت توارث در دو عنوان غرق و هدم، بر طرف ساختن اثر جهل به تاریخ فوت و احراز تقدم و تأخر آن در میان وارثان است تا از این طریق با انتفاء شرط اساسی و قاعده کلی باب ارث - حیات وارث بعد از فوت مورث - حکمت توارث منطقی و معقول تر به نظر آید؛ لذا حکمتی که توارث در غرق و هدم ایجاب می کند (رفع جهل از تاریخ فوت و اجرای قاعده توارث) در سایر موارد مشابه، مانند تحقق مرگ با اسبابی چون جنگ، آتش سوزی، سقوط هواپیما در آب، زلزله، تصادف وسایل نقلیه، ریزش تونل و غیره نیز وجود دارد و به صورت قاعده باید در اسباب شایع امروزی که دفعه سبب مرگ متوارثان می شوند، رعایت گردد.
- ۳- با تمسک به تبادل و عدم صحت سلب، مصادیق منحصر به موارد مذکور در روایات نیست؛ اما در عین حال نسبت به شمول عناوین غرق و هدم نسبت به برخی مصادیق تردید وجود دارد.
- ۴- پیشنهاد می شود، قانونگذار به عنوان متولی امر به ماده ۸۷۳ ق. م. نگاهی اصلاحی داشته باشد و با تفسیر موسع در حکم توارث غرق شده ها و زیر آواررفته ها صدر و ذیل ماده را یکسان در نظر بگیرد و حکم توارث را در موارد مشابه تسری دهد.

منابع

- ابن اثیر، محمد بن محمد، *النهاية في غريب الحديث*، تحقيق: طاهر احمد زاوي و محمود محمد طناخي، الطبعة الرابعة، اسماعيليان، قم، ۱۳۶۴ق.
- ابن إدريس، محمد بن احمد، *السرائر الحاوي لتحرير الفتاوى*، الطبعة الثانية، مؤسسه النشر الاسلامي، قم ۱۴۱۱ق.
- ابن بابويه قمي، محمد بن علي، *من لا يحضره الفقيه*، تحقيق علي اكبر غفاري، الطبعة الثانية، جامعه المدرسين، قم، ۱۴۱۳ق.
- ابن حمزه طوسي، محمد بن علي، *الوسيلة الي نيل الفضيلة*، تحقيق: محمد حسون، الطبعة الاولى، مكتبة السيد المرعشي، قم، ۱۴۰۸ق.
- ابن رشد، محمد بن احمد، *بداية المجتهد و نهاية المقتصد*، تحقيق: خالد العطار، دار الفكر، بيروت، ۱۴۱۵ق.
- ابن سكيك الاهوازي، *ترتيب اصلاح المنطق*، تحقيق: محمد حسن بكايي، الطبعة الاولى، مجمع البحوث الاسلاميه، مشهد ۱۴۱۲ق.
- ابن علامه، حسن بن يوسف بن مطهر، *إيضاح الفوائد في شرح اشكالات القواعد*، تحقيق، تعليق: سيد حسين موسوي کرمانی، شيخ علي پناه إشتهاردی، شيخ عبد الرحيم بروجردی، الطبعة الاولى، مطبعة العلمية، قم، ۱۳۷۸ق.
- ابن طی فقحانی، زين الدين علي، *الدر المنضود في معرفة صيغ النيات و الايقاعات و العقود*، تحقيق: محمد بركت، مكتبة مدرسه امام عصر (عج)، شيراز، ۱۴۱۸ق.
- ابن فهد حلي، أحمد بن محمد، *المهذب البارع في شرح المختصر النافع*، تحقيق: شيخ مجتبى العراقي، مؤسسه النشر الإسلامی، قم، ۱۴۱۱ق.
- ابن قدامه، عبدالله بن احمد، *المعنى*، الطبعة الاولى، دار الكتب العلمية، بيروت، ۱۴۱۴ق.
- ابن منظور، محمد بن مكرم، *لسان العرب*، نشر ادب حوزه، قم، ۱۴۰۵ق.
- بهوتي، *كشف القناع*، تحقيق: محمد حسن اسماعيل شافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ۱۴۱۸ق.
- حر عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشيعة الي تحصيل مسائل الشريعة*، مؤسسه آل البيت (ع) لإحياء التراث، قم، ۱۴۱۴ق.
- حسيني عاملي، سيد محمد جواد، *مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة*، الطبعة الاولى، دار التراث، بيروت، ۱۴۱۸ق.

٨٦	مطالعات اسلامی - فقه و اصول	شماره ٨٩
حلبی، أبی الصلاح، <i>الكافی فی الفقه</i> ، تحقیق: رضا استادی، مكتبه الإمام أمير المؤمنين علی (ع)، اصفهان، ١٤٠٣ ق.		
خمينی، روح الله، رهبر انقلاب و بنيانگذار جمهوری اسلامی ایران، <i>تحرير الوسيلة</i> ، الطبعة الثانية، مطبعة الآداب، نجف، ١٣٩٠ ق.		
خویی، ابوالقاسم، <i>معجم رجال الحديث و تفصيل طبقات الرواه</i> ، الطبعة الثانية، دار الزهراء، بيروت، ١٤٠٣ ق.		
ديلمی، حمزه بن عبد العزيز، <i>المراسم العلوية في الأحكام النبوية</i> ، تحقیق: سيد محسن حسینی آمینی، المعاونه الثقافيه للمجمع العالمی لأهل البيت عليهم السلام، قم، ١٤١٤ ق.		
زبيدي، سيد محمد مرتضى، <i>تاج العروس من جواهر القاموس</i> ، مكتبه الحياه، بيروت، [بی تا].		
زحيلي، وهبه، <i>فقه الاسلامی و ادلته</i> ، دار الفكر، بيروت، ١٤٢٢ ق.		
شربيني، محمد بن احمد، <i>مغنی المحتاج</i> ، دار إحياء التراث العربی، بيروت، ١٣٧٧ ق.		
شهيد ثانی، زين الدين بن علی، <i>الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية</i> ، تحقیق: سيد محمد كلانتر، الطبعة الاولى، المطبعة الأمير، قم، ١٤١٠ ق.		
_____، <i>مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام</i> ، الطبعة الاولى، مؤسسه المعارف الاسلاميه، قم، ١٤١٣ ق.		
شهیدی، مهدی، ارث، چاپ پنجم، انتشارات مجد، تهران، ١٣٨١.		
طباطبایي، سيد علی بن محمد علی، <i>رياض المسائل في بيان احكام الشرع بالدلائل</i> ، الطبعة الاولى، مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجامعه المدرسين، قم، ١٤١٩ ق.		
طريحي، فخرالدين بن محمد، <i>مجمع البحرين</i> ، تحقیق: سيد احمد حسینی، الطبعة الثانية، نشر الثقافه الاسلاميه، طهران، ١٤٠٨ ق.		
طوسی، محمد بن حسن، <i>المبسوط في فقه الاماميه</i> ، تحقیق: محمد باقر بهبودی، مكتبه المرتضويه، بی جا، ١٣٥١.		
_____، <i>النهاية في مجرد الفقه و الفتاوي</i> ، تحقیق: آغا بزرگ طهرانی، اوفست منشورات قدس قم، بيروت، بی تا.		
_____، <i>تهذيب الأحكام في شرح المقنعة</i> ، تحقیق: سيد حسن الموسوی خراسان، شيخ محمود آخوندی، الطبعة الرابعة، دار الكتب الاسلاميه، طهران، ١٣٦٥ ق.		

علامه حلی، حسن بن یوسف، *تبصرة المتعلمين*، تحقیق: شیخ حسین اعلمی، الطبعة الاولى، انتشارات فقیه، تهران، ۱۳۶۸.

_____، *تحریر الأحكام الشرعية علي مذهب الامامية*، مؤسسه آل البيت (ع)، مشهد، بی تا.
 _____، *قواعد الأحكام في معرفة الحلال والحرام*، الطبعة الأولى، مؤسسه النشر الإسلامی، قم، ۱۴۱۳ ق.

_____، *مختلف الشيعة في الأحكام الشرعية*، الطبعة الاولى، تحقیق: مؤسسه النشر الاسلامی، جامعه المدرسين، قم، ۱۴۱۳ ق.

فاضل لنکرانی، محمد، *التفصيل الشرعية في شرح تحرير الوسيلة*، اعتماد، قم، ۱۴۲۷ ق.
 فاضل هندی، محمد بن حسن بن محمد اصفهانی، *كشف اللثام*، مكتبة مرعشی نجفی، قم، ۱۴۰۵ ق.
 فراهیدی، خلیل بن احمد، *كتاب العين*، تحقیق: مهدی مخزومی و ابراهیم سامرای، الطبعة الثانية، دار الهجرة، بی جا، ۱۴۰۹ ق.

کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی (شفعه، وصیت، ارث)*، چاپ ششم، نشر میزان، تهران، ۱۳۸۵.
 کلینی، محمد بن یعقوب، *الكافي*، تحقیق: علی اکبر غفاری، الطبعة الثالثة، دار الكتاب الاسلامیه، طهران، ۱۳۶۷ ق.

محقق حلی، جعفر بن حسن، *شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام*، تحقیق: سید صادق شیرازی، الطبعة الثانية، انتشارات الاستقلال، طهران، ۱۴۰۹ ق.

محقق سبزواری، محمد باقر، *کفایه الأحكام*، تحقیق: شیخ مرتضی واعظی أراکی، الطبعة الاولى، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۲۳ ق.

مظفر، محمد رضا، *اصول الفقه*، الطبعة العشر، اسماعیلیان، قم، ۱۴۲۵ ق.
 معین، محمد، *فرهنگ فارسی*، چاپ نهم، انتشارات امیر کبیر، تهران، ۱۳۷۵.
 مفید، محمد بن محمد بن نعمان، *المقنعه*، جامعه المدرسين، قم، ۱۴۱۰ ق.

مقدس اردبیلی، احمد، *مجمع الفائدة والبرهان في شرح إرشاد الأذهان*، تحقیق: مجتبی عراقی، شیخ علی پناه اشتهازی، حسین یزدی، الطبعة الاولى، جامعه المدرسين، قم، ۱۴۰۴ ق.

نجفی، محمد حسن، *جواهر الكلام فی شرح شرائع الاسلام*، تحقیق: شیخ عباس قوچانی، الطبعة السادسة، دار الكتب الاسلامیه، طهران، ۱۳۹۸ ق.

نراقی، احمد، *مستند الشيعة في احكام الشرعية*، الطبعة الاولى، مطبعة ستاره، قم، ۱۴۱۹ ق.
 نووی، محیی الدین، *المجوع*، دارالفکر، بی جا، بی تا.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و چهارم، شماره پیاپی ۸۹،
تابستان ۱۳۹۱، ص ۸۹-۱۰۴

پژوهشی فقهی در مسئله قصاص مادر در قتل فرزند*

دکتر محمد حسن حائری^۱

دانشیار دانشکده الهیات دانشگاه فردوسی مشهد

Email: haeri-m@um.ac.ir

مرتضی مرادی گلستانی

دانشجوی کارشناسی ارشد دانشکده الهیات دانشگاه آزاد اسلامی مشهد

چکیده

مطابق دیدگاه فریقین و نیز ماده ۲۲۱ قانون مجازات اسلامی، حکم قصاص در قتل عمد شامل پدری که فرزندش را به قتل برساند نمی‌شود، اما مادر مطابق دیدگاه مشهور امامیه از این حکم مستثنا نیست و به خاطر قتل فرزندش قصاص می‌شود. نویسندگان در این مقاله ضمن طرح و بررسی فقهی ادله هر دو دیدگاه، استثنای مادر را نیز با توجه به ادله، به نحو قابل توجهی قابل دفاع دانسته‌اند.

واژگان کلیدی: قصاص، والد، ام، ولد، قتل.

* . تاریخ وصول: ۱۳۸۸/۷/۱۵؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۰/۲/۱۳.

^۱ . نویسنده مسئول.

طرح مسئله

بر اساس ادله گوناگون از کتاب و سنت، مجازات قتل عمد، قصاص است. می توان گفت: قانون قصاص، اجمالاً از احکام و قوانین ضروری و غیر قابل انکار دین است که نه تنها اجماعی است بلکه مورد تسالم همه فقها (فاضل مقداد، *التنقیح / لرائع*، ۴/۴۰۱؛ سرخسی، ۸۴/۲۷ و...) بلکه همه مسلمانان از تمام فرق و مذاهب اسلامی است. قرآن کریم در این باره می فرماید: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنثَى بِالْأُنثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ...» (بقره: ۱۷۸).

«ای گروه مومنان، بر شما قصاص در مورد کشتگان، واجب شده است؛ آزاد در برابر آزاد، بنده در برابر بنده و زن در برابر زن، و آن کسی که به او از برادرش چیزی بخشیده شده است، کاری است نیکو».

در آیه دیگر، خدای متعال، کشتن نابجای یک انسان را با کشتن همه انسانها، برابر دانسته است:

«مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا» (مائده: ۳۲) «بدین سبب [جلوگیری از قتل] بر بنی اسرائیل حکم کردیم که هر که نفسی را بدون حق و یا بی آنکه فساد و فتنه‌ای در روی زمین کند به قتل رساند مثل آن باشد که همه مردم را کشته است».

عموم و اطلاق این آیات و سایر ادله، همه کسانی را که مرتکب قتل شوند، در برمی گیرد خواه اجنبی باشند، خواه از خویشان نسبی یا سببی مقتول؛ البته در صورتی که قتل به ناحق باشد و همه شرایط قصاص در مورد قاتل، موجود باشد.

به جز قصاص که مجازات دنیوی است، کیفر اخروی جنایت قتل هم در جای خودش ثابت است؛ خدای متعال می فرماید: «وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا» (نساء: ۹۳)

کسی که مؤمنی را از روی عمد بکشد، کیفرش دوزخ است به طور جاودان، و خدا بر او خشم آورد و (از رحمت خود) دورش سازد و برای او عذابی بزرگ آماده کند.

بدون تردید این کیفر، به ویژه با این لحن شدید، همه قاتلان را در بر می گیرد حتی اگر از نزدیک ترین خویشان نسبی یا سببی مقتول باشند.

بنابراین در نگاه اول و با توجه به عمومات و مطلقات قصاص بین خویشان و غیر آنها

حتی بین والدین و فرزندانشان در این جهت تفاوتی نیست.

در این میان تقریباً همه فقها از همه مذاهب اسلامی، پدر را استثنا کرده‌اند و اجمالاً وی را در صورت قتل فرزند مستوجب قصاص ندانسته‌اند. قانون مجازات اسلامی نیز به پیروی از دیدگاه فقیهان مذاهب اسلامی پدر و جد پدری را از قصاص معاف دانسته است: «پدر یا جد پدری که فرزند خود را بکشد قصاص نمی‌شود و به پرداخت دیه قتل به ورثه مقتول و تعزیر محکوم خواهد شد» (ماده ۲۲۰ ق.م.).

شیخ طوسی در خلاف تصریح کرده است: پدر (والد) به دلیل قتل فرزندش کشته (قصاص) نمی‌شود، به هر صورتی که این قتل صورت گیرد، از صحابه عمر بن الخطاب و از فقها، ربیع، اوزاعی، ثوری، ابوحنیفه و اصحاب وی، احمد، اسحاق، نیز همین را گفته‌اند. دیدگاه مالک هم این است که اگر در درگیری با شمشیر او را بکشد، قصاص نمی‌شود، اما اگر او را ذبح کند یا شکمش را پاره کند قصاص می‌شود (طوسی، الخلاف، ۱۵۱) (به دیدگاه اهل سنت در آینده پرداخته خواهد شد).

شیخ در مبسوط (۱۵۸/۷) و محقق در شرایع (۹۸۹/۴) نیز با عباراتی مشابه بر این حکم صحه گذارده‌اند.

ابوالصلاح حلبی در کافی هم تنها پدر را از قصاص معاف دانسته است. (۳۸۶؛ نیز رک: ابن زهره، الغنیة، ۴۰۳).

شهید ثانی در مسالک و روضه تصریح کرده است: «الشرط الثالث أن لا يكون القاتل أباً...» (مسالک الافهام، ۱۵۶/۱۵؛ الروضة البهیة ۶۴/۱۰).

مقدس اردبیلی نیز یکی از شرایط قصاص را انتفاء ابوت دانسته است و در نتیجه قتل پدر را در مورد قتل فرزند خویش جایز نمی‌داند (مقدس اردبیلی، ۱۶/۱۴؛ نیز رک: خوانساری، ۳۰۲/۶، امام خمینی، ۵۲۲/۲).

بنابراین استثنای پدر از حکم و قانون قصاص مورد اتفاق فقهای امامیه است و نیازی به بحث و بررسی بیش از این نیست.

فقهای اهل سنت نیز در این مورد با فقهای امامیه همصدا هستند، و به جز مالک که به رغم پذیرش این دیدگاه، توضیح خاصی دارد که بدان اشاره شد، همگی بر عدم قصاص پدر برای مرگ فرزند اتفاق نظر دارند (رک: احمد بن حنبل، ۲۲/۱، ابن نجیم، ۲۱/۹، بهوتی، ۶۲۲/۵؛ نووی، المجموع، ۳۶۱/۱۸، ابن قدامه، ۳۶۰/۹ و...).

قصاص مادر به دلیل قتل فرزند

فتوای مشهور فقهای امامیه، ثبوت قصاص مادر در قتل فرزند است. مفید در مقنعه به قصاص مادر به خاطر قتل فرزند تصریح کرده است (۷۴۹) ابوالصلاح حلبی هم تنها پدر را از قصاص معاف دانسته است و مادر را نیز همانند دیگر خویشاوندان مشمول حکم قصاص می‌داند. وی تصریح کرده است: «وتقاد اولوا الارحام بعض ببعض إلا الأب بالابن» (۳۸۶). شیخ طوسی در نهاییه (۷۴۰) و قطب راوندی در فقه القرآن (۳۹۷/۲) نیز بر همان دیدگاه پای فشرده‌اند.

ابن ادریس نیز به این حکم تصریح کرده است (۳۳۷/۳) شیخ در خلاف تصریح کرده است: «الام اذا قتلت ولدها قتلت به وكذلك امهاتها و كذلك امهات الاب و ان علون...» (الخلاف، ۱۵۲/۵: مادر در صورتی که فرزندش را به قتل رساند کشته (قصاص) می‌شود، همچنین است، مادر مادر و مادر پدر.... نیز رک: محقق حلی، ۹۸۸/۴) علامه در مختلف تصریح کرده است: «المشهور أن الام تقتل بالولد لو قتله عمداً و كذا الاجداد من قبلها» (۴۲۲/۹).

مقدس اردبیلی نیز یکی از شرایط اجرای حکم قصاص را انتفاء ابوت دانسته و در ادامه یادآور شده است که پسر به خاطر پدر و مادر به خاطر فرزند قصاص می‌شوند. شهید ثانی در مسالک در ذیل عبارت شرایع «الشرط الثالث، لا يكون القاتل أباً...» اظهار داشته است: این حکم شامل مادر نمی‌شود (۱۵۷/۱۵). صاحب جواهر نیز اظهار داشته است: «مادر هم با قتل فرزند کشته (قصاص) می‌شود» در این مسئله (از امامیه)، جز ابن جنید که با عامه موافقت کرده است، مخالفی را سراغ ندارم (۱۷۰/۴۲) علامه در مختلف هم تصریح کرده است: «به گفته ابن جنید، پدر، مادر، و جد و جدّه ابی و اخی قصاص نخواهند شد» (۴۲۲/۹).

امام خمینی (ره) نیز با عبارت زیر بر این دیدگاه صحه گذارده است: شرط سوم قصاص، انتفاء ابوت است؛ بنابراین پدر به خاطر قتل فرزندش کشته نمی‌شود... (اما) فرزند به دلیل قتل پدر و همچنین مادر به خاطر قتل فرزندش کشته (قصاص) می‌شود. (۴۹۵/۲).

قانون مجازات اسلامی هم (مطابق ماده ۲۲۰) از دیدگاه مشهور امامیه پیروی نموده و تنها پدر وجد پدری را از اطلاق ماده ۲۱۹ استثنا کرده است.

دیدگاه اهل سنت

دیدگاه جمهور اهل سنت بلکه عموم آنان این است که مادر هم همانند پدر به قتل فرزند

کشته نمی‌شود و این حکم اختصاص به پدر ندارد (رک: نووی، المجموع، ۳۶۲/۱۸؛ نووی، روضة الطالبین، ۳۱/۷؛ شربینی، ۱۸/۴؛ ابن قدامه، ۳۶۱/۹؛ ابن نجیم، ۲۱/۹، شافعی، ۳۶/۶ و...).

دلایل دیدگاه اول:

أ. یکی از دلایل مشهور امامیه برای قصاص مادر در قتل فرزند عمومات و مطلقات ادله قصاص است؛ با این توضیح که آیات و روایاتی که بر قصاص دلالت دارند، همه را در بر می‌گیرد و قدر متیقن خروج از این عموم و اطلاق، تنها پدر مقتول است؛ در نتیجه به جز پدر، هر که باشد، حتی مادر در تحت عموم و اطلاق باقی می‌ماند و مشمول حکم قصاص خواهد بود.

شیخ طوسی در خلاف تصریح کرده است: «دلینا اجماع الفرقه و أخبارهم و أيضاً قوله تعالی «کتب علیکم القصاص» (بقره: ۱۷۸) و کذا لک قوله «النفس بالنفس» (مائده: ۴۵) در این آیات خدای متعال بین مادر و دیگران تفاوتی قائل نشده است و پدر هم با دلیل (از عموم) خارج گردیده است (۱۵۳/۵) علامه در مختلف نیز تصریح کرده است: مشهور این است که مادر با قتل فرزند (در قتل عمد) قصاص می‌شود... دلیل ما عموم آیه کریمه «فقد جعلنا لولیة سلطاناً» (اسراء: ۳۳) می‌باشد که پدر به دلیل احادیث مربوطه از این عموم خارج شده است اما مادر و اجداد مادری در عموم آیه باقی می‌مانند (۴۴۲/۹).

شهید ثانی در مسالک نیز اظهار داشته است: حکم عدم قصاص شامل مادر نمی‌شود؛ به دلیل لزوم اکتفا در موارد مخالف اصل به مورد وفاق (که همان استثناء پدر از حکم قصاص است) (۱۵۷/۱۵).

مقدس اردبیلی نیز دلیل عدم شمول حکم نسبت به مادر را عمومات ادله قصاص دانسته است (۱۶/۱۴).

البته برخی از اعلام امامیه تنها به بیان حکم قصاص مادر در قتل فرزند بسنده کرده‌اند و برای آن به هیچ دلیلی استناد نکرده‌اند (رک: محقق حلی، شرائع الاسلام، ۹۸۸/۴؛ ابن ادریس، السرائر، ۳۲۴/۳؛ علامه حلی، قواعد الاحکام، ۶۰۸/۳).

تردیدی نیست که اگر برای اخراج مادر دلیل قابل دفاعی ارائه نشود، بر اساس عمومات و اطلاقات ادله قصاص (در صورت تمام بودن مقدمات حکمت) حکم قصاص، شامل مادر هم می‌گردد و مادر به خاطر قتل فرزند، محکوم به قصاص خواهد بود.

جایگاه و مرتبه جریان اصل عدم مجازات نیز در مرتبه بعد از عمومات و مطلقات قصاص

قرار دارد؛ زیرا مفاد این اصل در حقیقت، استصحاب عدم ثبوت حد و مجازات است که از آن به براءت (اصلی) نیز تعبیر شده است، و روشن است که در فرض وجود امارات (مطلقات و عمومات) نوبت به عرض اندام این اصول و مشابه آن، نمی‌رسد.

البته ممکن است اطلاق در آیه قصاص مورد تردید قرار گیرد، با این بیان که خدای متعال در مقام بیان جزئیات و تفصیل احکام قصاص نیست؛ بلکه در مقام تشریع اصل قصاص است و تعبیری چون، «الحر بالحر و...» نیز برای دفع شبهه جواز عدم رعایت تساوی در قصاص است (فاضل مقداد، ۳۵۴/۲؛ طباطبایی، المیزان، ۶۵۹/۱)؛ اگر این احتمال قابل دفاع باشد مقدمات حکمت برای استفاده اطلاق از آیه کریمه نیز تمام نخواهد بود.

ب - دلیل دیگر دیدگاه اول روایات است: روایاتی که از طریق فریقین از پیامبر (ص) و ائمه معصومین (ع) نقل گردیده است:

از آنجا که دلیل عمده اخراج پدر از حکم قصاص و نیز عدم خروج مادر از این حکم (در نزد امامیه) روایات می‌باشد (رک: طوسی، الخلاف، ۱۵۲/۵ و...). لازم است روایاتی که مورد استناد آنان قرار گرفته است مطرح و مورد بررسی قرار گیرند:

روایات باب را می‌توان به سه دسته تقسیم کرد:

دسته یکم: روایاتی که در آنها تعبیر والد و ولد آمده است:

۱- روایت حمران از یکی از صادقین (ع) که فرمود: «لا یقاد والد بولده و یقتل الولد إذا قتل والده عمداً» (حرعاملی، ۵۶/۱۹).

والد به خاطر قتل ولدش کشته نمی‌شود (اما) ولد به خاطر قتل والدش کشته می‌شود.

۲- روایت علامه بن فضل از امام صادق (ع): «لا یقتل الوالد بولده و یقتل الولد بوالده و لا یرت الرجل الرجل إذا قتله و إن کان خطأ» (همان، ۵۷) والد با قتل فرزند کشته نمی‌شود اما فرزند با قتل والدش کشته می‌شود، و انسان در صورت قتل، از مقتول ارث نمی‌برد، هر چند قتل خطایی باشد.

۳- اسحاق بن عمار از امام صادق (ع) از امام باقر (ع) از علی (ع) روایت کرده است: «لا یقتل والد بولده اذا قتله و یقتل الولد بالوالد إذا قتله و لا تُحدُّ الوالد للولد إذا قذقه و یحدُّ الولد للوالد إذا قذقه» (همان، ۵۸). این روایت در المتنوع صدوق نیز تا قبل از عبارت «ولا تحد» آمده است (۵۱۸). والد با قتل فرزندش اگر او را بکشد، کشته نمی‌شود اما فرزند با قتل والد اگر او را بکشد کشته می‌شود و (نیز) والد به خاطر فرزندش حد قذف نمی‌خورد اما فرزند به خاطر

۴- والد حذّ قذف می خورد.

۵- روایت حماد ابن عمرو بن محمد از پدرش از امام صادق(ع) در وصیت پیامبر به علی(ع) آمده است: «یا علی لا یقتل والده بولده» (حر عاملی، همان، ۵۸).

دسته دوم: روایاتی که در آنها، راوی از امام(ع) درباره قصاص پدری که فرزندش را کشته سؤال می کند و حضرت پاسخ منفی می دهد:

۱- روایت حماد از حلبی از امام صادق(ع) قال: سألته عن الرجل یقتل إبنه، أیقتل به قال: لا. این روایت را شیخ با اسناد از علی ابن ابراهیم نقل کرده است (همان، ۵۹).

۲- روایت حماد از حلبی از امام صادق(ع) قال: سألته عن الرجل، یقتل إبنه، أیقتل به؟ قال: لا (همان، ۵۶) مضمون هر دو روایت یکی است: امام در پاسخ راوی که: آیا مردی که فرزندش را کشته، کشته (قصاص) می شود؟ می فرماید: نه.

بعید نیست این دو روایت در واقع یک روایت باشد.

۳- عن جابر عن ابی جعفر(ع) فی الرجل یقتل إبنه أو عبده؟ قال: لا یقتل به ولكن یضرب ضرباً شديداً أو ینفی عن مسقط رأسه (همان).

مردی که پسر یا عبد خود را می کشد آیا کشته (قصاص) می شود؟ فرمود: کشته نمی شود اما شدیداً مضروب می شود یا از زادگاهش تبعید می شود.

دسته سوم: روایاتی که بدون سؤال راوی مطرح شده اما با تعبیر اب آمده است:

روایت ابی بصیر از امام صادق(ع) قال: لا یقتل الأب ببنه إذا قتله و یقتل الإبن بابیه إذا قتل أباه (همان، ۵۷).

ظاهراً در این دسته، تنها همین یک روایت موجود است.

فقهائ اهل سنت هم برای حکم عدم قصاص به احادیث نبوی(ص) استناد کرده اند: شربینی از حاکم و بیهقی حدیث نبوی(ص) را روایت کرده است که فرمود: «لا یقاد لابن عن أبیه» (۱۸/۴).

ابن قدامه هم اظهار داشته است: دلیل ما بر عدم قتل والد به دلیل قتل فرزند، روایت عمر بن الخطاب و ابن عباس است از رسول خدا(ص) که فرمود: «لا یقتل الوالد بولده» و نقل کرده است که این حدیث در نزد اهل علم در حجاز و عراق مشهور است؛ لذا شهرت آن و عمل فقها، ما را از بحث در سند آن بی نیاز می کند و نیز حدیث نبوی(ص) «أنت و مآلک لأبیک» که حداقل موجب شبهه می شود که موجب درء قصاص خواهد شد. (المغنی، ۳۶۰/۹-۳۵۹) البته

چنان که اشاره خواهد شد اهل سنت این روایات را شامل مادر هم دانسته‌اند. همچنین ابن نجیم مصری در مقام استدلال به حدیث نبوی (ص) استناد کرده است که فرمود: «لا یقاد الوالد بولده و لا السید بعبده» (۲۱/۹)، نیز رک: بهوتی، ۶۲۲/۵.

تقریب استدلال

تقریب اینان به روایات مزبور روشن است؛ می‌گویند در همه این روایات به نوعی سخن از قتل فرزند توسط پدر است؛ در بعضی از روایات چنان که گذشت، عبارت والد آمده که این عبارت (در برابر والده و) به معنای پدر است، در برخی از روایات هم عبارت رجل آمده و در برخی دیگر هم از واژه «اب» استفاده شده که بدون تردید به معنای پدر است (رک: شهید ثانی، مسالک الافهام، ۱۵۶/۱۵؛ همو، الروضة البهیة، ۶۴/۱۰؛ مقدس اردبیلی، ۱۶/۱۴).

ج. دلیل سوم بر عدم قصاص پدر، لزوم رعایت حرمت پدر است. شهید ثانی این دلیل را این‌گونه تقریر کرده است که: برای این که پدر سبب وجود فرزند است، لذا این‌گونه نیست که فرزند سبب نابودی او گردد؛ این امر با حرمت پدری ناسازگار است. در باب قذف هم به دلیل لزوم حرمت ابوت است که پدر به خاطر قذف فرزندش حد نمی‌خورد (مسالک الافهام، ۱۵۶/۱۵).

این دلیل از مستندات فقه‌های اهل سنت نیز می‌باشد. بهوتی از فقه‌های حنبلی در این باره یادآور شده است: «ولانه کان سبباً فی ایجاده فلا یكون سبباً فی اعدامه» (بهوتی، ۶۲۲/۵). ابن نجیم مصری، از فقه‌های حنفی نیز تصریح کرده است که پدر سبب احیای فرزند است لذا محال است که فرزند سبب فنای پدر گردد؛ برای همین است که اگر او را در صف مشرکان بباید، نمی‌کشد؛ همچنین است اگر او را در حال زنای محصنه ببیند (۲۱/۹). کاشانی از فقه‌های حنفیه اظهار داشته است: برای اثبات قصاص شرط است که مقتول جزیی از قاتل نباشد. بنابراین اگر پدر فرزندش را بکشد قصاص نمی‌شود؛ همچنین اگر قاتل جد پدری، جد مادری، مادر یا جدۀ پدری یا جدۀ مادری باشد. (کاشانی، ۲۳۵/۷).

د. چهارمین دلیلی که در این مورد به آن استناد شده، عبارت است از وجود شبهه در مورد پدر. ابن نجیم مصری در این باره می‌گوید: پدر به خاطر قتل فرزندش کشته (قصاص) نمی‌شود؛ برای این که والد غالباً به دلیل محبت و شفقتی که به فرزندش دارد وی را نمی‌کشد و همین خودش موجب شبهه می‌شود که موجب سقوط قصاص است (۲۱/۹) نیز رک: ابن

قدمه، ۳۶۰/۹).

از قواعد بسیار مهمی که در فقه جزای اسلام مورد تأکید و تأیید قرار گرفته است، قاعده معروف «درء» است که مبنا و اساس آن، حدیث معروف نبوی (ص) است که فرمود: «ادرءوا الحدود بالشبهات».

حدیثی که مورد قبول و عمل فقها قرار گرفته است و با توجه عمومی که دارد و با عنایت به این که واژه حدود، به دلیل نداشتن حقیقت شرعی، قصاص را نیز در بر می گیرد و فقها برای رفع مجازات قصاص نیز در مواردی از جمله در موردی که محل بحث ماست به این قاعده استناد کرده اند (برای توضیح و تفصیل قاعده درء رک: محقق داماد، ۴۱؛ گروه پژوهشی دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ۴۷ به بعد).

هـ اجماع: اجماع نیز از دلایلی است که طرفداران عدم قصاص پدر در قتل فرزند و قصاص مادر در همین مورد، مورد استناد قرار گرفته است.

شیخ طوسی در این باره تصریح کرده است: «الام اذا قتلت ولدها قتلت به و كذلك أمهاتها... دلیلا اجماع الفرقه و أخبارهم...» (الخلاص، ۱۵۲/۵). فاضل هندی نیز تصریح کرده است: «به دلیل اجماع و ... پدر با قتل فرزند کشته (قصاص) نمی شود» (۹۷/۱۱). دلیل ذکر ادله دیدگاه اول به طور مختصر این است که دلایل دیدگاه دوم کاملاً ناظر به این ادله می باشد.

در منابع اهل سنت هم به اجماع استناد شده است (رک: ماوردی ۱۶۳/۱۵؛ کاشانی، ۲۳۵/۷، ابن رشد، ۴۰/۲).

دلایل دیدگاه دوم

أ. شمول عبارت والد نسبت به مادر

علامه در مختلف تصریح کرده است: «ابن جنید [برای دیدگاه خود این چنین] استدلال کرده است که والد بر مادر هم صدق می کند؛ زیرا مادر هم یکی از والدین است» (۴۴۲/۹). نووی از فقهای شافع و کاشانی از فقهای حنفی یادآور شده اند: پدر به خاطر قتل فرزندش قصاص نمی شود و با اثبات این حکم در مورد پدر، درباره مادر هم ثابت خواهد بود؛ زیرا مادر هم همانند پدر است در ولادت (یعنی در این که در ولادت فرزند نقش دارد) (نووی، المجموع، ۳۶۱/۱۸؛ کاشانی، ۲۳۵/۷).

ابن قدامه، یک روایت از احمد را عدم سقوط قصاص از مادر دانسته و در ادامه قول صحیح را، سقوط قصاص دانسته و برای آن به حدیث نبوی (ص) «لا یقتل والد بولده» استدلال کرده است، سپس یاد آور شده است: «ولأنها أحد الوالدين فأشبهت الأب» (ابن قدامه، ۳۶۰/۹)

۲- شبهه

شبهه‌ای که موجب درء قصاص از پدر می‌شود، موجب درء قصاص از مادر هم می‌شود. ابن نجیم مصری در این باره می‌گوید: مادر وجد و جد هم همانند پدر هستند خواه انتسابشان از جهت پدر باشد یا از جهت مادر؛ زیرا فرزند جزیی از اینان است، لذا نصی که در مورد پدر وارد شده شامل آن‌ها هم می‌شود. بنابراین، شبهه، شامل همه این موارد هم می‌شود (۲۱/۹).

۳- لزوم رعایت حرمت مادر به طریق اولی

یکی از دلایل سقوط قصاص از پدر در قتل فرزند، لزوم رعایت حرمت پدر می‌باشد که به آن اشاره شد. برخی از فقهای اهل سنت اظهار داشته‌اند که این دلیل در مورد مادر، بیشتر وجود دارد. ابن قدامه، از فقهای حنبلی در این باره گفته است: «والصحيح عدم القصاص لقول النبي (ص): لا يقتل والد بولده، ولأنها أحد الوالدين فأشبهت الأب ولأنها أولي بالبر فكانت أولي بنفي القصاص عنها والولاية غير معتبرة بدليل انتفاء القصاص عن الأب بقتل الكبير الذي لا ولاية عليه وعن الحد ولا ولاية له وعن الأب المخالف في الدين»:

دیدگاه صحیح عدم قصاص مادر در قتل فرزندش می‌باشد به دلیل حدیث نبوی (ص) و برای این که مادر هم یکی از دو والد است و برای این که مادر از پدر نسبت به بر و نیکی کردن به او اولویت دارد پس او به نفی قصاص از او دارای اولویت بیشتری است، و (اگر اشکال شود که چگونه قصاص از مادر ساقط می‌شود در حالی که مادر، برخلاف پدر، بر فرزند ولایت ندارد، پاسخ این است که) در سقوط قصاص، ولایت شرط نیست. برای همین است، که در مواردی هم که پدر بر فرزند ولایت ندارد باز هم قصاص ساقط است، همانند سقوط قصاص از پدر در قتل فرزند کبیر خود، با این که بر او ولایت ندارد، همین‌طور قصاص از جد ساقط است، در حالی که او هم دارای ولایت نیست، همچنین قصاص از پدری که با فرزندش در دین مخالف است ساقط است (با این که بر فرزندش ولایت ندارد) (۳۶۱/۹)

بررسی دلایل دو دیدگاه

با عنایت به دلایلی که طرفداران هر یک از دو دیدگاه مطرح کردند می‌توان گفت دیدگاه

دوم یعنی قول به سقوط قصاص از مادر هم، آنچنان غیر قابل دفاع نمی‌باشد. به عبارت دیگر می‌توان گفت: دلایل دیدگاه اول به وضوح بر انحصار سقوط قصاص در پدر دلالت ندارند.

توضیح

۱- بررسی روایات: در هیچ‌کدام از این روایات با صراحت نیامده است که: مادر به خاطر قتل فرزندش قصاص می‌شود:

دسته اول: در این دسته از روایات تعبیر «والد» و «ولد» آمده است. تعبیر والد بدون تردید اگر در برابر والده و در کنار آن به کار رود به معنای پدر است اما آنگاه که منفرداً و بدون قرینه استعمال شود ممکن است مراد از آن جنس باشد؛ به ویژه این که در روایت دوم آمده بود «لا یرث الرجل الرجل إذا قتله و ان کان خطأ».

روشن است که منظور از رجل در این عبارت مرد نیست بلکه مراد جنس است؛ یعنی انسان.

البته این مورد می‌تواند شاهد و إشعاری باشد بر این که مراد از والد هم ممکن است جنس والد باشد؛ یعنی کسی که انسان را به دنیا آورده است. کاشانی از فقهای حنفی در این باره گفته است: دلیل اصلی استثنای پدر و مادر و اجداد و جدات از حکم قصاص، حدیث نبوی (ص) است که فرمود: «لایقاد الوالد بولده» زیرا عنوان «والد» و «ولد» همه را شامل می‌شود (۲۳۵/۷).

منظور کاشانی این است که عنوان والد، هم پدر و جد را شامل می‌شود و هم مادر و جدات را؛ و عنوان ولد هم، فرزند بدون واسطه و فرزند با واسطه را شامل می‌شود.

دسته دوم: این روایات در پاسخ به سؤال راوی است که می‌پرسند: آیا پدر به خاطر قتل فرزندش کشته می‌شود؟ حضرت هم در پاسخ می‌فرماید: نه، کشته نمی‌شود.

دلیل این که سائل در باره قتل پدر می‌پرسد نه قتل مادر، روشن است؛ زیرا در اغلب مواردی که فرزندی توسط یکی از والدین کشته می‌شود، توسط پدر است و این کار کمتر از سوی مادر، صورت می‌گیرد. طبیعی است که وقتی درباره پدر سؤال می‌شود، حضرت در همین باره پاسخ دهد و نسبت به حکم مادر سکوت کند. به عبارت دیگر این روایات به هیچ وجه دلالت بر ثبوت قصاص بر مادر ندارد.

پر واضح است که بیان حکم فرد غالب در فقه دارای نظایر فراوانی است؛ به عنوان نمونه، در باب خیار حیوان روایت متعددی وجود دارد مبنی بر ثبوت خیار حیوان برای مشتری (که البته دیدگاه مشهور اختصاص آن به مشتری است). مفهوم این روایات عدم ثبوت خیار حیوان

برای بایع است، هرچند ثمن، حیوان باشد، اما شیخ انصاری با تعبیر «نعم هنا قول لعله اقوی منه» دیدگاه ثبوت خیار برای بایع نیز (در مواردی که ثمن حیوان است) را تقویت نموده و روایات مشارالیه را حمل بر مورد غالب (مبیع بودن حیوان) کرده است (انصاری، ۲/۲۴۲).

ممکن است کسی بخواهد به مفهوم مخالف روایات اخذ کند و قصاص را برای مادر ثابت نماید؛ اما این این استدلال درست نیست؛ زیرا جملات ذکر شده در روایات نه شرطی است و نه وصفی تا مفهوم آن‌ها مفهوم شرط یا مفهوم وصف باشد؛ نهایت چیزی که می‌توان مطرح کرد، ثبوت قصاص بر مادر از راه مفهوم لقب است؛ در حالی که مفهوم لقب در نزد هیچ کس دارای اعتبار نیست (رک: آخوند خراسانی، ۲/۱۳۲ و دیگر منابع اصولی، مبحث مفاهیم).

البته واژه «والد» وصف است که اگر آن را شامل مادر ندانیم، ممکن است گفته شود مفهوم مخالف «لا یقتل الوالد بولده» عبارت است از: «یقتل الوالدة بولده» اما پاسخش روشن است؛ چرا که قائلان به مفهوم وصف هم، وصف معتمد به موصوف را دارای مفهوم می‌دانند، در غیر این صورت در زمره مفهوم لقب خواهد بود (رک: نائینی، ۲/۵۰۱؛ مظفر، ۱/۱۰۷).

وانگهی آیا این که در هر سه روایت آمده است: «عن الرجل یقتل ابنه، یقتل به؟» آیا موجب این می‌شود که کسی از این عبارت استفاده کند که چون سؤال درباره قتل پدر است و حضرت هم پاسخ منفی داده است، در نتیجه اگر کسی دختر خود را بکشد به خاطر قتل او قصاص می‌شود؟!

هرگز اینطور نیست؛ چون اولاً علت سؤال درباره پسر شاید این باشد که اگر چنین اتفاقی بیافتد بیشتر نسبت به پسران می‌افتد ثانیاً این عبارت دارای مفهوم دارای اعتبار نمی‌باشد.

اما دسته سوم که تنها یک روایت (ابو بصیر) بود و حضرت فرمودند: «پدر به خاطر قتل فرزندش کشته نمی‌شود» نیز دلالت قابل اعتمادی ندارد؛ زیرا اولاً ممکن است این روایت هم (به قرینه سایر روایات) در پاسخ به سؤالی بوده است که در متن روایت نیامده است، ثانیاً اگر بخواهد دلالت کند باید از راه دلالت مفهومی باشد که باز هم می‌شود از باب مفهوم لقب که دارای حجیت و اعتبار نمی‌باشد. ثالثاً در این روایت هم آمده است «لا یقتل الاب بابنه» آیا کسی از مفهوم آن استفاده می‌کند که «یقتل الاب بابنه»؟، یعنی پدر به خاطر قتل دخترش قصاص می‌شود.

بنابراین می‌توان گفت: این بیان محقق خویی (۲/۷۲) که روایات قبلی عام یا مطلق است (یعنی روایاتی که مشتمل بر لفظ والد بود) و والدین را شامل می‌شود اما این دسته از

روایات که از عبارت «لا یقتل الاب...» بهره برده آن روایات را تخصیص می‌زند یا تقيید می‌کند، موجه نمی‌باشد؛ زیرا این روایات در صورتی می‌تواند تقيید کند یا تخصیص بزند که بر قصاص مادر و عدم سقوط قصاص وی با قتل فرزند، حداقل به صورت ظهور، دلالت کند در حالی که اشاره شد که این روایات چنین دلالت و ظهوری ندارند؛ در نتیجه می‌توان گفت حتی اگر در مواردی مانند تنها روایت دسته سوم، سخن از عدم قصاص پدر به خاطر قتل پسرش می‌باشد، دلالت معتبر بر ثبوت قصاص مادر ندارد.

نکته شایان توجه این که در عبارت فوق، آیت الله خوئی، والد را شامل مادر نیز دانسته است.

۲- دلیل دیگری که برای عدم قصاص پدر مطرح شد، این بود که پدر در ایجاد و تکوین فرزندش نقش دارد. با صراحت می‌توان گفت: این دلیل در مورد مادر هم ثابت است و نقش مادر هم در تکوین فرزند اگر پیش از پدر نباشد کمتر نیست. حتی می‌توان گفت: تعبیر والد که در حدیث نبوی (ص) و احادیث دیگر آمده است به نوعی تعلیق حکم به وصف است که دلالت بر علیت دارد یعنی بر فرض که به عنوان یک دلیل مستقل هم قابل طرح نباشد، در کنار دیگر ادله می‌تواند موجه دیدگاه مورد نظر باشد. به عبارت دیگر معنای حدیث تقریباً این است که والد به دلیل والد بودن و نقش در ایجاد فرزند داشتن، قصاص نمی‌شود و بدون تردید این نقش را مادر هم دارد.

ممکن است تصور شود که این نحوه از استدلال، نوعی استدلال استحسانی است، اما می‌توان گفت: نوعی استدلال تنقیح مناطی و در مواردی تخریج مناطی است، آن هم تنقیح مناط و تخریج مناط مستند به لفظ که اگر موجب اطمینان باشد، می‌توان بدون اشکال آن را در زمره ظواهر الفاظ دانست و به عنوان یک اماره معتبر به آن استناد نمود، و اگر موجب اطمینان هم نباشد و تنها ظن آور باشد، حداقل یک اماره ظنی است که می‌تواند مبنا و بستر دلیل پنجم را که استناد به قاعده «درء» می‌باشد، مهیا نماید.

نکته شایان توجه ضمنی اما مرتبط این که: استثنائات در باب عبادات، تعبدی (و توفیقی) محض است و کشف فلسفه و اسرار آن به سادگی میسر نیست و در مواردی اصلاً ممکن نیست. اما آیا در غیر باب عبادات هم گستره تعبد (یا توفیقی بودن) به همین صورت است؟ یعنی استثنای پدر از حکم قصاص (آن هم با تعبیر والد، که هم، شمول آن نسبت به مادر در میان فریقین، قائل دارد و هم، وصف «والد» می‌تواند مؤید قوی برای این شمول باشد) یک

تعبد و توقیف محض است، بدون هیچ مناط مکشوف اطمینانی قابل اعتماد و یا حد اقل، ظنی قابل توجه که حد اقل بتواند بستری موجه برای جریان قاعده درء باشد؟

۳- چنان که اشاره شد یکی از دلایل قول به سقوط یا عدم ثبوت قصاص به خاطر قتل فرزند، لزوم رعایت حرمت پدر است. تردیدی نیست که این علت اگر در مورد مادر، قوی‌تر نباشد، ضعیف‌تر نیست، و لزوم رعایت حرمت مادر قطعاً کمتر از لزوم رعایت حرمت پدر نمی‌باشد. به همین دلیل، چنان که گذشت، عموم اهل سنت و ابن جنید از فقهای امامیه مادر را در این حکم با پدر همانند دانسته‌اند.

این دلیل را نیز می‌توان نوعی تخریج مناط مستند به لفظ دانست با این توضیح که: اخراج پدر از عمومات و مطلقات قصاص، و حکم به عدم قصاص وی در قتل فرزند، یک تعبد محض نیست و قطعاً دارای مصلحتی است و این مصلحت از نوع مصالح وجود در احکام عبادی نیست که به صورت اطمینانی یا حداقل ظنی (غیر اطمینانی) قابل کشف نباشد: ظن به این که تشریع این حکم به دلیل لزوم رعایت حرمت پدر می‌باشد: دلیل و مصلحتی که در مورد مادر نیز قطعاً موجود است. این استدلال همانند مورد قبل، نوعی تخریج مناط است: تخریج مناط (حداقل) ظنی مستند به لفظ که این نیز حداقل می‌تواند در مورد قصاص مادر موجب ایجاد شبهه گردد (چنان که در دلیل پنجم اشاره گردیده است) با استناد به قاعده «درء» موجب ساقط گردد. بنا بر این، این استدلال و استفاده از احادیث باب، به هیچ وجه، استحسان نیست.

۴- درباره اجماع که فقهای امامیه، مانند شیخ طوسی، صاحب جواهر و دیگران به آن استناد کرده‌اند می‌توان گفت اولاً با مخالفت ابن جنید اجماع ثابت نیست؛ حتی بعضی از فقهای درباره مادر سکوت کرده‌اند، ثانیاً با توجه به روایاتی که در این باب وجود دارد و ممکن است همین روایات مورد استناد فقها باشد (که اینچنین هم هست) اجماع مزبور، مدرکی است و نمی‌تواند به عنوان یک دلیل مستقل مورد استناد کسانی قرار گیرد که مادر را از قصاص به خاطر قتل فرزندش معاف نمی‌دانند.

۵- با عنایت به مطالبی که در نقد و تجزیه و تحلیل روایات و ادله مطرح شد به جرأت می‌توان گفت، حداقل در مورد قصاص مادر، به خاطر قتل فرزندش، شبهه جدی وجود دارد که به راحتی می‌توان با استناد به قاعده «درء» از سقوط قصاص مادر به خاطر قتل فرزندش دفاع قابل قبولی ارائه داد. از این رو پیشنهاد می‌شود بزرگانی که در تهیه و تدوین قانون مجازات

اسلامی نقش دارند و در صدد تهیه و تنظیم قانون جدید هستند این مورد را هم دوباره به طور جدی مورد بررسی و تجدید نظر قرار دهند.

منابع

قرآن کریم.

- ابن ادریس، محمد بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۱۰.
- ابن حنبل، احمد، *المسند*، دار صادر، بیروت، بی تا.
- ابن رشد، *بدایة المجتهد*، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۵ق.
- ابن قدامه، *المغنی*، دار الکتب العربی، بیروت، بی تا.
- ابن نجیم المصری، *البحر الرائق*، دارالکتب العلمیه، بیروت، ۱۴۱۸ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *کتاب المکاسب*، دارالتقلین، قم، ۱۴۲۰ق
- بهوتی، منصور بن یونس، *کشاف القناع*، دارالکتب العلمیه، بیروت، ۱۴۱۸ق.
- حر عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة*، دار احیاء التراث العربی، بیروت، بی تا.
- حلی، ابوالصلاح، *الکافی*، مکتبه الامام، امیرالمومنین (ع)، اصفهان، بی تا.
- خمینی، روح الله، رهبر انقلاب و بنیانگذار جمهوری اسلامی ایران، *تحریر الوسيلة*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۹.
- خوانساری، سید احمد، *جامع المدارک*، مکتبه الصدوق، تهران، ۱۳۶۴.
- خویی، سید ابوالقاسم، *مبانی تکملة المنهاج*، چاپخانه العلمیه، قم، ۱۳۹۶ق
- سرخسی، *المبسوط*، دارالمعرفه، بیروت، ۱۴۰۶ق
- شافعی، محمد بن ادریس، *الام*، دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع، بیروت، ۱۴۰۳ق.
- شریینی، *مغنی المحتاج*، دار احیاء التراث العربی، بیروت، ۱۳۷۷ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، مکتبه الداوری، قم، ۱۳۶۸.
- _____، *مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*، مؤسسه المعارف الاسلامیه، قم، ۱۴۱۶ق.
- صدوق، محمد بن علی، *المقنع*، مؤسسه الهادی، ۱۴۱۵ق.
- طباطبایی، علی، *ریاض المسائل*، جامعه مدرسین، قم، ۱۴۲۲ق.
- طباطبائی، محمدحسین، *المیزان فی تفسیر القرآن*، اسماعیلیان، قم، ۱۳۹۱ق.

شماره ۸۹	مطالعات اسلامی - فقه و اصول	۱۰۴
	طوسی، محمد بن الحسن، الخلاف ، جامعه مدرسین، قم، ۱۴۱۷ق.	
	_____، المبسوط في فقه الامامية ، المكتبة المرتضوية، تهران، ۱۳۸۷ق.	
	_____، النهاية في مجرد الفقه و الفتوى ، انتشارات قدس محمدی، قم، بی تا.	
	علامه حلی، قواعد الاحکام ، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۱۳ق.	
	_____، مختلف الشیعه ، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۱۹ق.	
	فاضل مقداد، مقداد بن عبد الله، التنقيح الرائع لمختصر الشرائع ، کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، قم، ۱۴۰۴ق.	
	_____، کنز العرفان في فقه القرآن ، المكتبة المرتضوية، تهران، ۱۳۸۵ق.	
	فاضل هندی، محمد بن الحسن، كشف اللثام عن قواعد الاحکام ، جامعه مدرسین، قم، ۱۴۱۶ق.	
	کاشانی، بدائع الصنائع ، المكتبة الحبيبة، پاکستان، ۱۴۰۳ق.	
	گروه پژوهشی حقوق دانشگاه اسلامی رضوی، قواعد فقه جزایی، مشهد، ۱۳۸۳.	
	ماوردی، علی بن محمد، الحاوی الكبير ، دارالفکر، بیروت، ۱۴۲۴ق.	
	محقق حلی، محمد بن حسن، شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام ، انتشارات استقلال، تهران، ۱۴۰۹ق.	
	محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه جزایی ، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران، ۱۳۸۸.	
	مظفر، محمد رضا، اصول الفقه ، دارالتفسیر، قم، ۱۳۸۱ق.	
	مفید، محمد بن محمد، المقننه ، جامعه مدرسین، قم، ۱۴۱۰ق.	
	مقدس اردبیلی، احمد، مجمع الفائدة و البرهان في شرح ارشاد الاذهان ، جامعه مدرسین، قم، ۱۴۱۶ق.	
	منصور، جهانگیر، قانون مجازات اسلامی ، نشر دیدار، تهران، ۱۳۸۱.	
	نائینی، محمدحسین، فوائد الاصول (تقریر کاظمی)، انتشارات جامعه مدرسین، قم، ۱۴۰۴ق.	
	نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام في شرح شرائع الاسلام ، دارالکتب الاسلامیه، تهران، ۱۳۶۷.	
	نووی، محی الدین، المجموع ، دار الفکر، بیروت، بی تا.	
	نووی، یحیی بن شرف، روضة الطالعین ، دارالکتب العلمیه، بیروت، بی تا.	

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و چهارم، شماره پیاپی ۸۹،
تابستان ۱۳۹۱، ص ۱۲۳-۱۰۵

بازپژوهی اعراض از ملکیت در فقه و حقوق*

حسین حقیقت پور^۱

دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

Email: husainhaghighat@yahoo.com

دکتر سید محمدرضا امام

دانشیار دانشگاه تهران

چکیده

اعراض در میان فقیهان به طور جداگانه بحث نشده و تنها در مواردی به طور ضمنی بدان اشاره شده است. در قوانین موضوعه نیز این مطلب مورد غفلت واقع گشته و اغلب حقوقدانان - به تبع قوانین و همچون فقیهان - در این باره به تفصیل سخن نگفته‌اند. ما در اینجا با بحث از ماهیت اعراض به دنبال روشن شدن مسئله‌ای نسبتاً پیچیده یعنی اثر اعراض هستیم. تا آنجا که می‌دانیم نظریه غالب در میان فقیهان امامیه آن است که اعراض به عنوان یک عمل حقوقی مورد تأیید شارع نیست. اما حقوقدانان در اکثریت قریب به اتفاق موارد بدون آنکه مبنای موجهی را ذکر کرده باشند به مشروعیت اعراض رای داده‌اند. گمان ما بر آن است که اعراض، ایقاعی مشروع بوده و اثرش زوال ملکیت مالک خواهد بود. در این صورت مال در غیر موارد انقاع به مباحات می‌پیوندد.

واژگان کلیدی: اعراض، اسقاط حق، زوال ملکیت، دوام ملکیت

* . تاریخ وصول: ۱۳۸۹/۸/۲۰؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۰/۳/۲۹.

^۱ . نویسنده مسئول.

مقدمه

۱-۱. طرح مسئله

در زندگی روزمره گاه اتفاق می افتد که اشخاص، از بعضی از اموال خود صرف نظر کرده و آن را رها می کنند؛ بطور مثال کشاورزی روستایی را در نظر بگیرید که از نظر اقتصادی تحول ناگهانی در زندگی او رخ می دهد. حرفه قبلی اش را رها کرده و با سفر به شهرهای بزرگ مشغول تجارت می شود و در نتیجه زمین، باغ، ابزار کشاورزی و... را ترک می گوید. یا مثلاً افراد پر درآمدی که هر چند سال یک بار بسیاری از وسایل زندگی خود از قبیل مبلمان و... را بیرون از خانه قرار می دهند و به جای آن انواع دیگری را جایگزین می نمایند؛ و یا فردی به خاطر آنکه از مسئولیت های احتمالی ناشی از ملکیت نسبت به یک مال خاص بگریزد، اعلام می دارد که از ملکیت خود روی برتافته است. در این مثالها و موارد مشابه که افراد از مال خود روی گردان می شوند می خواهیم بدانیم وضعیت حقوقی چنین مالی چیست؟ آیا این مال به صرف روی گردانی مالک از ملکیت شخص خارج می شود؟ آیا دیگری می تواند آن را تملک کند و در مثال های یاد شده مبلمان و... را برای خود بردارد؟

۲-۱. مفهوم اعراض

الف: مفهوم لغوی اعراض

إعراض - به تنهایی - از ماده «عرض» و بر وزن إفعال در لغت به معنای ظاهر شدن چیزی است. «أعرضَ لك الشيءُ من بعيدٍ: بدا و ظهر... عرضتُ الشيءَ فأعرضَ اي أظهرته فظهر... يُقال أعرض الشيءُ يُعرضُ من بعيدٍ إذا ظهر» (ابن منظور، ۱۶۹/۷)

اما هرگاه این کلمه با حرف جر «عن» به کار رود معادل فارسی آن روی گردانی از شیء و یا پشت کردن به چیزی خواهد بود. چنانچه در المفسر دات می خوانیم: «العرضُ خلاف الطول... والعرضُ خُصَّ بالجانب... و أعرض: أظهر عَرَضَه اي جانبه... و اذا قيل أعرضَ عني فمعناه: ولّي مبدئياً عَرَضَه.» (راغب اصفهانی، ۱/ ۵۹۹)

بنابراین، مفهوم لغوی اعراض از چیزی، روی گردانی از آن است که ممکن است نسبت به هر چیزی صورت گیرد. خداوند در قرآن خطاب به رسول اکرم (ص) می فرماید: «و أَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ»^۱ یعنی از جاهلان روی بگردان.

ب: مفهوم اصطلاحی اعراض در فقه

^۱ - اعراف، ۱۹۹

روی گردانی مالک از مالش را به دو گونه می‌توان تصویر کرد: گاه مالک انتفاع از مال خویش را به طور موقت یا دائم متوقف نموده است و گاه عین مال را ترک کرده و به اصطلاح عرفی عین مال را دور انداخته است و به هیچ وجه قصد بازگشت نداشته و مقصودش دست کشیدن از حق ملکیت خویش است. با نظر به این مقدمه کوتاه می‌توان گفت اعراض در اصطلاح فقهی - حقوقی عبارت است از: رفع ید اختیاری از عین ملک، بدون انشاء اباحه برای دیگری. (مامقانی، ۳/ ۴۳۹) با توضیح معنای لغوی و اصطلاحی اعراض، یادآوری این نکته ضروری است که محل بحث ما موردی است که مالک، مال خود را ترک گفته و از آن اعراض می‌نماید با این قید که قصد او ازاله ملکیت خویش باشد؛ حال ممکن است این قصد را اعلان نماید یا خیر؛ یعنی همان معنای اصطلاحی اعراض مورد بحث است و این نکته بسیار مهم می‌نماید؛ زیرا دقت در اقوال فقیهان در این مسئله نشان داده است که شاید بزرگ‌ترین منشأ اختلاف آنان در صغرای قضیه نهفته باشد؛ با این بیان که در اکثر موارد این ترک مال است که نتیجه آن مورد بررسی قرار گرفته و معلوم نشده که قصد مالک در ترک مال چه بوده است. در این صورت احتمالات زیادی وجود خواهد داشت و مسئله این است که نتیجه ترک مال از سوی مالک چیست؟

اما اگر از اعراض به معنای اصطلاحی آن بحث کنیم مسئله ما این خواهد بود که آیا اعراض، یک عمل حقوقی بوده و مالک می‌تواند به قصد ازاله ملکیت، از مال خویش اعراض نماید؟ و آیا اثر حقوقی بر این عمل او مترتب می‌شود یا خیر؟

۳-۱. ماهیت حقوقی اعراض

با نظر به مفهوم اعراض و با توجه به این که اعراض در اصطلاح فقیهان به عین مال تعلق می‌گیرد و در صدق مفهوم آن تنها اراده مالک دخالت دارد می‌توان آن را در زمره ایقاعات به شمار آورد؛ زیرا ایقاع، انشاء اثر حقوقی است که با یک اراده انجام شود؛ (کاتوزیان، ایقاع/ ۱۹) اگرچه مشروعیت و اثر بخشی چنین انشائی، مطلبی دیگر است که جداگانه باید بررسی شود.

۲. اعراض: زوال یا عدم زوال ملکیت؟

پس از روشن شدن ماهیت حقوقی اعراض این سؤال مطرح می‌شود که آیا اعراض ایقاعی مشروع است؟ به عبارت بهتر آیا نتیجه مورد نظر در اعراض مورد تأیید شرع مقدس است یا خیر؟

مهم‌ترین دلیل مخالفان نظریه زوال ملکیت - که همان اراده مالک است - این است که اعراض

در فقه اسلام به عنوان سبب زوال ملکیت مالک، تأییدی را در پی ندارد. بنابراین وقتی مشروع نباشد نمی‌تواند منشأ اثر حقوقی گردد؛ چرا که زوال ملکیت همانند حدوث آن نیاز به سبب شرعی دارد. (ر. ک: محقق داماد، ۲/۲۷۰)

از آنجا که اصل بر عدم سببیت شیء است، مدعی سببیت باید برای ادعای خود دلیل بیاورد و ما که طرفدار زوال ملکیت به اعراض هستیم دلایل این نظریه را بررسی می‌کنیم.

۱-۲. اصل در ایقاعات

در فقه با وجود عموماتی همچون «اوفوا بالعقود» (مائده: ۱) و «الصلح جائز بین المسلمین» (شیخ صدوق، ۳/۳۴) و امثال آن و همچنین دلایل عقلی و ضرورت‌های اجتماعی می‌توان اصل آزادی قراردادها را موجه شمرد. قانون مدنی نیز در ماده ۱۰ مقرر می‌دارد: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است.» بنابراین، اصل آزادی اراده در قراردادها با قید مذکور، در قانون مسلم می‌باشد. درحالی که در مورد وجود اصل در ایقاعات، چنین صراحتی در فقه و حقوق وجود ندارد. اما آیا می‌توان همانند قراردادها در ایقاعات نیز اصل را آزادی اراده دانست؟

با کاوش در متون فقهی می‌توان گفت اگرچه برخلاف نظر بعضی از فقیهان (حسینی مراغی، ۲/۲۸) اثبات وجود چنین اصلی در فقه در مورد تمام انواع ایقاعات مشکل می‌نماید، اما در مورد اسقاط حق می‌توان به جرأت ادعا نمود که در این زمینه آزادی اراده پذیرفته شده است. طلاق، ابراء، اسقاط حق خیار، روی گردانی از حق اولویت به تحجیر در تملک مباحات و اسقاط حق شفعه را می‌توان از مصادیق بارز اسقاط حق بر شمرد. اصولاً تقابل حق و حکم در فقه را می‌توان مؤید این مطلب دانست زیرا از ویژگی‌های حق، قابلیت اسقاط آن است برخلاف حکم که قابل اسقاط نیست. (نائینی، ۲/۲۷)

بعضی از اندیشمندان علم حقوق نیز با تقسیم قلمرو ایقاعات در سه زمینه ایجاد، انتقال و اسقاط حق گفته‌اند: «استقراء در قوانین و سایر منابع حقوقی نشان می‌دهد که چنین اصلی با این اطلاق در حقوق ما وجود ندارد» و در پی آن گفته‌اند: «تنها زمینه‌ای که اصل آزادی ایقاع از احکام آن استنباط می‌شود اسقاط حق است. صاحب هر حق، خواه عینی باشد یا بر اشخاص، می‌تواند بدون نیاز به تراضی با مدیون، آن را اسقاط کند مگر این که قاعده‌ای آن را منع یا منوط به رعایت تشریفات کند.» (کاتوزیان، ایقاع، ۱۴۲) بنابراین با اثبات چنین اصلی در مورد اسقاط حقوق، اعراض نیز از چنین اصلی مستثنا نخواهد بود؛ خصوصاً که این آزادی به قید عدم اضرار به غیر و

عدم تعارض با حقوق دیگران یا قواعد قانونی باشد که در این صورت هیچ تالی فاسدی را نمی‌توان برای آن اصل تصور نمود؛ چه این که اگر در مورد ابراء - که به اتفاق، ایقاعی مؤثر است - شبهه عدم تأثیر آن به اراده یک طرف را با همان مبنایی که در هبه گفته‌اند - یعنی احتمال وجود منت - بتوان تصور نمود، در مورد اعراض که وارد بر عین است چنین شبهه‌ای معنا ندارد. بنابراین در این مورد به طریق اولی نسبت به ابراء باید آن را ایقاعی مؤثر برشمرد.

وانگهی در فقه، می‌توان مصادیقی را برای توجیه این اصل در حقوق عینی برشمرد؛ مانند جواز اسقاط حق مرتهن که به عین مرهونه تعلق گرفته است و حتی - به‌طور خاص - در حق ملکیت، عتق رقبه و وقف عام را می‌توان مثال زد که در هر دو، مالک به‌طور مستقیم و صریح، حق ملکیت خویش را اسقاط می‌نماید. استثنا برشمردن چنین حقی در مورد ملکیت عبد یا مال وقف شده، دلیل می‌طلبد.

۲-۲. قاعده تسلیط

قاعده معروف تسلیط مفاد قول پیامبر اکرم (ص) است که فرمود: «الناس مسالطون علی اموالهم» (مجلسی، ۲ / ۲۷۲ و نسائی، ۶ / ۱۰۰) درباره مفاد اصل تسلیط و دامنه آن اختلافات چشمگیری در بین فقیهان وجود دارد اما اجمالاً می‌توان گفت: «به اقتضای این حدیث که در آن شارع مقدس بنای عرف و عقلا را امضاء نموده است، تمام تصرفات مالک اعم از تصرفات تکوینی مانند اکل و شرب و تصرفات تشریعی همانند بیع و هبه و... در مال خودش مشروع و معتبر شناخته شده است مگر آنکه دلیلی بر خلاف آن داشته باشیم» (بجنوردی، ۲۲۱/۵) و اما یکی از موارد اختلاف درباره مفاد حدیث آن است که آیا این اصل را می‌توان مستند مشروعیت اعراض قرار داد یا خیر؟ مخالفان گفته‌اند موضوع این اصل، مال به حمل شائع صناعی است نه به حمل اولی. پس عنوان مال بودن و ملک بودن چیزی را نمی‌توان به استناد این اصل از آن زایل نمود. (نجفی ایروانی، ۱ / ۲۱۷)

برخی مفاد همین اشکال را بدین شکل مطرح نموده‌اند که اعراض از موارد سلطنت بر ملک نیست زیرا سلطنت، همان اقتدار است و اقتدار [و قدرت داشتن] بر سلب این اقتدار، تحت اقتدار فرد نمی‌گنجد: «الاعراض... لیس من انحاء السلطنة علی الملك لان السلطنة عبارة عن الاقتدار و الاقتدار علی سلب الاقتدار لیس تحت الاقتدار» (نائینی، ۴/۲) و یا اینکه: اعراض از ملک، فوق سلطنت است [و این اصل نمی‌تواند مشروعیت آن را اثبات نماید] زیرا اعراض، إمعاء و از بین بردن موضوع سلطنت می‌باشد [و بر فرض اگر اعراض مؤثر واقع گردد و رابطه ملکیت بین مالک

و مال را از بین ببرد دیگر موضوعی برای این اصل باقی نمانده تا محمول یعنی «مسلط بودن» بر آن حمل گردد. چنانچه پیداست تمام این اشکالات مضمون واحدی دارند.

امام خمینی (قدس سره) در جواب این اشکالات می‌فرماید: چنین اشکالی برای قول به عدم دخول اعراض در موارد و شئون سلطنت بر مال، وارد نیست؛ زیرا بر فرض وجود این اشکال، در تمام معاملات چنین اشکالی وارد خواهد بود. مثلاً بیع نیز موجب از بین رفتن موضوع سلطنت بر بیع است [و در این صورت قلمرو این اصل بسیار کوچک شمرده خواهد شد و در نتیجه با آنچه عقلای عالم و عرف به آن اعتقاد دارند تطابق نخواهد داشت]. بنابراین از این جهت بین اعراض و بیع و صلح و هبه فرقی وجود ندارد. چنانچه لازمه سلطنت بر مال، سلطنت بر بیع و اعدام سلطنت بایع بر بیع به وسیله اعدام موضوع آن می‌باشد، در اعراض نیز چنین است که لازمه سلطنت بر مال، سلطنت بر اعراض و از بین بردن آن سلطنت از طریق اعدام موضوع سلطنت (یعنی مال) باشد. پس منشأ اشکال [که توهم تالی فاسد از بین رفتن موضوع سلطنت است] خود به خود از بین می‌رود. (امام خمینی، ۲۱/۱) همو در جای دیگر می‌فرماید تمام تصرفات، اعم از ابقاء و ازاله ملک از اشکال تصرف در مال هستند. اخراج مال به بیع و هبه و اکل و شرب و... که باعث ازاله ملکیت می‌شوند و بلکه اعدام و ازاله ملکیت از روشن‌ترین مصادیق و مراتب سلطنت هستند؛ و این مطلب موافق حکم عقلانی در املاک بوده و تمام عقلا چنین اختیار و سلطه‌ای را برای مالک قائل هستند ... (امام خمینی، ۱۶۰/۱) بنابراین بنای عقلا بر آن است که سلب اختیاری ملکیت شخص به وسیله خودش را (اعراض) از مصادیق بارز اختیارات و تصرفات معتبر او در مورد مالش می‌دانند.

نیز در جواب اشکالی که می‌گوید مالک سلطه بر ملک دارد نه بر ملکیت [بنابراین مفید مشروعیت اعراض که ازاله ملکیت است نمی‌تواند باشد] می‌فرماید: سلطنت مالک بر ملکش کفایت می‌کند که بر ابقاء و ازاله ملک سلطه داشته باشد و نیازی نیست که سلطنت بر ملکیت هم داشته باشد. به علاوه این که، سلطنت بر ملک - از آن جهت که ملک است [یعنی با عنوان ملک مالک بودن] - همان سلطنت بر ملکیت است ... و باز همان جواب نقضی را مطرح می‌کنند که اگر شخصی سلطنت بر ازاله ملکیت نداشته باشد قول به تفریق بین اعراض از ملک و بین هبه و تملیک مال، شایسته نیست. بنابراین تفصیل، بین ازاله به طور ابتدایی و بین ازاله به اسباب همچون بیع و امثال آن وجهی ندارد. (امام خمینی، ۱۶۱/۱)

حال با این مطالب روشن می‌شود که اگر قرار باشد دلیل سلطنت را برای مشروعیت

اعراض که نوعی ازاله ملکیت بوده و نزد عقلا یکی از مصادیق تسلط مالک بر مالش شمرده می‌شود کافی ندانیم باید در تمام انواع تصرفاتی که مزیل ملکیت هستند اعم از تمام نقل و انتقالات این عدم کفایت را برای قاعده عقلانی تسلیط قائل شویم زیرا مناط در هر دو مورد یکی است درحالی که چنین نتیجه‌ای کاملاً با عرف عقلا متعارض است. بنابراین، وقتی قلمرو و مفاد قاعده کلی تسلیط روشن شد، خروج یک مورد خاص از قلمرو آن به بنای عقلا یا اخراج موردی به وسیله شرع مقدس نیاز به دلیل دارد نه این که لازم باشد مشروعیت آن اثبات گردد. علاوه بر قاعده تسلیط روایات دیگری نیز در کتب روایی موجود است که تقریباً همان مفاد این قاعده را اثبات می‌نماید؛ از جمله روایت ابو بصیر از حضرت صادق آل محمد (ص) که فرمود: «إِنَّ لَصَاحِبِ الْمَالِ أَنْ يَعْمَلَ بِمَالِهِ مَا شَاءَ» (حر عاملی، ۳۸۱/۱۳) این حدیث هم، چنانچه پیداست اطلاق دارد و لفظ «ما شاء» دایره بسیار گسترده‌ای را در بر می‌گیرد و اگر مشروعیت اعراض با آن نتیجه‌ای که مورد نظر است - یعنی ازاله ملکیت - را نتوان با اطلاق این حدیث اثبات نمود کبرای قضیه دچار مشکل خواهد شد زیرا از نظر صغروی شکی نیست که حدیث اطلاق دارد؛ و اگر کبرای قضیه بدون هیچ دلیل موجهی در اینجا خدشه دار گردد این سؤال به وجود می‌آید که در این صورت اطلاق لفظی چه کاربردی دارد؟!

۲-۳. مستندات روایی

برای اثبات آنکه نتیجه اعراض زوال ملکیت است برخی موافقان (مصطفوی، ۵۰) به روایاتی چند استناد جسته‌اند که به بررسی مدلول آن‌ها می‌پردازیم. الف) شیخ حرّ عاملی در کتاب شریف وسائل، در میان روایات باب لقطه روایتی را نقل کرده که به روایت غرق سفینه معروف گردیده است و آن چنین است:

محمد بن یعقوب عن علي بن ابراهيم عن ابيه عن النوفلي عن السكوني عن ابي عبدالله في حديث عن امير المؤمنين (ع) قال: «وإذا غرقت السفينة وما فيها فأصابه الناس فما قذف به البحر علي ساحله فهو لأهله و هم أحق به و ما غاص عليه الناس و تركه صاحبه فهو لهم» (حر عاملی، ۴۵۵/۲۵)

ابن ادریس در ذیل این حدیث ادعای اجماع نموده بر این که مالی را که دریا به ساحل می‌آورد از آن صاحبان مال و آنچه از مال که صاحبش آن را به خاطر یأس از به دست آوردن آن ترک گفته است از آن کسی است که به غواصی آن را بیابد؛ زیرا با این ترک گفتن، مال به منزله مباح خواهد بود. (ابن ادریس، ۱۹۶/۲)

اشکال این سخن آن است که اولاً همان گونه که برخی گفته‌اند (فاضل لنکرانی، ۱۰۲) مرجع ضمیر در «أهله» به ساحل باز می‌گردد نه به صاحب مال و این با قواعد ادبیات سازگارتر است؛ چه این که کلمه «الناس» نیز انصراف به غیر مالک دارد. وانگهی اگر منظور از «أهله» صاحبان مال بود دیگر وجهی نداشت که بفرماید: «هم احق به» زیرا در این صورت کاربرد صفت تفضیلی معنا ندارد و از آن جهت که شیء، ملک مالک است کسی در این زمینه با مالک مقایسه نمی‌شود تا مثلاً مالک نسبت به مال، اولی و أحق باشد. پس اهل ساحل از آن جهت که از دیگران نسبت به اخذ مال نزدیک‌تر هستند شایسته‌تر خواهند بود نه این که برای غیر اهل ساحل، اخذ مال مباح نباشد. ثانیاً منطوق روایت قدرت تحمل حداقل یک احتمال دیگر را نیز دارد و آن این که ترک مال، صرفاً مفید رفع مانع از تملک دیگران باشد. چنانچه در مورد اثر اعراض برخی این احتمال را مطرح نموده‌اند. (مروج جزائری، ۱۲/۱) و اگر قرینه‌ای برای هر یک از این دو احتمال موجود نباشد هر دو مساوی خواهند بود؛ فی‌الاجمال احتمال بطل الاستدلال.

نکته دیگر این که اگرچه در شقّ اول روایت - یعنی آنچه از مال که دریا آن را بیرون می‌آورد - از ترک مال توسط مالک سخنی به میان نیامده اما می‌توان گفت این مورد نیز انصراف به ترک مال و یأس مالک از بدست آوردن آن دارد و این که دریا مال را به ساحل بیاورد و این ساحل در کدام منطقه باشد؟ و... نشان از یأس و عدم دسترسی مالک دارد. در غیر این صورت وجهی برای اباحه تملک مال باقی نمی‌ماند و نمی‌توان صرف غرق مال و آمدن آن به ساحل را - بدون آنکه مالک از آن اعراض نموده باشد - مفید اباحه تملک برای دیگری دانست. به هر روی این روایت را نمی‌توان بدون مناقشه مستند زوال ملکیت به اعراض قرار داد.

ب) صحیحۃ عبدالله بن سنان از حضرت صادق آل محمد علیه السلام که می‌فرماید: «مَنْ أَصَابَ مَالاً أَوْ بَعِيراً فِي فَلَاةٍ مِنَ الْأَرْضِ قَدْ كَلَّتْ وَقَامَتْ وَ سَبَّحَهَا صَاحِبُهَا لِمَا لَمْ تَتَّبِعْهُ فَأَخَذَهَا غَيْرُهُ فَأَقَامَ عَلَيْهَا وَ أَنْفَقَ نَفَقَةً حَتَّى أَحْيَاهَا مِنَ الْكَلَالِ وَ مِنَ الْمَوْتِ فَهِيَ لَهُ وَ لَا سَبِيلَ لَهُ عَلَيْهَا وَ إِنَّمَا هِيَ مِثْلُ الشَّيْءِ الْمَبَاحِ.» (حر عاملی، ۲۵ / ۴۵۸)

هر که در سرزمینی بی آب و علف به شتری برخورد کند که ناتوان گشته و وامانده باشد و صاحبش آن را به خاطر ناتوانیش از رفتن رها نموده باشد و شخص یابنده آن را بگیرد و به او آب و علف داده، از آن ناتوانی و واماندگی به در آورده و از هلاکت نجات دهد پس آن شتر از

آن او است و صاحب اولی هیچ حقی به آن نخواهد داشت بلکه این شتر درست همانند شیء مباح می باشد.

ج) وعنه عن سهل ابن زياد ... عن ابي عبد الله قال: ان امير المؤمنين عليه السلام كان يقول في الدابة إذا سرحها أهلها أو عجزوا عن علفها أو نفقت بها فهي للذي أحياها. قال و قضى امير المؤمنين في رجل ترك (دابة بمضيعة) فقال إن تركها في كلب و ماء و أمن فهي له يأخذها متى شاء و إن كان تركها في غير كلب و لا ماء فهي لمن أحياها (همان).

امام صادق (ع) از حضرت امیر نقل می کنند که نظر ایشان در مورد چهارپایی که مالک او را رها نموده یا از نفقه دادن به آن ناتوان است [و به این جهت رهاش کرده] این بود که آن مال از آن کسی است که احیایش کند. سپس فرمود: امیرالمؤمنین درباره فردی که حیوانی را در جای بی آب و علفی رها کرده بود چنین قضاوت فرمودند که: اگر حیوان را در منطقه آباد و امنی رها کرده باشد حیوان از خود اوست و هر گاه دسترسی داشت می تواند آن را دوباره بگیرد؛ و اگر آن را در منطقه خشک و بی آب و علف رها کرده حیوان از کسی است که آن را احیا نماید.

در این دو روایت نیز مانند روایت قبلی نمی توان خروج از ملکیت را به صرف اعراض استنباط نمود چه این که قصد مالک مشخص نشده است و در نتیجه شک ما در صدق عنوان اعراض می باشد. بلکه امام علیه السلام در این روایات، حکم حیوانی را بیان داشته اند که هم ترک شده و هم در معرض هلاکت قرار دارد. به علاوه که حتی اگر مالک قصد بازگشت هم داشته اما با بی توجهی حیوان را در جایی بی آب و علف ترک نموده است با این حال باز هم تملک آن از طرف غیر، معتبر شمرده شده است و مالک اول دیگر حق بازگشت به شخص دوم را نخواهد داشت. برخی در توجیه این روایات گفته اند: مالک حقیقی [خداوند] در این مورد خاص با هدف حفظ نفوس حیوانات رخصت [در تملک غیر] داده است؛ و به همین خاطر است که گفته اند وظیفه مالک حیوانی که گوشت آن حلال است یکی از این سه مورد است: یا آن که ذبح کند یا آب و علف آن را تهیه نماید و یا به بیع و مانند آن از ملک خویش خارج نماید (مامقانی، ۴۴۱/۳). از طرفی تمام فقهای مذاهب برای حیوان نوعی حرمت قائل هستند. مثلاً برخی در مسئله موارد جواز یا وجوب تیمم گفته اند اگر حیوان محترمی تشنه باشد باید آب را مجاناً به او بدهد و تیمم کند. (علامه حلی، نهایة الاحکام فی معرفة الاحکام، ۱/۱۸۹) یا در مورد دیواری که ملک مشترک دو نفر است و خراب شده گفته اند

نمی‌توان صاحبانش را وادار به تعمیر کرد و در نقل استدلال امامان هر چهار مذهب اهل سنت می‌فرمایند: «لأنه ملكه فإذا لم يكن له حرمة في نفسه لم يجبر علي الإنفاق عليه كما لو انفرد به بخلاف الحيوان ذي الحرمة فإنه يجب عليه الإنفاق عليه لحرمة و تعلق غرض الشارع بالإنفاق به» (علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ۱۰ / ۳۳۷) و البته موارد دیگر که نشان از تفاوت گذاشتن شارع بین حیوان (و عموماً موجود زنده) با دیگر اموال دارد. پس این دو روایت نیز برای اثبات مدعا، کافی نیستند.

(د) محمد بن احمد عن عمران عن ايوب عن صفوان عن علي الصائغ قال: سألتُه عن ثراب الصيَّاعين وأنا نبيعه. قال أما تستطيع أن تستحلَّه عن صاحبه؟ قال قلت لا إذا أخبرته أتهمني. قال بعه. قلت فبأي شيء نبيعه؟ قال بطعام. قلت فاي شيء أصنع به؟ قال تصدق به إما لك وإما لإهلكه. قلت ان كان ذا قرابة محتاجاً فأصله؟ قال نعم. (طوسی، ۳۸۳/۶)

... علی صائغ [زرگر] نقل می‌کند که از او [امام] پرسیدم درباره خاک و بُراده طلا و نقره [ای که سنگ آن مثلاً از دیگری است و برای تراش یا ... آن را به زرگر می‌دهد] در حالی که ما [زرگرها] آن را می‌فروشیم [مثلاً وقتی این خاک‌ها زیاد شد]. فرمود آیا نمی‌توانی از صاحبش حلالیت بطلبی؟ گفتم خیر؛ اگر به او بگویم مرا متهم می‌کند. فرمود بفروش. گفتم در برابر چه؟ گفت به مقداری طعام. گفتم با آن طعام چه کنم؟ گفت صدقه بده حال یا مال توست و یا از آن صاحبش. گفتم پس اگر در بین بستگان نیازمندی را یافتم به او می‌توانم بدهم؟ فرمود آری.

در مورد این روایت برخی گفته‌اند وجه تردید در اینکه فرمود: یا مال توست و یا مال اهلش [صاحبش]، اعراض و عدم اعراض مالک از آن است. (فیض کاشانی، ۶۲۸/۱۸) ناگفته پیداست که این روایت نیز ماهیت مال معرض^ه عنه را پس از اعراض مالک و قبل از تملک غیر روشن نکرده است. وانگهی همان گونه که صاحب ریاض المسائل فرموده‌اند خبر، نسبت به تصدق اطلاق دارد و شاید حتی استفاده جواز تصرف به غیر تصدق نیز از آن مشکل باشد. (طباطبایی، ۵/۹)

(ه) محمد بن يعقوب عن عدة من اصحابنا عن سهل بن زياد و أحمد بن محمد جميعاً عن ابن محبوب عن معاوية بن وهب قال سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول أئما رجل أتى خربةً باثرةً فاستخرجها و كرى أنهارها و عمرها فإنَّ عليه فيها الصدقة فإن كانت أرضاً لرجل قبله فغاب عنها و تركها فأخربها ثم جاء بعد يطلُّها فإنَّ الأرض لله و لمن عمرها (حر عاملی، ۲۵ /

(۴۱۴)

امام صادق (ع) فرمود: هر فردی که زمین مخروبه‌ای را بیابد و آن را آباد و تعمیر کند باید در عوض آن صدقه دهد پس اگر زمینی بود که قبل از او مال فرد دیگری بوده و آن را رها نموده و در نتیجه زمین، مخروبه و بائر گشته است و سپس همو بازگردد و از فرد دوم زمین را طلب کند در این صورت زمین از آن خدا و [در نتیجه] از کسی است که آن را آباد نماید.

امام خمینی (ره) در مورد این روایت می‌فرماید: مورد این روایت ترک است و معلوم است که مراد از آن رفع ید از ملک و اعراض از آن می‌باشد زیرا در مورد کسی که غایب می‌شود و به سفر می‌رود و اراده بازگشت و تعمیر و آبادانی زمین خود را دارد تعبیر «غاب عنها و ترکها» به کار نمی‌رود.

ایشان در مبحث موات بالعرض در مورد زمینی که بعد از تملک و احیاء دوباره تبدیل به موات می‌شود می‌فرمایند: وجوه و اقوال زیادی در این مسئله هست اما تحقیق مطلب آن است که تفصیل قائل شویم بین موردی که احیاء کننده (اول) از آن اعراض نموده است که در این صورت باید گفت زمین، ملک امام و ملک کسی است که آن را تعمیر و آباد نماید و بین موردی که محیی اعراض نکرده که در این صورت بر ملکیت او باقی مانده و دیگری حق تصرف در آن را ندارد مگر به اذن مالک. [توضیح این که جهل به اعراض مالک نیز حکم عدم اعراض را دارد] سپس می‌فرماید: مطلبی که ما ذکر کردیم مقتضای جمع عرفی بین روایات است. (خمینی، ۵۲/۳)

با این بیان معلوم می‌گردد که در میان تمام روایات مورد استناد، تنها روایت اخیر و امثال آن است که وضعیت مال اعراض شده را پس از اعراض روشن نموده‌اند که البته مورد آن‌ها خاص بوده و فقط در مورد زمین می‌باشند. پس چنانچه دیدیم روایات مذکور را نمی‌توان به عنوان دلیل جداگانه در این باب مطرح نمود و ما تنها با این عنوان که شانیت دلالت در اینجا را دارند به آن‌ها پرداختیم. در مباحث آینده بیشتر در این مورد سخن خواهیم گفت.

۳. وضعیت مال پس از اعراض مالک

از آنچه تا به حال گفته شد می‌توان نتیجه گرفت که با اعراض مالک از مال به قصد ترک مال و عدم بازگشت به آن، ملکیت شخص نسبت به آن مال زائل می‌گردد اما پس از ازاله ملکیت مالک، وضعیت مال چگونه خواهد شد؟ فقیهان در این باره نظراتی را مطرح فرموده‌اند.

از جمله این که مال ملحق به مباحات می‌گردد و بنابراین مردم در داشتن حق تملک آن مساوی خواهند بود. اما برخی نیز به ورود این اموال در زمره انفال قائل شده‌اند. در توجیه دیدگاه نخست می‌توان گفت با اعراض مالک، مال بدون مالک می‌شود و انتقالی هم صورت نگرفته تا ملکیت دیگری بر آن مال مستقر گردد. بنابراین مال بر وصف بلا مالک باقی خواهد بود و چنین مالی در اصطلاح مباح بالعرض است که سابقه مملوک بودن داشته و سپس به مباحات پیوسته است. اما در توجیه نظر دوم گفته شده: متفاهم از جمیع روایات باب انفال آن است که تمام آنچه مال امام است تحت عنوان واحدی قرار می‌گیرد که بر موارد زیادی منطبق می‌گردد و آن، هر چیزی است که ربّ و مالکی نداشته باشد (اعم از زمین و غیر آن) پس این گونه اشیاء از آن والی است و او طبق مصالح مسلمین آن را در هر موضعی که تشخیص دهد قرار می‌دهد. این مطلب بین تمام دولت‌ها نیز امر شایعی است مثلاً معادن جنگل‌ها و اراضی آباد و غیر آباد که مالکی ندارند، ارث بلا وارث و خشکی و دریا و جو، تماماً از آن دولت هستند.

به عبارتی دیگر این اشیاء مؤتم (دارای امام و مسئول) بوده، دولت‌ها اولیاء امور این‌ها در جهت مصلحت امت‌هایند و اسلام در این زمینه چیز جدیدی نیاورده که مغایر با امر شایع بین دولت‌ها باشد؛ اگرچه پیغمبر (ص) احیاء اراضی موات و حیازت بیشه‌زارها و امثال آن را اجازه داده و احیاء و حیازت را مملک دانسته است چنانکه بعضی از دولت‌های دیگر نیز چنین می‌کنند ... بنابراین قله‌های کوه‌ها، درون دره‌ها، تمام زمین‌های مخروبه، معادن، مناطقی که اهالی آن هلاک شده‌اند و یا از آن وادی کوچ کرده‌اند و ارث بلا وارث تماماً مال امام هستند اما نه با عناوین مختلف و ملاکات متعدد بلکه با ملاکی واحد که همه را در بر می‌گیرد و آن، وجود نداشتن مالک برای آن‌هاست. (امام خمینی، ۴۱/۳)

بنابراین امام از آن جهت که بر تمام عالم از جانب خداوند ولایت سلطانی دارد پس اموال بدون مالک در ملکیت او در می‌آید تا به هر شکل که مصلحت می‌داند آن‌ها را به کار گیرد.^۱ حال در زمان غیبت که جامعه از فیض حضور امام (ع) محروم است، این ولایت سلطانی به

^۱ - جابر عن ابی جعفر علیه السلام : قال رسول الله صلی الله علیه و آله: خلق الله آدم و أقطعه الدنيا قطیعه. فما كان لأدم فلرسول الله فهو للأئمة من آل محمد صلی الله علیه و آله. یعنی خدا آدم را آفرید و تمام دنیا را به او بخشید. پس آنچه از آدم باشد مال رسول خدا است و مال او نیز به ائمه اهل بیت تعلق دارد. (کلینی، ۴۰۹/۱)

فقیهان جامع شرایط منتقل می‌گردد و ایشان به هر شکل که به صلاح جامعه بدانند عمل می‌کنند. پس ولایت فقیهان در این زمان همانند ولایت تمام دولت‌ها بر اشیاء است. با توجه به این مطلب می‌توان گفت سیره عقلا در تمام تمدن‌ها بر این اقامه شده که احیای اراضی موات و مانند آن را با اذن دولت‌ها جایز بدانند. (همان) نیز در مورد اشیائی که اهمیت زیادی ندارند سیره چنان است که همه دولت‌ها تملک چنین اشیائی را برای عموم جایز شمرده‌اند. (رک: حکیم، ۱۲/۱۹۸)

بنابراین به نظر می‌رسد بهترین راه آن است که بگوییم غیر از اشیائی که اهمیت زیادی ندارند مانند لوازم یدکی خودرو، وسایل آشپزخانه و امثال آن‌ها، بقیه اشیاء باید تحت اختیار دولت اسلامی قرار گیرد. به هر روی، طبق این نظریه تمام اشیای بلا مالک تحت اختیار دولت اسلامی خواهد بود و آنچه که دولت اسلامی تعیین کند متبوع است. متذکر می‌شویم که این مطلب، خود، اهمیت تعیین موضع قانون در این باره را روشن‌تر می‌کند. البته قانون مدنی ما در این مورد دچار نقص می‌باشد. (رک: کاتوزیان، پیشین)

پیروی از این نظریه مضمون دیدگاه نخست را نیز در پی خواهد داشت. زیرا بیشتر آنچه تحت ملکیت امام به عنوان وکی امر مسلمین قرار گرفته به اسباب مختلف از جمله احیا و حیات - با شرایطی معین - تحت اباحه عمومی نیز قرار گرفته است. این اختیار به دست معصوم (ع) و در غیاب او به دست فقیه جامع الشرائط می‌باشد که می‌تواند هر کجا به مصلحت مردم باشد حق عموم برای حیات و احیا را محدود نماید.

اگر هم دیدگاه دوم را با این وسعت نپذیریم باید در جمع دو نظر بگوییم: با جدا کردن اموالی که مشمول انفال می‌شوند - مانند قریه‌ای که متروک شده - بقیه اموال اعراض شده در زمره مباحات خواهند بود و هر کس نسبت به تملک آن سبقت بگیرد مالک آن شمرده می‌شود.

۴. اشکال

حقوقدانان در شمار اوصاف حق ملکیت، دائمی بودن را نیز ذکر کرده، در توضیح آن می‌گویند: «إذا قلنا أن الملكية حق دائم فانما نقصد أنها حق دائم بالنسبة إلى الشيء المملوك لا بالنسبة إلى شخص المالك.» (سنهوری، ۵۳۴/۸) ایشان معتقدند ملکیت حقی دائمی است و با انتقال آن هم باقی است. پس مادامی که شیء مملوک بوده و از بین نرفته باشد حق ملکیت باقی است اگرچه صورت ظاهری شیء تغییر کند. هنگامی که مالک جدیدی شیء را تملک کند حق ملکیت از مالک قبل به مالک جدید منتقل شده است نه این که ملکیت شخص اول

زائل شود و دوباره ملکیت جدیدی بوجود بیاید ... آنچه که متبدل می‌شود مالک است نه ملکیت. (سنهوری، ۸/۹) ظاهراً این وصف از اوصاف حق ملکیت با نتیجه‌ای که برای اعراض از ملک ذکر نمودیم - که الحاق مال به مباحات در غیر انغال است - تعارض دارد. چه این که برخی حقوق دانان نیز این نتیجه را استثنائی بر اصل دائمی بودن ملکیت خوانده‌اند بدون آنکه توجیهی برای آن ذکر کنند. (رک: کاتوزیان، اموال و مالکیت، ۱۰۵)

از آنجا که قانون مدنی مصر، اعراض از مال منقول را مفید الحاق مال به اشیاء بلامالک می‌داند برخی حقوق‌دانان مصری در جهت توجیه اعراض از منقول در کنار وصف دائمی بودن حق ملکیت، فقدان ملکیت مالک به اعراض را مفید غیر دائمی بودن حق ملکیت در منقول نمی‌دانند و اذعان داشته‌اند: «ملکیت، حقی دائمی است تا آنکه صاحب آن از آن صرف نظر نماید و صحیح نیست که صرف نظر از حق را توقیت آن محسوب کنیم؛ زیرا دائمی بودن حق ملکیت تا زمانی است که مال وجود قانونی داشته باشد و اما اگر وجود قانونی شیء زائل شد ملکیت زایل می‌شود هر چند وجود فعلی داشته باشد.» (سنهوری، ۵۳۹/۹) بنا براین از دیدگاه ایشان، در این جا موضوع دوام ملکیت از بین رفته و بحث ما در مال موجود از نظر قانون است.

با بیانی روشن‌تر می‌توان گفت از آنجا که حق ملکیت از اشیاء اعتباری است پس ایجاد و اعدام آن نیز به دست اعتبار کننده خواهد بود. اگر عقلاً که اعتبار کننده حق ملکیت هستند، خود، این اعتبار را بردارند دیگر دلیلی ندارد که اختیار آنان را محدود نموده و برداشتن اعتبار مملوک بودن، مالک بودن و حق ملکیت را امری غیرممکن تلقی نماییم. چه این که سیره عقلاً، شخص را مسلط می‌داند که از ملک خویش اعراض نماید. وانگهی به نظر می‌رسد اگر چنانچه گفته شده (کاتوزیان، اموال و مالکیت، ۱۰۴) بپذیریم که حق مالکیت دائمی است و طبیعت آن با موقتی بودن منافات دارد، باید بگوییم این عبارت تنها بدین معناست که حق مالکیت در اثر معطل ماندن از بین نمی‌رود نه این که حق مالکیت تا موضوع آن از بین نرفته باقی است. زیرا سیره عقلاً چنین نتیجه‌ای را در پی ندارد. به علاوه، به نظر می‌رسد منظور از این که حق ملکیت تا موضوع آن از بین نرفته باقی است - چنانچه گفته شد - آن باشد که مال تا زمانی که از نظر قانون مملوک باشد این مملوکیت نیز دائمی خواهد بود. در کتاب الوسیط در بیان تفاوت حق ملکیت با حقوق دیگر نظیر حق انتفاع، حق رهن و ... چنین آمده است: از آنجا که قانون، برای حق ملکیت تاریخ انقضائی را معین نکرده پس یک حق دائمی است... و چون

اسباب کسب ملکیت مانند موجبات ایجاد التزام متعدد است قانون نسبت به تنظیم [مواد] آن عنایت و توجه کامل مبذول داشته است. بنابراین به نظر ما اسباب زوال ملکیت - بر خلاف اسباب انقضاء التزام - منحصر در از بین رفتن شیء مملوک است. پس ملکیت مادامی که شیء مملوک بر جا باشد یک حق دائمی [در مقابل حق موقت و دارای آمد] است.^۱ (سنه‌وری، ۸ / ۵۳۸)

بنابراین معلوم می‌شود که دوام حق ملکیت از آن جهت است که قانون آن را موقت نکرده و به اصطلاح، آمدی برای آن تعیین نکرده است.

حال اگر مناط برای توصیف ملکیت به دوام، مطلب مذکور باشد اولاً نمی‌توان آن را مقتضای طبیعت ملکیت دانست و ثانیاً چنانچه روشن است در فقه، مصادیق روشنی برای ردّ این مطلب وجود دارد. مثلاً در نقض این قاعده در فقه و حقوق امامیه گفته شده در موردی که شخصی می‌میرد و هیچ وارثی هم ندارد و فقط در بین اموالش یک عبد باشد، عبد را با آن ترکه می‌خرند و آزاد می‌کنند تا این که بقیه مال را به ارث ببرد که در این مدت مال بدون مالک باقی مانده است. (حسینی عاملی، ۱۰۹/۵) عتق رقبه، وضعیت موقوفه در وقف عام و وضعیت اراضی موات بالعرض را نیز می‌توان یاد کرد.

پس نهایت چیزی که می‌توان پذیرفت آن است که معنای دوام ملکیت همان عدم زوال آن به معطل ماندن باشد و مدعی غیر آن، باید بر قول خود دلیلی محکم اقامه کند.

۵. اعراض ایقاع لازم یا جایز؟

بی گمان در فقه، ایقاعات نیز همچون عقود به دو دسته لازم و جایز تقسیم می‌شوند اگرچه کمتر در این باره سخن گفته شده است. بررسی منابع، مصادیق هر دو دسته را به ما نشان خواهد داد. در این باره می‌توان اسقاط حق خیار، ابراء، ردّ معامله فضولی و ردّ وصیت زاید بر ثلث را از مصادیق بارز ایقاع لازم برشمرده و رجوع از حق تحجیر و بازگشت از اذن در انتفاع را از موارد ایقاع جایز دانست. اما اعراض از ملک که نوعی ایقاع است، جزء کدامیک از انواع لازم و جایز جای می‌گیرد؟

^۱ - و في أن القانون لم يحدّد له وقتاً معيّنًا لانقضاءه فهو حق دائم ... و في حين أن اسباب كسب الملكية كمصادر الإلتزام أسباب متعددة يعني القانون بتنظيمها عناية تامة إذا بأسباب زوال حق الملكية علي خلاف أسباب انقضاء الإلتزام تنحصر في رأينا في هلاك الشيء المملوك فالملكية إذن حق دائم مادام الشيء المملوك قائماً.

برای حل این مسئله باید دید آیا شرع مقدس در تمیز ایقاع لازم از جایز معیاری را به دست داده است یا خیر؟ در این رابطه برخی از حقوقدانان با مبنا قرار دادن «ارتباط با حقوق دیگران»، اصل را در ایقاعات بر لزوم برشمرده‌اند. (کاتوزیان، ایقاع، ۵۴) اینان در مورد ضابطه تمیز ایقاع لازم و جایز گفته‌اند: «در مواردی که هدف از ایقاع، ایجاد التزام یا اسقاط حق و انحلال عمل حقوقی نیست و انشاء کننده می‌خواهد بدین وسیله به دیگری اذن دهد یا کاری را بر او مباح سازد، بی گمان می‌تواند از اذن بازگردد زیرا ایقاع نیز از اعمال حقوقی است و اثر آن تابع چگونگی انشاء است. ایقاع جز به اذن قانون ایجاد التزام نمی‌کند، ولی در صورتی انشاء کننده را پایبند می‌سازد که او خواسته باشد. به بیان دیگر التزام ناشی از ایقاع از مفاد آن فراتر نمی‌رود.» (همان) بنابراین با توجه به این مبنا و ضابطه تمیز در ایقاعات، اعراض را باید در زمره ایقاعات لازم جای داد. اما همان‌طور که گفته شده از آنجا که اعراض از مالکیت به طور مستقیم حقی برای اشخاص بوجود نمی‌آورد و تعهدی را از دوش آنان بر نمی‌دارد، احتمال دارد گفته شود مالک می‌تواند از اراده خود رجوع کند و آنچه را از دارائی خود جدا کرده دوباره به آن باز گرداند.

صاحب عناوین نیز در این باره می‌گوید: «حق آن است که اصل در هر عقد و ایقاع عدم جواز رفع آثار آن و عدم جواز فسخ آن است مگر به دلیل خاص» سپس در استدلال به قول خود گوید: «بطور کلی شکی نیست که اسباب شرعی بعد از تحقق دارای آثاری هستند و اگر در لزوم و جواز این‌ها شک شود، لازمه‌اش شک در این است که اگر این سبب فسخ گردد آیا این مسبب که ثبوت یافته است نیز باطل می‌شود یا خیر؟ و شکی نیست که مقتضای استصحاب، عدم زوال آن اثر است مگر آنکه مزیل شرعی وجود داشته باشد». نیز می‌گوید: «اطلاق صیغه‌های عقود و ایقاعات، عرفاً اقتضای دائمی بودن منشأ را دارد. بنابراین از بین رفتن بدون دلیل این منشأ با اصل انشاء، منافات دارد. (حسینی مراغی، ۳۶/۲)

در تأیید این قول در باب اعراض می‌توان گفت: اثر شرعی اعراض مالک، اباحه عمومی یا ملکیت امام در موارد انقاع است و از بین بردن چنین اثری بدون دلیل ممکن نیست. حال اگر اعراض مالک به خاطر فرار از مسئولیتی باشد مثلاً فرار از خسارت‌های ناشی از خرابی ساختمان و... با این فرض مبنای قول به لزوم در مورد اعراض استوارتر می‌گردد؛ چه، در غیر این صورت اعراض از ملک، ابزاری برای فرار از مسئولیت‌ها خواهد بود.

بنابراین در صورت اعراض از ملکیت، وضعیت مالک نسبت به مال همانند دیگران خواهد

بود و در صورتی که در حيازت مال، شخص دیگری بر او سبقت بگیرد و یا حتی به گونه‌ای همانند تحجیر، حق تقدم بیابد مالک دیگر هیچ حقی نخواهد داشت و نمی‌تواند به بهانهٔ پشیمانی و... مال را دوباره به ملک خویش بازگرداند.

۶. نتیجه گیری

در پایان به عنوان نتیجه گیری یادآوری دو نکته مفید خواهد بود:

۱. در اعراض قصد مالک باید کاملاً مشخص بوده و یقین حاصل شود که مالک، از ملکیت خویش صرف نظر نموده است وگرنه نمی‌توان آثار اعراض را بر آن مترتب نمود. بنا بر این صرف رها نمودن مال باعث زوال ملکیت نمی‌شود مگر در موارد خاصی که رخصت شرعی بر تملک مال دیگری وجود داشته باشد. مثلاً حیوانی را که مالک بدون توجه در بیابانی بی‌آب و علف رها نموده است شارع احیاء چنین حیوانی را به علل خاص جایز، بلکه مستحب شمرده است.
۲. اعراض از ملکیت در زمرهٔ ایقاعات لازم بوده و مفید ازالةٔ ملکیت است. بنا بر این مال- در غیر موارد انفال- ملحق به مباحات می‌گردد.

منابع

- ابن بابویه، محمد بن علی، *من لا یحضره الفقیه*، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، قم، ۱۴۱۳ ق.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، دار صادر، چاپ سوم، بیروت، ۱۴۱۴ ق.
- ابو عبد الرحمن النسائی، أحمد بن شعيب، *سنن النسائی الکبری*، دار الکتب العلمیة، چاپ اول، بیروت، ۱۴۱۱ ق.
- انصاری، مسعود و طاهری، محمد علی، *دانش نامه حقوق خصوصی*، محراب فکر، تهران، ۱۳۸۵.
- بجنوردی، سید محمد حسن، *القواعد الفقهیة*، انتشارات دلیل ما، ۱۳۸۲.
- حر عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة*، مؤسسه آل بیت (ع)، چاپ اول، قم، ۱۴۰۹ ق.
- حسینی شیرازی، سید محمد، *الفقه - القواعد الفقهیة*، موسسه اسماعیلیان، چاپ اول، قم، ۱۴۰۷ ق.
- حسینی عاملی، جواد بن محمد، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، قم، ۱۴۱۹ ق.

- حسینی مراغی، سید عبدالفتاح، *العناوین الفقهیة*، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۷ ق.
- حلی، فخر المحققین محمد بن حسن، *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ اول، قم، ۱۳۸۷ ق.
- حلی، محمد بن منصور بن احمد ابن ادريس، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، قم، ۱۴۱۰ ق.
- خمینی، امام روح الله، *کتاب البیع*، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، تهران ۱۳۸۴.
- خمینی، سید مصطفی، *کتاب البیع*، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، تهران، ۱۴۱۸ ق.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، *المفردات فی غریب القرآن*، دارالعلم، الدار الشامیة، چاپ اول، بیروت، ۱۴۱۲ ق.
- رشتی گیلانی نجفی، میرزا حبیب الله، *کتاب القضاء*، دارالقرآن الکریم، چاپ اول، قم، ۱۴۰۱ ق.
- سنهوری، عبد الرزاق، *الوسیط فی شرح القانون المدنی*، دار التراث العربی، چاپ سوم، مصر، ۱۴۱۱ ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، کتابفروشی داورى، چاپ اول، تهران، ۱۴۱۰ ق.
- شهیدی، سید مهدی، *سقوط تعهدات*، مجمع علمی و فرهنگی مجد، چاپ نهم، تهران، ۱۳۸۸.
- طباطبایی حکیم، سید محسن، *مستمسک العروة الوثقی*، موسسه دار التفسیر، چاپ اول، قم، ۱۴۱۶ ق.
- طباطبایی، سید علی بن محمد، *ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالادلة*، مؤسسه آل البيت (ع)، چاپ اول، قم، ۱۴۱۸ ق.
- طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *تهذیب الاحکام*، دار الکتاب الإسلامیة، چاپ چهارم، تهران، ۱۴۰۷ ق.
- عبد الرحمان، محمود، *معجم المصطلحات والالفاظ الفقهیة*، مکتبة التراث الاسلامی، چاپ اول، مصر، ۱۴۱۳ ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف، *تذکرة الفقهاء*، مؤسسه آل البيت ع، چاپ اول، قم، بی تا.
- _____، *تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه*، مؤسسه آل البيت ع، قم، ۱۴۱۳ ق.
- _____، *نهاية الاحکام فی معرفة الاحکام*، مؤسسه آل البيت ع، چاپ اول، قم، بی تا.
- فاضل لنکرانی، محمد موحدی، *الخمس والأئفال (تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة)*، مرکز فقهی ائمه اطهار ع، چاپ اول، قم، ۱۴۲۳ ق.
- فیض کاشانی، محمد محسن، *الوافی*، کتابخانه امیر المؤمنین علی ع، چاپ اول، اصفهان، ۱۴۰۶ ق.

- کاتوزیان، ناصر، *اموال و مالکیت*، نشر میزان، تهران، ۱۳۸۳.
- _____، *ایقاع*، نشر یلدا، چاپ اول، ۱۳۷۰.
- کاسانی، علاءالدین، *بدائع الصنائع*، دار الکتاب العربی، چاپ اول، بیروت، ۱۹۲۸ م.
- کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی*، دار الکتب الاسلامیه، تهران، ۱۴۰۷ ق.
- مامقانی، محمد حسن، *غایة الآمال فی شرح کتاب المکاسب*، مجمع الذخائر الإسلامية، چاپ اول، قم، ۱۳۱۶ ق.
- مجلسی، مولی محمد باقر، *بحار الانوار*، دار الکتب الإسلامية، چاپ دوم، تهران، ۱۴۰۷ ق.
- محقق داماد، سید مصطفی، *قواعد فقه مدنی*، انتشارات سمت، ۱۳۸۷.
- مروج جزائری، سید محمد جعفر، *مدی الطالب فی شرح المکاسب*، مؤسسه دار الکتاب، چاپ اول، قم، ۱۴۱۶ ق.
- مصطفوی، سید محمد کاظم، *القواعد - مائة قاعدة فقهية*، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، چاپ چهارم، قم، ۱۴۲۱ ق.
- نائینی، میرزا محمد حسین عبدالرحیم غروی، *منية الطالب فی الحاشية المکاسب*، المكتبة المحمدية، چاپ اول، تهران، ۱۳۷۳ ق.
- نجفی ایروانی، علی بن عبدالحسین، *حاشية المکاسب*، مجمع الذخائر الإسلامية، چاپ اول، قم، ۱۴۰۱ ق.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و چهارم، شماره پیاپی ۸۹،
تابستان ۱۳۹۱، ص ۱۵۰-۱۲۵

نقد و تحلیل آرای فقهی در باب قاعده «الْغَاصِبُ يُؤْخَذُ بِأَشَقِّ الْأَحْوَالِ» و قلمرو مصداقی آن*

دکتر ابوالفضل علیشاهی قلعه جوقی

استادیار دانشگاه یاسوج

Email: Alishahi@mail.yu.ac.ir

چکیده

شرع اسلامی به امور مالی مردم اهمیت داده و برای آن قوانین ویژه‌ای وضع کرده است تا شهروندان بتوانند در پرتو آن‌ها به زندگی بپردازند. سخت‌گیری برای شخص متجاوز به اموال دیگران از این قوانین است تا هیچ‌کس جرأت دست‌اندازی به اموال دیگران پیدا نکند. این سخت‌گیری در برخورد با غاصب حقوق، از روایات و احکامی به دست می‌آید که در باب غصب صادر شده است. قاعده «الْغَاصِبُ يُؤْخَذُ بِأَشَقِّ الْأَحْوَالِ»، به این معنا است که با غاصب به سخت‌ترین شیوه‌ها برخورد می‌شود از همین مسئولیت مضاعف و تشدید مجازات مدنی غاصب به شمار می‌آید. افزون بر نکات مهم این قاعده به سه پرسش بنیادی باید پرداخته شود: نخست اینکه آیا این قاعده به عنوان یک قاعده فقهی مطرح است یا نه؟ دوم: دیدگاه‌های مخالفان و موافقان چیست و ادله حجیت آن کدام است؟ سوم: قلمرو مصداقی و کاربردی این قاعده را تا کجا می‌توان دانست؟ این پژوهش کوشیده است با اثبات این قاعده و کاربردی بودن آن در فقه و حقوق، داشتن پشتوانه‌هایی مانند روایات، مذاق شریعت، مناسبت حکم و موضوع و بنای عقلا را برای آن آشکار سازد و قلمروهایی مانند برگردادن فوری مال، مهلت ندادن به غاصب حتی در صورت تنگدستی، پرداخت هزینه‌های نگهداری حتی در صورت افزون شدن از قیمت اصل مال غصبی، پرداخت هزینه‌های بالا و دشوار نقل و انتقال و تاوان کشیدن در برابر منافع (بهره برداری شده یا نشده) را برای غاصب بر پایه این قاعده به اثبات برساند.

کلید واژه‌ها: غصب، ضمانت، قاعده، مناسبت، اخذ غاصب، منافع

* . تاریخ وصول: ۱۳۸۹/۵/۱۰؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۰/۳/۲۹.

مقدمه

فقیهان اهل سنت از دیرباز میان احکام غاصب با دیگر افراد تمایز گذاشته و احکام سخت‌تری را برای او پیشنهاد داده و نزدیک به مضمون قاعده^۱ «الغاصب یؤخذ بأشَقِّ الاحوال» را مستند فتوای خود قرار داده‌اند؛ برای نمونه در این بحث که اگر غاصب در زمین غصبی درختی بکارد و با کندن درخت از زمین، چاله‌ها و سوراخ‌هایی در زمین ایجاد شود، غاصب باید ارش بپردازد؛ علت چنین حکمی، متجاوز بودن غاصب و در نتیجه سخت‌تر بودن حکم او دانسته شده است «انَّ الغاصب متعمّدٌ فغلظ علیه الارش؛ فنغلظ حکمه بالارش» (شیرازی، ۳۷۱/۱؛ ماوردی، ۱۶۹/۷، نووی، ۲۵۶/۱۴).^۲ تغلیظ حکم را در برابر تخفیف آن می‌توان دانست که برای غاصب در نظر گرفته شده است و مضمون قاعده مورد پژوهش می‌باشد. در فقه شیعه نیز فخر المحققین با عبارت‌های گوناگونی از آن یاد کرده است که همه در مفهوم برابری از آن‌ها یکسان هستند. برخی از این تعبیرها از این قرارند:

«الغاصب یؤخذ بأخسِّ أحواله و أشقَّها علیه والمالک بأجود أحواله» (فخر المحققین، ۴۱۸/۱)؛ «الغاصب یؤخذ بأشَقِّ الاحوال» (همان، ۱۸۱/۲)، «الغاصب مأخوذ بأشَقِّ الاحوال» (همان، ۱۷۱/۲)؛ «الغاصب مؤخذ بأشَقِّ الاحوال» (محقق کرکی، ۲۷۱/۶).

این قاعده از سخنان علامه حلی نیز قابل برداشت است؛ زیرا علامه در بحث قبض از کتاب رهن باور دارد: اگر مالک غاصب را از ضمان غصب ابراء کند، ضمان از عهده وی برداشته نمی‌شود و دست غاصب امانی نخواهد شد؛ ولی اگر عاریه گیرنده‌ای که کوتاهی کرده یا برای او شرط ضمان شده است یا قبض فاسدی کرده باشد، اگر همان مال به عنوان گرو در نزد آن‌ها گذاشته شود، ضمانت آن‌ها برداشته می‌شود؛ زیرا ضمانت و مسئولیت اینها سبک‌تر از ضمانت غاصب می‌باشد (قواعد الاحکام، ۱۱۷/۲). این قاعده را می‌توان به عنوان دلیل یا حداقل به عنوان مؤیدی بر ادله دیگر آورد که در مسائل فقهی کاربرد دارد.^۳ این قاعده تنها در

^۱ - قاعده فقهی قاعده‌ای است که در راه استفاده حکم شرعی قرار می‌گیرد از این باب که مضمون آن بر مصادیق و افراد تطبیق داده می‌شود. این قواعد در شبهه‌های حکمیه جاری نمی‌شوند و نتیجه آن‌ها در شبهه‌های موضوعیه نتیجه‌ای شخصی و جزئی می‌باشد (خویی، ۱۳/۱ و ۱۳/۲).

^۲ - هرچند اصل تغلیظ بر غاصب پذیرفته شده است ولی اینکه پرداخت ارش بتواند تغلیظ به شمار آید، مورد نقد خود اهل سنت قرار گرفته است (زافعی، ۳۰۴/۱۱).

^۳ - فقیهان این قاعده را گاه به صورت دلیل مستقلی برای احکام به کار برده‌اند و در کنار آن به ادله دیگری اشاره نکرده‌اند؛ مثلاً شهید ثانی غاصبی را که سگ‌های قابل خرید و فروش را غصب کند، بر اساس همین قاعده ضامن قیمت بازاری آن می‌داند و به دلیل دیگری اشاره نمی‌کند (الروضة البهیة، ۳۲۶/۱۰). نجفی بر اساس روایتی (کلینی، ۳۰۷/۷) بیان می‌کند: اگر جنایتی بر عبدی وارد آید که دیه آن به اندازه قیمتش است، عبد به جانی تحویل داده می‌شود و دیه به مالک تعلق می‌گیرد. بنابر دیدگاه اصحاب از این حکم غاصب مستثنی شده است؛

معاملات به کار نرفته بلکه از قواعدی است که در عبادات نیز به آن استدلال شده است؛ مثلاً فخر المحققین باور دارد، اگر غاصب از روی فراموشی با لباس غصبی نماز بخواند، نمازش باطل است و در دلیل این فتوا می‌نگارد: نمازگزاری که با خود نجاستی را بر می‌دارد، نمازش باطل است و به همراه داشتن شیء غصبی شدیدتر و بدتر است؛ زیرا به سخت‌ترین حالت‌ها با غاصب برخورد می‌شود (فخر المحققین، ۸۵/۱).^۱ برخی از فقیهان در همین‌جا بر این باورند که حتی اگر نخ در لباس مستهلک شود و دیگر مالیت نداشته باشد بر اساس قاعده «یؤخذ الغاصب بأشدِّ الأحوال» باز نمازش باطل است (نجفی، مجمع‌الرسائل، پاورقی ص ۲۱۴).

از جاهای دیگری که این قاعده می‌تواند در بحث عبادات کارساز باشد، خواندن نماز در زمین غصبی است که در بحث تزاحم و اجتماع امر و نهی در اصول مطرح است. از ادله‌ای که برای بطلان عبادت آورده شده، قاعده برخورد با غاصب به سخت‌ترین شکل است که تصرفات نمازی او را دارای اشکال می‌کند (خمینی، مصطفی، تحریرات فی الاصول، ۱۵۶/۴ و الخلل فی الصلاة، ۲۷۴).

در نمونه‌ای دیگر، به مال حلال آمیخته با حرام خمس تعلق می‌گیرد، حال اگر مقدار حرام مشخص ولی مالک، مردد میان چند نفر باشد یک قول اینست که باید احتیاط کند و به هرکدام آن مقدار را بپردازد. در این‌جا برخی بر اساس قاعده لا ضرر این فرض را نپذیرفته‌اند. در پاسخ گفته شده است: قاعده «الغاصب یؤخذ بأشَقِّ الأحوال» بر «لاضرر» مقدم می‌شود و ادله نفی ضرر و حرج از این مورد روی‌گردان هستند (حایری، ۳۰۹ و ۳۱۰). حال اگر کسی عمداً مالش را با حرام مخلوط کند، زیرا می‌داند مقدار مال حرام زیاد است احتمال قوی دارد که اخراج

یعنی دیه را می‌پردازد و عبد را نیز به مالکش تحویل می‌دهد؛ زیرا اصحاب باور دارند باید به سخت‌ترین شکل با او برخورد شود (جوهر الکلام، ۱۲۷/۴۲). اگر غاصب در زمین دیگری غرس کند مالک می‌تواند آن غرس را بکند بدون اینکه ارشی به غاصب که مالک غرس است داده شود و دلیل این دیدگاه قاعده یاد شده می‌باشد (بروجردی، ۴۲). ولی گاه این قاعده به عنوان دلیل در کنار ادله دیگر آورده می‌شود که می‌توان آن را مؤید بر ادله دانست؛ مثلاً اگر مرتبه مال مورد گرو را با تعدی و تفریط تلف کند، در این صورت ضامن بالاترین قیمت از روز قبض تا تلف است؛ زیرا غاصب به‌شمار می‌آید که برخورد شدیدی با او خواهان الزام او به پرداخت بالاترین قیمت است. دلیل دیگر بر این دیدگاه این است که بر اساس احتیاط، اشتغال یقینی وجود دارد و براءت یقینی با بالاترین پرداخت قیمت حاصل می‌شود (طباطبایی، ۵۴۱/۸). در نمونه‌ای دیگر اگر غاصب مال را تلف کند و مالک در مکان دیگری بجز مکان اتلاف مانند آن را بیابد، غاصب موظف است آن را تهیه کند که یکی از این ادله، قاعده یادشده معرفی شده است (نجفی، جوهر الکلام، ۹۸/۳۷). در نمونه‌ای دیگر، فقیهان قائلند مالک می‌تواند مال خود را از غاصب بگیرد و لو اینکه بر غاصب ضرر وارد آید که «قاعده الغاصب یؤخذ بأشَقِّ الأحوال» مؤیدی برای این دیدگاه می‌باشد (مکارم شیرازی، ۱۰۹/۱).

^۱ - البته فخر المحققین این قاعده را به عنوان تنها دلیل موجود بر بطلان نماز نمی‌داند؛ دلیل دوم او بر بطلان نماز این است که حرکات انجام شده در این لباس به عنوان نماز، از اجزای نماز به‌شمار می‌آیند و تصرف در غصب هستند که نهی شارع به این تصرفات تعلق گرفته است. از سوی دیگر نهی در عبادت دلالت بر فساد می‌کند و فساد اجزاء، بطلان نماز را در پی خواهد داشت. البته بیشتر فقیهان بطلان چنین نمازی را از همین دلیل دوم بدست آورده‌اند و کم‌تر به دلیل نخست که قاعده یاد شده باشد، اشاره کرده‌اند (حسینی عاملی، ۵۳۳ و ۵۳۴).

خمس کفایت نکند و به خاطر سخت‌ترین برخورد با او، به اخراج مقدار یقینی از مالش الزام شود (نجفی، جواهر الکلام، ۷۶/۱۶).

توضیح قاعده

«غصب» به معنای گرفتن چیزی از روی ستم، زور و چیرگی است (فراهیدی، ۳۷۴/۴) و در اصطلاح به معنای استیلاء و چیرگی بر مال کسی به ناحق می‌باشد (علامه حلی، تحریر الاحکام، ۵۱۹/۴). به گزارش ابن فارس «اخذ» در اصل به معنای گردآوری چیزی می‌باشد (۲۹۸/۴). همچنین اخذ به معنای گرفتن چیزی نیز به کار می‌رود (جوهری، ۵۵۹/۲) که البته این گرفتن به نوعی، با استیلاء، قهر و غلبه همراه است؛ به این خاطر به اسیر «مأخوذ» گفته می‌شود (مصطفوی، ۴۱/۱). معنای اصطلاحی این قاعده این است که غاصب به سخت‌ترین و پست‌ترین کیفیت گرفته و مجازات می‌شود و برای او هیچ ارفاقی در نظر گرفته نمی‌شود.

دیدگاه‌ها درباره قاعده

به جز علامه و فخر المحققین، فقیهان دیگری نیز بر حجیت این قاعده صحه گذاشته و در مباحث گوناگون فقهی مربوط به غاصب به آن استناد کرده‌اند؛ برخی از این فقیهان عبارتند از: ابن فهد حلی، (۲۵۴/۴) محقق کرکی (۴۰۹/۴، ۱۰۱/۵، ۲۳۹/۶) شهید ثانی (الروضه البهیة، ۳۲۶/۱۰، مسالک الافهام، ۱۱۷/۱۵) بهبهانی (۱۳۵، ۱۳۶ و ۳۶۳) طباطبایی (۵۴۱/۸) نجفی (جواهر الکلام، ۱۰۴/۳۷) عراقی (۳۱۹/۲) خمینی (تحریر الوسیله، ۴۶۲/۱، ۵۲۹، ۶۱۳، ۶۵۷، ۵۱۱/۲) حسینی مراغی (۶۲۸/۲) و ... در برابر دسته نخست فقیهانی نیز هستند که با این قاعده و اجرای آن در مسائل فقهی مخالفند و به این قاعده اعتنا نکرده و آن را حجت ندانسته‌اند (رک: انصاری، ۲۷۱/۳؛ خوانساری، احمد، ۴۵۲/۳؛ خویی، مصباح الفقاهه، ۴۳۸/۲ و ۴۴۴/۴). در اینکه این قاعده از قواعد فقهی به شمار می‌رود یا نمی‌توان آن را یک قاعده فقهی دانست در میان فقیهان اختلاف است. برخی به قاعده بودن آن تصریح کرده‌اند (شریف کاشانی، ۹)، و باور دارند این قاعده حجت است و شهرت داشتن این قاعده در نزد فقیهان مشهورتر از آن است که بخواهد بر کسی پوشیده بماند (بهبهانی، ۶۲۳)؛ مگر اینکه در موردی بر خلاف آن اجماع و یا نصی وجود داشته باشد که از عمومیت آن دست برداشته می‌شود (همان، ۵۲۳). برخی دیگر این قاعده را یک قاعده فقهی نمی‌دانند بلکه آن را یک قاعده

تعبدی، تعبیری فقهی و یا عبارتی می‌دانند که بر زبان فقیهان جاری شده است (هاشمی شاهروری، ۱۸۷؛ خویی، مصباح/الفقاهه، ۴۱۲/۲). کسانی نیز باور دارند که این قاعده مربوط به این دنیا نمی‌شود و چه بسا درباره شیوه برخورد با غاصب در آخرت صادر شده است (مقدس اردبیلی، ۱۶۰/۹). این دیدگاه آخر، از چند علت سرچشمه گرفته است: اول: دلیلی بر این حجیت این قاعده در دنیا وجود ندارد. دوم: این قاعده بدیهی هم نمی‌باشد که عقل آن را دریابد. سوم: برخورد با غاصب به نحو اشد و اشد در جایی است که خود شارع آن را تأیید کرده باشد. چهارم: زجر و سخن گفتن آزار دهنده با او پس از اینکه از غصب دست برداشته و توبه کرده است، روا نمی‌باشد. پنجم: برخورد به سخت‌ترین شکل با غاصب ظلم به‌شمار می‌آید و در زشتی و قبح ظلم بر اشخاص، تفاوتی میان غاصب و دیگران وجود ندارد (همان، ۵۵۵ و ۵۲۸/۱۰). البته اگر در جایی اجماع و دلیل عقل وجود داشته باشد این قاعده می‌تواند حجت باشد (همان، ۳۵۱/۱۴). فقیه دیگری باور دارد باید درست نقطه مقابل این قاعده را درباره غاصب پیاده کرد؛ یعنی غاصب با دیگران تفاوتی ندارد و بر اساس قاعده عدالت که یک قاعده عمومی است، باید با غاصب نیز به اعدل احوال برخورد شود (کوه کمره‌ای، ۲۰۶).^۱

^۱ - این قاعده با قاعده عدالت به چند دلیل تعارض ندارد؛ نخست اینکه مقصود از قاعده عدالت، دادن حق به مستحق آن است، مانند اینکه اگر پسر و دختری درباره ملکیت خانه‌ای با هم اختلاف کنند در اینکه، به ارث به آن‌ها رسیده است، جایگاه اجرای قاعده عدالت می‌باشد که بر اساس ادله به پسر دو برابر دختر داده می‌شود (حسینی شیرازی، ۱۸۵ و ۱۸۶). پس معنای عدالت این نیست که با همه در همه‌جا به صورت برابر برخورد شود بلکه عدالت به این است که آن‌گونه که افراد مستحق آن هستند با آنان برخورد شود. در نتیجه آن‌گونه که با ادله به اثبات می‌رسد که غاصب مستحق برخورد شدید است، از جانب مفهوم و معنای عدالت ناسازگاری با قاعده مورد بحث وجود نخواهد داشت؛ بنابراین این دیدگاه نمی‌تواند درست باشد که عمل به این قاعده با عدالت ناسازگار است؛ زیرا عمل بر اساس قاعده «الغاصب یؤخذ بأشَقِّ الأحوال» مطابقت با عدالت اسلامی دارد. چنانچه این ادیس حلی در بیان یکی از مصادیق این قاعده تصریح کرده است: اگر غاصب مال را تلف کند و مالک در غیر مکان اتلاف آن را بیابد، مالک می‌تواند غاصب را الزام به تهیه آن کند هرچند قیمت آن از قیمت کالا در مکان غصب بیشتر بوده و حمل آن نیاز به مؤونه و هزینه‌هایی داشته باشد. این دیدگاهی است که عدالت اسلامی و ادله و اصول مذهب آن را اقتضا می‌کند (ابن ادریس حلی، ۴۹۰ و ۴۹۱). دلیل دیگری که این دیدگاه را تأیید می‌کند، اینست که آن‌چه به عنوان خسارت از سوی غاصب به صاحب مال پرداخت می‌شود باید معادل و برابر زیانی باشد که به صاحب مال رسیده است (لنگرودی، ص ۱۸۸) بنابراین می‌توان نتیجه گرفت: رعایت عدالت در جانب غاصب مادامی است که باعث ضرر وارد شدن به مالک نباشد ولی اگر باعث شود به مالک ضرر شود و تضاحم پیش آید، جانب مالک مقدم می‌شود. دوم: گستره اجرای قاعده عدالت آنجا است که موردی از موارد سکوت یا تعارض یا اجمال و نقص قانون باشد و تا وقتی که اصول و ضوابط حقوقی قادر به حل مجهول باشد، نوبت به استناد به عدل و قاعده عدالت نمی‌رسد؛ زیرا مفروض اینست که عدل در همان اصول و ضوابط حقوقی تجلی پیدا کرده است و در ماورای اصول و ضوابط حقوقی به جست‌وجوی عدالت پرداختن، نوعی خودکامگی حقوقی است در غیر این صورت قاعده عدالت ضابط‌مند نخواهد بود و راه سوء استفاده باز خواهد شد (جعفری لنگرودی، عناصر شناسی، ۴۲۱). سوم اینکه این تشدید در مسئولیت قوانین مدنی یک امر عجیبی نیست که بخواهد خلاف عدالت به‌شمار آید؛ زیرا در قوانین کیفری که مسلماً رعایت احتیاط بیشتری را خواهان است این تشدید در مجازات در مواردی دیده می‌شود که از سوی شارع مجاز دانسته شده است (فخر المحققین، ۴۷۷/۴)؛ بنابراین بعید به‌نظر نمی‌رسد که شارع در راستای تأمین حق مالکان اخذ به اشد احوال داشته باشد. البته این نکته نباید فراموش گردد که باید به قاعده «الغاصب یؤخذ بأشَقِّ الأحوال» تفسیری عادلانه بخشید تا مورد سوء استفاده قرار نگیرد.

بنابراین پس از ارزیابی ادله و مستندهای قاعده می‌توان درباره حجیت آن قضاوت درستی داشت.

مستندهای قاعده

اگرچه برخی از فقیهان این قاعده را یک قاعده بدون دلیل و مدرک معتبر می‌دانند (خوانساری، موسی، ۴۵۲/۳؛ خویی، مصباح الفقاهه، ۴۴۴/۴)، ولی از سوی برخی از فقیهان شیعه دلیل‌های گوناگونی مطرح شده است که می‌تواند این قاعده را به اثبات برساند. برخی از این دلیل‌ها عبارتند از:

۱- امیر المومنین علی (ع) در روایتی می‌فرماید: «الْحَجَرُ الْغَضَبُ فِي الدَّارِ رَهْنٌ عَلَى خَرَابِهَا»؛ سنگ غضبی در ساختمان خانه، ویران شدن آن را در گرو دارد (امام علی (ع)، حکمت ۲۴۰). صاحب‌جوهر در پاسخ شافعیه که می‌گویند: اگر برگرداندن مال مالک به تلف شدن مال غاصب بینجامد، بدل داده می‌شود بر این باور است که با غاصب به سخت‌ترین شیوه برخورد می‌شود و این قاعده را به روایت فوق مستند می‌کند (نجفی، ۷۶/۳۷ و ۷۷). البته امام خمینی این روایت را مستندی برای سخت‌گیری بر غاصب نمی‌داند و می‌نویسد:

«فرضاً که سند آن صحیح باشد، یک مطلب اخلاقی را بیان می‌کند که سرانجام چنین خانه‌ای از سوی خداوند ویرانی است (امام خمینی، کتاب‌البیع (تقریرات)، ۳۵۸ و ۳۵۹).

البته این سخن قابل نقد است؛ زیرا نخست اینکه دلیلی بر این تفسیر از روایت وجود ندارد و احتمالی بیش نیست. دوم: شیوه شیخ حرّ عاملی بر این است که باب‌های کتاب خود را بر اساس فهم از روایات نامگذاری کرده است. ایشان نخستین باب از ابواب کتاب غصب را به «باب تحریمه و وجوب رد المغصوب الی مالک» نامگذاری کرده و این روایت را آورده است که قرینه‌ای می‌باشد به اینکه در نگاه صاحب وسائل الشیعه روایت تنها یک مسئله اخلاقی را بیان نمی‌کند بلکه مسئولیت و ضمانت مدنی را نیز به اثبات می‌رساند. سوم اینکه اگر در روایت از کلماتی مانند خطیئت و گناه استفاده می‌شد، شاید مفهوم اخلاقی که امام خمینی (ره) برداشت کرده‌اند، قابل پذیرش می‌بود ولی کلمه «رهن» به معنای موجب و سبب است؛ یعنی همان‌گونه مالی که در برابر آن گرو گرفته شده، برگردانده شود سبب می‌گردد اصل مال گرو گرفته شده برگردانده شود، مال غضبی نیز موجب و سبب خراب مال مالک خواهد شد که دلالت بر مسئولیت مدنی و برگرداندن مال می‌کند (کاشف الغطاء، ۴۵۷/۱). چهارم اینکه فقیهان

بسیاری بر این روایت در مورد وجوب ادا و پرداخت حقوق دیگران در همین دنیا (حایری، ۳۹۷)، برگرداندن مال غصبی و اختصاص روایت به اموال (روحانی، فقه الصادق، ۱۳۴/۱۵ و ۴۰۸/۱۸) استدلال کرده‌اند.

۲- محمد درآوردی می‌گوید: قال: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (ع) عَمَّنْ أَخَذَ أَرْضاً بِغَيْرِ حَقِّهَا وَبَنَى فِيهَا قَالَ يَرْفَعُ بِنَاءَهُ وَيُسَلِّمُ التُّرْبَةَ إِلَى صَاحِبِهَا لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ (حر عاملی، ۳۸۸/۲۵)؛ از امام صادق (ع) در مورد کسی که زمینی را بدون شایستگی نسبت به آن می‌گیرد و در آن ساختمان می‌سازد پرسیدم، امام (ع) فرمود: ساختمان خراب شود و زمین به مالکش داده شود، برای کاشت ظالم حقی وجود ندارد. برخی از فقیهان ادعای اجماع اصولیان را بر مفهوم داشتن وصف^۱ در این روایت پذیرفته‌اند (فخر المحققین، ۲۷۱/۲ و ۲۷۲)؛ از سوی دیگر، این روایت نکره در سیاق نفی است، که افاده عموم می‌کند؛ بنابراین همه حقوق را نفی کرده است (میرزای قمی، ۳۸۱/۳).

۳- شهرت فتوایی: برخی از فقیهان بر این باورند که نص و فتوا مطابقت با این قاعده دارد که غاصب به امور سخت و آسان می‌شود (روحانی، منهاج الفقهاء، ۳۸۳/۳). این همان شهرت است که دلیل لَبّی است و باید به قدر متیقن آن اکتفا کرد (صدر، محمد، ۳۳۱/۴)؛ البته برخی گفته‌اند: این شهرت به درد نمی‌خورد؛ زیرا احتمال دارد که بتوان این شهرت را مدرکی دانست و این قاعده را از روایات به دست آورد (همان، ۳۱۳/۷).

۴- مذاق شریعت: یکی از دلیل‌های ارائه شده برای این قاعده، مذاق شریعت است (روحانی، فقه الصادق، ۲۱۵/۲۵). کلانتر از فقیهان در پاورقی بر شرح لمعه در توضیحاتی این گونه می‌نویسد: از ادله گوناگون که در باب غصب آمده است به اهتمام شارع نسبت به

^۱ - مقصود از وصف، لفظ «ظالم» در روایت است که فقیهان در استنبادهای فقهی خود به مفهوم وصف آن اشاره کرده‌اند؛ مثلاً در این مسئله که عاریه دهنده زمین به عاریه گیرنده اذن در کاشت داده است اگر درخواست کند که غرس را بکند، نمی‌تواند او را مجبور به کندن کند؛ زیرا این فرد (عاریه گیرنده) ظالم نیست و کاشته او احترام دارد (طوسی، الخلاف، ۳۹۱/۳).

^۲ - مذاق شریعت در اصطلاح به آگاهی از سبک، سیاق و آهنگ شارع در جعل احکام گفته می‌شود که از راه‌های گوناگونی به دست می‌آید و فقیه با این آگاهی، توانایی فهم و درک حکم شرعی را پیدا می‌کند؛ زیرا این حکم را با روش شارع در آن باب و یا باب‌های گوناگون سازگار می‌بیند، گویا فقیه از درون خود روش و شیوه شارع را در می‌یابد و می‌چشد. فقیهان از دیرباز برای روش، سبک و عادت-های شارع در جعل احکام ارزش فراوانی قائل بوده و فتاوی خود را با آن‌ها سنجیده‌اند، تا آن‌جا که اگر ادله‌ای، حکمی خاص را بر تائیده‌اند ولی آن حکم را با مذاق شریعت، ناسازگار دانسته‌اند، از ادله روی برگردانده و به حکم سازگار با روش شارع گرویده‌اند (علیشاهی قلعه-جوقی، ۴۰).

غصب پی برده می شود (شهید ثانی (پاورقی از کلاتر)، ۱۳/۷) در نتیجه می توان این قاعده را برآیند مجموع روایاتی دانست که در باب غصب وارد شده است.^۱

مذاق شریعت در نوشته های حقوقی تقریباً معادل با سیاست حقوقی قضایی شارع به کار رفته است که از سیاست قانونگذار و شارع در وضع قواعد غصب و جهت دهی کلی قواعد حقوقی در باب غصب نشان دارد. اینکه خسارت به چه کسی تخصیص داده شود و تصمیم قانونگذار چه تاثیری بر فعالیت های گروه خاص داشته باشد و اینکه یک تکلیف تا چه اندازه می تواند با دیگر بخش ها سازگار باشد ارتباط با همین سیاست دارد. به نظر می رسد این قاعده اگرچه نص خاص ندارد ولی به اجتهاد فقها و استنباطی است که ایشان از سیاست حقوقی قضایی شارع داشته اند (ساردوئی نسب، ۳۷-۳۹).

۵- بنای عقلا: به نظر می رسد این قاعده با قلمرو ویژه ای که دارد از قواعد پذیرفته شده در نزد عاقلان می باشد که پیش از شرع وجود داشته و از سوی شرع تأسیس نشده است.^۲ علت اینکه ادله لاضرر این جا را شامل نمی شود که ضررهای بر غاصب را بردارد اینست که ادله لاضرر برای امتنان وارد شده است که با غاصب مناسبت ندارد^۳ (مکارم شیرازی، ۱/ ۱۰۹)؛

^۱ - میل انسان به مالکیت از چیزهای نهفته در طبیعت انسان است که نمی توان از آن غافل شد. به همین خاطر در طول تاریخ بر سر ملکیت درگیری های خونباری رخ داده است. شرع باید با توجه به این گزینه نهفته در انسان تشریعاتش را تنظیم کند. برای همین، شرع حق ملکیت را دارای اهمیت و احترام خاص می داند و در تشریعاتش حمایت های خاص داشته است و چون غصب این مالکیت را به خطر می اندازد در فقه برای غصب نیز احکام خاص و ویژه ای جعل شده است (شراره، ۲۳ و ۲۴).

^۲ - برخورد سخت و شدید با غاصب از روش عاقلان است در نتیجه حکم شارع نسبت به این روش امضائی است. این دیدگاه را می توان چنین بیان کرد که با نگاه به روایات می توان دریافت که غصب و تاراج اموال دیگران دارای اثرات منفی بسیاری بر روح و روان افراد است که تحمل آن دشوار به نظر می رسد و شارع این را در احکام مربوط به غصب در نظر گرفته است. امام علی (ع) درباره این اثرهای روحی شدید می فرماید: «يَنَامُ الرَّجُلُ عَلَى الْكُلِّ وَ لَا يَنَامُ عَلَى الْحَرْبِ» (امام علی (ع)، حکمت ۳۰۷) انسان در کشته شدن فرزندان ممکن است صبر کند (خوابش ببرد) ولی بر از دست دادن و تاراج مالش صبر نمی کند. این دشواری در تحمل مربوط به گروه و یا معتقدان به دین خاصی نیست؛ بلکه در افراد بشر عمومی است. به همین علت است که فقیهان باور دارند در عرف مردم میان فرد غاصب و غیر آن فرق گذاشته می شود مانند اینکه به فرد غیر غاصب اجازه خواندن نماز در خانه خود را می دهند ولی غاصب را از حتی تصرف مانند نماز در ملک خود منع می کنند (علم الهدی، ۱/ ۱۹۴). این قضیه تا آن جا روشن است که مالک مورد غصب قرار گرفته به فکر انتقام و مواخذه غاصب است. شهید ثانی در مثالی می نویسد: از شاهدهای حال که می تواند عام را تخصیص بزند جایی است که مالک زمین، اذن عمومی می دهد که می شود در زمینی که از او غصب شده نماز خواند. غاصب یقیناً داخل در این اذن نمی شود چون حال مالک شهادت می دهد که قصد انتقام و مواخذه غاصب را دارد نه اینکه به او اذن دهد (تمهید القواعد الاصولیه، ۲۱۳). به خاطر همین باور عمومی است که برخی از فقیهان درباره این قاعده باور دارند این قاعده از فقه غیر اسلامی وارد فقه اسلامی شده است (سبزواری، ۲۱/ ۲۸۹) در نتیجه پیش از آن که یک قاعده فقهی باشد یک قاعده عقلایی به شمار می رود. البته این سخن منافاتی ندارد با اینکه قاعده فقهی نیز به شمار رود؛ زیرا قاعده فقهی بودن منافاتی با قاعده عقلایی بودن ندارد.

^۳ - علت دیگری که ادله لاضرر غاصب را دربر نمی گیرند اطلاق ادله در باب غاصب است؛ زیرا ادای حقوق دیگران حکمی است که با نصوص به اثبات رسیده است و این نصوص مطلقند و حتی مواردی که ضرری را دربر داشته باشد نیز شامل می شوند (حایری، ۳۹۷، سبزواری، ۲۱/ ۳۱۰). حتی از تعلیل برخی از روایات مانند صحیح ابی ولاد که غاصب از امام (ع) می پرسد من جهت تأمین علوفه برای استر غصبی هزینه هایی کرده ام آیا می توانم این هزینه ها را بگیرم، و پاسخ منفی می شود «لَا لَنْكَ غَاصِبٌ» (حرّ عاملی، ۱۹/ ۱۱۹) برمی آید علت وارد

بنابراین می‌توان این قاعده را برآیند دلیل بنای عقلا دانست که چون پیش از شرع این بنا وجود داشته و از سوی شرع نیز تأییداتی بر آن رسیده است، حجت می‌باشد.

۶- مناسبت حکم و موضوع^۱: از ادله‌ای که برای حجیت این قاعده آورده شده، مناسبت میان حکم و موضوع است. «نسب» در لغت به معنای اتصال و پیوند چیزی به چیز دیگری می‌باشد (ابن فارس، ۴۲۳/۵) و مناسبت به معنای همانندی، همراهی و سازگاری است (ابن منظور، ۷۵۶/۱). مناسبت حکم با موضوع در اصطلاح عبارت است از حالات و خصوصیات موضوع که حکم را آورده و گاه باعث گستردگی اثبات حکم به دیگر موارد شده و گاه تنگی و محدودیت حکم را خواهان است، به گونه‌ای که به دیگر موضوعات سرایت نخواهد داشت (صدر، دروس فی علم الاصول، ۲۲۸/۱؛ همو، بحوث فی علم الاصول، ۱۵۳/۲).

برخی باور دارند اگر شیء غصب شده قیمی باشد و تلف شود یک دیدگاه این است که غاصب باید بالاترین قیمت را از روز غصب تا روزی که تلف شده است، بپردازد؛ زیرا با غاصب به خاطر تجاوزش به سخت‌ترین شکل برخورد می‌شود که مناسب است با پرداخت قیمت بیشتر مجازات شود (فخر المحققین، ۱۷۳/۲؛ فاضل مقداد، ۷۰/۷).

در نمونه‌ای دیگر ابن فهد حلی باور دارد اگر غاصب بر عبد غصب شده جنایت وارد کند باید دیه و ارش جنایت را بپردازد هرچند به اندازه قیمت خود عبد باشد و مناسبت [حکم و موضوع] اقتضا می‌کند بر او سخت گرفته شود و حکم تغلیظ گردد (۲۵۳/۴ و ۲۵۴؛ صیمری، ۹۲/۴). محقق کرکی نیز به همین مناسبت اشاره کرده است؛ او می‌نویسد: اگر دستیابی به مثل برای غاصب ممکن نشود مگر با چندین برابر قیمت مثل، در این صورت بر غاصب لازم است مثل را تهیه و به مالک تحویل دهد؛ زیرا آسان‌گیری مناسبت با غاصب ندارد (محقق کرکی، ۲۶۱/۶). البته باید میان افراد غاصب تفاوت گذاشت، این‌گونه نیست که هر غاصبی به بدترین شکل مؤاخذه شود؛ این قاعده را باید به گناهکار بودن غاصب در اقدام غصبی وابسته دانست؛ یعنی این قاعده در جایی است که غاصب از روی عمد، ستم و یا دزدی به غصب اقدام کرده باشد و گرنه غاصبی که از روی ناآگاهی و یا اشتباه غصب کرده باشد گناهکار به شمار نیامده

شدن این ضرر بر غاصب عنوان غاصب بودن شخص است و این حکم به تحمل ضرر، از باب تشدید مسئولیت برای او (غاصب) شمرده شده است (کاشف الغطاء، ۴۵۷/۱). از سوی دیگر بنابر دیدگاه کسانی که قاعده لاضرر را یک حکم حکومتی می‌دانند، جایی برای قاعده نفی ضرر باقی نمی‌ماند؛ زیرا دیگر نفیاً و اثباتاً ارتباطی با احکام پیدا نخواهد کرد (فاضل لنگرانی، ۵۴).

^۱ - مناسبت میان حکم و موضوع هرچند خود دلیل مستقلی نیست ولی در ادله سبب پدید آمدن ظهور می‌گردد؛ یعنی می‌توان آن را از قرائن لبی متصل به کلام دانست که منشأ ظهور در دلیل لفظی می‌گردد و حجیت ظهور نیز در جای خود به اثبات رسیده است (صدر، ۵۵/۱).

و این قاعده در مورد او پیاده نمی‌شود (حسینی عاملی، ۲۰۵/۶ و ۲۰۶). هم‌چنین اگر کسی با حسن نیت به غصب پردازد، مثلاً از کسی مالی را غصب می‌کند برای اینکه از مال آن شخص پاسداری کند که مال را از دستش در نیاورند، در این صورت هرچند شخص، غاصب می‌باشد ولی تشدیداتی که شرع برای غاصب در نظر گرفته است در حق او پیاده نمی‌شود؛ زیرا غاصب برای مصلحت مالک به این کار اقدام کرده و با نیت سوء این کار را نکرده است و قدر متیقن از تشدیدها، غاصبی را در بر می‌گیرد که با نیت سوء و برای مصلحت خودش به غصب اقدام کرده است (صدر، محمد، ۳۳۱/۴).

تمایز مسئولیت غاصب با ضمانت‌های دیگر

یکی از پایه‌های بنیادین برای این قاعده، تمایز میان ضمانت غاصب با دیگر ضمانت‌ها می‌باشد. برخی از فقیهان در یک دیدگاه میان ضمانت و مسئولیت غاصب با دیگر ضمانت‌ها تمایزی قایل نیستند؛ در نتیجه اصل این قاعده را زیر سؤال برده‌اند و به وجود دلیلی که چنین تمایزی را برساند، باور ندارند (خویی، ۱۳۶/۳ و ۱۳۷).

دیدگاه دیگری از محقق خویی موجود است که ضمانت غاصب با دیگر ضمانت‌ها را یکسان نمی‌شمارد، بلکه آن را از شدیدترین انواع ضمانت‌ها می‌داند (المستند، ۲۳۶/۳). این دیدگاه به مشهور نسبت داده شده است که اگر مال تلف شود باید بالاترین قیمت را پرداخت کند در صورتی که ضامنان دیگر، مسئول منافع از دست رفته عین نمی‌باشند ولی غاصب ضامن منافع نیز می‌باشد (محقق کرکی، ۱۰۱/۵). سخن نخست مرحوم خویی از جهاتی درست به نظر نمی‌رسد و نمی‌توان ضمانت غاصب را مانند دیگر ضمانت‌ها دانست؛ زیرا این ضمانت‌ها از جهاتی با ضمانت غاصب متمایز به نظر می‌رسد؛^۱ در ضمانت غاصب مواردی قابل توجه است: یک- غاصب نسبت به منافع اعم از منافع بهره برداری شده و یا غیر آن ضامن است (علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ۳۸۱/۲).

دو- اگر غاصب با کار خود باعث افزایش ارزش و قیمت کالا شده باشد، اجرتی ندارد و در صورتی که زیادی عینی صورت نگرفته باشد، برای او چیزی نخواهد بود (محقق حلی، ۷۶۹/۴؛ شهید ثانی، ۵۲ و ۵۱/۷).

^۱ - به همین علت است که فقیهان برای غصب احکام ویژه‌ای را باور دارند که در دیگر ضمانت‌ها وجود ندارد (مقدس اردبیلی، ۴۹۴/۱۰ و ۴۹۵).

سه - هزینه‌های نقل و انتقال و برگرداندن کالا با غاصب می‌باشد (طوسی، المبسوط، ۱۰۱/۳).

در صورتی که در برخی دیگر از ضمانت‌ها این‌ها ضروری نمی‌باشد و یا حداقل برخی از این‌ها لازم نیست؛ برای روشن شدن تفاوت‌ها نمونه‌هایی یادآوری می‌شود:

یک: یابنده شیء گم شده با بهره برداری از آن ضامن است؛ مثلاً اگر چهارپا را سوار شود و یا از شیر، پشم و مانند آن بهره برد، اگر این بهره‌برداری‌ها پس از یک سال گشتن در پی صاحب آن باشد، غرامتی بابت آن‌ها نمی‌پردازد؛ زیرا تنها ضامن عین می‌باشد (ابن ادریس، ۱۱۰/۲)؛ در صورتی که غاصب ضامن منافع بهره برداری نشده نیز می‌باشد.

دو - در بحث پی‌درپی آمدن دست‌ها بر مال غصبی، مالک می‌تواند به هر کدام از افراد که می‌خواهد مراجعه کند که در این صورت شخص غرامت کشیده تنها در صورتی می‌تواند به شخص غاصب فریب‌دهنده مراجعه کند که آگاه از غصبی بودن مال نباشد و اگر آگاه باشد، حق مراجعه ندارد (شهید ثانی، ۲۶/۷).

همان‌گونه که دیده می‌شود در اینجا میان شخص غاصب با غیر آن تفاوت گذاشته شده است. هرچند به خاطر اینکه بر مال استیلاء داشته‌اند، هر دو ضامن مال می‌باشند.

سه - در مقبوض به عقد فاسد هرچند ضمانت وجود دارد، ولی در صورتی که مالک آن را مطالبه نکرده است، بر نگهدارنده مال واجب نیست که فوراً به مالک تحویل دهد چه برسد نسبت به هزینه‌های رد که واجب نیست؛ زیرا صرف بودن مال در دست شخص، تصرف حرام به شمار نمی‌آید (خویی، مصباح/الفقاهه، ۳۹۴/۲).

چهار - امام خمینی (ره) باور دارد در مواردی، مشتری هرچند ضامن عین و منافع بهره‌برداری شده می‌باشد، ولی ضامن منافع بهره‌برداری نشده نمی‌باشد و آن صورتی است که مشتری، انسان متدین به شرع باشد که اگر از باطل بودن معامله آگاه شود بر چنین معامله‌ای اقدام نمی‌کند (البیع، ۴۲۶/۱ و ۴۲۷). در اینجا نیز ضمانت مبیع بر عهده مشتری ثابت شده، ولی ضمانت منافع بهره‌برداری نشده از دوش او برداشته شده است.

پنج - اگر فروشنده، مغبون قرار گیرد خریدار نسبت به مبیع ضامن است و باید آن را برگرداند. حال اگر خریدار بر روی این مبیع کاری انجام دهد که باعث بالا رفتن قیمت آن شود بدون اینکه زیادی در آن به وجود آورده باشد، در این صورت مشتری پس از بازگرداندن مال می‌تواند اجرت کار و عمل خود را خواهان شود (شهید ثانی، ۴۶۸/۳) در صورتی که

غاصب به خاطر غصب، اجرتی برای کار خود دریافت نمی‌کند.

شش - اگر زمینی را فروشنده فضولی بفروشد و خریدار در این زمین ساختمان بسازد و یا زراعتی بکارد در این صورت مجبور به خراب کردن خانه و کندن زراعت نمی‌شود با اینکه نسبت به زمین ضمانت و مسئولیت دارد در صورتی که غاصب باید در صورت عدم رضایت مالک بر بقای مانند این ساختمان و زراعت، ساختمانی را که در این زمین ساخته خراب کند و زراعتی را که کاشته است، بکند (اراکي، ۴۶۳/۱؛ نووی، ۲۵۶/۱۴) و حتی اگر این کندن خسارت و نقصانی را بر زمین وارد آورد بر عهده غاصب است که این خسارت را نیز جبران نماید (سیستانی، الفتاوی المیسره، ۲۶۸).^۱

دیدگاه‌ها درباره قلمرو مصداقی و کاربردی قاعده

این قاعده از قواعدی است که درباره آن دیدگاه‌های گوناگونی ارائه شده است به گونه‌ای که برداشت‌های متفاوت از این قاعده در مسائل گوناگون فقهی غاصب، مجرای این قاعده را با دشواری روبه‌رو ساخته است. از گردآوری سخنان فقیهان درباره این قاعده می‌توان قلمرو و کاربرد مصداقی این قاعده را در مواردی ارزیابی کرد:

دیدگاه اول: از این قاعده سخت‌گیری در تاوان‌ها و و هزینه‌ها برداشت می‌شود؛ به این معنا که غاصب باید تمامی هزینه‌هایی را که برای انتقال مال به مالک لازم است بپردازد و در این زمینه با او به هیچ عنوان مدارا نخواهد شد و برگرداندن مال هرچند از مشقت و سختی بسیاری برخوردار باشد، بر غاصب لازم است؛ البته تا هنگامی که برتائیدن آن مشقت، ناممکن نشود (مامقانی، ۳۱۹/۲؛ صدر، محمد، ۳۱۳/۷)؛ بنابراین ادله نفی حرج و ضرر از شخص غاصب روگردان هستند (امام خمینی، البیع، ۵۱۱/۲). از این نگاه هرچند غاصب مجبور شود چندین برابر قیمت مال غصبی را هزینه کند تا بتواند آن را به مالک برگرداند باید این کار را

^۱ - بر درستی این دیدگاه که غاصب باید این زراعت کاشته شده را بکند و ساختمانی را که ساخته خراب کند چند دلیل می‌توان آورد: نخست: شیء غصبی احترام و حرمت ندارد (شهید ثانی، *الروضه البهیة*، ۳۶/۷). این علت را می‌توان از مضمون صحیحی ابی وگاد به‌دست آورد که از امام صادق (ع) می‌پرسد: با مقداری درهم برای حیوان غصبی علوفه خریده‌ام آیا می‌توانم پولش را بگیرم؟ امام (ع) در پاسخ می‌فرماید: خیر؛ زیرا تو غاصب به‌شمار می‌آیی «لا لائک غاصب» (کلینی، ۲۹۱/۵) از این تعلیل به‌دست می‌آید که غاصب احترامی ندارد و کارهایی که بر روی شیء غصبی کرده نیز دارای احترام نمی‌باشد. بر اساس روایت دیگری که می‌فرماید: برای کاشت ظالم حقی وجود ندارد (حرعاملی، ۳۸۸/۲۵) نیز برای ساختمان و زراعت غاصب که ظالم به‌شمار می‌آید، ارزشی نیست. دوم: بر اساس قاعده اقدام می‌توان گفت: غاصب با تصرف در مال غصبی [و کاشت زراعت و ساختن ساختمان] بر ضرر خود اقدام کرده است (مصطفوی، ۵۷)؛ زیرا می‌داند در زمینی دارد این کار را انجام می‌دهد که مالک آن نیست و هر لحظه این امکان وجود دارد که مالک زمین خود را بخواهد و بر غاصب واجب است زمین را از اموال غیر، تخلیه کند.

انجام دهد (رشتی، ۳۱۹). نجفی که از طرفداران این دیدگاه است برای این قاعده قیدی می-آورد که این قاعده را تنها در برگرداندن عین مال باید جاری دانست که غاصب باید هرگونه سختی و دشواری را تحمل کند، ولی اگر قرار باشد مثل مال را برگرداند در این صورت این قاعده پیاده نمی‌شود و دیگر نمی‌توان حکم کرد که غاصب باید هرگونه سختی و مشقت را در تحویل آن بر خود تحمل کند (۳۷/۹۹ و ۲۱۹). همان‌گونه که پیش از این آمد اهل سنت درباره این قاعده به بحث پرداخته و در بحث غصب مانند همین دیدگاه یاد شده را برگزیده‌اند؛ مثلاً نووی باور دارد که در مانند برده غصب شده فراری بر غاصب لازم است که آن را برگرداند و هزینه‌های برگرداندن آن نیز بر دوش غاصب است هرچند این هزینه‌های برگرداندن، چندین برابر قیمت خود برده باشد (نووی، ۲۳۸/۱۴).

دیدگاه دوم: این قاعده می‌رساند چنانچه برگرداندن مال غصبی به تلف شدن اموال غاصب بینجامد، در این صورت باز واجب است اصل مال برگردانده شود هرچند غاصب را دچار ضرر و عسر و حرج می‌کند (نجفی، ۳۷/۸۱؛ لاری، ۵۲۰/۱). برگرداندن اصل مال غصبی تا آن-جا پیش رفته است که اگر غاصب با نخ غصبی زخم خود را بخیه کرده باشد که کندن آن دشوار است و به تلف نمی‌انجامد می‌توان او را بر اساس همین قاعده مکلف به کندن کرد چون او علیه خود بر ضرر اقدام کرده است و در ضرر دلیلی بر فرق میان ضرر مالی و غیر آن وجود ندارد (نجفی، همان). امام خمینی (ره) در بحث برگرداندن مال غصبی که به تلف شدن مال غاصب بینجامد در دیدگاهی این نظر را که «برگرداندن مال غصبی به هر اندازه‌ای که سبب تلف شدن مال غاصب شود بر اساس قاعده الغاصب یؤخذ بأشَقِّ الأحوال، واجب است» با قواعد سازگار می‌داند (البیع، ۶۵۷/۱).

دیدگاه سوم: بر پایه این دیدگاه، مالک حق دارد در هر صورت مال خود را از غاصب که از دادن آن خودداری می‌کند بگیرد هر چند این گرفتن مال به از دست دادن جان غاصب بینجامد، البته به شرط اینکه به گونه دیگری نتوان مال را گرفت، مخصوصاً اگر مالک برای حفظ جان خود به آن نیاز دارد (نجفی، ۳۷/۷۸).

دیدگاه چهارم: در این دیدگاه، که البته یک دیدگاه فقهی به‌شمار نمی‌آید بلکه بیشتر یک تلقی عوامانه است، آن چیزی که عرف مردم از این قاعده می‌فهمند بر این پایه است که حتی مصادره اموال شخصی غاصب نیز جایز و روا می‌باشد (منتظری، ۶۸۹/۲).

دیدگاه پنجم: سخت‌تر برخورد کردن با غاصب از جهت منافع مال غصبی است؛ به این

معنا که غاصب باید تمامی منافعی را که از دست رفته است، نیز بپردازد (خمینی، مصطفی، ۳۸۷/۲ و ۳۸۸) و در تاوان منافع تفاوتی نیست؛ حتی منافع بهره برداری نشده (غیر مستوفات) را نیز ضامن است (جزایری، ۲۶۳/۳؛ خویی، مصباح الفقاهه، ۴۱۲/۲).

دیدگاه ششم: بر اساس قرآن به تنگ دست مهلت داده می‌شود تا بدهکاری خود را بپردازد (بقره/۲۸۰).^۱ مقصود از سخت‌ترین برخورد با غاصب آسان‌گیر نبودن در مطالبه مال از او است و فرقی نمی‌کند دارا یا نادار باشد، او در حکم شخص دارا می‌باشد که تنبیه و ریختن آبرویش روا می‌باشد (خویی، ۴۵۰/۴)؛ بنابراین در کیفیت گرفتن مال از غاصب با شدت و تندی برخورد می‌شود (آملی، ۷۱/۱۱؛ نائینی، ۱۴۸/۲).

دیدگاه هفتم: سخت‌گیری در محافظت و نگهداری مال غصبی است. یعنی یکی از واجبات بر غاصب محافظت و نگهداری مال برای صاحبش است، حتی اگر این نگهداری موجب ضرر و حرج شود و هزینه‌های زیادی را برتابد (صدر، محمد، ۳۱۴/۷).

دیدگاه هشتم: از شئون قاعده این است که موازین قضا در مورد غاصب پیاده نمی‌شود و دادگاه از او چیزی درخواست نمی‌کند، بلکه قسم و بی‌نه متوجه شخص مالک می‌شود با اینکه به صورت معمولی تنها یک کدام از این‌ها متوجه شخص می‌شود و هر دو به یک نفر تعلق نمی‌گیرد (یزدی، ۱۰۵/۱؛ ابروانی، ۱۰۲/۱؛ روحانی، ۴۴۴/۱۶).

نقد و بررسی

از آنجا که نخستین مطرح‌کننده این قاعده جناب فخر المحققین می‌باشد باید به استندهایی که ایشان کرده است نگریست و برخی دیدگاه‌های ارائه شده را با آن‌ها سنجید تا درستی و نادرستی این دیدگاه‌ها روشن گردد. شیخ طوسی بر این باور است که اگر غاصب شیء مثلی را تلف کند و مال باخته در جا و مکانی دیگر آن را خواهان شود، چنانچه جابه‌جایی آن کالا هزینه‌بر باشد و قیمت کالا در دو مکان متفاوت باشد، مال باخته می‌تواند قیمت مکان غصب را بگیرد یا اینکه صبر کند و در مکان غصب آن را دریافت کند؛ زیرا این جابه‌جایی دارای هزینه و ضرر برای غاصب است (طوسی، المبسوط، ۷۶/۳). فخر المحققین این دیدگاه را بر نمی‌تابد و در تعارض ضرر مالک با ضرر غاصب حق مالک را مقدم می‌دارد و

^۱ - وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ.

دلیل آن را سخت‌ترین برخورد با غاصب می‌داند (۱۷۶/۱۲).

از این نگاه، دیدگاه نخست درباره برداشت از این قاعده درست به نظر می‌رسد و از آنجا که غاصب با غصب خود، دچار ظلم و تعدی شده است، بنابراین باید سختی‌ها و دشواری‌هایی را که برای برگرداندن مال لازم است متحمل شود و همه پرداختی‌های را که بایسته است، بپردازد.

دیدگاه دوم نیز از سخنان فخر المحققین برداشت می‌شود، زیرا ایشان باور دارد که مالک می‌تواند تخته خود را که غاصب غصب نموده و در مانند کشتی به کار برده است، حتی در وسط دریا تقاضا کند هرچند این کار به تلف شدن اموال غاصب که در کشتی است بینجامد؛ زیرا با غاصب به سخت‌ترین حالت برخورد می‌شود و احترام اموال او با تجاوزش از بین رفته است. البته اگر به شکلی ممکن باشد که اخذ عین کرد بدون اینکه مال غاصب تلف شود همان راه را باید برگزید (فخر المحققین، ۱۸۷/۲).

هرچند این برداشت با قواعد سازگار است؛ زیرا غاصب با غصب بر ضرر علیه خود اقدام کرده و مالی را به کار برده است که می‌داند برای شخص دیگری است و با آمدن مالک مجبور است آن را برگرداند ولی پابندی به آن دشوار است؛ زیرا هدف غاصب با غصب این است که با گردآوری اموال دیگران اقدام بر ضرر آن‌ها بکند و نه اینکه علیه خود اقدام بر ضرر کند (حایری، ۳۰۹ و ۳۱۰). دوم در چنین مواردی چگونه حکم به اتلاف مال غاصب می‌شود با اینکه با کاربرد شیء غصبی در مانند ساختمان و یا کشتی، دادن عین متعذر عرفی است هرچند عقلاً متعذر نباشد و با تعذر عرفی، بدل حیلوله ثابت می‌شود (خویی، مصباح الفقاهة، ۲۱۲/۳) البته آن شیء غصبی در ملکیت مالکش باقی می‌ماند (بجنوردی، ۹۴/۴). سوم: این استدلال که غاصب با غصب خود ضرر بر خودش وارد کرده است پس این گونه اقدام بر ضرر را در اموال نمی‌توان با ادله نفی ضرر برطرف کرد، درست نیست؛ زیرا تضییع مال توسط مالک (غاصب) جایز نیست بلکه این حق را دارد که به دیگری منتقل کند. بنابراین اقدام شخص غاصب بر کاری که موجب تضییع و فساد مالش باشد از سوی شارع امضا نشده است (مکارم شیرازی، ۱۰۹/۱).

دیدگاه سوم را نیز نمی‌توان بر تافت و به این قاعده بر گرفتن جان غاصب توسط مالک در راه باز گرداندن مال استناد کرد؛ زیرا دفاع از مال را برخی از فقیهان واجب ندانسته‌اند (شهید ثانی، الروضة البهیة، ۳۴۸/۹ و ۳۴۹)؛ دوم اینکه ادله دفاع تنها زمانی قتل متجاوز را به اثبات می‌-

رسانند که مال در دست مالک باشد و ظالمی بخواهد آن را از دست او درآورد؛ مخصوصاً اینکه در روایات برای کشتن مهاجم و دزدی که وارد خانه شخص می‌شود، مجوز صادر شده است^۱ و در فرض بحث، مال در دست غاصب می‌باشد و مالک مهاجم است و می‌خواهد مال را به هر صورتی از دست غاصب درآورد، پس دفاع صدق نمی‌کند. بنابراین برای روا بودن کشتن غاصب برای مالک در راه باز پس‌گیری مال، دلیلی وجود ندارد؛ افزون بر این، به سبب اهمیت والای پاسداری از خون در شریعت اسلامی، باید در موارد مشکوک احتیاط کرد (مصطفوی، القواعد، ۵۳۴).

دیدگاه چهارم نیز درست به نظر نمی‌رسد؛ زیرا هیچ دلیل و مجوزی برای دست‌اندازی بر اموال غاصب که از راه مشروع به دست آورده است، وجود ندارد و از سوی شرع این فهم عرفی (مطرح شده در دیدگاه چهارم) نه تنها معتبر دانسته نشده است که این دست‌درازی به اموال با قاعده حرمت تصرف در اموال دیگران ناسازگار شناخته شده است.^۲

دیدگاه پنجم درست به نظر می‌رسد؛ زیرا غاصب با تصرف خود مالک را از بهره‌برداری از منافع و تولیدات باز داشته و پیوند او با مالش را بریده است در نتیجه از باب تسبیب در اتلاف ضامن منافی است که بر مالک تلف کرده است. در منافع غیر مستوفات نیز فوت و از دست رفتن منافع به غاصب مستند است؛ وی بر عین استیلاء پیدا کرده و مالک را از بهره‌برداری از منافع عین مال باز داشته است به گونه‌ای که دیگر مالک توانایی تصرف در مالش را ندارد. به دیگر سخن، غاصب ضامن مال غصبی به همراه تمام ویژگی‌های شخصی و نوعی آن است؛ زیرا سیره عقلا دلالت می‌کند بر اینکه وقتی کسی از روی قهر و ستم بر مال دیگری دست‌اندازی کند، باید آن را با تمام خصوصیاتش به مالک برگرداند و منافع مال از شئون و خصوصیات مال به‌شمار می‌آید که در این جهت، فرقی میان مستوفات و غیر مستوفات نیست (خویی، مصباح الفقاهه، ۴۱۱/۲ و ۴۱۲).^۳

^۱ - قَالَ الْبَاقِرُ (ع) لِمَنْ سَأَلَهُ أَنْ اللَّصُّ يَدْخُلُ فِي بَيْتِي يُرِيدُ نَفْسِي وَمَالِي قَالَ أَقْتُلْ فَأُشْهِدَ اللَّهَ وَمَنْ سَمِعَ أَنْ دَمَهُ فِي غَنَاقِي (كليني، ۵۱/۵). و قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ (ع): إِذَا دَخَلَ عَلَيْكَ اللَّصُّ الْمُحَارِبُ فَأَقْتُلْهُ فَمَا أَصَابَكَ فِدْمُهُ فِي غَنَاقِي (حر عاملي، ۱۲۱/۱۵).

^۲ - عَنْ النَّبِيِّ (ص): لَا يَجِلُّ مَالُ أُخْرَى مُسْتَلِمٍ إِلَّا بِطَبِئَةِ نَفْسٍ مِنْهُ (مفيد، ۱۴۰).

^۳ - پیش از این گفته آمد بنابر دیدگاه برخی از فقیهان می‌توان ضمان در منافع غصب را مطلق دانست که هم منافع استیفاء شده و هم غیر آن را در بر گیرد ولی در برخی از ضمانت‌ها مانند مقبوض به عقد فاسد، دلیلی بر ضمانت منافع استیفاء نشده وجود ندارد؛ زیرا ادله، یارای اثبات ضمان در این قسم از منافع را ندارند و دیگر اینکه بر اساس قاعده «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده و ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده» از آنجا که بیع صحیح، منافع فوت شده بدون استیفاء را در پی ندارد زیرا مجاناً ملک مشتری به‌شمار رفته است، فاسد آن نیز ضمانت این چنین منافی را خواهان نمی‌باشد (خویی، مصباح الفقاهه، ۴۰۹-۴۱۹). از دیگر مواردی که فقیهان ضمانت بر منافع را ثابت نمی‌دانند زمانی است که کسی فرد آزادی مانند صنعتگری را بازداشت و حبس کند. از آنجا که فرد آزاد مال به‌شمار نمی‌آید تا در مورد او غصب صدق

دیدگاه ششم که به کیفیت و چگونگی برخورد با غاصب بر می‌گردد، نیز درست بوده و از سوی فقیهانی معتبر شناخته شده است؛ بنابراین اگر نیاز به برخورد شدید با غاصب شد که به اموری نظیر شکنجه او و یا ریختن آبروی او انجامید، این برخورد روا می‌باشد (مصطفوی، فقه المعاملات، ۳۴۵)؛ بنابراین در نظر گرفتن کیفرهایی برای غاصب از سوی حکومت اسلامی می‌تواند از برداشته‌هایی باشد که از سوی شارع معتبر شناخته شده است. یکی از ادله‌ای که این دیدگاه را تأیید می‌کند، روایتی از پیامبر (ص) می‌باشد که می‌فرماید: به تأخیر انداختن (امروز و فردا کردن) بدهی شخص دارا و توانمند، آبروی وی را بازیچه و عقوبتش را آسان می‌کند، مادامی که بدهیش در چیزهایی نباشد که خداوند آن‌ها را ناپسند می‌دارد (حر عاملی، ۳۳۴/۱۸).^۱ شیخ طوسی مقصود از عقوبت را در این روایت مانند تعزیر و حبس می‌داند (۲۷۷/۲) و ریختن آبروی چنین کسی که از پرداخت حقوق اشخاص خودداری می‌کند، روا می‌باشد.

از آنجا که غاصب بر اساس قاعده «علی الید» موظف است مال را به مالک برگرداند و تا زمانی که آن را نداده است، باید از آن نگهداری کند در این صورت تا زمانی که آن را برنگردانده است باید آن را برای صاحبش نگه دارد هرچند این نگهداری هزینه بر باشد؛ زیرا او خود را با دست اندازی بر مال دیگران در ضمانت قرار داده است؛ در نتیجه برداشت هفتم از قاعده درست می‌باشد و سخت‌گیری بر غاصب به این معنا تفسیر شود که هزینه‌های نگهداری مال بر دوش غاصب قرار گیرد هرچند از خود مال بیشتر شود.^۲

دیدگاه هشتم نیز درست نیست و این‌گونه نیست که بتوان به صورت مطلق و در همه جا غاصب را از قواعد و ضوابط باب قضا استثنا کرد (خمینی، البیع، ۶۱۳/۱)؛ زیرا قاعده عمومی در روایات این است که مدعی باید بینه بیاورد و منکر موظف است، قسم بخورد (کلینی، ۴۱۵/۷).^۳ یکی از دعوایی که ممکن است میان غاصب و مالک روی دهد بر سر قیمت کالای تلف شده در دست غاصب می‌باشد که بسیاری از فقیهان گفته‌اند: غاصب قسم می‌خورد و

کند در نتیجه منافع او که استیفاء نشده باشد نیز در استیلائی دیگران در نمی‌آید تا در مورد آن اتلاف صدق کند (ابن فهد حلی، ۲۴۹/۴، نجفی، جواهر الکلام، ۳۹/۳۷ به بعد؛ محقق سبزواری، ۶۳۴/۲؛ خمینی، تحریر الوسیله، ۱۵۶/۲).

^۱ - قَالَ رَسُولُ اللَّهِ (ص): أَيُّ الْوَأَجِدِ بِالْأَيْدِي يُجَلُّ عِرْضُهُ وَ غُفْرَتُهُ مَا لَمْ يَكُنْ دَيْنُهُ فِيمَا يَكْرَهُ اللَّهُ عَزَّ وَ جَلَّ.

^۲ - در مانند مقبوض به عقد فاسد می‌توان گفت: در برخی از مصادیق آن برگرداندن مال فوری نمی‌باشد مانند اینکه قابض از برگرداندن مال ابایی ندارد و مالک نیز آن را مطالبه نمی‌کند. از آن‌جا که تنها تخلیه بین مال و مالک بر قابض واجب است برگرداندن آن فوری نمی‌باشد و هزینه رد نیز بر دوش او نمی‌باشد (خویی، مصباح الفقاهه، ۱۲۱/۳ و ۱۲۲). حال در این صورت می‌توان گفت: هزینه‌های معمولی نگهداری این مال بر عهده قابض نمی‌باشد تا چه برسد به اینکه بتوان هزینه‌های گزاف و فراوان را نیز بر دوش او گذاشت.

^۳ - قَالَ رَسُولُ اللَّهِ (ص): الْبَيِّنَةُ عَلَى مَنْ ادَّعَى وَ الْيَمِينُ عَلَى مَنْ ادَّعِيَ عَلَيْهِ.

قولش مقدم می‌شود (طوسی، ۱۰۱/۳؛ ابن ادریس، ۴۹۰/۲، شهید ثانی، الروضه البهیة، ۵۸/۷؛ نجفی، جواهر الکلام، ۲۲۵/۳۷). این دیدگاه نه تنها در میان شیعه طرفداران بسیاری دارد که در میان اهل سنت نیز اتّفاقی می‌باشد و ادله‌ای مانند اصل براءت ذمه غاصب از مقدار زیادی، این دیدگاه را تأیید می‌کند (شراره، ۲۴۹ و ۲۵۰).

بررسی قاعده از نگاه حقوق و قوانین

قانون مدنی ایران از ماده ۳۰۸ تا ۳۲۷ به غصب و احکام آن اختصاص یافته است. در ماده ۳۰۸ در تعریف غصب آمده است: «غصب استیلاء بر حق غیر است به نحو عدوان. اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز هم در حکم غصب است». در برخی از مواد قانون مدنی می‌توان ریشه‌هایی از قاعده «الغاصب یؤخذ بأشقّ الاحوال» را جویا شد.

در ماده ۳۱۳ آمده است: «هرگاه کسی در زمین خود با مصالح متعلق به دیگری بنائی را بسازد یا درخت غیر را بدون اذن مالک در آن زمین غرس کند صاحب مصالح یا درخت می‌تواند قلع یا نزع آن را بخواهد مگر اینکه به اخذ قیمت تراضی نمایند». آن گونه که در این ماده آمده مالک باید ساختمانی را که با مصالح دیگران ساخته است خراب کند. این خراب کردن افزون بر خسارت به خود موجب از میان رفتن هزینه‌های مصرفی برای بنای ساختمان نیز خواهد شد. این نگاه بر اساس همان اصول بنیادین در قاعده تفسیر می‌شود که برای کار غاصب، هزینه‌های مصرفی او و اموالش ارزشی نمی‌باشد و با او سخت‌ترین برخورد می‌شود.^۱ به موجب ماده ۳۱۴ عمل غاصب که موجب زیادی غیر عینی و افزونی قیمت مال غصبی شده است ارزش و احترامی ندارد که این می‌تواند مصداق دیگری از برخورد سخت با غاصب باشد. در این ماده آمده است: «اگر در نتیجه عمل غاصب قیمت مال مغضوب زیاد شود غاصب

^۱ - در ماده ۱۶۴ از قانون آئین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب (در امور مدنی) آمده است: هرگاه در ملک مورد تصرف عدوانی، متصرف پس از تصرف عدوانی، غرس اشجار یا احداث بنا کرده باشد، اشجار و بنا در صورتی باقی می‌ماند که متصرف عدوانی مدعی مالکیت مورد حکم تصرف عدوانی باشد و در ظرف یک ماه از تاریخ اجرای حکم، در باب مالکیت به دادگاه صلاحیت دار دادخواست بدهد. همچنین در ماده ۱۶۵ همین قانون آمده است: در صورتی که در ملک مورد حکم تصرف عدوانی زراعت شده باشد، اگر موقع برداشت محصول رسیده باشد متصرف عدوانی باید فوری محصول را برداشت و اجرة المثل را تادیه نماید. چنانچه موقع برداشت محصول نرسیده باشد، چه اینکه بذر روییده یا نرویده باشد محکوم له پس از جلب رضایت متصرف عدوانی مخیر است بین اینکه قیمت زراعت را نسبت به سهم صاحب بذر و دسترنج او پرداخت کند و ملک را تصرف نماید یا ملک را تا پایان برداشت محصول در تصرف متصرف عدوانی باقی بگذارد و اجرة المثل را دریافت کند. همچنین محکوم له می‌تواند متصرف عدوانی را به معدوم کردن زراعت و اصلاح آثار تخریبی که توسط وی انجام گرفته مکلف نماید. تبصره: در صورت تقاضای محکوم له دادگاه متصرف عدوانی را به پرداخت اجرة المثل زمان تصرف نیز محکوم می‌نماید. همان‌گونه که در این دو ماده دیده می‌شود معدوم کردن زراعت و اصلاح آثار تخریبی می‌تواند برآیند همان قاعده اخذ غاصب به سخت‌ترین برخورد با وی باشد.

حق مطالبه قیمت زیادی را نخواهد داشت مگر اینکه آن زیادتی عینی باشد که در این صورت، عین زائد متعلق به خود غاصب است».

از احکامی که برای غاصب به اثبات رسید برگرداندن منافع (بهره برداری شده و بهره برداری نشده) به مالک است. این امکان وجود دارد که منافعی که غاصب از مال بهره برداری کرده باشد از معادل ارزش روز منافع استیفا شده بیشتر باشد. برای نمونه فردی زمین زراعتی را در طول یک سال غصب می‌کند و درآمد هنگفتی از این زمین عایدش می‌شود حال آیا باید تنها اجرة المثل اجاره زمین را بپردازد که منفعت روز زمین است یا اینکه هرچه را از این زمین به‌دست آورده است باید بپردازد؟ در تفسیر ماده ۳۱۱ که غاصب را مکلف به پرداخت مثل یا قیمت کرده است این دیدگاه وجود دارد که غاصب نباید از عمل غاصبانه نفعی بدست آورد. با توجه به ماده ۳۲ و ۳۳ قانون مدنی^۱ می‌توان به‌دست آورد که نمائات، سودها و منافعی که از زمین غصبی برای غاصب حاصل شده است به صورت کامل باید به مالک برگردانده شود و این تنها اجرة المثل نیست که به غاصب برگردانده می‌شود (ساردوئی نسب، ۴۲-۴۳). این نحوه برخورد با غاصب همان سخت‌ترین برخورد با غاصب است که تلاش‌ها، سرمایه‌گذاری‌ها و وقت گذاشته شده توسط غاصب برای دستیابی به این درآمد هنگفت را بی‌حاصل دانسته و برای آن ارزشی قائل نشده است. در تبصره ۴ ماده ۲ از قانون توزیع عادلانه آب مصوب ۱۳۶۱/۱۲/۱۶ مقرر می‌دارد: وزارت نیرو در صورتی که اعیانی‌های موجود در بستر و حریم آن‌ها و رودخانه‌ها و کانال‌های عمومی و مسیل‌ها و مرداب و برکه‌های طبیعی را برای امور مربوط به آب یا برق مزاحم تشخیص دهد به مالک یا متصرف اعلام خواهد کرد که ظرف مدت معینی در تخلیه و قلع اعیانی اقدام کند و در صورت استنکاف وزارت نیرو با اجازه و نظارت دادستان یا نماینده او اقدام به تخلیه و قلع خواهد کرد. خسارات به ترتیب مقرر در مواد ۴۳ و ۴۴ این قانون تعیین و پرداخت می‌شود. این قانون در صورتی است که متصرف سند داشته باشد و پیش از اعلام بستر و حریم تصرفاتی کرده باشد ولی اگر متصرف غاصب پس از اعلام حریم و بستر اقدام به غرس کرده باشد، غاصب شمرده می‌شود و موظف است که خود قلع و قمع کند و در غیر این صورت قلع و قمع خواهد شد و خسارتی نیز به او داده

^۱ - ماده ۳۲: تمام ثمرات و متعلقات اموال منقوله و غیرمنقوله که طبعاً یا در نتیجه عملی حاصل شده باشد، بالتبع، مال مالک اموال مزبوره است. ماده ۳۳: نما و محصولی که از زمین حاصل می‌شود، مال مالک زمین است، چه به خودی خود روییده باشد یا به واسطه عملیات مالک، مگر این که نما یا حاصل، از اصله یا حبه غیر حاصل شده باشد، که در این صورت، درخت و محصول، مال صاحب اصله یا حبه خواهد بود، اگر چه بدون رضای صاحب زمین کاشته شده باشد.

نمی‌شود که این مطابق با قاعده «الغاصب یؤخذ بأشقّ الأحوال» خواهد بود. بنابراین این ضابطه و قاعده فقهی مستند برخی از قوانین قرار گرفته که قانونگذار آن را رعایت کرده است.

دستاوردهای پژوهش

از سخنان پیش گفته به نتایجی دست یافته می‌شود که عبارتند از:

- ۱- این قاعده از قواعدی است که ریشه‌های عمیقی دارد و در اهل سنت و شیعه مورد استفاده قرار گرفته است؛ افرادی مانند شیرازی و ماوردی از گذشتگان اهل سنت و علامه حلی و فخر المحققین در شیعه در پایه‌ریزی آن کوشش فراوان کرده‌اند.
- ۲- روایات، مذاق شریعت، شهرت، بنای عقلا، مناسبت حکم و موضوع می‌توانند حجیت این قاعده را به اثبات برسانند.
- ۳- مسئولیت غاصب در مواردی مانند پرداخت بالاترین قیمت کالا، منافع مال، هزینه‌های نگهداری کالا و نقل و انتقال آن به مالک، تحویل فوری کالا و کار صورت گرفته از سوی غاصب بر کالا با برخی از ضمان‌های دیگر متفاوت است.
- ۴- قلمرو مصداقی و کاربردی قاعده در برخی جاها ظاهر می‌شود:
 - یک- هزینه‌های نقل و انتقال کالا هرچند با سختی همراه باشد، بر عهده غاصب است.
 - دو- تاوان همه منفعی که از دست مالک رفته است اعم از منافع بهره بردای شده و یا نشده بر عهده غاصب می‌باشد.
 - سه- به شخص غاصب مهلت داده نمی‌شود هرچند دستش تنگ باشد.
 - چهار- هزینه‌های نگهداری مال غصبی بر غاصب است هرچند از قیمت خود کالا بیشتر شود.
 - پنج- برای شخص غاصب پس از تحویل مال، تعزیر در نظر گرفته می‌شود تا دوباره به این کار اقدام نکند.
- شش- این قاعده در برخی از مواد مانند مواد ۳۱۳ و ۳۱۴ قانونی مدنی، مواد ۱۶۴ و ۱۶۵ قانون آئین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب و در تبصره ۴ ماده ۲ از قانون توزیع عادلانه آب نمود پیدا کرده است.

منابع

- قرآن کریم.
- ابن ادريس، محمد بن احمد، *السرائر الحاوی لتحرير الفتاوی*، مؤسسة النشر الاسلامی، چاپ دوم، قم، ۱۴۱۱ق.
- ابن فارس، احمد بن فارس، *معجم مقاییس اللغة*، تحقیق: عبد السلام محمد هارون، مكتب الاعلام الاسلامی، قم، ۱۴۰۴ق.
- ابن فهد حلی، احمد بن محمد بن فهد، *المهذب البارع فی شرح المختصر النافع*، تحقیق: مجتبی عراقی، مؤسسة النشر الاسلامی، قم، ۱۴۰۷ق.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، نشر الادب الحوزة، قم، ۱۴۰۵ق.
- اراکي، محمد علی، *کتاب البيع*، مؤسسه در راه حق، چاپ اول، قم، ۱۴۱۵ق.
- اوردی، علی بن محمد، *الحاوی الكبير فی فقه المذهب الامام الشافعی*، دار الکتب العلمیه، بیروت، ۱۴۱۹ق.
- آملی، محمد تقی، *مصباح الهدی فی شرح عروه الوثقی*، بی نا، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۰ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *کتاب المکاسب*، تحقیق: لجنة تحقیق تراث الشیخ الاعظم، مجمع الفكر الاسلامی، قم، ۱۴۲۰ق.
- ایران، قانون، *قانون مدنی*، تدوین جهانگیر منصور.
- ایروانی، علی بن عبد الحسین، *حاشیه المکاسب*، چاپخانه رشديه، چاپ دوم، تهران، ۱۳۶۹ق.
- بجنوردی، حسن، *القواعد الفقهیه*، تصحیح: مهدی مهریزی - محمد حسن درایتی، نشر الهادی، چاپ اول، قم، ۱۴۱۹ق.
- بروجردی، محمد تقی، *رسالة نخبة الافکار فی حرمان الزوجة من الاراضي والعقار*، جامعه المدرسین، قم، بی تا،
- بهبهانی، محمد باقر بن محمد اکمل، *حاشیه مجمع الفائدة والبرهان*، مؤسسة العلامة الوحید البهبهانی، قم، ۱۴۱۷ق.
- جزایری، محمد جعفر، *هدی المکاسب فی شرح المکاسب*، مؤسسه دار الکتب، چاپ اول، قم، ۱۴۱۶ق.
- جعفری لنگرودی، محمد باقر، *حقوق اسلام*، گنج دانش، تهران، ۱۳۵۸.
- _____، *عناصر شناسی* (واژه عدل)، گنج دانش، تهران، ۱۳۸۲.

۱۴۶	مطالعات اسلامی - فقه و اصول	شماره ۸۹
جوهری، اسماعیل بن حمّاد، الصّحاح تاج اللغة و صحاح العربية، تحقیق: احمد عبد الغفور عطار، دارالعلم للملایین، چاپ چهارم، بیروت، ۱۴۰۷ق. حایری، مرتضی، الخمس، تحقیق: محمّد حسین امراللّهی، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ اول، قم، ۱۴۱۸ق. حرّ عاملی، محمّد بن حسن، وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة، تحقیق: مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، مؤسسه آل البيت، چاپ دوم، قم، ۱۴۱۴ق. حسینی شیرازی، محمّد، الفقه موسوعة استدلالیة فی الفقه الاسلامی: القانون، مرکز الرسول الاعظم، بیروت، ۱۴۱۹ م. حسینی مراغی، عبد الفتّاح بن علی، العناوین، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ اول، قم، ۱۴۱۸ق. حسینی عاملی، جواد بن محمد، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، چاپ قدیم (احمد بن محمد صادق قمی)، [بی جا]، ۱۳۷۵ق. خمینی، روح الله، کتاب البیع (تقریرات)، تقریر: حسن قدیری، بی جا، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، بی تا. _____، البیع، مؤسسه تنظیم و نشر آثار الامام الخمینی، چاپ اول، تهران، ۱۴۲۱ق. _____، تحریر الوسيلة، موسسه النشر الاسلامی، قم، بی تا. خمینی، مصطفی، تحریرات فی الاصول، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، تهران، ۱۴۱۸ق. _____، تحریرات فی الفقه: کتاب البیع، مؤسسه تنظیم و نشر آثار الامام خمینی، چاپ اول، تهران، ۱۴۱۸ق. _____، الخلل فی الصلاة، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، تهران، بی تا. خوانساری، احمد، جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، تعلیق: علی اکبر غفاری، مکتبه الصدوق، چاپ دوم، تهران، ۱۳۵۵. خوانساری، موسی بن محمد، منية الطالب فی شرح المکاسب، تقریر: محمد حسین نایینی، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ دوم، قم، ۱۴۱۸ق. خویی، ابوالقاسم، المستند فی شرح العروة الوثقی، تقریر: مرتضی بروجردی، بی نا، قم، بی تا. _____، مصباح الفقاهه، تقریر: محمّد علی توحیدی، مکتبه الذّاوری، چاپ اول، قم، ۱۳۷۷. رافعی، عبد الکریم، فتح العزیز فی شرح الوجیز، دار الفکر، بی جا، بی تا.		

- رشتی گیلانی، حبیب الله بن محمد علی، *کتاب الاجارة*، بی نا، بی جا، بی تا.
- روحانی، محمد صادق، *فقه الصادق (ع)*، مؤسسه دارالکتاب، چاپ سوم، قم، ۱۴۱۲ق.
- روحانی، محمد صادق، *منهاج الفقامة التعليق علی مکاسب الشیخ الاعظم*، بی نا، چاپ چهارم، بی-جا، ۱۴۱۸ق.
- ساردوئی نسب، محمد، «مبانی نظری مسئولیت مدنی متصرف در مال غیر»، *فصلنامه مطالعات اسلامی*، ش ۷۹- بهار ۸۷، صص ۳۳-۵۹.
- سبزواری، عبد الاعلی، *مذهب الاحکام فی بیان الحلال والحرام*، تحقیق: مؤسسه المنار، مکتبه آیه الله سید السبزواری، چاپ چهارم، قم، ۱۴۱۳ق.
- سیستانی، علی، *الفتاوی المیسره*، تنظیم از محمد تقی حکیم، مطبعه الفائق، چاپ سوم، بی جا، ۱۴۱۷ق.
- سید رضی، *نهج البلاغه*، تحقیق محمد عبده، دار الذخائر، چاپ اول، قم، ۱۴۱۲ق.
- شراره، عبد الجبار حمد، *احکام الغصب فی الفقه الاسلامی*، مؤسسه الاعلمی-دارالتربیه، بیروت-بغداد، چاپ اول، ۱۳۹۵ق.
- شریف کاشانی، حبیب الله، *تسهيل المسالك الي المدارك في رؤوس القواعد الفقهية*، المطبعة العلمية، چاپ اول، قم، ۱۴۰۴ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، *تمهید القواعد الاصولیه*، دفتر تبلیغات اسلامی، قم، ۱۴۱۶ق.
- _____، *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، تعلیق: محمد کلانتر، دار العالم الاسلامی، بیروت، ۱۴۰۳ق.
- _____، *مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*، مؤسسه المعارف الاسلامیه، چاپ اول، قم، ۱۴۱۳ق.
- شیرازی، ابراهیم بن علی، *المذهب فی فقه المذهب الامام الشافعی*، دار الفکر، بیروت، بی تا.
- صدر، محمد، *ماوراء الفقه*، دارالاضواء، چاپ اول، بیروت، ۱۴۲۰ق.
- صدر، محمد باقر، *بحوث فی علم الاصول* مؤسسه دایرة المعارف فقه اسلامی، قم، ۱۴۱۷ق.
- _____، *دروس فی علم الاصول*، دار الکتاب اللبنانی، چاپ دوم، بیروت، ۱۴۰۶ق.
- صیمری، مفلح بن حسن، *غایة المرام فی شرح شرائع الاسلام*، دارالهادی، چاپ اول، بیروت، ۱۴۲۰ق.
- طباطبایی کربلایی، علی بن محمد علی، *ریاض المسائل فی بیان احکام الشرع بالدلائل*، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۱۲ق.

شماره ۸۹	مطالعات اسلامی - فقه و اصول	۱۴۸
طوسی، محمد بن حسن، <i>الخلاف</i> ، تحقیق از علی خراسانی و همکاران، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۰۷ق.		
_____، <i>المبسوط في فقه الامامية</i> ، تصحيح: محمد تقی كشفی، مكتبة الرضوية، چاپ سوم، تهران، ۱۳۸۷ق.		
عراقی، ضیاء الدین، <i>مقالات الاصول</i> ، تحقیق: مجتبی موحّدی - منذر حكيم، مجمع الفكر الاسلامی، چاپ اول، قم، ۱۴۲۰ق.		
علّامه حلّی، حسن بن یوسف، <i>تذكرة الفقهاء</i> ، مكتبة المرتضوية، قم، بی تا.		
_____، <i>قواعد الاحكام في معرفة الحلال و الحرام</i> ، مؤسسة النشر الاسلامی، چاپ اول، قم، ۱۴۱۳ق.		
_____، <i>تحرير الاحكام الشريعة الي مذهب الامامية</i> ، تحقیق: ابراهيم بهادری، مؤسسة الامام الصادق (ع)، چاپ اول، قم، ۱۴۲۰ق.		
علم الهدی، علی بن حسین، <i>الذريعة الي اصول الشريعة</i> ، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۷۶.		
علیشاهی قلعه جوقی، ابوالفضل، <i>مفهوم و حجیت مذاق شریعت در فرایند استنباط احکام فقهی</i> ، بوستان کتاب، چاپ اول، قم، ۱۳۹۰.		
فاضل لنکرانی، محمد، <i>تفصیل الشریعه فی شرح تحرير الوسيلة</i> (الغصب، احياء الموات، المشتركات واللقطة)، مرکز فقهی ائمه اطهار، قم، ۱۴۲۹ق.		
فاضل مقداد، مقداد بن عبد الله، <i>التنقيح الرائع لمختصر الشرائع</i> ، تصحيح: عبد اللطيف حسینی کوهکمری، مكتبة آية الله المرعشي النجفي، چاپ اول، قم، ۱۴۰۴ق.		
فخر المحققین، محمد بن حسن، <i>ايضاح الفوائد في شرح مشكلات القواعد</i> ، تصحيح: حسين موسوی - علی پناه اشتهااردی - عبد الرحيم بروجردی، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ اول، قم، ۱۳۸۹ق.		
فراهیدی، خلیل بن احمد، <i>العين</i> ، تحقیق: مهدی مخزومی و ابراهيم سامرائی، مؤسسه دار الهجرة، چاپ دوم، قم، ۱۴۱۰ق.		
کاشف الغطاء، علی بن محمد، <i>النور الساطع في الفقه النافع</i> ، مطبعة الآداب، نجف، ۱۳۸۱ق.		
کلینی، محمد بن یعقوب، <i>الكافي</i> ، تصحيح: علی اکبر غفاری، دار الكتب الاسلامية، چاپ سوم، تهران، ۱۳۶۷.		
کوهکمره ای، محمد بن علی حجت، <i>کتاب البيع</i> ، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، قم، ۱۴۰۹ق.		

- لاری، عبد الحسین، *التعلیقة علی المکاسب*، مؤسسة المعارف الاسلامیة، چاپ اول، قم، ۱۴۱۸ق.
- مامقانی، محمد حسن بن عبد الله، *غایة الآمال فی شرح کتاب المکاسب*، مجمع الذخائر الاسلامیة، چاپ اول، قم، ۱۳۱۶ق.
- محقق حلّی، محمد بن حسن، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*، تصحیح از محمد حسین عبد العلی بقال، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، قم، ۱۴۰۸ق.
- محقق سبزواری، محمد باقر، *کفایة الاحکام*، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ اول، قم، ۱۴۲۳ق.
- محقق کرکی، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، مؤسسه آل البيت، چاپ اول، قم، ۱۴۱۱ق.
- مصطفوی، حسن، *التحقیق فی کلمات القرآن الکریم*، مرکز الكتاب للترجمة والنشر، چاپ اول، تهران، ۱۴۰۲ق.
- مصطفوی، محمد کاظم، *فقه المعاملات*، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، قم، ۱۴۲۳ق.
- _____، *القواعد: مائة قاعدة فقهية معنی و مدرکاً و مورداً*، مؤسسة النشر الاسلامی، قم، ۱۴۱۷ق.
- مفید، محمد بن محمد، *المسائل الصّاغانية فی الردّ علی ابی حنیفه*، تحقیق: محمد قاضی، دارالمفید، چاپ اول، بیروت، ۱۴۱۳ق.
- مقدّس اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الازهان*، تحقیق: مجتبی عراقی، علی پناه اشتهاردی، حسین یزدی اصفهانی، مؤسسة النشر الاسلامی، چاپ اول، قم، ۱۴۰۳ق.
- مکارم شیرازی، ناصر، *القواعد الفقهیة*، مدرسة الامام امیر المؤمنین (ع)، چاپ سوم، قم، ۱۴۱۱ق.
- منتظری، حسینعلی، *دراسات فی ولاية الفقیه و فقه الدولة الاسلامیة*، مرکز العالمی للدراسات الاسلامیة، چاپ اول، قم، ۱۴۰۸ق.
- مهریزی، مهدی، «عدالت به مثابه قاعده فقهی»، *نقد و نظر*، بهار و تابستان ۱۳۷۶، صص ۱۸۴-۱۹۷.
- میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، *جامع الشتات*، تصحیح: مرتضی رضوی، انتشارات کیهان، چاپ اول، تهران، ۱۳۷۱.
- نجفی، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، تحقیق: عباس قوچانی، دار الكتب الاسلامیة، چاپ دوم، تهران، ۱۳۶۵.
- _____، *مجمع الرسائل*، تحقیق از مؤسسه صاحب الزمان، مشهد، ۱۳۷۳.
- نووی، یحیی بن شرف، *المجموع: شرح المذهب*، دار الفکر، [بیروت]، [بی تا].
- هاشمی شاهروری، محمود، *مقالات فقهیة*، مرکز الغدیر للدراسات الاسلامیة، چاپ اول،

بیروت، ١٤١٧ق.

یزدی، محمد کاظم بن عبد العظیم، *حاشیة المکاسب*، مؤسسه اسماعیلیان، (چاپ سنگی)، قم، ١٣٧٨ق.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و چهارم، شماره پیاپی ۸۹،
تابستان ۱۳۹۱، ص ۱۷۹-۱۵۱

تحلیل ماهیت حقوقی اوراق (صکوک) اجاره*

دکتر جلیل فنوتاتی^۱

استادیار دانشکده حقوق پردیس قم دانشگاه تهران

Email: j_ghanavati@yahoo.com

مرضیه داوری لنگرودی

کارشناسی ارشد حقوق خصوصی پردیس قم دانشگاه تهران

Email: davarimarzieh@gmail.com

چکیده

از جمله مباحث مهم در زمینه حقوق مالی، مسایل مربوط به نهادهای مالی است. بررسی این مسایل به دلیل نهمی شارع از انواع خاصی از معاملات- ربوی، غرری، ضرری و ...- در حقوق اسلامی دارای اهمیتی ویژه است. از جمله مباحث مهم در حقوق مالیه اسلامی، ارزیابی و بررسی مشروعیت و ماهیت محصولات مالی جدید است.

یکی از ابزارهای مالی جدید، اوراق (صکوک) اجاره است. تحلیل ماهیت حقوقی این اوراق - به عنوان قراردادی بدیع - از آن جهت دارای اهمیت است که در بررسی های حقوقی ایران فاقد سابقه بوده و مشروعیت، ماهیت، اوصاف و آثار آن برای طرفین قرارداد و ... در حد لازم مورد بررسی قرار نگرفته است. در این مقاله، خصوصیات فنی، مشروعیت، ماهیت و آثار حقوقی این اوراق مورد بررسی و تجزیه و تحلیل قرار می گیرد.

با وجود تشابه احکام این اوراق با عقد اجاره و امکان تطبیق آن با عقد صلح، ضمن تبیین برخی از وجوه افتراق این اوراق با عقد اجاره- از جمله تمایز در اراده متعاقدين و برخی احکام- و با پذیرش تفاوت بین عقد صلح و ماده ۱۰ قانون مدنی، در نهایت قرارداد اوراق اجاره به عنوان عقدی جدید و مشروع، با استناد به اصل اباحه عامه و ذیل ماده ۱۰ قانون مدنی مورد تایید قرار گرفته و آثار حقوقی آن تجزیه و تحلیل گردیده است.

کلید واژه ها: اوراق اجاره، صکوک، عقد صلح، عقد اجاره، اصالة الاباحه، ماده ۱۰ قانون مدنی.

* . تاریخ وصول: ۱۳۸۹/۵/۲، تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۰/۶/۱۵.

^۱ . نویسنده مسئول.

مقدمه

اگر برخی از کارکردهای حقوق را تنظیم روابط بین انسان‌ها و برقراری عدالت بدانیم، سامان دهی ارتباطات اقتصادی و برقراری عدالت در مسائل و امور اقتصادی نیز از جمله موضوعاتی خواهند بود که در فرآیندی بین رشته‌ای با علوم اقتصادی، مشمول این حوزه علمی قرار می‌گیرد. براین اساس، تعامل حقوق و اقتصاد از اهمیت ویژه‌ای برخوردار خواهد بود.

یکی از مباحث اقتصادی در علم حقوق، مباحث مربوط به نهادهای مالی است. این موضوع به دلیل نهی شارع از انواع خاصی از معاملات - ربوی، غرری، ضرری و ... - در حقوق اسلامی دارای اهمیت قابل توجهی است. این در حالی است که توسعه روزافزون ساختارهای اقتصادی و اقتضائات آن در پیشرفت شتابنده نهادهای مالی، بازارهای مالی اسلامی را نیز بی نصیب نگذاشته و با رونق شدید صنعت مالیه و بانکداری اسلامی در سه دهه اخیر، ارتباط ساختاری، سازمانی و نهادی جوامع و کشورهای اسلامی با دنیای اقتصادی غرب روز به روز توسعه یافته است. بدین لحاظ نوآوری‌های مالی اقتصاد مدرن و چگونگی و امکان بهره برداری از آن‌ها در نظام مالی اسلامی، همواره در پیش روی اندیشمندان مسلمان بوده و مورد بحث و بررسی قرار گرفته است. بدین جهت هم اکنون مبحث بررسی و ارزیابی فقهی و حقوقی نهادها و ساختارهای مالی، از موضوعات بدیع در حوزه ارتباط دو علم حقوق و اقتصاد اسلامی به شمار می‌رود.

از جمله مباحث مهم در حقوق مالیه اسلامی، ارزیابی و بررسی مشروعیت و ماهیت محصولات مالی جدید است. این محصولات که با هدف کاهش ریسک، افزایش سودآوری و افزایش سرعت نقدشوندگی طراحی می‌شوند، از ابعاد حقوقی مختلف قابل بحث هستند. یکی از این ابزارها که به عنوان محصول دانش مهندسی اسلامی و با الهام گیری از فرآیند تبدیل به اوراق بهادار نمودن دارایی‌ها^۱ در نظام مالی غرب، در سال‌های گذشته معرفی شده و گسترش فراوانی در کشورهای اسلامی و حتی غیر اسلامی یافته است، اوراق صکوک یا اوراق بهادار اسلامی نام دارد.

آنچه در این مقاله می‌آید، تحلیل مشروعیت و ماهیت حقوقی این اوراق است. تا کنون بیش از ۱۴ نوع از اوراق بهادار اسلامی با مشخصات کمابیش متفاوت معرفی شده است. در این مقاله تنها به تحلیل حقوقی اوراق اجاره پرداخته می‌شود.

تحلیل ماهیت حقوقی اوراق اجاره- به عنوان قراردادی بدیع - از آن جهت دارای اهمیت است که فاقد سابقه قبلی در بررسی‌های حقوقی ایران بوده، موضوعاتی از قبیل مشروعیت، ماهیت، اوصاف و آثار آن برای طرفین قرارداد و ... در حد لازم مورد بررسی قرار نگرفته است. این در حالی است که به ابعاد فنی و اقتصادی آن نیز پرداخته شده است. با این حال در برخی مطالعات فقهی، برخی جنبه‌های شرعی این اوراق مورد مطالعه قرار گرفته است.^۱

در این مقاله به منظور رعایت اختصار از ذکر تعریف، ضرورت انتشار، تاریخچه، انواع و خصوصیات فنی و اقتصادی اوراق بهادار اسلامی (صکوک) خودداری نموده از میان انواع اوراق بهادار اسلامی معرفی و منتشر شده، تنها به بررسی ابعاد و الزامات حقوقی اوراق اجاره می‌پردازیم.

الف. اوراق اجاره و فرآیند انتشار آن

در تعریف حقوقی، اوراق اجاره اوراق بهادار با نام قابل نقل و انتقالی است که به موجب دستورالعمل انتشار اوراق اجاره منتشر می‌شود و هر ورقه آن نشان دهنده مالکیت مشاع دارنده آن در دارایی مبنای انتشار اوراق اجاره است. (ماده ۱ دستورالعمل انتشار اوراق اجاره)

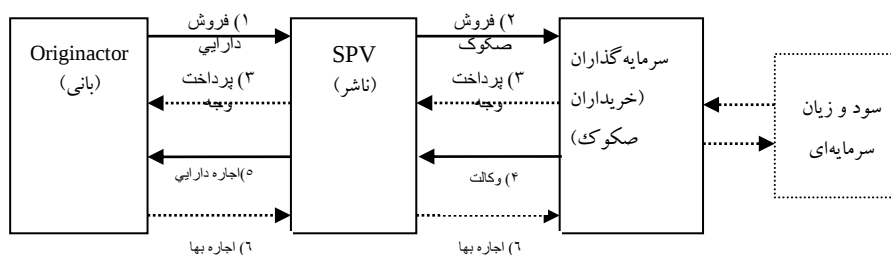
همان‌گونه که می‌دانیم نامگذاری این اوراق به اوراق اجاره بر اساس عقد اصلی است که تشکیل دهنده بخش اصلی و عمده این قرارداد بوده، پایه قرارداد اوراق را تشکیل می‌دهد و یکی از عقود اسلامی است که از میان عقود معین انتخاب می‌شود. با این وجود، اوراق اجاره نوعی عقد مختلط است؛ بدین معنا که از ترکیب چند عقد مختلف، قراردادی حاصل می‌شود که دارای آثار و احکام عقد مستقل است. لذا برای بررسی ابعاد حقوقی این قرارداد، لازم است

۱. احمد مبلغی (۱۴۲۸ ه.ق) در مقاله‌ای به بررسی فقهی اوراق اجاره پرداخته و در ارتباط با مشروعیت این اوراق، شبیهاتی از جمله تجمع عقود اجاره و وکالت، اجاره مشاع، ورود عقد بیع به عین مستأجره، انعدام منافع در حین عقد اجاره و ... را مورد بررسی فقهی قرار داده است. احمدی حاجی ده آبادی (۱۳۸۶) نیز مطالعاتی فقهی - نظری در خصوص اوراق بهادار اسلامی انجام داده و در آن، به برخی اختلافات شیعه و سنی در این ارتباط - از جمله فروش اوراق در بازار ثانویه تحت عنوان عقود بیع صرف یا فروش دین؛ تضمین سود آتی؛ وجود غرر، ربا، سلفی و صوری بودن معامله و ... - پرداخته است. فطرس، مسروش، موسویان (۱۳۸۶)، پیراسته و عبدالملکی (Pirasteh&Abdolmaleki, 2007) نیز برخی جنبه‌های فقهی این اوراق را- به صورت عمومی یا در کاربرد خاص- مورد مطالعه قرار داده اند. در بررسی‌های حقوقی حمید طالب زاده در پایان نامه کارشناسی ارشد خود به راهنمایی دکتر عبدی پور در دانشگاه قم (۱۳۸۶) به معرفی این نهاد پرداخته است که با توجه به مصوب نبودن هیچگونه قانون و دستورالعمل مرتبط با اوراق اجاره در آن زمان، به بررسی مبانی حقوقی آن در سیستم قوانین مدون جمهوری اسلامی ایران پرداخته‌اند.

ابتدا اجزای آن مشخص شود و سپس در قالب یک عقد مستقل مورد تجزیه و تحلیل واقع شود.

لازم به ذکر است روش‌های مختلفی برای انتشار اوراق اجاره وجود دارد که هر یک دارای فرآیندهایی خاص است. به منظور بررسی حقوقی این اوراق، در این مطالعه حالتی را تصور می‌کنیم که بانی خود مالک دارایی نیز می‌باشد و عقود که در تشکیل این قرارداد دخیل هستند را مورد بررسی و تجزیه و تحلیل قرار می‌دهیم.

اجزای اوراق اجاره در نمودار ذیل نشان داده شده است.



نمودار ۱- فرآیند انتشار اوراق اجاره

همان‌طور که در نمودار فوق قابل مشاهده است برای انتشار اوراق اجاره دو عقد بیع، یک عقد وکالت و یک عقد اجاره صورت می‌گیرد.

- ابتدا بانی - شخص حقوقی که نیازمند نقدینگی است - (پس از طی شرایط شکلی) اقدام به فروش دارایی به واسطه می‌کند.

- واسطه اوراق اجاره را منتشر کرده و در قبال پرداخت آن به سرمایه‌گذاران، از آنها مبالغی دریافت می‌کند.

- در این مرحله، واسطه به وکالت از دارندگان اوراق که مالک دارایی هستند، دارایی را به بانی اجاره می‌دهد و اجاره بها را به سرمایه‌گذاران می‌پردازد.

بدین لحاظ عقود که قرارداد اوراق اجاره را تشکیل می‌دهند عبارتند از:

الف- عقد بیع: فروش دارایی توسط بانی به ناشر؛

- ب- عقد بیع: فروش اوراق اجاره توسط ناشر به سرمایه گذاران؛
 ج- عقد وکالت: از جانب سرمایه گذاران به ناشر؛
 د- عقد اجاره: اجاره دارایی به بانی توسط ناشر. (Obaidullah, p.163)

ب. شناخت قرارداد اوراق اجاره:

قرارداد اوراق اجاره قراردادی است که به موجب آن دارندگان با خرید اوراق اجاره، ایجاب عام فروش آن را قبول می‌کنند و در مواعد معین مبلغی دریافت می‌دارند. به موجب مواد قانون مدنی و نظرات حقوقدانان، عقود و معاملات به اقسام گوناگونی تقسیم بندی شده اند که ۵ مورد تقسیم بندی موثر در این عقود، ملاک عمل و بررسی در این نوشتار قرار گرفته‌اند.

ابتدا به معرفی هر یک از این مبانی تقسیم می‌پردازیم و سپس قرارداد اوراق اجاره در قالب آن‌ها تحلیل می‌شود.

۱- لزوم قرارداد اوراق اجاره

عقد از نظر دوام به دو نوع لازم و جایز تقسیم شده است (شهیدی، ۱۷؛ و ماده ۱۴۸ قانون مدنی).

دلایلی که برای لازم بودن قرارداد اوراق اجاره بر اساس دستورالعمل انتشار اوراق اجاره می‌توان برشمرد عبارتند از:

اول. مدت معین یکی از ویژگی‌های قرارداد اوراق اجاره است. ماده ۱۶ دستورالعمل فوق مقرر می‌دارد: سررسید اوراق اجاره نمی‌تواند بیش از مدت زمان باقیمانده از عمر اقتصادی دارایی باشد». در ماده ۱۹ نیز به پرداخت مبالغ اجاره بها تا سررسید نهایی اشاره شده که دلیل دیگری بر معین بودن مدت قرارداد است. در ماده ۱۴ دستورالعمل انتشار اوراق اجاره هم به غیر قابل عزل بودن وکالت تا سررسید و تسویه نهایی اوراق اجاره اشاره شده است. لازم است یادآور شویم مدت قرارداد اجاره به سبب آن‌که عمر اقتصادی دارایی بسته به مورد متفاوت است، در دستورالعمل ذکر نشده و به متن قرارداد اوراق اجاره واگذار شده است. اگر قرارداد اوراق اجاره جایز بود، نیازی به تعیین مدت نداشت و می‌شد هر زمانی آن را فسخ کرد.

دوم. در دستورالعمل مربوط به انتشار اوراق اجاره هیچ گونه مقرراتی جهت امکان انحلال رابطه حقوقی ناشر و دارندگان اوراق اجاره وجود ندارد و حتی در ماده ۱۵ دستورالعمل انتشار

اوراق اجاره آمده است: «دارندگان اوراق اجاره نمی‌توانند تقاضای تقسیم دارایی مبنای انتشار اوراق اجاره را بنمایند.» این ماده اشاره به عدم امکان انحلال قرارداد اوراق اجاره در طول مدت تعیین شده در قرارداد دارد؛ زیرا در پایان مدت قرارداد، دارایی طبق مقررات از مالکیت دارندگان اوراق خارج شده، به خریدار یا بانی، حسب مورد منتقل می‌شود. اگر این ماده در ارتباط با زمان پایان قرارداد تحلیل شود، حاوی معنای مفیدی نخواهد بود. این امر دلیل دیگری بر لزوم قرارداد اوراق اجاره است.

سوم. ماده دیگری که می‌توان لزوم قرارداد اوراق اجاره را از آن برداشت نمود، ماده ۱۴ دستورالعمل انتشار اوراق اجاره است: «تملیک اوراق اجاره به منزله قبول وکالت ناشر بوده و وکالت ناشر تا سررسید و تسویه نهایی اوراق اجاره، غیر قابل عزل، نافذ و معتبر است.» عبارت «تملیک اوراق اجاره» در این ماده، ناظر به خرید اوراق اجاره از جانب سرمایه‌گذاران است که به منزله قبول برای ایجاب عام صادر شده در زمان انتشار اوراق می‌باشد. با قبول، توافق اراده‌ها صورت پذیرفته و قرارداد اوراق اجاره منعقد می‌شود. تنها در صورتی که این قرارداد را لازم بدانیم می‌توانیم وکالت ناشر را که عقدی جایز است، ضمن آن برده و نیروی الزام آوری به آن اعطا نماییم.^۱ چه اگر قرارداد اوراق اجاره جایز باشد، حتی شرط لازم بودن وکالت در ضمن آن، اثر لزوم به شرط نمی‌دهد. جواز و لزوم حکم قانونگذار است و توافق بر خلاف آن امکان ندارد. بنابراین به نظر می‌رسد ماده ۱۴ دستورالعمل انتشار اوراق اجاره، تایید دیگری بر لزوم قرارداد اوراق اجاره است.

۲- معوض بودن قرارداد اوراق اجاره

عقد از جهت مورد معامله به عقد معوض و عقد غیر معوض یا مجانی تقسیم می‌شود. بر این مبنا قرارداد اوراق اجاره عقدی معوض است؛ زیرا خریدار اوراق، مبلغ اسمی هر ورقه را می‌پردازد و در مقابل، مالک سهم مشاعی از دارایی مبنای انتشار اوراق و اجاره بهای حاصل از اجاره دادن همین سهم مشاع دارایی می‌شود.

۳- تملیکی بودن قرارداد اوراق اجاره

عقود به اعتبار اثر آن به دو دسته عهدی و تملیکی تقسیم می‌شوند. تملیک سهم مشاع دارایی و منافع و اجاره بهای آن، در مقابل پرداخت مبلغ اسمی اوراق اجاره، نشان از تملیکی

۱. ماده ۶۷۹ قانون مدنی: موکل می‌تواند هر وقت بخواهد وکیل را عزل کند، مگر این‌که وکیل یا عدم عزل در ضمن عقد لازمی شرط شده باشد.

بودن قرارداد اوراق اجاره دارد.

۴- تشریفاتی بودن قرارداد اوراق اجاره

عقد از نظر شیوه تشکیل آن به دو دسته عقد رضایی و عقد تشریفاتی تقسیم می‌شود. قرارداد اوراق اجاره برخلاف اصل رضایی بودن منعقد می‌شود؛ زیرا انعقاد آن منوط به پر کردن فرم خرید اوراق اجاره است که توسط عامل فروش (بانک‌ها، موسسات مالی اعتباری و ...) ارائه می‌شود. چنان که در شرایط اختصاصی اوراق اجاره آمده این اوراق باید به صورت با نام صادر شوند؛ از این رو نمی‌توان تشریفات این قرارداد را از شروط صحت آن ندانست. بنابراین قرارداد اوراق اجاره عقدی تشریفاتی است.

۵- معین بودن قرارداد اوراق اجاره

عقود به طور کلی به دو دسته معین و غیر معین تقسیم می‌شوند. قرارداد اوراق اجاره بر اساس تحلیل آن بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی عقدی نامعین و با توجه به تحلیل آن بر اساس عقد صلح یا اجاره و با عنایت به دستورالعمل انتشار اوراق اجاره (مصوب ۸۹) که نام و شرایط و احکام قرارداد اوراق اجاره را مقرر کرده است، عقدی معین است.

ج. مقایسه عقد بیع و قرارداد اوراق اجاره

چنان که گذشت، قرارداد اوراق اجاره عقدی لازم، معوض، تملیکی و معین است. قرارداد بیع نیز دارای چنین ویژگی‌هایی است.

با وجود این، قرارداد اوراق اجاره عقدی تشریفاتی است و با توجه به این ویژگی از قرارداد بیع فاصله می‌گیرد؛ زیرا هرچند برخی از مصادیق عقد بیع تشریفاتی است، اما تشریفاتی بودن ویژگی این عقد تلقی نمی‌شود.

به علاوه، یکی دیگر از ملاک‌های تشخیص عقود از یکدیگر شناخت مقتضای ذات آن- هاست. با شناخت مقتضای ذات هر عقد می‌توان عقود را از یکدیگر بازشناخت و از اختلاط عقود و سردرگمی حاصل از آن دوری جست. مقتضای ذات عقد بیع تملیک عین است، در حالی که مقتضای ذات قرارداد اوراق اجاره، تملیک منافع حصه مشاع دارایی مبنای انتشار اوراق اجاره است. بنابراین، مقتضای ذات این دو عقد نیز با یکدیگر انطباق نداشته و نمی‌توان قرارداد اوراق اجاره را در قالب عقد بیع توجیه نمود.

د. مقایسه عقد وکالت و قرارداد اوراق اجاره

عقد وکالت عقدی جایز، غیر معوض، عهدی، رضایی و معین است. با توجه به اینکه قرارداد اوراق اجاره لازم، معوض، تملیکی، تشریفاتی و معین است، این دو قرارداد دارای وجوه افتراق از جهات مزبورند.

همچنین، مقتضای ذات وکالت تفویض اختیار و نمایندگی و اعطای نیابت جهت انجام امور مربوط به موکل توسط وکیل است. به همین دلیل تمام آثار اعمال وکیل متوجه موکل است و وکیل در سود و زیان اعمال خویش دخیل نیست. در حالی که مقتضای ذات قرارداد اوراق اجاره، تملیک منافع حصه مشاع دارایی مبنای انتشار اوراق اجاره باشد. چنان که ملاحظه می شود مقتضای ذات این دو عقد نیز با یکدیگر انطباق نداشته و نمی توان قرارداد اوراق اجاره را در قالب عقد وکالت توجیه نمود.

به علاوه در بند و او ماده ۱ دستورالعمل انتشار اوراق اجاره، بحث تضمین مبالغ اجاره بها و حسب مورد بهای خرید دارایی مورد اجاره مطرح شده است و این مطلب نشان از ماهیتی غیر از وکالت برای اوراق مشارکت دارد؛ زیرا در هیچ یک از متون حقوقی بحث تضمین در مورد عقد وکالت مطرح نشده است. در واقع تعهد وکیل تعهد به وسیله است که با تضمین سازگار نیست.

ه. مقایسه عقد اجاره و قرارداد اوراق اجاره

عقد اجاره عقدی لازم، معوض، تملیکی، رضایی و معین است. در حالی که قرارداد اوراق اجاره عقدی لازم، معوض، تملیکی، تشریفاتی و معین است. به سبب تفاوتی که در خصوص رضایی و تشریفاتی بودن، میان عقد اجاره و قرارداد اوراق اجاره وجود دارد، این دو قرارداد از هم فاصله می گیرند. با وجود این، مقتضای ذات هر دو عقد تملیک منافع مورد اجاره است و از این جهت دو عقد مزبور قابل انطباق بر یکدیگرند. در مبحث بعدی این موضع با دقت بیشتری تحلیل خواهد شد.

و. تحلیل مشروعیت و جواز انتشار اوراق اجاره

پس از مقایسه قرارداد اوراق اجاره با عقود مانند بیع، وکالت و اجاره شایسته است که مشروعیت و جواز انتشار اوراق اجاره در قالب عقد اجاره، صلح و ماده ۱۰ قانون مدنی

تحلیل و بررسی شود.

۱- تحلیل مشروعیت اوراق اجاره در قالب عقد اجاره

در تحلیل مشروعیت این اوراق، سه رویکرد قابل طرح است. رویکرد اول، لحاظ این قرارداد به عنوان عقد اجاره مشروط است. در این رویکرد، عقد اجاره به عنوان مبنای این قرارداد در نظر گرفته می‌شود و سایر آثار و نتایج، در چارچوب شروط ضمن این عقد لحاظ می‌شوند.

در رویکرد دوم، قرارداد اوراق اجاره به عنوان عقدی جدید، در چارچوب عقد صلح مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌گیرد. در این رویکرد، اطراف قرارداد-بانی، ناشر، خریدار اوراق و ...- وارد معامله‌ای با فرآیندها، ماهیت، اوصاف و آثار خاص می‌شوند که قبلاً سابقه نداشته است، اما به لحاظ تطابق با عمومات عقد صلح و عدم تعارض با خطوط محدود کننده آن، دارای مشروعیت است. در رویکرد سوم، با بررسی این قرارداد براساس قاعده اباحه عامه و ذیل ماده ۱۰ قانون مدنی، مشروعیت اوراق اجاره به عنوان عقدی جدید مورد تایید قرار می‌گیرد. در ادامه، به بحث و بررسی هریک از سه رویکرد مذکور می‌پردازیم.

آنچه در جریان قرارداد اوراق اجاره اتفاق می‌افتد این است که سرمایه گذاران (که موجد خواهند بود) با خرید اوراق اجاره و پرداخت مبالغی در ازای هر سهم، به ناشر وکالت می‌دهند ضمن تهیه دارایی (خرید از بانی یا هر شخص دیگری) آن را طی عقدی به اجاره مستأجر (بانی که مایل به بهره‌مندی از منفعت این ملک است) درآورد. ناشر پس از دریافت اجاره بها از مستأجر، آن را با کسر حق الوکاله خود به نسبت سهم هریک از سرمایه گذاران (موجرها) تقسیم می‌نماید. اجاره عین مذکور، (فعلاً و به موجب دستورالعمل انتشار اوراق اجاره مصوب ۸۹ که در حال حاضر حاکم است) می‌تواند با شرط تملیک آن به مستأجر طی مدت زمان مشخص باشد و یا با شرط اختیار فروش دارایی به بانی در سررسید با قیمت معین. در این عملیات، سه طرف حضور خواهند داشت: اول. سرمایه گذاران (به عنوان موجد)، دوم. ناشر (به عنوان واسطه و وکیل) و سوم. مستأجر.

لذا در این رویکرد، قرارداد اوراق اجاره، حول محور عقد اجاره‌ای صورت می‌گیرد که بین سرمایه گذاران (موجرها) و مستأجر منعقد می‌گردد، با این توضیح که ناشر به عنوان وکیل موجرها، اقدام به انجام سرمایه گذاری و عقد قرارداد اجاره می‌نماید.

در تحلیل مشروعیت این اوراق، با رویکرد فوق الذکر، برخی ایرادات فقهی - به شرح ذیل - قابل طرح هستند که به بررسی آنها می‌پردازیم:

اول. مجاز بودن ترکیب اجاره با سایر عقود:

در رویکرد فوق، عقد اجاره با عقود از جمله وکالت و بیع ترکیب شده است. پرسشی که مطرح می‌شود، جواز شرعی این نوع از ترکیب است.

در پاسخ باید گفت: ترکیب عقود مذکور فاقد مانع شرعی است. برخی از فقیهان از جمله شهید اول و صاحب جواهر، ترکیب عقود را مطلقاً جائز می‌دانند.^۱ این بدان جهت است که در ترکیب عقود در صورت مذکور، هریک از عقود، ماهیت و حکم شرعی خود را حفظ می‌کنند. شهید اول در این رابطه می‌گوید: «لنا: [در ترکیب دو عقد] ان ذلک فی قوه عقدین. فیعطی کل منها حکمه الشرعی» (شهید اول، ۱۳۰).

دوم. مجاز بودن اجاره مشاع

در اوراق اجاره به صورت فوق، آنچه اجاره داده می‌شود، عینی است که تحت ملکیت مشاع موجرها (خریداران اوراق اجاره) قرار دارد. لذا به لحاظ فقهی، این پرسش مطرح می‌شود که عین مستأجره، می‌تواند مشاع باشد؟

در فقه امامیه، اجاره مشاع مجاز دانسته شده است. فقیهانی نظیر شیخ طوسی در کتاب الخلاف (۲۱۴ و ۲۸۲)، شیخ صدوق در المقنن (مروارید، ۲۷۱/۱۷)، صاحب جواهر (نجفی، ۶۵۳/۹)، صاحب عروه (ر.ک: طباطبائی یزدی، ۵۹۹/۲) و صاحب مفتاح الکرامه (حسینی عاملی، ۲۴) به این مطلب تصریح نموده‌اند. از میان فقهای معاصر نیز می‌توان به نظر حضرت امام خمینی (ره) اشاره نمود^۲

فقهای امامیه به اجماع، تفاوتی بین اجاره دادن مال به شریک یا غیر آن قائل نیستند؛ به خلاف فقهای عامه که اجاره مال مشاع را به غیر شریک جایز نمی‌دانند. (ر.ک: شهید ثانی، ۱۷۶/۵).

سوم. عدم وجود عین در زمان عقد اجاره

۱. شهید اول در این رابطه می‌گوید: «يجوز الجمع بين عقدین مختلفین، حکماً، اما فی اللزوم و الجواز، ... او فی المکایسه و المسامحه، ... او فی التشدید و امتناع الخيار و جواره، ... او فی الغرر و عدمه» (شهید اول، ۱۳۰). صاحب جواهر نیز می‌گوید: «يمكن اجتماع البيع و النكاح و غیرهما من العقود فی عقد واحد» (نجفی، ۲۲/۳۱).

۲. «تجوز اجارة المشاع: سواء كان للموَجَّر الجزء المشاع من عین فآجره، أو كان مالکاً للکل و آجر جزءاً مشاعاً منه» (خمینی، ۱۳۷۹، ص ۵۵۱).

در فرضی که بانی مالک عین مستأجره نباشد و برای تأمین منابع مالی اقدام به انعقاد قرارداد اوراق اجاره و انتشار این اوراق کرده باشد، قرارداد اجاره در زمانی منعقد می‌شود که عین مستأجره وجود ندارد. اشکال فقهی عدم وجود عین در زمان عقد اجاره، می‌تواند به دو دلیل مطرح شود: اولاً) عدم قدرت بر تسلیم عین و ثانیاً) عدم وجود منفعتی که با عقد اجاره تملیک شده است.

در خصوص مسئله اول (عدم قدرت تسلیم عین)، به اعتقاد بسیاری از فقیهان، آنچه لازم است، قدرت تسلیم عین در زمان شروع اجاره است (حسینی شیرازی، ۵۵/۵۷؛ محقق کرکی، ۱۳۴/۷؛ حسینی عاملی، ۱۳۸) و آنچه می‌بایست در زمان عقد محقق باشد، شأنیت تسلیم است (ر.ک: حسینی عاملی، پیشین^۱) که در اوراق اجاره لحاظ شده است. استدلال این دسته از فقیهان در پاسخ به غرر ناشی از جهل - که مخالفان مطرح می‌کنند - عبارتست از این‌که: «الاجارة تتحمل من الغرر ما لا يتحملة البيع». یعنی میزانی از غرر را به اقتضای طولانی بودن و مدت دار بودن عقد اجاره که مستلزم تغییر شرایط است، در اجاره موجه می‌دانند. و در مجموع حدیث «نهی النبی عن بیع الغرر» را مختص عقد بیع می‌دانند و به سایر عقود سرایت نمی‌دهند (طباطبایی حکیم، ۸/۱۲).

در مورد مسئله دوم (عدم وجود منفعت) نیز با توجه به اعتباری بودن تملیک، نیازی به وجود خارجی عین در زمان عقد نیست؛ بلکه وجود تقدیری و اعتباری آن کافیت (مبلغی، ۶۷)^۲ چنان که گفته شده است اجاره زمین برای زراعت در صورتی که امکان اتصال آب به آن نباشد و کشت کردن با نزولات آسمانی به سبب عدم کفایت نزولات مقدور نباشد، صحیح نیست و این می‌تواند تأییدی بر امکان حصول منفعت باشد؛ چرا که نزولات آسمانی در زمان انعقاد اجاره وجود خارجی و عینی نیافته‌اند بلکه عادتاً در طول مدت اجاره نازل می‌شوند و زمین را قابل زراعت می‌کنند (حسینی شیرازی، ۶۸/۵۷).

محقق ثانی^۳ نیز امکان وجود منفعت را برای عین مستأجره کافی دانسته است (محقق کرکی، ۱۳۲/۷). برخی دیگر از فقیهان در خصوص عین گفته‌اند باید به گونه‌ای باشد که امکان

۱. «بدون شک مقدور التسليم بودن عین مستأجره به طور کلی لازم است و در ظاهر اختلافی در آن نیست و عقل و نقل به آن دلالت دارند.»

۲. لازم به ذکر است این مطلب مخالف نظر حضرت امام (ره) در کتاب البیع است. از نظر ایشان، «اجاره، بیع منافع نیست، بلکه مالک غیر را در مقام خودش قرار می‌دهد در منافع. مصداق معلوم است. اما بیع منافع، مثل بیع کلی است که مصداقش را بعداً می‌یابی. اجاره تملیک مصداق است نه تملیک منافع» خمینی، ۱۴۲۱ق، ص ۱۲.

۳. شیخ علی بن حسین کرکی.

استیفای منفعت مقصوده از آن باشد؛ زیرا ملکیت به منفعتی که قابلیت تحقق خارجی ندارد تعلق نمی‌گیرد. (بروجردی، ۴۸) پس تحقق خارجی منفعت را لازم ندانسته، بلکه قابلیت تحقق خارجی آنرا کافی ارزیابی کرده‌اند.

چهارم . تعلق اجاره به موصوف فی الذمه

همان‌گونه که پیش‌تر نیز گفته شد، در فرآیند عملیاتی اوراق اجاره، عقد اجاره در زمانی منعقد می‌شود که عین مستأجره وجود خارجی ندارد و تنها صفات آن تشریح می‌شود. اما این مسئله، به لحاظ فقهی مشکلی ایجاد نمی‌کند؛ چرا که دلیلی برای منع آن وجود ندارد. در این رابطه شیخ طوسی (ره) اجاره را یا اجاره معین و یا اجاره کلی فی الذمه می‌داند^۱ و محقق ثانی در بحث معلوم بودن منفعت تصریح می‌کنند که اجاره یا اجاره عین است یا کلی فی الذمه (محقق کرکی، ۱۵۶/۷). صاحب مفتاح الکرامه ابتدا اجاره عقار را به صورت فی الذمه صحیح نمی‌داند و سپس بحثی در خصوص موجب غرر شدن جهالت مطرح کرده و از سایر فقیهان نقل قول می‌کند. اما در نهایت معتقد می‌شود وصف رافع جهالت کافی است؛ زیرا ملاک رفع غرر است و با وصف رافع جهالت برطرف می‌شود (حسینی عاملی، ۴۴). حضرت امام (ره) نیز در خصوصیات عین مستأجره به کلی بودن آن اشاره می‌فرمایند (خمینی، تحریر، ۵۴۴)^۲. بنابراین، فقیهان امامیه اجاره موصوف فی الذمه را معتبر و صحیح تلقی می‌کنند.

پنجم . عدم اتصال مدت اجاره به زمان عقد

یکی از ایرادات احتمالی فرآیند اوراق اجاره - در رویکرد محوریت عقد اجاره - عدم اتصال مدت اجاره به زمان انعقاد عقد اجاره است. در این رابطه، قول مشهور فقه‌های امامیه، عدم اشکال است. آنچه به تصریح فقیهان برای انعقاد عقد اجاره لازم دانسته شده، معلوم بودن زمان و ذکر آن است. چنان که شیخ طوسی در کتاب *النهایه* عدم ذکر مدت را موجب بطلان اجاره دانسته‌اند (مروارید، ۲۸۲/۱۷) و هیچ‌گونه تصریحی دال بر لزوم اتصال مدت اجاره به زمان عقد نشده است؛ بلکه تصریح خلاف آن نیز در میان متون فقهی موجود است^۳ (خمینی، تحریر، ۵۴۶/۱). ابن ادریس در السرائر، اجاره را به اعتبار زمان به سه نوع مؤجل، معجل و مطلق تقسیم نموده و در نوع مؤجل تسلیم اجرت را در زمان معین شده لازم دانسته است.

۱. «الاجاره لا تخلوا من احد الامرین، اما ان تكون معینه او فی الذمه» (شیخ طوسی، ۱۴۲۴، ص ۲۰۹)

۲. «و اما العین المستأجره؛ فیه اعتبار فیها امور: ... و منها المعلومیه، فإن كانت عیناً خارجیه، فإما بالمشاهده و إما بذكر الاوصاف التي تختلف بها الرغبات فی اجارتها و کذا لو كانت غائبه او كانت کلیه»

۳. «لا یشرط اتصال مدة اجاره بالعقد، فلو أجر داره فی شهر مستقبل معین صح؛ سواءً كانت مستأجره فی سابقه أم لا»

(مروارید، ۱۳۳۴/۱۷). برخی نیز با استناد به عموم «اوفوا بالعقود» و اطلاق عقد اجاره، حکم به عدم اشکال کرده و در پاسخ به اشکال مخالفان در خصوص عدم قدرت بر تسلیم، تسلیم را در زمان استحقاق، یعنی زمانی که به موجب عقد، مستأجر مالک منافع می‌شود؛ لازم دانسته‌اند و نه قبل از آن (طباطبایی حکیم، ۶۸/۱۲).

با توجه به مباحث فوق، اوراق اجاره می‌تواند با عقد اجاره تطبیق یابد و مشروعیت پیدا کند. اما با نگاهی دیگر، اوراق اجاره براساس قراردادی صورت می‌گیرد که تطابق کافی با عقد اجاره ندارد و در فرآیند آن، توافقاتی بین اطراف معامله صورت می‌گیرد که مستلزم ماهیتی جدید است. در واقع قرارداد اجاره عقدی بسیط بوده و مقتضای ذات آن تملیک منافع است. در حالی که قرارداد اوراق اجاره عقدی مرکب است که از ترکیب عقد بیع، وکالت و اجاره شکل گرفته است که با توجه به اینکه شارع و قانونگذار نام معینی برای آن مشخص نکرده است می‌توان آن را در قالب عقود نامعین توجیه نمود. توضیح مطلب این‌که در عقدی مانند مضاربه که مرکب از امانت، وکالت و شرکت است مقتضای ذات عقد مشارکت در سود و زیان است. شارع و قانونگذار به جای انتخاب یکی از عقود ترکیب یافته (امانت، وکالت و شرکت) برای ماهیت جدید، نام دیگری به نام مضاربه را انتخاب نموده و ماهیت مستقلی را به نام مضاربه مورد شناسایی قرار داده است. همین تحلیل، در مورد قرارداد اوراق اجاره قابل توجه است. قرارداد اوراق اجاره، عقدی مرکب از بیع، وکالت و اجاره است. هیچ ضرورتی ندارد نام یکی از عقود سه گانه را برای ماهیت جدید برگزید و سایر عقود را به عنوان شرط ضمن آن توجیه نمود؛ بلکه می‌توان عقد مرکب مزبور را نوعی عقد جدید مشمول ادله عام اوفوا بالعقود و مانند آن دانست. به همین دلیل با توجه به برخی تفاوت‌ها بین عقد اجاره و قرارداد اوراق اجاره، از جمله تشریفاتی یا رضایی بودن، مرکب یا بسیط بودن و مانند آن، اعتقاد به ماهیتی مستقل و مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی یا عقد صلح قابل توجیه خواهد بود.

۲- تحلیل مشروعیت اوراق اجاره در قالب عقد صلح

با فرض عدم تطابق اوراق اجاره با عقد اجاره و استدلال بر جدید بودن این قرارداد، می‌توان آن را در چارچوب عقد صلح مورد بررسی قرار داد.

در تعریف فقهی، صلح عقدی مشروع، برای قطع تنازع است^۱ (شهید ثانی، ۲۵۹/۵ و

۱. «هو عقد شرع لقطع التنازع».

بحرانی، ۸۳/۲۱) و انعقاد آن مجاز است مگر در شرایطی که موجب حرام شدن حلالی و یا حلال شدن حرامی گردد (بحرانی، ۸۵/۲۱؛ بجنوردی، ۱۰/۵؛ خمینی، تحریر، ۱/۵۳۵؛ علامه حلی، ۱۷/۲؛ طوسی، ۱۴۲۵، ۲۵۸؛ روحانی، ۷۴) و با علم و یا بدون علم طرفین به آنچه مورد منازعه است صحیح می‌باشد و از هر دو جانب، لازم است. صلح تسالم است جهت تملیک عین یا منفعت یا اسقاط دین یا حق و غیر آن، با عوض و یا بدون عوض (خوانساری، ۳۹۲/۳). قانون مدنی نیز در ماده ۷۵۲ در باب صلح می‌گوید: «صلح ممکن است یا در مورد رفع تنازع موجود و یا جلوگیری از تنازع احتمالی در مورد معامله و غیر آن واقع شود.» از دیدگاه حقوقدانان صلح عبارت است از توافق برای ایجاد یا انتفاء یک یا چند اثر حقوقی بدون این‌که بستگی به احکام خاصه عقود معینه داشته باشد. (جعفری لنگرودی، حقوق مدنی، ۱/۱۳۵)

هرچند براساس تعریف‌ها و توصیف‌های فوق، عقد صلح مفید رفع تنازع است، از نظر فقهای شیعه سبق نزاع و خصومت، شرط لازم برای مشروعیت و جواز آن نیست و در این رابطه، به عموم حدیث نبوی «الصلح جائز بین المسلمین الا صلحا احل حراما و حرّم حلالا» استناد شده است (خوانساری، ۳۹۲/۳؛ بحرانی، ۸۵/۲۱؛ بجنوردی، ۱۰/۵؛ خمینی، تحریر، ۱/۵۳۵؛ علامه حلی، ۱۷/۲؛ طوسی، ۲۵۸؛ روحانی، ۷۴). به علاوه، عبارت قاطع نزاع و کشمکش به اعتقاد بسیاری از فقیهان تنها بیان‌کننده حکمت تشریع عقد صلح است نه علت آن (بجنوردی، ۱۱/۵ و بحرانی، ۸۵/۲۱) و بر این اساس نمی‌توان عقد صلح را منحصر در مواردی دانست که سابقه اختلاف و خصومت در آن موجود است؛ بلکه عقدی مستقل است که در کنار سایر عقود معتبر است.

برخی حقوقدانان نیز با تقسیم صلح به دو قسم دعوی و بدوی (ابتدایی)، قسم دوم آن را معامله مستقلی دانسته‌اند که مبتنی بر تسالم می‌باشد و در ردیف بیع، هبه و اجاره، یکی از عقود معین است (امامی، ۱/۳۲۰).

میان فقیهان امامیه بر سر مستقل یا فرع سایر عقود بودن عقد صلح، در جایی که این عقد نتیجه سایر عقود را دارد، اختلاف نظر است.

شیخ طوسی در کتاب مبسوط صلح را بسته به نتیجه، فرع عقود بیع، اجاره، هبه، عاریه و ابراء می‌داند (طوسی، ۲۵۸) در حالی که بسیاری از فقیهان نتیجه یکسان داشتن را موجب فرع بودن عقد صلح نمی‌دانند و علاوه بر آن ادله صلح را دال بر استقلال این عقد می‌دانند (بحرانی، ۸۶/۲۱؛ خمینی، تحریر، ۱/۵۱۶؛ روحانی، ۷۴).

براساس ماده ۷۵۸ قانون مدنی^۱ نیز، صلح می‌تواند نقش هریک از معاملات اعم از معوض و غیر معوض و معاملات ناقل عین یا منفعت را ایفاء کند، ولی شرایط و احکام مخصوص آن معامله را نخواهد داشت (شهیدی، ۱۳۱). لذا عقد صلح عقدی مستقل است که آثار و احکام خاص خود را دارد.

این مطلب در فقه دارای چنان سابقه و وضوحی است که فقیهان انعقاد قراردادهایی که در فقه فاقد سابقه بوده و در اصطلاح از زمره عقود معین نیستند از طریق عقد صلح مجاز شمرده- اند؛ نظیر قرارداد بیمه که گرچه فاقد سابقه عقود معین در متون فقهی است، در تحلیل فقهی معاصر، علاوه بر عمومات صحت عقود، از طریق عقد صلح نیز قابل توجیه و صحیح دانسته شده است (روحانی، ۷۲؛ خمینی، ۲/ ۵۴۸).

به نظر می‌رسد وضعیت در اوراق اجاره این گونه است که توافقی صورت می‌گیرد و براساس آن، ناشر با انتشار و فروش اوراقی به سرمایه‌گذاران، ضمن تهیه منابع مالی جهت انجام یک طرح اقتصادی و پس از اجرای آن، منافع حاصله را به فروش می‌رساند و منابع حاصل از این فروش را - پس از برخی کسورات که قبلاً مورد توافق قرار گرفته است- در بین دارندگان اوراق مذکور تقسیم می‌نماید. بدین ترتیب:

در فرآیند عملیاتی مربوط به این اوراق، تمامی معاملات، تعهدات، معاوضات و ... با رضایت طرفین معامله صورت می‌گیرد و بدون رضایت، این اقدامات حقوقی بی اعتبار خواهد بود. در این اوراق، تمامی تعهدات و حقوق افراد در گیر- ناشر، بانی، سرمایه‌گذار و ...- در قالب قراردادهایی مکتوب مبادله می‌شوند و موضوع آنچه مورد توافق قرار می‌گیرد، به دقت و با جزئیات تشریح می‌شود. با این توصیف هیچ مانعی برای توجیه قرارداد اوراق اجاره در قالب عقد صلح باقی نمی‌ماند و در واقع قرارداد اوراق اجاره توافقی است که مشمول ادله عام و نیز دلیل الصلح جائز قرار می‌گیرد. در واقع همان گونه که می‌توان نتیجه هر عقد معینی را در قالب عقد صلح محقق ساخت می‌توان نتیجه چند عقد معین و مرکب را با انعقاد عقد صلح واحدی به دست آورد. ادله اعتبار عقد صلح چنین تحلیلی را توجیه می‌کنند. با این توجیه نیازی به تحلیل عقد اوراق اجاره در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی نیز باقی نمی‌ماند. هر چند به

۱. ماده ۷۵۸ ق.م. صلح در مقام معاملات هر چند نتیجه معامله ای را که به حای آن واقع شده است می‌دهد، لیکن شرایط و احکام خاصه آن معامله را ندارد. بنابراین اگر مورد صلح، عین باشد در مقابل عوض، نتیجه آن همان نتیجه بیع خواهد بود بدون اینکه شرایط و احکام خاصه بیع در آن مجری باشد.

اعتقاد برخی حقوقدانان عقد صلح محمل مناسبی برای تحلیل ماهیت حقوقی چنین عقود نامعینی ارزیابی نمی‌شود. (ر.ک: کاتوزیان، ۲، ۱۳۷۳/۳۰۴)

۳- تحلیل مشروعیت اوراق اجاره، در تطبیق با اصل اباحه عامه و ماده ۱۰ قانون مدنی

مشروعیت اوراق اجاره را با تمسک به اصل اباحه (حاکمیت اراده) و ماده ۱۰ قانون مدنی نیز می‌توان تبیین نمود.

اختلاف نظر بر سر توقیفی بودن یا نبودن عقود، بحثی تاریخی در میان فقهای شیعه است. فقیهان همواره در پی پاسخ این سؤال بوده‌اند که حکم به مشروعیت یک قرارداد نیازمند وجود نص خاص و تصریح شارع است یا قراردادهای عقلایی به طور مطلق مشروع و معتبرند؟ به عبارت دیگر آیا عقود معین که نام آنها در متون فقهی ذکر شده است توقیفی و منحصرند یا می‌توان سایر توافقات عرفی را نیز در زمره عقود و معتبر تلقی نمود؟

عده کثیری از فقیهان نظر توقیفی بودن عقود را اختیار کرده‌اند و قائل به معتبر بودن قراردادها فقط در قالب عقود معین شده‌اند و به لزوم وجود اذن شارع در عقود استناد کرده‌اند که در عقود غیر معین وجود ندارد^۱ (شهید ثانی، ۷۱/۵؛ حسینی عاملی، ۳۸۶؛ میرزای قمی، ۴۱/۲). ایشان آزادی اراده را به طور مستقل و بدون وجود اذن شارع به رسمیت نمی‌شناختند.

اگرچه فقهای متقدم اصل آزادی اراده به این معنا را به دیده تردید می‌نگریستند، فقهای معاصر به آن متمایل شده و آن را پذیرفته‌اند. به عقیده ایشان، عناوین عقود توقیفی نیست. چون شارع مقدس در معاملات طریقه خاصی را اختراع نکرده و نقش شارع در مورد معاملات، نقش امضایی است. یعنی معاملات رایج بین مردم را امضا نموده است. به بیان دیگر «شرع مقدس در زمینه معاملات حقیقت جدیدی نیاورده، جز امضای آنچه نزد عرف و عقلا متداول می‌باشد و با جمله «اوفوا بالعقود» تمام آنچه که نزد مردم و در عرف بازار رواج دارد را

۱. در این متون، در خصوص بطلان عقد مغارسه آمده است: «ان عقود المعاوضات موقوفة علي اذن شارع و هي متفیه هنا». صاحب جواهر در این خصوص به اصالة الفساد استناد کرده‌اند: «كانت المغارسة باطلة عندنا، لان الاصل الفساد» (نجفی، ۹۳/۹) و میرزای قمی نوشته‌اند: «اوفوا بالعقود» و امثال آن نیز محمول است بر عقود معهوده در زمان شارع، نه هرچه هر کس خواهد اختراع کند. و آنچه به فهم حقیر رسیده در معنی مثل اوفوا بالعقود و امثال آن، وجوب وفا به مقتضی است. اگر {مقتضی} وجوب و لزوم است، بر سبیل وجوب، مثل بیع و اجاره، وگرنه بر سبیل جواز {مثل} شرکت و مضاربه، نه آنکه واجب باشد وفا به هر عقدی، الا ما اخرج الدلیل» (میرزای قمی، ۴۱/۲)

مورد امضا قرارداد و بر آن صحه گذارده است» (شریعتی، ۱۳).

۳-۲ - ماده ۱۰ قانون مدنی:

گفته شده است عقود معین در هیچ سیستم حقوقی برای رفع نیازمندی‌های افراد در حقوق خصوصی کافی نیست و ناگزیر باید به طور عام برای هر تراضی، اعتبار قائل شد، مگر آنکه آن تراضی مغایر با قواعد آمره و نظم عمومی و اخلاق حسنه باشد. این اندیشه در ماده ۱۰ قانون مدنی ما منعکس است (جعفری لنگرودی، حقوق مدنی، ۱۴۴/۱). به موجب این ماده «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است». در واقع این ماده قانونی، راه را برای رفع نیازمندی‌های جدید جامعه باز می‌گذارد.

اما با وجود عقد صلح در قانون مدنی، این ماده قانونی چه جایگاهی می‌یابد؟ برخی حقوقدانان معتقدند با وجود عقد صلح و پذیرفته شدن آن در قانون مدنی نیازی به ماده ۱۰ نبوده و عقد صلح ما را از این ماده بی‌نیاز می‌کند؛ زیرا هرچه لازم است در قالب عقد صلح قابل تحقق است و نیازی به تعریف یک ماده جداگانه به منظور سامان دادن به عقود غیر معین نیست. در این خصوص در تعبیری گفته شده است: «با وسعت مدلول مواد ۷۵۲-۷۵۴ قانون مدنی، تراضی که عنوان صلح را نداشته باشد باقی نمی‌ماند تا مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی باشد» (جعفری لنگرودی، حقوق مدنی، ۱۴۰/۱).

اما مخالفان این نظر معتقدند که نباید چنین پنداشت که در وضع کنونی نیز هیچ فایده‌ای برای ماده ۱۰ در کنار عقد صلح وجود ندارد و این دو نهاد حقوقی تکرار یک قاعده است؛ زیرا عقد صلح عنوانی است که باید به طور صریح یا ضمنی از سوی طرفین قرارداد انتخاب شود. صلح نیز خود قالبی است که از سوی قانونگذار برای تجلی حاکمیت اراده تاسیس شده است؛ در حالی که مفاد ماده ۱۰ حکایت از لزوم قرارداد خصوصی، قطع نظر از هرگونه لباس و قالب ویژه و با دامنه‌ای گسترده‌تر دارد (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۳۰۴/۲ و ۳۰۵). از این‌ها گذشته، ماده ۱۰ قانون مدنی، اصل «اباحه» را در عقود معین نیز اعلام می‌کند و به استناد آن می‌توان همه شرایط و توافقی‌هایی را که مخالفت صریح با قواعد امری ندارد نافذ دانست؛ ولی استناد به اباحه ناشی از صلح، محدود به موردی است که عنوان معامله نیز صلح باشد. ماده ۱۰ قانون مدنی حاکمیت اراده را درون «عقد صلح» نیز تأمین می‌کند و نقشی مانند حدیث «المؤمنون عند شروطهم» در فقه دارد (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۳۰۴/۲). به

عبارت دیگر مفاد ماده ۱۰ ق.م. عقد صلح را بیهوده نمی‌کند و عقد صلح نیز باعث بی‌نیازی از استناد به ماده ۱۰ نمی‌شود. (کاتوزیان، *قانون مدنی در نظم حقوقی*، ۳۲). ماده ۱۰، حکایت از لزوم قراردادهای خصوصی، بدون توجه به هرگونه قالب ویژه ای دارد. به عنوان مثال، اگر طرفین قرارداد پس از وقوع عقد، مدت انجام تعهد را کاهش دهند یا بر آن بیافزایند نمی‌توان گفت عقد صلح محقق گردیده است، در حالی که توجیه چنین توافقی با ماده ۱۰ سازگار است (حائری، ۱۱۷).

به نظر می‌رسد هر چند توجیه اول مطابق با قواعد حقوقی و مبانی فقهی است، اما با فرض پذیرش اصل آزادی و حاکمیت اراده - بر مبنای اصل اباحه - و تفاوت ماهوی و عملکردی ماده ۱۰ ق.م. با عقد صلح، قرارگرفتن عنوان اوراق اجاره ذیل این ماده قانونی و بررسی مشروعیت و وضعیت حقوقی آن در این حوزه - متمایز از تطبیق آن با سایر عقود، از جمله عقود اجاره و صلح - موضوعیت می‌یابد. هر چند پذیرش این سخن نیازمند تأمل است.

به منظور تطبیق اوراق اجاره با این ماده قانونی، لازم است توجه شود که این ماده، الزاماتی را برای قراردادهای جدید در نظر گرفته است که عبارتند از: الف) تراضی، ب) عدم مخالفت تراضی با قواعد امری، ج) عدم مخالفت تراضی با متن صریح قانون و د) عدم مخالفت تراضی با نظم عمومی و اخلاق حسنه.

با در نظر گرفتن فرآیندها در اوراق اجاره، مشهود است که الزامات فوق در مورد این قرارداد جاری است. در ارتباط با تراضی، همان‌گونه که توضیح داده شد، تمامی معاملات و مبادلات، با رضایت مصرح طرفین انجام می‌شود و این قرارداد، با هیچ یک از قواعد امری، متن صریح قانون، نظم عمومی و یا اخلاق حسنه منافات ندارد. به علاوه در پیش‌نویسی که برای این قرارداد تهیه شده آمده است: این قرارداد در چارچوب ماده ۱۰ ق.م. بین طرفین منعقد می‌گردد که مفاد آن تابع مواد این قرارداد بوده و از شمول قوانین مربوط به روابط موجر و مستأجر خارج می‌باشد. لذا با استناد به اصل آزادی و حاکمیت اراده و ماده ۱۰ قانون مدنی، انتشار و فروش اوراق اجاره مشروع و مجاز خواهد بود.

در واقع اراده طرفین قرارداد، بر معاهده‌ای غیر از صلح بر یک حق تعلق می‌گیرد. طرفین قرارداد با تعریف ساز و کاری معین، به دنبال بر طرف نمودن نیازی خاص - تأمین مالی و کسب درآمد - هستند و با قرارداد اوراق اجاره، قالبی جدید برای رفع نیازمندی مورد نظر تعریف می‌نمایند. هرچند در این ساز و کار نیز - همانند تمامی فرآیندهای اقتصادی مشروع -

تسالم و تراضی وجود دارد، اما قصد طرفین قرارداد، چیزی به جز انعقاد عقد صلح است؛ اراده ای که به خوبی در قالب ماده ۱۰ ق.م توجیه می‌یابد.

با توجه به استدلالات مطرح شده در خصوص جدید بودن قرارداد اوراق اجاره و توجیه آن به موجب ماده ۱۰ قانون مدنی، تفاوت‌های این قرارداد با قراردادهای کمابیش مشابه نمایان شد. این قرارداد که حسب نوع آن، دارای آثار تعدادی قرارداد معین - بیع، اجاره، وکالت و ... - است، ماهیتاً به منظور تأمین منابع مالی جهت انجام فعالیت‌های اقتصادی و یا تکمیل و توسعه طرح‌های سرمایه گذاری انجام می‌گیرد و توافقاتی که در خلال عملیات انتشار و فروش این اوراق صورت می‌گیرد و حقوق و تعهداتی که از آن ناشی می‌شود، همگی با جهت‌گیری توسعه فرآیندهای تجهیز و تخصیص منابع مالی صورت می‌پذیرد.

ن. شرایط صحت عقد

برای درستی قرارداد دو دسته شرایط وجود دارد: شرایط عمومی که در هر عقد صرف نظر از نوع آن باید موجود باشد و الا عقد معتبر نخواهد بود و شرایط اختصاصی که در عقود مختلف متفاوت است (شهیدی، ۲۸).

۱- شرایط عمومی

شرایط عمومی این قرارداد، مانند سایر عقود، تابع ماده ۱۹۰ قانون مدنی می‌باشد و عبارتست از: قصد طرفین و رضایت آنها، اهلیت طرفین معامله، موضوع معین که مورد معامله باشد، و مشروعیت جهت معامله در قرارداد اوراق اجاره. توجه به این شرایط را می‌توان در مواد ۱، ۲، ۷ و ۱۱ دستورالعمل انتشار اوراق اجاره ملاحظه نمود.

۲- شرایط اختصاصی

قبل از هر چیز لازم است بدانیم اوراق اجاره در بسیاری خصوصیات شبیه سایر اوراق بهادار، نظیر اوراق قرضه و اوراق مشارکت هستند. با توجه به این مطلب و فقدان پیشینه بررسی اوراق اجاره در نوشته‌های حقوقی، لازم است از قاعده وحدت ملاک استفاده نموده و شرایط اختصاصی این اوراق را استخراج و بررسی نمود.

۱- ۲- بهادار بودن اوراق اجاره

در ماده ۱ دستورالعمل انتشار اوراق اجاره به بهادار بودن این اوراق تصریح شده است:

اوراق اجاره اوراق بهادار^۱ قابل نقل و انتقالی است که به موجب این دستورالعمل منتشر می‌شود.

۱-۲-۱- معنای اوراق بهادار

برابر بند ۲۴ ماده ۱ قانون بازار اوراق بهادار مصوب آذر ۱۳۸۴ «اوراق بهادار هر نوع ورقه یا مستندی است که متضمن حقوق مالی قابل نقل و انتقال برای مالک عین و یا منفعت آن باشد و «شورای عالی بورس و اوراق بهادار»^۲ اوراق بهادار قابل معامله را تعیین و اعلام خواهد کرد.» برخی حقوقدانان اوراق بهادار را اوراقی دانسته‌اند که نماینده مشارکت در موسسه یا قرضه طویل‌مدتی بوده و قابل معامله می‌باشند. این اوراق که اغلب در بورس نیز معامله می‌شوند اوراق بورسی (Tites de Bourse) نیز نامیده می‌شوند. (ستوده تهرانی، ۱۳۸۲، ۲۰۷/۳)

۲-۱-۲- مصادیق اوراق بهادار

برخی قوانین مرتبط با اوراق بهادار، در مقام احصاء اوراق بهادار برآمده‌اند و یا در تعاریف خود از بهادار بودن اوراق موضوع خود یاد کرده‌اند. بر این اساس برخی مصادیق اوراق بهادار عبارتند از:

اوراق قرضه (به موجب ماده ۲ قانون انتشار اسناد خزانه و اوراق قرضه و ماده ۵۲ ل.ا.ق.ت.)، اوراق مشارکت (به موجب ماده ۱ ق. نحوه انتشار اوراق مشارکت و آیین نامه اجرایی آن، ماده ۲ قانون انتشار اسناد خزانه و اوراق قرضه)، سهام (بند ۲ ماده ۱ قانون تأسیس بورس اوراق بهادار مصوب ۱۳۴۵ در مقام احصاء اوراق بهادار به سهام نیز اشاره دارد. از ماده ۲۴ ل.ا.ق.ت. و برخی مواد بعد از آن نیز می‌توان بهادار بودن سهام را استنباط کرد)، گواهی سرمایه گذاری (طبق بند الف ماده ۱ قانون توسعه ابزارها و نهادهای مالی جدید در راستای تسهیل اجرای سیاستهای کلی اصل چهل و چهارم قانون اساسی)، اوراق اجاره (برابر بند الف ماده ۱ دستورالعمل انتشار اوراق اجاره).

۳-۱-۲- آثار بهادار بودن

۱. اول- اوراق بهادار قابل نقل و انتقال هستند.

علاوه بر بند ۲ ماده ۱ قانون تأسیس بورس اوراق بهادار، در ماده ۱ دستورالعمل انتشار اوراق اجاره، قابلیت نقل و انتقال این اوراق مورد تصریح قرار گرفته است. این بدین معناست

۱. Valuers mobiliers

۱. براساس ماده ۳ همین قانون، «شورا» بالاترین رکن بازار اوراق بهادار است که تصویب سیاست‌های کلان آن بازار را برعهده دارد.

که اوراق بهادار پس از صدور تنها برای طرفین دارای اعتبار و ارزش نیستند؛ بلکه به خودی خود دارای بها می‌باشند و امکان نقل و انتقال آن به ثالث وجود دارد. به علاوه نشان دهنده این مطلب است که شخصیت طرفین علت عمده در صدور اوراق بهادار نیست که قابل نقل و انتقال به سایرین نباشد.

در ماده ۲۴ لایحه اصلاح قانون تجارت نیز در خصوص ورقه سهم آمده است: ورقه سهم سند قابل معامله‌ای است که نماینده تعداد سهامی است که صاحب آن در شرکت سهامی دارد. ۲. دوم- اوراق بهادار دارای نرخ هستند.

آنچه از عبارت بند ۲ ماده ۱ قانون تأسیس بورس اوراق بهادار - «قابل معامله بودن» - به ذهن می‌آید، نرخ داشتن است. لازمه هر نقل و انتقالی وجود نرخ است و نقل و انتقال و معامله بدون نرخ معنا ندارد.

ماده ۲۴ ل.ا.ق.ت از میزان مشارکت و تعهدات که نشان از تعهدات مالی صاحب سهام دارد یاد می‌کند و در کنار این موضوع در ذیل ماده از قابلیت معاملی سهام سخن به میان آورده است که مؤید هر دو ویژگی نرخ دار بودن و قابلیت نقل و انتقال اوراق بهادار است. در مواد ۲۹-۳۰ و ۳۲ و مواد ۳۹، ۴۰ و ۴۱ به مسئله سهولت در نقل و انتقال سهام اشاره شده است. (مؤمن، ۵۵)

۲-۲- مدت دار بودن اوراق اجاره

۱-۲-۲- تعریف مدت دار بودن

در کتب حقوق تجارت تعریفی از مدت دار بودن اوراق بهادار ارائه نشده است. به نظر می‌رسد منظور از مدت، زمانی است که اوراق بهادار در طول آن دارای اعتبار می‌باشند و همچنین مواعیدی که در آن برخی پرداخت‌های مندرج در قرارداد باید صورت پذیرد.

در خصوص مدت دار بودن اوراق قرضه در مواد ۵۲ و ۵۸ ق.ت. و در ارتباط با اوراق مشارکت در ماده ۲ ق.ن.ا.م. مطالبی ذکر شده است.

مدت دار بودن اوراق تأثیری در پرداخت‌ها ندارد؛ چرا که پرداخت‌ها در حقیقت اجاره بهایی هستند که بانی در قبال اجاره‌داری می‌پردازد. در حقیقت تعیین مدت در عقد اجاره- که عقد اصلی تشکیل دهنده این قرارداد است- نقش اساسی دارد و اصلی‌ترین دلیل برای لزوم ذکر آن است.

در دستورالعمل انتشار اوراق اجاره در سه مبحث سخن از مدت زمان به میان آمده است:

اول- مدت قرارداد (عمر اقتصادی): در بند ط ماده ۱ دستورالعمل انتشار اوراق اجاره، در تعریف عمر اقتصادی آمده است: مدت زمانی است که انتظار می‌رود یک دارایی از لحاظ اقتصادی توسط یک یا چند کاربر قابل استفاده باشد یا تعداد تولید یا واحدهای مشابهی که انتظار می‌رود در فرآیند استفاده از دارایی توسط یک یا چند استفاده کننده کسب شود. این مطلب در تبصره ۳ ماده ۱۱ تکمیل شده و مسئولیت تعیین ارزش دارایی و عمر اقتصادی به کارشناس یا کارشناسان منتخب کانون کارشناسان رسمی دادگستری واگذار شده است.

پس از آن در ماده ۱۶ همین دستورالعمل مقرر شده است «سررسید اوراق اجاره نمی‌تواند بیش از مدت زمان باقیمانده از عمر اقتصادی دارایی باشد». لازم به ذکر است این ماده به طور ضمنی بر شرط معلوم بودن مدت اجاره که از شرایط عقد اجاره است، دلالت دارد.

دوم- مدت شرکت: برابر بند ۲ قسمت الف ماده ۲ دستورالعمل انتشار اوراق اجاره «مجموع جریان نقدی حاصل از عملیات بانسی در دو سال مالی اخیر باید مثبت باشد». همچنین صورت‌های مالی حسابرسی شده دو سال مالی اخیر بانسی از موارد مذکور در بیانیه ثبت اوراق اجاره می‌باشند (بند ۲ ماده ۲۰ دستورالعمل انتشار اوراق اجاره). این مطلب نشان دهنده این است که حداقل دو سال باید از زمان تأسیس شرکت گذشته باشد.

سوم- مواعد پرداخت: مواعد پرداخت مرتبط با اوراق اجاره، با تقاضای بانسی باید در اعلامیه پذیره نویسی ذکر گردد (ماده ۱۸ دستورالعمل انتشار اوراق اجاره). ماده ۱۹ و تبصره آن نیز به مواعد پرداخت اجاره بها تا سررسید نهایی اشاره دارند).

۳-۲- تضمینی بودن اوراق اجاره

۱- ۳-۲- تعریف ضمانت

در معنای ضمانت گفته‌اند: در معنی تعهد استعمال می‌شود مانند ضمانت نامه بانکی، ضمانت نامه محضری، ضمانت تنی یعنی کفالت، ضمانت بدهی (= عقد ضمان). (جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی، ۳/۹۰۴۵) همچنین برخی حقوقدانان در بحث برات درباره ضمانت گفته‌اند: «ضمانت عبارتست از تعهد شخص ثالثی به این که یک یا چند نفر از مسئولان برات (برات دهنده، برانگیر، ظهرنویس) در سررسید، وجه برات را پرداخت خواهند کرد. کسی که چنین تعهدی می‌کند «ضامن» نامیده می‌شود و به شخصی که ضامن از او ضمانت کرده است «مضمون عنه» می‌گویند. (اسکینی، ۱۰۸) پیرامون تضمین اوراق قرضه در

مواد ۱۱۴ و ۱۱۵ ق.ت و در خصوص تضمین اوراق مشارکت در ماده ۳ ق.ن.ا.م سخن به میان آمده است.

۲-۳-۲- ضامن و شرایط وی در قرارداد اوراق اجاره

در دستورالعمل انتشار اوراق اجاره در بند و او ماده ۱ در خصوص ضامن آمده است «شخص حقوقی است که پرداخت مبالغ اجاره بها و حسب مورد بهای خرید دارایی مورد اجاره توسط بانی به نهاد واسط را تضمین می نماید».

۳. تعهدات ضامن بر اساس این ماده عبارتست از: ضمانت پرداخت مبالغ اجاره بها توسط بانی به نهاد واسط و ضمانت پرداخت بهای خرید دارایی مورد اجاره توسط بانی به نهاد واسط.

در نظر گرفتن این دو تعهد برای ضامن به سبب آن است که انواع قراردادهای اجاره مورد قبول در انتشار اوراق اجاره که ضمن این قانون پذیرفته شده اند منحصر به دو مورد «اجاره به شرط تملیک» و «اجاره با اختیار فروش^۱ دارایی در سررسید اجاره با قیمت معین» می باشد (ماده ۱۳ دستورالعمل انتشار اوراق اجاره).

بموجب ماده ۵ دستورالعمل انتشار اوراق اجاره، بانی موظف به معرفی ضامن است و این معرفی الزامی است.

در تبصره ۱ همین ماده آمده است که ضامن باید مستقل از بانی بوده و استقلال آن توسط حسابرس بانی تایید گردد.

علت انتخاب حسابرس بانی به عنوان مرجع ذیصلاح برای نظارت بر بانی در این خصوص و تشخیص و اعلام استقلال ضامن از بانی این است که به موجب ماده ۶ همین دستورالعمل حسابرس بانی در زمان ارائه طرح تأمین مالی از طریق انتشار اوراق اجاره و آخرین سال مالی ماقبل آن، باید از میان مؤسسات حسابرسی معتمد سازمان انتخاب شده باشد. این مطلب بدین معناست که حسابرس بانی مورد اعتماد سازمان بورس و اوراق بهادار کشور است و چون از میان مؤسسات حسابرسی معتمد سازمان انتخاب شده مانند نماینده سازمان در امور مربوط به حسابرسی عمل می کند. لذا احتمال تبانی وی با بانی بسیار کم است. قسمت اول بند و او ماده ۱ دستورالعمل انتشار اوراق اجاره ضامن را شخص حقوقی معرفی می کند. بنابراین بانی تنها می تواند از میان اشخاص حقوقی دست به انتخاب ضامن

۱. قرارداد Option

بزنند.

قانونگذار فقط به شخصیت حقوقی داشتن ضامن در قرارداد اوراق اجاره اکتفا نکرده است و به موجب ماده ۵ دستورالعمل انتشار اوراق اجاره، مقرر داشته است که ضامن باید صرفاً از میان نهادهای زیر تعیین شود:

(۱) بانکها

(۲) مؤسسات مالی و اعتباری تحت نظارت بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران؛

(۳) بیمه‌ها

(۴) شرکتهای تأمین سرمایه

(۵) شرکتهای سرمایه گذاری

(۶) نهادهای عمومی مورد تأیید سازمان.

۴. ۳-۲-۳- استثنائات لزوم معرفی کردن ضامن:

بانی در صورت حصول این شرایط از معرفی ضامن معاف است:

در صورتی که قبل از دریافت مجوز انتشار و به شرط فعالیت مؤسسات رتبه‌بندی^۱ مجاز اقدام به دریافت رتبه اعتباری کرده باشد (تبصره ۲ ماده ۵ و ماده ۲۳ دستورالعمل انتشار اوراق اجاره)؛

در صورتی که اوراق اجاره به حکم قانون صادر شده باشند (تبصره ماده ۲۳ دستورالعمل انتشار اوراق اجاره)؛

در صورتی که اوراق اجاره توسط نهادهای عمومی یا دولتی (مذکور در بند ب ماده ۲ همین دستورالعمل) منتشر شده باشند (تبصره ماده ۲۳ دستورالعمل انتشار اوراق اجاره).

۴-۲- بانام بودن اوراق اجاره

در تعریف حقوق‌دانان سهم با نام سهمی است که به شخص معین تعلق دارد و نام او روی ورقه سهم یا در دفتر سهام شرکت ثبت شده است. بنابراین ممکن است در روی ورقه سهم نام شخص معینی ذکر شود یا این که فقط به ذکر کلمه سهم با نام اکتفا شود. (ستوده تهرانی، ۶۵/۲). سهم بی نام هم سهمی است که روی آن نام صاحب آن ذکر نمی‌گردد و بدون هیچ گونه تشریفاتی قابل انتقال است. (همان، ۶۷) در مواد ۴۳ تا ۵۰ ل.ا.ق.ت. از سهام بانام و بی

۱. منظور از رتبه بندی اعتباری چیست؟ رتبه بندی اعتباری مقوله ای است که به وسیله مؤسسات معتبر ارزیابی کننده با هدف تعیین میزان ریسک برای سرمایه گذاران علاقه‌مند ارائه می‌شود. به عبارت دیگر، این رتبه بندی به منظور اطمینان سرمایه گذاران به مشارکت در سرمایه گذاری در بانکها و اوراق بهادار صادره توسط شرکتها صورت می‌پذیرد.

نام و در بند ۲ ماده ۱ آیین نامه قانون نحوه انتشار اوراق مشارکت به اوراق مشارکت بانام و بی نام اشاره شده است.

ورقه بی نام به صرف قبض و اقباض منتقل می شود. (ماده ۲۴ ق.ت.) در حالی که در مورد ورقه با نام علاوه بر توافق طرفین بایستی شرایط شکلی انتقال یعنی ثبت در دفتر ثبت اوراق نیز صورت گیرد. (ماده ۲۹ ل.ا.ق.ت.)

ایراد و محدودیتی که در خصوص ورقه با نام به ذهن می رسد محدودیت نقل و انتقال آن به واسطه وجود تشریفات، یعنی لزوم ثبت در دفتر ثبت اوراق می باشد. در حالی که اوراق بی نام بیشتر در جهت اصول حاکم بر حقوق تجارت یعنی اصل سرعت و اصل گردش ثروت و منطبق با آنند.

از سوی دیگر اگر سند یا ورقه بهادار بی نام به طریقی (سرقت، مفقودی و غیره) از دسترس دارنده آن خارج شود، امکان سوء استفاده از آن برای کسی که آن را تحصیل نامشروع کرده، فراهم است. (مؤمن، ۱۳۸۰، ۵)

به موجب بند الف ماده ۱ دستورالعمل انتشار اوراق اجاره، اوراق اجاره اوراق با نام است. در این دستورالعمل هیچ مطلب دیگری در خصوص آثار بانام بودن این اوراق ذکر نشده است. لذا به نظر می رسد باید در این زمینه، این اوراق را مشمول مقررات قانون تجارت دانست.

جمع بندی و نتیجه گیری

در آنچه گذشت پس از معرفی خصوصیات فنی، مالی و اقتصادی اوراق اجاره، به شبهه ای در ارتباط با اثرات بحران زای توسعه بخش اسمی در اقتصاد و نقش اوراق بهادار اسلامی در این خصوص پاسخ داده شد. در ادامه، مشروعیت این اوراق مورد تجزیه و تحلیل قرار گرفت. به منظور نشان دادن مشروعیت انتشار و مبادله این اوراق، به تطبیق آن با عقود اجاره و صلح و بررسی آن براساس اصل آزادی و حاکمیت اراده و ماده ۱۰ قانون مدنی پرداخته شد و گفته شد قرار گرفتن این قرارداد ذیل هر کدام از سه عنوان مذکور، موجب مشروعیت آن خواهد بود. در این بررسی، ضمن تبیین برخی وجوه افتراق این قرارداد با عقد اجاره این نتیجه حاصل شد که اوراق اجاره به عنوان قراردادی غیرمعین و جدید، می بایست ذیل عنوان عقد صلح و یا ماده ۱۰ ق.م. مورد تحلیل قرار گیرد. در ادامه، با وجود عدم بروز تفاوت آشکار در تحلیل وضعیت حقوقی این اوراق، به لحاظ تطبیق با عقد صلح یا ماده ۱۰ ق.م، با استدلال بر الف)

احتمال اشتراط نزاع و خصومت بر عقد و احتمال اشتراط حق بر عقد در خصوص عقد صلح، (ب) الزامات محدودکننده عقد صلح به عنوان عقدی معین و ج) عدم تطبیق امکان جایز بودن این قرارداد با لزوم عقد صلح (موسع تر بودن مجال تعریف و تغییر شرایط، اوصاف و آثار قراردادها تحت ماده ۱۰ ق.م)، انطباق اوراق اجاره با این ماده قانونی تبیین گردید. سپس شرایط عمومی و اختصاصی این اوراق به اختصار مورد بررسی قرار گرفت.

باید توجه داشت که آنچه در این مقاله آمد، نگاهی اولیه به ماهیت و وضعیت حقوقی ابزار مالی جدیدی به نام اوراق اجاره بود. اما با توجه به اولاً) رشد شتابان ابزارهای مالی اسلامی و به خصوص انواع اوراق بهادار اسلامی، در بازارهای مالی کشورهای اسلامی و حتی غیر اسلامی و اقبال شدید جوامع و سرمایه گذاران اسلامی به این نهاد جدید و ثانیاً) اهمیت تشریح ابعاد فقهی و حقوقی این ابزار و سایر ابزارهای مالی مشابه (سایر انواع اوراق بهادار اسلامی) - به خصوص در تطبیق با فقه شیعه و در چارچوب حقوق کشورهای هم چون ایران، که در سرآغاز این مسیر قرار دارد - لازم است بررسی ها و تحلیل های عمیق تر و دامنه دارتری در این حوزه انجام شود. علی رغم بحث های مطرح شده در این مجال کوتاه، بحث هایی از جمله امکان تطبیق این اوراق با عقد اجاره همراه با شرایط ضمنی، می تواند همچنان محل بحث و اظهار نظر باشد.

منابع

- احمدی حاجی آبادی، سید روح ا...، «بررسی فقهی - نظری اوراق بهادار اسلامی (صکوک)»، نشریه راهبرد یاس، شماره ۱۲، تهران، ۱۳۸۶.
- اسکینی، ربیعا، اسناد تجاری (برات، سفته، چک)، نشر میزان، تهران، ۱۳۷۳.
- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، کتابفروشی اسلامیة تهران، ۱۳۷۹.
- بجنوردی، میرزا حسن، القواعد الفقهیه، مکتبه بصیرتی، قم، ۱۳۷۷.
- بحرانی، یوسف بن احمد، الحقائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، قم، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۵ق.
- برامکی، حجت الله، پدیدارشناسی بحران مالی، طرح پژوهشی باعنوان بحران مالی سال ۲۰۰۸؛ ریشه ها، پیامدها و راهکارها، معاونت امور اقتصادی وزارت امور اقتصادی و دارایی و دانشگاه امام صادق علیه السلام، تهران، ۱۳۸۸، صص ۲۵۹-۲۷۶.

تابستان ۱۳۹۱	تحلیل ماهیت حقوقی اوراق (صکوک) اجاره	۱۷۷
بروجردی، شیخ مرتضی، <i>مستند العروه الوثقی</i> (سید ابوالقاسم خویی)، دارالعلم، قم، ۱۴۰۰ق. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، <i>حقوق مدنی</i>، انتشارات حقوقی ابن سینا، تهران، ۱۳۴۹. _____، <i>مبسوط در ترمینولوژی حقوق</i>، چاپ اول، گنج دانش، تهران، ۱۳۷۸. حائری، مسعود، <i>تحلیلی از ماده ۱۰ قانون مدنی «اصل آزادی قراردادها»</i>، چاپ اول، موسسه کیهان، تهران، ۱۳۷۰. حسینی شیرازی، سید محمد، <i>الفقه - موسوعه استدلالیه فی الفقه الاسلامی</i>، الطبعة الثانية، دارالعلوم، لبنان، ۱۴۰۹ق. حسینی عاملی، سید محمد جواد، <i>مفتاح الکرامه</i>، دارالتراث، بیروت، ۱۴۱۸ق. خمینی، روح الله، رهبر انقلاب و بنیانگذار جمهوری اسلامی ایران، <i>کتاب البیع</i>، طبعه الاولى، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، تهران، ۱۴۲۱ق. _____، <i>تحریر الوسیله</i>، ج ۲، موسسه نشر اسلامی، قم، ۱۴۱۷ق. _____، <i>تحریر الوسیله</i>، ج ۱، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، تهران، ۱۳۷۹. خوانساری، سید احمد، <i>جامع المدارک فی شرح المختصر النافع</i>، طبعه الثانية، موسسه اسماعیلیان قم، ۱۴۰۵ق. درخشان، مسعود، <i>ماهیت و علل بحران مالی ۲۰۰۸ و تاثیر آن بر اقتصاد ایران</i>، پژوهشکده تحقیقات استراتژیک، تهران، ۱۳۸۷. روحانی، سید محمد صادق، <i>المسائل المستحدثه</i>، دارالزهرا(س)، بیروت، ۱۳۹۳ق. ستوده تهرانی، حسن، <i>حقوق تجارت</i>، ج ۳، نشر دادگستر، تهران، ۱۳۸۲. _____، <i>حقوق تجارت</i>، ج ۲، چاپ هشتم، نشر دادگستر، تهران، ۱۳۸۶. سعیدی، علی، <i>اقدامات دولت آمریکا برای مهار بحران مالی در سال ۲۰۰۸</i>، طرح پژوهشی باعنوان بحران مالی سال ۲۰۰۸؛ ریشه‌ها، پیامدها و راهکارها، معاونت امور اقتصادی وزارت امور اقتصادی و دارایی و دانشگاه امام صادق علیه السلام، تهران، ۱۳۸۸، صص ۲۳۹ - ۲۵۷. شریعتی، سعید، «بیع زمانی یا مالکیت زمان بندی شده»، <i>ماهنامه قضاوت</i>، شماره ۴۴، سال ششم، فروردین و اردیبهشت ۱۳۸۶. شهید اول، محمد بن مکی، <i>القواعد و الفوائد فی الفقه و الاصول و العربیه</i>، القسم الثاني، مکتبه المفید، قم، بی تا.		

شهید ثانی، زین الدین بن علی، *مسالك الافهام فی شرح شرائع الاسلام*، موسسه المعارف الاسلامیه، قم، ۱۴۱۴ق.

شهیدی، مهدی، *حقوق مدنی ۳- تعهدات*، چاپ چهاردهم، انتشارات مجد، تهران، ۱۳۸۹.
صفایی، سید حسین، *دوره مقدماتی حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)*، چ چهارم، نشر میزان، تهران، ۱۳۸۵.

طباطبایی حکیم، سید محسن، *مستمسک العروة الوثقی*، دار احیاء التراث العربی، بیروت، ۱۳۹۲ق.

طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، *العروة الوثقی*، مکتبه العلمیه الاسلامیه، طهران، ۱۳۵۸.

طوسی، محمد بن الحسن، *الخلاف*، دارالمعارف الاسلامیه، قم، ۱۴۲۵ق.

_____، *المبسوط*، موسسه النشر الاسلامی قم، ۱۴۲۴ق.

علامه حلی، *مختلف الشیعة فی احکام الشریعة*، چاپ سنگی، بی جا، بی تا.

کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی: معاملات معوض - عقود تملیکی (عقود معین - ج ۱)*، چاپ هشتم، شرکت انتشار، تهران، ۱۳۸۱.

_____، *حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها*، چاپ سوم، گنج دانش، تهران، ۱۳۷۳.

_____، *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، نشر میزان، تهران، ۱۳۸۷.

مؤمن، محمد حسین *اوراق مشارکت، ماهیت حقوقی و بررسی تطبیقی*، استاد راهنما: محمد حسین قائم مقام فراهانی، استاد مشاور: دکتر الماسی، پایان نامه جهت اخذ درجه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، تهران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۰.

مبلغی، احمد، «نظرة فقهية الي صكوك الاجارة»، *فقه اهل البيت (ع)*، العدد ۴۵، ۱۴۲۸ق، صص ۵۱-۷۶.

محقق کرکی، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، موسسه آل البيت لاحیاء التراث، قم، ۱۴۱۰ق.

مروارید، علی اصغر، *سلسلة الینایع الفقهية*، دار التراث - الدار الاسلامیه، بیروت، ۱۴۱۰ق.

میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، *جامع الشتات*، موسسه کیهان، قم، ۱۳۷۱.

نجفی، محمد حسن، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، موسسه المرتضی العالمیه، بیروت، ۱۴۱۲ق.

Mishkin, Frederic S., "Anatomy of A Financial Crisis" Nber Working Papers Series, No.

3934. National Bereu Of Economic Research, December, 1991.

Obaidullah, Mohammad , *Islamic Financial Services*, Jeddah, Saudi Arabia, King Abdul aziz University, 2005.

Pirasteh, Hossein & Abdolmaleki, Hojjatullah, "*Developing Awqaf Properties and Islamic Financial Engineering: A Conceptual and Empirical Analysis*", Singapore, The proceedings of International Waqf Conference, 2007.

Pirasteh, Hossein & Abdolmaleki, Hojjatullah, "*Developing Awqaf Properties and Islamic Financial Engineering: A Conceptual and Empirical Analysis*", Singapore, The proceedings of International Waqf Conference, 2007.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و چهارم، شماره پیاپی ۸۹،
تابستان ۱۳۹۱، ص ۲۰۰-۱۸۱

اثر تعهد به تملیک در فقه امامیه و حقوق ایران*

دکتر اسماعیل نعمت الهی

استادیار پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، قم

Email: esmail_nematollahi@yahoo.com

چکیده

در موارد معمولی، مورد معامله در عقود مانند بیع و اجاره، شیء دارای ارزش مالی مانند عین یا منفعت یا عمل مادی است. اما این که تعهد به انجام عمل نیز دارای ارزش مالی است و می‌تواند موضوع معامله قرار گیرد، مورد گفتگو است. علاوه بر این، در مواردی که موضوع تعهد، تملیک مال معین یا کلی است، این سؤال مطرح می‌شود که آیا تعهد موجب ملکیت یا طلب متعهدله نسبت به آن مال معین یا کلی است؟

این مقاله درصدد اثبات این نکته است که عمل حقوقی دارای ارزش مالی است و می‌توان آن را موضوع معامله قرار داد اما چنین اقدامی به طور متداول تنها در قالب صلح یا عقدی مستقل و بی‌نام و نیز در قالب شرط ضمن عقد تحقق می‌یابد. البته عمل حقوقی، فاقد ارزش مالی مستقیم است. به همین جهت، در مواردی که موضوع معامله، تعهد به تملیک مال معین یا کلی است، اثر چنین معامله‌ای صرفاً پیدایش تکلیف به انجام تعهد با آثار خاص آن است. پیدایش این تکلیف ملازمه‌ای با پیدایش ملکیت متعهدله نسبت به آن مال معین یا کلی یا دینی به ارزش عمل مورد تعهد ندارد.

کلید واژه‌ها: تعهد، تملیک، عمل حقوقی، حق دینی، ملکیت، صلح، شرط فعل، فقه امامیه

* . تاریخ وصول: ۱۳۸۹/۳/۲۳؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۰/۷/۲۳.

مقدمه

۱- واژه تعهد در علم حقوق به دو صورت مصدری و اسم مصدری به کار می‌رود. تعهد به معنای مصدری عبارت است از: «به عهده گرفتن انجام یا ترک عملی در برابر دیگری، خواه در برابر عوض باشد یا نباشد» (شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، ۴۲). به تعبیر دیگر، مقصود از تعهد در این معنا هر عمل حقوقی است که اثر اولی آن پیدایش تکلیف به انجام دادن یا ترک کاری بر یک شخص (متعهد) در برابر شخصی دیگر (متعهدله) است. بنابراین، آن دسته از اعمال حقوقی که اثر اولی آن‌ها ملکیت عین یا دین یا عمل است از تعریف خارج می‌شود.

در تعریف تعهد به معنای اسم مصدری نیز چنین گفته‌اند: «وظیفه حقوقی که قانوناً بر عهده شخص متعهد، ثابت می‌شود که در صورت خودداری از انجام آن، به تقاضای متعهدله و به وسیله مرجع قضائی، ملزم به انجام آن خواهد شد. تعهد در این معنا به وظیفه حقوقی که به اراده شخصی بر عهده او قرار می‌گیرد و نیز به وظیفه‌ای که بدون اراده شخصی و به حکم قانون ثابت می‌شود به کار می‌رود» (همان). بنابراین، در تعهد به معنای اسم مصدری دو امر تکلیفی وجود دارد: وظیفه‌ای که متعهد باید انجام دهد و حقی که متعهدله می‌تواند مطالبه کند، و این دو با یکدیگر ملازمه دارند. در نتیجه، تکلیف صرف بدون وجود حق به نفع متعهدله از لحاظ حقوقی نباید تعهد نامیده شود.

واژه تعهد در فقه نیز به دو صورت مصدری و اسم مصدری استعمال می‌شود. در صورت اول به معنای عهده‌دار شدن و پذیرش دین یا تکلیف به اراده خود شخص است. استعمال واژه تعهد به این معنا در فقه بسیار شایع است و نمونه بارز آن کاربرد آن در تعریف عقود مانند ضمان و کفالت است (شهید ثانی، ۱۳/۴: و هو [الضمان] التعهد بالمال) أي الالتزام به؛ علامه حلی، تحریر الأحکام، ۵۶۶/۲: الكفالة هي التعهد بالنفس غالباً، و معناها التزام إحضاره). در صورت دوم به معنای خود دین یا تکلیف است. استعمال تعهد به این معنا در فقه متداول نیست.

مقصود از تعهد مورد بحث در این مقاله، تعهد به معنای مصدری در اصطلاح علم حقوق است؛ یعنی عمل اعتباری و حقوقی که اثر اولی آن تکلیف به انجام یا ترک کاری است. بنابراین، آن دسته از اعمال حقوقی که اثر اولی‌شان انجام کار نیست بلکه انتقال عین (مانند بیع)، دین (مانند ضمان و حواله)، یا منفعت اموال یا اشخاص (اجاره) است، از محل بحث خارج‌اند.

۲- از لحاظ فقهی، عمل مادی دارای ارزش مالی است و لذا به نظر بسیاری از فقها می‌تواند به عنوان ثمن در عقد بیع واقع شود (آخوند خراسانی، ۳؛ نائینی، ۱۰۳/۱؛ اصفهانی، ۱۶/۱-۱۷؛ امام خمینی، کتاب البیع، ۳۶/۱-۳۸). اما در این که عمل حقوقی تملیک هم دارای ارزش مالی است، اختلاف نظر است:

(۱) به نظر برخی از فقها، اگرچه بیع مال به عمل صحیح است اما عمل در صورتی می‌تواند در مقابل قرار گیرد که فی نفسه و به طور مستقل مطلوبیت داشته باشد. عمل انشایی مانند تملیک به معنای مصدری، مال نیست و فی نفسه مطلوبیت ندارد بلکه وسیله رسیدن به مال است و لذا نمی‌تواند در مقابل مال قرار گیرد. به نظر ایشان، معامله مال به عمل در صورتی صحیح است که عمل، مادی باشد، به نحوی که وقوع اجاره بر آن صحیح باشد مانند آن که خیاطی لباس یا اجرای صیغه عقد یا فروش مالی از اموال فروشنده بر خریدار شرط شود. اما عملی که نمی‌تواند مورد اجاره واقع شود، نمی‌تواند عوض در معامله قرار گیرد، مثلاً اجاره شخص برای فروش مال خودش به ماجر باطل است. تفاوت بین تملیک و دیگر اعمال در صورتی که شرط ضمن عقد واقع شوند معلوم می‌شود: اگر مورد شرط، تملیک باشد و مشروط‌علیه از انجام آن امتناع کند، حاکم به ولایت از وی تملیک را انشاء می‌کند؛ چون تملیک، جنبه طریقی دارد و در آن مباشرت شرط نیست. اما در مورد دیگر اعمال، به صرف تخلف مشروط‌علیه، شرط متعذر می‌شود و برای مشروط‌له حق فسخ ثابت می‌شود (نائینی، ۱۷۱/۱؛ همچنین، رک: اصفهانی، ۱۶۲/۱).

(۲) به نظر امام خمینی (ره)، عمل تملیک، مال است و لذا معامله تملیک به تملیک، بیع است (امام خمینی، کتاب البیع، تقریر قدیری، ۱۳۹: لکن الظاهر أن هذا العقد بیع عند العقلاء؛ فإن التملیک مال). برخی دیگر از فقها نیز گفته‌اند که تنها معیار برای صحت قرار دادن چیزی به عنوان عوض این است که آن چیز متعلق غرض عقلا واقع شود خواه فی نفسه مالیت داشته باشد یا راهی برای رسیدن به مال باشد. عمل تملیک نیز دست کم به این دلیل که راه رسیدن به مال است، متعلق غرض عقلا است؛ و لذا همانند سایر اعمال می‌تواند عوض واقع شود (روحانی، ۱۳۲/۳).

همان‌طور که برخی از فقهای معاصر متذکر شده‌اند، به نظر می‌رسد که تملیک اعمال اعتباری و حقوقی، مغایر با عرف است؛ زیرا بر خلاف اعمال مادی که فی نفسه و به طور مستقل مقصود عقلا واقع می‌شوند، تملیک یا اباحه اموال، [هدف نهایی متعاملین نیست] بلکه

مقصود آلی و ابزاری [آنان]، و راهی برای رسیدن به مال است؛ لذا هرچند می‌تواند شرط ضمن عقد واقع شود، نمی‌تواند در مقابل مال یا عوض و معوض قرار گیرد و تنها می‌تواند شرط ضمن عقد واقع شود (هاشمی شاهرودی، ۲/ ۲۹۸).

به تعبیر دیگر، عمل انشائی تملیک نمی‌تواند مورد معاملاتی مانند بیع قرار گیرد اما تعهد به انجام آن در قالب شرط ضمن عقد و نیز عقد صلح قابل پذیرش است. توضیح بیشتر این که با استفاده از سخن برخی از فقها در مورد معاطات (یزدی، حاشیه مکاسب، ۷۷/۱)، صورت‌های متعددی را می‌توان برای وقوع عمل انشایی تملیک به عنوان مورد معامله تصور کرد، که مهم‌ترین آن‌ها عبارتند از:

(۱) تملیک مال در مقابل عمل، به این صورت که معامله بین مالی از طرف موجب و تملیک از طرف قابل باشد. در این صورت، پس از قبول، معامله کامل می‌شود و بر قابل لازم می‌شود که عمل تملیک را واقع سازد (آخوند خراسانی، ۱۸).

(۲) مبادله دو تملیک، به این صورت که عمل تملیک هر طرف در مقابل عمل تملیک طرف دیگر قرار گیرد. در این صورت با این نوع معامله، تملیکی توسط هیچ یک از طرفین صورت نمی‌گیرد؛ بلکه همانند هر معامله دیگری که بر عمل واقع شود، هر یک بر دیگری حق پیدا می‌کند که طرف مقابل تملیک را واقع سازد (آخوند خراسانی، ۱۸).

این دو صورت از محل بحث ما خارج‌اند چون در آن‌ها خود تملیک موضوع معامله است نه تعهد به آن.

(۳) تعهد به تملیک در برابر تعهد به تملیک. این صورت بر فرض قابل تصور بودن، در قالب قراردادی مستقل و ابتدایی ممکن نیست چون در این صورت، تعهد به تملیک از ناحیه موجب، نوعی تعلیق در انشاء و باطل است یا وعده صرف است و الزامی ایجاد نمی‌کند.

(۴) تملیک به شرط تملیک، به این صورت که از طرف موجب تملیک واقع شود اما طرف دیگر (قابل) متعهد به تملیک شود. در این صورت تملیک قابل به ملکیت موجب در نمی‌آید چون موضوع معامله در ناحیه قابل، تعهد به تملیک است نه خود تملیک. چنان‌که گفتیم، تحقق این صورت در قالب شرط ضمن عقد و عقد صلح امکان‌پذیر است، و موضوع بحث ما در گفتار دوم است.

در ادامه، ابتدا به تمهید قاعده کلی در این زمینه می‌پردازیم و سپس دو مصداق مهم بحث، یعنی صلح و شرط ضمن عقد را بررسی می‌کنیم، و آنگاه به موضعی که قوانین موضوعه در

این باره اتخاذ کرده‌اند، اشاره می‌کنیم.

گفتار اول: قاعده کلی در باب تعهد به تملیک

در تعهدات راجع به عمل حقوقی، علاوه بر موضوع تعهد که یک عمل اعتباری و حقوقی مانند بیع و امثال آن است، عنصر دیگری نیز وجود دارد و آن موضوع موضوع تعهد است که به تعبیری (ماده ۲۱۴ قانون مدنی) «مورد معامله» نامیده می‌شود. در بحث ما، موضوع عمل حقوقی، تملیک است، و موضوع موضوع آن، عین معین یا کلی در ذمه می‌باشد. با توجه به این نکات، تعهد راجع به عمل حقوقی را می‌توان به دو قسم تقسیم کرد: تعهد به تملیک عین معین و تعهد به تملیک کلی در ذمه. این دو را به طور جداگانه بررسی می‌کنیم.

۱-۱- تعهد به تملیک عین معین

در مواردی که موضوع تعهد، تملیک عین معین است، پیش از انشاء تملیک توسط متعهد، بین متعهدله و موضوع موضوع تعهد بی‌تردید حق عینی اصلی مانند مالکیت وجود ندارد. حتی که در اثر این تعهد برای متعهد پیدا می‌شود، الزام متعهد به اجرای تعهد یعنی انشاء تملیک است. اما وجود حق عینی تبعی برای متعهدله نسبت به موضوع موضوع تعهد، قابل بحث است.

الف) ممکن است گفته شود که در مواردی که مفاد اصلی تعهد، تملیک است، برای متعهدله نوعی حق عینی نسبت به موضوع تعهد ایجاد می‌شود. همان‌طور که در شرط فعل، حق مشروطه نه تنها به خود فعل مورد شرط تعلق می‌گیرد بلکه عین مورد شرط نیز متعلق حق مشروطه قرار دارد. مثلاً شرط فروختن عین موجب تعلق حق مشروطه به آن عین می‌شود (رک: اصفهانی، ۲۰۲/۵؛ امام خمینی، کتاب‌البیع، ۳۴۷/۵-۳۴۸). البته در هر دو کتاب این مطلب به صورت یک دلیل فرضی مطرح شده و نظر خود ایشان نیست). از جمله آثار این حق، بطلان یا عدم نفوذ معامله معارض است.

برخی از حقوقدانان (شهیدی، مجموعه مقالات، ۳۰-۳۱) نیز در مواردی که موضوع تعهد، تملیک عین معین یا کلی در معین باشد، پیدایش حق عینی برای متعهدله را دارای پشتوانه استدلالی و تحلیلی قوی دانسته‌اند. یکی از ادله‌ای که در این جهت اقامه گردیده، اصل لزوم است: براساس این اصل، اجرای عقود که طبق قانون واقع شده باشد لازم است، و معنای لازم الاجرا بودن عقد، ثبوت تکلیف قانونی نسبت به اجرای عقد بر ذمه متعهد است. چون

موضوع تکلیف مذکور، مال معین است، پس آنچه به طور متقابل به سود متعهده ثابت می‌شود، یک حق دینی خالص نیست بلکه نوعی حق عینی است که به مال مورد تعهد ارتباط دارد. البته حق مذکور، حق مالکیت هم نیست بلکه حقی است که طبق آن متعهده می‌تواند طرف دیگر را به رعایت تعهد ملزم کند و نیز هرگونه معامله‌ای که با انجام آن تعهد ناسازگار باشد، غیرنافذ است و متعهده می‌تواند آن را رد کند و اجرای تعهد را از متعهد درخواست کند (شهیدی، همان، ۳۲-۳۴).

در مورد این نظر می‌توان گفت: اولاً چنانکه در نظریه بعد خواهیم دید، پیدایش حق عینی برای متعهده در همه موارد قابل پذیرش نیست، ثانیاً نتیجه این نظریه، بر فرض پذیرش آن، پیدایش نوعی حق عینی تبعی است، اما حق مذکور ارزش مالی مستقیم ندارد.

ب) ممکن است گفته شود که در مواردی که موضوع تعهد، تملیک عین معین است، برای متعهده حق عینی نسبت به آن مال پیدا نمی‌شود؛ همان‌طور که به نظر برخی از فقها، در مواردی مانند شرط و خيار، برای مشروطه و دارنده خيار، حق عینی بر مورد شرط و خيار وجود ندارد بلکه متعلق حق، خود شرط یا خيار است (یزدی، حاشیه المکاسب، ۱۲/۲). به طور مثال، در شرط فروختن خانه، حق مشروطه به عمل فروختن تعلق دارد نه به آن خانه (رک: اصفهانی، ۲۰۲/۵). بین تعلق حق مشروطه به فعل مورد شرط و تعلق آن به عین مورد شرط، اختلاف رتبه وجود دارد و لذا معقول نیست که حق مشروطه از فعل مورد شرط، به عین مورد شرط سرایت کند (امام خمینی، کتاب البیع، ۳۴۸). بنابراین، در اثر تعهد، بین متعهده و مورد تعهد حق عینی اصلی ایجاد نمی‌شود بلکه تنها یک حق دینی برای متعهده به وجود می‌آید. از این رو، پس از پیدایش تعهد نیز مالکیت متعهد نسبت به مورد تعهد همچنان باقی است. به همین جهت، معامله معارض با شرط از نظر این گروه صحیح است (کاتوزیان، عقود معین، ۷۰/۱-۷۱).

به طور خلاصه: دلیل وجوب وفاء به تعهد (مانند «وَأَوْفُوا بِالْعَهْد»: اسراء: ۳۴)، ابتدا به خود تعهد تعلق گرفته است نه به موضوع موضوع تعهد. در مقابل، حق متعهده نیز تنها به عمل مورد تعهد تعلق گرفته نه به عین موضوع تعهد. متعلق اصلی و اولی تعهد، یک عمل حقوقی مانند بیع و امثال آن است که تعهد به آن اضافه می‌شود، و وقتی تعهد به عین تعلق نگیرد نمی‌توان از آن، حقی را نسبت به عین انتزاع کرد. به تعبیر دیگر، حق متعهده به فعلی مانند بیع تعلق گرفته و آن فعل به عین اضافه شده است. بنابراین، بین حق متعهده و عین، یک فعل

حقوقی یعنی انشاء متعهد فاصله انداخته است.

البته این نظریه را باید این گونه تعدیل کرد که در تعلق حق متعهدله به مورد تعهد باید بین مواردی که مقصود طرفین عین مال است و مواردی که مقصود آن‌ها ارزش مال است تفکیک کرد. در مورد دوم چنین حقی وجود ندارد اما در مورد اول، برای متعهدله نوعی حق عینی بر عین مال پیدا می‌شود. برخی از فقها نیز در موردی مشابه، چنین تفکیکی را انجام داده‌اند. توضیح این که برخی از فقها با این که تصرف در عین مورد خیار را جائز و نافذ دانسته‌اند (رک: امام خمینی، کتاب البیع، ۴۳۱/۵)، تصرف بایع در مبیع شرطی را از این حکم استثنا کرده‌اند. استدلال آنان این است که به طور معمول، مقصود از شرط خیار در چنین موردی این است که دارنده خیار بتواند با اعمال خیار به خود عین رجوع کند. بنابراین، بایع حق تصرف منافعی با خیار را ندارد (رک: امام خمینی، کتاب البیع، ۴۴۱/۵).

با این حال، این حق بر فرض وجود، نوعی حق وثیقه و به تعبیر حقوقی نوعی حق عینی تبعی است و ارزش مالی مستقیم ندارد.

۱-۲- تعهد به تملیک کلی در ذمه

ابتدا باید متذکر شد که اثر عقودی مانند بیع کلی (بیع سلف) یا اجاره کلی، ایجاد دین به معنای فقهی است نه تعهد به ایجاد دین، و لذا از موضوع بحث ما خارج‌اند. دین از لحاظ فقهی، نوعی مال محسوب می‌شود و دائن، مالک آن در ذمه مدیون است. بنابراین، مورد بحث جایی است که موضوع تعهد، انشاء تملیک کلی در ذمه باشد مانند آن که شخص در قالب قرارداد متعهد شود که فروش ده تن برنج سال آینده را به مشروطه انشاء کند. در این نوع تعهد، آنچه پس از تحقق تعهد بر متعهد تحمیل می‌شود، تکلیف به انشای تملیک است. بنابراین، تا قبل از انشای تملیک، دین به مفهوم فقهی در ذمه متعهد ثابت نمی‌شود، و اثر تعهد صرفاً وجوب انجام عمل است. خود تکلیف فاقد ارزش مالی است. بنابراین، در اینجا نیز اثر تعهد تنها یک امر تکلیفی است و پیدایش دین وضعی منتفی است؛ بین تکلیف به تملیک و تحقق دین، انشاء تملیک توسط متعهد فاصله انداخته است.

نتیجه گفتار اول

۱- موضوع تعهد همواره تکلیف به انجام یا ترک کار است؛ در حالی که ملک و دین به مفهوم فقهی از جمله امور وضعی‌اند. تا زمانی که موضوع تعهد در خارج تعیین نیافته، تعهد

برای متعه‌دله نه ملک است و نه مال، بلکه حق است؛ و مقصود از حق در اینجا رابطه‌ای بین دارنده حق (متعه‌دله) و متعهد است نه بین دارنده حق و موضوع تعهد. به تعبیر دیگر، حق مذکور به تعبیر حقوقی، حق دینی است نه عینی. اثر این حق (چنانکه برخی از فقها در مورد شرط فعل تصریح کرده‌اند: خوئی، ۱۴۱/۲) صرفاً توانایی الزام متعهد به اجرای تعهد است. بین متعه‌دله و ملکیت عین یا دین فاصله مهمی وجود دارد و آن اراده انشایی متعهد است و تا زمانی که چنین اراده انشایی توسط وی یا حاکم (در صورت امتناع متعهد) صورت نگیرد، ملکیتی برای متعه‌دله حاصل نمی‌شود.

۲- حق متعه‌دله بر تعهد یک حق دینی (به تعبیر حقوقی) است اما باید توجه داشت که حق دینی به مفهوم حقوقی با دین به معنای فقهی یکسان نیست. دین از لحاظ فقهی یک امر وضعی یعنی مال اعتباری است اما تعهد به معنای مصدری یک امر تکلیفی است و چنانکه در گفتار بعد خواهیم دید، با تتبع در آثار فقهی درمی‌یابیم که به نظر مشهور فقها، تعهد به عنوان یک امر تکلیفی دارای ارزش مالی نیست و حتی در صورتی که موضوع تعهد دارای ارزش مالی باشد، ارزش موضوع تعهد به خود تعهد سرایت نمی‌کند.

۳- اثر تعهد از جهت پیدایش حق مطالبه اجرای آن برای متعه‌دله، با انفاق اقارب یا شرط به نفع ثالث متفاوت است. در مورد اول، آنچه واجب است، فعل انفاق است نه خود نفقه. لذا اقارب نه تنها نسبت به نفقه حقی ندارند، بلکه مطالبه الزام به انفاق نیز برای آنان جنبه حقی ندارد بلکه از باب امر به معروف ممکن است. علاوه براین، تعیین مقدار نفقه توسط حاکم نیز موجب نمی‌شود که دستور حاکم برای مستحقان نفقه ارزش مالی یابد. تکلیف انفاق هنگامی برای آنان ارزش مالی می‌یابد که حاکم به آنان اجازه دهد که به هزینه شخص ملکف به انفاق، مالی را قرض کند (رک: علامه حلی، قواعد الاحکام، ۱۱۴/۳؛ شهید ثانی، ۴۷۶/۵-۴۷۷؛ در مورد نظر مخالف، رک: حکیم، ۳۳۶/۱۳-۳۳۸).

تعهد به نفع شخص ثالث نیز از این جهت مانند نفقه اقارب است. متعهد ثالث اگرچه، همانند مستحقان نفقه در انفاق اقارب، ذی‌نفع تعهداند، لکن تعهد برای آنها جنبه ملک یا حق ندارد؛ لذا نمی‌توانند انجام تعهد را از باب حق مطالبه کنند یا در صورت امتناع، اجبار به انجام تعهد را از حاکم درخواست کنند. درخواست انجام تعهد و نیز درخواست الزام از حاکم فقط حق شرط‌کننده یا متعه‌دله در قرارداد است (طباطبایی یزدی، حاشیه المکاسب، ۱۲۷/۲: إذا اشترط ان يعطى زيدا الأجنبي عن المعاملة درهماً فهل يجوز لزيد المطالبة والاجبار؟ التحقيق انه

لایجوز، لعدم كونه بالنسبة إليه حقاً مالياً وذلك لأنه ليس طرفاً، ومجرد عود النفع إليه لا يقتضى ذلك نعم يجوز الإجبار من باب الأمر بالمعروف).

در مواردی مانند نفقه اقارب که تکلیف جنبه حق یا ملک برای ذی نفع ندارد، تاخیر در اجرای تکلیف موجب استقرار آن در ذمه ملکف نمی شود (نجفی، ۳۷۹/۳۱ و لا تستقر فی الذمه، بمضیّ یوم مثلاً). همچنین، موضوع اصلی تعهد، انجام فعل است. لذا حاکم در وهله اول امر به دستور اجرای عین تعهد می دهد و می تواند برای وادار کردن وی به انجام تعهد، او را حبس یا تأدیب می کند. اما اگر مالی داشته باشد می تواند به مقدار نفقه بردارد یا اموال وی را بدین منظور بفروشد (علامه حلی، قواعد الاحکام، ۱۱۵/۳).

۴- تا زمانی که انشاء تملیک توسط متعهد صورت نگرفته، ملکیت یا حق عینی برای متعهدله وجود ندارد، لذا خمس و مالیات به آن تعلق نمی گیرد و نمی توان آن را مورد معامله مالی یا مهر قرار داد.

۵- تکلیف متعهد ملازم با حقی برای متعهدله است. وجود این حق برای متعهدله کافی است که وی را مستحق مطالبه انجام تعهد از متعهد، و در صورت امتناع وی، درخواست اجبار وی از حاکم سازد (اصفهانی، ۱۸۶/۵ و ۱۹۱؛ یزدی، حاشیه مکاسب، ۱۲۷/۲). در صورتی که متعهد از انشاء تملیک خودداری کند، خود حاکم تملیک را انشاء می کند چون انشاء عمل حقوقی، نیابت پذیر است (انصاری، ۷۲/۶).

گفتار دوم: بررسی مصادیق

پس از بررسی قاعده کلی، اینک دو مصداق مهم این بحث در آثار فقهی و حقوقی یعنی عقد صلح و شرط فعل را بررسی می کنیم. البته قالب های دیگری هم وجود دارد که موضوع آن ها تعهد به انجام عمل حقوقی است؛ مانند «قرارداد تشکیل بیع» (شهیدی، مجموعه مقالات، ۱۷-۴۴) که موضوع آن «انشای عقد بیع یا در حقیقت تعهد بر انشای آن است» (همان، ۲۳). قرارداد مذکور از لحاظ حقوقی مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی است (همان، ۲۵) و از لحاظ فقهی می توان آن را نوعی صلح تلقی کرد. بنابراین، با بررسی وضعیت عقد صلح، نیازی به طرح تفصیلی این قرارداد نیست.

از آن جا که مطالب راجع به موضوع بحث بیشتر در باب شرط ضمن عقد مطرح شده است، بخش راجع به این مبحث از تفصیل بیشتری برخوردار است.

۲-۱- صلح عهدی

در فقه شیعه، عقد صلح گسترده‌ترین کارکرد را در میان عقود داراست، و می‌تواند به عنوان سبب تملیک و تملک یا به عنوان منبعی برای تعهد به کار رود. به تصریح برخی از فقها، صلح به منزله شرط است و می‌تواند برای انتقال عین در برابر عین، منفعت، و حق، یا انتقال منفعت در برابر عین، منفعت، و حق، یا انتقال حق در برابر عین، منفعت، و حق، و نیز برای اسقاط حق به کار رود، خواه در تمام این صورت‌ها، عین، منفعت، و حق مسلم و تحقق یافته باشد یا نباشد (کاشف الغطاء، *أنوار الفقهاء*: کتاب الصلح، ۲).

البته، عقد صلح هرچند از لحاظ فقهی و نظری می‌تواند کارکرد تملیک در برابر تعهد را داشته باشد، و عوضین آن تعهد در برابر تملیک باشد، اما در عمل چنین استفاده‌ای از آن نمی‌شود. در عوض، عرف به جای «تملیک در برابر تعهد به تملیک» ترجیح می‌دهد که تملیک را در برابر تملیک و در قالب عقد صلحی معوض قرار دهد، و تعهد به تملیک را در قالب شرط ضمن عقد واقع سازد. در نمونه‌هایی از صلح عهدی که در فقه ملاحظه می‌شود (رک: طباطبایی یزدی، سؤال و جواب، ۲۲۶، و میرزای قمی، ۲۰۸/۴-۲۲۲)، تعهد متصالح به صورت شرط ضمن عقد است نه تعهد اصلی و به عنوان یکی از عوضین. این نوع تعهد مشمول احکام شرط ضمن عقد است که در گفتار دوم آن را بررسی می‌کنیم.

از این رو، در اینجا برای بررسی یکی از نمونه‌های صلح عهدی که عوضین آن تملیک در برابر تعهد به تملیک است، به صلح موضوع ماده ۷۶۸ قانون مدنی می‌پردازیم، که از قانون مدنی فرانسه اقتباس شده، اما تغییراتی متناسب با نظام حقوقی ایران و فقه شیعه در آن اعمال شده است (رک: شهیدی، *مجموعه مقالات حقوقی*، ۱۰۵). بر اساس ماده مذکور، مُصالح مال معینی که ممکن است وجه نقد یا کالا باشد به متصالح تملیک می‌کند و در برابر، متصالح متعهد می‌گردد که نفقه معینی را همه ماهه یا همه ساله پرداخت کند. تعهد متصالح هرچند ممکن است به صورت شرط ضمن عقد باشد و برخی از حقوقدانان هم آن را محتمل دانسته‌اند (کاتوزیان، *مشارکت‌ها و صلح*، ۳۴۹. مقایسه کنید با همان، ۳۶۵، ش ۲۰۷ که تعهد موضوع ماده ۷۶۸ را تعهدی اصلی و یکی از دو عوض می‌داند)، اما ظهور ماده در این است که تعهد اخیر، تعهدی اصلی است و عنوان عوض را برای تملیک متصالح داراست.

مسئله‌ای که در مورد این نوع صلح مطرح می‌شود این است که تعهد متصالح به پرداخت مال، موجب پیدایش یک امر وضعی یعنی دین و طلب برای متصالح و متصالح است یا صرفاً

موجب پیدایش حکم تکلیفی یعنی تکلیف به پرداخت نفقه بر مصالح و حق مطالبه برای متصالح است؟

برخی از حقوقدانان اثر عقد صلح در ماده ۷۶۸ را از یک سو «انتقال مالکیت مال الصلح به متعهد» و از سوی دیگر، ثبوت «تعهد به پرداخت مستمری مقرر به منتفع بر ذمه متعهد و حق مطالبه این مستمری از متعهد برای منتفع» دانسته‌اند (شهیدی، همان، ۱۱۵)؛ و از وجود دین و طلب به معنای وضعی سخن نگفته‌اند.

ماده ۷۶۹ ق. م. می‌تواند راه‌گشا باشد. در این ماده آمده است: «در تعهد مذکوره در ماده قبل به نفع هر کس که واقع شده باشد ممکن است شرط نمود که بعد از فوت منتفع نفقه به وراث او داده شود». چنان‌که می‌دانیم، از طرفی حقوق و مطالبات مالی متوفی به وراث منتقل می‌شود، و از طرف دیگر، بر اساس این ماده، تعهد مذکور در ماده ۷۶۸ جز با اشتراط آن در ضمن عقد به وراث منتفع منتقل نمی‌شود. در مورد این که آیا از این ماده می‌توان استفاده کرد که تعهد متصالح، حق مالی برای وراث مصالح محسوب می‌شود یا خیر، نظریات و احتمالات مختلفی قابل طرح است:

۱- عدم انتقال حق نفقه ممکن است به این دلیل باشد که تعهد مصالح در ماده ۷۶۸ صرفاً برای منتفع به قید مباشرت برقرار شده و مانند هر تعهد دیگری از این قبیل، به وراث منتفع نمی‌رسد. با توجه به اطلاق مواد ۷۶۸ و ۷۶۹ و نبود عبارتی مانند «به قید مباشرت» و امثال آن در این دو ماده، این احتمال قابل اعتنا نیست.

۲- برخی از حقوقدانان این احتمال را مطرح کرده‌اند که «مطابق ماده ۷۶۸، نفقه پس از فوت منتفع بدون نیاز به شرط کردن استفاده وراث طبق قواعد ارث بین وراث تقسیم خواهد شد ولی هرگاه پرداخت نفقه مطابق ماده ۷۶۹ به وراث شرط شود مستمری مذکور باید به طور مساوی بین ایشان توزیع گردد. بنابراین، وضع ماده ۷۶۹ صرفاً برای القای این مفهوم است که برای توزیع مساوی نفقه به وراث لازم است دادن نفقه به وراث شرط گردد نه اعلام این معنا که برای اصل وراثت وراث، این اشتراط ضروری است» (شهیدی، همان، ۱۰۸). اما خود ایشان در رد این احتمال نگاشته‌اند: «صرف نظر از اطلاق ماده ۷۶۹ نسبت به چگونگی تعلق نفقه به وراث منتفع و توزیع آن بین ایشان، اگر مقصود نویسندگان قانون مدنی از شرط مذکور در ماده ۷۶۹ صرفاً توزیع نفقه به طور مساوی بین وراث ذی‌نفع بود، ایشان می‌توانستند با اضافه کردن جمله «به تساوی» پس از کلمه «نفقه»، مقصود خود را به سادگی بیان کنند. در هر حال، تفسیر

بالا با ملاحظه عبارات دو ماده ۷۶۸ و ۷۶۹ ق.م. بعید به نظر می‌رسد» (همان، ۱۰۸-۱۰۹).

۳- عدم انتقال حق نفقه ممکن است به این دلیل باشد که تعهد مصالح در ماده ۷۶۸ صرفاً موجب پیدایش حکم تکلیفی وجوب پرداخت نفقه بر متعهد و در مقابل، پیدایش حق مطالبه برای منتفع است، و نه پیدایش امر وضعی دین بر متصالح و طلب برای متصالح. سخن برخی از حقوقدانان در تفسیر ماده ۷۶۹ نیز مؤید این معنا است: «نفقه مزبور به عنوان ارث به ورثه نمی‌رسد بلکه مستقیماً از طرف مشروط‌علیه به نفع ورثه تعهد شده است و از قبیل شرط به نفع شخص ثالث می‌باشد» (امامی، ۳۲۸/۲). یکی دیگر از حقوقدانان نیز می‌نویسد: هرگاه اصول حقوقی در مورد عقد مذکور در نظر گرفته شود، از ماده ۷۶۸ ق.م. می‌توان نتیجه گرفت که اگر ذی‌نفع مستمری پیش از انقضای مدت مقرر فوت کند، مستمری مزبور نسبت به باقیمانده آن مدت بدون نیاز به درج شرطی، به ارث به وارث ذی‌نفع منتقل خواهد شد. زیرا عقد صلح لازم است و با فوت یکی از طرفین منفسخ نمی‌شود و مقتضای لزوم عقد، تسری آثار آن نسبت به وارث ذی‌نفع پس از فوت او می‌باشد. اما چون ماده ۷۶۹ مورد توجه قرار گیرد نتیجه متفاوتی استنباط خواهد شد. از ماده ۷۶۹ ... ظاهر می‌گردد که هرگاه پرداخت نفقه و مستمری به وارث منتفع در ضمن عقد صلح شرط نشود، این نفقه به وارث تعلق پیدا نمی‌کند و معنای این جمله این است که با فوت منتفع، تکلیف قانونی متعهد مستمری به پرداخت نفقه ماهانه یا سالانه پایان می‌یابد» (شهیدی، همان، ۱۰۸).

براساس تفسیر اخیر، عدم انتقال نفقه به وارث منتفع ناشی از طبیعت این گونه تعهدات است؛ چنین تعهداتی متضمن حق وضعی دین و طلب نیستند تا به وارث ذی‌نفع منتقل شوند. به همین جهت و به تصریح برخی از حقوقدانان، «در فرض ماده ۷۶۹، منشأ استحقاق وارث منتفع، اشتراط استحقاق ایشان است نه ارث» (شهیدی، همان، ۱۱۴). از این رو، موضوع شرط در ماده ۷۶۹ می‌تواند پرداخت نفقه به وارث به طور مساوی یا مطابق قواعد ارث یا به نسبت‌های دیگر تعیین شده در قرارداد صلح باشد ولی اگر شرط مذکور مطلق باشد، نفقه باید به طور مساوی بین وارث تقسیم شود (همان).

بنابراین، اثر صلح مذکور در رابطه با مورد صلح (مال الصلح)، تملیک و در رابطه با عوض آن، ایجاد تعهد به عنوان یک حکم تکلیفی است. البته تعهد مذکور با پیدایش یک حق تکلیفی برای متصالح ملازمه دارد و آن عبارت از حق مطالبه انجام تعهد است. اما پیدایش حق وضعی دین و طلب برای آن‌ها منتفی است.

۲-۲- شرط فعل

در مورد شرط فعل ابتدا باید اثر آن را مورد بررسی قرار دهیم. در مورد اثر شرط فعل چند دیدگاه فقهی به چشم می‌خورد:

۱- به نظر برخی از فقها، شرط از اسباب تمليك نیست و نمی‌تواند عملی را به ملکیت مشروطه درآورد (نجفی، ۶۹/۲۷)؛ بلکه از جمله «مُلْزَمَات» است و چیزی را که انجام یا ترک آن بر مکلف جائز است، بر وی الزامی می‌نماید (همان، ۲۰۱/۲۳-۲۰۲). به تعبیر حقوقی، شرط از اسباب یا منابع تعهد است. بنابراین، بر طبق نظر مذکور، مورد شرط یا باید عقد و ایقاع باشد و یا باید امری باشد که برای تحقق آن سبب خاصی لازم نیست مانند ملکیت عمل یا مال (همان، ۲۰۳/۲۳). طبق این نظر، اثر شرط تنها التزام متعهد به انجام شرط و حق الزام برای متعهدله است (خوئی، ۱۴۱/۲: الاشتراط لا یوجب ملکية الشرط للشارط ... وإنما یترتب علی الاشتراط الالتزام من الشارط والالتزام بالشرط من المشروط علیه؛ روحانی، ۳۱۰/۶: لا دلیل علی الملكية، إذ غاية ما يستفاد من الدلیل، وجوب الوفاء بالشرط حقياً، و أما ثبوت الملكية فمِمَّا لم یبدل علیه دلیل).

۲- بنا به نظری که به مشهور نسبت داده شده (رک: حسینی مراغی، ۳۰۵/۲)، اثر شرط، تمليك است. سید یزدی تصریح می‌کند که «حق الشرط در حقیقت، مالک بودن عمل است نه مطلب دیگر و راء آن و منتزع از آن» (طباطبایی یزدی، سؤال و جواب، ۱۷۲. و نیز رک: ۱۷۰: ان الشارط مالک للعمل ... علی المشروط علیه). برخی دیگر نیز تصریح کرده‌اند که مفاد شرط چیز جز ملکیت مشروط نسبت به معنای شرط نیست، نه این که مفاد شرط صرفاً تکلیف به انجام شرط باشد (حکیم، ۱۰۳/۱۱).

۳- از سخن برخی استفاده می‌شود که اگر عمل دارای ارزش مالی باشد، مانند خیاطی، قابل تملک است اما اگر خود عمل دارای ارزش مالی نباشد مانند انشاء فسخ یا ترک فسخ، ملکیت آن بی‌معنا است. (اصفهانی، ۱۱۲/۴: ... بالفرق بین مثل الخیاطة وسائر الأعمال التي في نفسها أموال و یبدل بإزائها المال، فهي قابلة لاعتبار الملك، ومثل انشاء الفسخ أو ترکه فإنه ليس كذلك، فلا معنى لاعتبار ملكية ترك الفسخ للغير).

پس از ذکر این نظریات باید متذکر شد که، بر فرض که مفاد شرط تمليك باشد، صحت شرط عهدي، یعنی شرطی که مقصود از آن الزام و التزام است با مانعی مواجه نیست (کاشف الغطاء، أنوار الفقاهة: کتاب البیع، ۱۲۸: و الشرط المقصود منه الإلزام و الالتزام صحیح قطعاً).

حال با توجه به نظرات فوق باید دید که آیا شرط فعل ارزش مالی دارد یا نه. در این مورد چند نظر ملاحظه می‌شود:

۱- برخی از فقها گفته‌اند که در مورد شرط فعل دو احتمال است: الف) مشروط‌له اگرچه مالک مورد شرط نمی‌شود اما مالک خود عمل بر مشروط‌علیه شود و لذا اگر عمل ارزش مالی داشته باشد و مشروط‌علیه آن را انجام ندهد، مشروط‌له مالک ارزش عمل در ذمه مشروط‌علیه می‌گردد. مثلاً اگر شرط شود که شخصی به دیگری هزار تومان بدهد، اگرچه مشروط‌له مالک هزار تومان در ذمه مشروط‌علیه نمی‌شود اما مالک «عمل تملیک» هزار تومان می‌شود. در نتیجه، اگر شخص ثالثی مانند بانک، ضامن مشروط‌علیه شود، و عمل تملیک توسط مشروط‌علیه انجام نشود، مشروط‌علیه می‌تواند ارزش عمل مورد شرط را از ضامن مطالبه کند. ب) مشروط‌له نه تنها مالک مورد شرط نمی‌شود بلکه مالک خود شرط به عنوان یک عمل دارای ارزش مالی نیز نمی‌گردد. بنابراین، در مثال مذکور مشروط‌له نه مالک هزار تومان می‌شود و نه مالک «عمل تملیک» هزار تومان. به نظر ایشان حتی بر اساس احتمال دوم نیز در صورتی که مشروط‌علیه شرط را انجام ندهد، ضامن ارزش شرط در مقابل مشروط‌له خواهد بود و ذمه او به مقدار ارزش عمل مشغول می‌شود زیرا تخصیص ضامن اتلاف و تفویت به مواردی که شیء تلف شده، ملک مضمون‌له باشد وجهی ندارد بلکه کافی است آنچه تلف یا تفویت شده به نوعی به مضمون‌له منتسب باشد و عرفاً دارای ارزش مالی باشد (صدر، ۲۴۲-۲۴۳).

به نظر صاحب «شعائر الاسلام» نیز، شروط مندرج در عقود مالی، حق مالی به شمار می‌آیند و شرط نمی‌تواند صرفاً مثبت حکم تکلیفی باشد: «جمع شروطی که در ضمن عقود مالیه می‌شوند از حقوق مالیه‌اند خواه شرط مالی باشد یا نه. مثلاً اگر در ضمن بیع یا صلح مالی شرط کند بایع بر مشتری که باید فلان قدر نماز برای پدر من بکند، این شرط هم از حقوق مالیه خواهد بود» (اشرفی مازندرانی، ۳۹۹). ایشان تصریح می‌کند که اگر «غرض از شرط، محض حکم تکلیفی باشد»، چنین شرطی محل اشکال است، و احتمال قوی‌تر این است که مورد شرط در صورتی که مال کلی باشد، در ذمه مشروط‌علیه مستقر می‌شود و حتی اگر شرط شود که آن مال در ذمه مشروط‌علیه ثابت نشود و متعلق به مشروط‌له نشود، شرط باطل است (همان، ۳۹۷-۳۹۹).

۲- از کلمات برخی از فقها استفاده می‌شود که مالیت داشتن شرط به موضوع آن وابسته است: شرط راجع به انجام عمل مادی، ارزش مالی دارد اما شرط راجع به عمل حقوقی ارزش مالی ندارد (انصاری، ۷۴/۶ و ۷۲؛ اصفهانی، ۱۹۱/۵: ربما أمکن القول بالفرق بین شرط عمل یقابل بالمال کالخیاطة فیملک بالشرط، و شرط عمل لا یقابل بالمال کشرط العتق، فهو مجرد استحقاق؛ تبریزی، ۴۴۱/۴ و ۴۴۳: سواء كان الفعل مما يتقوم في نفسه كخیاطة الثوب و صبغه أو لم یکن مما يتقوم کعتق العبد و اشتراط بیع المال).

۳- برخی از حقوقدانان نیز نظریه تملیکی بودن و تفصیل بین موارد را تقویت کرده‌اند. به نظر ایشان، شرط فعل راجع به تملیک عین معین، موجب پیدایش حق عینی تبعی است، و ضمانت اجرای آن عدم نفوذ معامله منافی است؛ اما شرط فعل راجع به تملیک مال کلی یا انجام عمل دارای ارزش مالی، موجب پیدایش حق مالی ذمی یعنی دین است (محقق داماد، نظریه عمومی التزامات و شروط، ۳۰۸-۳۲۱).

هر دو بخش این نظر خدشه‌پذیر است. نکات راجع به بخش اول (پیدایش حق عینی در شرط راجع به تملیک عین معین) به شرح زیر است: اولاً متعلق حق در این مورد، خود شرط است نه مورد شرط. بین حق مشروطه با مورد شرط یک واسطه وجود دارد و آن خود شرط است؛ به این معنا که حق ابتداءً و به طور مستقیم به شرط تعلق گرفته و به طور غیرمستقیم و با واسطه به مورد شرط. به تعبیر دیگر، اسبابی مانند شرط فعل بر فرض که اسباب تملیک باشند، موجب تملیک خود تعهد می‌شوند نه موضوع تعهد؛ خواه موضوع تعهد، عمل مادی باشد یا پرداخت مال معین یا کلی.

ثانیاً با توجه به نکته فوق، حق مذکور حق عینی نیست. تقسیم حق به عینی و دینی با توجه به اموال صورت گرفته است در حالی که حق مشروطه بر شرط، حق بر عمل حقوقی است نه حق بر مال. با استفاده از تعبیر برخی از فقها (نائینی، ۲۹۲/۳) می‌توان گفت، تقسیم حق به عینی و اصلی با توجه به مال موضوعی صورت گرفته نه با توجه به مال طریقی. از این گذشته، بین مشروطه و ملکیت عین یک واسطه یعنی انشای تملیک توسط مشروطه‌علیه فاصله انداخته است؛ در حالی که در موارد حق عینی، بین مالک و ملک فاصله‌ای نیست. و این نکته موجب نزدیکی حق مذکور به حق دینی است نه حق عینی. در شرط ملکیت به نحو نتیجه، این معیار وجود دارد و بلافاصله پس از تحقق عقد، ملکیت عین برای مشروطه حاصل می‌شود. اما در شرط فعل تملیک، پس از تحقق عقد، خود شرط یعنی عمل تملیک به ملکیت مشروطه

درمی‌آید نه موضوع شرط یعنی عین.

آن‌چه گفته شد مبتنی بر این نظر است که شرط مفید فعل ملکیت است. اما اگر در این مورد قائل باشیم که شرط فعل مفید تعهد و التزام است، در نتیجه شرط فعل در این مورد، تعهد به تملیک حاصل می‌شود، و نه ملکیت شرط برای مشروط‌له.

ثالثاً بر فرض که اثر شرط فعل پیدایش حق عینی باشد، حق مذکور را نمی‌توان حق عینی تبعی به معنای حقوقی دانست. از لحاظ حقوقی، این حق در مواردی وجود دارد که یک حق اصلی مانند طلب وجود داشته باشد و به تبع آن حق دیگری مانند رهن مالی از مدیون در نزد مرتهن ایجاد شود (رک: کاتوزیان، *اموال و مالکیت*، ۱۵). اما در محل بحث، حق دیگری وجود ندارد تا این حق نسبت به آن تبعی باشد.

همچنین، راجع به بخش دوم (پیدایش حق دینی در شرط راجع به تملیک مال کلی) می‌توان گفت: همان‌طور که در نکات اول و دوم راجع بخش اول گفته شد، در اینجا نیز خود شرط یعنی عمل تملیک، به ملکیت مشروط‌له درآمدۀ است نه متعلق آن یعنی مال کلی. اثر ملکیت شرط این است که مشروط‌علیه نمی‌تواند شرط را به طور یکطرفه برهم زند. در نتیجه، حق دینی به مفهوم حقوقی برای مشروط‌له پیدا نمی‌شود. به همین دلیل، پیدایش دین به معنای فقهی یعنی «مال کلی در ذمه» نیز منتفی است.

علاوه بر این‌ها، اشکال دیگری که بر نظریه تملیکی بودن شرط فعل وارد می‌شود این است که اگر در نتیجه این نوع شرط، مشروط‌له مالک عمل مشروط‌علیه گردد، شرط فعل باید به اموری که قابل تملک است اختصاص داشته باشد. به همین دلیل، برخی از فقها معتقدند که برخی از اقسام شرط فعل مانند شرط عدم تصرف، صحیح نیست، چون عدم تصرف یک امر عدمی است و نمی‌تواند مورد ملکیت واقع شود؛ در حالی که شرط از نظر فقها در حکم جزء عقد و داخل در اسباب ناقل و مملک است. لذا شرط نمی‌تواند به امور عدمی تعلق گیرد (نجل کاشف الغطاء، ۲۲۳، و نیز ۲۱۹-۲۲۰).

همچنین، این نظریه موجب می‌شود که مرز بین اسباب ملکیت و اسباب تعهد از بین برود و تعهد به یکی از اسباب تملیک تبدیل شود. نتیجه این نظریه این خواهد بود که به عنوان مثال، فرقی بین شرط نتیجه و شرط فعل یا صلح تملیکی و صلح عهدی باقی نماند؛ نتیجه‌ای که طرفداران پیدایش حق مالی عینی یا ذمی نیز مایل به پذیرش آن نیستند و در صدد رهایی از آن‌اند (محقق داماد، *نظریه عمومی التزامات*، ...، ۳۱۸).

بنابراین، به طور خلاصه، اولاً اثر شرط فعل ایجاد تعهد است نه تملیک؛ ثانیاً بر فرض که اثر شرط فعل، تملیک باشد، متعلق ملک خود شرط است نه مال یا عمل موضوع آن؛ و ثالثاً ملکیت عمل موجب مدیونیت مشروطه نسبت به عمل است نه اجرت آن. و اثر مدیونیت وی نسبت به عمل، جواز اجبار وی به انجام عمل، و در صورت امتناع، انشاء تملیک توسط حاکم است چون انشاء اعمال حقوقی، نیابت‌پذیر است (انصاری، ۷۲/۶).

گفتار سوم: موضع قوانین موضوعه

در اینجا مناسب است موضع قانون مدنی و قانون اجرای احکام مدنی نیز بررسی شود. قاعده کلی در مورد بحث را ماده ۲۲۲ قانون مدنی مقرر می‌کند که بر اساس آن، در صورت عدم ایفاء تعهد، حاکم می‌تواند به متعهدله اجازه دهد که خود او عمل را انجام دهد و متخلف را به تادیه مخارج آن محکوم نماید. ماده ۵۳۴ ق.م. نیز با اندکی اختلاف، چنین حقی را برای مزارع پیش‌بینی کرده است: «هرگاه عامل در اثناء یا در ابتداء عمل آن را ترک کند و کسی نباشد که عمل را به جای او انجام دهد، حاکم به تقاضای مزارع عامل را اجبار به انجام می‌کند و یا عمل را به خرج عامل ادامه می‌دهد و در صورت عدم امکان، مزارع حق فسخ دارد.» در شرط فعل نیز (مواد ۲۳۷-۲۳۹ ق.م.) مشروط‌علیه باید عمل مورد شرط را انجام دهد، و در صورت تخلف، مشروط‌له می‌تواند برای اجبار وی به انجام شرط، به حاکم رجوع کند. اگر اجبار ملتزم به انجام آن غیر مقدور، ولی انجام آن به وسیله شخص دیگری مقدور باشد، حاکم می‌تواند به خرج ملتزم، موجبات انجام آن فعل را فراهم کند. در صورتی که اجبار مشروط‌علیه به انجام فعل ممکن نباشد و فعل مشروط هم از جمله اعمالی نباشد که دیگری بتواند از جانب او واقع سازد، طرف مقابل حق فسخ معامله را خواهد داشت.

مقررات مذکور آخرین چاره برای متعهدله را حق فسخ قرار داده است نه محکوم کردن متعهد به پرداخت ارزش عمل مورد تعهد. با توجه به این دو دسته مقررات می‌توان گفت: از لحاظ قانونگذار مدنی، در مواردی که موضوع تعهد، انجام عمل است، موضوع تعهد به «دین» مالی تبدیل نمی‌شود. بنابراین، در صورت عدم انجام تعهد، متعهدله صرفاً مستحق انجام عمل است نه ارزش مالی آن. همچنین، در صورت فوت متعهد قبل از انجام عمل، متعهدله مستحق مبلغی معال ارزش تعهد از ترکه متعهد نمی‌گردد بلکه صرفاً می‌تواند انجام عمل به هزینه ترکه را از وراثت یا دادگاه مطالبه کند. در آنچه گفته شد بین مواردی که موضوع تعهد یک عمل

مادی مانند ساختن خانه باشد و مواردی که موضوع تعهد، تملیک مال معین یا کلی باشد، تفاوتی نیست. در مورد اخیر هم موضوع اصلی تعهد یک، عمل یعنی «تملیک» است نه آن مال معین یا کلی.

صدر ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی نیز که به محکوم‌له حق داده که در صورت امتناع متعهد از اجرای تعهد، انجام عمل به هزینه متعهد را درخواست کند، با مقررات قانون مدنی مطابق است. اما بخش اخیر آن به محکوم‌له حق داده که «بدون انجام عمل، هزینه لازم را از محکوم‌علیه مطالبه نماید»، ممکن است این تصور را ایجاد کند که از لحاظ این قانون، موضوع تعهد به دین تبدیل می‌شود، و بنابراین، با مقررات قانون مدنی در باب عقود راجع به عمل مانند مزارعه و باب شروط در تعارض است. اما باید توجه داشت که هزینه‌ای که از متعهد مطالبه می‌شود برای انجام عمل است نه این که به متعهدله پرداخت شود. بنابراین، از لحاظ این قانون نیز موضوع تعهد، انجام عمل است نه دین مالی.

نتیجه

۱- تعهد به تملیک می‌تواند موضوع شرط فعل، عقد صلح، یا قراردادی بی‌نام (ماده ۱۰ ق.م.) قرار گیرد. در این صورت، عمل حقوقی مذکور هرچند واجد ارزش مالی است اما ارزش مالی مستقیم ندارد. از این رو:

الف) در مواردی که موضوع تعهد، تملیک مال معین است، ملکیت آن مال بلافاصله پس از انشای تعهد و به طور خودکار، به متعهدله منتقل نمی‌شود، و در نتیجه، پیدایش حق وضعی ملکیت عین برای وی منتفی است. اثر چنین تعهدی این است که متعهد باید در صورت وجود شرائط، عمل حقوقی تملیک عین را انشاء کند، و تا قبل از انشای تملیک، تحقق ملکیت برای متعهدله منتفی است. البته، اگر متعهد از این تکلیف سرپیچی کند، حاکم عمل حقوقی مزبور را به ولایت از وی انشاء می‌کند.

ب) در مواردی که موضوع تعهد، تملیک مال کلی است، بلافاصله پس از انشای سبب تعهد و به طور خودکار، دینی به همان میزان بر ذمه متعهد مستقر نمی‌شود و ملکیت مال کلی، و به تعبیر دیگر، طلبی به همان میزان برای متعهدله حاصل نمی‌گردد. اثر چنین تعهدی این است که متعهد باید عمل حقوقی تملیک مال کلی به نفع متعهدله را انشاء کند و خود را مدیون سازد. در اینجا نیز اگر متعهد از تکلیف مذکور سرپیچی کند، حاکم عمل تملیک را به ولایت

از وی انشاء می‌کند.

۲- در نتیجه اسباب تملیک (مانند بیع عین معین و شرط نتیجه راجع به عین معین)، رابطه حقوقی تملیک‌کننده با مال خود قطع می‌شود و وی دیگر سلطه‌ای بر مال ندارد؛ در حالی که پس از وقوع اسباب تعهد (مانند صلح عهدی و شرط راجع به تملیک مال معین یا کلی)، رابطه مالک با مال خود باقی است و قطع این رابطه و پیدایش رابطه‌ای بین متعهدله و مال مذکور به اراده انشایی مالک یا حاکم وابسته است. به تعبیر دیگر، در موارد اخیر، بین متعهدله و ملکیت عین یا دین فاصله مهمی وجود دارد و آن اراده انشایی متعهد است و تا زمانی که چنین اراده انشایی توسط وی یا حاکم صورت نگیرد، ملکیتی برای متعهدله حاصل نمی‌شود.

منابع

قرآن کریم، کلام الله المجید.

آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، *حاشیه المکاسب*، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ اول، تهران، ۱۴۰۶ ق.

اشرفی مازندرانی، محمد بن مهدی، *شعائر الاسلام*، چاپ سنگی، بی‌جا، بی‌تا.

اصفهانی، محمد حسین، *حاشیه کتاب المکاسب*، چاپ اول، أنوار الهدی، قم، ۱۴۱۸ ق.

امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، چاپ چهارم، اسلامیه، تهران، ۱۳۶۶.

انصاری، مرتضی بن محمد امین، *کتاب المکاسب*، چاپ دوم، کنگره شیخ انصاری، قم، ۱۴۲۰ ق.

تبریزی، شیخ جواد، *إرشاد الطالب إلى التعليق على المکاسب*، چاپ سوم، مؤسسه اسماعیلیان، قم، ۱۴۱۶ ق.

حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح، *العناوین الفقهية*، چاپ اول، مؤسسه نشر اسلامی، قم، ۱۴۱۸ ق.

حکیم، سید محسن، *مستمسک العروة الوثقی*، انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، قم، ۱۴۰۴ ق.

خمینی، روح الله، رهبر انقلاب و بنیانگذار جمهوری اسلامی ایران، *کتاب البیع*، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، تهران، ۱۴۲۱ ق.

—، *کتاب البیع* (تقریر محمد حسن قدیری)، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، تهران، بی‌تا.

خوئی، سید ابوالقاسم، *کتاب الحج*، چاپ دوم، لطفی، قم، ۱۳۶۴.

روحانی، سید محمد صادق، *منهاج الفقاهة*، چاپ چهارم، قم، ۱۴۱۸ ق.

- شهیدی، مهدی، *تشکیل قراردادها و تعهدات*، چاپ اول، نشر حقوقدان، تهران، ۱۳۷۷.
- ، *مجموعه مقالات حقوقی*، مجد، چاپ دوم، تهران، ۱۳۸۷.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، *الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية*، چاپ اول، انتشارات داوری، قم، ۱۴۱۰ ق.
- صدر، سید محمد باقر، *البنک اللاریوی*، چاپ هفتم، دار التعارف للمطبوعات، بیروت، ۱۴۰۱ ق
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، *حاشیه المکاسب*، مؤسسه اسماعیلیان، قم، ۱۳۷۸.
- ، *سؤال و جواب*، تحقیق: سید مصطفی محقق داماد، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ اول، تهران، ۱۳۷۶.
- علامه حلی، حسن بن یوسف، *قواعد الأحکام*، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۱۳ ق.
- ، *تحریر الأحکام*، چاپ اول، مؤسسه امام صادق (ع)، قم، ۱۴۲۰ ق.
- کاشف الغطاء، علی بن محمد، *أنوار الفقاهة: کتاب البیع*، مؤسسه کاشف الغطاء، چاپ اول، نجف، ۱۴۲۲ ق.
- ، *أنوار الفقاهة: کتاب الصلح*، مؤسسه کاشف الغطاء، چاپ اول، نجف، ۱۴۲۲ ق.
- محقق داماد، سید مصطفی، *نظریه عمومی التزامات و شروط در حقوق اسلامی*، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۸.
- میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسین، *جامع الشتات*، چاپ اول، مؤسسه کیهان، تهران، ۱۳۷۱.
- ، *اموال و مالکیت*، میزان، چاپ سی و دوم، تهران، ۱۳۸۹.
- ، *حقوق مدنی: عقود معین*، شرکت سهامی انتشار، چاپ دهم، تهران، ۱۳۸۷.
- ، *مشارکتها و صلح*، گنج دانش، چاپ پنجم، تهران، ۱۳۷۹.
- نائینی، محمد حسین، *منیة الطالب في شرح المکاسب*، (تقریر شیخ موسی نجفی خوانساری)، چاپ اول، مؤسسه انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۱۸ ق.
- نجفی، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ ششم، دارالکتب الإسلامیة، تهران، ۱۳۹۴ ق.
- نجل کاشف الغطاء، علی بن جعفر، *شرح خيارات اللمعة*، مؤسسه انتشارات اسلامی، چاپ اول، قم، ۱۴۲۲ ق.
- هاشمی شاهرودی، سید محمود، *قراءات فقهية معاصرة*، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، چاپ اول، قم، ۱۴۲۳ ق.

impact of such dealing is simply the appearance of duty to fulfill the obligation with its specific impacts. The appearance of this duty does not have any correlation with the appearance of the obligee's ownership for that specific or general property or any debt to the value of the undertaken action.

Keywords: obligation, assignment of ownership, legal action, religious right, ownership, settlement of a claim, qualification of action, Imāmī jurisprudence.

under article 10 of civil law.

Keywords: lease documents, *sukuk*, contract by compromise, lease contract, principle of permissibility, article 10 of civil law.

The Impact of Obligation to Assignment of Ownership (*Tamlīk*) in Imāmī Jurisprudence and Iranian Law

Dr. Ismā'īl Nimatullāhī, Assistant Professor

Hawza and University Research Institute, Qom

In ordinary cases, the object of transaction in such contracts as sale (*bay'*) and lease (*ijāra*) has financial value like property (*'ayn*) or profit, or physical action. However, whether obligation to performing an action has a financial value and can be the object of transaction is a matter of debate. In addition, in cases in which the subject of the obligation is the assignment of ownership (*tamlīk*) of a specific or general property, the question arises as to whether the obligation causes the ownership or claim for the obligee regarding that specific or general property.

This article seeks to prove that the legal action has financial value and it can be taken as the object of transaction; however, such an action is normally actualized simply in the form of settlement of a claim (*ṣulḥ*) or an independent and anonymous contract as well as condition within the contract. Legal action, of course, has no direct financial value. For this reason, in cases in which the subject of the obligation is the assignment of ownership of a specific or general property, the

Mardīya Dāvarī Langarūdī, M.A. in Private Law

Qum Pardis, Tehran University

Among the important discourses in financial law are the issues related to financial institutions. Going through these issues are of considerable significance in Islamic law since the lawmaker prohibits specific types of transactions – usurious, risk taking, harmful. Enquiry into the legitimacy and nature of new financial products is among the important ventures of Islamic financial law.

One of the new financial tools is the lease documents (*sukuk*). Analysis of the legal nature of these documents – as a novel contract – is of importance because it has been unprecedented in Iranian legal surveys and its legitimacy, nature, descriptions, and repercussions have not been sufficiently examined. In this article, the technical features, legitimacy, nature, and legal repercussions of these documents are reviewed and analyzed.

Given the similarity of the ordinances of these documents with lease contract and the possibility of their comparison with contract by compromise (*‘aqd ṣulḥ*), while explaining some of the differences of these documents with lease contract – including distinction between the volition of the two parties to a transaction and some ordinances – and by accepting the difference between contract by compromise and article 10 of civil law, the lease documents contract was eventually confirmed and its legal repercussions were analyzed as a new and legitimate contract by virtue of the principle of general permissibility

rights is implied from the traditions and rulings issued on usurpation. The rule *al-ghāṣib yu'khadhu bi ashshaqq al-aḥwāl* (the usurper is confronted most severely) is regarded as double accountability and severe punishment for the usurper.

Besides the significant points of this rule, three basic questions are to be answered: First, is this rule brought up as a legal rule or not? Second, what are the viewpoints of the opponents and proponents and what are the evidences for its validity? Third, to what extent can the evidential and applicable domain of this rule be regarded to be?

By proving the rule and its applicability in jurisprudence and law, this research attempts to uncover backings for it such as traditions, religious law taste (*madhāq*), proportion of ordinance and subject, intellectuals' stipulation, and enjoyment of two obligatory rulings. On the basis of this rule it also tries to prove for the usurper such domains as immediate return of the property, giving no respite to the usurper even in case of indigence, payment of maintenance expenses even in case of increase in the price of the original usurped property, payment of rigorous and high costs of transportation, and compensation for the profits, whether earned or unearned.

Keywords: usurpation, surety, rule, proportion, confronting the usurper, profits.

Analysis of the Legal Nature of Lease Documents

Dr. Jalīl Qanavātī, Assistant Professor

Faculty of Law, Qum Pardis, Tehran University

laws and like jurists, have not talked in detail on this issue. Discussing the nature of renunciation, we seek here to elucidate a rather complicated issue, namely, the impact of renunciation. As far as we know, the dominant view among the Imāmī jurists is that renunciation as a legal act is not confirmed by the lawmaker. However, in nearly all instances, the legal experts have opined for the legitimacy of renunciation without having mentioned any justified basis. We presume that renunciation is a legitimate unilateral obligation (*īqāʿ*) and results in the termination of ownership. In this case, the property in instances other than spoils of war is subsumed under the permissible (*mubāḥāt*).

Keywords: renunciation, renunciation of property, relinquishment of right, termination of ownership, continuance of ownership, unilateral obligation.

Critical Review and Analysis of Legal Opinions concerning the Rule “The Usurper is Confronted most Severely”

Dr. Abulfaḍl ‘Alīshāhī Qal‘ajūqī, Assistant Professor
Yasuj University

The Islamic law considers people’s financial affairs as important and has devised special rules for it so that the citizens may live under their protection. Strictness on the usurper of other people’s properties is part of these rules so that no one would dare to encroach upon other people’s properties. This strictness in confronting the usurpers of

Murtaḍā Murādī Gulistānī, M.A. Student

Faculty of Theology, Islamic Azad University of Mashhad

According to the viewpoints of the two major sects (Shī'a and Sunnī) and the article 221 of the Islamic penal law, the verdict of retaliation (*qisās*) in deliberate murder does not apply to a father who has murdered his child; however, according to the generally accepted view of the Imāmiyya, the mother is not excluded from this verdict and is retaliated in *qisās* for murdering her child.

Setting forth and examining the legal evidences of both viewpoints, the writers of this article have to a great extent regarded the exclusion of the mother from this verdict as justified and defensible with respect to the evidences.

Keywords: *qisās*, father, mother, child, murder.

Reappraisal of Renunciation of Ownership in Jurisprudence and Law

Ḥusayn Ḥaḳīqatpūr, Ph.D. Student of Jurisprudence and

Fundamentals of Islamic Law, Ferdowsi University of Mashhad

Dr. Sayyid Muḥammad Riḍā Imām, Associate Professor and the Dean of the Faculty of Theology, Tehran University

The issue of renunciation (*i'rāḍ*) is not discussed separately among the jurists and is only implicitly referred to in some instances. It is also neglected in statutes; and most of legal experts, following the

priority or posteriority of death is ambiguous and regarded each one of them as the inheritor of the other. At the same time, the two above-mentioned exceptions contradict the general principle governing inheritance in jurisprudence and law. Accordingly, some questions comes one's mind, the most important of which concerns the criterion for the inheritance ruling which has caused the above two cases to be regarded as exceptions; and also, whether this ruling is fit to be generalized to similar cases in which the priority and posteriority of the persons' death is ambiguous.

Given the significance of the issue and the necessity for its comprehensive and clear explanation, the present research has, by referring to the Sunnī and Shī'a legal texts through comparative study of Islamic law, tried to critically review the viewpoints of the renowned majority of the jurists who have a restrained interpretation of the evidence, and by way of weakening their evidences and strengthening the opponents' view, highlighted the necessity of amending the article 873 of civil law.

Keywords: inheritance, the drowned, those buried under debris, ambiguity of the priority and posteriority of death, article 873 of civil law.

A Legal Research in the Issue of the Retaliated Punishment (*Qisās*) of a Mother for Murdering her Child

Dr. Muḥammad Ḥasan Ḥā'irī, Associate Professor

Ferdowsi University of Mashhad

remuneration are manifested in such rules as *itlāf* (wasting), *tasbīb* (causation), *lā ḍarar* (no harm), etc. which construct another important part of jurisprudential principles of environmental civil responsibility. In this writing, some of the most important rules that can justify the environmental indemnification and civil responsibility in Islamic law are put to discussion.

Keywords: wasting, causation, indemnification, civil responsibility, environment, damage.

**A Deliberation on Article 873 of Civil Law
(Generalization of the Inheritance of the Drowned and those
Buried under Debris to other Ambiguous Deaths)**

Muḥammad Barārī Lārīmī, M.A. Graduate Student of Jurisprudence
and Fundamentals of Islamic Law

Dr. Muḥammad Muḥsinī Dihkalānī, Assistant Professor
Mazandaran University

The condition for the legatees inheriting from their legators, as asserted in the first part of article 875 of civil law, is that the legatee is to be alive when the legator dies. Therefore, for someone to inherit from another person, his or her being alive is to be certified at the time of the legator's death. However, article 873 of civil law, in accordance with civil jurisprudence, has excluded (excepted) the case in which the cause of death is drowning or destruction, from the decree of the rule of non-inheritance of the two persons whose

their subsets. In this marketing, there is only one contract in the form of “payment of reward for attracting members.” The present paper concerns with an examination of the defining law for such activities and tries to analyze its permissibility or prohibition according to the Sunnī and Shī‘a arguments.

Keywords: network marketing, pyramidal companies, pyramidal plan, defining law.

The Role of the Wasting and Causation Rules in Environmental Civil Responsibility

‘Aliriḍā Intizārī, Ph.D. Student of Private Law in Tarbiyat Modarres University and Faculty Member of Islamic Azad University of Naraq

Dr. Sayyid Muṣṭafā Muḥaqqiq Dāmād, Professor of Law and Philosophy Shahid Beheshti University

Pollution and destruction of environment and the resulting damages is one of the basic perplexities of modern industrial and urban societies and one of the most essential issues dealt with in environment rights. Thus, given the necessity of indemnification for any damage and loss in most of the legal systems, the study, assessment, and discussion of civil responsibility arising from environmental damages would enjoy a superior status in law. Similarly, in Islamic law there are general principles and rules concerning indemnification and civil responsibility that contain many of the basic functions of civil responsibility. These general rules of

ABSTRACT

A Study of Defining Law for the Activities of an Unsound Network Marketing System

Bībī Raḥīma Ibrāhīmī, Ph.D. Graduate in Jurisprudence and
Fundamentals of Islamic Law
Ferdowsi University of Mashhad

Dr. Ḥusayn Nāṣirī Muqaddam, Associate Professor
Ferdowsi University of Mashhad

Dr. Muḥammad Taqī Fakhlaʿī, Associate Professor
Ferdowsi University of Mashhad

Dr. Saʿīd Muḥsinī, Assistant Professor
Ferdowsi University of Mashhad

Network marketing is a sale distribution method based on profiting plans and the unsound network marketing is its deviated form. In this system, recruiting members suffices and according to the pyramidal plans that the company presents, the recruited person's capital would be divided among the founder, the individuals on top and near the top of the pyramid, and the sponsor. Every person finds a chance to achieve a higher position in the pyramid by expanding

Table of Contents

A Study of Defining Law for the Activities of an Unsound Network Marketing System	9
Bibī Raḥīma Ibrāhīmī- Dr. Ḥusayn Nāṣirī Muqaddam- Dr. Muḥammad Taqī Fakhla‘ī- Dr. Sa‘īd Muḥsinī	
The Role of the Wasting and Causation Rules in Environmental Civil Responsibility	41
‘Alīridā Intizārī- Dr. Sayyid Muṣṭafā Muḥaqqiq Dāmād	
A Deliberation on Article 873 of Civil Law	63
Muḥammad Barārī Lārīmī- Dr. Muḥammad Muḥsinī Dihkalānī	
A Legal Research in the Issue of the Retaliated Punishment (<i>Qisās</i>) of a Mother for Murdering her Child	89
Dr. Muḥammad Ḥasan Ḥā‘irī- Murtaḍā Murādī Gulistānī	
Reappraisal of Renunciation of Ownership in Jurisprudence and Law	105
Ḥusayn Ḥaqqatpūr- Dr. Sayyid Muḥammad Riḍā Imām	
Critical Review and Analysis of Legal Opinions concerning the Rule “The Usurper is Confronted most Severely”	125
Dr. Abulfaḍl ‘Alishāhī Qal‘ajūqī	
Analysis of the Legal Nature of Lease Documents	151
Dr. Jalīl Qanavātī- Marḍiya Dāvarī Langarūdī	
The Impact of Obligation to Assignment of Ownership (<i>Tamlīk</i>) in Imāmī Jurisprudence and Iranian Law	181
Dr. Ismā‘ī Nīmatullāhī	

In the Name of Allah



Islamic Studies

A Quarterly Research Journal of
The Faculty of Theology and Islamic Studies

Issue 89, summer 2012

ISSN 2008-9139

License Holder

Ferdowsi University of Mashhad

Editor in Chief: Dr. M.T. Fakhla'i

Editorial Board

Dr. A. A. Īzādifard

Prof, Dept of Law, Māzandarān Univ

Dr. A. Baqirī

Associate Prof, Dept of Islamic Jurisprudence,
Tehrān Univ

Dr. M. H. Hā'irī

Associate Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. H. Sābirī

Associate Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. M.T. Fakhla'i

Associate Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. S M. Muhaqqiq Dāmād

Prof, Dept of Law, shahīd Bihishtī Univ

Dr. H. Mihrpūr

Prof, Dept of Law, shahīd Bihishtī Univ

Dr. H. Nāsirī

Associate Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Translation of Abstracts

A. Rezwani

Printing & Binding: Ferdowsi University
Press

Circulation: 500

Price: Rs 8000

Address:

Faculty of Theology
University Campus
Azadi Sq.
Mashhad – Iran

Post Code: 9177948955

Tel: (+98511) 8834909

Fax: (+98511) 8834909



ISSN 2008-9139

ISLAMIC STUDIES

Islamic Jurisprudence & Its Principles

The Research Journal
of the Faculty of Theology and Islamic Studies
Issue 89, Summer 2012