



دانشگاه سمنان

مطالعات فقه و حقوق اسلامی

فصلنامه علمی - پژوهشی

سال پانزدهم - شماره سی و یکم - تابستان ۱۴۰۲

۷	■ حمایت از شخص ثالث از طریق نهاد پلکان نسبی در قراردادهای تاجر ورشکسته محسنی لسان، عبدالرحیم مرادی، مهدی انبازی
۳۳	■ نسبی بودن خصیصه تجریدی اسناد تجاری با تأکید بر رویه قضایی رضا مرطعاری، حسین طاهرخانی، ادوئه افروز
۵۷	■ مراحل و کیفیت نظارت مردم بر حکمیت در قالب امر به معروف و نهی از منکر احمد رفیعی، علیرضا مهدی چغری مرندی
۸۱	■ وضعیت شامی زیارت اهل قبور در فقه مازن صادق پیندا، سعید مولوی وردجانی، ساعد فاهیم
۱۱۷	■ تحلیل حکم خودکشی در یوئه جانی فقهی و حقوقی محسنی شکاری
۱۳۹	■ مطالعه فقهی حقوقی قرارداد حمل و نقل کالای قاچاق و ید متصدی حمل و نقل بر مال قاچاق قاسم ذبیحی، علیرضا علی نوری کاشانی
۱۶۱	■ مبانی فقهی و حقوقی نظارت شرعی و رهاکارهای اجرایی شدن آن در نظام بانکداری اسلامی زیب نوری مقدم، علی زاغ احمدی، پورسی صدوقی، جعفر جمدانی
۱۹۱	■ نقش مواد تراریخته در امنیت بهداشتی: روایت زوجین از منظر فقه سیدجواد حسینی، حمزه الشرف، یاسر نبی، سید طه مرصی
۲۱۷	■ واکنشی تعارضی لائوس و لائوس در اجرای قراردادهای نوسانات اقتصادی عبدلکریم گل گزاد، عمرز اسدی، کیه پادا، محمدسورق آنتگران
۲۴۳	■ شیوه های جبران ضرر در نقض حریم خصوصی در حقوق ایران و کانادا علی دلیلی، ایلخانو عباسلو، حبیب امینی
۲۷۱	■ پیشگیری رده مدار از جرائم مرتبط با شبکه های اجتماعی روح اله دهقان، مهدی شیدانیان آرنی، سعید محمود میرخلیلی، اشرفراد دارسی
۲۷۷	■ اثر قراردادهای خصوصی بر تثبیت مسئولیت امین محمد مهدی مومنی، کیما اسماعیلی



شاپا جامی: ۲۰۰۸-۲۰۱۲
شاپا الکترونیکی: ۰۳۳۰-۲۷۱۷

دانشگاه سمنان

مطالعات فقه و حقوق اسلامی

سال پانزدهم - شماره سی و یکم - تابستان ۱۴۰۲



Semnan University

Islamic Law and Jurisprudence Studies

Volume 15, Consecutive Number 31,
Summer 1402

ISSN: 2008-7012
2717-0330

7	■ Third-party protection through the relative nullity in... Elsan.Mostafa-Moradi.Abolrahim-Esari.Mahdi
33	■ The relativity of the abstract feature of negotiable ... Mirtaheri.Reza-Taherkhani.Hosein-Andarz.Davoud
57	■ Stages and quality of people's control over the government ... Rezvani Mofrad.Ahmad-Jafari Harandi.Mahdi
81	■ The status of visiting graves in comparative jurisprudence Pishdadd.Sadeqh-Molavi Vardanjanj.Saeed-Fahim.Mohsen
117	■ Jurisprudence and legal investigation of suicide in Iran's... Ghaffari.Mojtaba
139	■ Legal jurisprudence study of contraband transport... Shafiyi Alavijeh.Ghasem-Nahadi Kashani.Ali
169	■ The Study of Jurisprudential and Legal Foundations of... Navabi Moghadam.Zeynab-Zare. Ali-Yousefi Sadeqeloh.Ahmad-Jamali. Jafar
191	■ The Role of transgenic substances in the health security... Hoseinikhah.Seyyed Javad-Pakniyat. Ashraf-Sarami. Seyfollah
217	■ Analysis of Lazar and Laharaj conflict in the ... Golgoon. Abdolkarim-Asadi Kooohabad.Hormoz-Ahangaran. Mohammad Rasoul
243	■ Ways to compensate for the loss of privacy in the laws of... Rafice.Ali-Abbasloo.Bakhtiyar-Amini.Esa
271	■ Growth-oriented prevention of crimes related to social... Delghani.Rohollah.Sheydaein Arani.Mahdi-Mirkhalili.Seyyed Mahdi-Darabi.Shahrdad
297	■ The effect of private contracts on the narrowing of the... Masomci.Mohammad Mahdi-Esmacilia.Kimia

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ



دانشگاه مینان

فصلنامه علمی- پژوهشی

مطالعات فقه و حقوق اسلامی

سال چهاردهم - شماره سی و یک - تابستان ۱۴۰۲

صاحب امتیاز: دانشگاه سمنان
مدیر مسؤول: دکتر عظیم حمزنیان
سر دبیر: دکتر حمید مسجدسرائی

اعضای هیأت تحریریه (به ترتیب حروف الفبا)

محمد ابوعطا (دانشیار حقوق خصوصی دانشگاه سمنان)
جلیل امیدی (استاد حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه تهران)
علی اکبر ایزدی فرد (استاد فقه و حقوق اسلامی دانشگاه مازندران)
احمد باقری (استاد فقه و حقوق اسلامی دانشگاه تهران)
مصطفی جباری (دانشیار فقه و حقوق اسلامی دانشگاه سمنان)
حمید مسجدسرائی (دانشیار فقه و حقوق اسلامی دانشگاه سمنان)
حسین مهرپور (استاد حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی)

مدیر داخلی: علی برهانی

ویراستار: دکتر حمید مسجدسرائی

مشاور فنی: دکتر رحمان معرفت

ویراستار چکیده‌های انگلیسی: دکتر سحر کریم نیا

نشانی دفتر مجله: سمنان، دانشگاه سمنان، دانشکده علوم انسانی، دفتر مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی، تلفن: ۰۲۳ - ۳۱۵۳۲۱۵۵

پست الکترونیکی: feqh@semnan.ac.ir

آدرس اینترنتی: <http://feqh.journals.semnan.ac.ir>

ناشر: انتشارات دانشگاه سمنان

چاپ: نفیس، سمنان، خیابان ابوذر، تلفن: ۰۲۳ - ۳۳۳۳۵۱۰۵

- این نشریه بر اساس مجوز ۸۸/۷۱۳۰ مورخ ۸۸/۹/۸ اداره کل مطبوعات داخلی وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی منتشر می‌شود.
- این نشریه بر اساس رأی شماره ۸۹/۱۱/۳۶۹۲۵ مورخ ۱۳۸۹/۸/۸ کمیسیون بررسی نشریات علمی کشور، حائز رتبه علمی - پژوهشی شده است.
- این نشریه در مرکز ISC و SID و Noormags نمایه شده است.

راهنمای تنظیم و ارسال مقاله

- ۱- مقاله ای در فرایند بررسی و داوری قرار می گیرد که پیشتر منتشر نشده و برای چاپ یا قرار گرفتن در چرخه بررسی و داوری، همزمان به سایر مجلات علمی ارسال نشده باشد.
- ۲- درج مشخصات کامل نویسنده یا تمامی نویسندگان شامل: نام و نام خانوادگی، مرتبه علمی، نام کامل رشته تخصصی، نام کامل دانشگاه، تلفن ثابت و همراه، فاکس، ایمیل و نشانی پستی، الزامی است. در مقاله های مشترک، نویسنده مسئول باید معرفی گردد.
- ۳- مقاله باید دربردارنده عنوان (گویا و کوتاه)، چکیده فارسی و انگلیسی (بین ۱۰۰ تا ۱۵۰ کلمه) و کلید واژه فارسی و انگلیسی (۳ تا ۵ واژه)، طرح مسأله، تبیین و تشریح استدلالی و تحلیلی موضوع، نتیجه (و پیشنهاد) و فهرست منابع باشد.
- ۴- مقاله باید اصیل و حاصل تحقیق و پژوهش نویسنده بوده و دارای نوآوری باشد. از این رو مقاله ترجمه شده غیر قابل پذیرش است.

۵- راهنمای تنظیم اندازه و قلم مقالات

موضوع	اندازه	فونت
عنوان مقاله	Bold 15	B Zar
اسامی نویسندگان	12	B Zar
متن چکیده فارسی و کلید واژه ها	9	B Zar
تیتراهای اصلی	Bold 14	B Zar
تیتراهای فرعی	Bold 13	B Zar
متن اصلی و ارجاعات درون متنی (بدون نیم فاصله)	13	B Zar
پاورقی ها	10	B Zar
منابع پایانی	11	B Zar

راهنمای تنظیم فاصله ها

موضوع	اندازه
نوع صفحه	A4
تعداد صفحات	حداکثر ۲۷ صفحه
فاصله بین خطوط	۱ (single)
حاشیه بالا	2.5
حاشیه پایین	7.85
حاشیه راست	4.75
حاشیه چپ	4.75

- ۶- اعلام پذیرش مقاله برای چاپ، پس از تایید داوران و مشاوران علمی، منوط به تصویب هیأت تحریریه است.
- ۷- پس از صدور پذیرش، حق چاپ مقاله همواره برای مجله محفوظ است.

- ۸- از ارسال مقاله توسط دانشجو یا دانش آموخته کارشناسی و کارشناسی ارشد به تنهایی و بدون مشارکت استاد خودداری شود.
- ۹- مسئولیت درستی و نادرستی مقاله از هر حیث با نویسنده (گان) است.
- ۱۰- **روش استناد در مقاله باید «درون متنی»** و به شرح زیر باشد:
- **برای کتاب:** (نام خانوادگی نویسنده، سال انتشار: شماره جلد/ شماره صفحه) مانند: (نجفی، ۱۴۱۲: ۵۷/۳).
- اگر از یک نویسنده چند کتاب در یک سال چاپ شده باشد با حروف a, b, c, ... در کنار سال انتشار از یکدیگر مجزای کنیم، نمونه: (جباری، ۱۳۸۲: ۸۵/۴) و (جباری، ۱۳۸۲: ۵۵/۲)
- **برای مقاله:** (نام خانوادگی نویسنده، سال انتشار: شماره صفحه). برای نمونه: (باقری، ۱۳۹۰: ۳۵).
- ۱۱- مواردی چون شرح اصطلاحات، جملات توضیحی و شکل لاتین واژه ها در پانویس آورده شود.
- ۱۲- **فهرست منابع در پایان مقاله** بر حسب حروف الفبایی نام خانوادگی نویسنده و **بدون تفکیک منابع عربی از فارسی**، به شرح زیر تنظیم گردد.
- **برای کتاب:** نام خانوادگی و نام نویسنده (یا نام مشهور برای علمای درگذشته) (سال انتشار)، **نام کتاب (پررنگ شود)**، نام مترجم، شماره جلد، نوبت چاپ، محل چاپ: نام ناشر.
- برای نمونه: نجفی (صاحب جواهر)، محمد حسن (۱۳۹۱ق)، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**، ج ۲، ج ۳، تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- **برای مقاله:** نام خانوادگی و نام صاحب اثر (سال انتشار)، **عنوان مقاله (پررنگ شود)**، نام کامل مجله، شماره مجله، شماره صفحات.
- برای نمونه: باقری، احمد (۱۳۸۶ش)، **حدیث لا ضرر و اختلاف در اثبات حکم**، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۱۹، ۲۵-۴۵.
- نام کتاب و عنوان مقاله باید **سیاه (bold)** شود.
- منابع لاتین بعد از منابع فارسی و عربی به صورت الفبایی انگلیسی درج شود.
- ۱۳- نشریه در قبال ارسال نظرات داوران برای مقالات پذیرفته نشده، تعهدی ندارد.
- ۱۴- حق ویراستاری، تلخیص و چاپ مقاله برای مجله محفوظ است و مقاله دریافتی اعم از این که رد یا پذیرفته شود، بازگردانده نخواهد شد.
- ۱۵- پس از ارسال مقاله به مجله، ارتباط با نویسنده مانند اعلام وصول، وضعیت مقاله در فرایند گردش کار و تمام مکاتبات بعدی تنها از طریق پایگاه الکترونیکی (سامانه) مجله امکان پذیر است. لطفاً از تماس غیر ضروری خودداری کرده و وضعیت مقاله خود را صرفاً از طریق سامانه مجله پیگیری کنید.
- ۱۶- ترتیب چاپ مقالات هر شماره، بر اساس فهرست الفبایی نام خانوادگی نویسنده تنظیم می شود.

فهرست مطالب

صفحه	عنوان
۷	■ حمایت از شخص ثالث از طریق نهاد بطلان نسبی در قراردادهای تاجر ورشکسته مصطفی السان / عبدالرحیم مرادی / مهدی ایثاری
۳۳	■ نسبی بودن خصیصه تجریدی اسناد تجاری با تأکید بر رویه قضائی رضا میرطاهری / حسین طاهرخانی / داود اندرز
۵۷	■ مراحل و کیفیت نظارت مردم بر حاکمیت در قالب امر به معروف و نهی از منکر احمد رضوانی مفرد / مهدی جعفری هرندی
۸۱	■ وضعیت شناسی زیارت اهل قبور در فقه مقارن صادق پیشداد / سعید مولوی وردنجانی / محسن فهیم
۱۱۷	■ تحلیل حکم خودکشی در بوته مبانی فقهی و حقوقی مجتبی غفاری
	■ مطالعه فقهی حقوقی قرارداد حمل و نقل کالای قاچاق و ید متصدی حمل و نقل بر مال قاچاق
۱۳۹	قاسم شفیعی علویجه / علی نهادی کاشانی
	■ مبانی فقهی و حقوقی نظارت شرعی و راهکارهای اجرایی شدن آن در نظام بانکداری اسلامی
۱۶۹	زینب نوایی مقدم / علی زارع / احمد یوسفی صادقلو / جعفر جمالی
۱۹۱	■ نقش مواد تراریخته در امنیت بهداشتی روابط زوجین از منظر فقه سیدجواد حسینی خواه / اشرف پاک نیت / سیف الله صرامی
۲۱۷	■ واکاوی تعارض لاضرر و لاجرح در اجرای قراردادها در نوسانات اقتصادی عبدالکریم گلگون / هرمز اسدی کوه باد / محمدرسول آهنگران
۲۴۲	■ شیوه های جبران ضرر در نقض حریم خصوصی در حقوق ایران و کانادا علی رفیعی / بختیار عباسلو / عیسی امینی
۲۷۱	■ پیشگیری رشد مدار از جرائم مرتبط با شبکه های اجتماعی روح اله دهقانی / مهدی شیدائیان آرانی / سید محمود میرخلیلی / شهرداد دارابی
۲۹۷	■ اثر قراردادهای خصوصی بر تضییق مسئولیت امین محمد مهدی معصومی / کیمیا اسماعیلی

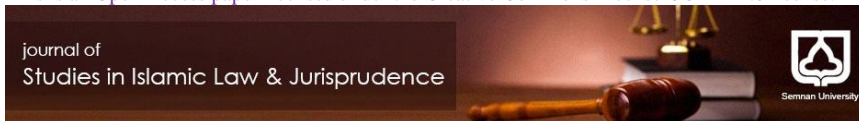
اسامی داوران

- مهدی حمزه هویدا (استادیار حقوق خصوصی دانشگاه بوعلی سینا همدان)
- مسعود بسامی (استادیار حقوق جزا و جرمشناسی دانشگاه پیام نور)
- سید محمد مهدی ساداتی (استادیار حقوق جزا و جرمشناسی دانشگاه شیراز)
- محمد عابدی (استادیار حقوق خصوصی دانشگاه فردوسی مشهد)
- محمد ابو عطا (دانشیار حقوق خصوصی دانشگاه سمنان)
- حمید مسجدسرائی (دانشیار فقه و حقوق اسلامی دانشگاه سمنان)
- بی بی رحیمه ابراهیمی (استادیار فقه و حقوق اسلامی دانشگاه علامه مطهری مشهد)
- سید مهدی موسوی (دانش آموخته دکتری فقه و حقوق اسلامی دانشگاه سمنان)
- محمد حسن نجاری (دانش آموخته دکتری فقه و حقوق اسلامی دانشگاه سمنان)
- بیژن حاجی عزیزی (دانشیار حقوق خصوصی دانشگاه بوعلی سینا همدان)
- محمد حسن حسینی (استادیار حقوق جزا و جرمشناسی دامغان)
- سعید مولوی وردنجانی (استادیار حقوق خصوصی دانشگاه شهرکرد)
- سید مجتبی حسین نژاد (استادیار فقه و حقوق اسلامی)
- حامد رستمی نجف آبادی (استادیار فقه و حقوق اسلامی دانشگاه مذاهب)
- مهدیه غنی زاده (استادیار فقه و حقوق اسلامی دانشگاه قم)

Islamic Law and Jurisprudence Studies
Volume 15, Consecutive Number 31, Summer 2023
Issn:2717-0330

Journal Homepage: <https://feqh.semnan.ac.ir/>

This is an Open Access paper licensed under the Creative Commons License CC-BY 4.0 license.



Third-party protection through the relative nullity in bankrupt merchant contracts

Elsan.Mostafa1*- Moradi.Abolrahim2-Esari.Mahdi3

1: Associate Professor of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran: Corresponding Author
(mostafaelsan@yahoo.com)

2: Department of Law and Theology, Islamic Azad University, Semnan Branch, Semnan, Iran.

3: Department of Law and Theology, Islamic Azad University, Semnan Branch, Semnan, Iran.

Bankruptcy judgment has the greatest effect on the trader's transactions before and after the date of stop of payment, Article 423 of the Commercial Code adopted in 1311 has annulled the legal actions of the trader in case of reduction or restriction of his property. The basis for the invalidity of these legal acts after the date of cessation is the prohibition of the trader from making a transaction with the intention of evading the payment of creditors' debts, which is rooted in public order. According to the provisions of the Bankruptcy Law in Articles 418, 423, and 557 of the Commercial Code and the legal doctrine and jurisprudence, it can be found that some transactions of the trader after the date of cessation are relatively void; That is, the transaction between the two parties is valid; But it cannot be relied on against creditors and can be revoked. Others, as mentioned in Article 557 of the Commercial Code, are absolutely invalid. In this article, while explaining the rules for recognizing relative and absolute invalidity in the transactions of a bankrupt trader and the different dimensions of these rules, the consequences of each of these institutions in relation to the trader with the parties to the transaction and their relationship with creditors are tried. In particular, third parties should be investigated during and after the liquidation, and the effect of the invalidity of the transactions of the bankrupt trader shall be considered limited to both parties to the contract and the third party shall be protected from the adverse effects of these transactions in good faith.

Keywords: Bankruptcy, Stop of Payment, Contract, Absolute Nullity, Relative Nullity.

- M. Elsan- A. Moradi, M. Esari (2023). Third-party protection through the relative nullity in bankrupt merchant contracts, *Islamic Law and Jurisprudence Studies*, 15(31), 7-32.

[Doi: 10.22075/feqh.2022.25483.3119](https://doi.org/10.22075/feqh.2022.25483.3119)



فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی

سال ۱۵- شماره ۳۱- تابستان ۱۴۰۲

صفحات ۷-۳۲ (علمی- پژوهشی)

تاریخ: وصول ۱۴۰۰/۰۹/۲۵- بازنگری ۱۴۰۱/۰۱/۰۹- پذیرش: ۱۴۰۱/۰۱/۱۶

حمایت از شخص ثالث از طریق نهاد بطلان نسبی در قراردادهای تاجر ورشکسته

مصطفی السان^۱ / عبدالرحیم مرادی^۲ / مهدی ایثاری^۳

mostafaelsan@yahoo.com

۱: دانشیار حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)

۲: گروه حقوق و الهیات، واحد سمنان، دانشگاه آزاد اسلامی، سمنان، ایران.

۳: گروه حقوق و الهیات، واحد سمنان، دانشگاه آزاد اسلامی، سمنان، ایران.

چکیده

از مهم ترین آثار حکم ورشکستگی تأثیری است که این حکم بر معاملات تاجر قبل و بعد از تاریخ توقّف می گذارد؛ ماده ۴۲۳ قانون تجارت اعمال حقوقی تاجر را در صورت کاهش یافتن یا مقید شدن دارائی وی، باطل اعلام کرده است مبنای بطلان این اعمال حقوقی بعد از تاریخ توقّف، منع تاجر از انجام معامله به قصد فرار از پرداخت دیون طلبکاران است که ریشه در نظم عمومی دارد. با توجه به مقررات مربوط به ورشکستگی در مواد ۴۱۸، ۴۲۳ و ۵۵۷ قننون تجارت و دکترین حقوقی و رویه قضایی می توان دریافت که برخی از معاملات تاجر پس از تاریخ توقّف به صورت نسبی باطل است؛ یعنی معامله بین دو طرف نافذ است؛ اما در برابر طلبکاران قابل استناد نبوده و قابل ابطال است. برخی دیگر آنچنان که در ماده ۵۵۷ قانون تجارت ذکر شده، به صورت مطلق باطل است. در این میانه، شخص ثالثی که فارغ از همه این آثار، قراردادی را بدون سوء نیت متعقد می کند بیشترین آسیب را خواهد دید. در این مقاله سعی شده است ضمن تبیین قواعد حاکم برای تشخیص بطلان نسبی و مطلق در معاملات تاجر ورشکسته و ابعاد مختلف این قواعد، تبعات هریک از نهادهای مزبور در رابطه تاجر با اشخاص طرف معامله با وی و نیز رابطه آنان با طلبکاران و به خصوص اشخاص ثالث در حین تصفیه و پس از آن بررسی شود و اثر بطلان معاملات تاجر ورشکسته محدود به دو طرف قرارداد تلقی و شخص ثالث با حسن نیت از آثار سوء این معاملات مصون بماند. **کلیدواژه:** ورشکستگی، توقّف، معاملات، بطلان مطلق، بطلان نسبی.

- السان، مصطفی؛ مرادی، عبدالرحیم؛ ایثاری، مهدی (۱۴۰۲). حمایت از شخص ثالث از طریق نهاد بطلان نسبی در قراردادهای تاجر ورشکسته. *مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی دانشگاه سمنان*، شماره ۳۱، صفحات ۷-۳۲.

Doi: [10.22075/feqh.2022.25483.3119](https://doi.org/10.22075/feqh.2022.25483.3119)

مقدمه

در نظام حقوق مدنی ایران، بطلان عقد مطلق است و به دشورای می توان موردی را تصور کرد که عقد بین دو طرف نافذ و در برابر اشخاص خارج از عقد، باطل باشد یا برعکس (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۳۲۷)؛ اما در حقوق تجارت شاهد معاملاتی هستیم که نسبت به اشخاص ثالث نامعتبر و نسبت به دو طرف قرارداد معتبر و قابل استناد است. مواد ۱۲۹، ۱۳۰، ۱۰۰، ۲۷۰ و ۵۵۷ قانون تجارت به معاملات و اقداماتی اشاره دارد که تأیید می کند مفهوم بطلان نسبی قراردادها در حقوق ما نیز هرچند به صورت محدود، پذیرفته شده است. البته برخی از حقوقدانان ضمن تأکید بر بطلان مطلق بودن چنین اعمالی به عدم قابلیت استناد آن در برابر اشخاص ثالث اشاره کرده اند (شهیدی، ۱۳۸۰: ۷۴/۲). در احادیث^۱ نیز معلوم است که مفلس از تصرف در مال خود ممنوع است؛ خواه تصرف ابتدایی (مانند فروش یا خرید) خواه تصرف ابتدایی نباشد، مانند فسخ عقدی که قبل از تاریخ صدور حجر صوت داده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۶۰۰/۱)؛ زیرا فلسفه حجر شخص مفلس در شرع و در پی آن محجور انگاشته شدن وی، به دلیل رعایت مصلحت دیگران است (علامه حلی، بی تا: ۷۲/۲) و مفلس (به ضمه میم و فتحه فاء و تشدید لام) کسی است که حاکم او را مفلس خوانده و از تصرف در اموال ممنوع نماید

۱. موثقه عمار عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «كان أمير المؤمنين (عليه السلام) يحبس الرجل إذا التوى على غرمانه، ثم يأمر فيقسم ماله بينهم بالحصص، فان أبي باعه فيقسمه بينهم، يعني ماله»؛ و رواه غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه (عليهما السلام) أن علياً (عليه السلام)، كان يفلس الرجل إذا التوى على غرمانه ثم يأمر به فيقسم ماله» الحديث المتقدم و ما رواه، في التهذيب عن الأصعب بن نباته عن أمير المؤمنين (عليه السلام) أنه قضى أن يحجر على الغلام حتى يعقل و قضى (عليه السلام) في الدين أنه يحبس صاحبه، فان تبين إفلاسه و الحاجة فيخلى سبيله حتى يستفيد مالا، و قضى (عليه السلام) في الرجل يلتوى على غرمانه أن يحبس، ثم يأمر به فيقسم ماله بين غرمانه بالحصص، فان أبي باعه فيقسمه بينهم» و رواه الصدوق في الفقيه، و زاد لفظ المفسد بعد الغلام في صدر الخبر و رواه السكوني عن جعفر عن أبيه (عليهما السلام) عن علي (صلوات الله عليه) «أنه كان يحبس في الدين ثم ينظر فان كان له مال أعطى الغرمان، و ان لم يكن له مال دفعه الى الغرمان، فقال لهم: اصنعوا به ما شئتم، ان شئتم آجروه، و ان شئتم فاستعملوه» (بحرانی، بی تا: ۳۸۴/۲۰).

حمایت از شخص ثالث از طریق نهاد بطلان نسبی در قراردادهای تاجر ورشکسته ————— ۹

و از اینرو ورشکسته ای است که حاکم، حکم به افلاس او کرده و وی را از تصرف در اموالش ممنوع ساخته است. فقها اتفاق نظر دارند که میزان بدهکاری موجب ممنوعیت مفلس از تصرف در اموال خود نمی شود مگر پس از آن که حاکم علیه او حکم صادر کند (محقق داماد، ۱۳۸۹: ۱۲۲).

نظام حقوقی حاکم بر معاملات تاجر ورشکسته مبتنی بر اصل تساوی طلبکاران^۱ است؛ اصل مزبور آمره بوده و در راستای حفظ نظم عمومی و حمایت از طلبکاران وضع شده است؛ به این معنا که اداره تصفیه و امور ورشکستگی یا مدیر تصفیه به نمایندگی از طلبکاران تاجر ورشکسته، می تواند حسب مورد درخواست بطلان معاملات تاجر ورشکسته را در صورتی که متضمن یکی از فقرات ماده ۴۲۳ یا ماده ۵۵۷ ق.ت باشد در محاکم حقوقی مطرح نماید.

در یک دسته بندی کلی، معاملات تاجر ورشکسته را می توان به سه دوران تقسیم کرد: الف. معاملاتی که قبل از تاریخ توقف منعقد شده است؛ ب. معاملاتی که از تاریخ توقف تاجر تا تاریخ صدور حکم ورشکستگی منعقد می گردند؛ ج. معاملاتی که بعد از صدور حکم ورشکستگی منعقد می شوند.

هرگاه تاجر در این سه دوره زمانی، معامله ای نماید که سود متعارفی حاصل نکند یا با زیانی همراه باشد، به جهت وجود قرائن احتمالی بر قصد فرار از پرداخت دیون، مورد بدگمانی طلبکاران قرار می گیرد (اسکینی، ۱۳۸۷: ۸۶). با این حال T معاملات تاجر ورشکسته دارای ابعاد متعددی است و مسؤلیت شخص تاجر و طرف معامله او نسبت به یکدیگر و همچنین مسؤلیت آنان نسبت به طلبکاران (اشخاص ثالث) - چه در حین تصفیه و چه پس از آن و حتی بعد از اعاده اعتبار - از مسائل مهم در این زمینه به شمار می رود که جای بررسی تحلیلی جامع و کامل آن، علیرغم مطالعات انجام یافته در دکترا، همچنان باقی است (اسکینی، ۱۳۸۷: ۷۹؛ احمدی و استانی، ۱۳۴۱: ۱۳۳)، ما در بررسی موضوع با این پرسش ها مواجه می شویم:

۱- در چه موارد و چگونه معاملات تاجر ورشکسته با حکم وضعی بطلان مطلق و بطلان نسبی مواجه است؟

۲- منظور از تصفیه دیون ورشکسته که می‌تواند بر آثار بطلان معاملات تاجر نیز مؤثر باشد چیست؟ آیا تصفیه مذکور موقتی است یا آثار دائمی دارد؟

۳- آثار وضعی یا قانونی و عملی هر یک از نظریات بطلان نسبی و مطلق بر معاملات تاجر ورشکسته و میزان مسؤلیت او و طرف معامله وی و طلبکاران و اشخاص ثالث چیست؟

در این پژوهش سعی شده با توجه به قواعد حاکم بر مقررات ورشکستگی در حقوق ایران به پرسش‌های اخیر به فراخور پاسخ مناسب داده شود.

۱- معاملات تاجر ورشکسته

در این گفتار، معاملات تاجر ورشکسته، به تفکیک قبل و بعد از تاریخ توقّف، از حیث بطلان یا صحّت مورد بررسی قرار می‌گیرند.

۱-۱- معاملات تاجر ورشکسته قبل از تاریخ توقّف

در نظام حقوقی ایران به حکم اصل صحت و ماده ۲۲۳ قانون مدنی (قانون مادر)، معاملات تاجر ورشکسته قبل از تاریخ توقّف صحیح فرض می‌شوند؛ زیرا تاجر مانند هر شخص دیگری مختار است که هر معامله‌ای را با دیگری منعقد نماید اما صحّت معاملات تاجر قبل از توقّف، در دو مورد مانند سایرین در معرض تردید قرار می‌گیرد:

الف. معاملات صوری

در تعریف معامله صوری گفته‌اند: «هر معامله که ظاهر آن خلاف باطن آن باشد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۳۴۲۱/۵). در واقع قصد طرفین، انعقاد معامله نیست و معامله‌ای در واقع و باطن امر، منعقد نشده است. در بطلان این معاملات بین تاجر و غیر آن تفاوتی وجود ندارد. علاوه بر مدیر تصفیه یا اداره تصفیه به نمایندگی از طلبکاران تاجر، خود تاجر نیز می‌تواند بطلان چنین معاملاتی را از دادگاه بخواهد. نمونه‌ای از این نوع معاملات، مانند موردی است که شخصی ملک خود را به ظاهر در قالب بیع به نام

دیگری منتقل می کند تا انتقال گیرنده صوری بتواند از آن طریق وامی از بانک بگیرد. در اینجا برخلاف ظاهر امر، هدف از انعقاد عقد بیع، انتقال مالکیت میع به انتقال گیرنده نیست و وام گیرنده نیز قصدی بر تملک میع ندارد. ماده ۴۲۶ ق.ت در این زمینه، حکم قاطعی بدین شرح دارد: «اگر در محکمه ثابت شود که معامله به طور صوری یا مسبوق به تبانی بوده است آن معامله خود به خود باطل، عین و منافع مالی که موضوع معامله بوده مسترد و طرف معامله اگر طلبکار شود جزو غرماء، حصه غرمایی خواهد برد». این ماده حکایت از «بطلان مطلق» این نوع معاملات حتی نسبت به خود تاجر دارد و اثر حقوقی بر آن بار نمی شود^۱ و می توان چنین واکنشی را ضمانت اجرای ورشستگی به تقلب دانست.

ب. معامله به قصد فرار از پرداخت دین

۱. برای نمونه می توان در رویه قضایی برای پذیرش بطلان معامله به علت صوری بودن به دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۲۰۰۲۳۵ به تاریخ ۱۳۹۳/۰۳/۱۲ صادر شده از شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران نگاه کنید: «با توجه به این که تجدیدنظرخواهی خانم م.ک. با وکالت آقای ی.ح. و خانم س.ر. به طرفیت خانم م.ز. با وکالت آقای م.ظ. نسبت به دادنامه شماره ۱۰۱۸ مورخ ۹۱/۱۰/۳۰ شعبه ۱۸۵ دادگاه عمومی حقوقی تهران متضمن صدور حکم به بطلان معامله و سند انتقال شماره ۴۵۵۸۸ مورخ ۹۱/۱/۲۰ دفترخانه ... تهران در مورد شش دانگ یک دستگاه آپارتمان طبقه هم کف جزء پلاک ثبتی ۳/۳۶۴۸۰ قطعه اول مفروز و مجزا شده از پلاک ثبتی ۲۰۶۹۹ بخش ۱۲ تهران فی مابین آقای م.ز. به عنوان فروشنده و تجدیدنظرخواه به عنوان خریدار متکی بر ایراد موجه و مدلل مؤثر در نقض و بی اعتباری دادنامه معترض عنه نمی باشد و با توجه به این که مدیونیت فروشنده به موجب سند رسمی نکاحیه در قبال تجدیدنظر خوانده محرز بوده و در زمان معامله زوجین دارای اختلاف شدیدی بوده اند و احکام کیفری استنادی مضبوط در پرونده به طور واضح گویای اختلاف اساسی بین زوجین می باشد و با توجه به این که فروش رسمی آپارتمان از سوی زوج به تجدیدنظرخواه که زن عمویش می باشد بدون دریافت ثمن و اخذ سند وکالت بلاعزل در رابطه با همان آپارتمان دو روز بعد از معامله از خریدار مؤید صوری بودن معامله می باشد و قرارداد عادی تنظیمی بین شوهر خریدار و فروشنده در رابطه با زمین مشاعی در قم به تاریخ مؤخر و درج آپارتمان مبحث^۲ عنه به عنوان بخشی از ثمن قرارداد عادی که به نظر جهت توجیه معامله رسمی و صحیح موجه دادن معامله باطل ارائه گردیده قابل اعتنا نمی باشد و با توجه به این که رأی دادگاه بدوی با بررسی اسناد و مدارک طرفین و موافق مقررات قانونی و با رعایت اصول دادرسی صادر شده، از این رو به تجویز ماده ۳۵۸ قانون آئین دادرسی مدنی، با رد اعتراض دادنامه تجدیدنظر خواسته تأیید و استوار می گردد. این رأی قطعی است.»

ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت های مالی، وحدت قصد (تبانی) انتقال دهنده و انتقال گیرنده را برای بازگرداندن مال موضوع انتقال ضروری می‌داند. علاوه بر این، هیأت عمومی دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه شماره ۷۷۴-۲۰/۱/۱۳۹۸^۱ «شرط محکومیت بدهکار» را به شرایط تحقق «بزه معامله به قصد فرار از پرداخت دین» و تبعاً بطلان این معاملات افزوده است که به جهت مغایرت آن با «مفهوم وثیقه عمومی اموال بدهکار در قبال طلبکاران» قابل تأمل است.

با در نظر گرفتن مواد ۲۱۸ و ۲۱۸ مکرر قانون مدنی اگر اموال تاجر ورشکسته با وحدت قصد فرار از پرداخت دیون، بین دو طرف مورد معامله قرار گیرد، حتی اگر صوری هم نباشد، محکوم به بطلان است. اثر وضعی بطلان چنین معاملاتی در قسمت اخیر ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت های مالی مقرر شده است، لیکن قانون تجارت در این خصوص در ماده ۴۲۴، حکم خاص و نظام ویژه‌ای را پیش بینی کرده است.

وفق ماده مزبور، معاملات تاجر ورشکسته حتی اگر با وحدت قصد (تبانی) فرار از پرداخت دین بین تاجر و طرف او منعقد گردیده، هر چند محمول بر صحت می‌باشد، اما قابل فسخ تلقی شده است. بدین ترتیب نمی‌توان حکم عام ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای

۱. رأی وحدت رویه شماره ۷۷۴-۲۰/۱/۱۳۹۸ هیأت عمومی دیوان عالی کشور: «نظر به اینکه قانونگذار در ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت های مالی مصوب ۲۳/۴/۱۳۹۴، در مقام تعیین مجازات برای انتقال دهندگان مال با انگیزه فرار از دین، به تعیین جزای نقدی معادل نصف محکوم به و استیفای محکوم به از محل آن تصریح کرده است و نیز سایر قوانین موجود در قانون مزبور کلاً بر لزوم سبق محکومیت قطعی مدیون و سپس، انتقال مال از ناحیه وی با انگیزه فرار از دین دلالت دارند که در این صورت موضوع دارای جنبه کیفری است لذا با عنایت به مراتب مذکور در فوق و اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها، به نظر اکثریت اعضای هیأت عمومی دیوان عالی کشور رأی شعبه سی و هشتم دیوان عالی کشور که مستدعی اعاده دادرسی را قبل از محکومیت قطعی به پرداخت دین، غیر قابل تعقیب جزائی دانسته است در حدی که با این نظر انطباق دارد صحیح و منطبق با قوانین موضوعه تشخیص می‌گردد. این رأی در اجرای ذیل ماده ۴۷۱ قانون آئین دادرسی کیفری، در موارد مشابه برای کلیه مراجع قضایی و غیر قضایی لازم‌الاتباع است.

حمایت از شخص ثالث از طریق نهاد بطلان نسبی در قراردادهای تاجر ورشکسته ————— ۱۳

محکومیت های مالی را ناسخ حکم خاص ماده ۴۲۴ ق.ت دانست و حتی پس حصول شرایط مقرر در ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت های مالی با استناد به رأی وحدت رویه مار الذکر به بطلان معاملات تاجر نظر داد، بلکه صرفاً مدیر یا اداره تصفیه می تواند فسخ چنین معاملاتی را مطابق شرایطی که در ماده ۴۲۴ ق.ت قید شده است از دادگاه بخواهد که می توان آن را ضمانت اجرای ورشکستگی به تفسیر دانست.

۲-۱- معاملات تاجر ورشکسته پس از تاریخ توقف تا صدور حکم ورشکستگی

تاجری که اختلال در وضعیت اقتصادی خود را درک می کند و ناتوان از پرداخت دیون است باید از انجام معاملاتی که به زیان طلبکاران است، خودداری کند؛ در غیر این صورت، سوء نیت او مفروض است و در مظان اتهام فرار از پرداخت دیون است؛ به همین خاطر، معاملاتی که تاجر در این مدت به زیان بستانکاران منعقد می کند بر اساس بندهای سه گانه ماده ۴۲۳ ق.ت باطل و بلااثر است و اگر معامله واقع شده موجب زیان برای طلبکاران نشود نمی توان چنین معامله ای را باطل دانست. برای مثال، تسهیلاتی که تاجر ورشکسته در این زمان اخذ می کند هرچند متضمن شرط سود هم باشد موجب بطلان قرارداد نمی شود.^۱ دلیل بطلان معاملات موضوع ماده ۴۲۳ ق.ت نیز مشخص است

۱. برای نمونه در دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۷۰۰۴۵۲ به تاریخ ۱۳۹۲/۰۶/۲۷ صادر شده از شعبه هفتم دادگاه تجدیدنظر استان تهران آمده است: «تجدیدنظرخواهی بانک س. به طرفیت ۱- اداره تصفیه ورشکستگی به قائم مقامی از آقای م.ت.ش. ۲- ش. نسبت به دادنامه شماره ۷۳۵ مورخ ۱۳۹۱/۷/۱۵ صادره از شعبه ۱۹ دادگاه عمومی حقوقی تهران که مشعر بر ابطال ضمانت نامه موضوع قرارداد مشارکت مدنی شماره ۱۱۰۵۵۴/۱ - ۱۳۷۹/۲/۱۴ و تعهدنامه راجع به آن بوده ملاً وارد و موجه است؛ زیرا که هرچند به موجب دادنامه شماره ۴۶۷ - ۱۳۸۶/۵/۲۲ شعبه ۱۹ دادگاه عمومی حقوقی تهران با صدور حکم ورشکستگی آقای م.ت. تاریخ توقف وی از ۱۳۷۸/۸/۱۱ اعلام گردیده که موجب بی اعتباری معاملات ناقله مضر به حال طلبکاران در دوره مشکوک می گردد لیکن در مانحن فیه آقای ت.ش. به مدیریت از شرکت... (سهامی خاص) اقدام به اخذ تسهیلات و منابع مالی از تجدیدنظرخواه نموده که معامله ضرری تلقی نمی گردد مضافاً این که بانک س. خود از طلبکاران شرکت با لحاظ تعهد مدیریت آن بوده و موضوع از شمول بند ۳ ماده ۴۲۳ ق.ت خارج است همچنین حکم مقرر در ماده ۵۵۷ از ق.ت باید با مواد ۴۱۸ و ۴۲۳ قانون مرقوم تجمیع و تفسیر نمود که اجمالاً ناظر به معاملات و قراردادهای منعقد

زیرا از تاریخ توقّف، تاجر ناتوان از انجام تعهدات، باید اموال خود را در اختیار کلیه بستانکاران با نمایندگی مدیر تصفیه بگذارد تا به طور منصفانه بین آنان تقسیم شود و مکلف است از انجام هرگونه اقداماتی که باعث از بین رفتن اموال مزبور می‌شود یا موجب اولویّت دادن برخی از بستانکاران بر دیگران می‌گردد خودداری نماید.

الف. صلح، هبه، نقل و انتقال رایگان

صلح محاباتی یا هبه و هر نوع تصرّفات حقوقی متضمّن نقل و انتقال رایگان - که باعث واگذاری بخشی از اموال تاجر به اشخاصی است که هیچگونه حقّ یا طلبی از تاجر ندارند و در نتیجه، این تصرّفات تاجر، بخشی از اموال را که متعلّق به بستانکاران است به دیگری واگذار می‌شود - محکوم به بطلان می‌باشد؛ چراکه دارایی تاجر در گرو بستانکاران است و دارایی یا ملک طلق نیست.

ب. پرداخت دیون برخی از طلبکاران

تاجر باید از پرداخت بدهی خویش در دوران توقّف خودداری نماید؛ چراکه این اقدامات نه تنها با اصل تساوی طلبکاران مغایرت دارد، بلکه موجب تضییع حقوق بستانکار دیگر می‌شود. از اینرو، تاجر باید در دوارن توقّف از پرداخت دیون امتناع کند یا ممنوع شود تا وضع دارایی او معلوم گردد و به نسبت بین بستانکاران تقسیم شود (ستوده تهرانی، ۱۳۸۷: ۱۷۸). رأی وحدت رویه شماره ۱۳۷۰/۰۳/۲۸۵۶۱ هیأت عمومی دیوان عالی کشور به در بطلان چنین پرداخت‌هایی مقرر می‌دارد: «... بنابراین در هر مورد که بعد از تاریخ توقّف، حکمی مستقیماً علیه تاجر متوقّف در مورد بدهی او به بعضی از بستانکاران وی صادر و اجرا شود، کلیه عملیات اجرایی و نقل و انتقالات

توسط غیر تاجر ورشکسته و یا معاملات اضرائی برای هیأت‌غرمایی است و در خصوص معامله موضوع این دعوا مصداق ندارد لذا رأی معترضّ عنه که برخلاف این استدلال انشاء گردیده مخدوش و دادگاه ضمن اجابت درخواست تجدیدنظرخواهی واصله مستنداً به ماده ۳۵۸ از قانون آیین دادرسی مدنی دادنامه تجدیدنظرخواسته را نقض و در اصل با اعمال ماده ۱۲۵۷ از قانون مدنی حکم به ردّ دعوی بدوی صادر و اعلام می‌نماید رأی صادره قطعی است.»

حمایت از شخص ثالث از طریق نهاد بطلان نسبی در قراردادهای تاجر ورشکسته ————— ۱۵

مربوط که متضمن ضرر سایر طلبکاران تاجر ورشکسته می‌باشد، مشمول ماده (۴۲۳) ق.ت بوده و باطل و بی اعتبار است ...».

ج. مقید نمودن اموال تاجر

بعد از تاریخ توقّف نیز تاجر حق ندارد معامله‌ای انجام دهد که مقداری از اموال منقول و غیر منقول او را مقید نماید تا به ضرر طلبکاران تمام شود. منظور از مقید نمودن اموال نیز آن است که تاجر مقداری از اموال خود را برای تضمین بدهی خود به رهن یا گرو بسپارد و چون بستانکار دارای حق وثیقه برای وصول مطالبات خود از حاصل فروش مال مرهونه دارای حق رجحان است بدین وسیله تاجر برای بعضی از طلبکاران خود حق تقدّم ایجاد می کند که با اصل تساوی حقوق بستانکاران مغایرت دارد (ستوده تهرانی، ۱۳۸۷: ۱۸۰).

معاملاتی را که مشمول ماده ۴۲۳ ق.ت می شوند، باید معاملات قابل ابطال تلقی کرد. یعنی تا زمانی که مدیر یا اداره تصفیه به نمایندگی از طلبکاران بطلان چنین معاملاتی را نخواهند این معاملات اصولاً صحیح و قابل احترام هستند که از این منظر، با مفاهیمی چون قابل استناد نبودن قرارداد نسبت به اشخاصی دیگر نزدیک می شود.

۳-۱- معاملات تاجر ورشکسته پس از صدور حکم ورشکستگی

تاجر ورشکسته از تاریخ صدور حکم از مداخله در تمام اموال خود ممنوع بوده و اداره تصفیه امور ورشکستگی قائم مقام قانونی وی محسوب می شود. بنابراین نمی تواند شخصا دعوایی مطرح نماید و دعوای طرح شده علیه تاجر ورشکسته نیز قابلیت استماع ندارد. چنین دعوایی، از جمله باید به طرفیت مدیر یا اداره تصفیه به عنوان نماینده تاجر ورشکسته در امور مالی اقامه شود.^۱

۱. برای نمونه در دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۷۰۴۰۰۱۰۰ به تاریخ ۱۳۹۳/۱۰/۳۰ صادر شده از شعبه ۵۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در مورد اهلیت نداشتن تاجر در دفاع از دعوای پس از صدور حکم ورشکستگی آمده است: «در خصوص تجدیدنظرخواهی اداره تصفیه امور ورشکستگی به قائم مقامی از آقای ع.ن. علیه آقای ع.ج. از دادنامه شماره ۳۱۲ مورخ ۱۳۹۲/۴/۳۰ شعبه ۴۴ دادگاه عمومی حقوقی تهران که به موجب آن مفاد دادنامه غیابی

برخی از فقها، اقدامات بدهکار برای فرار از پرداخت دین طلبکاران را محکوم به بطلان دانسته و معتقدند که شخص بدهکار به منظور احتیاط در حفظ حقوق طلبکاران، از تصرف منع می شود؛ پس اگر چنین شخصی در اموال ممنوع خود تصرف نماید تصرفش باطل خواهد بود؛ خواه در مقابل عوض باشد مثل بیع، اجاره؛ و یا در مقابل عوض نباشد مانند عتق و هبه (خمینی، ۱۳۷۵: ۳۱/۲؛ نجفی، ۱۳۶۲: ۲۸۲/۲۵).

قائم مقامی مدیر تصفیه از تاجر ورشکسته را باید تعبیر به «نماینده‌گی» کرد. در واقع، برخلاف ظاهر ماده ۴۱۹ ق.ت و با رعایت اصل حکومت قانون شکلی (ق.آ.د.م) بر قانون ماهوی (ق.ت) در موضوع کاملاً شکلی، دعاوی علیه تاجر ورشکسته باید به طرفیت خود تاجر طرح شده و در عین حال، مشخصات مدیر تصفیه تاجر در ستون خواننده به عنوان نماینده خواننده قید شود؛ زیرا از یک سو، تاجر با ورشکستگی اهلیت تمتع خود را از دست نمی دهد و می تواند طرف دعوای مالی یا غیرمالی قرار گیرد و از سوی دیگر، مدیر تصفیه یا اداره تصفیه نفع مستقیمی در دعوای مالی که علیه تاجر

شماره ۸۱۰ مورخ ۱۳۹۰/۸/۱۰ شعبه مزبور تأیید گردیده و بر اساس دادنامه غیابی آقای ع.ن. به پرداخت وجوه دو فقره چک به شماره های ۸۳۲۲۶۹۹۶۰۹ مورخ ۸۶/۴/۱۶ و ۸۶/۴/۱۶ مورخ ۱۳۸۶/۰۴/۱۶ عهده بانک م. شعبه م. جمعاً به مبلغ ۱۸۵/۰۰۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال به انضمام خسارات دادرسی در حق تجدیدنظر خواننده محکوم گردیده است و همچنین دعوای متقابل اداره تصفیه امور ورشکستگی علیه آقای ع.ج. مبنی بر استرداد لاشه های چک های مدرکیه به لحاظ فقد دلیل اثباتی مبنی بر پرداخت وجوه چک های مزبور مردود اعلام گردیده است با دقت در محتویات پرونده نظر به این که به موجب مفاد دادنامه شماره ۷۹۴ مورخ ۱۳۹۱/۹/۷ شعبه ۳۸ دادگاه عمومی حقوقی تهران حکم ورشکستگی آقای ع.ن. با تاریخ توقف ۸۸/۱/۱ صادر گردیده است و با توجه به این که بر اساس مواد ۴۱۸ و ۴۱۹ ق.ت تاجر ورشکسته از تاریخ صدور حکم از مداخله در تمام احوال خود ممنوع می باشد و اداره تصفیه و امور ورشکستگی قائم مقام قانونی وی محسوب می گردد لذا دعوای طرح شده علیه وی در مرحله بدوی قابلیت استماع نداشته و تجدیدنظر خواننده می بایست علیه اداره تصفیه ورشکستگی اقامه دعوا نماید ضمن آن که با عدم استماع دعوای اصلی دعوای تقابلی اداره تصفیه ورشکستگی نیز که دعوای تبعی محسوب می گردد نیز قابلیت استماع ندارد بنابراین تجدیدنظر خواهی از این حیث وارد تشخیص مستنداً به مواد ۲ و ۳۴۸ و ۳۵۸ قانون آئین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی با نقض دادنامه تجدیدنظر خواسته قرار ردّ دعوای تجدیدنظر خواننده در مرحله بدوی صادر و اعلام می نماید. این رأی قطعی است.»

حمایت از شخص ثالث از طریق نهاد بطلان نسبی در قراردادهای تاجر ورشکسته ————— ۱۷

ورشکسته طرح می‌گردد، ندارند. ماده ۴۱۹ ق.ت. را نیز باید بر همین مبنا تفسیر نمود تا منتهی به جهل یا اشتباه مقنن - که اصل بر عدم آن است - نگردد (افتخار جهرمی و السان، ۱۳۹۹: ۵۷/۳-۵۸).

الف. معاملات همراه با سوء نیت

بنابر دیدگاه برخی از دانشمندان حقوق تجارت، در مورد ماده ۵۵۷ ق.ت، این ماده ناظر به معاملات و اقدامات مجرمانه‌ای است که در مواد ۵۵۱ تا ۵۵۶ قانون مذکور آمده است (اسکینی، ۱۳۸۷: ۸۵). این اقدامات اگرچه هر کدام می‌تواند مشمول ماده ۴۲۳ ق.ت شوند اما الزاماً هر یک از معاملات و اقدامات موضوع بند های سه گانه ماده ۴۲۳ مشمول ماده ۵۵۷ نمی‌شود. به تعبیر دیگر، رابطه عموم خصوص مطلق بین مصادیق مواد ۵۵۷ و ۴۲۳ ق.ت برقرار است؛ یعنی هر معامله‌ای که مشمول ماده ۴۲۳ ق.ت است مشمول ماده ۵۵۷ قانون مزبور نیست اما هر مصداق از موضوعات ماده ۵۵۷ ق.ت مشمول ماده ۴۲۳ قانون مزبور نیز می‌شود.

بی‌تردید مصادیق ماده ۵۵۷ ق.ت، به جهت مجرمانه بودن این اعمال و مخالفت با نظم عمومی علی‌الاطلاق حتی نسبت به شخص تاجر و طرف او نیز به صورت مطلق محکوم به بطلان است. معاملات موضوع مواد ۵۴۹، بند ۳ ماده ۵۴۱، بند ۱ ماده ۵۴۲ قانون تجارت و نهایتاً ماده ۵۵۶ قانون مزبور به صورت مطلق حتی نسبت به خود تاجر نیز محکوم به بطلان است.

ب. معاملات همراه با حسن نیت

معاملات تاجر ورشکسته به حکم ماده ۴۱۸ ق.ت، محکوم به بطلان است و تاجر حق ندارد بعد از صدور حکم ورشکستگی هیچگونه معامله‌ای انجام دهد و کلیه معاملاتی که تاجر درباره دارایی خود انجام دهد باطل است و اداره تصفیه یا مدیر تصفیه می‌تواند مثل آنها را بخواهد؛ خواه طرف معامله، حسن نیت داشته باشد خواه سوء نیت؛ زیرا حکم ورشکستگی بعد از اعلان در روزنامه رسمی نه تنها نسبت به تاجر بلکه نسبت به اشخاص ثالث اعتبار دارد و طبق اصول کلی، ادعای جهل از هیچ کس پذیرفته

نمی‌شود. در عمل، اداره تصفیه فقط بطلان معاملاتی را درخواست می‌نماید که به زیان بستانکاران باشد؛ زیرا اگر بعد از تاریخ صدور حکم ورشکستگی تاجر، معامله‌ای انجام یا اقداماتی نماید که مفید به حال بستانکاران باشد، خلاف منطق حقوقی است که بطلان چنین معامله‌ای درخواست شود. اداره تصفیه با تنفیذ صریح یا ضمنی آن می‌تواند صحّت معامله را تأیید نماید. علاوه بر آن، بعضی از معاملات نیز که مضرّ به حال بستانکاران بوده و عکس العمل منفی نسبت به دارایی ورشکسته ندارد نمی‌تواند مورد ایراد قرار گیرد؛ بنابراین معاملات غیر مجرمانه تاجر به صورت نسبی، یعنی صرفاً نسبت به طلبکاران تاجر محکوم به بطلان است.

۲- تصفیه امور ورشکسته

در هنگام بروز ورشکستگی، قاعده وجوب ادای دین، قابلیت اجرای عملی خود را به سبب ناتوانی و محجوریت نسبی بدهکار از دست می‌دهد و به قاعده‌ای روی کاغذ که نقشی در تنظیم روابط اجتماعی ندارد بدل می‌شود. برای احتراز از چنین نتیجه ناگواری، حقوق ورشکستگی به انگیزه آشتی دادن خواسته‌های بدهکار ناتوان از پرداخت دین با خواسته طلبکاران و در نتیجه، تقلیل و توزیع بهینه زیان‌های ناشی از ناتوانی میان بدهکار و طلبکاران و دیگر طرف‌های متأثر از این واقعه، قدم به عرصه حقوق می‌گذارد؛ اما پرسش اساسی این است که تصفیه امور ورشکسته به صورت دائمی است یا موقت؟ پاسخ به این پرسش در میزان مسؤولیت ورشکسته قبل و بعد از تصفیه دیون از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. از مباحث اعاده اعتبار حقّی و حکمی تاجر ورشکسته (مواد ۵۶۱ تا ۵۷۵ ق.ت) استنباط می‌شود که تصفیه دیون تاجر ورشکسته توسط مراجع تصفیه (اداره تصفیه یا مدیر تصفیه) موقتی است؛ به این معنا که پس از اعاده اعتبار تاجر ورشکسته، طلبکاران تاجر می‌توانند برای وصول مانده مطالبات خود از تاجر به وی مراجعه نمایند.

هدف از مقررات خاص تصفیه امور ورشکسته، برقرار کردن نظم عمومی و پرداخت منصفانه دیون تاجر به طلبکاران بر مبنای اموال او است. این مطلب با مذاقه در مقررات

ق.ت در بحث تصفیه ورشکسته و قانون اداره تصفیه و امور ورشکستگی قابل استنباط است؛ نکته‌ای که هیات عمومی دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه شماره ۱۳۹۹/۰۳/۲۷-۷۸۸ به آن توجه نداشته و ضامن ورشکسته را که تصفیه موقت دیون ورشکسته، اصولاً در مسئولیت کلی او تأثیرگذار نیست، معاف از پرداخت خسارت تاخیر تأدیه از تاریخ توقف به بعد اعلام کرده و موجبات سوء استفاده را برای ضامن ورشکسته فراهم نموده است.

با این مقدمات چون تصفیه ورشکسته، امری موقتی است معاملات باطل نسبی، در صورت ابطال آنها به موجب حکم دادگاه، اثر خود را پس از اعاده اعتبار صرفاً نسبت به تاجر و طرف معامله با وی باز می‌یابند و بر فرض عدم وجود عین مال مورد معامله بعد از تصفیه دیون، حسب مورد چنین طلبکارانی می‌توانند مثل یا قیمت موضوع معامله را از تاجری که اعاده اعتبار کرده مطالبه کنند؛ اما در معاملات باطل مطلق، طرف معامله تاجر، حتی پس از ختم تصفیه و اعاده اعتبار نیز نمی‌تواند به اعتبار معامله باطلی که با تاجر منعقد کرده، برای موضوع معامله یا مراوده، به وی مراجعه نماید.

۳- نظریات بطلان

همان طور که سابقاً بیان شد، در قانون مدنی ما بطلان از نوع مطلق است و تفاوتی نمی‌کند که عدم رعایت شرایط اعتبار معامله، مربوط به نظم عمومی باشد یا منافع

۱. رأی وحدت رویه شماره ۲۷/۳/۱۳۹۹-۷۸۸ هیأت عمومی دیوان عالی کشور: «مستفاد از مواد ۴۱۸، ۴۱۹ و ۴۲۱ ق.ت و سایر مقررات مربوط، طلبکاران ورشکسته حق مطالبه خسارت تأخیر تأدیه ایام توقف را از ورشکسته ندارند و حکم مقرر در مواد ۵۶۱ و ۵۶۲ قانون مذکور ناظر به زمانی است که تاجر بخواهد اعاده اعتبار (حقی) کند، که در رأی وحدت رویه شماره ۱۵۵- ۱۴/۱۲/۱۳۴۷ هیأت عمومی دیوان عالی کشور نیز تصریح شده است. با توجه به اینکه مسئولیت ضامن در هر حال نمی‌تواند بیش از میزان مسئولیت مضمون‌عنه باشد، خسارت تأخیر تأدیه فوق‌الذکر از ضامن تاجر ورشکسته نیز قابل مطالبه نیست. بنا به مراتب، رأی شماره ۱۶۹- ۹/۲/۱۳۹۸ شعبه هفدهم دادگاه تجدیدنظر استان تهران تا حدی که با این نظر انطباق دارد به اکثریت آراء صحیح و قانونی تشخیص داده می‌شود. این رأی طبق ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات بعدی، در موارد مشابه برای شعب دیوان، دادگاه‌ها و سایر مراجع اعم از قضایی و غیر آن لازم‌الاجتماع است.»

خصوصی افراد مدّ نظر قرار گیرد (شعاریان، ۱۳۹۵: ۲۸۰)؛ اما با ملاحظه سایر قوانین، از جمله قانون تجارت درمی‌یابیم که بطلان اعمال حقوقی می‌تواند برای تأمین اشخاص ثالث با حسن نیت ناآگاه، نسبی باشد؛ به همین خاطر، در این بخش به نظریات بطلان می‌پردازیم.

۳-۱- نهاد بطلان نسبی

بطلان نسبی، وضعیتی است که قانونگذار برای نقض قواعد مربوط به حمایت از شخص یا اشخاص معینی در نظر گرفته و به همین جهت، سرنوشت عقد را فقط در اختیار ایشان قرار داده و تازمانی که ذینفع تعرّضی نسبت به قرارداد ننماید، قرارداد صحیح بوده و تمام آثار خود را برجای می‌گذارد. این نهاد برای حمایت از منافع اشخاص معینی مقرر شده و بر همین اساس، ذینفع هریک از دو دعوا متفاوت هستند.

در طرح معروف به کاتالا (طرح اصلاح قانون مدنی فرانسه) در ماده ۳-۱۱۲۹ در تعریف بطلان نسبی آورده شده است: «بطلان نسبی تنها توسط شخصی که مورد حمایت قانون باشد، می‌تواند مورد ستناد قرار گیرد. طرفی که حق اقامه دعوای بطلان دارد، می‌تواند از آن صرف نظر نموده و توافق را تنفیذ کند» (شعاریان، ۱۳۹۵: ۲۸۰). با این توضیح، ذینفع دعوای بطلان نسبی اصولاً شخص یا اشخاصی هستند که قانونگذار درصدد حمایت از منافع خصوصی ایشان بوده است (محسنی و قبولی درافشان، ۱۳۸۹: ۲۴۵). اگر به ماده ۲۷ قانون اداره تصفیه امور ورشکستگی توجه کنیم اداره تصفیه به نمایندگی از هیات طلبکاران اقدام می‌نماید و از این نظر، معاملات موضوع ماده ۴۲۳ ق.ت صرفاً نسبت به طلبکاران باطل است و خود تاجر یا اداره تصفیه و یا مدیر تصفیه نمی‌تواند از طرف تاجر، یعنی به غیر از نمایندگی از طلبکاران، بطلان قراردادهای تاجر ورشکسته را بخواهد، زیرا اصولاً فلسفه بطلان نسبی معاملات ورشکسته نه از نظر حجر ذاتی او یا عدم قصد یا نامشروعیت موضوع و جهت، بلکه فقط برای حفظ حقوق بستانکاران است. در این فرض، اگر مدیر تصفیه یا اداره تصفیه به نمایندگی از هیات طلبکاران بطلان معامله تاجر را نخواهد، معامله صحیح محسوب می‌شود.

۲-۳- نظریه بطلان مطلق

منظور از بطلان مطلق قراردادی این است که چنین معامله‌ای از اساس، فاقد هرگونه اثر حقوقی در روابط اجتماعی بوده و معامله فاسد، اثری در تملیک و یا تملک ندارد. ماده ۳۶۵ قانون مدنی، مصداقی از قاعده فوق است و اساساً معامله باطل، موجودی زنده در عالم اعتبار نیست (الباطل کالمعدوم). هدف مطلق بودن بطلان چنین قراردادهایی قطعاً برای حمایت از منافع عمومی است؛ در حالی که قرارداد باطل نسبی، قبل از حکم دادگاه، صحیح و دارای کلیه آثار خود بوده و پس از حکم دادگاه آثار خود را از ابتدا نسبت به طلبکاران از دست می‌دهد (محسنی و درافشان، ۱۳۸۹: ۲۴۵)؛ همچنان که در طرح معروف به کاتالا (طرح اصلاح قانون مدنی فرانسه) در ماده ۱۱۲۹-۱ آمده است: «بطلان زمانی مطلق است که قاعده مقرر برای حفظ نظم عمومی نقض شود» (شعاریان، ۱۳۹۵: ۲۷۸). در مبحث اول به مصادیق بطلان نسبی و مطلق معاملات تاجر ورشکسته پرداختیم، اما این مفهوم علاوه بر مقررات یاد شده، به خوبی در ماده ۵۵۷ ق.ت. تبلور یافته است: «کلیه قراردادهایی که پس از تاریخ توقف تاجر منعقد شده باشد نسبت به هر کس حتی خود تاجر ورشکسته محکوم به بطلان است - طرف قرارداد مجبور است که وجوه یا اموالی را که به موجب قرارداد باطل شده دریافت کرده است به اشخاص ذیحق مسترد دارد.»

قانونگذار در این ماده - همان طور که شرح آن گذشت - بطلان مطلق را ناظر به مصادیق مقرر در مواد ۵۵۱ تا ۵۵۶ می‌داند؛ یعنی اقداماتی که در نتیجه آن، جرم ورشکستگی، به تقلب و تقصیر محقق می‌شود. بنابراین، در هر حال، مدیر تصفیه می‌تواند بطلان این معاملات را - چه به سبب نمایندگی از جانب تاجر و چه به سبب نمایندگی از جانب طلبکاران - بخواهد؛ در نتیجه، مواد ۵۵۷ و ۴۲۳ ق.ت. با هم تعارضی نداشته و در واقع، دو مطلب متفاوت را بیان کرده‌اند؛ مدیر تصفیه از جانب طلبکاران می‌تواند بطلان معاملات موضوع ماده ۴۲۳ را بخواهد اما اگر وقوع جرمی مطرح باشد - برای مثال از مهم‌ترین جرایم این حوزه، جرم تبانی است که یکی از مصادیق جرم

ورشکستگی به تقلب است؛ بدین معنا که تاجر، یک شخص را به طور صوری و با تباہی، طلبکار خودش می‌کند تا سایر طلبکاران سهم کمتری از اموال او ببرند که این عمل جرم است و مجازات آن نیز در ماده ۵۴۹ ق.ت. بیان شده است - در این موارد، یعنی از میان بردن قسمتی از دارایی به طریق مواضعه و معاملات صوری یا افزایش متقلبانه بدهی، علاوه بر مدیر تصفیه یا اداره تصفیه، حتی تاجر بعد از اعاده اعتبار نیز می‌تواند شخصاً بطلان این معاملات و مراودات را بخواهد، زیرا بطلان این معامله به صورت مطلق است و در واقع، هر معامله‌ای را که متضمن ارتکاب جرمی باشد دربر می‌گیرد؛ از اینرو موضوع ماده ۵۷۷ ق.ت. داخل در حوزه نظم عمومی است و اشخاص نمی‌توانند خلافش را توافق کنند (ماده ۹۷۵ قانون مدنی).

۱. برای ملاحظه نظر قابل انتقادی که تمامی معاملات تاجر ورشکسته را محکوم به بطلان می‌داند ر.ک: دادنامه شماره ۸۷۴۰۰۲۲۵۰۰۹۹۹۷۰۹۱۰۶/۲۱ تا تاریخ ۱۳۹۱/۰۶/۲۱ صادر شده از شعبه ۴۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران: «درخصوص تجدیدنظرخواهی (الف. ت. و. ت.) قائم مقام قانونی آقای (م. ت. ش.) به طرفیت ۱- آقای (الف. د.) ۲- آقای (د. ع. س.) ۳- (الف. ث. الف. و الف.) ۴- (الف. ح. ب. ت.) نسبت به دادنامه شماره ۹۱۰۴۹ مورخ ۱۳۹۱/۱/۳۰ صادره از شعبه ۲۰ دادگاه عمومی حقوقی تهران که به موجب آن دعوی تجدیدنظرخواه به خواسته صدور حکم بر ابطال مبیعه نامه عادی مورخ ۸۱/۶/۱۳ و وکالتنامه رسمی شماره ۱۱ - ۸۱/۶/۱۰ دفترخانه اسناد رسمی شماره ۷۷۹ تهران موضوع معامله پلاک ثبتی ۳۷۵۸/۴۳۱ بخش ۳ تهران به دلیل معامله بعد از تاریخ توقف ورشکستگی با استدلال اینکه حکم بعد از توقف ناظر بر بعد از صدور حکم ورشکستگی است و رأی در تاریخ ۸۶/۵/۳ صادر شده، محکوم به رد شده است. اکنون با بررسی محتویات پرونده و مذاقه در اوراق آن، نظر به این که مواد ۴۲۳ و ۵۵۷ ق.ت. و مفهوم و مدلول رأی وحدت رویه شماره ۵۶۱ مورخ ۸۰/۳/۲۸ هیئت عمومی دیوان عالی کشور تصریح دارد که معاملات تاجر بعد از توقف باطل و بلا اثر است و در مانحن فیه به موجب دادنامه شماره ۴۶۷ - ۸۶/۵/۲۲ شعبه ۱۹ دادگاه عمومی حقوقی تهران، آقای (م. ت. ش. و.) اعلان و تاریخ توقف وی ۱۳۷۸/۸/۱۱ تعیین گردیده و معامله موضوع پلاک ثبتی ادعایی بعد از آن تاریخ واقع و وکالتنامه تنظیم گردیده که به صراحت مواد مرقوم در ق.ت. معامله مذکور باطل است و استدلال دادگاه محترم بدوی در رد دعوی فاقد مبنا و محمل قانونی است، لذا دادگاه با وارد دانستن تجدیدنظرخواهی به تجویز ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی، ضمن نقض دادنامه معترض عنه به استناد مواد ۴۲۳ و ۵۵۷ ق.ت. و ماده ۱۲۵۷ قانون مدنی و ماده ۱۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی حکم بر ابطال مبیعه نامه مورخ ۱۳۸۱/۶/۱۳ تنظیمی فیما بین آقای (م. ت. ش.) و آقایان (الف. د.) و (د. ع. س.) و نیز ابطال وکالتنامه شماره ۱۱ - ۸۱/۶/۱۰ دفترخانه اسناد رسمی شماره ۷۷۹ تهران صادر و اعلام می‌گردد. رأی صادره قطعی است.»

۴- تلف حکمی در قراردادهای معوض

۴-۱- قاعده تلف حکمی و گستره آن با توجه به اصل حسن نیت

با در دادنامه قابل انتقاد و تأمل دیگری به شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۱۴۴۰ صادره از شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران آمده است: «تجدیدنظرخواهی ۱- آقای غ.ر. ۲- الف. با و کالت آقای ق.ک. نسبت به دادنامه شماره ۵۷۰ مورخه ۱۳۹۱/۶/۲۹ صادره از شعبه ۱۸۵ دادگاه عمومی تهران که متضمن عدم اجابت دعوی اداره کل و تصفیه و امور ورشکستگی تهران به خواسته ابطال مبیعه نامه عادی مورخ ۸۲/۱۲/۳ بین شرکت تولیدی ک. (سهامی عام) در حال تصفیه توسط مدیر تصفیه آقای غ.ر. به عنوان فروشنده و آقای ک.ق. به عنوان خریدار موضوع معامله تمامی شش دانگ ملک پلاک ثبتی ۲۱۰ فرعی از ۲ اصلی (تجمیع پلاک های ... بخش ۱۲ تهران واقع در یافت آباد به مساحت ۲۱۷۰۳/۳۰ مترمربع) و به تبع آن ابطال سند رسمی انتقال ۹۷۲۰۴ مورخ ۸۳/۱/۱۵ دفترخانه ۱۱۱ تهران به نام آقایان ک.ق.، ط.ق.، پ.ق.، پ.ق. و سند صلح سرقفلی شماره ۹۷۲۰۳ مورخ ۸۳/۱/۱۵ دفترخانه ۱۱۱ تهران می باشد وارد و رأی، مستحق نقض می باشد. برخلاف آن چه در استدلال دادگاه نخستین و وکیل تجدیدنظرخواندگان ردیف های دوم تا پنجم آقای ک.ق. و خانم ها ط.ق.، پ.ق. و پ.شهرت ق. به نام آقای م.ن. آمده با وجود نص قانونی ماده ۴۲۳ ق.ت و همچنین رأی وحدت رویه شماره ۵۶۱ مورخ ۷۰/۳/۲۸ هیأت عمومی دیوان عالی کشور هیچ توجیهی مبنی بر اعتبار بخشیدن به قرارداد منعقد شده توسط تاجر پس از توقف پذیرفته نیست. تمامی استدلال دادگاه نخستین در دادنامه معترض عنه مبین این مطلب بوده که مبیعه نامه ۸۲/۱۲/۳ منصرف از عمل تجاری است و مقررات ورشکستگی شامل آن نیست در حالی که به این نکته توجه نگردیده که کارخانه ک. در زمره اموال و دارایی شرکت بوده و اگر مقررات ق.ت تسری به این عمل نداشته چه لزومی به فروش ملک موصوف جهت تأدیه دیون شرکت به طلبکاران می باشد و از طرفی، فعالیت تجدیدنظرخواندگان ردیف های دوم تا پنجم در زمینه نشر علم چه تأثیری در انجام معامله باطل دارد. اصل صحت و لزوم قراردادها در جایی جاری و ساری است که مغایر با قانون نباشد وقتی به صراحت قانون معاملات تاجر بعد از توقف باطل اعلام گردیده، مسلماً از مشروعیت قانونی برخوردار نبوده است. اگر تعیین تاریخ توقف تاجر، تأثیری در معاملات وی نداشته باشد چه لزومی به تصویب آن از سوی قانونگذار بوده؛ آن چه بدیهی است به موجب رأی قطعی تاریخ توقف ۸۰/۶/۶ اعلام شده و هر معامله ای توسط تاجر پس از آن محکوم به بطلان است و با عنایت به اینکه به لحاظ عدم اهلیت فروشنده ارکان صحیح معامله متزلزل و بیع فاسد بوده؛ لذا اثری در تملک خریدار نداشته مضافاً بر این که در بند ۳ از شق ۵ قرارداد طرفین معامله آگاه به وضعیت شرکت بوده اند؛ علی آئی حال، با توجه به مغایرت رأی با قانون دادنامه تجدیدنظرخواسته به استناد مواد ۳۵۸ و ۵۱۹ و ۱۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی نقض و آنگاه با اعلام بطلان مبیعه نامه عادی ۸۲/۱۲/۳ حکم به ابطال اسناد رسمی فوق الاشعار به شماره های ۹۷۲۰۴ مورخ ۱۳۸۳/۰۱/۱۵ و ۹۷۲۰۳ مورخ ۱۳۸۳/۰۱/۱۵ دفترخانه ۱۱۷ تهران مضافاً محکومیت خواندگان بدوی به پرداخت هزینه های دادرسی در حق خواهان صادر و اعلام می نماید. این رأی قطعی است.»

اگر مالی حقیقتاً از بین نرود ولی از نظر قانونگذار، همان حکمی را داشته باشد که تلف حقیقی آن حکم را دارد در این صورت، این تلف را تلف حکمی می‌نامند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۸۸۵/۱). در عصر کنونی، دیدگاهی که با عقود خلاف نظم عمومی یا خلاف قانون و یا انعقاد قرارداد به قصد فرار از پرداخت دین مطابق قسمت اخیر ماده ۳۰۸ قانون مدنی حتی نسبت به شخص ثالث برخورد می‌کند، باید کنار گذاشته شود و آخرین اراده قانونگذار در ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت های مالی مصوب ۱۳۹۳ را به عنوان قاعده‌ای فراگیر در معاملات طلبکاران ورشکسته با اشخاص ثالث را نیز به کار گرفت. از طرفی، رعایت اصل حسن نیت نیز که در قوانین ما - برای نمونه در ماده ۸ قانون مسؤلیت مدنی (اعمال مخالف حسن نیت)، ماده ۴۰ قانون دریایی (طلبکار با حسن نیت)، ماده ۳ ق.ت. الکترونیکی (لزوم رعایت حسن نیت در تفسیر قانون) و ماده ۱۵۴ ق.ت. (دریافت وجه یا ربحی از سوی شریک با مسؤلیت محدود) - پذیرفته شده، باید به پشتیبانی قاعده تلف حکمی، شخص ثالث دارای حسن نیت را از بازگرداندن عین مال معاف دانسته و انتقال دهنده را به جبران و بازگرداندن مثل یا قیمت مورد معامله به ذینفع مکلف کند؛ چنان که اصل حسن نیت در اسناد تجاری و حقوق تجارت، به عنوان اصلی بدیهی در قابل اصل عدم استماع ایرادات متبلور شده است؛ از طرفی، رعایت حقوق اشخاص ثالث در شرکت های تجاری، نشان دهنده احترام به حسن نیت است؛ به عنوان مثال، ماده ۲۷۰ لایحه اصلاحی قسمتی از ق.ت. مقرر می‌دارد: «... مؤسّسین و مدیران و بازرسان و صاحبان سهام شرکت نمی‌توانند در مقابل اشخاص ثالث به این بطلان استناد نمایند»؛ و یا ماده ۱۰۰ ق.ت. و به طور کلی در همه مواردی که بطلان نسبی یا عدم قابلیت استناد در آن پذیرفته شده، مبتنی بر اصل حسن نیت است. در ورشکستگی نیز هرچند فقدان رفتار صادقانه و حسن نیت، موجب محکومیت تاجر به ورشکستگی به تقصیر یا تقلب خواهد شد اثبات حسن نیت او موجب استحقاق وی به اعاده اعتبار می‌شود (رحیمی، ۱۳۹۶: ۵۸-۶۸)؛ بر همین مبنا، رویه قضایی نیز به خوبی در مورد این خلأ قانونی، قاعده تلف حکمی را مبتنی بر اصل حسن نیت پذیرفته است.

بر فرض پذیرش و اثبات دعوی ابطال سند رسمی، آثار زیانبار آن نیز به ایادی بعدی تسری می‌یابد که هیچ خطایی مرتکب نشده‌اند. این در حالی است که تضمین امنیت معاملات راجع به اموال غیرمنقول با سند رسمی و همین‌طور حمایت از اشخاص ثالث (با حسن نیت به عنوان منتقل‌الیه با سند رسمی) مورد تأکید و توجه قانونگذار بوده است؛ لذا ادعای خواهان راجع به عین، در قبال اشخاص ثالث با حسن نیت پذیرفته نیست. بنابراین ادعای مدعی در مقابل دارنده با حسن نیت سند رسمی، نسبت به عین مورد معامله توجیه قانونی ندارد. در چنین مواردی، مدعی باید به جای مطالبه عین مبیع تالف و ادعا در خصوص عین مال غیرمنقول ثبت شده که با وقوع معامله رسمی و تنظیم سند رسمی، متعلق حق شخص ثالث قرار گرفته است در صورت اثبات ادعای خویش، قیمت ملک را مطالبه نماید.^۱

۲-۴- آثار قاعده بطلان نسبی نسبت به شخص ثالث

ماده ۴۲۳ ق.ت، تأدیه هرنوع قرض در دوران توقف را موجب بطلان معامله دانسته است. این بدین معناست که برای مثال، هرگاه بدهکاری، ملکی را در ازای دیون بانکی خود به بانک تملیک کرده باشد و سپس به موجب حکم قطعی اثبات کند که قبل از تاریخ تملیک آن مال به بانک، متوقف بوده، آن معامله قابل ابطال است. اساساً هدف از طرح دعوی ورشکستگی و به ویژه، تعیین تاریخ توقف، به زمانی در گذشته، استفاده یا

۱. رأی شماره ۱۳۸۶/۰۴/۲۳۳۰۹۹۷۲۳۳۰۴۰۱۳۸۶ صادره از شعبه دوم دادگاه عمومی حقوقی دامغان که عیناً با همان مبانی مذکور با رأی شماره ۱۳۸۶/۰۴/۲۳۳۰۹۹۷۲۳۳۰۴۰۱۳۸۶ صادره از شعبه ششم دادگاه تجدیدنظر استان سمنان تایید شده است. در آرای دیگر بدین شرح، استدلال مشابه شده است: از جمله، رأی شماره ۱۳۸۶/۰۴/۲۳۳۰۹۹۷۲۳۳۰۴۰۱۳۸۶ صادره از شعبه ۱۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در تأیید رأی شماره ۱۳۸۶/۰۴/۲۳۳۰۹۹۷۲۳۳۰۴۰۱۳۸۶ صادره از شعبه ۴ دادگاه عمومی حقوقی تهران؛ رأی شماره ۱۳۸۶/۰۴/۲۳۳۰۹۹۷۲۳۳۰۴۰۱۳۸۶ صادره از شعبه ۵۶ دادگاه عمومی حقوقی تهران که با رأی شماره ۱۳۸۶/۰۴/۲۳۳۰۹۹۷۲۳۳۰۴۰۱۳۸۶ صادره از شعبه اول تجدیدنظر استان تهران تایید گردیده است؛ همچنین رأی شماره ۱۳۸۶/۰۴/۲۳۳۰۹۹۷۲۳۳۰۴۰۱۳۸۶ صادره از شعبه ۳۲ دادگاه عمومی حقوقی بخش لواسانات که با رأی شماره ۱۳۸۶/۰۴/۲۳۳۰۹۹۷۲۳۳۰۴۰۱۳۸۶ صادره از شعبه ۳۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران تایید شده است.

سوء استفاده از چنین امتیازاتی است که ق.ت، گاهی به طور مطلق آنها را مقرر داشته است.

اما پرسشی که به طور جدی می‌توان آن را طرح کرد این است که اگر ملک موصوف بعد از طی تشریفات ارزیابی و مزایده یا در قالب هر نوع فروش دیگری، به طور معوض و در قالب انتقال رسمی به ثالث، انتقال یافته باشد، آیا بازهم ابطال معامله مابین تاجر (ورشکسته) و بانک (بستانکار) و نتیجتاً ابطال بیع فیما بین بانک و ثالث امکان‌پذیر خواهد بود.

از اطلاق بند ۲ ماده ۴۲۳ ق.ت که تصریح دارد: «هرگاه تاجر بعد از توقّف معاملات ذیل را بنماید باطل و بلااثر خواهد بود: ... تأدیه هر قرض اعم از حال یا مؤجل به هر وسیله که به عمل آمده باشد» چنین برمی‌آید که معامله بدهکار با بانک و متعاقب آن، بیع بانک با ثالث، طی دعوایی از جانب مدیر تصفیه به راحتی ابطال خواهد شد.

این در حالی است که امکان دارد تعیین تاریخ توقّف به زمان گذشته، سال‌ها بعد از انتقال رسمی ملک به ثالث انجام شده است. در این خصوص، دکترین حقوقی بر این اعتقاد است که «عبارت بند دوم ماده ۴۲۳ ق.ت عام بوده و تصور هر نوع استثنایی را غیر مقدور می‌سازد؛ لذا کلیه قروض ورشکسته اعم از این که حال باشند یا مؤجل و عادی باشند یا موقت و مربوط به معاملات تجاری باشند یا غیر تجاری، مشمول حکم بطلان خواهند بود» (کاویانی و فرزانه، ۱۳۹۳: ۱۱۵).

از آنجا که استرداد عین مال غیر منقول ثبت شده که با معامله رسمی و در راستای قانون به شخص ثالث با حسن نیت واگذار شده، خلاف عدالت قضایی بوده و مخالف نظم عمومی و اجتماعی که مهم‌ترین غرض قانونگذار از الزامی کردن ثبت رسمی معاملات اموال غیر منقول ثبت شده است، می‌باشد (سجادی و امساک، ۱۴۰۰: ۲۹۲-۳۰۵)؛ لذا انتقال رسمی ملک موضوع خواسته به منتقل‌الیه را باید از مصادیق بارز تلف حکمی مال غیر منقول مورد ادعای خواهان تلقی نمود؛ چه این که قانونگذار در برخی موارد، انتقال مال به شخص ثالث را مرادف با تلف قرار داده است (از جمله قسمت آخر

حمایت از شخص ثالث از طریق نهاد بطلان نسبی در قراردادهای تاجر ورشکسته ————— ۲۷

ماده ۲۱ از قانون نحوه اجرای محکومیت های مالی مصوب ۱۳۹۴ (دادنامه شماره ۹۹۰۴۴۹ مورخ ۱۳۹۹/۰۵/۳۰ شعبه ۲ دادگاه عمومی حقوقی شهرستان دامغان).

سند رسمی با هدف ضابطه مند کردن مالکیت اشخاص، نسبت به املاک ثبت شده ایجاد گردیده و قانون ثبت اسناد و املاک، تمام تلاش خویش را در مواد متعدد برای اعتباربخشی مطلق به آن بکار گرفته است؛ مع الأسف، این هدف ارزشمند که می توانست از بروز دعاوی متعدد و تراکم دعاوی در محاکم بکاهد با تحلیل های مبنی بر اعتبار بیّنه شرعیّه و امکان اثبات اعتبار و حتی تقدّم تاریخ سند عادی در برابر سند رسمی، به سستی گرائیده است.

نهاد تلف حکمی، در ترازویی که در یک کفه آن، خریدار رسمی و با حسن نیت و در کفه دیگر آن، خریدار عادی قرار دارد صرف نظر از تاریخ معامله، خریدار رسمی را مالک عین می شناسد و خریدار عادی را به طرح دعوی مطالبه مثل، غرامت یا قیمت یا هر خسارت عادلانه دیگری به طرفیت ناقل عادی رهنمون می سازد؛ همان کاری که رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳-۱۳۹۷/۰۹/۲۰ هیأت عمومی دیوان عالی کشور در برخی از مصادیق معامله باطل انجام داده و سپس در رأی وحدت رویه شماره ۱۴۰۰/۰۳/۰۴ هیأت عمومی دیوان عالی کشور تبیین شده است.

دیدگاه تلف حکمی، از جهات مختلف باید مورد حمایت قرار گیرد: اول- برای حمایت از قانون ثبت اسناد و املاک و مواد مختلف آن، از جمله مواد ۲۲ و ۴۶ و ۴۷ این قانون؛ دوم- برای حمایت از خریدار رسمی دارای حسن نیت که به عنوان شخص ثالث، به سند رسمی اعتماد کرده و ملک را با طی تمام تشریفات قانونی خریداری کرده است؛ سوم- امکان مراجعه شخص متوقف، برای مطالبه غرامت به شخصی که ملک از او به طور مستقیم به وی انتقال یافته (برای مثال، بانک) وجود دارد و نیازی به برهم زدن نظم معاملاتی در قراردادهای متعلق به دیگران نیست.

ماده ۴۲۵ ق.ت در رابطه با استرداد مال قاعده ای را وضع کرده که می توان در رابطه با آثار بطلان نسبت به به شخص ثالث بهره برد؛ در این ماده بیان شده است: «هرگاه

محکمه به موجب ماده قبل حکم فسخ معامله را صادر نماید محکوم علیه باید پس از قطعی شدن حکم مالی را که موضوع معامله بوده است عیناً به مدیر تصفیه تسلیم و قیمت حین معامله آن را قبل از آن که دارایی تاجر به غرماً تقسیم شود دریافت دارد و اگر عین مال مزبور در تصرف او نباشد تفاوت قیمت را خواهد داد. هر چند آثار فسخ قرارداد با بطلان آن متفاوت است اما هدف هر دو نهاد برای اعاده وضع به حالت سابق است که برای فسخ رعایت عدالت معاوضی و برای بطلان معاملات تاجر حفظ حقوق طلبکاران است اما در هر دو حالت، اگر مالی از دسترس طلبکار خارج و به دیگری منتقل شود مال مورد معامله حکماً تلف شده تلقی و قیمت آن از طلبکار گرفته و بین غرماً به نسبت به مطالبات آنها پرداخت خواهد شد. دیدگاهی که قانونگذار در ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت های مالی مصوب ۱۳۹۳ آن را پذیرفته و به عدم نفوذ نسبی نیز تعبیر شده است (سکوتی نسیمی، ۱۳۹۶: ۲۲۷).

این دیدگاه از این جهت نیز مهم می نماید که اصولاً افرادی که با اعتماد به سند رسمی با دیگران معامله کنند باید مورد حمایت مطلق قانون و حاکمیت باشند. این قاعده از جهت دیگری نیز باید مورد توجه باشد؛ حکم ورشکستگی پس از اعلان در روزنامه (حتی در روزنامه رسمی) نیز واجد آثار عمومی خواهد شد و ادعای جهل حتی از سوی شخص ثالث پذیرفته نیست، اما اجرای اصل صحت قبل از اعلان حکم ورشکستگی و توقف ما را به حفظ معاملات اشخاص ثالث با طلبکاران یا افراد طرف معامله رهنمون می سازد و از اطلاق بند دوم ماده ۴۲۳ ق.ت باید به قدر متیقن آن اکتفا نمود و طلبکار را مسؤول پرداخت بهای مال مورد معامله به مدیر تصفیه برای تقسیم بین غرماً دانست.

نتیجه گیری و پیشنهاد

معاملات بازرگانی اصولاً به وعده انجام می شود و پرداخت های مدت دار امری معمول در بازرگانی است. اگر اشخاص به اعتبار ظاهری یکدیگر اعتماد نکنند تجارت از مسیر صحیح خود خارج می شود و زیان آن متوجه جامعه می شود. سیاستگذاری در بطلان یا صحت این عملیات، یکی از مسائل پیچیده در حقوق ورشکستگی و تصفیه

است؛ زیرا این امر با منافع اشخاص مختلفی که همگی اصولاً شایسته حمایت هستند در تعارض قرار می‌گیرد. قطعاً حفظ اعتبار معاملات تجاری، مستلزم حمایت از گروه بستانکاران با حسن نیت است؛ به این معنا که باید از بستانکارانی که به اعتبار ملائت ظاهری تاجر متوقف معامله نموده و جاهل به عدم ملائت واقعی او بوده‌اند، حمایت کرد. این نکته نیز را در وضعیّت کنونی باید در نظر داشت که با وجود خلأهای قانونی و شفاف نبودن معاملات و عدم وجود سیستم یک پارچه‌ای که اموال و معاملات همگی قابل شناسایی باشند طلبکاری که با اعتماد به مراجع قانونی و رسمی به حقّ خود دست می‌یابد بیش از دیگران متضرّر خواهد شد، چون اقدامات وی همان ابتدا پس از صدور حکم ورشکستگی مورد تعرض و طرح دعاوی متعددی قرار می‌گیرد که این رویه، موجب سوء استفاده‌هایی شده که منجر به تزلزل در امنیت اقتصادی جامعه شده است. نظریه بطلان نسبی معاملات تاجر ورشکسته با لحاظ موقتی بودن ماهیت تصفیه دیون ورشکسته از این جهت می‌تواند از طلبکارانی که با حسن نیت با تاجری معامله‌ای کرده‌اند حمایت کند؛ زیرا پس از اعاده اعتبار تاجر ورشکسته چنین طلبکارانی می‌توانند بر مبنای معامله‌ای که نسبت به سایر طلبکاران و غرماً باطل شناخته شده، اما نسبت به وی و تاجر همچنان معتبر شناخته می‌شود به تاجر مراجعه نموده و حقوق خود را به صورت کامل استیفاء نمایند. عدم پذیرش نظریه بطلان نسبی در چنین مواردی، موجب سوء استفاده تاجر از وضعیّت ورشکستگی و توقف و شانه خالی کردن و انجام ندادن تعهدات در مقابل طلبکارانی می‌گردد که از ابتدا با حسن نیت با تاجر وارد معامله شده‌اند؛ این امر با توجه به نظریه منع سوء استفاده از حقّ (اصل ۴۰ قانون اساسی) قابل پذیرش نیست. اما موضوعی که قطعاً بر نظریه «بطلان نسبی» مؤثر است ماهیّت تصفیه امور ورشکسته می‌باشد که با توضیحات داده شده، ماهیّت تصفیه دیون ورشکسته موقتی است؛ چرا که اگر قایل به دائمی بودن تصفیه دیون تاجر ورشکسته باشیم، بطلان نسبی قراردادهای اثری ندارد.

ضمانت اجرای «بطلان مطلق» معاملات تاجر - اعمّ از معاملات صوری یا معاملات موضوع ماده ۵۵۷، ق.ت - ناظر به معاملاتی است که با هدف تحقق ورشکستگی به تقصیر و تقلّب بین طرفین منعقد می‌شود. به این ترتیب، این ضمانت اجرا با منطبق حقوقی نیز سازگار است؛ زیرا ضمانت اجرای ممنوعیت از اعمالی که با سوء نیت همراه بوده و مخالف نظم عمومی است و در واقع، امری مجرمانه بوده و به ورشکستگی به تقصیر و تقلّب تاجر منجر می‌شود بطلان مطلق چنین معاملات و مراودات حتی نسبت به تاجر ورشکسته است؛ چون انگیزه یا هدف غایی دو طرف در چنین معاملاتی، نامشروع است. محققاً یکی از شرایط اساسی صحّت معاملات، همانا مشروع بودن جهت است (بند ۴ ماده ۱۹۰ قانون مدنی) از اینرو، قطعاً برآیند پذیرش چنین حکمی بر معاملات تاجر که در ماده ۵۵۷، ق.ت متبلور شده، این خواهد بود که بر معاملات و اقدامات تاجر و طرف او، هیچ اثر حقوقی بار نشود و اگر زیانی متوجه طرف معامله تاجر شود بر خود اوست؛ اما نکته بسیار مهمّ دقیقاً این است که به این جهت نمی‌توان شخص ثالثی را که از سابقه مال مورد معامله ناآگاه بوده است محکوم به ردّ عین مال و آثار بطلان معاملات تاجر - اعمّ از بطلان نسبی و مطلق - بدانیم، زیرا در تعارض اصل حمایت از طلبکاران ورشکسته و حفظ نظم عمومی، با اصل حمایت از اعتبار اسناد رسمی و حفظ نظم عمومی در امنیت اقتصادی، با توجه به اصل حسن نیت، ترجیح با اصول اخیر است؛ چراکه مصلحت عمومی بیشتری برای حمایت از اصل اخیر در نتیجه اعتماد عمومی و امنیت اقتصادی برای احاد جامعه قابل تصوّر است.

منابع

- احمدی و استانی، عبدالغنی (۱۳۴۱)، **معاملات ورشکسته**، مجله کانون وکلا، ۸۰، ۱۱۷-۱۴۱.
- اسکینی، ربیعا (۱۳۸۷)، **حقوق تجارت، ورشکستگی و تصفیه امور ورشکسته**، ج ۱۱، تهران: سمت.
- افتخار جهرمی، گودرز؛ السان، مصطفی (۱۳۹۹)، **آئین دادرسی مدنی**، ج ۳، تهران: میزان.

حمایت از شخص ثالث از طریق نهاد بطلان نسبی در قراردادهای تاجر ورشکسته ————— ۳۱

- انوری پور، محسن (۱۳۴۵)، **ورشکستگی در حقوق ایران**، رساله دکتری، دانشگاه تهران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی.

- بحرانی، یوسف بن احمد (۱۴۰۵ق)، **الحدائق الناضره فی أحكام العتره الطاهره**، ج ۲۰، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

- تفرشی، محمدعیسی (۱۳۷۶)، **اثر حکم ورشکستگی نسبت به معاملات تاجر ورشکسته با توجه به اصول و مبانی قانون**، مدرس علوم انسانی، ۵، ۵۴-۷۴.

- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۱)، **دایره المعارف علوم اسلامی قضایی**، ج ۱، چ ۳، تهران: کتابخانه گنج دانش.

- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۶)، **مبسوط در ترمینولوژی حقوق**، ج ۵، چ ۴، تهران: کتابخانه گنج دانش.

- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸)، **دایره المعارف حقوق مدنی و تجارت**، ج ۱، تهران: کتابخانه گنج دانش.

- حلی (علامه)، حسن بن یوسف (بی تا)، **تذکره الفقهاء**، ج ۲، قم: مؤسسه آل البیت (ع).

- خمینی (امام)، سید روح الله (۱۳۷۵)، **تحریر الوسیله**، ج ۲، ترجمه: علی اسلامی، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

- رحیمی، موسی؛ رحیمی دهنسوری، رضا (۱۳۹۶)، **حسن نیت در قراردادهای (با رویکرد فقهی)**، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.

- روشن، محمد؛ مظفری، مصطفی (۱۳۸۹)، **بررسی آثار صدور حکم ورشکستگی و رفع آن**، مطالعات حقوق خصوصی، ۱۳، ۷۱-۸۹.

- سجادی، مهدی؛ امساک، نوید (۱۴۰۰)، **رویکرد شناسی فقهی تقدّم اسناد رسمی بر عادی در نظام مسائل قضای اسلامی (پیشنهاد اصلاحیه قانون ثبت اسناد)**، فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۲۵، ۲۸۹-۳۱۱.

- سکوتی نسیمی، رضا (۱۳۹۶)، **شرط نتیجه و وضعیت فقهی - حقوقی معاملات معارض با آن**، فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۱۶، ۲۱۹-۲۴۶.

- شعاریان، ابراهیم (۱۳۹۵)، **حقوق تعهدات؛ مطالعه تطبیقی طرح اصلاحی حقوق تعهدات فرانسه با حقوق ایران و اسناد بین المللی**، چ ۲، تهران: شهر دانش.

- شهیدی، مهدی (۱۳۸۰)، **اصول قراردادهای و تعهدات**، حقوق مدنی، ج ۲، چ ۲، تهران: مجد.

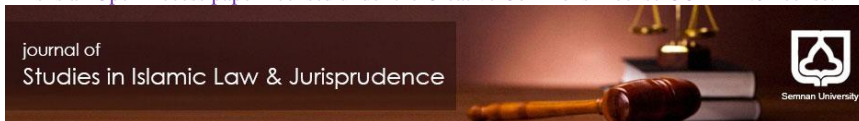
- صقری، محمد (۱۳۷۶)، **حقوق بازرگانی و ورشکستگی**، تهران: شرکت سهامی انتشار.

- عرفانی، محمود (۱۳۸۴)، **حقوق تجارت (ورشکستگی و تصفیه)**، چ ۳، تهران: میزان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷)، **قواعد عمومی قراردادها**، ج ۵، تهران: بهنشر.
- کاویانی، کورش (۱۳۹۵)، **حقوق ورشکستگی**، تهران: میزان.
- کاویانی، کورش؛ فرزانه، جاوید (۱۳۹۳)، **مقایسه اثر توقف بر معاملات ورشکسته در حقوق ایران با راهنمای حقوق ورشکستگی آنسیترال**، مجله دانش و پژوهش حقوقی، ۶، ۹۹-۱۴۰.
- محسنی، سعید و قبولی درافشان، سید محمد مهدی (۱۳۸۹)، **مفهوم و آثار بطلان نسبی**، مجله دانش و توسعه، ۳۳، ۲۴۵-۲۷۰.
- محقق داماد، مصطفی؛ اسلامی، مریم (۱۳۸۹)، **بررسی احکام حجر و ورشکستگی در فقه و حقوق اسلامی**، نامه الهیات، ۱۰، ۱۱۷-۱۲۸.
- نجفی (صاحب جواهر)، محمدحسن (۱۳۶۲ش)، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**، ج ۲، چ ۲۵، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- هرت، الیور، (۱۳۸۵)، **رویکردهای مختلف به ورشکستگی**، ترجمه: کورش کاویانی، کورش و شاهین شامی اقدم، فصلنامه دیدگاه های حقوقی، ۴۰ و ۴۱، ۷۳-۹۰.

Islamic Law and Jurisprudence Studies
Volume 15, Consecutive Number 31, Summer 2023
Issn:2717-0330

Journal Homepage: <https://feqh.semnan.ac.ir/>

This is an Open Access paper licensed under the Creative Commons License CC-BY 4.0 license.



The relativity of the abstract feature of negotiable instruments with an emphasis on judicial procedure

Mirtaheri.Reza¹- Taherkhani.Hosein^{2*}-Andarz.Davood³

1: Ph.D. student, Department of Law, Faculty of Law and Political Science, South Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

2: Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Law and Political Science, South Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran: Corresponding Author (Taherkhani7414@gmail.com)

3: Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Law and Political Sciences, Damavand Branch, Islamic Azad University, Damavand, Iran.

The separation of negotiable instruments from the civil obligation is the separation between two legal relationships, which is called abstract presumption. The most important aspects of this presumption: indebtedness and lack of attention to flaws in the private relations of the parties, which is called relative presumption. Although the commercial law of Iran has not explicitly accepted the fact that negotiable instruments are abstract, it can be inferred from the spirit of some laws, but some side examples cannot be considered absolute in the absence of the ability to invoke flaws against a third party, because exceptionally, it is assumed by the legislator to protect the third party. In order to achieve a logical attitude, the relativity of the abstract presumption should be examined according to the concept of the presumption and the principle of uncertainty of the presumptions and their opposability from the perspective of jurists, law, and judicial procedure. The judicial procedure has accepted this relativity, unlike some harsh attitudes in the field of turning civil obligation into commercial obligation.

Keywords: civil obligation, negotiable instruments, presumption, being relative.

- R. Mirtaheri- H. Taherkhani, D. Adarz (2023). The relativity of the abstract feature of negotiable instruments with an emphasis on judicial procedure, *Islamic Law and Jurisprudence Studies*, 15(31), 33-56.

[Doi: 10.22075/feqh.2023.29504.3486](https://doi.org/10.22075/feqh.2023.29504.3486)



فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی

سال ۱۵ - شماره ۳۱ - تابستان ۱۴۰۲

صفحات ۳۳-۵۶ (علمی - پژوهشی)

تاریخ: وصول ۱۴۰۱/۱۰/۱۳ - بازنگری ۱۴۰۱/۱۲/۱۷ - پذیرش: ۱۴۰۱/۱۲/۲۱

نسبی بودن خصیصه تجریدی اسناد تجاری با تأکید بر رویه قضائی

رضا میرطاهری / ۱ حسین طاهرخانی ۲ / داود اندرز ۳

۱: دانشجوی دکتری گروه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی، واحد تهران جنوب، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

۲: استادیار گروه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی، واحد تهران جنوب، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.
(نویسنده مسئول)

Taherkhani7414@gmail.com

۳: استادیار گروه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی، واحد دماوند، دانشگاه آزاد اسلامی، دماوند، ایران.

چکیده

جدایی اسناد تجاری از تعهد مدنی به معنای جدایی بین دو رابطه حقوقی است که اماره تجریدی نامیده شده است. مهم ترین آثار این اماره، مدیونیت، اشتغال ذمه و عدم توجه ایرادات در رابطه با روابط خصوصی طرفین می باشد که اماره ای نسبی تلقی می گردد. هر چند قانون تجارت ایران، اماره تجریدی بودن اسناد تجاری را به طور صریح نپذیرفته است ولی از روح برخی قوانین می توان آن را استنباط نمود؛ لکن برخی مصادیق جانبی آن، در عدم قابلیت استناد به ایرادات در برابر ثالث را نمی توان مطلق تلقی کرد، زیرا به طور استثناء توسط مقنن برای حمایت از ثالث فرض شده است. برای دستیابی به یک نگرش منطقی، باید نسبی بودن اماره تجریدی را با توجه به مفهوم اماره و اصل عدم قطعیت امارات و خلاف پذیر بودن آنها از منظر حقوقدانان، قانون و رویه قضائی بررسی نمود. رویه قضائی برخلاف برخی نگرش های تند در زمینه تبدیل تعهد مدنی به تعهد تجاری، این نسبی بودن را قبول کرده است.

کلیدواژه: تعهد مدنی، اسناد تجاری، اماره، نسبی بودن.

- میرطاهری، رضا؛ طاهرخانی، حسین؛ اندرز، داود (۱۴۰۲). نسبی بودن خصیصه تجریدی اسناد تجاری با تأکید بر رویه قضائی. *مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی دانشگاه سمنان*، شماره ۳۱، صفحات ۳۳-۵۶.

[Doi: 10.22075/feqh.2023.29504.3486](https://doi.org/10.22075/feqh.2023.29504.3486)

مقدمه

آن چه اسناد تجاری را از دیگر اسناد جدا می کند ویژگی تجریدی تعهدات ناشی از آنهاست و متعهد برات، سفته و چک به موجب امضای این اسناد، در مقابل دارنده سند متعهد می شود و در مقابل او نمی توان به روابط شخصی خود با انتقال دهنده سند استناد کند؛ به عبارت دیگر، متعهد برات در مقابل دارنده آن نمی تواند به ایراداتی متوسل شود که می توانست در مقابل انتقال دهنده به لحاظ معامله ای که به خاطر آن سند براتی صادر شده و به جریان افتاده است، مطرح کند؛ یعنی با صدور سند، همزمان، اماره تجرد نیز با آن زاده می شود (کامیار، ۱۳۸۵: ۱۲۹) زیرا تعهد براتی، از تعهد حاصل از معامله جدا و مستقل است. اماره تجریدی در اسناد تجاری به معنای جدایی دو رابطه حقوقی است: رابطه حقوقی مبنای صدور سند تجاری و رابطه حقوقی که با تنظیم سند شکل می گیرد. علاوه بر صدور، هر انتقال نیز خود مبتنی بر یک تعهد پایه است که واگذاری آن را توجیه می کند؛ یعنی طرفین این انتقال می توانند در برابر یکدیگر به روابط خصوصی خود استناد نمایند، لکن برخی جدایی بین این دو رابطه را نسبی می دانند (اسکینی، ۱۳۸۹: ۶؛ گرامی طیبی، ۱۳۹۸: ۳۲؛ اخلاقی، ۱۳۷۵: ۳۶-۳۸؛ حبیبی، ۱۳۹۶: ۳۴/۲-۳۷-۳۸؛ شریفی، ۱۳۹۵: ۳۳) و برخی بر این جدایی چنان اصرار دارند که صدور سند تجاری را وسیله تبدیل تعهد مدنی به دین تجاری تلقی کرده اند (بهرامی، ۱۳۸۷: ۴۳ به بعد؛ نیک فرجام، ۱۳۸۳: ۲۳ نظرات موافق و مخالف) به عبارتی، اماره تجریدی اسناد تجاری را مطلق در نظر گرفته اند. این طرز تلقی مطلق، منجر به این برداشت شده که مقررات قانون مدنی در اسناد تجاری کاربرد ندارد، لذا برای این که در حقوق ایران اماره تجریدی پالایش شود باید مفهوم اماره و مجموع تجریدی بودن، هم از نظر حقوقدانان و هم از نظر قانون و رویه قضائی مورد بررسی قرار گیرد. در برخی آرای قضائی، اماره تجریدی اسناد تجاری را اماره ای مطلق دانسته اند که منجر به ساقط شدن تعهد مدنی پایه از تعهد تجاری شده است. پس با صدور سند تجاری، اماره تجریدی پا به عرصه وجود می گذارد و اگر آن را مطلق تلقی نمایم در این صورت،

در برابر همه قابل استناد خواهد بود؛ یعنی حتی در برابر طرفین بلافصل، بنابراین دارنده سند تجاری می تواند وجه آن را مطالبه نماید لکن اگر تعهد مدنی مبنای صدور سند تجاری به عللی از میان برود یا مقید به قیدی شود، تأکید بر اجرای سند مفید فایده نخواهد بود، زیرا مدیون سند می تواند آن چه را که پرداخته است از جهت دارا شدن ناروا، از وصول کننده مطالبه نماید که این روند منجر به اتلاف وقت و صرف هزینه زیاد برای طرفین خواهد بود؛ اما اگر اماره تجریدی را اماره ای نسبی در نظر بگیریم در مقابل همه قابلیت استناد دارد ولی استثنائاتی دارد که به عنوان خلاف اماره قابل طرح است؛ لذا اگر چه سند تجاری و تعهد پایه از هم جدا هستند ولی با هم نیز مرتبط می باشند. اماره تجریدی صرفاً برای ثالث به وجود نیامده است؛ به این معنا که اگر آن را «عدم توجه ایرادات در برابر ثالث» تلقی نمائیم در این صورت، باید قبول کنیم تا ثالثی در بین نباشد اماره تجریدی پا به عرصه وجود نمی گذارد، در صورتی که اماره تجریدی با صدور سند تجاری خلق می شود و وجود یا عدم وجود ثالث تأثیری بر آن ندارد. بنابراین تحقق اماره تجریدی را با عنوان اماره نسبی و خلاف پذیر انتخاب می کنیم و توجه به ایرادات در بین طرفین بلافصل و مستقیم تعهدات مدنی و پایه را به عنوان خلاف اماره به حساب می آوریم. هر چند برخی بر این جدایی چنان تأکید دارند که صدور اسناد تجاری را ابزاری برای جایگزینی تعهد مدنی با تعهد تجاری عنوان کرده اند. برای این که موضوع اماره تجریدی به درستی تبیین شود نخست باید مجموع اماره و نسبی یا مطلق بودن آن و استثنائات به عنوان تخلف پذیر بودن اماره در قانون مورد تبیین قرار گیرد و سپس موضع رویه قضائی در این خصوص بررسی گردد.

۱- مفهوم اماره

اماره در لغت به معنای نشان، نشان راه، قرینه و علامت است. به عنوان دلیلی برای اثبات است و در عرف و عادت جنبه کاشفیت دارد ولی ظنی است. در فقه اسلامی شامل هر دلیل ظنی است که شارع آن را معتبر شناخته باشد. در فقه، اماره شامل ظواهر الفاظ، خبر واحد، شهادت و اقرار می باشد. امارات دلایلی هستند که کاشف از واقع است؛ به

همین علت حجیت یافته است. محتویات مفهوم امارات می تواند احکام شرعی باشد، مانند خیرهای غیر متواتر که امکان دارد ناقل حکمی از احکام شرع باشد و یا در موضوعات باشد؛ مانند قاعده ید که اماره بر مالکیت است. دلیل ظنی معتبر در اصطلاح اصول، اماره نامیده شده که کاشف از واقع می باشد، هر چند کاشف ناقص است و حجیت دارد و ظن خاص نامیده شده است و برخی اماره یا دلیل ظنی معتبر و دلیل قطعی که کاشف از واقع هستند را ادله محرزه گفته اند (اسلامی، ۱۳۸۱: ۱۶۸/۱؛ مناقب، ۱۴۰۰: ۴۴۶) اما اماره در حقوق برخلاف فقه، مفهومی محدود و متفاوت دارد و ماده ۱۳۲۱ قانون مدنی، اماره را از اوضاع و احوالی می داند که به عنوان دلیل بر امری شناخته می شود، آن هم به حکم قانون یا در نظر قاضی؛ لذا در این تعریف عقل و استنباط در اماره دخیل است؛ پس اماره زمینه ساز رسیدن به واقع مطلوب است تا بدین طریق از معلومی به مجهولی که هدف اثبات است برسد؛ بدین جهت اماره را دلیل غیر مستقیم گفته اند (کاتوزیان، ۱۴۰۰: ۳۳۲/۲-۱۴۵).

۱-۱- اماره قانونی و اماره قضائی

قانون مدنی در مواد ۱۳۲۲ و ۱۳۲۴ آنها را تعریف کرده است. در ماده ۱۳۲۲ عنوان می دارد: امارات قانونی اماراتی است که قانونگذار آن را دلیل بر امری قرار داده؛ مثل امارات مذکور در مواد ۳۵، ۱۰۹، ۱۱۵۸، ۱۱۵۹ و غیر آن؛ بنابراین امارات قانونی محصور در قانون است. امارات قضائی، اماراتی است که به نظر قاضی واگذار شده است؛ بنابراین اماره قانونی را چون قانونگذار معین کرده است محدود می باشد و احتیاج به نص قانونی است و چهره نوعی و کلی دارد. اماره قضائی را چون قاضی معین می کند محدودیت ندارد و با توجه به اوضاع و احوال و شرایط ویژه هر دعوا وابسته به استنباط قاضی است (همان، ش ۳۴۸). امارات قضائی در واقع، مبتنی بر استنباط و عقل دادرس است و به همین دلیل، حد و مرز ندارد و مبتنی بر اختیار قاضی می باشد؛ اما امارات قانونی چون مبتنی بر حکم قانون است قاعدتاً محصور بوده و جنبه الزام آور دارند (مناقب، ۱۴۰۰: ۴۴۷).

۱-۲- انواع امارات قانونی از نظر اعتبار آنها

امارات، بر ظنّ و احتمال بنا شده و قانونگذار آن را قابل اسقاط تلقّی کرده است. همان گونه که در خصوص «ظاهر» گفته شد هر ظاهری عقلاً، تبعاً و یا عرفاً حکایت ظنّی یا مفید علم از وقایعی خاصّ می کند. ظاهر، مفید ظنّ قابل اتّکاء نیست، اما ظاهر مفید علم، حجّیت دارند و این حجّیت نسبی است و خلاف آن قابل اثبات است؛ لذا ظواهر به اثبات ظاهری امور می پردازد. همچنین امارات بر ظاهر امور بنا می شود و خلاف پذیر می باشند ولی قانونگذار بر اساس برخی شرایط و دلایل، اثبات خلاف آنها را غیر ممکن اعلام می نماید و در حقیقت، امکان اثبات خلاف آنها وجود دارد. امارات از نظر اعتبار آنها به دو گروه قابل تقسیم است: اماره نسبی (خلاف پذیر) و اماره مطلق (خلاف ناپذیر).

۱-۲-۱- امارات نسبی (خلاف پذیر)

اماره ایی که خلاف آن قابل اثبات است، اماره نسبی خوانده می شود. این برداشت براساس ماده ۱۳۲۳ قانون مدنی است که در کلیه دعاوی حتّی اگر به شهادت شهود قابل اثبات نباشد را معتبر دانسته است و خلاف آن را با ارایه دلیل می توان از اعتبار انداخت. برخی طبیعت اماره را به گونه ای می دانند که اثبات خلاف آن امکان دارد و همین ویژگی است که اماره را از دیگر قواعد ماهوی و دلایل مستقیم و فرض حقوقی مجازی متمایز می کند (کاتوزیان، ۱۴۰۰: ۱۶۳/۲). اماره خلاف ناپذیر برخلاف نظر مشهور، وجود خارجی ندارد و آن چه به این عنوان مشهور شده، در واقع احکام ماهوی است که انگیزه انشای آن، عمومی کردن پدیده غالب بوده است (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ش ۶۴). در صورتی که تردید در نسبی یا مطلق بودن اماره ای رخ دهد باید آن را نسبی تلقّی کرد، زیرا مقتضای اصل آزادی اراده (اباحه) این است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۵: ش ۲۳۰۶).

۱-۲-۲- امارات قانونی مطلق (تخلّف ناپذیر)

اماره مطلق، غیر قابل ردّ است و برای حفظ نظم عمومی دلیل برخلاف آن پذیرفته نمی شود. عدم قبول دلیل برخلاف این اماره، امری استثنایی دانسته شده که مستلزم تصریح قانونگذار می باشد مانند اعتبار امر مختومه (امامی، بی تا: ۲۱۲/۶).

۲- استنباط اماره تجریدی اسناد تجاری از قانون تجارت

برای تبیین اماره تجریدی اسناد تجاری در وهله نخست آن را از قانون تجارت ایران استخراج و استنباط کرده و سپس اماره نسبی بودن آنها را تحلیل می نمایم. تجریدی اسناد تجاری به طور صریح در قانون ذکر نشده و در حقوق ایران رسمیت نیافته است و از این لحاظ، مضمونی غریب با حقوق داخلی است (اسکینی، ۱۳۸۹: ۱۰۹). یکی از این علل، مربوط به زمان تدوین این قانون است، زیرا قانون تجارت ایران از قانون فرانسه گرفته شده و علیرغم به روز شدن و اصلاح قانون فرانسه در این خصوص، قانون تجارت ایران بدون تغییر مانده است. برای جبران این مورد باید به قوانین و مقرراتی که قانونگذار ایران تدوین کرده و در حال حاضر وجود دارد توجه کرد. به عبارتی، وقتی مقنن مقرراتی را وضع می کند، باید به آثار و مفهومی که بر آن مواد حاکم است توجه کرد و در هر مورد ضوابط حاکم بر قانون را فحص و جستجو کرده و بدین وسیله قاعده موردنظر را استنباط و استخراج نمود. گرچه ممکن است به مقصود غایی موردنظر نرسیم، لکن با این حداقل ها و رویه قضائی می توان ترسیم مناسبی از مجموعه حاصل شده، به وجود آورد. با انتخاب چنین نگرشی باید مقررات را بازبینی نمود تا به محتوا نایل شد؛ از این حیث به قوانینی که در قانون تجارت ایران وجود دارد نظری می اندازیم تا از روح حاکم بر آنها، اماره تجریدی اسناد تجاری را استخراج نمایم.

۱-۲- ماده ۳۱۰ قانون تجارت عنوان می دارد: «چک نوشته ای است که به موجب آن صادر کننده وجوهی را که در نزد محالّ علیه دارد کلاً یا بعضاً مستردّ یا به دیگری واگذار می نماید.» صدور چک مستقلاً دلیل اشتغال ذمه صادر کننده است (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۱۳۴)؛ اداره کلّ حقوقی قوه قضائیه، ۱۳۹۱: ش ۱۹۷۸۳، ردیف ۲۹۷)؛ یکی از

مواردی که تجرّد را بیان می کند عنوان «نوشته ای است» می باشد. به عبارتی، با این مکتوب صادر کننده می تواند وجوهی را وصول نماید یا به دیگری بدهد، بدون توجه به تعهد پایه یا مبنایی که حاکی از اماره تجریدی بودن اسناد تجاری می باشد.

۲-۲- ماده ۳۱۱ قانون تجارت عنوان می دارد: «در چک باید محلّ و تاریخ صدور قید شده و به امضای صادر کننده برسد، پرداخت وجه نباید وعده داشته باشد.» در این قانون به امضای روی سند تأکید شده که نشان می دهد چک به جهت امضای روی آن ارزش می یابد و صادر کننده متعهد می شود؛ لذا پرداخت آن نمی تواند وعده دار باشد، زیرا در غیر این صورت از سند تجاری خارج شده و یک تعهد مدنی صرف تلقی می گردد. از این قانون هم اماره تجریدی را می توان استنباط نمود (همان).

۳-۲- ماده ۳۱۳ قانون تجارت عنوان می دارد: «وجه چک باید به محض ارائه کارسازی شود.» به عبارتی، محالّ علیه بدون توجه به مندرجات سند و روابط خصوصی طرفین با ارائه سند باید فوراً نسبت به پرداخت وجه آن اقدام نماید لذا تجریدی بودن را از آن می توان استنباط کرد (همان؛ صباغیان، ۱۳۹۶: ۱۳۴-۱۳۵).

۴-۲- ماده ۲۳۰ قانون تجارت عنوان می دارد: «قبول کننده برات ملزم است وجه آن را سر وعده تأدیه نماید.» از این ماده قانونی چنین برداشت می کنند که قانونگذار به جهت امضایی که در روی سند وجود دارد، صادر کننده را مسئول می داند و این مسئولیت مربوط به مدیونیت و روابط پایه و مبنا نمی باشد و لذا قبول کننده را ملزم به پرداخت کرده است (اسکینی، ۱۳۸۹: ۱۱۰؛ دمیرچلی و دیگران، ۱۳۸۹: ۵۱۹).

۵-۲- ماده ۲۵۳ قانون تجارت در خصوص نوع پول پرداختی با پول مندرج در برات و لزوم تبعیت این دو، مقرر می دارد: «اگر دارنده برات به برات دهنده یا کسی که برات را به او منتقل کرده است پولی غیر از آن نوع که در برات معین شده است بدهد و آن برات در نتیجه ... اعتراض شود دارنده برات می تواند از دهنده برات یا انتقال دهنده، نوع پولی را که داده یا نوع پولی که در برات معین شده، مطالبه کند ولی از سایر مسئولین وجه برات، جز نوع پولی که در برات معین شده قابل مطالبه نیست.» در این قانون به

توافق خصوصی که بین دو نفر رخ داده، اشاره می نماید و آن را قابل تسری به دیگران نمی داند. منظور از دیگران، طرف ثالث می باشد (جنیدی و شریعتی نسب، ۱۳۹۲: ۱۴).
 ۲-۶- ماده ۲۵۷ قانون تجارت عنوان می دارد: «اگر دارنده برات به کسی که قبولی نوشته مهلت برای پرداخت بدهد، به ظهرنویس های ماقبل خود و برات دهنده که به مهلت مزبور رضایت نداده اند حق رجوع نخواهند داشت.» هرگونه توافق که بین طرفین مستقیم صورت گرفته و براساس آن رضایت حاصل شده، در مقابل دیگران که به این مورد رضایت نداشته اند قابل تسری نیست (همان).

در دو ماده فوق، به روابط طرفین بلافصل و مستقیم اشاره شده است که در صورت بروز اختلاف، هر طرف می تواند به آن استناد نماید؛ لکن این توافقات در مقابل ثالث تأثیری ندارد. از این دو ماده می توان اماره تجریدی و عدم توجه به ایرادات را استنباط نمود، زیرا روابط خصوصی طرفین و تعهد مبنا و پایه قابل تسری به دیگران که از این رابطه مطلع نبوده و یا رضایت نداشته اند، نیست. در موارد فوق مشاهده می شود که در باطن به مبنای اماره تجریدی اسناد تجاری اشاره دارند که حاکی از پذیرش اماره تجریدی و عدم توجه به ایرادات می باشد.

۳- دلایل نسبی بودن اماره تجریدی اسناد تجاری

همان گونه که گفته شد با توجه به خصوصیت اسناد تجاری، این اسناد مستقل و منفک از معامله مبنا و پایه بوده و به عبارتی، تعهد مدنی از سند تجاری منفک و جدا تلقی شده است، اما به عنوان یک اماره نسبی این جدایی مطلق نمی باشد؛ لذا دلایل نسبی و خلاف پذیر بودن این اماره را به شرح زیر بیان می نمایم:

۳-۱- از منظر حقوقدانان

صدور سند تجاری باعث از بین رفتن تعهد سابق یا تضمینات آن نمی شود، چون:
 الف: از لحاظ مقررات قانونی در این که تعهد به دو اعتبار (تعهد منشأ و تعهد براتی) برای وصول طلب خود دو وسیله در اختیار داشته باشد مانعی وجود ندارد. طلبکار با وصول طلب به وسیله یکی از این وسایل طبیعتاً حق استفاده از وسیله دیگر را نخواهد

داشت. زبان حال و قصد ضمنی طرفین در حین صدور و قبول سند تجاری نیز همین است (اخلاقی، ۱۳۷۵: ۳۶-۳۸).

ب: درست است که اسناد تجاری تضمینات و مزایای ویژه ای دارد و تسلیم سند دارنده را از این مزایا برخوردار می کند، لکن گاه تضمینات تعهد منشأ بیشتر و بهتر است؛ از جمله وقتی که تعهد منشأ تضمینی مانند وثیقه عینی به همراه داشته باشد. بدیهی است کسی که بابت چنین طلب، سند تجاری قبول می کند قصد انصراف از تعهد سابق و تضمینات آن ندارد (همان)؛ ضمناً حامل از دو راه می تواند کشنده برات را تعقیب کند: یکی راه که مربوط به پیش از تاریخ کشیدن برات بوده است و دومین راه، تعقیب ناشی از عمل صدور برات است. اگر دو می مشمول مرور زمان شود از اولین راه می توان بهره گرفت (جعفری لنگرودی، ۴۳۲ به نقل از دمرچیلی و دیگران ۱۳۹۰: ۴۸۳). یکی از حقوقدانان در ردّ منفک بودن سند تجاری از معامله مبنایی بیان می دارد: «برات یک سند تجاری ویژه است و ...، یک عمل حقوقی محسوب می شود ... از طرف دیگر، خود برات بدون دلیل و علت صادر نمی شود و همان طور که گفته شد معلول روابط حقوقی قبلی است که میان دارنده و مسئولان برات وجود دارد؛ این روابط قطعاً در روابط ناشی از برات تأثیرگذار است» (اسکینی، ۱۳۸۹: ۳۲)؛ پس صرف صدور سند را پرداخت دین محسوب نمی کنند و تسلیم سند تجاری به طلبکار، به خودی خود پرداخت دین نیست، بلکه چک وسیله پرداخت دین بوده و تا زمان وصول سند، دین و تضمینات آن باقی خواهد ماند (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۲۷/۴). اسناد مورد بحث به عنوان وسیله پرداخت، وضعیتی نظیر پول دارند با این تفاوت که موجب اسقاط تعهد مدیون نمی شود. از نظر حقوق فرانسه، تسلیم چک به مثابه پرداخت نیست و تا نقد نشود تعهد اصلی به جای خود باقی است و حقوق ایران در این خصوص چنین صراحتی ندارد. در واقع، در حقوق ایران، پرداخت از طریق برات، سفته و یا چک مدیون را بری الذمه نمی کند؛ در حالی که پرداخت به پول، باعث برائت ذمه متعهد می شود. اگر به جای پول از اسناد تجاری مزبور استفاده شود تا زمانی که وجه این اسناد به صورت تسلیم پول و یا

واریز به حساب متعهد پرداخت نشود، تعهد متعهد (خریدار) همچنان باقی می ماند و به عبارتی، موجب اسقاط تعهد اصلی صادر کننده که ناشی از قرارداد اصلی است، نمی شود (اسکینی، ۱۳۸۹: ۶-۲۳۱-۲۳۳)؛ پس وصف تجریدی در مقابل اولین دارنده سند تجاری حکمفرما نیست؛ یعنی صادر کننده در مقابل اولین دارنده می تواند به رابطه پایه استناد نماید و مبلغ سند تجاری را پرداخت نماید (گرامی طیبی، ۱۳۹۸: ۳۲).

۳-۲- از منظر قانون

اماره تجریدی اسناد تجاری سه اثر دارد: مدیونیت، اشتغال ذمه و عدم توجه ایرادات که نسبی بودن این امارات را مطرح می نمائیم.

۳-۲-۱- اماره تجریدی و مدیون بودن

الف: مستند قانونی

ماده ۲۳۰ قانون تجارت عنوان می دارد: «قبول کننده ملزم است وجه آن را سر وعده تأدیه نماید» و ماده ۳۱۳ قانون تجارت نیز بیان می دارد: «وجه چک به محض ارایه، باید کارسازی شود.»

ب: منشاء این اماره

همان گونه که قبلاً گفته شد، صادر کننده سند، با توجه به امضای روی سند، مسئول می باشد و قبول کننده نیز با قبول و امضاء برات مسئولیت پرداخت را دارد. این امضاء ایجاد تعهد کرده است و دلیلی بر مستقل بودن اسناد تجاری از تعهد پایه را بیان می کند. همچنین با توجه به قبولی برات، قبول کننده به نوعی اقرار می نماید که مدیون بوده است. مقنن به اراده ظاهری مزبور توجه دارد و لذا براتگیر باید از عهده انجام مسئولیت مزبور برآید؛ زیرا وقتی صادر کننده، اقدام به صدور می کند برای براتگیر الزامی برای قبولی مترتب نیست، لذا اگر براتگیر براتی را نپذیرد مسئولیتی در این خصوص نخواهد داشت (اسکینی، ۱۳۸۹: ۸۵). مورد دیگر مربوط به تعهدی است که هر کس بر عهده می گیرد؛ یعنی اقدامی که هر کس می کند مبتنی بر قاعده اقدام باید خودش پاسخگوی اقدامات خود باشد. به عبارتی، برات

دهنده و براتگیر که قبولی نوشته یا حتی صادر کننده چک، بنابر حاکمیت اراده ظاهری که در قبولی برات و صدور چک وجود دارد به زیان خود اقدام کرده است و عواقب آن را نیز باید قبول کند (ستوده تهرانی، ۱۳۸۹: ۴۶/۳).

مورد دیگری که باید اضافه گردد، مربوط به نقش عرف و عادت می باشد؛ زیرا همواره اکثریت قریب به اتفاق افرادی که برات را قبول می کردند به براتکش مدیون بوده اند و ماده ۲۳۵ قانون تجارت دلیلی بر این مدعا می باشد. عرف و عادت حاکم بر جامعه مبتنی بر این موضوع است که هر کس براتی را قبولی نوشت و یا چکی را صادر کرد، مدیون بوده است مگر خلاف آن ثابت شود. همچنین، الزامی که در ماده ۳۱۳ قانون تجارت در مورد چک مقرر شده، نشان دهنده مدیونیت صادر کننده است؛ زیرا در این ماده، مقنن محالاً علیه را ملزم کرده که وقتی صادر کننده، چکی را امضاء و آن را به محالاً علیه ارایه می کند او را ملزم به پرداخت کرده است و نمی تواند به هر بهانه ای از پرداخت استنکاف ورزد.

ج: نسبی بودن اماره

یکی از دلایلی که می توان به نسبی بودن این اماره اشاره کرد در این مورد است که براتگیر به رغم قبولی برات، می تواند در برابر دارنده و در صورت وجود شرایط قانونی، به تهاتر دین ناشی از برات و طلب خود از دارنده متوسل شود و از پرداخت خودداری کند. ضمناً در صورتی که برات بدون محلّ توسط براتگیر قبول شده و صادر کننده، پس از پرداخت وجه آن به دارنده، مجدداً دارنده برات می شود در چنین وضعی، عدم وجود محلّ نزد براتگیر می تواند در مقابل صادر کننده مطرح شود و نمی توان به صرف قبولی برات از طرف براتگیر، صادر کننده را محقّ به مطالبه ناشی از برات کرد و براتگیر را مجبور نمود. همچنین در مورد چک، صادر کننده چک با اعلام سرقتی بودن و یا جعل یا کلاهبرداری می تواند حساب خود را مسدود و از پرداخت چک خودداری نماید؛ یا با استناد به عدم اهلیت و شرط عدم مسئولیت و ... و با ارایه دلیل دیگر می تواند خلاف این اماره را اثبات نموده و آن را از اعتبار

انداخت. به علاوه، قبول کننده به عنوان براتگیر می تواند با استناد به ماده ۱۲۷۷ قانون مدنی که ناظر به اشتباه شخص اقرار کننده است و این که در قبولی برات، مرتکب اشتباه شده و قبول برات مبتنی بر دریافت سند یا وجه یا تعهدی بوده که محقق نشده است و یا برات کش آن را انجام نداده است به اعتبار این اماره، خدشه وارد نماید و قبول کننده با استناد به عدم اهلیت و یا وجود عیوب اراده و قصد و رضا بطلان این قبولی را بخواهد (همان: ۴۶)؛ یا بنا به تجویز ماده ۳۰۲ قانون مدنی، با اظهار به اشتباه خود مبنی بر این که فکر می کرده مدیون است اقدام به صدور یا قبولی برات یا صدور چک یا سفته کرده است با این موضوع مقابله نماید؛ لذا با توجه به عدم قطعی بودن امارات، این اماره نسبی و خلاف پذیر است.

۳-۲-۲- اشتغال ذمه

الف: مستند قانونی

ماده ۳۱۰ قانون تجارت عنوان می دارد: «چک نوشته ای است که به موجب آن صادر کننده وجوهی را که در نزد محالّ علیه دارد کلاً مستردّ یا به دیگری واگذار می نماید.» ضمناً آرای وحدت رویه صادره از هیات عمومی دیوان عالی کشور می تواند در حکم قانون باشد و برای دادگاه ها در موارد مشابه، لازم الاتباع است؛ لذا مدرک قانونی این اماره می تواند رأی وحدت رویه شماره ۲۱۰ مورخ ۱۳۱۸/۰۲/۱۲ هیات عمومی دیوان عالی کشور باشد که صدور چک را دلیل اشتغال ذمه صادر کننده تلقی کرده است.

ب: منشأ، اعتبار و نسبی بودن اماره

گردش گسترده چک در بین مردم و رواج بیشتر آن باعث شده تا در عرف و عادت جامعه، صدور چک را دلیل بر اشتغال ذمه و مدیون بودن وی تلقی نمایند. هر چند چک در موارد دیگری نیز استفاده می شود لکن غالب، اشتغال ذمه صادر کننده است و با صدور آن اقدام به نوعی اقرار ضمنی به مدیون بودن هم است. در صورتی که صادر کننده مدیون نباشد می تواند با تحصیل دلیل مانند سرقتی بودن سند تجاری یا جعل یا

کلاهبرداری و ... نسبت به مسدود کردن حساب و عدم پرداخت آن اقدام نماید، یا با اثبات عدم اهلیت آن را از اعتبار ساقط نماید. این اماره با توجه به اصل عدم قطعیت امارات از اعتبار نسبی و خلاف پذیر برخوردار است و صادر کننده می تواند با ارایه دلیل، خلاف اماره مزبور را اثبات نماید.

۳-۲-۳- اماره تجریدی و عدم توجه به ایرادات

الف: مستند قانونی

مستند این اماره مواد ۲۵۳ و ۲۵۷ قانون تجارت می باشد. در ماده ۲۵۳ قانون تجارت آمده است: «اگر دارنده برات به برات دهنده یا کسی که برات را برای او منتقل کرده است، پولی غیر از آن نوع که در برات معین شده است بدهد و آن برات در نتیجه ... اعتراض شود دارنده برات می تواند از دهنده برات و انتقال دهنده نوع پولی را که داده یا نوع پولی که در برات معین شده، مطالبه کند ولی از سایر مسئولین وجه برات جز نوع پولی که در برات معین شده قابل مطالبه نیست.» و در ماده ۲۵۷ قانون تجارت مقرر شده است: «اگر دارنده برات به کسی که قبولی نوشته مهلتی برای پرداخت بدهد، به ظهر نویس های ماقبل خود و برات دهنده که به مهلت مزبور رضایت نداده اند حق رجوع نخواهد داشت.»

ب: منشأ، اعتبار و نسبی بودن اماره

با توجه به مباحث بالا، با امضاء و صدور برات و تحویل آن به دارنده برات، رابطه ای شکل گرفته است که براساس قاعده اقدام و اقرار طرفین و عرف و عادت مرسوم جامعه، طرفین ملزم به اجرای تعهد خود می باشند و هیچ گونه عذر و بهانه و دلیلی نمی تواند از اجرای آن جلوگیری نماید و بدین اعتبار، قبول کننده برات ملزم به پرداخت وجه است. حال مقنن در این مواد، اشاره کرده که هرگونه توافقات حاصله بین دهنده و دارنده و ظهر نویس ماقبل برات قابل اجرا می باشد؛ یعنی در انتخاب بین تعهد مندرج در برات و یا اجرا و انجام توافقات فیما بین طرفین مستقیم و بلافصل، اختیاری بوده و این امری قطعی است لکن نمی تواند دیگران را ملزم به

انجام آن توافقات نمود؛ یعنی این توافقات قابلیت تسری به دیگران را ندارد. در این دو قانون، مقنن در راستای مصلحت جامعه و حمایت از منافع ثالثی که از این توافقات مطلع نبوده یا رضایت نداشته است اقدام به تدوین و ایجاد این اماره نموده و قائل به برتری اراده ظاهری بر اراده باطنی است، زیرا حقوق و تکالیف این نوع از اسناد مندرج در خود سند است. با توجه به صراحت قانون، این اماره در خصوص ثالث خلاف ناپذیر جلوه می کند، لکن با نظر به اصل عدم قطعی بودن امارات و عرف و عادت حاکم بر جامعه می توان با اثبات عدم حسن نیت ثالث و این که وی از توافقات حاصله مطلع بوده است این اماره را از اعتبار انداخت. در این دو ماده قانون تجارت، اماره عدم توجه به ایرادات، نسبت به ثالث کاملاً مشهود است، زیرا طرفین توافق مستقیم، نمی توانند به توافقات خود نسبت به ثالث با حسن نیت استناد نمایند. همچنین اماره تجریدی در رابطه مستقیم و بلافصل قابل اجرا نیست؛ یعنی هر گونه رابطه خصوصی که فیما بین دو فرد به وجود آمده، نسبت به دیگران قابل تسری نیست و منظور از دیگران، دارنده ای است که ثالث محسوب می شود. حال اگر هر گونه توافق فردی با یکی از متعهدین سند تجاری نسبت به دیگران، همان سند تأثیری نداشته باشد بالتبع ایرادات و توافقات مرتبط با تعهد مبنا در مقابل دارنده ثالث سند تجاری قابل استناد نمی باشد. لکن همان گونه که گفته شد این موارد خلاف پذیر است، زیرا اگر ثابت شود ثالث دارنده سند تجاری حسن نیت نداشته است در این صورت، عدم توجه ایرادات در اینجا نیز قابل استناد نخواهد بود. بنا به دلایل فوق، اماره تجریدی و عدم توجه به ایرادات در مقابل ثالث، اماره ای نسبی تلقی می گردد.

۴- دلایل خلاف پذیر بودن اماره تجریدی اسناد تجاری

دلایلی که بیان می شود برای اثبات این موضوع است که سند تجاری با صدور و تسلیم آن به طور نسبی از تعهد مدنی جدا می شود و با اثبات خلاف آن می توان، اماره را از اعتبار انداخت و سند تجاری به طور نسبی فارغ از تعهد مبنا و پایه بوده و در عین استقلال، با تعهد مبنا مرتبط است؛ لذا موارد زیر به عنوان استثنائات یا خلاف پذیر بودن

اماره تجریدی اسناد تجاری بیان می‌شود، زیرا اصل بر عدم قطعیت امارات می‌باشد و مطلق بودن نیاز به حکم قانون دارد و در موارد خاص تدوین می‌شود.

۴-۱- دلیل مربوط به جرایم کیفری در اسناد تجاری

در ماده چهاردهم قانون صدور چک آمده است: «صادر کننده چک یا ذینفع یا قائم مقام قانونی آنها با تصریح به این که چک مفقود یا سرقت یا جعل شده و یا از طریق کلاهبرداری یا خیانت در امانت یا جرایم دیگری تحصیل گردد، می‌تواند کتباً دستور عدم پرداخت وجه چک را به بانک بدهد» (دلشاد و احمد زاده، ۱۳۹۵: ۳۵) لذا به هر طریق غیر قانونی چک تحصیل شود امکان توقف پرداخت چک را فراهم می‌کند. برای قانونگذار در خصوص خروج مجرمانه چک از ید صادر کننده اهمیت دارد و فرقی نمی‌کند که چک در وجه شخص معینی صادر شده و یا به نام شخص خاصی ظهر نویسی شده باشد یا حتی چکی که در وجه حامل یا بدون ذکر نام انتقال گیرنده ظهر نویسی می‌شود، وجود ندارد.

۴-۲- دلیل مربوط به شرایط شکلی سند تجاری

شرایط شکلی سند تجاری (مواد ۲۲۳ و ۲۲۶ قانون تجارت) بسیار اهمیت دارد و دارندگان اسناد تجاری صرفاً در صورت تنظیم این اسناد می‌توانند از مزایای اماره تجریدی برخوردار شوند و فقدان هر کدام، منجر به خارج شدن از عنوان سند تجاری است.

۴-۳- دلیل مربوط به عدم اهلیت و فقدان شرایط اساسی صحت معاملات

شرایط اساسی صحت معاملات، جهت کاربرد اماره تجریدی در معاملات اسناد تجاری باید وجود داشته باشد؛ لذا در صورتی که امضاء کننده سند تجاری، فاقد اهلیت قانونی مانند بلوغ، عقل و رشد برای صدور، ظهر نویسی، قبولی و ضمانت یا قصد و رضا باشد می‌تواند در مقابل دارنده سند تجاری، ایراد عدم مسئولیت نموده و به بطلان تعهد خود استناد کند (صفری، ۱۳۸۷: ۸۴؛ کاویانی، ۱۳۸۳: ۱۴۸؛ الله آبادی، ۱۳۷۷: ۲۴).

۴-۴- دلیل مربوط به تهاتر دین ناشی از سند تجاری

براتگیر به رغم قبولی برات، می تواند در برابر دارنده و در صورت وجود شرایط قانونی، به تهاثر دین ناشی از برات و طلب خود از دارنده متوسل شده و از پرداخت خودداری کند. ضمناً در صورتی که برات بدون محلّ توسط براتگیر قبول شده و صادر کننده، پس از پرداخت وجه آن به دارنده، مجدداً دارنده برات می شود در چنین وضعی، عدم وجود محلّ نزد براتگیر می تواند در مقابل صادر کننده مطرح شود و نمی توان به صرف قبولی برات از طرف براتگیر، صادر کننده را محقّ به مطالبه ناشی از برات کرده و براتگیر را مجبور نمود.

۴-۵- دلیل مربوط به سوء نیت دارنده سند تجاری

عدم توجه ایرادات در صورتی که دارنده سند تجاری دارای حسن نیت باشد قابل اعمال است؛ یعنی اگر دارنده در زمان انتقال سند از چگونگی روابط شخصی میان متعهدین آن که به اعتبار سند و مالکیت آن لطمه وارد می سازد، آگاهی نداشته باشد (الله آبادی، ۱۳۷۷: ۲۵) دارنده با حسن نیت است ولی اگر در سندی که جعل شده و براتگیر نیز اعلام قبولی کرده باشد، دارنده نمی تواند از براتگیر مطالبه وجه کند؛ زیرا احراز سوء نیت وی مبنی بر دارا شدن غیر عادلانه و به زیان براتگیر، قوی به نظر می رسد و براتگیر می تواند علیه او ایراد کند.

۴-۶- دلیل مربوط به تغییر مندرجات سند بعد از امضای آن

در صورتی که مندرجات سند تجاری پس از امضای مسئولی که مورد مراجعه دارنده قرار گرفته است تغییر یابد مسئول مورد مراجعه می تواند به تغییر مندرجات در مقابل هر دارنده - اعم از با حسن نیت و بدون حسن نیت - استناد کند.

۴-۷- دلیل مربوط به خط زدن قید عبارت حواله کرد

اگر صادر کننده سند تجاری، عبارت حواله کرد را خط بزند و دارنده بدون توجه به این امر، آن را انتقال بدهد این انتقال فقط در حدود یک انتقال مدنی معتبر است و صادر کننده می تواند در مقابل دارنده به این امر استناد کند و آن را پرداخت نکند.

۴-۸- دلیل مربوط به شرط عدم مسئولیت ظهر نویس

ظهنویس زمان پشت نویسی می تواند شرط کند که مسئولیت تضامنی برای پرداخت وجه سند ندارد. این شرط به جهت سکوت قانون تجارت به استناد به مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ قانون مدنی نافذ و معتبر است، زیرا مسئولیت ظهنویسی برای پرداخت وجه سند تجارتي، از آثار اطلاق قرارداد ظهنویسی بوده و جزو مقتضیات ذات آن محسوب نمی شود.

۴-۹- دلیل مربوط به صدور سند توسط نماینده فاقد اختیار

اگر نماینده ای از طرف اصیل سند تجاری صادر نماید تعهد ناشی از این عمل به عهده اصیل قرار می گیرد مگر این که نماینده، خارج از حدود اختیارات عمل کرده باشد که اصیل می تواند حتی در مقابل دارنده غیر مستقیم - اعم از باحسن نیت و بدون حسن نیت - به این ایراد استناد و مبلغ سند را پرداخت نماید (گرامی طیبی، ۱۳۹۸: ۳۴-۳۵).

۴-۱۰- دلیل مربوط به روابط شخصی طرفین بلافصل

در اسناد تجاری در برابر ید مستقیم به هر ایرادی می توان استناد کرد.

۵- اماره تجریدی اسناد تجاری در رویه قضائی

برای این که بتوانیم تصویر روشنی از تجریدی بودن در رویه قضائی کسب نمائیم باید آرای صادره دادگاه ها به درستی تبیین گردد؛ لذا در بررسی این آراء باید مشاهده کرد که تا چه میزان بر مطلق یا نسبی بودن اماره تجریدی، مبتنی بر جدایی دو تعهد مدنی و تجاری تأکید دارند.

۵-۱- منفک بودن اسناد تجاری از تعهد مدنی

۵-۱-۱- آراء مبین اماره مطلق

در استنباطی که از تجریدی بودن اسناد تجاری شده، به طور کامل، تمایل به منفک بودن سند تجاری از تعهد پایه، دارند حتی در رابطه طرفین مستقیم؛ لذا استدلال صورت گرفته بر این مبناست که تعهد مدنی به طور کامل ساقط می شود و تعهد تجاری جایگزین آن می گردد. آرائی که در این خصوص صادر شده عبارت است از:

۱. دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۲۹۰۰۸۵۹ مورخ ۱۳۹۱/۷/۲۹ شعبه ۳۹ دادگاه تجدید نظر استان تهران:

دادگاه تجدیدنظر در مقام رسیدگی به دادنامه بدوی آن را تأیید نموده است. استدلال دادگاه بدوی بدین مضمون بود که مستند دعوی، از اسناد تجاری است و این اسناد مستقلاً و فارغ از علت مبادله آنها علیه صادر کننده حجیت دارد و استماع شهادت شهود برای اثبات تضمینی بودن، غیر مؤثر می باشد و وجود چک نزد خواهان فی نفسه در استحقاق وی و اشتغال ذمه خوانده دلالت دارد و به استناد ماده ۳۱۳ قانون تجارت و اصل برائت، حکم به محکومیت خوانده صادر نموده است. در این رأی اسناد تجاری را از معامله پایه و مبنایی جدا دانسته و مستقلاً آنها را تعهد آور تلقی کرده است، مستند به ماده ۳۱۳ قانون تجتات (پژوهشگاه قوه قضائیه، ۱۳۹۶: b).

۲. دادنامه شماره ۶۳۳۲ مورخ ۱۳۷۳/۰۹/۱۹ شعبه ۶۵ دادگاه حقوقی دو تهران در این پرونده خواهان دادخواست مطالبه اجاره بهای معوقه ملکی را داده است؛ دادگاه با توجه به این که خواهان قبلاً بابت اجور ملک، سفته دریافت کرده است لذا به جهت قاعده تبدیل تعهد و حکم به بطلان طلب ناشی از اجاره داده است. در این رأی آمده است:

«... با توجه به مواد ۲۹۲ و ۲۹۳ قانون مدنی، مطالبه اجور معوقه با صدور سفته های مذکور، به طلب ناشی سند تجاری تبدیل شده است و حتی اگر ضمانت مندرج در ذیل قرارداد اجاره را عقد ضمان بدانیم، مسلماً با صدور سفته هایی که به امضای مستأجر رسیده است تعهد ضامن منقضی و در مقابل، امضاء کننده سفته در قبال مؤجر، متعهد پرداخت دین شده است. این تبدیل تعهد، به اعتبار مدیون، صورت گرفته و بنابراین خوانده این پرونده، دیگر متعهد به حساب نمی آید تا دعوی به طرفیت او مسموع باشد» (بهرامی، ۱۳۸۷: ۶۵).

۳. دادنامه شماره ۷۰۲ مورخ ۱۳۸۴/۰۷/۲۶ شعبه ۵ دادگاه عمومی حقوقی ایلام

در این رأی، خواهان مطالبه ثمن معامله را داشته است و چون خواهان با علم و آگاهی به جای ثمن یا طلب مدنی اقدام به دریافت چک یا طلب تجاری نموده است بنابراین، دعوی مزبور با خواسته مطالبه ثمن، قابلیت استماع را ندارد. در این رأی آمده است: «خواهان در زمان دریافت چک عالم و آگاه بوده است که چک، متعلق به احمد می باشد و با التفات به این که چک، سند و وسیله پرداخت می باشد ... با پذیرش و قبول چک دریافتی در حقیقت، از حیث رابطه معاملاتی مدنی، ثمن پرداخت شده محسوب می گردد ... در مانحن فیه با صدور و قبول چک استنادی از حیث پرداخت ثمن معامله، برائت ذمه حاصل شده است و از حیث صدور چک، اشتغال ذمه صادر کننده چک به وجود آمده است ...» (مقصودی، ۱۳۸۵: ۱۳۲-۱۳۱).

۴. دادنامه شماره ۴۷۸ مورخ ۱۳۷۴/۱۰/۱۲ شعبه ۲ دادگاه عمومی حقوقی کرج خواهان، دادخواست مطالبه ثمن معامله را داده است و دادگاه اخذ سند تجاری را دلیل بر از بین رفتن دین قبلی تلقی کرده است و خواهان باید از طریق پیگیری سند تجاری اقدام به مطالبه طلب نماید. در رأی صادره چنین بیان شده است: «بر فرض که این چک بابت بدهی (ثمن معامله) باشد خود یک سند تجاری است. در حقیقت، پرداخت ثمن می باشد و در صورت برگشت می تواند از طریق محاکم مطالبه نماید و یا این سند را به اصطلاح در بازار خرج کند ...» (بازگیر، ۱۳۷۹: ۲۶۴-۲۶۵).

با توجه به آراء فوق، تعهد مدنی ساقط شده و تبدیل به تعهد تجاری شده است و هرگونه ایرادی در این خصوص مسموع نمی باشد.

۵-۱-۲- آراء مبین اماره نسبی

اماره نسبی بودن به این معنی است که اماره تجریدی اسناد تجاری و عدم توجه ایرادات، اماره ای خلاف پذیر هستند و با ارایه دلیل مربوط به تعهد مبنا و پایه ای و دلایل مربوط به خود سند می توان سند را از اعتبار انداخت.

۱. دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۸۹۰۰۶۲۱ مورخ ۱۳۹۲/۱۰/۲۲ شعبه پنجم دیوان

عالی کشور

در خصوص مطالبه دو فقره چک به مبلغ ۵۶۷۰۰۰۰۰۰ ریال، متذکر شده با توجه به روابط پایه و مبنایی باید خواهان به تعهدات قراردادی خود اقدام کرده و سپس چک ها را مطالبه نماید. به قراردادی که براساس آن سند تجاری صادر شده، یعنی قرارداد پایه و مبنایی اهمیت می دهند و چون قرارداد مزبور به طور کامل انجام نشده حکم می کند که در وهله نخست باید قرار داد کاملاً اجرا و سپس مطالبه سند تجاری صورت گیرد؛ یعنی سند تجاری فی نفسه و مستقل از روابط پایه و مبنایی که علت صدور سند بوده، قابل مطالبه نیست و در اصل به منفک بودن مطلق معامله مینا از سند تجاری معتقد نیستند؛ لذا به نقض حکم می نمایند (پژوهشگاه قوه قضائیه، ۱۳۹۶: ۵۵۲).

۲. دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۷۰۴۰۰۹۲۲ مورخ ۱۳۹۲/۰۸/۱۵ شعبه ۵۹ دادگاه تجدید نظر استان تهران

دادگاه تجدید نظر در مقام رسیدگی تجدیدنظر به دادنامه صادره از شعبه ۲۰۷ دادگاه عمومی و حقوقی، رأی دادگاه بدوی مبنی بر این که چک ها به لحاظ وصف تجریدی بودن قابل استناد و معتبر است حکم به محکومیت خواندگان می دهد، ولی دادگاه تجدیدنظر با استدلال این که اصل ایراد ناپذیری اسناد تجاری که در رابطه مستقیم و بلافضل صادر کننده و دارنده، محل اعتناء نمی باشد با نقض دادنامه بدوی حکم به ردّ دعوی دادند (پژوهشگاه قوه قضائیه، ۱۳۹۶: C).

۳. دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۶۰۰۶۴۳ مورخ ۱۳۹۱/۰۶/۲۱ شعبه ۱۶ دادگاه تجدید نظر استان تهران

خواهان از خوانده به خواسته مطالبه وجه شش فقره چک را نموده است و شعبه ۱۵ دادگاه عمومی حقوقی تهران با توجه به استناد به اصل عدم استماع ایرادات نسبت به شخص ثالث و وصف تجریدی چک و این که ادعای جعلیت و امانی بودن بلا دلیل می باشد حکم بر محکومیت خوانده داده است. دادگاه تجدیدنظر با استناد به عدم حسن نیت ثالث و همچنین وجود قرارداد پایه، تجریدی بودن و عدم توجه به ایرادات را ردّ نموده و حکم بدوی را نقض کرده است (پژوهشگاه قوه قضائیه، ۱۳۹۶: b۱۴۶).

۴. دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۴۳۰۱۰۵۲ مورخ ۱۳۹۱/۰۹/۲۸ شعبه ۲۸ دادگاه

تجدید نظر استان تهران

در این پرونده دادگاه به خصیصه تجریدی بودن اسناد تجاری، نگرشی نسبی داشته و به قرارداد پایه و متن چک توجه دارد. وصف تجریدی اسناد تجاری رازمانی قابل استناد می‌داند که دارنده ثالث با حسن نیت قلمداد گردد؛ در حالی که هنوز اختلافات طرفین در اجرای قرارداد مرتفع نگردیده و چک‌های اصداری با منشأ صدور خود پیوستگی داشته و مرتبط می‌باشد و شرط پرداخت وجه آن چک‌ها انجام تعهدات فروشنده بوده که عملی نگردیده است و اقدام فروشنده به انتقال چک‌ها خود اقدامی ناعادلانه و سوء استفاده از اوصاف تجریدی اسناد تجاری و به ضرر غیر بوده است و خواهان نیز که کاملاً در جریان موضوع و اختلاف متعاقبین بوده و در چک، جمله «یا به حواله کرد پیردازید» در متن چک خط خورده است لذا دارنده با حسن نیت شناخته نمی‌شود تا مستحق دریافت وجوه آن اسناد باشد؛ لذا حکم بر بی‌حقی خواهان صادر می‌گردد (پژوهشگاه قوه قضائیه، b۱۳۹۶).

۵. دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۳۵۰۱۳۹۷ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۰۹ شعبه ۳۵ دادگاه

تجدید نظر استان تهران

دادگاه بدوی در خصوص دعوی خواهان مبنی بر مطالبه وجه یک فقره چک، با استناد به وصف تجریدی بودن و عدم توجه ایرادات نسبت به دارنده چک با حسن نیت، حکم بر محکومیت خواننده داده است و دادگاه تجدیدنظر، با استناد به تضمینی بودن چک و عدم انجام مورد تضمین توسط خواننده، آن را مرتبط با ثالث با حسن نیت نمی‌داند تا امکان استناد به وصف تجریدی اسناد تجاری محقق شود؛ لذا حکم بر بی‌حقی خواهان بدوی داده است (پژوهشگاه قوه قضائیه، b۱۳۹۶ : ۸۰۱).

۶. دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۰۰۱۰۰۱۵۲۶ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۱۹ شعبه ۵۰ دادگاه

تجدید نظر استان تهران

دادگاه بدوی در خصوص دعوی خواهان مبنی بر مطالبه وجه یک فقره چک به مبلغ ۵۴۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال، با توجه به بقای اصل سند در ید خواهان که دلالت بر اشتغال ذمه خوانده دارد حکم بر محکومیت خوانده داده است و دادگاه تجدیدنظر با استناد به بلافصل بودن ایادی چک، این مورد را استثناء بر وصف تجریدی اسناد تجاری و عدم توجه ایرادات می داند و هرگونه ایرادی را در مقابل ایادی مستقیم، قابل استماع تلقی کرده اند؛ لذا حکم بر بی حقی خواهان بدوی داده است (پژوهشگاه قوه قضائیه، ۸۰۳:b۱۳۹۶)

نتیجه گیری

از مجموع مطالب مطرح شده در این مقاله می توان به نتایج ذیل اشاره کرد:

۱- اماره تجریدی اسناد تجاری، در قانون تجارت به صراحت پذیرفته نشده است لکن از باطن برخی قوانین می توان مبنای این اماره را استنباط نمود. اماره تجریدی مطرح در اسناد تجاری، اماره ای نسبی است؛ یعنی جدایی اسناد تجاری از تعهد مدنی وجود دارد، لکن با آن نیز مرتبط است. اماره نسبی بودن یعنی خلاف اماره تجریدی قابل اثبات است؛ مثلاً با اثبات رابطه مستقیم و بلافصل طرفین اسناد تجاری این اماره را می توان ساقط کرد و همچنین در مورد ثالث دارنده سند تجاری، با اثبات سوء نیت وی اماره را از اعتبار انداخت.

۲- مقنن با تدوین مقرراتی، اماره تجریدی اسناد تجاری را از اعتبار انداخته است تا بدین وسیله، ضمن حمایت از صادر کننده سند تجاری، تمایل خود را به نگرش منطقی به اماره مذکور نشان دهد؛ دلایلی مانند ماده ۱۴ قانون چک مصوب ۱۳۸۲ و دیگر موارد مرتبط که قانونگذار در تدوین آنها منافع تمام اطراف اسناد تجاری را مدنظر قرار داده است؛ مگر این که بنا به مصلحت و حفظ منافع عموم، قانونی را مطلق بیان نماید که آن هم استثناء تلقی می شود.

۳- در رویه قضائی و آراء دادگاه ها، جدایی نسبی تعهد پایه و تعهد تجاری واضح است ولی علیرغم تردید در این مورد، سعی کرده به موضوع اصولی تر توجه نماید.

منابع

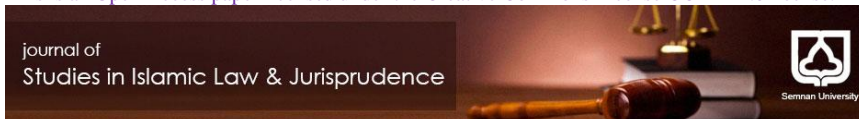
- اخلاقی، بهروز (۱۳۷۵)، **حقوق تجارت ۳**، دوره کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق دانشگاه تهران.
- اداره کل حقوقی قوه قضائیه (۱۳۹۱/۱۱/۱۲)، **اجرای اصل عدم توجه ایرادات**، نظریه شماره ۳۷۵۰/۷ - ۱۳۹۰/۰۷/۳۰، سال ۶۸، ش ۱۹۷۸۳.
- اسکینی، ربیعا (۱۳۸۹)، **حقوق تجارت (برات، سفته و چک)**، ج ۲، چ ۱۴، تهران: سمت.
- اسلامی، رضا (۱۳۸۱)، **شرح حلقه اول از دروس فی علم الاصول**، ج ۱، چ ۲، قم: بوستان کتاب.
- الله آبادی، کمال (۱۳۷۷)، **اصل استقلال امضاها و عدم توجه ایرادات در اسناد تجاری**، دیدگاه های حقوقی قضائی، ۱۱ و ۱۰، ۲۶-۷.
- امامی، سید حسن (بی تا)، **حقوق مدنی**، ج ۶، تهران: اسلامیة.
- بازگیر، یدالله (۱۳۷۹)، **قانون مدنی در آرای دیوان عالی کشور**، تهران: فردوسی.
- بهرامی، بهرام (۱۳۸۷)، **حقوق تجارت کاربردی**، چ ۳، تهران: نگاه بینه.
- پژوهشگاه قوه قضائیه (۱۳۹۶a)، **مجموعه آرای قضائی شعب دیوان عالی کشور ۱۳۹۲**، چ ۲، تهران: معاونت امور اجتماعی و پیشگیری از وقوع جرم قوه قضائیه.
- پژوهشگاه قوه قضائیه (۱۳۹۶b)، **مجموعه آرای قضائی دادگاه های تجدیدنظر استان تهران سال ۱۳۹۱**، چ ۲، تهران: معاونت امور اجتماعی و پیشگیری از وقوع جرم قوه قضائیه.
- پژوهشگاه قوه قضائیه (۱۳۹۶c)، **مجموعه آرای قضائی دادگاه های تجدیدنظر استان تهران سال ۱۳۹۲**، چ ۲، تهران: معاونت امور اجتماعی و پیشگیری از وقوع جرم قوه قضائیه.
- پژوهشگاه قوه قضائیه (۱۳۹۶d)، **مجموعه آرای قضائی شعب دیوان عالی کشور ۱۳۹۳**، تهران: معاونت امور اجتماعی و پیشگیری از وقوع جرم قوه قضائیه.
- پژوهشگاه قوه قضائیه، (۱۴۰۰)، **دلالت ماده ۲۶۵ قانون مدنی بر اماره دین در پرتو رویه قضائی**، چ ۳، تهران: معاونت امور اجتماعی و پیشگیری از وقوع جرم قوه قضائیه.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۱)، **مقدمه عمومی علم حقوق**، چ ۳، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۵)، **ترمینولوژی حقوق**، چ ۳۰، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- جمعی از قضات (۱۳۷۴)، **گزیده آراء دادگاه های حقوقی**، چ ۱، تهران: میزان.
- جنیدی، لعیا؛ شریعتی نسب، صادق (۱۳۹۲)، **وصف تجریدی در حقوق ایران با تأکید بر رویه قضائی**، مطالعات حقوق خصوصی، ۴۳، ۲۹-۱۷.

- حبیبی، محمود (۱۳۹۶)، نمایندگی در اسناد تجاری، ج ۱، تهران: میزان.
- دلشاد، ابراهیم؛ احمد زاده، فائزه (۱۳۹۵)، قواعد وفای به عهد در تأدیه اسناد تجاری، تهران: مجلد.
- دمرچیلی، محمد؛ حاتمی، علی؛ قرائی، محسن (۱۳۹۰)، قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی، چ ۱۱، تهران: دادستان.
- ستوده تهرانی، حسن (۱۳۸۹)، حقوق تجارت، ج ۳، چ ۱۶، تهران: دادگستر.
- شریفی، علیرضا (۱۳۹۵)، اصول و قواعد حاکم بر اسناد تجاری، تهران: دادگستر.
- صباغیان، حسین (۱۳۹۶)، ویژگی و مزایای اسناد تجاری در آرای دیوان عالی کشور، تهران: جنگل.
- صفری، محمد (۱۳۸۷)، حقوق بازرگانی «اسناد»، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶)، حقوق مدنی (اموال و مالکیت)، تهران: دادگستر.
- کاتوزیان، ناصر (b۱۳۸۳)، اعتبار امر قضاوت شده، تهران: میزان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷)، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، چ ۶۶، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۴۰۰)، اثبات و دلیل اثبات، ج ۲، چ ۱۰، تهران: میزان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳)، ماهیت و اثر اماره حقوقی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۶۴، ۱۲۵-۱۵۴.
- کاتوزیان، ناصر (a۱۳۸۳)، قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، چ ۴، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کارخیران، محمدحسین (۱۳۹۲)، محشای حقوق مدنی ایران، ج ۱، تهران: آریاداد.
- کامیار، غلامرضا (۱۳۸۵)، مجموعه محشای قانون صدور چک، تهران: مجلد.
- کاویانی، کوروش (۱۳۸۳)، حقوق اسناد تجاری، تهران: میزان.
- گرامی طیبی، امید (۱۳۹۸)، شرح پیشرفته قانون تجارت، قوچان: اندیشه ارشد.
- مقصودی، مراد (۱۳۸۵)، رویه قضائی و اندیشه های حقوقی (امور حقوقی)، تهران: پروهان.
- مناقب، زهرا سادات؛ مناقب، سید مصطفی (۱۴۰۰)، اعتبار سنجی اماره قانونی و قضائی در دادرسی کیفری، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۲۵، ۴۴۳-۴۷۲.
- نیک فرجام، کمال (۱۳۸۳)، معامله اسناد تجاری و تبدیل تعهد، دیدگاه های حقوق قضائی، ۳۲ و ۳۳، ۱۳۶-۱۱۵.

Islamic Law and Jurisprudence Studies
Volume 15, Consecutive Number 31, Summer 2023
Issn:2717-0330

Journal Homepage: <https://feqh.semnan.ac.ir/>

This is an Open Access paper licensed under the Creative Commons License CC-BY 4.0 license.



Stages and quality of people's control over the government in the form of enjoining the good and forbidding the evil

Rezvani Mofrad.Ahmad^{1*}- Jafari Harandi.Mahdi²

1: Assistant professor of jurisprudence and fundamentals of Islamic law, Bu-Ali Sina University, Hamadan, Iran: Corresponding Author (rezvanimofrad@yahoo.com)

2: Ph.D. student, Assistant professor of jurisprudence and fundamentals of Islamic law, Bu-Ali Sina University, Hamadan, Iran.

One of the most important Islamic duties that has been strongly emphasized in narrated sources is the duty of "commanding the good and forbidding the evil." The eighth principle of the constitution has three levels for this social responsibility: commanding the good of the people by the people, commanding the good of the people by the government, and commanding the good of the government by the people. In jurisprudential texts, only the first level has been addressed and the importance of other levels and the quality of their implementation have been neglected. Since the third level of enjoining the good and forbidding evil is more important and is more sensitive than the other two levels and no research has been done on the quality of its implementation, this research was conducted to fill this scientific and research gap. In this research, with a descriptive-analytical method, we have reached the conclusion that in order to achieve the third level of enjoining the good and forbidding the evil, it is necessary to implement four steps. Those four steps are in order of priority: 1- Advice and benevolence 2- Criticism and protest 3 - Reporting and disclosure 4 - Coercive action through legal channels and avoiding disturbing public order and security.

Keywords: Enjoining the good, forbidding the evil, public oversight, invitation to the good.

- A. Rezvani Mofrad- M. Kafari Harandi (2023). Stages and quality of people's control over the government in the form of enjoining the good and forbidding the evil, *Islamic Law and Jurisprudence Studies*, 15(31), 57-78.
Doi: [10.22075/feqh.2021.22746.2780](https://doi.org/10.22075/feqh.2021.22746.2780)



فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی

سال ۱۵- شماره ۳۱- تابستان ۱۴۰۲

صفحات ۷۸-۵۷ (علمی - پژوهشی)

تاریخ: وصول ۱۳۹۹/۱۲/۰۶ - بازنگری ۱۴۰۰/۰۲/۰۱ - پذیرش: ۱۴۰۰/۰۲/۰۸

مراحل و کیفیت نظارت مردم بر حاکمیت در قالب امر به معروف و نهی از منکر

احمد رضوانی مفرد* / مهدی جعفری هرنندی ۲

۱: استادیار فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه بوعلی سینا، همدان، ایران (نویسنده مسئول)

rezvanimofrad@yahoo.com

۲: دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه بوعلی سینا، همدان، ایران.

چکیده

یکی از مهم ترین واجبات اسلامی که به شدت در منابع نقلی مورد تأکید قرار گرفته است فریضه «امر به معروف و نهی از منکر» است. اصل هشتم قانون اساسی برای این مسؤولیت اجتماعی سه سطح ترسیم کرده است: امر به معروف مردم توسط مردم، امر به معروف مردم توسط دولت، امر به معروف دولت توسط مردم. در متون فقهی صرفاً به سطح نخست پرداخته شده و از تبیین اهمیت سطوح دیگر و کیفیت اجرایی کردن آنها غفلت شده است. از آنجا که سطح سوم امر به معروف و نهی از منکر از اهمیت و حساسیت بالاتری نسبت به دو سطح دیگر برخوردار است و هیچ پژوهشی در راستای کیفیت اجرایی کردن آن انجام نشده است، لذا این پژوهش به منظور پر کردن این خلأ علمی و پژوهشی انجام شده است. در این تحقیق با روشی توصیفی-تحلیلی به این نتیجه دست یافته‌ام که در راستای تحقق سطح سوم امر به معروف و نهی از منکر، اجرای چهار مرحله ضروری است؛ آن چهار مرحله به ترتیب اولویت عبارتند از: ۱- نصیحت و خیرخواهی؛ ۲- انتقاد و اعتراض؛ ۳- گزارش دهی و افشاکاری؛ ۴- برخورد قهری از مجاری قانونی و پرهیز از اخلال در نظم و امنیت عمومی.

کلیدواژه: امر به معروف، نهی از منکر، نظارت همگانی، دعوت به خیر.

- رضوانی مفرد، احمد؛ جعفری هرنندی، مهدی (۱۴۰۲). مراحل و کیفیت نظارت مردم بر حاکمیت در قالب امر به معروف و نهی از منکر. *مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی دانشگاه سمنان*، شماره ۳۱، صفحات ۵۷-۸۷.

Doi: [10.22075/feqh.2021.22746.2780](https://doi.org/10.22075/feqh.2021.22746.2780)

۱- مقدمه

مسأله «امر به معروف و نهی از منکر» جایگاه بسیار ممتازی در میان واجبات دین مبین اسلام و نیز سایر ادیان الهی دارد (کلینی، ۱۳۶۵: ۵۶/۵)؛ قرآن کریم در آیات فراوانی به این وظیفه مهم تصریح کرده است (آل عمران: ۱۰۴، ۱۱۰، ۱۱۴؛ اعراف: ۹۹؛ توبه: ۶۷، ۷۱، ۱۱۲؛ لقمان: ۱۷؛ حج: ۴۱؛ نحل: ۱۲۵؛ عصر: ۳) تا جایی که می‌توان گفت کمتر موضوعی به این اندازه مورد تأکید قرآن قرار گرفته است. در سنت نیز روایات بیشماری بر وجوب «امر به معروف و نهی از منکر» دلالت داشته و توصیفات شگرفی درباره آن از ناحیه معصومین (ع) صادر شده است (رک: حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۱۱۵/۱۶ به بعد؛ مجلسی، ۱۴۰۴: ۶۸/۹۷ به بعد)؛ به عنوان نمونه، امیرالمؤمنین (ع) تمام کارهای نیکو و جهاد در راه خدا را در مقایسه با امر به معروف و نهی از منکر چونان قطره ای در دریایی پهناور توصیف می‌کند (نهج البلاغه، حکمت ۳۷۴). این میزان تأکید صریح بر این موضوع، سبب شده تا فقها آن را در زمره «ضروریات دین» قلمداد کرده و انکار آن را مساوی با خروج از دین بدانند (خمینی، بی تا: ۴۶۲/۱). صرف‌نظر از تأکید های فراوانی که در منابع نقلی بر این مسأله شده است، عقل نیز به روشنی بر لزوم و نیز میزان اهمیت بالای این مسأله تأکید داشته و می‌توان گفت که ضرورت «امر به معروف و نهی از منکر»، امری جهان شمول و بین‌الذہانی بوده و تمام عقلای عالم، فارغ از دین، آئین و فرهنگشان، بر ضرورت تقید به آن انگشت تأیید می‌نهند.

به تبعیت از موضع شریعت اسلام در قبال مسأله امر به معروف و نهی از منکر، قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز در اصل هشتم اعلام کرده است: «در جمهوری اسلامی ایران دعوت به خیر، امر به معروف و نهی از منکر وظیفه‌ای است همگانی و متقابل بر عهده مردم نسبت به یکدیگر، دولت نسبت به مردم و مردم نسبت به دولت. شرایط و حدود و کیفیت آن را قانون معین می‌کند؛ و المؤمنون و المؤمنات بعضهم اولیاء بعض یا مرون بالمعروف و ینهون عن المنکر»؛ بر این اساس، مسؤولیت اجتماعی «نظارت همگانی» در قالب امر به معروف و نهی از منکر با هدف پیشگیری و مبارزه با

فساد، تخلف و رفتارهای ناپه‌نجانار، برای همه افراد و طبقات جامعه به ویژه حاکمیت و دولتمردان آن (از صدر تا ذیل) از همان روزهای آغازین شکل‌گیری انقلاب اسلامی مورد تأکید جدی نظام جمهوری اسلامی ایران بوده است. این مسؤولیت اجتماعی را اصل هشتم قانون اساسی در سه سطح اعلام کرده است: «نظارت مردم بر مردم»، «نظارت دولت بر مردم» و سرانجام «نظارت مردم بر دولت». اما باید توجه داشت که واژه «دولت» در اصل یاد شده، دارای دو معنای عام و خاص است: مراد از «دولت» به معنای خاص آن همان قوه اجرایی کشور و مراد از معنای عامش همه قوای سه‌گانه و سایر ارکان حکومت بدون هیچگونه استثنایی است. آن چه در این اصل از واژه «دولت» باید فهم کرد معنای عام آن است؛ زیرا هر شخصی (حقیقی و حقوقی) که فاقد عصمت باشد از ارتکاب خطا مصون نبوده و همین امر لزوم امر به معروف و نهی از منکر درباره وی را توجیه می‌کند؛ ضمن این که قید کلمه «همگانی» در اصل مورد بحث و نیز جاری کردن «أصالة العموم» درباره مراد قانونگذار از واژه «دولت»، مؤید این برداشت است. رهبر معظم انقلاب اسلامی نیز در اینباره می‌گویند: «من عرض می‌کنم، هیچ کس فوق نظارت نیست، خود رهبری هم فوق نظارت نیست؛ چه برسد به دستگاه‌های مرتبط با رهبری؛ بنابراین همه باید نظارت شوند. نظارت بر کسانی که حکومت می‌کنند، چون حکومت به طور طبیعی به معنای تجمع قدرت و ثروت است؛ یعنی اموال بیت المال و اقتدار اجتماعی و اقتدار سیاسی در دست بخشی از حکام است، برای این که امانت به خرج دهند و سوء استفاده نکنند و نفسشان طغیان نکنند، یک کار لازم و واجب است و باید هم باشد» (دانشگاه صنعتی امیرکبیر: ۱۳۷۹/۱۲/۹).

به طور حتم، اجرای این تکلیف شرعی و مسؤولیت اجتماعی همچون سایر تکالیف دارای حدود، ثغور و الزاماتی است که جهت برحذر بودن تبعات منفی مانند: تهمت‌زنی، هرج و مرج، عدم تأثیرگذاری، لوٹ شدن این وظیفه و ... لازم است با در نظر داشتن این که «حکومت اسلامی با توجه به مصالح فردی، اجتماعی، ضروری و استسحانی می‌تواند نسبت به احکام حکومتی و جعل قوانین دست به تقیین بزند» (فتاحی، ۱۳۹۲: ۱۰۴)

کیفیت هرگونه اقدامی در این زمینه متکی به مبانی عقلی، قانونی و اخلاقی آن باشد. بر همین اساس، ذیل اصل هشتم مقرر شده است: «... شرایط و حدود و کیفیت آن را قانون معین می کند...»، یعنی بر پایه این اصل، قوه مقننه مسؤولیت پیدا کرده است که به منظور روشن ساختن شرایط، حدود و ثغور انجام مسؤولیت «نظارت همگانی» در قالب «امر به معروف و نهی از منکر»، مقرراتی را وضع و ابلاغ نماید. فقهای عظام نیز با وجود عنایت خاصی که به مسأله «امر به معروف و نهی از منکر» داشته اند صرفاً به بیان کیفیت انجام امر به معروف و نهی از منکر توسط مردم نسبت به یکدیگر (سطح نخست امر به معروف و نهی از منکر) پرداخته و از دو سطح دیگر، یعنی بیان کیفیت انجام این فریضه مهم اجتماعی توسط «دولت نسبت به مردم» و «مردم نسبت به دولت» (در معنای عامی که در بالا بدان اشاره شد) غفلت ورزیده اند. از ناحیه حقوقدانان و سایر اصحاب قلم نیز پژوهش مستقل و منسجمی در این زمینه ارائه نشده است! از اینرو انجام پژوهشی مستقل مبتنی بر آموزه های شرع مقدس اسلام در این زمینه، بی تردید کمک شایانی به قوه مقننه خواهد کرد تا در سریع ترین زمان نسبت به پُر کردن این خلأ قانونی بسیار مهم مبادرت ورزد.

از میان دو سطح مغفول مانده مسؤولیت اجتماعی «نظارت همگانی»، سطح سوم یعنی نظارت همگانی «مردم نسبت به دولت» از اهمیت ویژه ای برخوردار بوده و می توان گفت اهمیت این سطح از نظارت همگانی، مهم تر و حیاتی تر از سطوح اول و دوم است. این اهمیت از دو جهت است: نخست آن که رواج فرهنگ امر به معروف و نهی از منکر توسط مردم نسبت به دولت، ضامن حفظ سلامت نظام اسلامی و مانع زوال آن است و چون حفظ نظام اسلامی در رأس واجبات است (خمینی، ۱۳۷۸: ۳۶۵/۱۵) لذا اهمیت این سطح از نظارت همگانی قابل مقایسه با اهمیت دو سطح دیگر نیست؛ دوم آن که این سطح از نظارت همگانی به لحاظ جنس و کیفیت رابطه آحاد جامعه با حاکمیت و جایگاه ویژه و حساس حاکمیت از ظرافت های بیشتری نسبت به دو سطح دیگر برخوردار است؛ زیرا هنگام اجرای آن علاوه بر الزامات مربوط به سطح نخست

مراحل و کیفیت نظارت مردم بر حاکمیت در قالب امر به معروف و نهی از منکر ————— ۶۱

امر به معروف و نهی از منکر که توسط مردم نسبت به یکدیگر اعمال می‌شود باید به چند نکته دیگر نیز از جمله: بیان مطلب بدون لُکنت، رعایت شأن حاکمیتی مخاطب، رعایت مصالح نظام اسلامی در مقابل دشمنان، لزوم حفظ نظم عمومی جامعه و پرهیز از فضا سازی و تشنج آفرینی، و ... به صورت همزمان توجه داشته باشیم. این نوشتار با همین دغدغه می‌کوشد تا با تبیین مستند و مستدلّ از کیفیت انجام وظیفه «نظارت همگانی» مردم نسبت به دولت (سطح سوّم نظارت همگانی مقرر در قانون اساسی) به قدر وسع گامی در این راستا بردارد.

۲- مراحل و کیفیت نظارت مردم بر حاکمیت در قالب امر به معروف و نهی از منکر

همان طور که می‌دانیم اجرای وظیفه «امر به معروف و نهی از منکر» یک امر ذو مراتب و مبتنی بر قاعده «الایسر فالایسر» است (علامه حلّی، ۱۴۱۳: ۱/۵۲۵؛ شهید اول، ۱۴۱۷: ۲/۴۷؛ شهید اول، بی تا: ۲/۲۰۲؛ فاضل مقداد، ۱۴۰۳: ۲۶۵؛ طباطبائی، ۱۴۱۸: ۲۰۹/۸)؛ یعنی امر به معروف و ناهی از منکر موظّف است به هنگام اجرای این مسؤولیت، مراتبی را رعایت کند که این مراتب در فقه به تفصیل بیان شده است. همان گونه که گفته شد موضوع بحث فقها فقط ناظر به حالتی است که امر به معروف و نهی از منکر توسط مردم نسبت به یکدیگر است ولی هنگامی که مخاطب امر به معروف و نهی از منکر، «حکومت و حاکمانش» هستند کیفیت انجام این وظیفه اجتماعی تفاوت خواهد کرد.

به نظر می‌رسد همان گونه که در امر به معروف و نهی از منکر نسبت به آحاد جامعه، رعایت مراحل چهارگانه واجب است (شهید اول، ۱۴۱۰: ۸۴؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۲/۴۱۶؛ علامه حلّی، ۱۴۱۰: ۱/۳۵۳؛ علامه حلّی، ۱۴۱۱: ۹۰) در زمانی هم که مخاطب امر به معروف و نهی از منکر از ارکان حاکمیتی جامعه هستند با استفاده از همان راهبرد عقلایی و اخلاقی «الایسر فالایسر»، رعایت ترتیبی چهار مرحله واجب است اما «محتوا» و «کیفیت اجرای» آن مراحل به گونه‌ای است که در ادامه بدان خواهیم پرداخت:

۲-۱- مرحله نخست: نصیحت و خیرخواهی

در مرحله نخست یکی از مهم‌ترین و تأثیرگذارترین راهکارهای اجرایی نظارت مردم بر حاکمان با هدف ارزشی اصلاح و تربیت در قالب امر به معروف و نهی از منکر، بهره‌مندی از فضیلت ارزشمند «نصیحت مشفقانه» است؛ چرا که یکی از وظایف عمومی و تکالیف همگانی، قیام برای نصیحت‌گویی و اصلاح عیوب ظاهری و باطنی جامعه و حاکمیت آن است. با توجه به نتایج و ثمرات مشترک نصیحت و خیرخواهی با امر به معروف و نهی از منکر، هر دو فضیلت در فرهنگ سیاسی اجتماعی اسلام سابقه دیرینه و اصیل و ریشه در قرآن و روایات متعدد دارند و از جایگاه و ارزش والایی برخوردار هستند (فاضلی، ۱۳۷۵: ۴۵ و ۴۹) و در قرآن از زبان انبیاء الهی چون حضرت نوح نبی (ع) (اعراف: ۶۲)، حضرت شعیب (ع) (اعراف: ۹۳) و حضرت صالح (ع) (اعراف: ۷۹) به نصیحت و خیرخواهی اشاره مستقیم شده است و در روایات با عبارتی همچون «الدین النصیحه»، جایگاه ارزشمند و حیاتی آن نمایان می‌شود.

امیرالمومنین (ع) در خصوص اهمیت و جایگاه خیرخواهی مردم نسبت به حکومت و حاکمان تا آنجا پیش رفته‌اند که آن را از حقوق مسلم حاکم دانسته‌اند تا وظیفه‌ای برای مردم محسوب شده و قابلیت اسقاط هم نداشته باشد؛ ایشان می‌فرمایند: «أما حق من بر شما آن است که به بیعت خود وفادار باشید و در آشکار و نهان خیرخواه و نصیحتگر من باشید.» و در جایی دیگر با این که خود معصوم و از هرگونه خطا و اشتباه مصون می‌باشند از مردم دعوت می‌کنند نسبت به او از سخن حق دریغ نورزند: «از گفتن سخن حق یا مشورت عادلانه خودداری نکنید، زیرا من شخصاً به عنوان یک انسان خود را فراتر از این که اشتباه کنم نمی‌دانم و از آن در کارهایم ایمن نیستم مگر این که خداوند مرا حفظ کند؛ چرا که مالکیت خداوند بر جان من از خودم بیشتر است» (نهج البلاغه، خطبه ۲۱۶)؛ در همین راستا نبی مکرم (ص) نصیحت را کمال و اساس دین و متعلق به خدا، دین خدا، پیغمبر خدا، کتاب خدا، پیشوایان و رهبران مسلمین و همه مسلمانان می‌داند: «رأس الدین النصیحه لله و لدینه و لرسوله و لکتابه و لائمة المسلمین و للمسلمین

مراحل و کیفیت نظارت مردم بر حاکمیت در قالب امر به معروف و نهی از منکر ————— ۶۳

عامه» (پاینده، ۱۳۸۵: ۳۰۲)؛ «حقّ المسلم علی المسلم ستّ: ... و اذا استنصحک فانصح له ...» (همان)؛ و امام زین العابدین (ع) آن را از حقوق اصلی حاکم برشمرده اند: «فأما حقّ سائسک بالسلطان ... و ان تخلّص له فی النصیحه» (منصوری، ۱۳۹۳: ۴۰)؛ لذا اصل وجود نصیحت و خیرخواهی مورد تأیید عقل و شرع می‌باشد و در خصوص نصیحت و خیرخواهی حاکم از سوی مردم نه تنها جای هیچگونه شکّ و تردیدی وجود ندارد بلکه به عنوان یکی از راهکارهای بسیار مؤثر در جهت نظارت بر دستگاه حاکمیتی و امر به معروف و نهی از منکر حاکمان از سوی مردم تلقی می‌شود. روایات وارده در این زمینه مؤید این ادعا است: «قال رسول الله (ص): ثلاث لا یغلّ علیهنّ قلب امرء مسلم؛ اخلاص العمل لله، و النصیحه لائمّه المسلمین و اللزوم لجماعتهم» (علامه مجلسی، ۱۴۰۴: ۱۳۲/۷۴؛ کلینی، ۱۴۰۷: ۲/۲۵۸)؛ «الدین النصیحه، قالوا لمن؟ قال لله و لکتابه و لرسوله و لائمّه المسلمین» (پاینده، ۱۳۸۵: ۳۰۲) و در این زمینه امام خمینی (ره) نیز به عنوان حاکم اسلامی می‌گویند: «اگر من هم پایم را کج گذاشتم شما مسؤولید، اگر نگوئید چرا پایت را کج گذاشتی؛ باید هجوم کنید نهی کنید که چرا؟ ... امت باید نهی از منکر کند امر به معروف کند» (خمینی، ۱۳۷۸: ۴۷/۸).

بر همین اساس است که در ادارات مختلف کشور صندوق‌هایی با عنوان «صندوق انتقادات و پیشنهادات» پیش‌بینی شده است ولی این اقدام ارزشمند در صورتی مفید خواهد بود که مخاطبان امر به معروف و نهی از منکر به نصیحت ناصحان به عنوان سرمایه‌ای گرانسنگ بنگرند و توجه داشته باشند که جامعه به مثابه یک کشتی می‌ماند که هر قدر با ثبات‌تر حرکت کند نفعش به همه و از جمله مخاطبان نظارت همگانی خواهد رسید و ترتیب اثر دادن به نصایح مشفقانه و منطقی ناظران مردمی، ضامن ثبات حرکت کشتی جامعه خواهد بود.

۲-۲- مرحله دوم: انتقاد و اعتراض

در صورت عدم تأثیر نصیحت و خیرخواهی، مرحله دوم نظارت همگانی مردم بر حاکمان، نقد و اعتراض در خصوص تخلف یا فساد دستگاه حاکم و حاکمان آن است.

اما این که این نقد و اعتراض به چه صورتی انجام شود و از نظر شرعی و قانونی حدود و سیطره آن با حفظ نظم و امنیت عمومی و همچنین اقتدار حاکمیتی به چه صورتی باید باشد، لازم است تبیین علمی و مطلوبی نسبت به آن صورت پذیرد.

اصل وجود نقد و اعتراض به حاکم و دستگاه حاکم در قالب امر به معروف و نهی از منکر مورد تأیید شرع بوده و بهترین دلیل بر آن سیره حکومتی و کلام امیرالمؤمنین (ع) است که در طول دوره کوتاه مدّت حکومت خویش نشان داد که او به دنبال ایجاد نظام عادلانه الهی و حکومت انسانی، حافظ منافع و مصالح انسان ها و ارزش های والای انسانی است و در این مسیر از هر گونه انتقاد، اعتراض و عتاب حتّی نسبت به خویشتن در صورتی که با هدف اصلاح باشد، ترس و پروایی نداشت. او در این خصوص زمانی که برای غائله جمل عازم بصره بود و از مردم جهت سرکوب این گروه منحرف، گردنکش و زیاده خواه مساعدت طلبید جهت پاسخگویی به اذهان عمومی و خنثی نمودن تبلیغات سوء بدخواهان و مقدّس مآبان جاهل در خصوص این شبهه که اسلام حافظ خون مسلمین است و چگونه ممکن و شایسته است که با مسلمانانی که تحت رهبری دو صحابه خاصّ پیامبر (طلحه و زبیر) و یک بانوی خانه اش (عایشه) هستند به پیکار و مبارزه برخاست، حضرت مردم را به تفکّر و اندیشه صحیح دعوت می نماید که در صورت حقّ بودن او یاریش کنند و در صورت ناحقّ بودنش او را مورد عتاب و سرزنش و نقد و اعتراض قرار دهند؛ لذا فرمود: «همانا من از مرکز خلافت بیرون آمده‌ام و روشم از دو حال خارج نیست: یا ستمگرم و یا ستم‌دیده، یا گردنش و طغیانگرم یا آن که بر من گردنکشی و طغیان کرده‌اند. این قضاوت به عهده مردم اندیشمند است؛ در هر صورت، به هر کس نامه من ابلاغ شد من او را به یاد خدا می افکنم تا به سوی من حرکت کند و مرا و هدف مرا از نزدیک ببیند؛ اگر روشم صحیح و بجا بود یاریم کند و اگر رفتارم نادرست و نابجا بود مرا مورد عتاب و سرزنش خود قرار دهد» (نهج البلاغه، نامه ۵۷). در این کلام گهربار، حضرت اعتراض و نقد و سرزنش حاکم را از حقوق مردم دانسته‌اند ولی ایشان در خصوص عتاب و اعتراض نسبت به حاکم، شرایطی از قبیل

تحقیق و تفحص دقیق و درست (از نزدیک روشم را ببینید)، علم به این که روش و سیره صحیح باشد (اگر روشم صحیح بود ... اگر رفتارم نادرست بود ...) را متذکر می شوند که لازم است به عنوان الگویی برای کیفیت اعتراض مردم نسبت به حاکمیت و ارکان آن مدنظر گرفته شود.

نمونه دیگر از سیره حضرت امیر(ع) در این زمینه به عنوان الگویی مناسب جهت فهم کیفیت اجرای مرحله دوم نظارت همگانی و نیز واکنش حاکمان مخاطب این نظارت، مربوط به قضایای پس از جنگ صفین است. جاهلان مقدس مآب خوارج پس از جنگ صفین با شعار فریبنده «لا حکم الا لله» سخنان ناروا و حرف های نیشدار به انتقاد و اعتراضات شدید نسبت به حضرت و رواج اندیشه باطل و تفکر جمودی خود در کوچه و بازار می پرداختند، اما حضرت در قبال این هجمه اعتراض لفظی و نقد توسط آنها حتی در مسجد خود، کوچک ترین تغییری در روش عادلانه و الهی خویش ایجاد نکردند و بلکه در قبال آنها چنین فرمودند: «سه حق مسلم شما نزد ما محفوظ است: ۱. ما شما را هرگز از ادای نماز در مسجد جامع شهر و از شرکت در اجتماعات خود منع نمی کنیم؛ ۲. حقوق شما را از بیت المال تا هنگامی که با ما هستید قطع نمی کنیم؛ ۳. تا شما بر ما شمشیر نکشید و آغاز جنگ نکنید ما هرگز به جنگ با شما اقدام نخواهیم کرد» (نوری همدانی، ۱۳۷۲: ۸۹).

این نمونه تاریخی، حاوی دو الگوی بسیار مهم و کاربردی برای موضوع این پژوهش است: الگوی نخست مربوط به حاکمان مخاطب «نظارت همگانی» است که آحاد مردم در بیان نظرات و انتقاداتشان خطاب به حاکمان باید کاملاً آزاد بوده و بدون کمترین واهمه‌ای هر آن چه مایلند بیان کنند (حق آزادی بیان)، و این امر هرگز نباید منجر به محرومیت آنان از هیچ یک از حقوق اجتماعی آنان توسط حاکمان شود حتی اگر مطالب ناظران از منظر حاکمان، فاقد مبانی و محتوای منطقی باشد در غیر این صورت، قطعاً فرهنگ «نظارت همگانی» به عنوان سرمایه‌ای بی بدیل برای حاکمان جامعه و نظام حاکم از جامعه رخت بر خواهد بست. از همین روست که حضرت در جای دیگری

یکی از ابزارهای حکومت بر مردم را «سعه صدر» معرفی می‌کند.^۱ الگوی دوم هم مربوط به ناظران است؛ زیرا به آنها می‌آموزد که هرچند آزادی بیان، حق مسلم برای آحاد جامعه بوده و حاکمان موظفند به این حق مسلم و مهم به خوبی و در عمل احترام بگذارند لکن، «سوء استفاده» از این حق جایز نبوده^۲ و به ویژه اگر با نظم و امنیت عمومی اصطکاک پیدا کند حق و بلکه وظیفه حاکمان است که با آن برخورد سلبی مؤثر داشته باشند. بر همین اساس است که پس از این که گروه خوارج به عنوان اعتراض و به دلیل حمایت عبدالله بن خباب از حضرت علی (ع) در قضایای حکمیت که گفته بود: «علی به خدا و فرمایشش داناتر، در دینش پارساتر و از نظر وقایع و پیش آمدهای اجتماعی و مملکتی بیدارتر و آگاه تر است» او و هسرش را به طرز فجیعی به قتل رساندند، حضرت در اولین رویارویی با آنها خواست تابی درنگ قاتل عبدالله را تسلیم نمایند و فرمود: به خدا قسم، اگر تمام مردم روی زمین اقرار کنند که در ریختن خون عبدالله شریک بوده- ایم و من توانایی انتقام داشته باشم همه آنها را خواهم کشت» (نوری همدانی، ۱۳۷۲: ۱۲۴).

بدین ترتیب، اصل نقد، اعتراض به حاکم و حاکمیت و ارائه طرح نظر و اعتقاد، مورد تأیید و بلکه تأکید شرع مقدس و از مراحل اجرای وظیفه «نظارت همگانی» محسوب می‌شود لکن لازمه آن عبارتست از: قصد اصلاح و خیر، تحقیق و تبیین، استفاده از روش منطقی و متناسب با موضوع، عدم اقدام فراقانونی و خشونت آمیز و خودداری از سلب نظم، آرامش و امنیت عمومی جامعه و به دنبال آن دستگاه حاکمیت نیز در قبال نقد و اعتراض مردم تا آنجا که منتهی به تبعات منفی یاد شده نشود، حق برخوردی سلبی با معترضان را ندارد و لازم است با برخورداری از روحیه پاسخگویی به اعتراضات، در جهت رفع شبهات و اختلافات تلاش نماید (آقابابایی، ۱۳۹۵: ۱۶-۱۸).

۱. «آله الرئاسه سعه الصدر» (نهج البلاغه، حکمت ۱۷۶).

۲. اصل چهلم قانون اساسی: «هیچ کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع

عمومی قرار دهد.»

۲-۳- مرحله سوم: گزارش‌دهی و افشاگری

در صورت عدم حصول نتیجه از مراحل اول و دوم (نصیحت و اعتراض)، آحاد مردم حق و بلکه وظیفه دارند که دست به گزارش‌دهی و افشاگری علیه عامل یا دستگاه حکومتی موردنظر بزنند. اهمیت این مرحله از جهت تأثیری است که در برهم زدن فضای امن فساد و از بین بردن انگیزه فساد دارد. این اقدام که اخیراً از آن با عنوان «سوت زنی» یاد می‌شود، یکی از مؤثرترین راهکارهای پیشگیری، کشف و حتی مبارزه با انحرافات تلقی می‌شود که با مشارکت همگانی مردم، حاکمیت را برای رسیدن به یک وضعیت مطلوب در ساختار سیاسی و اقتصادی و رسیدن به جامعه‌ای عاری از فساد و کارآمد یاری می‌کند.

رهبر معظم انقلاب به مناسبت ایام شهادت شهید بهشتی و هفته قوه قضائیه (۹۹/۷/۷) در دیدار با مسئولان دستگاه قضا به صورت غیرمستقیم به پدیده «سوت زنی» اشاره کرده و فرمودند که باید از گزارشگران فساد به صورت قانونی حمایت شود. عین کلام ایشان به این شرح است: «باید همچنین برای این موضوع زیرساخت‌های حقوقی در قوه قضائیه فراهم شود تا امنیت مادی و معنوی گزارشگر حفظ شود و امر به معروف و نهی از منکر دلگرم باشد که دستگاه قضائی پشتیبان اوست و در مقابل زمینه تهمت‌زنی نیز فراهم نشود.» کلام رهبر انقلاب به عنوان بالاترین مقام حاکم نظام اسلامی در این زمینه، در واقع یادآور وظیفه‌ای است که اصل هشتم قانون اساسی بر عهده قوه مقننه نهاده و رهبر انقلاب از قوه قضائیه آن را مطالبه نموده است. ایشان با این توصیه ضمن این که سوت‌زنی را مصداق امر به معروف و نهی از منکر معرفی کرده‌اند توجه به ملاحظات شرعی و اخلاقی آن را نیز ضروری اعلام می‌کند؛ یعنی با وجود همه ضرورت‌های پیش گفته در مورد «نظارت همگانی» در قالب امر به معروف و نهی از منکر و نقش کلیدی آن در خیر و صلاح حکومت و حاکمان، خاطر نشان می‌سازد که عرصه افشاگری، بی‌حد و مرز نبوده و به لحاظ بازتاب عمومی بسیار گسترده‌تری که نسبت به دو مرحله

پیشین دارد دارای ظرافت ها و الزامات شرعی و اخلاقی ای است که عدم مراعات آن موارد ممکن است مفسد بزرگ تری را پدید آورد.

تأمل در این زمینه و مراجعه به منابع نقلی نشان می‌دهد که هنگام اجرای مرحله سوم نظارت همگانی رعایت موارد ذیل بایسته است:

الف: حقّ مداری و عدالت محوری و پرهیز از هوای نفس و غرض ورزی

براساس آیات و روایات فراوان، توجه به عدالت، حقّ محوری و پرهیز از هوای نفس و هرگونه غرض ورزی در تمام ابعاد زندگی فردی و اجتماعی مورد تأکید و سفارش قرار گرفته است (اعراف: ۲۹)؛ نساء: ۱۳۵؛ بقره: ۲۸۳؛ نهج البلاغه، خطبه ۱۵، ۲۰، ۲۴، ۴۴، ۸۷، ۱۹۳ و نامه ۱۷، ۴۷، ۵۳، ۵۷ و حکمت ۲۴۱، ۴۲۶، ۴۲۷، ۴۷۶). افشاگری نباید وسیله انتقام گیری و اغراض شخصی قرار گیرد، زیرا نه تنها اصل افشاگری و هدف آن را زیر سؤال می‌برد بلکه با طغیان و افشای خصومت ها موجب ایجاد فتنه می‌شود. امام علی(ع) می‌فرماید: «سبب الفتن الحقد: سبب فتنه ها کینه توزی است» (آمدی، ۱۳۶۶: ۲۹۹)؛ از اینرو، دستگاه های مسؤول باید نسبت به بررسی گزارش های افشاگرانه حساسیت ویژه ای داشته باشند که از روی خصومت و غرض ورزی ارائه نشده باشند.

ب: مستند و مستدلّ بودن

اخبار و گزارش ها باید مستدلّ و مستند باشد. علی(ع) در خصوص مستند، مستدلّ و موثّق بودن خبر و گزارش می‌فرماید: «أما أنه ليس بين الحقّ و الباطل إلا أربع أصابع؛ الباطل أن تقول سمعت و الحقّ أن تقول رأيت» (نهج البلاغه، خطبه ۱۴۱). ایشان در مواضع متعدّدی با تعابیر متفاوت به این توصیه اخلاقی تأکید می‌ورزد: «و لا تقل ما لا تعلم و إن قلّ ما تعلم» (نهج البلاغه، نامه ۳۱)؛ «لا تخبرنّ ألاً عن ثقة فتكون كذاباً» (آمدی، ۱۳۶۶: ۴۷۸)؛ «لا تقل ما لا تعلم فتنهم باخبارك بما تعلم» (همان، ۲۰۲)؛ «و لا تحدّث الناس بكلّ ما سمعت به فكفى بذلك كذباً» (علامه مجلسی، ۱۴۰۴: ۱۶۰/۲)؛ «إذا حدّثتم بحديث فاسندوه الى الذی حدّثکم فإن كان حقّاً فله و إن كان كذباً فعليه» (کلینی، ۱۴۰۷: ۴۲/۱).

ج: دقیق بودن

گزارشگری باید دقیق باشد و دقت در افشاگری بر سرعت آن ترجیح داده شود. مراد از دقت نیز علاوه بر خود خبر یا اعتقاد به وقوع انحراف در یک دستگاه حکومتی یا توسط احدی از حاکمان، شامل دقت در عمل افشاگری نیز می‌شود. در خصوص دقت در اصل خبر یا اعتقاد، در قرآن کریم آمده است: «فبشّر عباد الذین یستمعون القول فیتبعون أحسنه» (زمر: ۱۸) و قدرت انتخاب قول احسن هنگامی حاصل می‌شود که شخص آگاهی نسبتاً مناسبی پیرامون ابعاد مختلف موضوع داشته باشد و گزینه ممکن است موضعی که در قبال موضوعی گرفته می‌شود موضع حقیقی نبوده و بالتبع، اقدام به افشاگری در خصوص آن نیز نه تنها مفید نباشد بلکه زیانبار نیز باشد. امیرالمؤمنین (ع) در این خصوص می‌فرماید: «الناس أعداء ما جهلوا» (نهج البلاغه، حکمت ۴۳۸)؛ یعنی چه بسا تصور اشخاص مبنی بر وقوع انحراف و لزوم افشاگری درباره آن، معلول عدم آگاهی لازم پیرامون موضوع مورد بحث باشد. براین اساس، در اقدام به افشاگری باید از هرگونه شتابزدگی پرهیز نمود؛ به ویژه که گاهی افشاگری‌ها منجر به ریخته شدن آبروی افراد، تشویش اذهان عمومی،^۲ برهم خوردن نظم عمومی و ایجاد فساد و اختلال در جامعه^۳ و می‌شود و بدین ترتیب، نقض غرض رخ می‌دهد.

د: مؤدبانانه و به دور از هرگونه توهین

نظارتگری از طریق بیان گزارش و سوت‌زنی بایستی نیکو و مؤدبانانه باشد. قرآن کریم در آیات متعددی به رعایت اخلاق در گفتار به طور کلی سفارش‌های فراوانی دارد که با عمومشان شامل افشاگری و گزارش‌دهی انحرافات حاکمان نیز می‌شود. برخی از این

۱. روزی حضرت رسول (ص) به کعبه نگاه کردند و فرمودند: «ای کعبه! خوشا به حال تو، خداوند چقدر تو را بزرگ و حرمتت را گرامی داشته است! به خدا قسم حرمت مؤمن از تو بیشتر است، زیرا خداوند تنها یک چیز را از تو حرام کرده، ولی از مؤمن سه چیز راحرام کرده است: مال، جان و آبرو تا کسی به او گمان بد نبرد» (فتال نیشابوری، ۱۳۷۵: ۲/۲۹۳).

۲. ماده ۶۹۸ قانون مجازات اسلامی.

۳. بقره: ۶۰ و ۲۰۵؛ مائده: ۶۴/ اعراف: ۷۴؛ قصص: ۷۷ و ۸۳.

آیات عبارتند از: «و قولوا للناس حسناً» (بقره: ۸۳)؛ «قل لعبادی یقولوا الّتی هی أحسن...» (اسراء: ۵۳)؛ «یا ایها الذّین آمنوا لایسخر قوّم من قوّم عسی أن یكونوا خیراً منهم ولا نساء من نساء عسی أن ینکن خیراً منهنّ ولا تلمزوا أنفسکم ولا تنابزوا بالألقاب» (حجرات: ۱۱). امام علی (ع) نیز در همین راستا و نهی از بیان کلام همراه با ادبیات خلاف اخلاق می فرماید: «ایاک و مستهجن الکلام فانه یوغر القلب: پرهیز از سخن زشت، که دل ها را کینه ور می سازد» (آمدی، ۱۳۹۰: ۲۱۴).

ه: برخورد شجاعانه و مصلحت اندیشی منطقی

در امر خبر رسانی جهت پیشگیری و مبارزه با فساد، گزارشگر بایستی شجاعانه برخورد کند و در برابر حق گویی و دفاع از عدالت و راستی، هیچ خوف و هراسی را به خود راه نداده و فقط رضایت حقّ تعالی را در نظر داشته باشد. قرآن کریم در این زمینه می فرماید: «الذّین ینبغون رسالات اللّهِ و یخشونه و لایخشون احداً الا اللّهُ و کفی باللّهِ حسیباً» (احزاب: ۳۹). امام علی (ع) نیز در این زمینه فرموده اند: «أخسر الناس من قدر علی أن یقول الحقّ و لم یقل» (آمدی، ۱۳۶۶: ۷۰). با وجود این، رعایت مصلحت زمانی و مکانی در افشای انحرافات حاکمان، باید مدنظر ناظر آمر به معروف و ناهی از منکر باشد و در این اقدام، خردمندانه عمل نماید؛ تا آنجا که قرآن کریم افرادی را که بدون بررسی و مصلحت سنجی خبری را منتشر می کنند مورد سرزنش قرار می دهد: «و اذا جائهم أمر من الأمن أو الخوف أذاعوا به...» (نساء: ۸۳). امام علی (ع) نیز می فرماید: «لا تتکلّم اذا لم تجد للکلام موقعا: هرگاه برای سخن، جایی (تأثیری) نیافتی، هرگز سخن مگو» (آمدی، ۱۳۶۶: ۲۱۲)؛ گاهی مطلب موردنظر از اسراری است که بیان علنی آن به مصلحت جامعه نبوده و باید پوشانده نگاهداشته شود؛ چرا که ممکن است موجب تحمیل هزینه های جبران ناپذیر برای جامعه مسلمین شود؛ لذا ابراز آن جهل، خطا و خیانت است. امام علی (ع) ذیل بحث از وظایف و حقوق پیشوا و مردم، در تأیید و تأکید بر این نکته می فرماید: «لا تتکلّم بکلّ ما تعلم فکفی بذلک جهلاً: سخن مکن به هر چه می دانی؛ پس کافی است این به حسب جهل و نادانی» (همان)؛ «ألا و إن لکم عندی ألاّ احتجز

مراحل و کیفیت نظارت مردم بر حاکمیت در قالب امر به معروف و نهی از منکر ————— ۷۱

دُونَكُمْ سِرّاً إِلَّا فِي حَرْبٍ بدانید، حَقِّی که شما بر عهده من دارید این است که چیزی را از شما مخفی ندارم، جز اسرار جنگ را» (نهج البلاغه، نامه ۵۰). امام صادق (ع) نیز در همین راستا می‌فرماید: «افشاء السّر سقوط» (مجلسی، ۱۴۰۴: ۲۲۹/۷۸)

و: امانتداری

گزارشگران موظفند در گزارش‌ها و افشاگری‌هایی که انجام می‌دهند امانت را رعایت کنند. الزام اخلاقی و شرعی به این امانتداری از دو جهت مورد تأکید است: نخست در زمینه اطلاعاتی است که بدان دست یافته‌اند؛ یعنی مراقبت کنند که در آنها تحریفی رخ ندهد تا مبدا مرتکب «بهتان» و «شایعه پراکنی» شوند. قرآن کریم در تفسیح این رفتار ناشایست آیات متعددی دارد. به عنوان نمونه در آیه ۱۱۲ سوره نساء می‌فرماید: «وَمَنْ يَكْسِبْ خَطِيئَةً أَوْ إِثْمًا ثُمَّ يَرْمِ بِهِ بَرِيئًا فَقَدِ احْتَمَلَ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا»؛ همچنین در آیه ۵۸ سوره احزاب نیز می‌فرماید: «وَالَّذِينَ يُؤْذُونَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُؤْمِنَاتِ بَغَيْرِ مَا كَتَبُوا فَقَدِ احْتَمَلُوا بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا». رسول خدا(ص) نیز فرموده‌اند: «من بهت مؤمناً أو مؤمنة أو قال فيه ما ليس فيه اقامه الله تعالى يوم القيامة على تلّ من نار حتى يخرج ممّا قاله فيه: هر کس به مرد یا زن مؤمنی بهتان زند یا درباره او چیزی بگوید که از آن مبراست خداوند در روز رستاخیز وی را بر تلی از آتش نگه می‌دارد تا این که از آن چه درباره او گفته است خارج شود [و آن را اثبات کند]» (علامه مجلسی، ۱۴۰۴: ۱۹۴/۷۵). دوم این که آن اطلاعات را فقط در اختیار اهلس قرار دهند؛ یعنی فقط به مراجعی گزارش و اطلاعات خود را ارائه دهند که امکان قانونی و عرفی برای ورود در موضوع و پیشگیری یا اصلاح انحراف آن حاکمان یا دستگاه‌های حکومتی را دارند؛ زیرا فرض بر این است که هدف از افشاگری و گزارش دهی آن است که از وقوع انحراف، پیشگیری یا در صورت وقوع، اصلاح شود و این امر فقط در صورتی محقق می‌شود که مرجع دریافت این گزارش‌ها صلاحیت و امکان اقدام درباره آن موضوع را داشته باشد. قرآن کریم در این خصوص می‌فرماید: «انّ الله يأمرکم أن تؤدّوا الأمانات إلى أهلها» (نساء: ۵۸)؛ «وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ» (مؤمنون: ۸). امام علی (ع)

نیز در همین راستا فرموده اند: «تعاهدوا أمر الصلاه ... ثم اداء الامانه فقد خاب من ليس من اهلها ...» (نهج البلاغه، خطبه ۱۹۹)؛ همچنین، در جایی دیگر می فرماید: «خدا را خدا را، مبادا شکایت نزد کسی ببرید که نمی تواند آن را برطرف نماید و توان گره گشایی از کارتان را ندارد» (نهج البلاغه، خطبه ۱۰۵). آری، اگر برای رسیدن به هدف مربوط به «نظارت همگانی» جز با انتشار عمومی گزارش، قابل تحقق نباشد جواز این امر مخدوش نخواهد بود.

ز: خودداری از فضاسازی های بی مورد

از جمله مواردی که در انجام افشاگری درباره انحراف حاکمان باید مورد توجه قرار گیرد خودداری از فضاسازی های بی مورد است، زیرا حفظ آرامش و نظم عمومی از خطوط قرمزی است که عقل و نقل بر آن تأکید جدی دارد و فضاسازی های بی مورد برای آن قطعاً زیان آور خواهد بود.

۲-۴- مرحله چهارم: برخورد قهری از مجاری قانونی و پرهیز اخلال در نظم و امنیت عمومی

آخرین مرحله از مراحل مربوط به اجرای وظیفه «نظارت همگانی» عبارتست از برخورد قهری از مجاری قانونی. چنان چه هیچ یک از مراحل پیش گفته برای پیشگیری از انحراف حاکم یا اصلاح انحراف وی مؤثر نیفتد، ناگزیر باید از طریق توسل به اقدامات قهری، مانع وقوع یا ادامه انحراف حاکم شد، ولی نکته بسیار مهم در اینباره آن است که برای چنین اقدامی حتماً لازم است از مجاری قانونی استفاده شود. هیچ کس حق ندارد حتی با نیت خیر و با هدف امر به معروف و نهی از منکر، بدون داشتن اختیارات قانونی، علیه حاکمان جامعه برخورد قهری انجام دهد؛ زیرا در غیر این صورت، منجر به هرج و مرج در جامعه و اختلال در «نظم عمومی» خواهد شد. در این راستا قانون اساسی نیز در اصول ۸۹، ۱۱۱ و ۱۷۳ موضوع امکان نظارت بر ارکان مختلف حکومت را در قالب اقدام قهری (شکایت از آنها) پیش بینی کرده است؛ در نتیجه، هیچگونه اقدام قهری علیه حکومت اسلامی و حاکمان آن از قبیل: اغتشاش، شورش،

کودتا، و ... دارای مجوز شرعی یا قانونی نبوده و خود از اقدامات قابل برخورد حتی در شکل قهری خواهد بود^۱ (آقابابایی، ۱۳۹۵: ۳۰). این مسأله در قرآن ذیل عنوان کلی «فساد در زمین» مورد نکوهش قرار گرفته است (بقره: ۶۰ و ۲۰۵؛ مائده: ۶۴؛ اعراف: ۷۴؛ قصص: ۷۷ و ۸۳).

امام علی (ع) در خطبه‌ای که در سال ۳۶ هجری پس از شورش مردم علیه عثمان و قتل او ایراد فرمودند از عملکرد گروه‌های پراکنده و خودسری آنها اظهار شگفتی نموده و با عباراتی کوبنده آنها را مورد مذمت قرار می‌دهند (نهج البلاغه، خطبه ۸۸). ایشان در مذمت اصحاب جمل و ناکثین خطبه‌ای ایراد فرموده و در آن بر ضرورت اطاعت از رهبری جامعه اسلامی و حفظ وحدت اسلامی تأکید ویژه‌ای دارند (نهج البلاغه، خطبه ۱۶۹). در فقه نیز لزوم حفظ «نظم عمومی» جامعه و پرهیز از اختلال در آن، مبنای احکام فراوانی همچون: وجوب قضاء (نجفی، ۱۴۰۳: ۱۰/۴۰؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۶/۱۵)، اجرای حدود و حدّ قطع ید سارق (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۲۴/۲؛ نجفی، ۱۴۰۳: ۴۸۹/۴۱)، قاعده ید (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۳۲۶/۴)، وجوب پرداختن به انواع مشاغل مورد نیاز جامعه که به «واجبات نظامیه» معروفند (نائینی، ۱۴۱۳: ۴۲/۱ و ۴۳) و ... قرار گرفته است که نشان‌دهنده میزان بالای اهتمام شرع و نیز عقلاء به لزوم صیانت از «نظم عمومی» جامعه بوده و اساساً یکی از مبانی وجوب امر به معروف و نهی از منکر نیز همین صیانت از «نظم عمومی» جامعه است؛ چه این که در صورت عدم پیشگیری یا اصلاح انحرافات حاکمان جامعه، «نظم عمومی» در ابعاد مختلف آن (نظم عمومی اقتصادی، نظم عمومی سیاسی، نظم عمومی اجتماعی، و ...) آسیب خواهد دید و همین امر، لزوم مشارکت همه اعضای جامعه در مسأله «نظارت همگانی» را عقلاً توجیه می‌کند.

۱. قانون مجازات اسلامی نیز در مواد ۲۸۶ تا ۲۸۸ با الهام از منابع شرعی اینگونه اقدامات را مجرمانه تلقی و برای آنها ذیل عنوان «بغی و افساد فی الارض» بسته به شدت تأثیری که در نظم عمومی جامعه ایجاد کرده باشد مجازات‌های سنگین حدی (اعدام) و تعزیری (حبس) پیش‌بینی کرده است.

بر این اساس، کیفیت اجرای مرحله چهارم «نظارت همگانی» هرگز نباید به گونه‌ای باشد که نقض غرض شده و مبنای خود را در معرض آسیب قرار دهد.

نتیجه‌گیری

از مجموع مطالب مطرح شده به نتایج ذیل می‌توان اشاره کرد:

۱- برای اجرای وظیفه «نظارت همگانی» در قالب امر به معروف و نهی از منکر در اصل هشتم قانون اساسی، سه سطح در نظر گرفته شده است: امر به معروف مردم توسط مردم، امر به معروف مردم توسط دولت، امر به معروف دولت توسط مردم؛ که البته قانون اساسی، تعیین سازوکار و مراحل اجرایی سطوح سه‌گانه امر به معروف و نهی از منکر را بر عهده قوه مقننه قرار داده است.

۲- سطح سوم امر به معروف و نهی از منکر به دلایل متعددی نسبت به دو سطح دیگر از اهمیت و حساسیت ویژه‌ای برخوردار است و فقها از میان سه سطح بالا، فقط مراحل اجرایی سطح نخست را مورد عنایت قرار داده و از کیفیت مراحل اجرایی دو سطح دیگر سخن نرانده‌اند.

۳- همان‌طور که فقها در راستای اجرای سطح نخست امر به معروف و نهی از منکر با استناد به قاعده «الایسر فالایسر» رعایت چهار مرحله را به ترتیب اولویت لازم دانسته‌اند، در راستای اجرایی کردن سطح سوم این فریضه اجتماعی نیز رعایت چهار مرحله ضروری است ولی کیفیت و محتوای آن چهار مرحله در این سطح از امر به معروف و نهی از منکر به شرح و ترتیب ذیل است: ۱- نصیحت و خیرخواهی؛ ۲- انتقاد و اعتراض؛ ۳- گزارش دهی و افشاگری؛ ۴- برخورد قهری از مجاری قانونی و پرهیز از اختلال در نظم و امنیت عمومی.

منابع

- قرآن کریم.

- نهج البلاغه (۱۳۸۷)، ترجمه محمد دشتی، چ ۱۰، مشهد: آستان قدس رضوی.

مراحل و کیفیت نظارت مردم بر حاکمیت در قالب امر به معروف و نهی از منکر ————— ۷۵

- آقابابایی، حسین (۱۳۹۵)، **دکترین مقابله با «بغی» در اسلام و نحوه انعکاس آن در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ و ۱۳۹۰**، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۱۵، ۹-۳۶.

- ابن ادریس حلی، محمد بن منصور (۱۴۱۰ق)، **السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی**، ج ۲، چ ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

- پاینده، ابوالقاسم (۱۳۸۵)، **نهج الفصاحه**، ج ۴، تصحیح و تدوین: عبدالرضا پیمانی، اصفهان: خاتم الانبیاء.

- تمیمی آمدی، عبدالواحد بن محمد (۱۳۶۶)، **غرر الحکم و درر الکلم**، ج ۶، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.

- جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۰ق)، **الروضة البهیة فی شرح اللمعة - الدمشقیه**، ج ۲، قم: داوری.

- جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ق)، **مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام**، ج ۴، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه.

- حرّ عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق)، **تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه**، ج ۱۶، قم: آل البیت (ع).

- حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۰ق)، **ارشاد الاذهان الی احکام الایمان**، ج ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

- حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۱ق)، **تبصره المتعلمین فی احکام الدین**، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.

- حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق)، **قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام**، ج ۱۵، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

- خمینی (امام)، سید روح الله (۱۳۷۸)، **صحیفه نور**، ج ۱۵، چ ۲، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).

- خمینی (امام)، سید روح الله (بی تا)، **تحریر الوسيله**، ج ۱، قم: دار العلم.

- سیوری حلی (فاضل مقداد)، مقداد بن عبدالله (۱۴۰۳ق)، **نضد القواعد الفقهیه علی مذهب الامامیه**، قم: کتابخانه آیه الله العظمی مرعشی نجفی (ره).

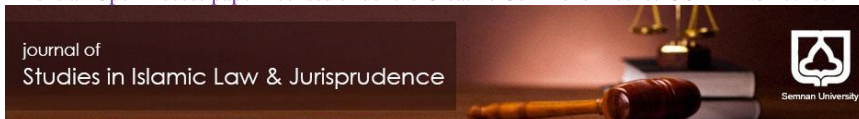
- طباطبائی (صاحب ریاض)، سید علی (۱۴۱۸ق)، **ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل**، ج ۸، قم: آل البیت (ع).

- عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی (۱۴۱۰ق)، **اللمعه الدمشقیه فی فقه الامامیه**، ج ۲، بیروت: دار التراث الدار الاسلامیه.
- عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی (۱۴۱۷ق)، **الدروس الشرعیه فی فقه الامامیه**، ج ۲، ج ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی (بی تا)، **التواعد و الفوائد**، ج ۲، قم: مفید.
- فاضلی، رحمت الله (۱۳۸۸)، **نصیحت از دیدگاه اسلام**، تهران: سازمان تبلیغات اسلامی.
- فتاحی، سید محسن (۱۳۹۲)، **دامنه اختیارات حکومت در جعل قانون از منظر فقه**، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۹، ۸۷-۱۰۸.
- فتال نیشابوری، محمد بن حسن (۱۳۷۵)، **روضه الواعظین و بصیره المتعظین**، ج ۲، ج ۲، قم: رضی.
- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۳۶۵)، **الکافی**، ج ۱، ۲ و ۵، تهران: دار الکتب الإسلامیه.
- مجلسی (علامه)، محمدباقر (۱۴۰۴ق)، **بحار الأنوار الجامعه لدرر أخبار الأئمه الأطهار**، ج ۲، ۷۴، ۷۵ و ۷۸، بیروت: الوفاء.
- منصوری لاریجانی، اسماعیل (۱۳۹۳)، **رساله حقوق**، تهران: بین الملل.
- نائینی (میرزا)، محمدحسین (۱۴۱۳ق)، **منیه الطالب فی حاشیه المکاسب**، ج ۱، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- نجفی (صاحب جواهر)، محمدحسن (۱۴۰۳ق)، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**، ج ۴۰ و ۴۱، ج ۷، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- نوری همدانی، حسین (۱۳۷۲)، **خوارج از دیدگاه نهج البلاغه**، ج ۴، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

Islamic Law and Jurisprudence Studies
Volume 15, Consecutive Number 31, Summer 2023
Issn:2717-0330

Journal Homepage: <https://feqh.semnan.ac.ir/>

This is an Open Access paper licensed under the Creative Commons License CC-BY 4.0 license.



The status of visiting graves in comparative jurisprudence

Pishdad.Sadegh¹- Molavi Vardanjani.Saeed^{2*}-Fahim.Mohsen³

1: PhD student of jurisprudence and fundamentals of Islamic law, Najaf Abad Branch, Islamic Azad University, Najaf Abad, Iran.

2: Assistant professor of jurisprudence and private law, Shahrekord University, Shahrekord, Iran: Corresponding Author (molavi-s@lit.sku.ac.ir)

3: Assistant professor of jurisprudence and fundamentals of Islamic law, Najaf Abad Branch, Islamic Azad University, Najaf Abad, Iran.

Attending the graves of the dead and, in other words, the dead, both righteous and corrupt, is one of the most controversial issues in Islamic jurisprudence. In such a way that different Islamic sects are sometimes placed together and the Imamiyyah and Sunni jurists have adopted a single opinion in line with each other; Although a part of the public has separated their way from other co-religionists here, they have moved towards the sanctity of the mentioned act and regarding the pilgrim as an idolater and an infidel. Of course, this does not mean that the fatwas of the jurists are dualistic, but the result of the detailed research and search in the jurisprudential and even theological sources of Imami and public thinkers shows the existence of four different theories in the debate. The writers, using descriptive-analytical methods and using library sources, think that the famous Imami and public jurists are right; it means that visiting the graves is permissible and desirable, but as long as there are no unnecessary actions and it is enough to attend the graves, read the Qur'an and supplication, and ask for forgiveness for the dead.

Keywords: visiting, tombs Inmate, comparative jurisprudence, permissible, extra action.

- S. Pishdad-S. Molavi Vardanjani-M.Fahim (2023). The status of visiting graves in comparative jurisprudence, *Islamic Law and Jurisprudence Studies*, 15(31), 81-116.

Doi: [10.22075/feqh.2022.24815.3058](https://doi.org/10.22075/feqh.2022.24815.3058)



فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی

سال ۱۵- شماره ۳۱- تابستان ۱۴۰۲

صفحات ۸۱-۱۱۶ (علمی - پژوهشی)

تاریخ: وصول ۱۴۰۰/۰۷/۱۷ - بازنگری ۱۴۰۰/۱۰/۳۰ - پذیرش: ۱۴۰۰/۱۱/۰۵

وضعیت شناسی زیارت اهل قبور در فقه مقارن

صادق پیشداد/ سعید مولوی وردنجانی^{۲*}/ محسن فهیم^۳

۱: دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد نجف آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف آباد، ایران.

۲: استادیار فقه و حقوق خصوصی، دانشگاه شهرکرد، شهرکرد، ایران (نویسنده مسئول) molavi-s@lit.sku.ac.ir

۳: استادیار فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد نجف آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف آباد، ایران.

چکیده

حضور بر مزار اموات و به تعبیری رفتگان خاک، اعم از صالح و فاسد، از موارد پرمناقشه فقه اسلامی است؛ به گونه‌ای که فرق مختلف اسلامی گاه در کنار هم قرار گرفته و فقیهان امامیه و اهل سنت، همسو با یکدیگر نظر واحدی را اتخاذ کرده اند؛ هرچند بخشی از عامه، در اینجا راه خود را از دیگر هم مذهبان جدا کرده، به سمت حرمت عمل مزبور و مشرک و کافر دانستن زائر حرکت کرده اند. البته این به معنای دوگانه بودن فتاوی فقیهان نیست بلکه نتیجه حاصل از کاوش و جستجوی مفصل در منابع فقهی و حتی کلامی اندیشمندان امامیه و عامه، وجود چهار نظریه مختلف را در محل بحث نشان می دهد. نگارندگان به شیوه توصیفی - تحلیلی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای گمان می کنند حق با مشهور فقیهان امامیه و عامه است؛ یعنی زیارت اهل قبور جائز و پسندیده است، ولی تا جایی که افعال زائدی صورت نگیرد و تنها به حضور بر سر مزار، قرائت دعا و قرآن و خلاصه طلب بخشش برای اموات بسنده شود.

کلیدواژه: زیارت، اهل قبور، فقه مقارن؛ جائز، فعل زائد.

- پیشداد، صادق؛ مولوی وردنجانی، سعید؛ فهیم، محسن (۱۴۰۲). وضعیت شناسی زیارت اهل قبور در فقه مقارن.

مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی دانشگاه سمنان، شماره ۳۱، صفحات ۸۱-۱۱۶.

Doi: [10.22075/feqh.2022.24815.3058](https://doi.org/10.22075/feqh.2022.24815.3058)

طرح مسأله

از جمله سؤالات پرمناقشه و مطرح بین مسلمین زیارت اهل قبور است. بر این اساس، آیا حضور بر سر مزار رفتگان خاک اعم از مسلمان یا کافر، صالح یا فاسد، خویشاوند یا بیگانه، جائز است؟ اگر پاسخ مثبت است آیا می‌توان برخی سنت‌های موجود در جامعه را انجام داد؟ آیا در این خصوص فرقی میان زن و مرد، مسلمان و کافر وجود دارد؟ فقیهان در این خصوص نظر واحدی ندارند و هر کدام به سمتی حرکت کرده‌اند. جالب آن که در این موضوع امامیه در یک طرف و عامه در سوی دیگری قرار نگرفته‌اند بلکه همه نظریات، طرفدارانی از فرق مختلف دارد. در این میان، نگارندگان به روش تو صیفی - تحلیلی بر این باورند که حق با مشهور است؛ ولی نباید فعل زائدی غیر از دعا، قرائت قرآن و طلب بخشش برای اموات صورت پذیرد. گفتنی است اولاً، این نوشتار در نوع خود، یعنی رویکرد تطبیقی آن سابقه نداشته است و مقالات یا کتب مرتبط قبلی، هم چهره تطبیقی ندارند و هم جامعیت آنها در اندازه مقاله حاضر نیست.

ثانیاً، از آنجا که در موضوع محل بحث، مفاهیم نامفهومی وجود ندارد در ادامه مستقیماً نظریات مشهور یا نادر مورد مطالعه قرار می‌گیرند.

۱- نظریه اول: جواز مطلق

در این خصوص طرح مطالب زیر لازم است:

۱-۱- مفاد نظریه: مشهور امامیه و عامه اعتقاد دارند زیارت قبور برای همه، زن یا مرد (علامه حلی، ۱۴۱۹: ۲/۲۹۳؛ شهید اول، ۱۴۱۹: ۲/۶۳) جائز، مستحب (علامه حلی، ۱۴۱۹: ۲/۲۹۲؛ شهید اول، ۱۴۱۲: ۸۱؛ همو، ۱۴۱۷: ۲/۱۷؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۸: ۷۰) و حتی از نظر ظاهریه واجب (ممدوح، ۱۴۱۶: ۶۱) است؛ اعم از آن که مزور (زیارت شده) مسلمان (امامیه یا غیر آن) باشد، یا کافر. گفتنی است به اعتقاد برخی، حکم بالا مربوط به قبور مردم عادی است و اِلَّا زیارت قبور پیامبر اکرم و ائمه اگر بر مستطیع و شخص توانا یک بار در طول عمر واجب نباشد، مستحب راجح نزدیک به وجوب

است (ابو معاش، ۱۴۲۸: ۳۲۶/۲) تا آنجا که نیابت فرد برای زیارت قبور و از جمله دعا نزد مقبره ر سول خدا صحیح نیست (جزیری و همکاران، ۱۴۱۹: ۱۶۶/۳) چون قائم به شخص است. البته در خصوص کفار گفته شده است که زیارت قبر آنان به خاطر یاد مرگ و نیز عمومیت دلائل جواز زیارت (آلوسی، ۱۴۱۵: ۱۵۵/۱۰) جائز است اما مطابق آیات قرآن (توبه: ۱۱۳) دعا برای اینان، حتی اگر از بستگان درجه یک زائر باشند، برای هیچ کس اعم از رسول خدا و مؤمنین، جائز نیست؛ زیرا اینان هرگز بخشیده نخواهند شد و سرنوشت حتمی آنان جاودانگی در جحیم است و لذا طلب خیر و آرزوی بخشش برای آنها لغو و حرام است (انصاری، ۱۴۱۸: ۱۷۶/۱). اگر اشکال شود که حضرت ابراهیم برای آزر، پدر [عموی] مشرکش، دعا و طلب مغفرت کرد؛ جواب آن است که مطابق آیات قرآن، دعای ایشان قبل از علم به شرک و دشمنی او با خداوند بوده است (توبه: ۱۱۴).

۱-۲- مستندات: عبارتند از:

اول: کتاب

۱- آیه: «بر هیچ یک از آنها که بمیرد نماز نخوان، و بر کنار قبرش نایست؛ چراکه آنها به خدا و رسولش کافر شدند، و با فسق از دنیا رفتند» (توبه: ۸۴)؛ منطوق آیه از ایستادن بر قبور اهل نفاق و اقامه نماز بر آنها نهی کرده است که ظهور در حرمت دارد. در نتیجه مفهوم آن نشان می‌دهد که حضور بر سر مزار مؤمن و غیر منافق، قبل از تجهیز و دفن و بعد از آن (علماً مه طباطبائی، ۱۴۱۷: ۳۶۰/۹؛ طبرسی، ۱۴۱۳: ۸۷/۵؛ آلوسی، ۱۴۱۵: ۳۴۳/۵؛ محلی و همکاران، ۱۴۱۶: ۲۰۳/۱؛ حقی بروسوی، ۱۴۰۵: ۴۷۸/۳؛ بیضاوی، ۱۴۱۸: ۹۲/۳) اشکالی ندارد (مرکز مباحث اعتقادی، ۱۴۳۰: ۱۵۴/۵؛ حمود عاملی، ۲۰۲۰: ۳۸۹/۲).

۲- آیات «تفاخر و تکاثر شما را به خود مشغول کرده است تا آنجا که به زیارت قبرها رفتید» (تکاثر: ۲-۱) در اینجا خداوند طعنه‌ای به نفس زیارت قبور ندارد و فقط به

شمارش تعداد قبور، به منظور تفاخر و تکاثر کنایه زده است و اگر واقعاً زیارت اهل قبور مردود بود، خداوند مستقیماً از آن نهی می‌کرد (محقق سبزواری، ۱۴۱۶: ۲۱۰/۴).

۳- آیات مربوط به تفکر در امر آخرت و زودگذر بودن دنیا نیز دلائل یا دستکم مؤیدات خوبی برای جواز زیارت قبور هستند؛ زیرا بدون تردید، حضور بر مزار اموات و زیارت آنها بهترین موجب برای این هدف است (همان: ۳۴/۱۵).

دوم: سنت

۱- رسول خدا فرمودند: «قبور را زیارت کنید؛ زیرا شما را به یاد آخرت می‌اندازد» (نیشابوری بی تا: ۸۲/۶؛ ابن ابی الحدید، ۱۹۵۹: ۳۴۴/۲۰؛ ابن ابی فراس و همکاران، ۱۴۱۰: ۲۸۸/۱؛ پاینده، ۱۴۲۴: ۵۱۰؛ سیوطی، ۱۴۰۱: ۲۹/۲).

۲- آن حضرت فرمودند: «من شما را از زیارت قبور نهی کردم؛ پس شما آن را زیارت کنید که موجب زهد در دنیا است و شما را به یاد آخرت می‌اندازد» (نسائی، ۱۳۴۸: ۲۳۴/۷؛ ۳۱۰/۸؛ هیشمی، ۱۴۰۸: ۲۵/۴؛ ابن حنبل، بی تا: ۳۸/۳؛ طبرانی، ۱۴۰۴: ۲۷۸/۲۳؛ القاری، بی تا: ۱۰۵)؛ این خبر در مجامع روایی شیعه (ابن ابی جمهور، ۱۴۰۵: ۶۱/۲؛ شیخ صدوق، ۱۴۲۷: ۴۳۹/۲؛ همو، ۱۴۱۵: ۷۰؛ حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۱۷۱/۱۴) به مانند برخی عامّه (ابن بلبان، ۱۴۱۴: ۲۱۳/۱۲) با بیان دیگری آمده، ولی همان مضمون است.

برخی معتقدند با توجه به شأن صدور روایت، نهی اولیه ایشان هم ناظر به مواردی است که فردی هنگام زیارت سخنان بیهوده بزند و ارتباطی با نفس زیارت ندارد؛ زیرا در زمان جاهلیت رسم بود که بر سر قبور ندبه می‌کرده و سخنان دروغ را در و صف امواتشان می‌گفتند (جزیری و همکاران، ۱۴۱۹: ۱۷۳/۱؛ سرخسی، ۱۴۰۶: ۱۰/۲۴).

شاهد این معنا آن که از رسول خدا نقل شده است که من شما را از زیارت قبور نهی کرده بودم، شما قبور را زیارت کنید ولی سخنان بیهوده (شافعی، بی تا: ۳۶۱؛ طبرانی، ۱۴۰۴: ۲۰۲/۱۱؛ اصبهانی، ۱۴۱۵: ۱۴۶؛ ابن ابی جمهور، ۱۴۰۵: ۴۵/۱) یا موجب سخط خداوند نگوئید (طبرانی، ۱۴۱۵: ۵۲/۷) و نیز کارهای نصاری؛ مانند دست کشیدن بر

قبر و بوسیدن آن را انجام ندهید (مناوی، ۱۴۱۵: ۸۱/۴) بنابراین مطابق برخی اخبار (ابن ابی جمهور، ۱۴۰۵: ۶۱/۲) ممنوعیت اولیه زیارت قبور نسخ شده است (میرداماد، ۱۴۲۲: ۲۴۸).

۳- در سنت فعلی هم رسول خدا به زیارت قبر مادرشان می‌رفته و می‌فرمودند برای این کار از خداوند اجازه گرفته‌ام؛ لذا شما هم به زیارت قبور بروید زیرا موجب یاد آخرت می‌شود. همچنین از عائشه نقل شده است که رسول خدا آخر شب‌ها به زیارت اهل بقیع می‌رفتند و به آنها سلام می‌دادند (نیشابوری، بی تا: ۶۶۹/۲)؛ همچنین واقدی نقل کرده است که رسول خدا همه ساله قبور شهدای احد را زیارت می‌کردند. نیز حضرت زهرا (سلام الله علیها) دو سه روز یک بار شهداء را زیارت کرده و می‌فرمودند رسول خدا به زیارت قبور شهداء و سلام بر ایشان امر کرده‌اند (عاملی، ۱۴۲۳: ۱۵۱/۲؛ همو، ۱۴۲۶: ۲۹۲/۷)؛ همین طور امام صادق (ع) از حضرت امیر (ع) نقل می‌کنند که ایشان هنگام زیارت قبور مؤمنین، ادعیه و عبارات خاصی را قرائت می‌کردند (ابن قولویه، ۱۳۹۷: ۳۲۰؛ شیخ طوسی، ۱۴۱۴: ۵۲۵؛ شیخ صدوق، ۱۴۱۸: ۱۲۵).

سوّم: عقل

گفته شده است رجحان و برتری زیارت مردگان از این نگاه قابل انکار نیست (محقق سبزواری، ۱۴۱۶: ۲۱۰/۴) اما در این خصوص تقریرات زیادی به شرح زیر وجود دارد:

۱) مسأله زیارت اهل قبور یک مسأله فطری و عقلایی است و اصل بر جواز آن است (مرکز مباحث اعتقادی، ۱۴۳۰: ۱۵۵/۵).

۲) زیارت اهل قبور، مقدمه یاد مرگ است که برکات فراوانی به دنبال دارد (جزائری، بی تا: ۶۴) و به منظور مزید اعتبار و پندگیری بیشتر، زائر باید هنگام زیارت مشغول دعا و تضرع به درگاه خداوند شود و از خوردن و آشامیدن پرهیز کند (ابوالبرکات، بی تا: ۴۲۲/۱) یا گفته شده است زیارت قبور موجب دوری از شهوات و

دلبستگی به دنیا و نیز انجلاء و رهائی از غم و اندوه می شود (شهید اول، ۱۴۱۲: ۲۸)؛ بر این اساس، زیارت اهل قبور از باب مقدمه مستحب و جائز، دستکم جواز و استحباب عقلی دارد، هرچند با پذیرش قاعده ملازمه، در جواز و استحباب شرعی آن هم تردیدی نیست.

۳) از نظر علمی ثابت شده است که میان زیارت کننده (زائر) و زیارت شوند (مزور) ارتباط برقرار می شود (حنفی، ۱۳۹۶: ۱۴) حتی برخی در این خصوص نوشته اند که تعلق انسان به بدنش جداً بسیار است، تا آنجا که بعد از جدائی و مرگ، به اجزاء بدنش اشتیاق دارد و به همین خاطر، وقتی کسی قبر فرد دیگری را زیارت می کند و از علایق جسمانی و طبیعی آنها سخن می گوید بدن او متوجه عالم عقلی و در آنجا با بدن میت مواجه می شود و همدیگر را می بینند؛ مانند آن که انسان در آئینه نگاه و بدن خود را مشاهده نماید و از همین طریق زائر کمال می یابد (حنفی، ۱۳۹۶: ۱۴؛ تفتازانی، ۱۴۰۱: ۴۳/۲). مؤید این تقریر نیز آن که در روایات امامیه و عامه، به تواتر آمده است که در زیارت، مزور صدای زائر را می شنود و حتی پاسخ می دهد ولی زائر نمی شنود؛ حتی نقل شده که مزور زائر را می شناسد (معراج الدین، بی تا: ۲۹؛ انصاری، ۱۴۲۰: ۱۸/۳). ابن قیم جوزی و نیز برخی فقیهان امامیه به استناد برخی اخبار صحیح گفته اند وقتی زندگان، قبر فرد میت را ترک می کنند او صدای کفش آنها را می شنود و بعد اضافه کرده است که سلام دادن به کسی که نمی شنود و پاسخ نمی دهد محال و ناممکن است، در حالی که رسول خدا به شیوه مخصوصی به اموات سلام می داده اند و این نشان می دهد که مخاطبین ایشان سلام را با گوش برزخی شنیده، فهمیده و پاسخ می داده اند، هرچند مسلمان زنده و سلام دهنده عادی پاسخ آنها را متوجه نمی شود (ابن قیم جوزیه، ۱۴۱۸: ۱۰۵؛ عاملی، ۱۴۲۱: ۱۶۱/۲؛ انصاری، ۱۴۲۰: ۱۸/۳). در روایات امامیه هم آمده است که مزور متقابلاً و در پاسخ به اکرام او، به زائر اکرام و حق او را در زیارتش ادا می کند (شیخ صدوق، ۱۴۰۶: النص/۲۸؛ همو، ۱۴۲۷: ۳۱۸/۲)؛ باز در اخبار وارد شده است که اگر زیارت اهل قبور ترک شود، اموات وحشت

می‌کنند و زیارت شما از ایشان به آنها آرامش و انس می‌دهد (کلینی، ۱۴۰۷: ۲۲۸/۳؛ شیخ طوسی، ۱۴۱۴: النص/۶۸۸؛ حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۴۱۵/۷) یا امام صادق فرموده اند که اموات از استغفار و ترحمّ به آنها با زیارتشان خوشحال می‌شوند، همان طور که زندگان از اعطاء و گرفتن هدیه شادمان می‌گردند؛ زیرا سبب برداشته شدن تنگی و سختی قبر از آنها و نیز آمرزش و بخشش گناهان و خطایایشان می‌شود و اموات این را می‌دانند و می‌فهمند (شیخ صدوق، ۱۴۱۳: ۱۸۳/۱؛ حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۴۴۴/۲) و با همین مضمون امام باقر(ع) فرموده اند روزهای جمعه به زیارت اهل قبور بروید که آنها شما را می‌شناسند (حرّ عاملی، ۱۴۱۴: ۲۵۸/۳) یا نقل شده است که اموات، حمل کنندگان، غسل دهندگان و دفن کنندگان خود را می‌شناسند (عبدالسّلام، ۱۴۱۶: ۳۰).

۴) بدون تردید اهل سعادت و ابرار (نیکان جامعه) کسانی هستند که مردم در زمان حیاتشان به آنها تبرک می‌جویند و این تبرک تا بعد از فوت هم ادامه دارد و حتی بر آن افزوده می‌شود؛ زیرا ایشان با فوت، وارد عالم و معدن خیرات و برکات می‌شوند و جسم آنها از این عالم ماده و شهوت منقطع می‌گردد. با این وصف عقل به حُسن درک این برکات و محروم نماندن از آنها حتی و بخصوص بعد از فوت حکم می‌کند و بالاتر از این، زیارت مؤمنین، نوعی دوستی و یکی از حقوق آنهاست، زنده باشند یا مرده؛ پس باید علاوه بر زیارتشان در زمان حیات، بعد از مرگ هم در قالب زیارت قبور آنها اداء شود (محقق سبزواری، ۱۴۱۶: ۳۴/۱۵).

۵) همه اولیاء، ائمه و حتی همه انسان‌های ساکن روی زمین با چیزی به دیگری نفع و ضرر نمی‌رسانند مگر خداوند رساندن نفع یا ایراد ضرر توسط آن شیء را اراده کرده باشد. پس ایشان تأثیر، نفع و ضرری ندارند مگر به اذن خداوند؛ بر این اساس، پس زیارت قبور این خواصّ [یعنی رسول خدا و ائمه طاهرین] از قبیل تأسی به اخلاق ایشان، اقتداء به روش‌های نیکو و عبرت و پندگیری در راستای زنده نگه داشتن نام و یادشان است و این معنا در نگاه هر دو فرقه امامیه و عامّه مباح است (مظفر، بی تا: ۲۱).

۶) ارواح اولیاء، صالحین، مؤمنین و دیگران با اجسامشان در قبور اتصال و ارتباط دارند، گاهی به آنها بر می گردند و از زیارت کنندگانشان خبر می دهند. برای همین اموات از اموری که زندگان تنفر دارند، اذیت می شوند. بر همین اساس و نیز مطابق روایات صحیح، نشستن و راه رفتن روی قبور حرام و سلام بر اموات و زیارتشان مستحب است (نبهانی، ۱۹۸۴: ۱۴۷). در این راستا برخی گفته اند که همه اینها به آن خاطر است که اموات بعد از مرگ، زندگی و حیات برزخی دارند و با همان زندگی می فهمند، می شنوند و زیارت کنندگان خود را می شناسند و می بینند. اگر آنها کار خیری انجام دهند از خداوند زیاد شدن آن را و به خاطر رفتارهای زشتشان استغفار و برای هدایت ایشان دعا می کنند. این معنا مبتنی بر صریح آیات قرآن، روایات و اجماع امت بوده و مخالفین آن، بدعتگذاران خارج از سنت نبی مرسل، ملحق به کفار و منکر قیامت اند (طحطاوی، ۱۴۰۶: ۲).

چهارم: سیره متشرعه

زیارت اهل قبور به ویژه انبیاء، ائمه، علما و افراد صالح و دیگران، همیشه و در طول تاریخ میان افراد متشرع و مقید به شریعت در تمام بلاد اسلامی بدون استثناء و متصل به زمان حضور جاری بوده است (کاشف الغطاء، ۱۴۱۶: ۶؛ محقق سبزواری، ۱۴۱۶: ۴/۲۱۰؛ عاملی، ۱۴۲۳: ۲/۱۵۰؛ همو، ۱۴۲۶: ۷/۲۹۲).

پنجم: اجماع امامیه و عامه

از نظر همه اهل اسلام بلکه عقلاء و نیز بزرگان اهل سنت و معتدلین ایشان، زیارت قبور مؤمنین و شایستگان جامعه پسندیده است تا چه رسد به انبیاء، معصومین، شهداء، علماء عامل، و متقین؛ و در این خصوص مخالفی وجود ندارد مگر گروه نادر از اهل اسلام (مظفر، بی تا: ۲۱؛ عبدالله علی، ۱۴۲۶: ۱۱۹؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۸: ۷۰؛ محقق سبزواری، ۱۴۱۶: ۴/۲۱۰). در برخی منابع آمده است قاضی عیاض از بزرگان فقه عامه در مسأله جواز زیارت قبور، به ویژه قبر رسول خدا، نقل اجماع کرده است و اجماع مزبور نتیجه ضروری دین و مسلم بودن آن در سیره صحابه است (عاملی، ۱۴۲۱: ۳۱).

۱۸/۵؛ برخی هم گفته‌اند ائمه و حاملین شرع مقدّس در همه فرق اسلامی بر جواز نفس زیارت اجماع دارند و اختلافشان تنها بر سر وجوب یا استحباب آن است. بر این اساس، اگر کسی با اصل جواز آن مخالفت کند، خرق اجماع کرده است (زینی دحلان، ۱۹۷۶: ۴).

ششم: عمل عایشه

بعضی از فقیهان عامّه برای اثبات شمول جواز زیارت نسبت به زنان و مخالفت با ممنوعیت زیارت آنها به عمل عایشه همسر رسول خداوند استناد کرده و گفته‌اند که نقل شده است عایشه همیشه به زیارت قبر پیامبر می‌رفتند و هرگاه حاجتی داشتند کنار قبر برادر خود عبدالرحمن رفته و آنجا آن را طلب می‌کردند (سرخسی، ۱۴۰۶: ۱۰/۲۴).

هفتم: عمل صحابی

علاوه بر پیامبر (ص) صحابه ایشان، از جمله خلفای سه گانه و حتی معاویه، سعد بن ابی وقاص و ابی سعید خدری هم به زیارت قبور، به ویژه قبور شهدای احد، مبادرت داشتند (عاملی، ۱۴۲۶: ۲۹۲/۷). سلمان فارسی هم به این مسأله اهمیت می‌داده و در بعضی منابع، سلام ایشان به اهل قبور نقل شده است که همین مسأله را نشان می‌دهد (عاملی، ۱۴۲۶: ۳۰/۸) حتی گفته شده است بعد از ایشان، بعضی بزرگان دیگر از عامّه؛ همچون ابوبکر ابن خزیمه، پیشوای اهل حدیث و عدیل او، ابی علی ثقفی، عازم طوس می‌شدند و در آنجا ضریح حضرت رضا (ع) را زیارت و آن بقعه نورانی را تعظیم و در آنجا تواضع و تضرّع می‌کردند (میلانی، ۱۴۲۱: ۴۱) یا در اخبار صحیحی از زیارت بلال و عمر بن عبدالعزیز از قبر رسول خدا، و فرزند عمر از قبر پدرش و ابوبکر سخن گفته شده است (عاملی، ۱۴۲۱: ۲۰/۵)؛ بر این اساس اصحاب، تابعین، تابعین تابعین و تمام علمای سلف نسبت به زیارت قبور، عموماً و قبر رسول خدا بخصوص، عنایت و اهتمام داشته‌اند و این مسأله قطعاً از مسلمات سیره صحابه به شمار می‌آید (عاملی، ۱۴۲۱: ۱۸/۵).

۳-۱- نقد و بررسی

در کنار اتقان غالب ادله بالا، برخی از آنها مورد ایرادات ناوارد یا صحیح، به شرح زیر قرار گرفته‌اند:

الف- در خصوص روایت اول آنگونه که برخی از ذهبی نقل کرده‌اند ایشان در سند آن، یعنی موسی الضبی از یعقوب بن ابراهیم از یحیی بن سعید از ابی مسلم خولانی از ابن عمیر (از ابی ذر) تردید کرده و گفته است موسی الضبی، منکر و غیر قابل اعتماد است؛ یعقوب هم واهی است؛ یعنی وجود خارجی ندارد. یحیی هم ابومسلم را درک نکرده است؛ پس حدیث منقطع است یا این که ابومسلم انسان مجهول و ناشناخته‌ای است (مناوی، ۱۴۱۵: ۸۱/۴)؛ اما این ایراد وارد نیست؛ چون اولاً مناوی، خود، از حاکم نقل کرده است که راویان خبر همه ثقه‌اند (همان) و در منابع شیعه و سنی هم آمده و به آن عمل شده است. ثانیاً، با فرض ضعف سند هم، مشکلی نیست و عمل اصحاب آن را جبران می‌کند، بخصوص که متن خبر با آیات قرآن و نیز اصول عقلی و عقلانی ناسازگار نیست؛ بنابراین، در انتساب متن و مضمون خبر به پیامبر، به نظر نگارندگان، کمترین تردیدی وجود ندارد هر چند الفاظ آن مختلف است که اشکالی ندارد.

ب- اجماع هم پذیرفته نیست؛ زیرا برخی آن را فقط برای زیارت مردان پذیرفته و گفته‌اند هر چند از اخبار، جواز زیارت زنان استفاده می‌شود اما در این مسأله اجماعی بین امامیه (شهید اول، ۱۴۱۹: ۶۳/۲-۶۲؛ میرزای قمی، ۱۴۱۷: ۵۶۲/۳) و عامه وجود ندارد؛ مضاف بر آن که اجماع مدرکی است.

ج- اما در مورد رفتار عایشه به نظر می‌رسد صدر و ذیل خبر چندان همگون و دقیق نباشد که ایشان مزار رسول خدا را تنها زیارت کرده ولی برای طلب حاجت به زیارت قبر برادرشان رفته باشند. این نقد جایی بیشتر جلوه دارد که اساساً در فقه عامه، زیارت قبور تنها برای دعا و طلب رحمت و مغفرت برای مردگان جائز است، نه به قصد طلب

حاجت؛ و این مورد اخیر، شرک اکبر و حرام است؛ خواه قبر اولیاء باشد یا دیگران (الدویش، ۱۴۰۹: ۵۳/۱).

د- رفتار صحابه نیز ارزش استقلالی نداشته و تنها ذیل رفتار رسول خدا اعتبار دارد. گفتنی است با همه اینها اما دلالت آیات و روایات بر نظر مشهور روشن است، ولی نباید رفتار زائدی غیر از دعا و طلب بخشش و قرائت قرآن انجام شود.

۲- نظریه دوم: حرمت مطلق

در این خصوص گفتنی است:

۲-۱- مفاد نظریه

فقیهان مذهب حنفی (وردانی، ۱۴۲۴: ۶۴) و به تعبیری معاصرین و تجربیین، بخصوص اصحاب ابن تیمیّه (مظفر، بی تا: ۲۱؛ عاملی، ۲۰۰۵: ۵۶/۱۲) و پیروان شاگردش محمد بن عبدالوهاب (مظفر، بی تا: ۲۱) گفته‌اند اعتقاد به اباحت زیارت اهل قبور و به ویژه مشاهد مشرفه، مطلقاً امری باطل، خرافه، کفر و بدعت در دین است.

۲-۲- مستندات

مستندا این نظریه عبارت‌اند از:

۱- کتاب: مطابق برخی آیات قرآن (فاطر: ۲۲؛ نمل: ۸۰) همه مردگان، از جمله پیامبر بعد از مرگ چیزی نمی‌شنوند و قادر به انجام هیچ کاری برای خود و به طریق اولی برای دیگران نیستند (انصاری، ۱۴۲۰: ۱۷/۳)؛ در نتیجه، زیارت ایشان حاصلی نداشته، لغو و حرام است. به همین خاطر از اَلبانی نقل شده است کسانی که به مردگان، اعم از انبیاء، همه صالحین و دیگران استغاثه می‌کنند با این توهم که صدای زندگان را می‌شنوند به طور مداوم در دوران جاهلیت اولی سیر و زندگی می‌کنند (عاملی، ۱۴۲۱: ۱۶۱/۲).

۲- سنت: حدیث شدّ رحال که مطابق آن ابوهریره یا ابو سعید خدری از رسول خدا نقل می‌کنند که آماده سفر نشوید مگر برای سه مسجد؛ مسجد من (مسجد النبی) و مسجد الحرام و مسجد الاقصی (المصنف لعبد الرزاق، بی تا: ۱۳۳/۵-۱۳۲؛ مسند

احمد، بی تا: ۲/۲۷۸؛ ۳/۷۷؛ صحیح البخاری، بی تا: ۲/۷۷-۷۶؛ صحیح مسلم، بی تا: ۲/۱۰۱۴؛ سنن ابن ماجه، ۱/۴۵۳-۴۵۲؛ سنن النسائی، ۱۳۴۸: ۲/۳۷؛ الجامع الصحیح ۲/۱۴۸؛ مسند أبی یعلیٰ (۲/۳۸۸)؛ از آنجا که منطوق این خبر تنها مسافرت و کوچ به منظور زیارت مساجد سه گانه مزبور را اجازه داده است مطابق مفهوم آن، سفر به قصد زیارت اهل قبور ممنوع است.

اشکال: روایت، مربوط به حرمت سفر است نه زیارت.

جواب: حرمت سفر دلیل واضحی بر حرمت زیارت است؛ زیرا اگر زیارت جائز بود دلیل نداشت که مقدمه آن، یعنی سفر به قصد زیارت حرام باشد.

۳- زیارت قبور و به ویژه مشاهد و ضرایح متبرکه از جمله ضریح پیامبر، عمل مشرکانه است؛ زیرا همان طور که مشرکین با نزدیک شدن به بتها و عبادت و تملق برای آنها قصد تقرب به خدا داشتند مسلمانان شیعه و سنی هم با زیارت قبور، قصد قربت و عبادت دارند و این همان عمل مشرکانه اهل شرک (اراکي، ۱۴۱۵: ۱/۵۳۸) و حتی به اعتقاد محمد بن عبدالوهاب، شیعی و زشت تر از آن است (ابن مرزوق، ۱۹۷۶: ۹۷)؛ از ابن تیمیه هم نقل شده است که زیارت قبور، شرک و نوعی بدعت در دین است (بیومی، ۱۴۱۸: ۷۲).

۴- سدّ ذرائع: بر این اساس، حرمت زیارت قبور به منظور جلوگیری از انتشار شرک حرام است (زینی دحلان، ۱۹۷۶: ۵).

۵- تمام احادیثی که در باب جواز زیارت، بخصوص زیارت قبر پیامبر اکرم وارد شده است، ساختگی هستند (عاملی، ۱۴۲۱: ۱۸/۵).

۶- اجماع: ابن تیمیه گفته است زیارت قبر پیامبر اعظم و نیز سائر انبیاء، معصیت خداوند و به اجماع مسلمان حرام است (عاملی، ۱۴۲۱: ۲۱/۵).

۷- زیارت قبور عامه مردم و حتی صالحین و اهل طاعت جائز نیست؛ زیرا اسلام میت در زمان فوت، معلوم نیست و عقلاً کفر او هم احتمال دارد و همین مقدر برای اثبات عدم جواز کافی است (سجاعتی، ۱۹۷۶: ۸).

۸- اصل منع: گفته‌اند اصل بر منع و حظر است مگر آن که دلیلی از شرع بر جواز وارد شود (مرکز مباحث اعتقادی، ۱۴۳۰: ۱۵۵/۵).

۲-۳- نقد و بررسی

دلایل بالا به شرح زیر مردوداند:

الف- آیات قرآن اضافه بر آن چه قبلاً در مورد شنیدن و واکنش اموات و از جمله اولیاء خداوند به دعا و زیارت زائرین از نظر علمی و احادیث بیان شد، مربوط به عدم تأثیرپذیری کفار لجباز از موعظه و تذکر رسول خداوند است و ربطی به ادعای مطرح شده ندارند. البته این به معنای نشنیدن موعظه نیست، بلکه چون نمی‌توانند و یا نمی‌خواهند اقدامی در راستای عمل به نصیحت انجام دهند از آن به نشنیدن تعبیر شده است. شاهد آن هم این که روایات مستفیض بلکه متواتری از شیعه و سنی وارد شده است که رسول خدا سلام و صدای زائر شان را از نزدیک یا دور می‌شنوند و پاسخ می‌دهند؛ نهایتاً زائر پاسخ ایشان را نمی‌شنود. بر همین اساس، توصیه شده است که اگر امکان زیارت از نزدیک ندارید صبح جمعه با لباس تمیز و بدن پاک بر بلندای منزل خود رفته و رو به حرم ایشان یا دیگر معصومین سلام دهید (حرّ عاملی، ۱۴۱۴: ۴۵۶/۵-۴۵۸)؛ یا روایات گفته‌اند در کنار قبر والدیتان، حاجات خود را طلب کنید تا آن را از خداوند درخواست کنند. در پاسخ به البانی نیز گفته شده است یعنی ابن قیم هم که به استناد اخبار صحیح بخاری و مسلم از شنوا بودن اموات و شنیدن سلام زندگان و حتی صدای کفش آنها سخن گفته، متوهم بوده و برای همیشه در دوران جاهلیت اولی زندگی می‌کرده است؟! (عاملی، ۱۴۲۱: ۱۶۱/۲).

ب- اما حدیث شدّ رحال به جهات زیر ایراد دارد:

۱- سند آن مخدوش است.

۲- مفهوم مخالف حدیث تنها شامل مساجد دیگر غیر از مساجد سه گانه می‌شود و مشاهده و قبور را در بر نمی‌گیرد؛ چون بین مشاهد و مساجد تفاوت روشنی است.

علاوه بر آن که دلیل نهي از سفر برای مسجد، وجود آن در هر شهر و دیاری است که در مورد مشاهد مطرح نیست (غزالی، بی تا: ۴۴۶/۳؛ شهید اول، ۱۴۱۹: ۱۱۰/۳-۱۱۱).

اشکال: در برخی نسخ روایت، «لا تشد الرحال إلی مکان» وارد شده است.

جواب: اول این که نتیجه بررسی های نگارندگان نشان می دهد که این تعبیر در هیچ متنی وارد نشده است دوم آن که در این صورت، هر نوع مسافرتی - خواه برای زیارت باشد یا غیر آن - حرام یا مکروه می شود که هیچ فقیهی آن را ادعا نکرده است (عبدالله علی، ۱۹۷۶: ۱۲۳).

۳- در موضوع روایت (انحصار اقامه عبادت در مساجد سه گانه) هم نهي آن تنزیهی است و نهایتاً بر نفی تفضیل حمل می شود نه تحریم (عبدالله علی، ۱۹۷۶: ۱۲۲؛ ابن قدامه، بی تا: ۱۰۴/۲؛ ابن قدامه، بی تا: ۹۳/۲).

۴- گفته شده که خبر مزبور اساساً به درستی فهم نشده است؛ زیرا منظور روایت، نهي از سفر برای ادای نذر اعمال عبادی مانند نماز است نه زیارت؛ بنابراین اگر کسی نذر کند که در جایی غیر از مساجد سه گانه نمازی برپا کند مطابق این خبر، نذر او الزام آور نیست (سجعی، ۱۹۷۶: ۹).

۵- خبر معارض دارد؛ چون در خبر صحیحی وارد شده است که رسول خدا پیاده یا به صورت سواره به مسجد قبا می رفتند و در آنجا دو رکعت نماز می خواندند (مرکز مباحث اعتقادی، ۱۴۳۰: ۱۵۵/۵) بر همین اساس، به منظور جمع میان آنها، خبر محلّ بحث بر نفی تفضیل حمل یا به مسأله نذر ختم شد.

اما ادعای مشرکانه بودن زیارت، به دلایل زیر قابل قبول نیست:

۱- اگر مکلف، فعلی را به امر خداوند و مطابق شیوه نامه ایشان انجام دهد قطعاً از فرمان خداوند اطاعت کرده است و شرکی در میان نیست. از این نمونه موارد زیادی در فقه و جاهای دیگر هست؛ مانند سجده ملائکه بر آدم ابوالبشر که چون به امر خداوند انجام شد، توحید و فرمانبرداری و تخلف از آن ممنوع و موجب غضب خداوند و دوری از بارگاه ایشان شد. یا مثل اقامه نماز به سمت مکه و خانه خداوند و

طواف گرد خانه خدا، در مناسک حجّ که بدون آن نماز و حجّ باطل است؛ البته اگر زائر علاوه بر زیارت قبور، عملی انجام دهد یا سخنی بگوید که امری از سوی خداوند ندارد یا حتّی از آن نهی شده است مانند سجده بر قبور ائمه یا حتّی وجود مبارک ایشان در زمان حیات، مرتکب شرک شده است؛ به همین خاطر ائمه برای بوسیدن دستان مبارکشان اجازه می‌دادند ولی از بوسیدن پاهایشان منع و نهی اُکید و صریح داشتند؛ چون اوّلی برخلاف مورد اخیر، مستلزم سجده و به خاک افتادن در مقابل ایشان نیست (بیومی ۱۴۱۸: ۷۲).

۲- دستکم شیعه امامیه، بخصوص در زیارت مشاهد مشرفه و طلب شفاعت و حاجات از رسول خدا و ائمه، برای ایشان استقلال قائل نیست بلکه ایشان را انسان‌های وجیهی می‌دانند که امیدوارند خداوند به خاطرشان به نیاز آنها پاسخ دهد یا از گناهانشان درگذرد. و این عین توحید است؛ زیرا در این نگاه، تنها خداوند برآورنده حاجات و آمرزنده گناهان است در حالی که مشرکین نسبت به بت‌ها چنین تحلیلی نداشتند؛ یعنی آنها را مستقلّ از خداوند و همسان با او در رفع نیازها می‌دانستند. بله اگر شیعه ای ائمه را مستقلّ بدانند و برای همین از آنها درخواستی داشته باشد، مشرک است (عاملی، ۲۰۰۵: ۵۶/۱۲).

۳- اسناد قطعی تاریخی نشان می‌دهد که پیامبر اهل قبور را زیارت می‌کردند و حجر الاسود را می‌بوسیدند. آیا می‌توان ایشان را مشرک دانست؟! هرگز. آیا زیارت خلیفه دوّم از قبر رسول خدا و درخواست شفا از بیماری و نیز بوسیدن حجرالاسود، بلال و عمر بن عبدالعزیز از قبر رسول خدا، ابن عمر از قبر ابوبکر صدیق و پدرش، که از مسلمّات تاریخ اند و در اخبار صحیح وارد شده اند بدعت در دین است؟! هرگز (عاملی، ۱۴۲۱: ۲۰/۵).

۴- قرآن کریم اصحاب کهف را تجلیل می‌کند و در مقام تأیید، نقل می‌کند که مردم آن زمان گرد آنها محلّ عبادت ساختند و آنها را بزرگ داشتند. با این او صاف،

چرا پیروان مکتب قرآن و پیامبر خدا و اصحاب بزرگوار ایشان به سنت آنها عمل نکنند و با توجهات نادرست از روش آنها دست بکشند؟! (همان: ۵۸/۵).

۵- مجرد تعظیم و تکریم، عبادت اصطلاحی یا پرستش نیست؛ چون عبادت، عمل قصدی بوده و انگیزه و نیت بندگی رکن و شرط درستی آن است. در حالی که زائر، حتی در زیارت قبر رسول خدا و ائمه هدی چنین قصدی ندارد بلکه تنها هدف او تکریم و احترام است و این مقدار، عرفاً و حتی لغه عبادت و پرستش محسوب نمی شود. اما مشرکان، به قصد بندگی و پرستش بت ها، گرد آنها طواف و عبادت می کردند (خرازی، ۱۴۱۸: ۷۰/۱؛ زینی دحلان، ۱۹۷۶: ۴).

۶- اما جمله منتسب به ابن تیمیه، به نظر درست نمی آید؛ زیرا ایشان بین زیارت مشروع و بدعتی تفاوت قائل شده و گفته است که زیارت دو گونه است؛ مشروع و بدعتی. اما مشروع، زیارتی است که به قصد دعا و طلب بخشش برای میت انجام می شود و زیارات منقول از رسول خدا هم از قبیل اند؛ ولی در زیارت بدعتی، زائر نسبت به مرده مرتکب عمل یا سخن نامشروع می شود (ابن تیمیه، ۱۴۱۸: ۱۸/۱؛ همو، ۱۴۲۴: ۱۲۵/۳۳؛ ۳۵۹/۳۵؛ بیومی، ۱۴۱۸: ۷۲).

و اما سدّ ضرائع، تخیل باطلی است؛ زیرا شرک با نفس زیارت و تعظیم و تبرک به قبور صالحان پیش نمی آید، بلکه در فرضی است که قبور، مساجد قرار گیرند، در کنار آن معتکف شوند، بر روی قبور تصویرسازی کنند و رفتارهایی از این قبیل صورت گیرد (زینی دحلان، ۱۹۷۶: ۵) بر همین اساس، فقیهان امامیه هم اقامه نماز در قبرستان، مسجد کردن قبرها و موارد دیگری از این قبیل را مکروه دانسته و گفته اند از روایات (کلینی، ۱۴۰۷: ۲۲۸/۳؛ شیخ صدوق، ۱۴۱۳: ۱۷۸/۱؛ حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۳۴/۳) تحریم استفاده نمی شود (علّامه حلّی، ۱۴۱۲: ۳۵۳/۶-۳۵۲؛ شهید اول، ۱۴۱۹: ۳۷/۲). ناگفته نماند که ایشان در این مسأله اجماع ندارند و برخی، هرچند علیرغم پذیرش اصل بحث، با گسترده‌گی آن مخالفت کرده و گفته اند که اخبار مورد ادعا واحدند و معارض دارند؛ لذا باید جمع شوند. نتیجه جمع نیز آن که کراهت، مربوط به

قبور عادی و جواز، مخصوص قبور ائمه و مشاهد مشرفه است (شهید اول، ۱۴۱۹: ۴۰/۲-۳۷). به هر حال، از نظر امامیه هم بعضی رفتارها و سنت های خاص، پسندیده نیستند ولی اولاً، باید جداگانه دیده شوند و ثانیاً، ملازمه ای بین حرمت آنها و حرمت اصل زیارت نیست؛ یعنی افعال زائد حرام یا مکروه، ولی نفس زیارت جائز است.

و اما نسبت به جعلی دانستن احادیث جواز، گفته شده است واقعاً آیا ابن تیمیه از خداوند و رسول ایشان حیا نمی کند و نمی ترسد؟! چگونه ایشان ادعائی می کند که هیچ عالمی از اهل حدیث و غیره و حتی جاهلی آن را بر زبان نمی آورد؟! چطور این همه اخبار صحیح که در صحاح ششگانه مبنی بر مشروعیت زیارت قبور، به ویژه قبر رسول خدا وارد شده است مانند خبر زیارت بلال حبشی از قبر ایشان بعد از رحلت پیامبر یا خبر ابن عمر از طریق دارقطنی از حفص و نیز خبر ابوهریره مربوط به جواز و لزوم سلام دادن به پیامبر کنار قبر ایشان برای رهائی از جهنم و استحقاق شفاعت را موضوع و ساختگی می داند؟! (عاملی، ۱۴۲۱: ۱۸/۵).

و اما ادعای اجماع عجیب است؛ با این همه فتوای به استحباب زیارت قبر پیامبر و سایر انبیاء از قدیم تا زمان ابن تیمیه و نیز اهتمام صحابه، تابعین و نیز علماء گذشته در زیارت قبور ایشان!!! آیا ایشان و نیز همه مسلمانان که به قصد زیارت قبر رسول خدا وارد مدینه می شده و قصد دیگری جز زیارت آن بقعه مبارک را نداشته اند مرتکب عمل حرام واضح شده اند؟! اگر اینگونه است چاره ای نیست جز آن که کلمه استرجاع گفته، فاتحه دین خدا را خواند! و این مصیبت بزرگی برای اسلام و مسلمین عالم از صدر تا الان و حتی تا آخر تاریخ به شمار می آید؛ زیرا تنها پیروان اندک ابن تیمیه مرتکب حرام نمی شوند و بقیه اهل اسلام، از صحابه، تابعین، تمام علمای سلف و مردمان عادی، گناهکار، مرتکبین حرام و حتی مشرکند! (عاملی، ۱۴۲۱: ۲۱/۵).

و اما دلیل هفتم؛ اولاً، این حرف با عمومیت امر رسول خدا به زیارت اهل قبور سازگار نیست؛ ثانیاً، آیا قائلین، استدلال بالا را در حق خودشان قبول می کنند؟ قطعاً به چنین حرفی تمایل ندارند و خواهند گفت ما به اسلام اقرار داشتیم؛ لذا دیگر محلی

برای این احتمالات باقی نمی ماند؛ ثالثاً، این بحث بخصوص نسبت به انبیاء الهی، اولیاء خدا، علمای دین و نامداران در تقوی حقیقتاً قابل تحمل نیست. به همین خاطر، برخی در مقام نقد، با تلخی گفته اند این حرف در نهایت سخافت، وقاحت، بی حیائی و بی شرمی است (سجاعتی، ۱۹۷۶: ۸).

اما اصل منع، علاوه بر آن که مسلم نیست در اینجا محلّ ندارد؛ زیرا دلایل فقهاتی شرعی و عقلی روشنی برای اثبات جواز وجود دارد (مرکز مباحث اعتقادی، ۱۴۳۰: ۱۵۵/۵).

بنابراین تمام دلایل بالا ضعیف بوده و در نتیجه، نظریه حرمت مطلق درست نیست. اما در اینجا یک نکته بسیار قابل توجه است و آن مسأله استناد این نظریه به ابن تیمیه است. در این خصوص ذکر سه نکته لازم است:

نکته اول: ابن عبدالهادی در الصارم المکی گفته که انتساب حرمت و نهی از اصل زیارت خصوصاً قبر نبی اکرم به ابن تیمیه، که سبکی آن را انجام داده است، درست نیست؛ زیرا ایشان در کنار قول به استحباب زیارت قبر نبی اکرم، تنها شد رحال و سفر به قصد زیارت ایشان را نهی کرده است (سبکی، ۱۴۱۹: ۴۰) اصحاب سبکی هم با تندی گفته اند ابن عبدالهادی چطور با تمام وقاحت این انتساب را نادرست دانسته است، با آن که ابن تیمیه اعتقاد دارد زیارت قبر پیامبر امکان ندارد؛ زیرا از رسول خدا نقل شده است که قبر من را عید قرار ندهید! اضافه بر آن که زیارت قبور، کار یهود، نصاری و بندگان قبور است و اجماع علما بر استحباب زیارت هم مربوط به مسجد پیامبر است نه قبر ایشان. جالب آن که عبدالهادی، خودش هم این کلمات را از ابن تیمیه نقل کرده است ولی باز ناباورانه انتساب حرمت به ابن تیمیه را انکار می کند. اضافه بر این، نه فقط سبکی بلکه بسیاری از اندیشمندان مهم جهان اسلام، حرمت مطلق زیارت را نظر بر گزیده ابن تیمیه می دانند (همان).

نکته دوم: ابن تیمیّه به مسأله قبور و ارتباط و تکالیف زندگان بعد از دفن میّت در کتبی که از ایشان در دسترس است به تفصیل بحث کرده، و به شرح زیر مواردی را نهی و به یک یا دو موضوع هم توصیه (امر) کرده است:

۱- از سفر برای زیارت نهی کرده (ابن تیمیّه، ۱۴۰۸: ۱۴۹/۵؛ همو، ۱۴۲۴: ۱۶/۱۴) و گفته است؛ رفتن به قصد زیارت برای زن و مرد و نیز مسجّدسازی و برافروختن چراغ و قندیل و نماز در آنجا حرام است (همان، ۱۴۲۴: ۱۷۵/۶؛ ۶۶/۱؛ ۲۷۴/۳).

۲- طلب دعا از میّت را منع کرده (همان، ۱۴۱۸: ۱۷/۱) ولی در عین حال، زیارت مشروع به معنای زیارت اهل قبور و یادآوری آخرت و دعا برای رحمت و بخشش میّت را مشروع دانسته است (همان) همچنین از کسانی که زیارت قبور و مشاهد را حجّ تلقّی می کنند انتقاد کرده و آنها را مستحقّ تعزیر می داند (همان: ۱۰۹/۵).

۳- از بوسیدن و لمس کردن قبور نهی کرده، آن را موجب تعزیر دانسته است (همان، ۱۴۲۴: ۱۶/۴؛ ۷۷/۹).

۴- نشستن کنار قبور (همان: ۲۹۰/۱۱) تعظیم قبور و مردگان، فراخواندن اموات، دعا با واسطه ایشان و طلب انجام برخی کارها از سوی آنها و در نهایت، ساخت مسجد و اقامه نماز در کنار قبور را حرام و از احوال شیطان می داند؛ زیرا اولاً، با روایات نبیّ اکرم سازگار نیستند؛ ثانیاً، در زمره اعمال یهود و نصاری قرار دارند؛ و ثالثاً این کارها به معنای بت قرار دادن قبور و مشرکانه بودن زیارت است (همان: ۴۹/۱۵) بر همین اساس، گفته است اگر کسی فکر کند که دعا و نماز و ذکر در کنار قبور بهتر از مسجد است کافر شده است (همان: ۲۲۴/۲۳).

۵- ساختن مشاهد و گنبد بر روی مقابر را خارج از سیره صحابه، تابعین و حتّی تابعین تابعین دانسته و به همین دلیل مشروع نمی داند (همان: ۱۱/۳۱).

۶- آشکارا زیارت قبور را برای کسانی که نزدیک آن قبور هستند و به شرط آن که مقصود زائر تنها دعا و طلب بخشش برای میّت باشد، مشروع دانسته است (همان: ۱۴۲۴: ۱۲۵/۳۳).

نکته سوم: با این اوصاف، از نظر نگارندگان و برخی دیگر (عبدالله علی، ۱۴۲۶: ۱۲۲) آن چه نباید از نظر دور بماند این است که ایشان به صراحت نفس زیارت را برای ساکنین در کنار قبور و به قصد دعا برای میت مجاز دانسته است؛ لذا انتساب حرمت مطلق زیارت، دستکم به ابن تیمیّه، مخالف متونی است که رسیده است.

۳- نظریه سوم: تفصیل بین زن و مرد

توضیح آن به شرح زیر است:

۳-۱- مفاد نظریه

زیارت اهل قبور برای مردان جائز است اما برای زنان و افراد خنثی - به طور کلی - حتی از قبور فرزندان، خویشاوندان نسبی و حتی نبی اکرم، ائمه و بقیه مشاهد مشرفه، حرام بوده (لاری، ۱۴۱۸ (b)، ۳۰۶؛ مروارید، ۱۴۱۳: ۳۹۲/۳۸؛ شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ۴۱/۶؛ انصاری، ۱۴۱۸: ۱۷۶/۱؛ مناوی، ۱۴۱۵: ۱۵۰/۶) و یا به اعتقاد احمد حنبل در یکی از نظرات خود (علامه حلی، ۱۴۱۲: ۴۳۰/۷؛ ابن عبدالبر، ۱۴۰۷: ۸۷) و برخی دیگر (شعرانی، ۱۹۸۴: ۵۲؛ محقق حلی، ۱۴۰۷: ۳۳۹/۱؛ لاری، ۱۴۱۸ (a): ۲۸۷) مکروه است؛ اگر چه برخی اندیشمندان اجازه شوهر را این احکام می دانند (ابن العابدین، ۱۴۱۵: ۲۶۴/۱؛ همان: ۴۵۷/۳).

۳-۲- مستندات

مستندات این نظریه عبارت‌اند از:

۱- قیاس اولویت در خبر مستفیض «مسجد المرأه بیتها»؛ بر اساس منطوق این خبر، نماز خواندن زن داخل منزلش بر مسجد رحجان دارد و در واقع مسجد او، خانه اش است. وقتی در خصوص نماز که یک عمل واجب است، خانه بر مسجد تقدم دارد برای امور مستحبی مثل زیارت اهل قبور، به طریق اولی باید زن در منزل بماند و به قبرستان نرود. این اولویت زمانی بیشتر جلوه می کند که رسول خدا، مطابق نقلی، در پاسخ به سؤال زنان از ایشان مبنی بر ارائه راهکاری که به اندازه جهاد در راه خدا و

همسان با عمل شوهرانشان در جنگ با دشمنان خداوند باشد، ثواب ماندن زنان در منزل را به اندازه ثواب جهاد در راه خداوند معرفی کردند (آلوسی، ۱۴۱۵: ۲۲/۶).

۲- زیارت اهل قبور با ستر و صیانت از زن و حریم قدسی او منافات دارد.

۳- زیارت اهل قبور ممکن است مستلزم اتلاف نفس خود توسط زنان شود که از آن نهی شده و حرام است و از آنجا که مستلزم حرام، حرام است پس زیارت قبور برای زنان حرام است.

۴- روایات؛ مانند خبر ابن عباس مبنی بر این که خداوند (ابن تیمیه، ۱۴۲۴: ۲۷۶/۲۰؛ حنفی، ۱۴۱۸: ۸۶؛ عظیم آبادی، ۱۴۱۵: ۱۱۷/۱۰) و رسول ایشان (هیثمی، ۱۴۱۱: ۶۵/۳) زنان زائر قبور، سازندگان مسجد و برپاکنندگان روشنایی در کنار قبور را لعنت می کنند. یا روایت مربوط به حضور حضرت زهراء در مراسم عزاداری بعضی از انصار؛ مطابق این خبر وقتی ایشان برگشتند، رسول خدا پرسیدند به قبرستان رفته بودی؟ گفتند: خیر، پیامبر فرمودند: اگر بروی، روز قیامت از اجدادت جدا شده و وارد دوزخ می شوی (سرخسی، ۱۴۰۶: ۱۰/۲۴).

۵- زنان صبرشان اندک است و فراوان جزع می کنند (انصاری، ۱۴۱۸: ۱۷۶/۱).

۶- رسول خدا به دلیل شیوع تجلیل از مردگان به سبک جاهلیت در جامعه صدر اسلام و ندبه و جزع زنان، ابتدا زیارت قبور را برای همگان حرام کردند اما بعد از آشنائی مسلمانان با آداب اسلامی، نهی مزبور از مردان برداشتند، ولی به خاطر ناتوانی زنان در اجتناب از ندبه و جزع بر آن اصرار کردند (ابن جوزی، ۱۴۱۸: ۲۱/۲).

۷- اجماع؛ از سبکی نقل شده است که فقیهان عامه بر استحباب زیارت مردان و حرمت زیارت زنان از قبور اجماع دارند (أبومعاش، ۱۴۲۸: ۳۲۶/۱).

۳-۳- نقد و بررسی

اما در مورد اولویت: اولاً، متن خبر محلّ بحث در مجامع روائی نیامده است؛ ثانیاً، نمی توان موضوع نماز را به موارد دیگر سرایت داد، زیرا فلسفه آن در متن دلیل نیامده است تا عمومیت آن موارد مشابه از جمله زیارت را نیز دربرگیرد؛ ثالثاً، عموماً

زیادی وجود دارد که زیارت زنان بخصوص از ائمه و بزرگان را بر ترک آن ترجیح داده است. همچنین مطابق خبر یونس؛ امام صادق فرمودند حضرت زهرا صبح شنبه ها به زیارت شهداء و از جمله مزار حمزه سید الشهداء رفته و برای ایشان طلب رحمت و مغفرت می کردند (علّامه حلّی، ۱۴۱۲: ۴۳۰/۷؛ مازندرانی، ۱۴۲۹: ۳۰۶/۲؛ محقق سبزواری، ۱۴۱۶: ۲۱۲/۴) و فعل ایشان به عنوان یکی از معصومین، حجت شرعی و حکم ساز است. بر این اساس، محلی برای قیاس اولویت نیست و باید به نص عمل شود؛ رابعاً، خبر قعود زنان در منزل، علاوه بر آن که برخی در صدور آن تردید دارند یا حتی با قاطعیت آن را از اسرائیلیات می دانند (عاملی، ۱۴۲۶: ۲۱۸/۱۴) نافی فعالیت های اجتماعی زنان نیست؛ زیرا رسول خدا متنا سب با درخواست زنان، جایگزین جهاد در راه خدا را معرفی کردند و در مقام بیان لزوم نشستن زنان در منزل و حرمت خروج ایشان از خانه شوهر نبودند. شاهد آن هم این است که همان زمان و در مرآی و منظر رسول خدا زنان فعالیت های خارج از منزل، از جمله زیارت اهل قبور داشته اند؛ مثل زیارت حضرت زهرا از قبر رسول خدا و شهداء، زیارت ماهیانه ام سلمه از قبور شهداء، زیارت فاطمه خزاعیه و خواهرش از قبر حمزه سید الشهداء و زیارت عایشه از قبر عمر و پدرش؛ ولی در عین حال نه تنها با نهی رسول خدا مواجه نشده اند بلکه نقل شده است که رسول خدا به عایشه شیوه زیارت قبور را نیز تعلیم می داده است (عبدالسلام، ۱۴۱۶: ۳۲).

اما در خصوص روایت لعن؛ اولاً، سند آن ضعیف است (ألبانی، ۱۴۱۱: ۳۵) زیرا جمهور فقیهان، ابوصالح باذان (یا باذام)، غلام ام هانی دختر ابوطالب، روای متصل به ابن عباس را تضعیف و حتی برخی به دروغگوئی متهم کرده اند (همو، ۱۴۰۹: ۲۹۷). اشکال: منظور ألبانی، ضعف سند نسبت به ذیل حدیث است نه صدر آن؛ زیرا گفته است در مجامع روایی فقط زنان زائر قبر نفرین شده اند و سازندگان مسجد و برپاکنندگان روشنائی نیامده است.

جواب: این درست نیست؛ زیرا ایشان در کتاب خود، کَلّی سخن گفته است و در واقع سند همه فقرات خبر را محلّ تردید دانسته‌اند (همان).

اشکال: با این وصف هم مشکلی پیش نمی‌آید چون عمل به خبر، ضعف آن را می‌پوشاند.

جواب: کدام اصحاب؟! کدام عمل؟! مشهور امامیه و عامّه که نظر اوّل را انتخاب کرده و به آن فتوا دادند.

ثانیاً، روایت لعن با اخبار زیر، نسخ شده است؛ به همین دلیل برخی آشکارا گفته‌اند نفرین مزبور مربوط به قبل از استیذان و تریخیص زیارت قبور است (عظیم آبادی، ۱۴۱۵: ۱۱۷/۱۰؛ محقق سبزواری، ۱۴۱۶: ۲۱۳/۴)؛ شاهد آن نیز این که از اُبی ملیکه نقل شده که به عائشه گفتم از کجا می‌آئید؟ گفت از زیارت قبر برادرم عبدالرحمن. گفتم مگر رسول خدا از زیارت قبور نهی نفرمودند؟ گفت اول نهی کردند ولی بعد از آن دستور دادند (ابن راهویه، ۱۴۱۲: ۶۵۵/۳؛ علامه حلّی، ۱۴۱۲: ۴۳۰/۷؛ مازندرانی، ۱۴۲۹: ۳۰۶/۲).

۱- من شما را از زیارت نهی کرده پس بروید زیارت کنید (علامه حلّی، ۱۴۱۲: ۴۳۰/۷)

۲- هر کس من [رسول خدا] را بعد از حیاتم زیارت کند مثل آن است که در زمان حیاتم زیارت کند یا هر کس من را زیارت کند او را شفاعت می‌کنم (زینی دحلان، ۱۹۷۶: ۵) نسخ شده است (عیاض، ۱۴۰۹: ۸۴/۲).

ثالثاً، رسول خدا از کنار قبرستانی می‌گذشتند؛ دیدند که زنی در کنار قبری بی‌صبری می‌کند. حضرت سه بار به ایشان توصیه به صبر کردند ولی ایشان را از زیارت نهی نکردند. روشن است که اگر زیارت قبور برای زنان حرام بود قطعاً ایشان آن زن را نهی می‌کردند؛ پس معلوم می‌شود نفس زیارت زنان مانعی ندارد و فقط بی‌صبری و جزع و افعال زائد دیگر مردود است (ابن قیّم جوزیه، ۱۴۱۸: ۱۰۵؛ محقق سبزواری، ۱۴۱۶: ۲۱۳/۴).

رابعاً، به اعتقاد نگارندگان خبر مربوط به حضور حضرت زهرا در مجلس عزاداری، ساختگی است، زیرا این مورد از جمله روایاتی است که با تدلیس راوی، غیر مستقیم شرک و کفر اجداد رسول خدا را تبلیغ می‌کند (نجمی، ۱۴۱۹: ۲۳۳) و شاید به همین دلیل برخی فحول عامه به این خبر و امثال آن عمل نکرده، فتوا به جواز و حتی استحباب زیارت قبور توسط زنان داده‌اند. توضیح مطلب آن که در کتاب صحیح مسلم و برخی منابع دیگر (طبری، ۱۳۵۶ق: ۲۵۸) اخباری هست مبنی بر این که والدین و اجداد رسول خدا مشرک بوده و بر همین عقیده از دنیا رفته‌اند؛ لذا در آتش هستند و پیامبر هم علیرغم درخواست و استیذان از خداوند، اجازه دعا و استغفار برای مادرشان را دریافت نکردند، ولی به ایشان اذن داده شد قبر مادرشان را زیارت کند. جالب آن که برخی، ضمن قطعی دانستن این اخبار، در مقام توجیه گفته‌اند که مطابق اجماع متکلمین، مشرکین زمان فطرت (قبل از بعثت)، از جمله والدین و اجداد رسول خدا، معذور بوده‌اند (شنقیطی، ۱۴۱۵: ۶۹/۳).

اما این برداشت و روایات قبول نیستند؛ زیرا:

اولاً- مطابق روایات صحیح (شیخ صدوق، ۱۳۹۵: ۱۷۵/۱-۱۷۴؛ همو، ۱۴۰۳: ۳۱۲/۱-۳۱۴؛ علامه مجلسی، ۱۴۰۳: ۸۱/۳۵؛ همان: ۱۲۷/۱۵) و نیز اسناد قطعی تاریخی، بسیاری از اعراب در زمان جاهلیت موحد بوده‌اند که مشهورترین آنها بنی‌هاشم، از جمله عبدالمطلب، ابوطالب و عبدالله پدر پیامبر هستند (ابن شهر آشوب، ۱۳۲۸: ۶۴/۲)؛ آنها نه تنها لحظه‌ای شرک نوزیدند، بتها را نپرستیدند و نیز رسومات اعراب را انجام ندادند که در مرأی و منظر قریش و نیز در خفاء و به دور از چشم آنان در غارات، خدا را عبادت می‌کردند (نجمی، ۱۴۱۹: ۲۳۳).

ثانیاً- خبر استیذان ابوهریره مطابق آنچه در مجامع روایی شیعه و نیز برخی متون تفسیری عامه وارد شده، درست نیست؛ زیرا پیامبر در پاسخ به سؤال اطرافیان، فقط به اجازه برای زیارت اشاره کردند و از کسب اجازه برای استغفار و مخالفت خداوند با

درخواست ایشان سخنی نگفته‌اند (طبرسی، ۱۳۹۰: النص/۹؛ ابن شهر آشوب، ۱۳۲۸: ۶۴/۲).

ثالثاً- آنگونه که برخی مفسرین گفته‌اند آیات قرآن (توبه: ۸۴) تکلیف دعا برای مردگان مشرک و حتی ایستادن بر سر قبر آنها را معلوم کرده بود و اگر آمنه مشرک بوده است، اجازه لازم نداشت. پس با وجود استیذان رسول خدا معلوم می‌شود موضوع، زیارت قبر یکی اهل ایمان بوده است؛ یعنی آمنه با ایمان از دنیا رفته و سابقه شرک نیز نداشته است. علاوه بر آن که آیه «انما المشركون نجس» (توبه: ۲۹) نشان می‌دهد عبدالله و ابوطالب مؤمن بوده‌اند؛ زیرا اگر مشرک بودند حتماً پیامبر و وصی ایشان فرزندان دو نجس بودند؛ در حالی که ایشان طاهر و پاک‌اند؛ همچنین رسول خدا زمان فوت ابوطالب ضمن خطبه‌ای فرمودند من روز قیامت برای عمویم شفاعتی می‌کنم که همگان تعجب کنند. اگر ایشان کافر بود رسول خدا به حکم آیات قبل برای او دعا و شفاعت نمی‌کردند و نیز ایشان به حضرت علی دستور دادند که جسد ابوطالب را غسل دهد و تجهیز کند. اگر ایشان کافر بود، رسول خدا وصی خود را مأمور تجهیز یک کافر نمی‌کردند (ابن شهر آشوب، ۱۳۲۸: ۶۴/۲؛ آلوسی، ۱۴۱۵: ۱۵۳/۱۰).

اشکال: آیات مربوط به نهی از استغفار برای مشرکان حتی اگر وابسته نسبی باشند (توبه: ۱۱۴-۱۱۳) زمان وفات ابوطالب نازل شده است. بر این اساس، دستکم ایشان با ایمان به خدا از دنیا نرفته است؛ هرچند این آیات خبر استیذان و در نهایت شرک آمنه را نیز تائید می‌کند.

جواب: اولاً- این آیات بعد از غزوه بنی مصطلق و سال ششم هجرت نازل شده است، در حالی که ابوطالب سه سال قبل از هجرت و سال دهم بعثت از دنیا رفته‌اند. ثانیاً- اتفاقاً آیه مزبور ایمان ابوطالب را ثابت می‌کند؛ زیرا اگر ایشان کافر بود رسول خدا نباید برای ایشان طلب مغفرت می‌کرد و حال آن که رسول خدا جنازه ایشان را مشایعت و برای ایشان طلب مغفرت کردند (عاملی، ۱۴۲۶: ۲۱۳/۱۴).

ثالثاً- تأیید مورد ادعا هم درست نیست؛ چون از یک طرف، آیه مزبور در اواخر حضور پیامبر در مدینه و به قول برخی، آخرین آیه‌ای است که نازل شده است، ولی روایت استیذان مربوط به فتح مکه، یا صلح حدیبیه یا سال ششم است. از سوی دیگر، نزول آیه و تعلیق آن تا زمان وقوع مورد در آینده، پذیرفتنی و معقول نیست (همان).

اما زیارت زمانی با ستر زنان منافات دارد که رفتارهای زائدی انجام شود و الا اگر همچون دوران معاصر، سنت‌های مختلفی برای جمع بین زیارت، ستر و صیانت از حجاب و امثال اینها دنبال شود، دلیل مزبور صادق نیست؛ همچنان که اگر زیارت در موردی به عمل حرامی مثل ایراد خسارات بدنی و امثال اینها منتهی شود قطعاً حرام است و کسی در آن تردید ندارد؛ اما اینها همگانی نیستند و به صورت موردی انجام می‌شود.

گفتنی است استلزام اتلاف نفس یا مال نیز اولاً، همین وضعیّت را دارد؛ ثانیاً، اختصاص به زنان ندارد، بلکه گاهی مردان هم این محذور را مرتکب می‌شوند. با این توصیف، آیا باید به طور کلی زیارت مردان را حرام دانست؟ خیر چون استقراء ناقص اعتبار فقهی ندارد؛ یعنی حکم فرد را به جمع تسری نمی‌دهند. پس از آنجا که حکم أمثال باید واحد باشد شایسته است در مورد زنان هم حکم افراد را به همه آنان سرایت نداد. بنا براین زیارت برای زن و مرد، به عنوان قاعده اولیه قبول است و در عین حال، استثناء هم دارند که به تناسب مورد، بررسی می‌شوند؛ ثالثاً، نتیجه استلزام مزبور حرمت زیارت زنان است نه کراهت (جواهر، بی تا: ۴/۳۳۳).

گفته شده است بله نتیجه آن حرمت می‌شود، اما اجماع مانع پذیرش آن شده است؛ ولی باید گفت این حرف درست نیست؛ چون اجماع اگر برپا شد نه فقط حرمت که کراهت را هم منتفی می‌کند. بله گاهی شعاع، دلیل را محدود می‌کند و حرمت تا حدّ کراهت کاهش می‌یابد، ولی این فقط در دلیل لفظی است نه استلزام؛ زیرا تنها دلایل لفظی هم ظهور در حرمت دارند و هم کراهت؛ و گرنه استلزام اتلاف، تنها با حرمت سازگار است.

اما در خصوص صبر کم و جزع فراوان زنان، اول آن که کلیت ندارد (میرزای قمی، ۱۴۱۷: ۵۶۲/۳)؛ دوم این که این قبیل دلایل استحسانی هستند و ظنی و به دلیل عدم حجیت ظن، قابل استناد نیستند. سوم آن که اگر چنین دلیلی صحیح باشد، باید زیارت قبور پیامبر و باقی انبیاء و نیز ائمه و اولیاء به طور قطع مکروه باشد؛ زیرا جزع و بی صبری در این موارد بیشتر از قبور افراد عادی است. در حالی که گویندگان، بدون ارائه هیچگونه دلیلی، این موارد را جائز دانسته‌اند و این نشان می‌دهد محذور جزع و ندبه، برای حرمت زیارت زنان، دستکم دلیل عام، قاطع و مناسبی نیست. به همین خاطر، ادعای اصرار بر نهی اولیة رسول خدا از زیارت زنان هم وجهی ندارد بخصوص که اولاً، دلیل قاطعی برای تخصیص عمومیت امر بعد از نهی رسول خدا و اختصاص آن به مردان ارائه نشده است و ثانیاً، بقاء مزبور مخالفین زیاد و قابلی دارد، در حالی که طرفداران آن نادرند.

و بالأخره اجماع علاوه بر آن که مدرکی است، ضعف آن مطابق آن چه ذیل ادعای اجماع در نظریه دوم گذشت، واضح است.

۴- نظریه چهارم: تفصیل بین قبور کفار، مشرکین و اهل اسلام

گفتنی های این نظر عبارت‌اند از:

۴-۱- مفاد نظریه

تنها زیارت قبور مؤمنین و اهل اسلام جائز است ولی قبور اهل کفر و شرک از دائره اباحه خارج و حتی حرام است (انصاری، ۱۴۱۸: ۱۷۶/۱).

۴-۲- مستندات

مستندات نظریه چهارم عبارتند از:

۱- نفس زیارت فارغ از دعا برای کفار و اهل شرک، مستلزم نوعی مودت و دوستی با دشمنان خداوند تلقی می‌شود که در آیات متعدّد قرآن (توبه: ۲۳؛ ممتحنه: ۱۳؛ مجادله: ۲۲) نهی شده است و از آنجا که مستلزم حرام، حرام است پس زیارت قبور کفار نیز حرام است.

۲- مقتضای جمع میان دلیل قبل و روایت استیذان، تنها جواز زیارت مسلمان از خویشاوندان مسلمان است و بیش از آن قابل اصطیاد نیست (شافعی صغیر، ۱۴۱۳: ۲۳/۳).

۳- اصل احتیاط؛ که مطابق آن وقتی در حرمت عملی مانند زیارت قبور اهل کفر و شرک، تردید هست باید ترک شود (آلوسی، ۱۴۱۵: ۱۵۵/۱۰).

۴-۳- نقد و بررسی

اما این که زیارت قبور کفار نوعی دوستی و مودت با دشمنان خدا محسوب می شود کلیت ندارد و استلزام آن عقلی نیست؛ زیرا ممکن است ضمن تنفر از میتی بر قبر او بایستد و این مورد، محال ذاتی و حتی وقوعی نیست. اما جمع میان ادله، در فرضی است که خبر استیذان با املائی طرفداران نظریه دوم درست باشد که نیست.

و اما اصل احتیاط؛ اولاً، در موضوع مقاله با وجود دلایل اجتهادی متعدد، جاری نیست. ثانیاً، محل بحث از موارد شبهه حکمیّه تحریمیّه و مجرای اصل برائت است، نه احتیاط.

نتیجه گیری

با توجه به آن چه گذشت معلوم می شود:

۱- زیارت قبور توسط مرد و زن مسلمان، یک امر مباح و پسندیده است، ولی باید بر سر مزار به دعا، قرائت قرآن و طلب آمرزش برای رفتگان خاک بسنده و از افعال زائد و نامشروع اجتناب شود.

۲- استناد حرمت مطلق زیارت رفتگان خاک به ابن تیمیّه خلاف تحقیق است، هر چند ایشان با مشهور امامیه و عامه نیز همراهی نکرده اند.

۳- اعتقاد به سابقه شرک آباء و اجداد رسول خدا و عدم اجازه استغفار برای آمنه، درست نیست و مخالف اسناد متقن تاریخی، روایات متواتر و حتی برخی آیات قرآن است.

۴- علاوه بر آن که در موضوع جواز زیارت، فرقی میان زائر مرد یا زن نیست زیارت اهل کفر هم بلامانع است؛ النهایه دعا و طلب غفران برای اینان لغو بوده و حرام است.

منابع

- قرآن کریم.

- آل کاشف الغطاء (کاشف الغطاء)، محمدحسین (۱۴۱۶ق)، **نقض فتاوی الوهابیه**، ج ۶، تحقیق: سید غیاث طعمه، قم: مؤسسه آل البيت لإحياء التراث.

- آلوسی، سید محمود (۱۴۱۵ق)، **روح المعانی فی تفسیر القرآن العظیم و ال سبع المثانی**، ج ۵ و ۶ و ۱۰، تحقیق: علی عبدالباری عطیه، بیروت: دار الکتب العلمیه.

- ابن ابی جمهور احسانی (۱۴۰۵ق)، **عوالی (غوالی) اللئالی العزیزیه**، ج ۱ و ۲، قم: دار سید الشهداء.

- ابن ابی فراس، ورام؛ ابن عیسی، مسعود (۱۴۱۰ق)، **تنبيه الخواطر ونزهة النواظر المعروف بمجموعه ورام**، ج ۱، قم: مکتبه الفقیه.

- صدوق (صدوق)، محمد بن علی بن حسین بن بابویه قمی (۱۴۰۶ق)، **ثواب الأعمال و عقاب الأعمال**، ج ۲، قم: دار الشریف الرضی.

- صدوق (شیخ)، محمد بن علی بن حسین بن بابویه قمی (۱۴۰۳ق)، **الخصال**، ج ۱، تصحیح: علی أكبر غفاری، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

- صدوق (شیخ)، محمد بن علی بن حسین بن بابویه قمی (۱۴۲۷ق)، **علل الشرائع**، ج ۲، قم: مکتبه الداوری.

- صدوق (شیخ)، محمد بن علی بن حسین بن بابویه قمی (۱۳۹۵ق)، **کمال الدین و تمام النعمه**، ج ۱، ج ۲، تصحیح: علی أكبر غفاری، تهران: اسلامیه.

- صدوق (شیخ)، محمد بن علی بن حسین بن بابویه قمی (۱۴۱۵ق)، **المنقح**، قم: مؤسسه الإمام المهدي عجل الله تعالی فرجه الشریف.

- صدوق (شیخ)، محمد بن علی بن حسین بن بابویه قمی (۱۴۱۳ق)، **من لا يحضره الفقيه**، ج ۱، تصحیح: علی أكبر غفاری، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

- صدوق (شیخ)، محمد بن علی بن حسین بن بابویه قمی (۱۴۱۸ق)، **الهدایه**، قم: مؤسسه الامام الهادی.

- ابن بلبان، علاء الدین فارسی (۱۴۱۴ق)، **صحیح ابن حبان**، ج ۱۲، ۲، بیروت: مؤسسه الرساله.
- ابن تیمیه، أحمد بن عبدالحلیم (۱۴۰۸ق)، **الفتاوی الکبری**، ج ۵، بیروت: دار الکتب العلمیه.
- ابن تیمیه، أحمد بن عبدالحلیم (۱۴۲۴ق)، **مجموعه الفتاوی**، ج ۲۰، ۳۳، ۳۵، ریاض: وزاره الشؤون الاسلامیه و الدعوه و الارشاد السعودیه - مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشریف.
- ابن تیمیه، أحمد بن عبدالحلیم (۱۴۱۸ق)، **المستدرک علی مجموع فتاوی ابن تیمیه**، ج ۱، تحقیق: محمد بن عبدالرحمن بم قاسم، بی جا: محمد بن عبدالرحمن بن قاسم.
- ابن جوزی، عبدالرحمن (۱۴۱۸ق)، **کشف الم شکل من حدیث الصحیحین**، ج ۲، ریاض: دار الوطن.
- ابن حنبل (امام)، أحمد (بی تا)، **المسند**، ج ۳، بیروت: دار صادر.
- ابن راهویه، اسحاق (۱۴۱۲ق)، **مسند ابن راهویه**، ج ۳، مدینه: مکتبه الایمان.
- ابن شهر آشوب، محمد (۳۲۸ق)، **مت شابه القرآن و مختلفه**، ج ۲، تهران: مکتبه البوذر جمهری (المصطفوی).
- ابن قدامه، عبدالرحمن (بی تا)، **الشرح الکبیر**، ج ۲، بیروت: دار الکتب العربی.
- ابن قدامه، عبدالله (بی تا)، **المغنی**، ج ۲، بیروت: دار الکتب العربی.
- ابن قولویه، جعفر (۱۳۹۷ق)، **کامل الزیارات**، تصحیح: عبدالحسین امینی، نجف اشرف: دار المرتضویه.
- ابن قیم جوزیه، شمس الدین (۱۴۱۸ق)، **عده الصابین و ذخیره الشاکرین**، ج ۷، بیروت: دار الکتب العربی.
- ابن مرزوق، ابوحامد (۱۹۷۶م)، **التوسل بالنبی و جهله الوهابیین**، استانبول: مکتب ایشیق- حسین حلمی بن سعید.
- ابن هبه الله (ابن ابی الحدید)، عبدالحمید (۱۹۵۹م)، **شرح نهج البلاغه**، ج ۲۰، تحقیق: محمد أبو الفضل ابراهیم، ج ۲۰، بیروت: دار احياء الکتب العربی - عیسی البابی الحلبي و شرکاءه.
- أبو معاش، سعید (۱۴۲۸ق)، **الشیعه الفرقة الناجیه**، ج ۱ و ۲، قم: مؤسسه السیده المعصومه.
- اراکی، محمدعلی (۱۴۱۵ق)، **کتاب الطهاره**، ج ۱، قم: مؤسسه در راه حق.
- حلی (علماء)، حسن بن یوسف (۱۴۱۲ق)، **منتهی المطلب فی تحقیق المذهب**، ج ۷ و ۶، مشهد: مجمع البحوث الاسلامیه.

- حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۹ق)، **نهایه الإحکام فی معرفه الأحکام**، ج ۲، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- اصبهانی، أبونعیم (۱۴۱۵ق)، **مسند أبي حنيفة**، ریاض: مکتبه الکوثر.
- ألبانی، محمدناصر (۱۴۰۹ق)، **تمام المنه**، ریاض، عمان، اردن: دار الراه للنشر و التوزیع - المکتبه الاسلامیه.
- ألبانی، محمدناصر (۱۴۱۱ق)، **ضعیف سنن الترمذی**، تحقیق و إشراف: زهیر الشاویش، بیروتک المکتب الاسلامی.
- القاری، ملاعلی (بی تا)، **شرح مسند أبي حنيفة**، بیروت: دار الکتب العلمیه.
- امین (ابن العابدین)، محمد (۱۴۱۵ق)، **حاشیه ردّ المختار**، ج ۳، بیروت: دار المعرفه.
- انصاری، زکریا (۱۴۱۸ق)، **فتح الوهاب**، ج ۱، بیروت: منشورات محمدعلی بیضون، دار الکتب العلمیه.
- انصاری (شافعی صغیر)، شمس الدین محمد (۱۴۱۳ق)، **نهایه المحتاج الی شرح المنهاج**، ج ۳، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- انصاری، محمدعلی (۱۴۲۰ق)، **الموسوعه الفقهیة المیسره**، ج ۳، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- بیضاوی، عبدالله (۱۴۱۸ق)، **أنوار التزیل و أسرار التأویل (تفسیر البیضاوی)**، ج ۳، تحقیق: محمد عبدالرحمن المرعشلی، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- بیومی، محمد (۱۴۱۸ق)، **السیده فاطمه الزهراء**، اصفهان: سفیر اصفهان.
- پاینده، أبو القاسم (۱۴۲۴ق)، **نهج الفصاحه (الکلمات القصار للنبی صلی الله علیه وآله)**، ج ۴، تهران: دنیای دانش.
- تفتازانی، مسعود (۱۴۰۱ق)، **شرح المقاصد فی علم الکلام**، ج ۲، پاکستان: دار المعارف النعمانیة.
- جزائری، عبدالله (بی تا)، **تحفه السنیه فی شرح نخبه المحسنیه**، نسخه خطی در نرم افزار مکتبه اهل البيت عليهم السلام.
- الجزیری، عبدالرحمن؛ غروی، سید محمد؛ یاسر، مازح (۱۴۱۹ق)، **الفقه علی المذاهب الاربعه و مذهب أهل البيت (عليهم السلام)**، ج ۳، بیروت: دار الثقلمین.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق)، **تفصیل و سائل الشیعه إلی تحصیل مسائل الشریعه**، ج ۱۴، ۵، ۷، ۳، ۲، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- حرّ عاملی، محمد بن حسن (۱۴۱۴ق) **هدایه الأئمه إلی أحكام الأئمه**، ج ۳، ۵، مشهد: الرضوه الرضویه، مجمع البحوث الإسلامیه.

- حسینی (میرداماد)، سید محمدباقر (۱۴۰۵ق) **الرواشح السماویہ**، قم: دار الحدیث.
- حسینی میلانی، سید علی (۱۴۲۱ق)، **إمامه بقیه الأئمه**، قم: مرکز الأبحاث العقائدیة.
- حقی بروسوی، اسماعیل (۱۴۰۵ق)، **تفسیر روح البیان**، ج ۳، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- حلی (محقق)، جعفر بن حسن (۱۴۰۷ق)، **المعتبر فی شرح المختصر**، ج ۱، تحقیق و تصحیح: محمد علی حیدری، سید مهدی شمس الدین، سید ابو محمد مرتضوی و سید علی موسوی، قم: مؤسسه سید الشهداء علیه السلام.
- حمود عاملی، محمد جمیل (۲۰۲۰م)، **الفوائد البهیة فی شرح العقائد الإمامیة**، ج ۲، ج ۲، بیروت: مؤسسه الاعلمی للمطبوعات - مرکز العتره للدراسات و البحوث.
- حنفی، محمد بخیت (۱۳۹۶ق)، **تطهير الفؤاد**، استانبول: مكتبة اشيق.
- حنفی، علی محمد فتح الدین (۱۴۱۸ق)، **فلک النجاه فی الامامه و الصلاه**، ج ۲، تحقیق شیخ ملا اصغر علی محمد جعفر، بیروت: مؤسسه دار الاسلام.
- خرازی، سید محسن (۱۴۱۸ق)، **بدايه المعارف الالهيه فی شرح عقائد الإمامیة**، ج ۱، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- الدردیر (أبو البركات)، أحمد (بی تا)، **الشرح الكبير**، ج ۱، بیروت: دار إحياء التراث العربی - عیسی البابی الحلبي و شركاه.
- الدویش، أحمد (۱۴۰۹ق)، **فتاوی اللجنة الدائمة للبحوث العلمیه و الإفتاء**، ج ۱، ریاض: دار العاصمة.
- زینی دحلان، أحمد (۱۹۷۶ق) **الدرر السیتیة فی الرد علی الوهابیة**، استانبول: مكتبة اشيق.
- سبزواری (محقق)، سید عبدالاعلی (۱۴۱۶ق)، **مهذب الاحكام فی بیان الحلال و الحرام**، ج ۱۵ و ۱۴، قم: کتابخانه آیه الله العظمی سید سبزواری.
- سبکی، علی (۱۴۱۹ق)، تحقیق: سید محمدرضت حسینی جلالی، ج ۴، حیدر آباد (هند): دائره المعارف العثمانیة.
- سجای، أحمد (۱۹۷۶ق)، **رساله فی اثبات کرامات الأولیاء**، استانبول: مكتبة اشيق.
- سرخسی، شمس الدین (۱۴۰۶ق)، **المبسوط**، ج ۲۴، بیروت: دار المعرفه.
- سیوطی، جلال الدین (۱۴۰۱ق)، **الجامع الصغير**، ج ۲، بیروت: دار الفكر.
- شافعی (امام)، محمد (بی تا)، **المسند**، بیروت: دار الکتب العلمیة.
- شعرانی، عبدالوهاب (۱۹۸۴ق)، **علماء الاسلام و الوهابیون**، استانبول: حسین حلمی بن سعید.

- شنقيطی، محمد أمين (۱۴۱۵ق)، **أضواء البيان**، ج ۳، بيروت: دار الفكر.
- طباطبائی (علّامه)، سيد محمد حسين (۱۴۱۷ق)، **الميزان في تفسير القرآن**، ج ۹، ج ۵، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- طبرانی، سليمان (۱۴۱۵ق)، **المعجم الأوسط**، ج ۷، مصر و سودان: دار الحرمين.
- طبرانی، سليمان (۱۴۰۴ق)، **المعجم الكبير**، ج ۱۱ و ۲۳، بيروت: دار إحياء التراث العربي.
- طبرسی، فضل بن حسن (۱۳۹۰)، **إعلام الوری بأعلام الهدی**، ج ۳، تهران: اسلامیه.
- طبرسی، فضل بن حسن (۱۴۱۳ق)، **مجمع البيان في تفسير القرآن**، ج ۵، ج ۳، تحقيق: محمدجواد بلاغی، تهران: ناصر خسرو.
- طبری، احمد (۱۳۵۶ق) **ذخائر العقبی**، قاهره: مكتبة القدسی لصاحبها حسام الدين القدسی.
- طحطاوی، أحمد (۱۴۰۶ق)، **المنحة الوهبيّة في ردّ الوهابيّة**، ج ۲، استانبول: مكتبة الحقيقة.
- طوسی (شيخ الطائفة)، محمد بن حسن (۱۴۱۴ق)، **الأمالی**، قم: دار الثقافة.
- طوسی (شيخ الطائفة)، محمد بن حسن (۱۳۸۷ق)، **المبسوط في فقه الاماميّة**، ج ۶، ج ۳، قم: المكتبة المرتضويّة لآحياء الآثار الجعفريّة.
- عاملی، سيد جعفر مرتضى (۱۴۲۶ق)، **الصحيح من سيره النبي الاعظم**، ج ۱۴، قم: دار الحديث.
- عاملی، سيد جعفر مرتضى (۲۰۰۵م)، **مختصر مفيد**، ج ۱۲، بيروت: المركز الاسلامی للدراسات.
- عاملی، سيد جعفر مرتضى (۱۴۲۳ق)، **الم مصطفى من سيره اله مصطفى**، ج ۵، بيروت: المركز الاسلامی للدراسات.
- عاملی (شهيد أول)، محمد بن مكي (۱۴۱۲ق) **البيان**، تحقيق شيخ محمد الحسون، قم محمد الحسون.
- عاملی (شهيد أول)، محمد بن مكي (۱۴۱۷ق)، **الدروس الشرعيّة في فقه الإماميّة**، ج ۳، ج ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- عاملی (شهيد أول)، محمد بن مكي (۱۴۱۹ق)، **ذكرى الشيعة في أحكام الشريعة**، ج ۲ و ۳، تحقيق و تصحيح: جمعی از پژوهشگران در مؤسسه آل البيت عليهم السلام، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- عاملی، مهدي (۱۴۲۱ق)، **الانتصار (أهم مناظرات الشيعة في شبكات الإنترنت)**، ج ۲، بيروت: دار السيرة.
- عبدالسلام، عمر (۱۴۱۶ق)، **مخالفة الوهابيّة للقرآن و السنة**، بيروتك دار الهداية.

- عبدالله علی، حسن (۱۴۲۶ق)، **الحصون المنيعه (ردُّ علی کتاب: حوار هادئ [هادء] بين السنه و الشيعه)**، قم: مؤسسه عاشوراء.
- عظیم آبادی، محمد شمس الحق (۱۴۱۵ق)، **عون المعبود شرح سنن أبي داود**، ج ۱ و ۱۰، بیروت: دار الکتب العلمیه.
- عیاض، قاضی (۱۴۰۹ق)، **الشفاء بتعريف حقوق المصطفى**، ج ۲، بیروت: دار الفکر.
- غزالی، أبو حامد (بی تا)، **إحياء علوم الدين**، ج ۳، بیروت: دار الکتب العربی.
- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق)، **الکافی**، ج ۳، ج ۴، تحقیق و تصحیح: علی اکبر غفاری و محمد آخوندی، تهران: دار الکتب الإسلامیه.
- گیلانی (میرزای قمی)، أبو القاسم (۱۴۱۷ق)، **غنائم الأيام في مسائل الحلال و الحرام**، ج ۳، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه.
- لاری، سید عبدالحسین (۱۴۱۸ق)، **التعليقه على رياض المسائل**، قم: مؤسسه معارف اسلامی.
- لاری، سید عبدالحسین (۱۴۱۸ق)، **مجموعه رسائل (فارسی)**، قم: بنیاد معارف اسلامی.
- مازندرانی، محمد هادی (۱۴۲۹ق)، **شرح فروع الکافی**، ج ۲، تحقیق و تصحیح: محمدجواد محمودی و محمدحسین درایتی، قم: دار الحدیث.
- مجلسی (علّامه)، محمد باقر (۱۴۰۳ق)، **بحار الأنوار الجامعه لدرر أخبار الأئمه الأطهار**، ج ۱۵ و ۳۵، ج ۲، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- محلی، جلال الدین؛ سیوطی، جلال الدین (۱۴۱۶ق)، **تفسیر الجلالین**، ج ۱، تحقیق: عبدالرحمن أبی بکر سیوطی، بیروت: مؤسسه النور للمطبوعات.
- مرکز مباحث اعتقادی (۱۴۳۰ق)، **موسوعه من حياه المستبشرين**، ج ۵، قم: مرکز مباحث اعتقادی.
- مروارید، علی اصغر (۱۴۱۳ق)، **سلسله الينايع الفقهيّه**، ج ۳۸، بیروت: مؤسسه فقه الشيعه.
- مظفر، محمدرضا (بی تا)، **عقائد الاماميه**، تحقیق: حامد حفنی داود، قم: انصاریان.
- معراج الدین، حکیم (بی تا)، **الاصول الاربعه في تروید الوهايه**، استانبول: مکتبه اشیق.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۸ق)، **الشيعه، شبهات و ردود**، ترجمه: أحمد محمد الحرز، قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.
- ممدوح، محمود سعید (۱۴۱۶ق)، **رفع المناره**، اردن: دار الامام النوی.

- مناوی، محمد عبدالروؤف (۱۴۱۵ق)، **فیض القدير شرح جامع الصغير**، ج ۴ و ۶، تصحيح: أحمد عبدالسلام، بيروت: دار الكتب العلمیة.
- نيهانی، يوسف (۱۹۸۴ق)، **شواهد الحق في الاستغاثه بسيد الخلق (صلى الله عليه وآله و سلم)**، استانبول: حسين حلمی بن سعيد.
- نجمی، محمدصادق (۱۴۱۹ق)، **أضواء على الصحيحين**، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیة.
- نسائی، أحمد بن شعیب (۱۳۴۸ق)، **سنن النسائی**، ج ۷، بيروت: دار الفكر.
- نمری قرطبی (ابن عبدالبر)، يوسف (۱۴۰۷ق)، **الكافي**، بيروت: دار الكتب العلمیة.
- نیشابوری، مسلم بن حجاج (بی تا)، **صحیح مسلم**، ج ۲ و ۶، بيروت: دارالفکر.
- وردانی، صالح (۱۴۲۴ق)، **فرق أهل السنه جماعات الماضی و جماعات الحاضر**، قم: مرکز أبحاث العقائدیة.
- هیثمی، نور الدین (۱۴۰۸ق)، **مجمع الزوائد**، ج ۴، ج ۱، بيروت: دار الكتب العلمیة.
- هیثمی، نور الدین (۱۴۱۱ق)، **موارد النظمأن**، ج ۳، تحقیق: حسین سلیم اسد الدارانی، بيروت: دار الثقافه العربیة.

Islamic Law and Jurisprudence Studies
Volume 15, Consecutive Number 31, Summer 2023
Issn:2717-0330

Journal Homepage: <https://feqh.semnan.ac.ir/>

This is an Open Access paper licensed under the Creative Commons License CC-BY 4.0 license.



Jurisprudence and legal investigation of suicide in Iran's criminal law system

Ghaffari.Mojtaba1

1: Assistant Professor, Department of Law, Mahdishahr Branch, Islamic Azad University, Mahdishahr, Iran. (dr.ghaffari32@gmail.com)

The present study has been carried out aiming to investigate the jurisprudence and legal aspects of suicide in the Iranian criminal law system, in a descriptive and analytical method. The jurists have considered the criteria for the sanctity of suicide. Despite the commonalities they have, in some cases, they have disagreed. In this study, the views of jurists in the field of suicide were presented using written sources and then analyzed. Based on the distinction between intentional and unintentional suicide, their criteria and criminal responsibility are different. Just as premeditated murder is committed in the form of stewardship and causation, in suicide, if it is committed in the form of stewardship, it is prohibited by the Shari'a, and if it is committed in the form of causation, suicide is unintentional and the sentences of intentional suicide are not carried on it. Based on this distinction, the law of punishment can differentiate between intentional and unintentional suicide and set separate rules for unintentional suicide.

Keywords: Intentional suicide, Unintentional suicide, Self-injury, Self-harm, Suicide assistance.

- M. Ghaffari (2023). Jurisprudence and legal investigation of suicide in Iran's criminal law system, *Islamic Law and Jurisprudence Studies*, 15(31), 117-138.

Doi: [10.22075/feqh.2021.24466.3019](https://doi.org/10.22075/feqh.2021.24466.3019)



فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی

سال ۱۵ - شماره ۳۱ - تابستان ۱۴۰۲

صفحات ۱۱۷ - ۱۳۸ (علمی - پژوهشی)

تاریخ: وصول ۱۴۰۰/۰۶/۱۵ - بازنگری ۱۴۰۰/۰۸/۲۳ - پذیرش: ۱۴۰۰/۰۹/۰۱

تحلیل حکم خودکشی در بوته مبانی فقهی و حقوقی

مجتبی غفاری^۱

۱: استادیار گروه حقوق، واحد مهدیشهر، دانشگاه آزاد اسلامی، مهدیشهر، ایران. dr.ghafari32@gmail.com

چکیده

پژوهش حاضر با هدف بررسی فقهی و حقوقی خودکشی در نظام حقوق کیفری ایران، به روش توصیفی و تحلیلی به انجام رسیده است. فقها، ملاک هایی که برای حرمت خودکشی در نظر گرفته اند علیرغم اشتراکاتی که دارند در برخی موارد، دچار اختلاف نظر شده اند. در این پژوهش، نظرفقیهان در حوزه خودکشی با استفاده از منابع مکتوب ارائه گردیده و سپس مورد تجزیه و تحلیل قرار گرفت. بر اساس تفکیک بین خودکشی عمدی و غیر عمدی ملاک آنها متفاوت بوده و مسئولیت کیفری آنها متفاوت است. همان گونه که قتل عمد به صورت مباشر و سببیت حاصل می شود در خودکشی هم اگر به صورت مباشرت انجام گیرد منتهی عنه شارع است و اگر به صورت تسبیب صورت گیرد خودکشی به صورت غیر عمدی است و احکام خودکشی عمدی بر آن حمل نمی شود. بر اساس این تفکیک می توان در قانون مجازات بین خودکشی عمدی و غیر عمدی تفاوت قائل شده و برای خودکشی غیر عمدی قوانین جداگانه را وضع کند.

کلیدواژه: خودکشی عمدی، خودکشی غیر عمدی، خودزنی، اضرار به نفس، معاونت در خودکشی.

- غفاری، مجتبی (۱۴۰۲). تحلیل حکم خودکشی در بوته مبانی فقهی و حقوقی. مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی دانشگاه سمنان، شماره ۳۱، صفحات ۱۱۷-۱۳۸.

Doi: [10.22075/feqh.2021.24466.3019](https://doi.org/10.22075/feqh.2021.24466.3019)

مقدمه

در شریعت اسلام مقرراتی سختگیرانه درباره «خودکشی» اتخاذ شده است و این کار گناهی بزرگ معرفی شده که عقوبت اخروی آن نیز سنگین است. خودکشی به سبب وقوع آن بر دو قسم است: خودکشی ایجابی (یعنی انجام دادن یکی از اعمال سالب حیات، مانند خوردن مواد سمّی و رها کردن خود از مکان مرتفع)؛ و خودکشی سلبی (خودداری از انجام کار واجب مانند خوردن و آشامیدن، فرار از خطرهایی مانند آب و آتش و مداوای بیماری)؛ همچنین با در نظر گرفتن مفهومی وسیع برای خودکشی می توان آن را مانند قتل از لحاظ قصد عامدانه و غیر عامدانه مرتکب آن، بر دو گونه شمرد: خودکشی عمدی همراه با قصد و اراده جدی برای ارتکاب آن؛ و خودکشی خطایی که فردی در حال انجام دادن کاری بدون قصد جدی سلب حیات از خود می شود (محقق داماد، ۱۳۹۶: ۱۷/۱). باید گفت خودکشی و به تبع آن «خودزنی» از جمله بارزترین مواردی هستند که در آنها بزهکار و بزه دیده یک فرد واحد هستند. از دیدگاه اسلام، خودکشی حرام بوده و حرمت آن از نظر کتاب، سنت و اجماع ثابت گشته و برای مرتکب آن کیفر اخروی وعده داده شده است (جعفرزاده و دیگران، ۱۳۹۶: ۵۷). قوانین بسیاری وجود دارد در رابطه با این که اگر ضروری به دیگران وارد کردیم بایستی آن را جبران نمائیم. جرائمی چون قتل، سرقت، خیانت در امانت و تجاوز به عنف اعمالی هستند که با انجام آنها توسط مرتکب به دیگران ضرر وارد می شود. به عبارت دیگر، تا دو طرف وجود نداشته باشد این جرایم شکل نخواهند گرفت و لازمه وجود این جرائم، عملی است که فرد علیه دیگری مرتکب می شود؛ ولی کمتر میان قوانین مشاهده می کنیم که مسأله ای تحت عنوان اضرار به نفس مطرح شود، حال آن که حکم این مسأله توسط شارع مقدّس بیان شده است. قانون مجازات اسلامی مصوّب ۱۳۹۲ در ماده ۴۶۵ به امکان جنایت بر خویش تصریح کرده است؛ لکن با توجه به عدم ثبوت ضمان دیه یا قصاص در جنایت بر خویش، قانونگذار در مواد ۲۹۰ به بعد همین قانون، متعرّض این فرض نشده است، زیرا مواد مذکور ناظر به

جنایاتی است که موجب ضمان دیه یا قصاص است. بنابراین، هرگاه کسی به هر نحو بر خود جنایتی وارد سازد هیچ کس - نه بستگان وی و نه عاقله یا بیت المال - ضامن نخواهد بود؛ چراکه اولاً، جنایت مستند به خود اوست و ثانیاً، ضمان دیگران مانند عاقله و بیت المال، استثنائی است که در شرایط خاص، به موارد جنایت بر دیگری محدود شده است. عدم ثبوت قصاص و دیه در جنایت بر خویش، مانع جرم شناختن خودکشی یا خودزنی نخواهد بود هر چند قانونگذار درباره جرم انگاری خودکشی و یا جرح بر خویش - مگر در موارد خاص - سکوت کرده باشد.

با این اوصاف، نگارنده در این مقاله در پی پاسخگویی به این سؤالات اصلی است که آیا خودکشی، قابلیت جرم انگاری دارد؟ آیا جرم دانستن خودکشی و پیش بینی مجازات برای آن، امری خلاف عقل نیست؟ آیا در حقوق کیفری کنونی خودکشی جرم انگاری شده است؟ مجازات معاونت و شروع به جرم خودکشی چیست؟

۱- بررسی مستندات فقهی حکم خودکشی

۱-۱- کتاب

آیات متعددی می تواند مبنای حرمت خودکشی قرار گیرد:

الف: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا: ای کسانی که ایمان آورده اید! اموال یکدیگر را به باطل (و از طرق نامشروع) نخورید مگر این که تجارتي با رضایت شما انجام گیرد و خود را نکشید، خداوند نسبت به شما مهربان است» (نساء: ۲۹).

ب: «انْفِقُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ: در راه خدا انفاق کنید و [با ترک این کار پسندیده، یا هزینه کردن مال در راه نامشروع] خود را به هلاکت نیندازید، و نیکی کنید که یقیناً خدا نیکوکاران را دوست دارد (بقره: ۱۹۵).

ج: «وَإِذْ أَخَذْنَا مِيثَاقَكُمْ لَا تَسْفِكُونَ دِمَاءَكُمْ وَلَا تُخْرِجُونَ أَنْفُسَكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ ثُمَّ أَقْرَرْتُمْ وَأَنْتُمْ تَشْهَدُونَ: و [به یاد آرید] هنگامی که از شما عهد گرفتیم که خون

یکدیگر را نریزید و یکدیگر را از خانه و دیار خود نرانید، پس بر آن عهد اقرار کرده و خود شما بر آن گواه می باشید» (بقره: ۸۴).

طبرسی در کتاب «جوامع الجامع» ذیل تفسیر آیه ۲۹ سوره نساء می نویسد: تفسیر اول، یعنی با دست خودتان هلاکت را نگیرید؛ به عبارت دیگر، هلاکت را با دست خود برای خویش نخرید. به موجب این تفسیر، خودکشی یکی از مصادیق با دست خود را به هلاکت افکندن است و شاید بتوان گفت با توجه به نهی و ظهور آن در حرمت خودکشی محسوب می شود.

تفسیر دوم، یعنی با ترک انفاق در راه خدا را با دست خویش به هلاکت نیفکنید؛ زیرا در این صورت (هزینه نکردن برای جهاد) دشمن بر شما غلبه خواهد کرد (و قیل: معناه لاتلقوا أنفسکم الی التهلکه بأیدیکم بأن تترکوا الانفاق فی سبیل الله فیغلب علیکم العدو كما یقال: فلان اهلك نفسه بیده)؛ نظر شیخ طبرسی، همان تفسیر اول است؛ ولی به نظر می رسد معنای دوم با صدر و ذیل آیه و نیز با آیات پیشین متناسب تر است. افزون بر فرض دلالت آیه نسبت به حرمت هرگونه اقدام به اعمال هلاکت زا، بدیهی است که خودکشی هایی را که در موارد سختی و حرجی انجام می گیرد شامل نخواهد شد. به تعبیر دیگر، خودکشی به منظور نجات از درد، نوعی فرار از هلاکت است و نه افکندن خویش به هلاکت. «یا ایها الذین آمنوا لاتأکلوا أموالکم بینکم بالباطل إلا أن تكون تجاره عن تراض منکم ولاتقتلوا أنفسکم إن الله کان بکم رحیماً (نساء: ۲۹) قرآن می فرماید: ای کسانی که ایمان آورده اید! اموال یکدیگر را به باطل (و از طرق نامشروع) نخورید مگر این که تجارته با رضایت شما انجام گیرد و خود را نکشید، خداوند نسبت به شما مهربان است» که آیات مزبور به طور کلی قتل نفس را ممنوع دانسته و نفس خود آدمی هم یکی از نفوس محرّمه و محترّمه می باشد. این استدلال خالی از خدشه نیست؛ چون اصولاً کشتن نفس و حتی قتل، ظهور در کشتن دیگری دارد و منصرف از کشتن خود است و لذا از نظر آثار و احکام هم متفاوت است. در قتل دیگری، حالات عمد و شبه عمد و خطا وجود داشته و هر یک آثاری دارد. شیخ

انصاری در رساله «لا ضرار»، اضرار به نفس را حرام دانسته و گفته است: «انّ الإضرار بالنفس محرّم شرعاً و عقلاً» (شیخ انصاری، ۱۲۸۱: ۳۷۳)؛ این نظر با چنین عموم و اطلاقی، پس از ایشان توسط فقیهان دیگری مورد نقد قرار گرفته است. مرحوم خوئی می‌گوید: «انّ المحرّم أنّما هو الاضرار بالغير و أمّا الاضرار بالنفس فلم یقم علی حرمته دلیل، فلا مانع من أكل الطعام الذی یوجب المرض يوماً أو یومین أو اکثر، اللهمّ الا أن ینکون الاضرار بالنفس ممّا یقطع بعدم رضا الشارع به کقتل النفس أو قطع الاعضاء أو نحوهما» (خوئی، ۱۴۲۲: ۱۱۴/۲). آن چه حرام است تنها اضرار به دیگران است ولی اضرار به نفس، دلیلی بر حرمت آن اقامه نگردیده است؛ بنابراین مانعی ندارد که کسی غذایی را بخورد که موجب بیماری یک روزه و یا دو روزه و یا بیشتر برای او گردد، مگر آن که موجب اضرار به نفس به گونه‌ای شود که ما قطع داریم که شارع بدان رضایت ندارد؛ مانند خودکشی و یا قطع اعضای بدن.

در مورد تفسیر آیه ۱۹۵ سوره بقره، صاحب «جوامع الجامع» به تفسیر این آیه پرداخته است:

تفسیر اول: یعنی با دست خودتان هلاکت را نگیرید؛ به عبارت دیگر، هلاکت را با دست خود برای خویش نخزید (المعنی و لاتقبضوا التهلکة أیدیکم ای لاتجعلوها اخذه بأیدیکم مالکه لکم)؛ به موجب این تفسیر، خودکشی یکی از مصادیق با دست خود را به هلاکت افکندن است و شاید بتوان گفت با توجه به نهی و ظهور آن در حرمت خودکشی محسوب می‌شود (طبرسی، ۱۳۹۰: ۵۷/۳).

صاحب تفسیر المیزان می‌گوید: سخن در این آیه مطلق است و در آن از هر چیزی که موجب هلاکت باشد اعم از افراط و تفریط، نهی شده است؛ چنان که بخل و خودداری از انفاق مال هنگام جهاد، موجب از بین رفتن قوّت و قدرت و مایه هلاکت افراد به واسطه چیره شدن دشمن است؛ همچنان که تبذیر و انفاق تمام مال، موجب فقر و ناداری است و انحطاط اجتماع و از بین رفتن زندگی و شخصیت فرد را به دنبال دارد (طباطبائی، ۱۳۷۴: ۶۴/۴-۶۵).

به نظر می‌رسد فرض دلالت آیه نسبت به حرمت هرگونه اقدام به اعمال هلاکت‌زا است و بدیهی است که خودکشی‌هایی را که در موارد سختی و حرجی انجام می‌گیرد شامل نخواهد شد. به تعبیر دیگر، خودکشی به منظور نجات از درد، نوعی فرار از هلاکت است و نه افکندن خویش به هلاکت. بر اساس قاعده اهمّ و مهمّ می‌توان قائل به جواز خودکشی اکراهی شد (الهامی و پورلطف اله، ۱۳۹۷: ۹).

۱-۲- سنت

از جمله مستندات حرمت خودکشی، حدیث منقول از امام صادق (ع) و نیز حدیثی مشابه در منابع اهل سنت است که در آنها خودکشی عمدی موجب ابتلا به آتش دوزخ دانسته شده است. (کلینی، ۱۳۶۲: ج ۷: ۴۵؛ ابن بابویه، ۱۴۱۳: ۵۲۱/۴؛ شافعی، ۱۴۰۳: ۳۳/۴-۳۴).

معتبره ابی ولاد حنّاط که مشایخ ثلاثه نقل کرده‌اند: «قال سمعت ابا عبدالله (ع) يقول: من قتل نفسه متعمداً فهو فی نار جهنم خالداً» (ابن بابویه، ۱۳۹۰: ۵۱۶/۴)؛ این روایت را صدوق مرسل نیز نقل کرده و در دنباله آن افزودده است: «قال الله تبارک و تعالی: «و لا تقتلوا انفسکم ان الله کان بکم رحیماً و من یفعل ذلک عدواناً و ظلماً فسوف نصلیه ناراً و کان ذلک علی الله یسیراً» (ابن بابویه، ۱۴۱۳: ۵۷۱/۴). به نظر می‌رسد که آیه مذکور در کلام شیخ صدوق آمده است، نه در کلام امام (ع)؛ و شاهد آن هم این است که در نقل روایت به صورت مسند، روایت حنّاط نیامده و فقط در مرسل آمده است.

افزون بر این روایت، روایت «ان المؤمن یتلی بکلّ بلیّه و یموت بکلّ میته الا انه لا یقتل نفسه» (همان) که این روایت، کاملاً در مقام توصیه به صبر در ناملایمات است و در مقام بیان حکم شرعی نیست و حتی با نظریه «حق بودن حفظ نفس» هم سازگاری دارد؛ زیرا به هر حال، حفظ نفس و عدم اقدام به خودکشی، حق صاحب نفس است و اقدام به خودکشی خلاف اخلاق است؛ مانند حق عفو جانی. قرآن مجید برای اولیای دم، حق قصاص قرار داده است، ولی توصیه به عفو هم کرده است؛ بنابراین اگر کسی عفو نکند از انجام یک عمل اخلاقی سرباز زده است؛ لیکن این طور نیست که عمل

نامشروعی را انجام داده باشد؛ زیرا به هر حال قصاص حقّ او بوده است. در مورد بحث هم همین طور است؛ اگر کسی فقر و درد و رنج را تحمل کرده و اقدام به خودکشی نکند، بی‌تردید امری راجح است؛ اما اگر خودکشی کند آیا گناه کرده است؟ از این روایت، گناه استفاده نمی‌شود. در مورد حدیث نخست نیز می‌توان گفت که حرمت خودکشی از این حدیث استفاده می‌شود؛ ولی آیا حرمت آن در موارد سختی و دشواری برداشته نمی‌شود؟ به نظر می‌رسد روایات در مقام بیان چنین حکمی نیستند. برای خودکشی عمدی که در آن خودکشی‌کننده با انجام دادن کارهایی نوعاً کشنده، حیات خویش را سلب می‌کند دیه مقرر نشده است، زیرا شخص بر ضدّ خود اقدام کرده است و به تعبیر فقها خون او هدر است. البته برخی از فقها از جمله فقهای امامی و شافعی و حنبلی برآنند که کفّاره قتل او باید از اموالش داده شود (فیض کاشانی، ۱۳۸۷: ۲۷۶/۷؛ ابن قدامه، ۱۴۰۴: ۳۹/۱۰).

خودکشی در کتب اهل سنت به طور متفرّق و در موسوعه های فقهی ذیل «انتحار» مطرح شده است؛ انتحار در لغت، مصدر [باب افتعال] و از ریشه «نحر» به معنای خودکشی کردن و از بین بردن نفس است. فقها این واژه را گاهی به کار می‌برند و گاهی ایشان به جای انتحار، تعبیر به «قتل نفس» کرده‌اند (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۱۹۷/۵؛ الزبیدی، ۱۴۱۴: ۵۱۰/۷).

در حدیث ابی هریره آمده است: «همانا مردی در راه خدا به نحو شدید مبارزه می‌کرد، در عین حال پیامبر اکرم(ص) فرمود: همانا او اهل آتش است. خبر رسول الله(ص) موجب تعجب و حیرت مردم شد؛ ولی دیری نگذشت که در همان حال که مبارزه می‌کرد هنگامی که دچار درد جراحت شد دستش را به سوی تیردان خود بُرد و تیری از آن برداشت و خودش را با آن کشت» بخاری، عبارت «نفسه» را بدین نحو «فلانی خودکشی کرد و خودش را کشت» در این حدیث نقل کرده است (عسقلانی، ۱۴۰۸: ۴۹۸/۱۱).

انتحار به اتفاق آرای فقهای اهل سنت، حرام است و پس از شرک به خداوند، از بزرگ ترین گناهان محسوب می شود. دلیل آنان این است که خداوند متعال فرموده اند: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا» (نساء: ۲۹) و فقها پنداشته اند که گناه خودکشی بزرگ تر از گناه دیگرکشی است و او نسبت به خودش فاسق و یاغی است؛ حتی برخی از فقها عقیده دارند که خودکشی کننده، مانند بغات، غسل نمی شود و بر او نماز خوانده نمی شود. گفته شده از باب تغلیظ و شدت این گناه، توبه چنین شخصی پذیرفته نمی شود (ابن قدامه، ۱۴۰۴: ۴۱۸/۲).

ظاهر برخی احادیث دلالت دارد بر این که خودکشی کننده در آتش جاویدان است. از جمله قول پیامبر اکرم (ص) فرمودند: «کسی که از کوه خود را بیندازد و بدین وسیله خودش را بکشد، داخل در آتش جهنم است و خود را به طور همیشه در آن می اندازد و در آن تا ابد جاودان باقی می ماند» (عسقلانی، ۱۴۰۸: ۲۴۷/۱۱). البته برخی مصادیق حالات خاصّ شبیه انتحار است؛ لیکن بر مرتکب آن عقاب و گناهی نیست؛ به خاطر این که در واقع خودکشی نیست (محقق داماد، ۱۳۹۶: ۱۹/۱).

اگر کسی به دیگری فرمان دهد که خود را بکشد و او خودکشی نماید، چنانچه مأمور، کودک غیر ممیز باشد. امر را قصاص می کنند؛ زیرا او قاتل عمد به حساب می آید، لیکن اگر مأمور، صغیر ممیز و یا کبیر باشد، امر قصاص نمی شود؛ زیرا در این حالت نمی توان قتل را به آمر منتسب دانست، بلکه به خود مقتول منتسب است. حکم مذکور در صورتی است که قاتل، مختار باشد و یا اگر مورد تهدید قرار گرفته، تهدید به کمتر از قتل یا به خود قتل باشد. اما اگر تهدید به چیزی بیش از قتل باشد، مثل این که آمر بگوید: خود را بکش و الاً تو را قطعه قطعه خواهم کرد در این صورت، خودکشی جایز خواهد بود؛ زیرا در این حالت مانعی از شمول ادله اکراه نخواهد بود؛ از اینرو به موجب ادله اکراه، حرمت قتل نفس از بین خواهد رفت (نظری توکلی، ۱۳۸۰: ۳۴). اینک باید دید که آیا در فرض اخیر می توان به ثبوت قصاص بر اکراه کننده حکم

کرد؟ به نظر «صاحب مبانی تکمله المنهاج» پاسخ منفی است؛ زیرا اگر فرد بر کشتن خود و تهدید او به نوعی از قتل که سخت‌تر از کشتن به دست خود است، موجب خروج مکره از اختیار نمی‌شود و وی با انتخاب خود، به جهت احتراز از مرگی شدیدتر و دشوارتر، خود را کشته است. بنابراین، قتل طبعاً به خود او مستند است، نه به آمر و مکره (اکراه کننده)؛ از اینرو وجهی برای ثبوت قصاص بر اکراه کننده نیست؛ مانند حالتی که فردی بداند که اگر خود، خویشتن را نکشد به دست دیگری به شکلی سخت‌تر کشته می‌شود. این ادعا که در این فرض، سبب اقوی از مباشر است مردود می‌باشد و دلیلی بر تقدّم سبب اقوی از مباشر وجود ندارد؛ زیرا ملاک در باب قصاص این است که قتل عرفاً به چه کسی مستند می‌باشد و بدیهی است که در محلّ سخن، به هیچ وجه نمی‌توان آن را به اکراه و تهدید کننده مستند دانست. به طور کلی از دیدگاه فقهی «جنایت بر خود» به دو نوع «عمد» و «غیر عمد» تقسیم می‌شود. هر گاه کسی عمداً مرتکب قتل خود شود، دیه و کفّاره به وی تعلق نمی‌گیرد. این مسأله مورد اتفاق فقهای شیعه است، اما از اهل سنت، محمد بن ادریس شافعی معتقد است که کفّاره تعلق می‌گیرد و آن را از میراث (ترکه) فردی که خودکشی کرده، می‌دهند. در خودکشی غیر عمدی، به نظر بیشتر فقهای مذاهب اسلامی دیه ساقط است ولی برخی از حنبلیان برآنند که دیه بر عهده عاقله است که باید به ورثه داده شود (ابن قدامه، ۱۴۰۴: ۵۰۹/۲)؛ اگر گفته شود که دلیل اشتغال، آیه شریفه «وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ...» (نساء: ۹۲) است و هر کس مؤمنی را به صورت خطا به قتل رساند، باید برده‌ای را آزاد کند، چرا که اطلاق این آیه، قتل نفس را هم شامل می‌شود، در پاسخ می‌توان گفت این اطلاق، منصرف به کشتن فرد دیگری است و شامل خودکشی نمی‌شود؛ پس انصراف، مانع تمسک به اطلاق آیه است (گرگی، ۱۳۸۰: ۷۸-۷۹).

برای خودکشی عمدی که در آن خودکشی کننده با انجام دادن کارهایی نوعاً کشنده، حیات خویش را سلب می‌کند دیه مقرر نشده است، زیرا شخص بر ضدّ خود اقدام کرده است و به تعبیر فقها، خون او هدر است؛ البته برخی از فقها از جمله فقهای

امامی و شافعی و حنبلی برآنند که کفار قتل او باید از اموالش داده شود (فیض کاشانی، ۱۳۸۷: ۲۷۶/۷؛ ابن قدامه، ۱۴۰۴: ۳۹/۱۰)؛ اما در خودکشی غیر عمدی، خطایی به نظر بیشتر فقهای مذاهب اسلامی دیه ساقط است ولی برخی از حنبلیان برآنند که دیه بر عهده عاقله است که باید به ورثه داده شود (ابن قدامه، ۱۴۰۴: ۵۰۹/۹).

۱-۳- عقل

ممکن است گفته شود که حرمت خودکشی مبتنی بر حکم عقل است که این عمل را زشت می‌دارد. به عبارت دیگر، قبح خودکشی از مستقلات عقلیه است و با ضمیمه کردن قاعده ملازمه، حکم شرع - یعنی حرمت - استنباط می‌شود.

این استدلال تمام نیست؛ زیرا اولاً، آن چه مسلم است این است که بشر به طور طبیعی جان خود را دوست دارد و برای حفظ آن نهایت تلاش و سعی خود را اعمال می‌کند؛ ولی سخن این است که آیا زشتی اقدام به خودکشی، امری عقلی است؟ آیا عقل خودکشی را زشت می‌داند؟ یا آن که حبّ به بقا، مقتضای فطرت و مطابق غریزه اوست؟ و اگر دومی است آیا از چنین امری که به طور غریزی و فطری در بشر وجود دارد، می‌توان وجوب شرعی را استنباط کرد؟ مثلاً بشر فرزندان خود را دوست دارد. آیا می‌توان استنباط کرد که حبّ فرزند واجب است؟ بشر به مال خود علاقه دارد آیا می‌توان وجوب حبّ مال را استنتاج کرد؟ یقیناً از این هستی، بایستی استخراج نمی‌شود. ثانیاً، در میان فلاسفه بزرگ - به ویژه فلاسفه مغرب زمین - عده زیادی وجود دارند که معتقد به حسن خودکشی هستند و بنابراین، نمی‌توان زشتی آن را از مستقلات عقلیه دانست (پترسون، ۲۰۰۸: ۲۳) ثالثاً، اگر هم چنین درکی را برای عقل قائل باشیم یقیناً مطلق نیست؛ یعنی حداکثر در شرایط عادی ممکن است عقل به زشتی آن حکم کند ولی در شرایط سختی و دشواری، به هیچ وجه نمی‌توان از عقل چنین حکمی را دریافت کرد.

نظریه مختار

با جستجو در عبارات فقها نکات ذیل به دست می‌آید:

۱- در آیات، دلیلی بر حرمت مطلق خودکشی در شرع وجود ندارد مگر همان مطلقات و عمومات قتل نفس؛ با این استدلال که ادله مزبور، منصرف به قتل دیگران نیست و اعم از قتل خود و دیگران است، از جمله روایات، همان دو روایت فوق می‌باشند که سنداً و دلالتاً با مشکل رو به رو هستند.

۲- موضوع قتل نفس، از موضوع حفظ نفس جداست؛ چراکه آن چه ممکن است بتوان برای آن دلیل اقامه نمود حرمت قتل نفس است نه وجوب حفظ نفس؛ بنابراین، اقدام مثبت برای کشتن خود حرام است ولی اقدام برای حفظ نفس واجب نیست. به دیگر سخن، حفظ نفس، یک حق است برای آدمی و نه تکلیف؛ به این معنا که چنین حقی برای او وجود دارد که جان خود را حفظ کند، اما این امر یک «باید» و تکلیف بر او نیست، هرچند وی مجاز به کشتن خود نمی‌باشد.

۳- با توجه به این مطالب می‌توان گفت که اوتانازی فعال - چون کشتن است - حرام است، ولی نوع منفی آن حرام نیست؛ چون ترک حفظ نفس است و حفظ نفس واجب نیست؛ لذا ترک واجبی صورت نگرفته است. حال اگر به دلایل شرعی حرمت خودکشی مسلم شود، این سؤال مطرح می‌شود که آیا حرمت آن مطلق است یا مقید به زمان عادی است؟ این سؤال را دو گونه می‌توان طرح کرد:

گونه نخست این که آیا ادله حرمت، مطلق جعل شده یا مقید به شرایط عادی است؟ اگر اینگونه طرح شود جواز خودکشی در موارد دشواری، حکم اولی خواهد بود نه ثانوی؛ زیرا در مرحله جعل، شرع حرمت آن را مقید به موارد عادی دانسته است.

گونه دوم آن است که ادله حفظ نفس و حرمت قتل خود مطلق باشد و ادله عسر و حرج به اصطلاح اصول فقه، حاکم باشد و آن را مقید و یا محکوم نمایند که بنابراین، فرض جواز خودکشی در موارد دشواری، حکمی ثانوی خواهد بود.

به نظر می‌رسد اگر دلیل حرمت خودکشی، ادله لفظیه باشد نظیر آیات حرمت قتل (مطلقاً) و روایات اشاره شده، در این صورت یقیناً الفاظ اطلاق دارند و برای حکم موارد عسر و حرج بایستی به عنوان حکم ثانوی با ادله آن مورد سنجش قرار گیرند و آنگاه

بینیم که آیا ادله عسر می‌توانند بر ادله حرمت حاکم شوند یا خیر؟ ولی چنان چه مستند حرمت خودکشی دلیل عقل باشد با توجه به لَبّی بودن دلیل نمی‌توان از آن اطلاق و یا عموم استنباط نمود و باید به قدر متیقّن و محدود اکتفا نمود و حکم عقل مبنی بر زشتی این عمل در بیش از موارد عادی و غیر دشواری و رنج جریان ندارد.

حال بینیم که دلایل عسر و حرج چه رابطه‌ای با ادله حرمت دارند؟ آیا می‌توانند نقش حاکمیت ایفا کنند؟ ممکن است گفته شود که ادله عسر و حرج برای حفظ نفس و نینداختن جان به خطر است و نتیجه چنین دلیلی نمی‌تواند جواز از بین بردن جان باشد، ولی به نظر می‌رسد که ادله عسر و حرج می‌خواهد بگوید که انسان‌ها نباید از رهگذر احکام شرعی - اعمّ از واجب و یا حرام - دشواری تحمل کنند. دشواری در اینجا دارای مفهومی عرفی است و به معنای امری است که تحمل آن عرفاً سخت و غیر عادی باشد. ادله عسر و حرج عامّ است و حرمت را در این موارد بر می‌دارد. بی‌تردید خانمی که مورد تجاوز قرار می‌گیرد و از رهگذر تجاوز به عنف حامله می‌شود، ادامه زندگی به آن نحو برای او دشوار و غیر قابل تحمل است. آیا نمی‌توان گفت که ادله حرمت برای یک چنین انسانی مرفوع است؟ تحمل اتهامات سنگین برای اشخاص بیگناه امری کاملاً دشوار است؛ حتی انسان‌های بزرگ در چنین مواردی آرزوی مرگ می‌کنند. حضرت مریم پس از حامله شدن از طریق غیر عادی هنگام زایمان می‌گوید: «يَا لَيْتَنِي مِتُّ قَبْلَ هَذَا وَكُنْتُ نَسِيًّا مَّسِيًّا» ای کاش من از این پیش مرده بودم و از صفحه عالم به کلی نامم فراموش شده بود» (مریم: ۲۳).

۲- خودکشی در قانون مجازات ایران

قانون مجازات اسلامی مصوّب ۱۳۹۲ در ماده ۴۶۵ به امکان جنایت بر خویش تصریح کرده است؛ لکن با توجه به عدم ثبوت ضمان دیه یا قصاص در جنایت بر خویش، قانونگذار در مواد ۲۹۰ به بعد ق.م.ا متعرّض این فرض نشده است، زیرا مواد مذکور ناظر به جنایاتی است که موجب ضمان دیه یا قصاص است؛ بنابراین هرگاه کسی به هر نحو بر خود جنایتی وارد سازد هیچ کس - نه بستگان وی و نه عاقله یا بیت المال

- ضامن نخواهد بود؛ چرا که اولاً، جنایت مستند به خود اوست و ثانیاً، ضمان دیگران مانند عاقله و بیت المال، استثنائی است که در شرایط خاص، به موارد جنایت بر دیگری محدود شده است. عدم ثبوت قصاص و دیه در جنایت بر خویش، مانع جرم شناختن خودکشی یا خودزنی نخواهد بود؛ هر چند قانونگذار درباره جرم انگاری خودکشی و یا جرح بر خویش - مگر در موارد خاص - سکوت کرده باشد.

در جرایم علیه اشخاص، قربانی جرم باید شخص دیگری غیر از خود مرتکب باشد. ایراد ضرب و جرح به خود یا خودکشی، هر چند از لحاظ شرعی و بر اساس آیات و روایات، گناه بزرگی است لیکن از نظر قوانین کیفری ایران، جز در موارد خاص (ماده ۵۱ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح)، جرم محسوب نمی شود (میرمحمد صادقی، ۱۳۹۲: ۶۹). جرم نبودن خودکشی و یا خودزنی ناشی از علم، قصد و اختیار مرتکب در سلب حیات از خود و یا آسیب رساندن به خویشتن است و در صورتی که عامل انسانی دیگری به هر صورتی موجب زوال یکی از سه جزء پیش گفته شود به عنوان سبب اقوی از مباشر، جانی شناخته می شود (آقایی نیا، ۱۳۹۲: ۲۹).

لازم به ذکر است که حدود تصرفات انسان نسبت به خود، محدود به قیودی است که هرگونه صدمه و ایذاء را ممنوع کرده است؛ از اینرو بی هیچ تردیدی خودکشی و خود زنی در منابع شرعی جرم بوده و از معاصی کبیره شناخته می شود و با توجه به مرجعیت موازین شرع در موارد سکوت قانون، جرم شناختن خودکشی و هرگونه خودزنی در حقوق جزا تردیدناپذیر است؛ از اینرو هر چند خودکشی و خودزنی موجب ثبوت دیه یا قصاص نمی گردد لکن اقدام به آن به عنوان یک جرم تعزیری و در صورت امکان قابل مجازات است؛ بدیهی است هرگاه اقدام به خودکشی منجر به نتیجه شود اعمال کیفر تعزیر منتفی است ولی در صورت خودزنی یا در مواردی که اقدام مرتکب به خودکشی منتهی نشود، تعزیر ثابت است و به موجب ماده ۶۹ قانون مجازات اسلامی به مجازات جایگزین های حبس محکوم می گردد (میرمحمد صادقی، ۱۳۹۲: ۶۵-۶۶).

به نظر می‌رسد مطلب فوق صحیح نمی‌باشد، زیرا ماده ۶۹ با عبارت «... جرایمی که نوع یا میزان تعزیر ...» به قانونی بودن جرم براساس ماده ۲ قانون مجازات اسلامی اشاره دارد و چون هر رفتاری با کیفر به عنوان یک بزه شناخته می‌شود، پس قانونی بودن بزه با نبود کیفر زیر سؤال می‌رود. از اینرو این ماده در جایی اعمال می‌شود که در قوانین پراکنده رفتاری پیش بینی شده که قابل تعزیر یا قابل مجازات است بی آن که مجازات معین شده باشد (کرامتی معز، ۱۳۹۴: ۱۶)؛ از همین رو با توجه به جرم نبودن ایراد جرحاحت به خود و خودکشی از نظر قوانین ایران، معاونت در آن هم جرم محسوب نمی‌شود؛ البته به موجب مواد ۷۴۳ قانون تعزیرات موضوع کتاب پنجم و بند ب ماده ۱۵ قانون جرایم رایانه‌ای مصوب ۱۳۸۸، تنها وقتی که معاونت در خودکشی از طریق سیستم های رایانه‌ای، مخابراتی و حامل های داده صورت بگیرد جرم محسوب می‌شود.

در حقوق کیفری ایران، اگر فعل یا ترک فعلی، جرم تلقی نشده و برای آن مجازات یا اقدامات تأمینی تعیین نشده باشد (حتی اگر فعل یا ترک آن، بسیار زشت و ناپسند باشد) قابلیت تعقیب و مجازات ندارد. به همین سبب، افعالی مانند خودکشی یا خودزنی در قوانین کیفری، جرم شناخته نشده و قابل طرح و رسیدگی در محاکم نخواهند بود؛ چون اگر جرم باشد باید مجرم قابل مجازاتی وجود داشته باشد. بنابراین در مورد خودکشی های موفق، یعنی آن نوع از خودکشی که هدف فرد محقق می‌شود و او می‌میرد با قاطعیت می‌توان گفت که خودکشی در ایران جرم نیست چراکه اولاً، این عمل جرم‌انگاری نشده و ثانیاً، اصل شخصی بودن مجازات‌ها در نظام حقوق کیفری ایران حاکم است و وقتی فرد می‌میرد دیگر کسی وجود ندارد که بتوان او را مجازات کرد (خالقی، ۱۳۹۰: ۱۰۲) و با عنایت به این که یکی از اهداف مجازات‌ها، داشتن جنبه ارعابی و بازدارندگی است (محسنی، ۱۳۸۲: ۲۷/۱) در این فرض قابل تصور نیست، اما زمانی که خودکشی به مرگ منتهی نمی‌شود قدری می‌توان با احتیاط پاسخ داد و عمل فرد را تحت عناوینی دیگر قابل مجازات دانست. فرض کنیم فردی بخواهد در انتظار عمومی دست به خودکشی بزند؛ در این مورد، قطعاً اقدام او باعث وقوع بی‌نظمی در

محلّ اقدام و بر هم خوردن آسایش و آرامش می شود. در این مورد، ماده ۶۱۸ قانون مجازات اسلامی مقرر می دارد: «هر کس با هیاهو و جنجال یا حرکات غیرمتعارف یا تعرّض به افراد موجب اخلال نظم و آسایش و آرامش عمومی گردد یا مردم را از کسب و کار باز دارد به حبس از سه ماه تا یک سال و تا ۷۴ ضربه شلاق محکوم خواهد شد»؛ بنابراین قابلیت پیگرد و مجازات فردی که در انتظار عمومی اقدام به خودکشی کرده و به هر دلیلی موفق نشده است اما اقدام او موجب بر هم خوردن نظم و آسایش عمومی شده است، وجود دارد. از سوی دیگر، خودکشی و آسیب رسانی به خود در دین مبین اسلام یک فعل «حرام» است. ماده ۶۳۸ قانون مذکور مقرر می دارد: «هر کس علناً در انتظار و اماکن عمومی و معابر تظاهر به عمل حرامی کند علاوه بر کیفر عمل، به حبس از ۱۰ روز تا دو ماه یا تا ۷۴ ضربه شلاق محکوم می شود»؛ در این مورد هم کسی که در مرئی و منظر عموم، دست به خودکشی بزند و نمیرد از باب انجام فعل حرام در انتظار و اماکن عمومی قابل مجازات است؛ بنابراین به نظر می رسد خودکشی، قابلیت جرم انگاری دارد و پیش بینی مجازات برای آن، امری خلاف عقل نیست.

۳- قانون جرایم رایانه‌ای مصوّب ۱۳۸۸

دعوت کسی به خودکشی لزوماً معاونت در خودکشی نیست، از این جهت که معاونت در جرم در ماده ۱۲۶ قانون مجازات اسلامی تعریف شده است که با هر یک از مفاهیم ترغیب، تطمیع، تحریک، دسیسه، فریب، تهیه یا ساختن وسیله ارتکاب جرم، ارائه طریق ارتکاب جرم و تسهیل وقوع جرم محقق می شود که غیر از دعوت است؛ بدین معنی که دعوت لزوم با تحریک شدن مخاطب همراه نیست یا این که لزومی ندارد که خودکشی کننده با دعوت تطمیع شده باشد و نیازی نسبت که دعوت کننده مضاف بر دعوت کردن، با دادن انگیزه های مالی یا مادی، شخص را مصمّم به ارتکاب خودکشی کند و حتی لزومی ندارد که این دعوت توأم با اصرار با تأکید باشد، بلکه صرف دعوت به خودکشی کفایت می کند (موسوی، ۱۳۹۸: ۷۵). با این توصیف، می توان هر یک از مفاهیم معاونت در جرم را اخصّ از دعوت دانست. مهم ترین وجه

تمایز دعوت از معاونت در قتل عمدی، در نتیجه و تعاقب آنهاست؛ به این معنی که زمانی جرم معاونت در قتل واقع می شود که جرم اصلی یعنی قتل عمدی محقق شود، در حالی که در دعوت به خودکشی اینچنین نیست که حتماً خودکشی محقق شود. البته دعوت همچون معاونت باید نوعاً مؤثر باشد. میزان تأثیر دعوت به اوضاع و احوال و خصوصیات روانی و موقعیت و رابطه دعوت کننده و دعوت شونده بستگی دارد. بنابراین دعوت، مبنی و مسبوق به ارتباط قبلی میان طرفین است و بالبدایه دعوت به خودکشی محقق نمی شود و احراز آن امری موضوعی و موکول به تشخیص قاضی است (رشیدی و سایانی، ۱۳۹۵: ۱۳۸).

مطابق با ماده ۱۵ قانون جرایم رایانه‌ای دعوت به خودکشی از طرف سامانه‌های رایانه‌ای، مخابراتی و حامل‌های داده، جرم است که مصادیق آن در عرف عام و خاص، قابل شناسایی است هرچند که به نظر می‌رسد وسیله موضوعیت دارد ولی شایسته آن بود که قانونگذار، دعوت به خودکشی را محدود به استفاده از این ابزار نمی‌کرد، زیرا وقتی با تماس تلفنی، دعوت به خودکشی جرم است به طریق اولی بدون استفاده از تلفن هم اگر دعوت به خودکشی شود، باید جرم باشد (شاکری و رستگاری، ۱۳۹۲: ۱۰۴).

قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح مصوب ۱۳۹۲

مطابق ماده ۵۹ قانون سابق مجازات جرایم نیروهای مسلح جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۷۱: «هر کس برای معافیت از خدمت نظام و یا تهدید فرمانده یا رئیس و یا دیگر افراد مافوق، عمداً به نحوی به خود صدمه ای وارد کند که مستلزم معافیت از خدمت باشد علاوه بر انجام خدمت مقرر، به حبس از شش ماه تا سه سال محکوم می‌شود». ماده دیگر، ماده ۵۱ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح مصوب ۱۳۸۲ است. مطابق این ماده: «هر نظامی که برای فرار از کار یا انجام وظیفه و یا ارباب و تهدید فرمانده یا رئیس و یا هر مافوق دیگر یا برای تحصیل معافیت از خدمت و یا انتقال به مناطق مناسب تر و یا کسب امتیازات دیگر عمداً به خود صدمه وارد آورد یا تهدید به

خودزنی نماید یا به عدم توانائی جسمی یا روحی متعذر شود و بنا به گواهی پزشک نظامی یا پزشکان قانونی تمارض او ثابت گردد و یا در انجام وظایف نظامی بی‌علاقگی خود را در موارد متعدّد ظاهر کند به نحوی که در تضعیف سایر نیروهای نظامی مؤثر باشد، علاوه بر جبران خسارت وارده به ترتیب زیر محکوم می‌گردد: الف - هرگاه در مقابل دشمنان باشد چنان چه عمل وی موجب اخلال در نظام (بهم خوردن امنیت کشور) و یا شکست جبهه اسلام گردد به مجازات محارب و در غیر این صورت، به حبس از دو تا ده سال. ب - هرگاه در زمان جنگ باشد و در مقابل دشمنان نباشد به حبس از یک تا پنج سال. ج - در سایر موارد به استثناء مواردی که صرفاً تخلف انضباطی محسوب می‌شود به حبس از سه ماه تا یک سال». به استناد ماده پنج عناوین تخلف موضوع مواد اشاره در ماده ۱۳۰ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح، ایراد صدمه به خودزنی، تمارض و بی‌علاقگی به خدمت در موارد ذیل صرفاً تخلف انضباطی محسوب می‌گردد:

۱. اعلام و اظهار ایراد صدمه به خود؛

۲. تسهیل شرایط، تعلیم و تحریک دیگران برای ایراد صدمه به خود یا تهدید به

خودزنی؛

۳. تمارض برای عدم انجام امور غیر رزمی؛

۴. تهدید به خودزنی، تمارض در برابر فرمانده، رئیس یا مافوق خارج از سلسله

مراتب؛

۵. تظاهر به بی‌علاقگی به خدمت در موارد متعدّد در غیر از شرایط رزمی، جنگی

و بحرانی؛

۶. ایراد صدمه جزئی به خود به گونه ای که وقفه ای در انجام وظایف روزانه وی

ایجاد نشود.

نگارنده بر این باور است که به دلیل اختلاف نظر درباره حرمت و عدم حرمت

خودزنی، نمی‌توان با قطعیت به تعزیر شخصی که بر خود صدمه وارد کرده است، قائل

شد؛ در نتیجه باید حکم به تبرئه وی داد. طبعاً شروع و معاونت در خودزنی نیز جرم نیست.

گفتنی است جنایت بر خویش، هم به صورت عمد و هم غیر عمد، دیه ندارد و هیچ کس حتی عاقله و دولت، ضامن چنین جنایتی نیستند. قاعده «لا یبطل دم امرء مسلم» (ابن بابویه، بی تا: ۱۳۱؛ ابن بابویه، ۱۴۰۶: ۲۶۰) که مستند پرداخت دیه از بیت المال است ظهور در قتل دارد، نه خودکشی و خودزنی؛ به عبارت دیگر، در خودکشی و خودزنی عمدی، به دلیل قاعده اقدام، دیه ای برای فرد در نظر گرفته نمی شود. در خودکشی و خودزنی غیر عمدی نیز نمی توان عاقله یا بیت المال را مسئول دانست؛ زیرا اصل، عدم ضمان است و دلیلی که مثبت ضمان باشد، وجود ندارد و قاعده لایبطل نیز انصراف به قتل دارد (حاجی ده آبادی، ۱۳۹۷: ۲۰۹-۲۱۰). ماده ۴۶۵ قانون مجازات اسلامی در اینباره قابل اشاره است که مقرر می دارد: «عاقله، مکلف به پرداخت دیه جنایت هایی که شخص بر خود وارد می سازد، نیست».

نتیجه گیری

در حقوق کیفری ایران، خودکشی یا شروع به آن جرم نبوده و مجازاتی ندارد، زیرا اعمال کیفر نسبت به خودکشی کننده، واجد جنبه پیشگیری نیست و هر نوع عکس العمل قانونی، موجب لطمه مادی و معنوی فامیل و بستگان وی خواهد شد. در واقع، با فقدان نصّ خاصی در مورد خودکشی یا شروع به آن، این عمل قابل مجازات نیست.

خودکشی در فرهنگ اسلامی به معنای عقب نشینی از نیل به غایت کمال و سقوط به وادی حسرت و ناکامی است. بدین جهت، این عمل از نظر اسلام حرام و محکوم است. همه علمای اهل سنت اجماع دارند که شخصی که خود را بکشد گناه او از گناه کسی که دیگری را می کشد بیشتر است. بعضی از علما گفته اند کسی که خود را می کشد او را غسل ندهید و بر او نماز نخوانید و او را مثل سنگ دفن کنید. همین طور هرگاه کسی بر خودش جنایت خطایی وارد کند دیه ندارد و عاقله هم ضامن نیست.

برای خودکشی عمدی که در آن خودکشی کننده با انجام دادن کارهایی که نوعاً کشنده است، حیات خودش را سلب کند دیه مقرر نشده است، زیرا شخص بر ضد خود اقدام کرده است و طبق نظر فقها، خون او هدر است. البته برخی از فقها بر این عقیده اند که کفاره قتل او باید از اموالش داده شود. از نظر فقهی نیز حفظ نفس از مقاصد ضروری شریعت و حفظ جان از واجبات است. اما جرم نبودن معاونت در خودکشی، خالی از اشکال نیست همان گونه که قتل عمد به صورت مباشرت و سببیت حاصل می شود در خودکشی هم اگر به صورت مباشرت انجام گیرد منهی^۲ عنہ شارع است و اگر به صورت تسبیب صورت گیرد خودکشی به صورت غیر عمدی است و احکام خودکشی عمدی بر آن حمل نمی شود؛ زیرا در برخی از موارد، زمانی که فرد در آستانه خودکشی است اگر شخصی که مقدمات روحی، روانی و دیگر شرایط را برای او آماده می کند، وجود نداشته و اگر او را از انجام این عمل، باز می داشت و به شیوه و سبک درست و امیدوارانه زندگی، راهنمایی می کرد شخص از خودکشی دست کشیده و اقدام نمی کرد. به همین جهت، نقش معاون در اینگونه موارد، پررنگ تر و مؤثرتر می نماید تا خود شخص؛ بنابراین می طلبد قانونگذار محترم با تأملی ویژه در این خصوص، و با توجه به این که معاون در خودکشی با عمل خود در واقع با یک قتل همکاری کرده، قائل به مجرمیت شده و مجازاتی را برای آن در قانون تعریف کرده و در نظر بگیرد.

منابع

- قرآن کریم.

- آفایی نیا، حسین (۱۳۹۲)، **جرایم علیه اشخاص (جنایات)**، ج ۱۱، تهران: میزان.
- ابن بابویه، محمد بن علی بن حسین بن بابویه قمی (۱۴۱۳ق)، **من لایحضره الفقیه**، ج ۴، چ ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- ابن بابویه، محمد بن علی بن حسین بن بابویه قمی (۱۳۹۰ق)، **من لایحضره الفقیه**، ج ۴، تحقیق: سید حسن موسوی خراسان، تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- ابن بابویه، محمد بن علی بن حسین بن بابویه قمی (۱۴۰۶ق)، **فقه الرضا**، مشهد: مؤسسه آل البیت علیهم السلام.
- ابن بابویه، محمد بن علی بن حسین بن بابویه قمی (بی تا)، **مجموعه فتاوی ابن بابویه**، قم: ایران.

- ابن قدامه، عبدالله بن احمد، ۱۴۰۴ق، **المغنی**، ج ۲ و ۹ و ۱۰، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ق)، **لسان العرب**، ج ۵، بیروت: دار احیاء التراث العربی و مؤسسه التاریخ العربی.
- الهامی، رضا؛ پورلطف اله، حسن (۱۳۹۷)، **جریان قاعده اهم و مهم در اکراه به قتل**، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۱۹، ۹-۳۶.
- انصاری (شیخ)، مرتضی بن محمد امین (۱۲۸۱ق)، **المکاسب**، قم: کنگره بزرگداشت شیخ اعظم.
- پترسون، کریگ (۲۰۰۸م)، کمک به خودکشی و اتانازی: اشکیت.
- جعفرزاده، جعفر؛ آری، محمود؛ ابوالحسینی، علی اکبر؛ علی تبار فیروز جانی، محمد باقر (۱۳۹۶)، **ادله حرمت خودکشی و جایگاه آن در حقوق کیفری ایران**، فصلنامه پژوهش های فقه و حقوق اسلامی، ۴۹، ۵۷-۷۰.
- حاجی ده آبادی، احمد (۱۳۹۷)، **جرائم علیه اشخاص (قتل)**، ج ۲، تهران: میزان.
- خالقی، علی (۱۳۹۰)، **آئین دادرسی کیفری**، ج ۱، تهران: شهر دانش.
- خوئی، سید ابو القاسم (۱۴۲۲ق)، **مبانی تکمله المنهاج**، ج ۲، قم: مؤسسه احیاء آثار الإمام الخوئی (ره).
- رشیدی، جاسم؛ سایبانی، علیرضا (۱۳۹۵)، **پی جویی خودکشی از علت شناسی کارآگاهان تا واکاوی در پرتوی قوانین**، مطالعات علوم سیاسی، حقوق و فقه، ۲/۱، ۱۳۱-۱۳۹.
- الزبیدی، محمد مرتضی (۱۴۱۴ق)، **تاج العروس من جواهر القاموس**، ج ۷، بیروت: دار الفکر.
- شافعی، محمدحسن اسماعیل (۱۴۰۳ق)، **الکافی فی فقه الامام احمد بن حنبل**، ج ۴، بیروت: دار الکتب العلمیه.
- شاکری، ابوالحسن؛ رستگاری، ماندانا (۱۳۹۲)، **جرم دعوت به خودکشی در حقوق کیفری ایران**، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، ۴، ۸۷-۱۰۶.
- طباطبائی (علامه)، سید محمدحسین (۱۳۷۴)، **المیزان فی تفسیر القرآن**، ج ۴، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- طبرسی، فضل بن حسن (۱۳۹۰)، **مجمع البیان فی تفسیر القرآن**، ج ۳، مشهد: آستان قدس رضوی.
- عسقلانی، ابن حجر (۱۴۰۸ق)، **لسان المیزان**، ج ۱۱، بیروت: دار الکتب العلمیه.
- فیض کاشانی، ملا محسن (۱۳۸۷)، **آراء فقهی فیض کاشانی**، تهران: مدرسه عالی شهید مطهری.
- کرامتی معز، هادی (۱۳۹۴)، **مبانی و کارکردهای درجه بندی مجازات های تعزیری در قانون مجازات اسلامی**، پایان نامه کارشناسی ارشد، رشته حقوق کیفری و جرمشناسی، دانشگاه تهران.
- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۳۶۲)، **الکافی**، ج ۷، ج ۲، تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- گرجی، ابوالقاسم (۱۳۸۰)، **دیات**، تهران: مؤسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران.
- محسنی، مرتضی (۱۳۸۲)، **دوره حقوق جزای عمومی**، ج ۱، ج ۳، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۶)، **قواعد فقه (بخش جزایی)**، ج ۱، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

- موسوی، سید مجتبی (۱۳۹۸)، امکان سنجی جرم انکاری خودکشی و خودزنی در حقوق کیفری ایران، فصلنامه بین‌المللی قانون یار، ۱۱، ۵۱-۸۰.
- میرمحمدصادقی، حسین (۱۳۹۲)، جرائم علیه اشخاص، ج ۲۰، تهران: میزان.
- نظری توکلی، سعید (۱۳۸۰)، الترفیع و زرع الاعضاء فی الفقه الاسلامی، مشهد: آستان قدس رضوی.

Islamic Law and Jurisprudence Studies
Volume 15, Consecutive Number 31, Summer 2023
Issn:2717-0330

Journal Homepage: <https://feqh.semnan.ac.ir/>

This is an Open Access paper licensed under the Creative Commons License CC-BY 4.0 license.



Legal jurisprudence study of contraband transport contract and the responsibility of the transport operator on contraband

Shafiyi Alavijeh.Ghasem^{1*}- Nahadi Kashani.Ali²

1: Assistant professor of law, University of Kashan, Kashan, Iran: (Corresponding author) (GH.shafiee@kashanu.ac.ir)

2: Master graduated in private law at University of Tehran, Tehran, Iran.

The transportation contract is a contract that is concluded between the carrier and the sender. This article tries to answer the question, what is the status of the transport contract in the case that the goods are transported through smuggling? This research, which was carried out in a descriptive-analytical way, indicates that according to the agreement or non-agreement on a matter that is an example of smuggling, the transport contract will be valid or invalid; In addition to the fact that the transport operator is not responsible for the validity or invalidity of the transport contract, and in the situation where the operator has attempted to transport contraband, the rules related to security deposit and guarantee must be taken into account. In this regard, the issue has been raised in the form of five assumptions in order to accurately identify the situation of all cases; in the end, the main finding of the research is that the operator's support is essentially a guarantee.

Keywords: The status of the transport contract, Warranty responsibility, fiduciary responsibility, transport operator's deposit.

- Gh. Shafiyi Alavijeh, A. Nahadi Kashani (2023). Legal jurisprudence study of contraband transport contract and the responsibility of the transport operator on contraband, *Islamic Law and Jurisprudence Studies*, 15(31), 139-168.
Doi: [10.22075/feqh.2023.29748.3512](https://doi.org/10.22075/feqh.2023.29748.3512)



فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی

سال ۱۵- شماره ۳۱- تابستان ۱۴۰۲

صفحات ۱۳۹- ۱۶۸ (علمی- پژوهشی)

تاریخ: وصول ۱۴۰۱/۱۱/۰۸- بازنگری ۱۴۰۱/۱۲/۲۲- پذیرش: ۱۴۰۱/۱۲/۲۲

مطالعه فقهی حقوقی قرارداد حمل و نقل کالای قاچاق و ید متصدی حمل و نقل بر مال قاچاق

قاسم شفیعی علویجه*۱ / علی نهادی کاشانی ۲

۱: استادیار گروه حقوق، دانشگاه کاشان، کاشان، ایران. (نویسنده مسئول) GH.shafiee@kashanu.ac.ir

۲: دانش آموخته کارشناس ارشد حقوق خصوصی دانشگاه تهران، تهران، ایران.

چکیده

قرارداد حمل و نقل، قراردادی است که ما بین متصدی حمل و نقل و مُرسِل (ارسال کننده کالا) منعقد می‌شود. نوشتار حاضر درصدد پاسخ به این پرسش است که قرارداد حمل و نقل در فرضی که حمل کالا از طریق قاچاق باشد چه وضعیتی دارد؟ این تحقیق که به روش توصیفی-تحلیلی انجام شده، حاکی از این است که برحسب توافق یا عدم توافق بر امری که از مصادیق قاچاق است، قرارداد حمل و نقل باطل یا صحیح خواهد بود؛ به علاوه این که ید متصدی حمل و نقل، دایر مدار صحت یا بطلان قرارداد حمل و نقل نیست و در شرایطی که متصدی، اقدام به حمل کالای قاچاق کرده باشد بایست قواعد مربوط به ید امانی و ضمانتی مورد لحاظ قرار گیرد. در این خصوص، مسأله در قالب پنج فرض مطرح گردیده تا به دقت وضعیت تمامی صورت‌ها مشخص شود؛ یافته اصلی تحقیق در نهایت آن است که ید متصدی، علی‌الاصول، ید ضمانتی است.

کلیدواژه: وضعیت قرارداد حمل و نقل، ید امانی، ید ضمانتی، ید متصدی حمل و نقل

- شفیعی علویجه، قاسم؛ نهادی کاشانی، علی (۱۴۰۲). مطالعه فقهی حقوقی قرارداد حمل و نقل کالای قاچاق و ید متصدی حمل و نقل بر مال قاچاق. *مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی دانشگاه سمنان*، شماره ۳۱، صفحات ۱۳۹-۱۶۸.

Doi: [10.22075/feqh.2023.29748.3512](https://doi.org/10.22075/feqh.2023.29748.3512)

مقدمه

پیش از قاچاق مواد مخدر، پرسودترین معامله غیرقانونی برای افراد و سازمان‌های تبه‌کار، تجارت غیرقانونی کالا است. گسترش پدیده قاچاق و تأثیر مخرب آن در امر تولید و تجارت قانونی و سرمایه‌گذاری و اشتغال، خطر جدی و بزرگی است که باید با جدیت تمام با آن مبارزه کرد و بر همه دستگاه‌هایی که می‌توانند در این کار دخیل باشند واجب است که سهم خود را در این مبارزه ایفا کنند. پژوهش پیش رو قبل از این سابقه طرح و بررسی از منظر فقهی و با رویکرد حقوق خصوصی را ندارد. در چند سال اخیر، موضوع قاچاق بسیار مورد توجه بوده و آن را از مهم‌ترین موانع رشد اقتصادی کشور می‌دانند و به همین جهت، این موضوع بیشتر از دیدگاه حقوق کیفری مورد توجه قرار گرفته است^۱ اما در این تحقیق، مقوله حاضر از دیدگاه فقه و حقوق خصوصی مورد پژوهش قرار می‌گیرد.

در این نوشتار که به روش توصیفی تحلیلی انجام شده است با بررسی و بیان کلیات و با تأکید بر قواعد فقهی و با تطبیق آن بر موضوع، سعی در تبیین تمام شقوق وضعیت قرارداد حمل و نقل در فرض تحقق قاچاق و مسئولیت متصدی حمل و نقل در حمل کالای قاچاق شده است. با توجه به این که این موضوع تا به حال در مظان بررسی و نظریه پردازی قرار نداشته است مصادیق جدیدی را از مسائل مربوط به مسئولیت مدنی به معنای اعم، پیش روی ما قرار داده است. این نوشتار، طرح موضوع و مقدمه راهی برای عالمان و اساتید فرزانه حقوق است تا در این عرصه، جامعه حقوقی را از تفکر عالمانه خود بهره‌مند نمایند. در نهایت این که سعی بر آن شده است با تأکید بر کارکرد بازدارندگی مسئولیت مدنی، اثرات مخرب اقتصادی و اجتماعی این پدیده نابهنجار اجتماعی در جامعه کاهش یابد.

۱. جهت اطلاع بیشتر در این خصوص مراجعه کنید به: بیرانوندی و کاظمی، ۱۴۰۱: ۳۸ به بعد.

۱- وضعیت قرارداد حمل و نقل کالای قاچاق

قرارداد حمل و نقل، قراردادی است که ما بین متصدی حمل و نقل و مُرسِل (ارسال کننده کالا) منعقد می‌شود. اعتبار قرارداد حمل و نقل در فرضی که حمل و نقل مشمول عنوان قاچاق می‌شود در دو حالت قابل بررسی است:

حالت اول: در مواردی که متصدی حمل و نقل تعهد می‌کند که محموله را حمل کند و تصریح به این امر نمی‌کند که محموله به چه روشی حمل بشود و در اصطلاح، به صورت مطلق تعهد به حمل می‌کند و یا حتی در مواردی که مُرسِل، متصدی حمل و نقل را صراحتاً مکلف به حمل از طریق قانونی می‌نماید اگر متصدی اقدام به حمل کالا از طریق غیرقانونی نماید که مشمول عنوان قاچاق گردد این اقدام متصدی، خدشه‌ای به صحت قرارداد وارد نمی‌کند و و موجبی برای بطلان آن نیست.

حالت دوم: در مواردی که متصدی حمل و نقل، در قرارداد حمل و نقل صراحتاً یا ضمناً تعهد به حمل با شرایطی کند که از مصادیق قاچاق است؛ برای مثال، متصدی تعهد کند که کالا را بدون پرداخت عوارض گمرکی در کشور مقصد تحویل دهد؛ در این صورت تعیین وضعیت قرارداد در پرتو قواعدی که ذیلاً به آنها پرداخته می‌شود ممکن خواهد بود.

از جمله شرایط صحت معاملات این است که «منفعت مورد معامله مشروع» باشد^۱ (شهیدی، ۱۳۸۸: ۸۵؛ صفائی، ۱۳۹۰: ۱۳۰). مورد معامله در واقع، موضوع تعهد است (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۱۳۱-۱۳۸) و موضوع تعهد نیز ممکن است مال باشد یا انجام کار؛ لذا در جایی که موضوع تعهد، انجام کار نظیر تعهد متصدی حمل و نقل به حمل

۱. طبق ماده ۲۱۵ ق.م. مورد معامله باید دارای منفعت مشروع باشد. منفعت مشروع در اصطلاح حقوقی، منفعتی است که قانون آن را منع نکرده است اگر منفعت مورد معامله ممنوع و غیر قانونی باشد معامله باطل خواهد بود. امروزه با توجه به قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و با عنایت به این که تفسیر قانون باید هماهنگ با قانون اساسی و مقررات شرعی باشد می‌توان گفت منظور از کلمه مشروع که در مواد مختلف قانون به کار رفته است موافق قواعد آمره، اعم از قوانین موضوعه و مقررات شرعی است و نامشروع چیزی است که برخلاف قواعد آمره ناشی از قانون و یا شرع باشد.

کالا است «تعهد باید مشروع باشد و کاری را که مدیون بر عهده گرفته باید مشروع باشد؛ یعنی با قوانین امری و نظم عمومی مخالف نباشد (ماده ۹۷۵ ق.م.)» (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۱۳۷). حال می‌بایست دید نواهی موجود در قوانین آمره در خصوص قاچاق آیا به اصل اعتبار قرارداد تعلق گرفته و آن را نا مشروع و بی اعتبار می‌سازند یا خیر؟

نواهی بر دو نوع هستند: «۱- گاهی نهی بیانگر لزوم رعایت شروطی از شرایط صحّت یا از ارکان معامله، یا خلل یا مانعی از وقوع آن به نحو صحیح و ایجاد اثر آن است؛ ۲- گاهی نهی دالّ بر مَبغوضیّت و منفوریت عمل معاملی است و به هیچ وجه، شرطیّت و یا مانعیّت چیزی را نمی‌رساند» (محقق داماد، ۱۳۹۰: ۱۰۶).

در خصوص نواهی از نوع اول، تردیدی نیست که نهی موجب فساد و بطلان عقد است. اعمالی را که از مصادیق قاچاق هستند قانونگذار جرم انگاری نموده است؛ یعنی عمل قاچاق، مورد نهی قانونگذار می‌باشد. این نواهی در خصوص طرفین عقد یا عوضین معامله نیست؛ پس مشمول نوع اول که بیان شد نمی‌شود و این نوع نواهی، کاربردی در موضوع بحث ندارد؛ لذا بحث حول محور نوع دوم ادامه پیدا می‌کند که عمل مورد نهی، موضوع تعهد در قرارداد است. حال سؤال این است که نهی در این مورد چه اثری بر اعتبار قرارداد دارد؟

در جایی که نهی بر سبب تعلق می‌گیرد این نهی موجب فساد معامله نیست ... اما در جایی که مسبب یا اثر عقد، مورد نهی قرار می‌گیرد موجب فساد معامله است ...؛ مثال برای نهی در سبب، مانند این که خرید و فروش در معا رب عمومی ممنوع اعلام شود که این نهی و ممنوعیت، باعث فساد معامله نیست و مثال برای نهی در مسبب یا اثر عقد، نظیر ممنوع بودن ازدواج زن مسلمان با مرد کافر، که موجب فساد و بطلان عقد است (محقق داماد، ۱۳۹۰: ۱۰۷-۱۱۱). به نظر می‌رسد نهی مستنبط از جرم انگاری قاچاق، نهی مسبب یا اثر عقد است؛ چرا که آن چه مورد توجه و هدف قانونگذار در جرم انگاری قاچاق می‌باشد اثری است که از آن بر نظام اقتصادی کشور وارد می‌شود، لذا این اثر یا مسبب است که مورد نهی قانون می‌باشد. قاچاق بدون در نظر گرفتن نتیجه و اثری که

از آن ایجاد می شود امری مباح است. همان طور که مشاهده می شود در منابع فقهی هم اشاره ای به ممنوعیت این عمل نشده و تعزیری برای آن در نظر گرفته نشده است؛ پس این اثر و نتایج سوء آن در جوامع امروزی بوده است که موجب نهی قانونگذار گردیده است، نهایتاً این که در صورت اخیر، قرارداد حمل و نقل به جهت نامشروع بودن مورد معامله، از آن جهت که مورد نهی قانونگذار بوده و نهی مسببی است باطل باشد. علاوه بر آن چه گفته شد قرارداد حمل و نقل در این صورت، برخلاف نظم عمومی بوده که مستنداً به ماده ۹۷۵ قانون مدنی حکم چنین قراردادی بطلان است.

ایرادی که ممکن است در اینجا مطرح شود آن است که اثر عقد و مسبب قرارداد حمل و نقل، ایجاد تعهد است و در جرم انگاری، قاچاق کالا و ارز، فعل یا ترک فعل، مورد نهی قانونگذار قرار گرفته است نه ایجاد تعهد مبنی بر قاچاق؛ پس چگونه می توان قائل به منهی بودن اثر قرارداد حمل و نقل در فرض قاچاق بود؟

پاسخ به سؤال مذکور در این نکته نهفته است که آیا متعلق موضوع تعهد، قابل انفکاک از تعهد می باشد یا خیر؟ مسلماً نمی توان چنین تفکیکی قائل شد؛ چگونه ممکن است که تعهد به امری مجاز باشد اما خود آن امر (متعلق موضوع تعهد) مورد نهی باشد. به عبارت دیگر، نهی که به عملیات قاچاق وارد شده به طور غیر مستقیم به تعهد به آن عمل هم تسری پیدا کرده و موجب عدم مشروعیت آن می شود؛ مضافاً این که مگر نه این است که هر تعهدی منعقد می شود تا اجرا شود و مگر می شود اجرای یک تعهد را منع کرد اما ایجاد آن را مشروع و قانونی دانست؟ در واقع ایجاد و اجرای قرارداد، هر دو امری کاملاً مرتبط به هم هستند و نمی توان یکی را از دیگری تفکیک کرد و عدم مشروعیت هر کدام به دیگری اثر خواهد کرد؛ چرا که «اذن در شیء اذن در لوازم شیء»^۱ نیز می باشد.

۱. یکی از آثار اذن که به صورت قاعده در آمده و در حقوق مدنی و نوشته های فقهی به آن استناد می شود، قاعده ای است با عنوان «اذن در شیء، اذن در لوازم آن است.» البته برخی از فقیهان گاه به جای واژه «لوازم»، واژه «توابع»

ما حصل امر این است که قرارداد حمل و نقل به طور کلی به دو دسته تقسیم می‌شود که مشروح آن بیان شد، اما نکته ای که باید به آن توجه شود این است که کالای قاچاق بر سه نوع تقسیم می‌شود: ۱- یا ذاتاً نامشروع است؛ ۲- یا کالایی است که در انحصار دولت است؛ ۳- یا صدق عنوان قاچاق به علت عدم رعایت مقررات گمرکی است. تفکیکی که در خصوص اعتبار قرارداد شرح داده شد در مورد اخیر، یعنی عدم رعایت مقررات گمرکی قابل تصور می‌باشد و در دو مورد دیگر حالت های کالای قاچاق، فقط حالت دوم متصور خواهد بود؛ چراکه در این مورد، از همان زمان انعقاد قرارداد محرز است که عمل متصدی، قاچاق محسوب می‌شود، زیرا قاچاق محسوب شدن عمل متصدی ناشی از ویژگی کالا می‌باشد، نه ناشی از عمل متصدی.

آخرین مطلبی که در این قسمت لازم است مورد اشاره قرار گیرد آن است که لازم نیست متصدی صریحاً یا ضمناً، تعهد به حمل با شرایطی کند که از مصادیق قاچاق است، بلکه اگر عرفاً و از اوضاع و احوال چنین برداشت شود که متصدی حمل و نقل، تعهد به حمل به صورت قاچاق نموده است و این امر در محدوده قصد مشترک طرفین و توافق اراده باشد باز هم مشمول حالت دوم خواهد بود.

۲- ید متصدی حمل و نقل در حمل کالای قاچاق

۲-۱- عناصر لازم جهت امانی محسوب شدن ید

ید اشخاص به اموال دیگران یا امانی است یا ضمانی؛ و امانی بودن، استثنائی بر قاعده ضمان ید است و به عبارت دیگر، قاعده استیمان، استثنائی بر قاعده ضمان ید می‌باشد (محقق داماد، ۱۳۸۷: ۹۱). هرگاه مال توسط مالک یا قائم مقام قانونی و شرعی او به دیگری تحویل و اجازه وضع ید به او داده شود بدون آن که برای آن عوضی ملحوظ گردد ید گیرنده، ید امانی محسوب می‌شود و او در فرض تلف بدون تعدی و تفریط ضامن نخواهد بود (همان: ۹۳).

را به کار برده اند. حسب این قاعده، هرگاه صاحب مال یا قائم مقام شرعی او به دیگری به نحوی اذن در تصرف بدهد، شخص اخیر در کلیه لوازم آن اذن، مأذون خواهد شد (شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۱۴۴/۵).

با توجه به مطالب فوق، روشن است برای این که ید، امانی محسوب شود دو عنصر لازم است: یکی اذن در استیلاء (که ممکن است از طرف مالک یا شارع باشد) و دیگری این که عوضی برای اذن در استیلاء ملحوظ نباشد؛ در غیر این صورت، شخص اقدام به ضمان کرده که این اقدام به ضمان شاخه‌ای از نظریه اقدام است و عبارت است از اقدام به ضمان در عقود معاوضی؛ به این معنا که شخص گیرنده ملتزم می‌شود در مقابل نفعی که عایدش می‌شود عوضی بپردازد؛ به عبارت دیگر، گیرنده مال به طور مجانی و بلاعوض اقدام به قبض مال نکرده بلکه اقدام او به قبض، به صورت معوض بوده است؛ بنابراین اگر عقد فاسد باشد و طرفین یا یکی از آن دو، مال را از طرف دیگری تحویل گرفته باشند به دلیل آن که چنین قراردادی مورد حمایت شرع و قانون نیست عوض المسمی به عهده آنان نخواهد بود و اگر مال تحویل گرفته شده در ید آنان تلف شود ضمان به مثل و قیمت مطرح می‌شود. مستند فقهی این ضمان، اقدام به ضمان است؛ بدین معنا که شخص گیرنده در هنگام تحویل مال، قصد نداشته آن را مجاناً تحویل بگیرد بلکه در قبال پرداخت عوضی، اراده تسلّم کرده است و اراده اش بر این بوده که مال در ضمان او باشد؛ این اراده را اقدام به ضمان می‌گوئیم.

در این که آیا به واقع می‌شود که اقدام، مستند ضمان قرار گیرد یا خیر؟ فقها رویکردهای متفاوتی پیش گرفته‌اند؛ عدّه ای (همدانی، بی تا: ۵۱/۱؛ خمینی، ۱۴۲۱: ۴۰۳/۱) بر این نظرند که اقدام نمی‌تواند مستند ضمان باشد. در مقابل، عدّه‌ای دیگر (شهید ثانی، بی تا: ۵۶/۴؛ همو، بی تا: ۲۵۴/۱۶؛ نجفی، ۱۳۶۲: ۱۷۶/۳۷؛ آملی، بی تا: ۳۰۶/۱) معتقدند که اقدام می‌تواند مستند ضمان باشد. برخی در این زمینه گفته اند اقدام به ضمان، خود دلیلی بر ضمان نیست ولی موجب رفع مانع است؛ بدین معنا که اقدام به ضمان به تنهایی علت تامه ضمان نیست تا ضمان دائر مدار آن باشد بلکه متمم سبب است، با این نحو که استیلاء (وضع ید) بر مال غیر، موجب ضمان است مگر این که دو عنصر ید امانی (اذن و مجانیّت) موجب عدم ضمان شود؛ در اینجا سؤال این است در مقبوض به عقد فاسد چون گیرنده با رضایت و اذن مالک آن را تحویل می‌گیرد عنصر

اذن موجود است ولی عنصر مجانیّت چطور؟ در پاسخ باید گفت: با توجه به اقدام مشتری به این که در عوض آن چه گرفته عوضی پردازد عنصر مجانیّت مفقود می‌گردد؛ بنابراین ضمان ید نقش خود را ایفا می‌کند؛ ما براساس مبنایی که در قاعده ید و استیمان داریم به این نظر هستیم» (محقق داماد، ۱۳۸۷: ۲۲۵).

عنصر اذن و مجانیّت و مطابق آن، ضمانی بودن یا امانی بودن، بدون در نظر گرفتن صحّت یا بطلان قرارداد احراز می‌شود؛ برای مثال حتی اگر عقد را هم صحیح و نافذ بدانیم اما ید متصدی حمل و نقل ضمانی باشد، مسئول بوده و می‌بایست جبران خسارت کند.

۲-۲- عنصر اذن (از جهت محقق شدن قاعده استیمان)

برای تعیین ید متصدی حمل و نقل بر کالای موضوع حمل و قاچاق از جهت وجود عنصر اذن، پنج فرض را می‌بایست از هم تفکیک کرد؛ این پنج فرض به شرح ذیل در ادامه در پنج بند جداگانه مورد بررسی و مذاقه قرار می‌گیرد.

- ۱) مُرسل، مالک محموله بوده و علم به حمل کالا از طریق قاچاق داشته باشد.
- ۲) مرسل، مالک محموله می‌باشد و علم به حمل کالا از طریق قاچاق نداشته باشد.
- ۳) مرسل، مالک محموله نمی‌باشد اما از طرف مالک، به طور مطلق، نیابت در ارسال محموله داشته باشد.

۴) مرسل، مالک محموله نبوده اما از طرف مالک، نیابت در ارسال محموله از طریق قاچاق را داشته باشد.

۵) مرسل، مالک محموله نبوده و نیابت در ارسال محموله هم ندارد.

فرض اول: مُرسل مالک محموله بوده و علم به حمل کالا از طریق قاچاق

داشته باشد

در فرضی که مُرسل (مالک) که علم به حمل از طریق قاچاق را دارد پس متعاقب آن اذنی هم که می‌دهد اذن به حمل از طریق قاچاق می‌باشد و غیر از این - نه عرفاً و نه منطقاً - قابل توجیه نمی‌باشد؛ برای مثال اگر شخصی بگوید اذن بدهید تا بنده از

چشمه و ثمره درختان واقع در ملک شما منتفع شوم و صاحب ملک اذن بدهد در واقع با این اذن، آن شخص به طور ضمنی حق عبور از آن ملک را برای بهره برداری از ثمره های مذکور پیدا می کند و اما در موضوع حاضر نیز اقدامی که مُرسل (مالک) نسبت به آن اذن می دهد حمل کالا از طریق قاچاق می باشد؛ مضافاً این که اذن، یک عمل ارادی یک طرفه می باشد و همین که شخص اذن دهنده با علم به موضوع، اذن می دهد موضوع، داخل در قلمرو اذن خواهد بود و نیازی به توافق طرف مقابل نیست «چون عمل ارادی یک طرفه است نه عمل حقوقی؛ به عبارت دیگر، اذن را یک نوع از ایقاعات دانسته اند (خوانساری، ۱۴۰۵: ۴۷۶/۳).

اما سؤال این است که آیا چنین اذنی معتبر می باشد و می توان در چنین شرایطی قائل به این امر شد که اذنی که یکی از دو عنصر قاعده استیمان می باشد وجود دارد یا خیر؟

پاسخ به این سؤال را باید در این مطلب یافت که اولاً، آیا شخص می تواند اذن به اقدامی بدهد که این اقدام، مورد نهی قانونگذار می باشد؟ و آیا اساساً این اقدام (حمل کالا به صورت قاچاق) مورد نهی قانونگذار هست یا خیر؟ در پاسخ به این دو سؤال که تکلیف فرض اول مسأله را مشخص می کند باید بگوئیم با توجه به جرم انگاری شدن قاچاق، بی تردید این امر مورد نهی قانونگذار می باشد و در مورد این مسأله که آیا علیرغم وجود چنین منعی، مُرسل (مالک) می تواند چنین اذنی بدهد یا خیر، محلّ تأمل می باشد. با توجه به مطالبی که قبل از این در خصوص دلالت نهی بر فساد قرارداد حمل و نقل ذکر شد و در آنجا این نتیجه حاصل شد که اگر در قرارداد حمل و نقل، تعهد به امری شده و آن امر به عنوان اثر عقد، مورد نهی قانونگذار قرار گرفته شده باشد چنین مورد معامله ای نامشروع و موجب بطلان عقد است، بنابراین به نظر می رسد اگر اذن به انجام اقدام و عملی داده شود که این اقدام و عمل، مورد نهی قانون باشد چنین اذنی به طریق اولی معتبر نمی باشد؛ چراکه وقتی قرارداد را با آن استحکامی که دارد می توان در چنین مواردی باطل اعلام کرد غیر معتبر بودن اذن در این موارد، امری سهل تر به

نظر می‌رسد؛ به عبارت دیگر، اراده در پرتو قانون است که موجب اثر است. از نظر فقهی نیز این مطلب اذعان شده است: «الأذن كعدمها بعد النهی عنه شرعاً: اذن بعد از نهی شرعی از آن در حکم عدم است و تأثیری در عدم مسئولیت ندارد» (نجفی، ۱۳۶۲: ۴۳/۴۵)؛ البته این نتیجه ای که گرفته شد امری شاذ و جدید نیست و عدم اعتبار اذن به اقدامی که خلاف قانون می باشد در فقه و نظام حقوقی ما مسبوق به سابقه می باشد، از جمله این که: «... بی شک مالک مجاز است در مال خود اجازه تصرف دهد هر چند می داند که تصرف منجر به از بین رفتن مال او خواهد شد، اما درباره اذن در تصرف بدنی نمی توان اینگونه قضاوت کرد؛ پاره ای از فقیهان این موضوع را در مسئولیت مدنی پزشکان مدنظر قرار داده‌اند» (حکمت نیا، ۱۳۸۹: ۱۸۶).

یکی از فقهای امامیه بیان می دارد: بدن انسان مانند اموال نبوده تا این که ضمان با اذن در تصرف، رفع گردد (خوانساری، ۱۴۰۵: ۱۸۸/۶)؛ یا اذن در اتلاف نفس یا عضو شرعاً جایز نیست (غروی اصفهانی، بی تا: ۲۸۴/۱).

مشاهده می شود اقدام به اتلاف نفس یا عضو، مورد نهی شارع بوده و اذن به آن هم اعتباری نخواهد داشت و این که در خصوص اموال، مالک می تواند اذن در اتلاف دهد به این جهت است که شارع، اتلاف مال را با اذن مالک اجازه نموده است، برخلاف اتلاف نفس و عضو؛ اما در موضوع حاضر نیز به نظر می رسد که اقدام به قاچاق مورد نهی قانون است مطلقاً - چه با اذن مالک و چه بی اذن مالک - لذا حتی اگر چنین اذنی صادر شود اعتباری نخواهد داشت؛ به همین جهت در صورت اول مسأله به علت فقدان عنصر مآذونیت، متصدی حمل و نقل ید ضمانتی دارد.

فرض دوم: مُرْسِلِ مالک محموله بوده و علم به حمل کالا از طریق قاچاق

نداشته باشد

در این صورت، اگر مُرْسِلِ (مالک)، متصدی را مکلف به حمل از راه های قانونی کرده باشد که قطعاً در حالت حمل به نحو قاچاق عنصر اذن وجود ندارد و ید متصدی ضمانتی خواهد بود، اما بحث در مورد جایی است که مُرْسِلِ (مالک)، اذن به صورت

مطلق داده باشد؛ در این صورت نیز با توجه به مطالبی که در بند اول بیان شد وقتی حتی در صورت تصریح اذن بی اعتبار شمرده می‌شود (بند اول) به طریق اولی در صورت اطلاق باید گفته شود اطلاق، تسری به مواردی ندارد که مورد نهی قانون - از جمله حمل به صورت قاچاق - می باشد و در صورتی که محموله به نحو قاچاق حمل شود عنصر اذن در این اقدام، مفقود و ید متصدی ضمانی می باشد.

تفاوت این فرض با فرض اول از این قرار است که در فرض اول، علم مرسل (مالک) ممکن است ناشی از بیان صریح یا ضمنی در قرارداد به این مطلب باشد که تعهد متصدی حمل و نقل، مبنی بر حمل محموله بدون پرداخت عوارض گمرکی ... (و یا هر چیزی که مصداق قاچاق می باشد) است که در این صورت، براساس مطالبی که قبل از این بیان شد عقد باطل است؛ یا ممکن است ناشی از عرف و رویه متصدی باشد که برای مثال، یک شرکت حمل و نقل به علت این که کمتر از نرخ قانونی برای گمرک به مراجع قانونی می پردازد مورد استقبال قرار گیرد و مرسل بدون این که در قرارداد حمل و نقل به متصدی چیزی بیان دارد وارد معامله با وی می شود که به نظر، در این صورت هم با توجه به ماده ۲۵۵ قانون مدنی که بیان می‌دارد متعارف بودن امری در عرف و عادت به منزله تصریح در عقد می باشد در واقع، حمل به صورت غیر قانونی (با پرداختن عوارض گمرکی کمتر) به صورت شروط بنایی است که نتیجه آن همان بطلان شرط بوده و به علت این که عدم مشروعیت شرط به عقد هم در این مورد سرایت می کند لذا بطلان قرارداد را هم در پی خواهد داشت و در نهایت، به معتبر نبودن اذن و ضمانی بودن ید متصدی منجر می شود. به هر حال، در هر دو صورت از فرض اول صحبت از بی اعتباری اذن می باشد؛ اما در فرض دوم، یا به صورت منع حمل از طریق غیر قانونی است و یا از طریق مطلق گذاشتن اذن؛ لذا اولاً، قرارداد صحیح می باشد؛ چرا که هیچ امر نامشروعی به عنوان مورد معامله مورد توافق طرفین قرار نگرفته است. در اینجا صحبت از بی اعتبار بودن اذن صادر شده نیست بلکه بحث در این است که اطلاق اذن،

مواردی را که از اقدام به آن نهی شده، در بر نمی‌گیرد؛ یا این که اساساً متصدی، مکلف به حمل از طریق قانونی شده و به طور ضمنی از حمل غیر قانونی منع شده است. تفاوت دیگر فرض دوم با فرض اول آن است که در صورت اول می‌توان با توجه به علم مُرسل، قاعده اقدام را مطرح کرد که بیان می‌دارد «قاعده اقدام موجب سقوط ضمان است، زیرا علّت ضمان اموال، حرمت آنهاست؛ پس وقتی مالک، اقدام به از بین بردن حرمت مال خود نماید ضمان نسبت به آن وجود ندارد» (زراعت، ۱۳۹۲: ۱۱۵) و در فرض دوم می‌توان با توجه به امکان سوء استفاده از جهل مُرسل، قاعده غرور را مطرح کرد و «مراد از قاعده غرور این است که هرگاه گرامتی که در اثر غفلت و جهل مشخص به واقع، به سبب شخص دیگری برسد همان شخص گول زنده ضامن است و معامله در برخی موارد باطل است» (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱: ۲/۲۹۳) که اجرای هر کدام از این دو قاعده، آثار حقوقی متفاوتی را دربر خواهد داشت.

فرض سوم و چهارم: مُرسل مالک محموله نمی‌باشد اما از طرف مالک به طور مطلق نیابت در ارسال محموله داشته باشد (صورت سوم)؛ مُرسل مالک محموله نباشد اما از طرف مالک نیابت در ارسال محموله از طریق قاجاق را داشته باشد (صورت چهارم)

الف: تحلیل فرض سوم و چهارم

این دو صورت به جهت ارتباطی که در مباحث آنها وجود دارد به طور مشترک مورد بررسی قرار می‌گیرند:

با توجه به مطالب و مبانی بیان شده در فرض های اول و دوم، در فرضی که مُرسل، مالک نیست و نیابت دارد اگر نیابت مطلق باشد اصلاً به مواردی که مورد نهی بوده، تسری پیدا نمی‌کند و اگر نیابت در حمل به صورت قاجاق داده شده باشد اساساً اعتباری ندارد؛ لذا در جایی که مُرسل نیابت مطلق داده، متصدی حمل و نقل اذنی ندارد؛ چرا که نیابت مطلق که مالک به مُرسل داده است شامل اذن در ارسال به صورت قاجاق نخواهد

شد و در صورتی هم که مالک، نیابت در ارسال به صورت قاچاق را به طور خاص به مُرسل داده باشد چنین نیابتی در ارسال، اعتباری ندارد و باز هم متصدی اذنی نخواهد داشت؛ لذا در صورت سوم و چهارم نیز عنصر اذن، مفقود است و ید متصدی حمل و نقل، ضمانتی خواهد بود، چراکه در صورت اطلاق نیابت، همان طور که بیان داشتیم اطلاق، شامل ما نحن فیه نمی‌شود و در خصوص نیابت در حمل به صورت قاچاق هم که اعتباری بر این اذن مترتب نمی‌باشد؛ پس اذن به نایب (مُرسل غیر مالک) در خصوص ما نحن فیه منتقل نشده است که او بتواند به متصدی حمل و نقل، منتقل کرده باشد؛ در نتیجه، اذنی وجود ندارد و ید متصدی ضمانتی می‌باشد.

یک مطلب دیگر در فرض سوم و چهارم باقی می‌ماند و آن این است که همان طور که علم و جهل مُرسل (مالک) در صورت های پیشین بررسی شد به نظر می‌رسد در این صورت هم علم و جهل مُرسل غیر مالک همان تبعاتی را داشته باشد که در صورت اول و دوم به آن پرداخته شد و نیازی به بیان دوباره آن نیست (امکان اعمال قاعده غرور و اقدام)؛ البته باید توجه داشت که در مواردی که نیابت (وکالت) باطل است دیگر جایی برای بیان این بحث نمی‌باشد و بحث علم و جهل مُرسل (غیر مالک) تنها جایی مفید فایده خواهد بود که مُرسل (غیر مالک) نیابت به نحو صحیح و نافذ داشته باشد.

ب: تفاوت صورت سوم و چهارم با صورت اول و دوم

۱- اولین اثر آن در قرارداد حمل و نقل ما بین متصدی حمل و نقل و مُرسل است که در صورت اول و دوم قرارداد، دو حالت باطل و صحیح داشت و در صورت سوم و چهارم، چهار حالت متصور می‌باشد:

حالت اول: مُرسل، اذن مطلق دارد و قراردادی که با متصدی حمل و نقل منعقد می‌کند مطلق است (نه این که به طور خاص به حمل از طریق قاچاق بدون پرداخت عوارض گمرکی و ...) بیان شده باشد.

حالت دوم: مُرسل، اذن مطلق دارد اما در قراردادی که با متصدی منعقد می‌کند بیان می‌دارد که بدون پرداخت گمرک یا ... (سایر مواردی که صدق عنوان قاچاق به آن می‌شود) حمل شود.

حالت سوم: مُرسل، اذن خاص از مالک دارد که برای مثال، بدون پرداخت عوارض گمرکی ارسال شود و یا ... (سایر مواردی که عنوان قاچاق بر آن صدق می‌کند) اما در قراردادی که با متصدی حمل و نقل منعقد می‌کند متصدی به طور مطلق، تعهد به حمل می‌کند.

حالت چهارم: مُرسل، اذن خاص از مالک دارد که برای مثال، بدون پرداخت عوارض گمرکی و ... (سایر مواردی که عنوان قاچاق بر آن صدق می‌کند) ارسال شود و در قراردادی هم که با متصدی حمل و نقل منعقد می‌کند (به طور خاص) حمل از طریق عدم پرداخت عوارض گمرکی یا سایر مواردی را که عنوان قاچاق بر آن صدق می‌کند متصدی بر عهده می‌گیرد.

با توجه به مبانی و مباحث مطرح شده در بندهای اول و دوم در حالت اول، قرارداد حمل و نقل صحیح و وکالت مُرسل هم صحیح می‌باشد. در حالت دوم، قرارداد حمل و نقل باطل است اما عقد وکالت صحیح است.

در حالت سوم، عقد وکالت باطل است؛ چراکه اذن در امری وارد شده است که مورد نهی قانون است و با توجه به مطالب پیش گفته، چنین نهی، بر اثر وکالت دلالت می‌کند که موجب بی اعتباری آن خواهد شد. منطقی نیست که تعهد به اقدامی را نامشروع و موجب بطلان عقد بدانیم (مثل قاچاق) اما اذن در ایجاد چنین تعهدی را صحیح و مشروع؛ اما در خصوص قرارداد حمل و نقل به نظر می‌رسد که قرارداد حمل و نقل در این مورد غیر نافذ باشد؛ چراکه اولاً، عقد وکالت که قرار بوده است اذن از طریق آن و به وسیله مُرسل به متصدی انتقال پیدا کند باطل و کأن لم یکن می‌باشد؛ لذا اساساً اذنی منتقل نشده است؛ مضافاً، بر فرض این که اذنی هم منتقل می‌شد باز هم قرارداد حمل و نقل غیر نافذ می‌بود؛ چراکه وکالت به طور خاص بوده اما قرارداد حمل

و نقل به طور مطلق؛ و این مطلق بودن بیشتر از محدوده اذنی است که بر فرض محال، مالک به مُرسل داده است؛ پس قرارداد غیر نافذ می باشد و اگر از طریق تنفیذ، معتبر شود مانند همان قرارداد صحیح خواهد بود که از طرف مُرسل (مالک) منعقد شده است؛ البته باید توجه داشت که حالت عدم نفوذ که به آن اشاره شد در صورتی است که مُرسل، قرارداد حمل و نقل را بدون نیابت برای مالک منعقد کرده و یا بیشتر از محدوده اذن مالک برای او قرارداد حمل و نقل را منعقد کند اما اگر مُرسل (غیر مالک) قرارداد حمل و نقل را برای خود منعقد کند برای محموله ای که ملک دیگری است صحیح می باشد؛ البته علیرغم صحّت قرارداد حمل و نقل، مسائل حقوقی در این فرض قابل طرح است که جداگانه بررسی خواهد شد.

حالت چهارم: و کالت و قرارداد حمل و نقل با توجه به مطالبی که قبل از این بیان شد باطل می باشد.

دومین تفاوت صورت سوم و چهارم با صورت اول و دوم در این است که در صورت سوم و چهارم، مُرسل، مالک نیست و ما با شخصی دیگری علاوه بر مُرسل مواجه هستیم که مالک نام دارد و متصدی حمل و نقل برای ید ضمانی خود در مقابل وی مسئول است.

فرض پنجم: مُرسل مالک محموله نبوده و نیابت در ارسال هم از جانب مالک ندارد (صورت پنجم)

صورت پنجم بیان می دارد که مُرسل، مالک نمی باشد و نیابت در ارسال هم ندارد؛ پس مُرسل اذنی نداشته که به متصدی منتقل کند، لذا ید متصدی ضمانی می باشد. در این صورت که از اساس اذنی وجود ندارد به نظر می رسد نکته ای که جهت بررسی و مدافعه بتوان مطرح نمود این است که مثل موردی که شخصی - چه به اشتباه چه از روی عمد - مال دیگری را بدون اذن از طرف او با انعقاد یک قرارداد حمل و نقل برای دیگری ارسال نماید که در این صورت، قرارداد حمل و نقل دو حالت دارد: اگر مُرسل، قرارداد حمل و نقل را برای خود منعقد کرده باشد - فارغ از بحث مسئولیت مدنی آن

که در جای خود بررسی خواهد شد - عقد صحیح است و اگر از طرف مالک باشد که عقد غیر نافذ خواهد بود، اما از نظر ید متصدی حمل و نقل، حکم همان است که در بالا اشاره شد.

۲-۳- عنصر مجانیت و بلاعوض بودن (از جهت محقق شدن قاعده استیمان)

قبل از این بیان شد که اصل بر ید ضمانی می باشد و برای این که ید، امانی محسوب شود دو عنصر اذن و مجانیت باید وجود داشته باشد. با شرح مطالبی که قبل از این بیان گردید معلوم شد که عنصر اذن در تمامی صورت های پنجگانه مذکور مفقود می باشد، لذا حتی اگر عنصر مجانیت هم احراز شود باز هم ید متصدی، ضمانی خواهد بود. اما خالی از فایده نیست که بیان شود بر فرض محال که اذن وجود داشته باشد آیا این اذن در موضوع ما نحن فیه، در مقابل عوضی قرار گرفته است یا به طور مجانی داده شده است که در این فرض اخیر، عنصر مجانیت موجود خواهد بود یا خیر؟ البته باید توجه داشت که احراز عنصر مجانیت از زمان شروع اقدام به عملیات قاچاق به علت فقدان عنصر اذن، بلااثر است اما اگر قبل یا بعد از عملیات قاچاق، عنصر اذن را احراز کردیم عنصر اذن با عنصر مجانیت با هم منجر به امانی شدن ید خواهند شد.

برای معلوم شدن مجانیت یا عدم مجانیت باید قرارداد حمل و نقل تحلیل شود که آیا در مقابل اذن (به فرض محال)، عوضی قرار گرفته است یا خیر؟ البته باید توجه داشت که صرف این که یک عقدی بر مبنای معاوضه یا مغایبه باشد دلیل بر عدم مجانیت نیست بلکه تنها زمانی عنصر مجانیت مفقود می باشد که اذن در مقابل عوض قرار گرفته باشد؛ برای نمونه، در عقد اجاره، معاوضه میان منفعت و اجرت برقرار می گردد و نه میان عین و اجرت؛ و تحویل عین صرفاً به منظور آن است که موجر، موظف به تحویل منفعت است و برای تحویل منفعت چاره ای جز تحویل عین ندارد و چنان چه بر فرض محال، تحویل منفعت بدون تحویل عین مؤثر می بود، مالک به هیچ وجه ملزم به تحویل عین نبود» (محقق داماد، ۱۳۹۰: ۹۶)؛ پس ید مستأجر، امانی می باشد نه ضمانی؛ چراکه مال

الاجاره در مقابل منفعت است نه عین، و اذن به تصرف در عین بلاعوض است؛ لذا ید مستأجر نسبت به آن امانی است.

یا در مورد ید باربر، اگر باربر در حین نقل و انتقال کالا به زمین بیفتد و کالا از پشت وی رها شود و خسارت ببیند یا تلف شود در این صورت، گروهی از فقها عقیده دارند که باربر ضامن است (طباطبائی یزدی، ۱۴۲۰: ۶۸/۵)؛ مستند این گروه از فقها قاعده اتلاف است... ولی به نظر می رسد نظر فقهای مخالف که می گویند باربر ضامن نیست، صحیح تر است؛ زیرا اولاً، حادثه و علل قهریه باعث سقوط باربر و به تبع او کالای مورد نقل و انتقال شده، و در واقع مال تلف شده است و اتلاف که باید مستند به فعل فاعل باشد مصداق ندارد؛ بنابراین باربر که دخالتی در تلف مال نداشته است متلف محسوب نمی گردد و ضامن نیست؛ ثانیاً، مال در ید باربر به نحو امانت بوده و ید او از مصادیق ید امانی است؛ چراکه مال بدون عوضی در دست او قرار داشته و اجرت باربر در قبال باربری بوده است نه در قبال عین مال؛ و اذن مالک نیز نسبت به تصرف در مال مجانی بوده است. میرزای نائینی و مرحوم خوانساری و آیه الله خویی نیز در حاشیه بر عروه، عقیده بر عدم ضمان دارند؛ به هر حال، در این که ید باربر ضمانتی نیست بلکه امانی است اختلافی وجود ندارد، بلکه اختلاف بر صدق اتلاف و عدم آن است (محقق داماد، ۱۳۹۰: ۹۶).

با توجه به دو نمونه ای که در بالا بیان شد نوبت آن است که ماهیت قرارداد حمل و نقل مورد بررسی قرار گیرد.

قرارداد حمل و نقل از یک طرف، به واقع نوع خاصی از اجاره اشخاص می باشد که در قانون تجارت، احکام خاصی بر آن بار شده است و براساس حقوق تجارت، بین مُرسل و متصدی حمل و نقل منعقد می شود. همان طور که در نمونه اول (عقد اجاره) ذکر شد مشاهده می شود که در قرارداد اجاره، بها در مقابل عین نیست بلکه در مقابل منفعت است؛ در اینجا نیز همین مطلب صدق می کند؛ یعنی در اجاره اشخاص برای مثال، در اجاره شخصی برای عمل بار، حمل کننده بار برای استیلائی که بر مال پیدا

می کند بهایی را نمی پردازد؛ لذا اذن مالک بلاعوض است و عنصر مجانیت وجود دارد؛ ثانیاً، همان طور که گفتیم قرارداد حمل و نقل در واقع، نوعی اجاره اشخاص است. از طرف دیگر، در قرارداد حمل و نقل هم صرفاً مُرسل، بهایی را به متصدی می پردازد و متصدی در مقابل استیلائی که بر محموله دارد بهایی را نمی پردازد و به عبارت دیگر، اذن مُرسل به استیلائی متصدی بر مال بلاعوض است؛ پس عنصر مجانیت وجود دارد. به هر حال، علیرغم این که عنصر مجانیت وجود دارد همان طور که در ابتدای بحث گفتیم به علت فقدان اذن، ید متصدی ضمانی می باشد.

۲-۴- ید متصدی حمل و نقل قبل از عملیات قاچاق و بعد از انصراف از آن

آخرین مطلبی که در این قسمت ضروری است به آن اشاره شود این است که آن چه در خصوص ید متصدی حمل و نقل تا به اینجا بررسی شد با این فرض بود که متصدی، اقدام به حمل محموله به نحو قاچاق نموده است؛ هرچند بیان شد که در خصوص ید متصدی حمل و نقل، از زمان اقدام به عملیات قاچاق بوده است. سؤالاتی که در اینجا در ذهن نگارندگان شکل گرفته و یا ممکن است در ذهن سایر خوانندگان این پژوهش، شکل بگیرد این است که:

۱- در برهه زمانی قبل از اقدام به عمل قاچاق (قبل از شروع حمل به صورت قاچاق)، ید متصدی حمل و نقل، امانی می باشد یا ضمانی؟

۲- مضافاً این که اگر بعد از اقدام به قاچاق، به نحوی از انحاء، متصدی حمل و نقل تغییر روش داده، و محموله را به صورت قانونی حمل کند ید وی در زمان بعد از تغییر روش و زمان شروع به عملیات قانونی، امانی می باشد یا ضمانی؟

۲-۴-۱- ید متصدی حمل و نقل قبل از شروع به عملیات قاچاق

در پاسخ به سؤال اول به نظر می رسد باید قائل به تفکیک شده و با توجه به کیفیت اذن به این سؤال پاسخ داد؛ لذا بر مبنای همان پنج صورتی که قبل از این در بررسی عنصر اذن بیان شد بحث ادامه پیدا می کند:

صورت اول: مُرسل، مالک بوده و عالم به حمل کالا از طریق قاچاق باشد. قبلاً بیان کردیم که در این مورد، اذنی که مُرسل می دهد اذن حمل از طریق قاچاق می باشد، نه اذن مطلق؛ و بر همین اساس با توجه به نهی قانونگذار، بی اعتبار می باشد. اما ابهامی که در اینجا وجود دارد این است که آیا می شود قائل به تفصیل شد مبنی بر این که درست است که اذن مُرسل در خصوص حمل به صورت قاچاق، نامشروع و باطل است اما اذن مُرسل، تصرّف و استیلای مالک قبل از شروع به قاچاق را هم شامل می شود و اذن در این قسمت، مشروع و در آن قسمتی که بیان شده - چون مورد نهی قرار گرفته است - نامشروع است؛ پس قبل از شروع به قاچاق، ید متصدی امانی می باشد و بعد از شروع به اقدام به قاچاق، ید متصدی ضمانتی می شود؛ چون اذنی که برای زمان بعد از شروع به قاچاق بوده معتبر نمی باشد؟ به عبارت دیگر، آیا می شود اذن را تفکیک کرده و فقط آن قسمت را که مورد نهی قرار گرفته است غیر شرعی اعلام کرده و به تبع آن بی اثر باشد یا خیر؟ برای پاسخ به این ابهام دو رویکرد می توان پیش بینی کرد:

رویکرد اول: اذن مُرسل، مقید به ارسال به نحو قاچاق است که در این صورت، به علّت غیر معتبر بودن اذن، ید متصدی - چه قبل از شروع به عمل قاچاق و چه بعد از آن - ضمانتی است.

در واقع اگر مبنا این باشد که حمل به صورت قاچاق در اراده آذن که همان مُرسل است قیدی برای اذن است چاره ای نخواهد بود جز این که گفته شود آذن، یک اذن صادر نموده و آن یک اذن مقید است و چون نمی توان این تقیید را از مقید تفکیک نمود لذا با نهی کردن قانونگذار از آن، کلّ اذن کأن لم یکن می شود.

دلایل این رویکرد به شرح ذیل است:

۱. «عبارت است از این که متکلم با ذکر قید یا شرطی، لفظ مطلق را از گستره شمول و شیوع آن خارج و دلالت آن را در قلمرو قید یا شرط ذکر شده محدود کند (مشکینی، ۱۳۸۸: ۲۴۶).

دلیل اول: «... در اذن، قصد انشاء وجود ندارد؛ یعنی اذن دهنده چیزی را به وجود اعتبار موجود نمی‌کند بلکه فقط رفع مانع قانونی می‌کند...» (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸: ۲۳). با توجه به این مطلب، نیک روشن است که اذن در واقع، رفع مانع می‌کند و اصل بر این است که مانع وجود دارد مگر این که با اذن برداشته شود؛ پس هر کجا که شکّ در وجود یا عدم مانع باشد باید به عدم رفع مانع، حکم شود و در موضوع ما نحن فیه نیز در این که اذن مقید و وجود دارد قدر متیقّن است و در این که آیا اراده اذن بر وجود دو اذن مستقلّ از هم بوده باشد محلّ تأمل و شکّ می‌باشد؛ لذا اگر قرینه‌ای در کار نباشد باید به عدم رفع مانع حکم شود و قبل از شروع به قاچاق هم ید متصدّی به علّت فقدان اذن، ضمانتی محسوب گردد.

دلیل دوم: اصل، بر عدم نیابت است و مطابق این اصل، هر کجا شکّ شود که آیا نیابتی وجود دارد یا نه؟ باید به عدم وجود آن حکم شود. وقتی شخصی اذن به دیگری می‌دهد در واقع، نیابت به وی داده است؛ به عنوان مثال، وکالت را به «هی الاستنباه فی التصرف» (حسینی عاملی، ۱۲۲۶: ۸/۲۱؛ محقّق حلّی، ۱۴۱۳: ۱۵۴) تعریف کرده و آن را یک عقد اذنی دانسته‌اند و در خصوص موضوع ما نحن فیه هم در واقع، اذن، استنباه در تصرف مادی بوده و اصل بر عدم آن می‌باشد و هر کجا که شکّ شود آیا نیابت وجود دارد یا نه، باید به عدم آن حکم شود. مواد ۶۶۱، ۶۷۲، ۶۷۰، ۶۶۹ قانون مدنی هم در خصوص وکالت که عقدی اذنی می‌باشد از همین اصل عدم نیابت متأثر بوده‌اند. پس، در صوت اول که شکّ وجود دارد آیا قبل از شروع به قاچاق، متصدّی حمل و نقل نیابت در تصرف مادی داشته است یا نه، باید به عدم آن حکم شود؛ لذا ید متصدّی ضمانتی می‌باشد.

دلیل سوم: قبل از این بیان شد که قاعده ضمان، اصل می‌باشد و قاعده استیمان به عنوان استثنائی بر آن است؛ پس هر کجا که شکّ بر حاکمیت قاعده استیمان باشد باید به عدم حصول شرایط آن حکم شود و ما حصل آن این می‌شود که اصل بر این است که ید، ضمانتی است مگر این که شرایط ید امانی حاصل شود. در موضوع ما نحن فیه

هم امانی بودن ید متصدی قبل از شروع به عمل قاچاق، مورد تردید می باشد؛ پس باید به ضمانتی بودن ید متصدی در این برهه زمانی حکم نمود.

رویکرد دوم: اذن مُرسل، مرگب از دو جزء مستقل از همدیگر است، نه این که یکی مقید به دیگری باشد.

اگر این رویکرد پذیرفته شود نتیجه این می شود که ید متصدی در زمان شروع به عملیات قاچاق، ضمانتی بوده اما قبل از آن امانی است؛ چراکه در اولی، اذن نامعتبر است اما در دومی، جزء مستقل می باشد که معتبر است؛ لذا با توجه به این که در موضوع ما نحن فیه همان طور که قبل از این مبسوطاً شرح داده شد عنصر مجانیت هم وجود دارد ید متصدی، امانی می باشد.

دلایل این رویکرد به قرار ذیل است:

وقتی مُرسل اقدام به دادن اذن می نماید در نظر دارد که معمولاً متصدیان حمل و نقل آنرا اقدام به حمل کالا نخواهند کرد، بلکه تا زمان شروع به عملیات حمل، مدت زمانی به طول خواهد انجامید و وقتی اذن از وی صادر می شود به این دو برهه زمانی به صورت مستقل توجه می شود؛ چراکه عمل متصدی در این دو برهه - قبل از شروع به حمل و بعد از آن - اساساً ماهیتی متفاوت دارند؛ به طوری که در اولی، ماهیت نگهداری و حفظ مال می باشد و در دومی، حمل و ترانزیت کالای مذکور. با توجه به این مقدمات به نظر می رسد که اذن، ناظر به این دو اقدام مجزای از هم باشد، نه این که یکی مقید به دیگری باشد.

«... اگر ماجر آگاهانه اقدام به اجاره فاسد کند به نظر بسیاری از فقیهان، حق مطالبه اجرت المثل را ندارد. صاحب عروه که از این گروه است در مقام استدلال می گوید به دلیل آن که ماجر، خود اقدام به هتک حرمت مال خویش کرده است؛ البته ممکن است این ایراد به ایشان وارد شود که اذن و رضایت وی مطلق نبوده بلکه مقید به اجاره بوده است و با انتفای اجاره، اذن منتفی بوده و اقدامی صورت نگرفته است. سید یزدی، خود متوجه این ایراد بوده و از پیش، آن را مردود دانسته و می گوید ماجر که می داند اجاره

باطل است چگونه می‌تواند اذن خود را مقید بر اجاره سازد؛ اجاره و شرایط آن در دست شرع و قانونگذار است و موجر نمی‌تواند در اینباره به نحو تشریحی اقدام کند (به نقل از محقق داماد، ۱۳۹۶: ۱۲۲-۱۲۳). اگر به نحوه استدلال سید یزدی توجه شود نیک روشن است که ایشان اذن را مقید به عقد ندانسته است، با این دلیل که وقتی خود مالک می‌داند عقد باطل است پس چگونه می‌توانسته اذن خود را به امری باطل مقید کند؛ پس اذن، مقید نبوده است؛ اما در خصوص موضوع ما نحن فیه باید این طور استدلال شود که اولاً، مُرسل با رضایت خود اموال را در اختیار متصدی قرار داده است؛ ثانیاً، اماره بر این است که بعد از گذشتن مدتی مقرر، افراد، عالم به قانون فرض می‌شوند؛ ثالثاً، اقدام به قاچاق، جرم انگاری شده و مورد نهی قانون است و اذن به این امر نیز امری باطل است؛ رابعاً، با توجه به این که اماره بر علم مُرسل نسبت به قانون می‌باشد، چنین فرد عالمی چگونه می‌توانسته است اذن خود را به یک امر باطل مقید سازد در حالی که ایشان مطابق اماره، عالم فرض می‌شود؛ پس باید گفت در اراده مُرسل دو جزء بوده است که یکی مربوط به بعد از شروع اقدام به عملیات حمل به صورت قاچاق است و دیگری مربوط به قبل از آن؛ و این اذن که مربوط به قبل از شروع به عملیات قاچاق می‌باشد مطابق استدلالی که شرح داده شد، نمی‌تواند مقید به اذن دوم باشد؛ پس ید متصدی تا قبل از شروع به عملیات قاچاق، امانی بوده و بعد از آن ضمانی می‌باشد.

با تجزیه و تحلیل هر دو رویکرد باید گفت از نظر نگارندگان، رویکرد اول که منجر به ضمانی شدن ید متصدی حتی قبل از شروع اقدام به عملیات قاچاق می‌شود به نظر می‌رسد از نظر مصلحت اجتماعی مناسب تر بوده و با ایجاد بازدارندگی، تأثیری هرچند اندک در وضع نابسامان قاچاق خصوصاً در کشور خواهد گذاشت اما گذشته از این، با توجه به این که رسالتی که حقوق مدنی بر عهده دارد ایجاد بازدارندگی و سزادهی نمی‌باشد بلکه این رسالت، مختص حقوق جزاست و با توجه به این که در رویکرد دوم، مبنا و پایه رویکرد اول که همان مقید بودن اذن می‌باشد از پایه مخدوش شده است به نظر می‌رسد که رویکرد دوم از نظر فن حقوقی مناسب تر باشد.

جنبه دیگری که دلایل رویکرد اول به آن تأکید می‌کند خلاف اصل بودن امانی بودن ید متصدی است (اصل بر ضمان ید می‌باشد؛ اصل بر عدم نیابت است؛ اصل بر وجود مانع می‌باشد و اذن، رافع مانع است).

به نظر می‌رسد که این دلایل هم قابل نقض می‌باشد؛ چراکه با توجه به استدلال‌هایی که برای توجیه نظریه دوم بیان شد و این امر محرز گردید که اذن قبل از شروع اقدام به عملیات قاچاق، جزئی مستقل می‌باشد و با حصول قطعی شرط دیگر قاعده استیمان، یعنی مجانیّت که قبلاً در مورد آن شرح دادیم دیگر جایی برای اجرای اصل باقی نمی‌ماند بلکه استثناء با قطعیت خود حاکم بر اصل شده است؛ پس ید متصدی تا قبل از شروع به عملیات قاچاق امانی بوده اما به محض شروع، ضمانی می‌شود.

صورت دوم: مُرسل مالک بوده و علم به حمل از طریق قاچاق نداشته باشد. بیان شد که در این صورت، دو حالت ممکن است وجود داشته باشد: یا مُرسل، متصدی مکلف به حمل کالا از طریق قانونی نموده است که در این صورت، یقیناً اذن به حمل از طریق قاچاق وجود ندارد و یا اذن وی مطلق بوده و صرفاً به حمل اشاره شده است، نه روش آن؛ که در این صورت هم بیان داشتیم اطلاق شامل مواردی که مورد نهی قانون است، نمی‌شود.

حال آیا در این دو حالت، ید متصدی قبل از شروع به عملیات قاچاق امانی است یا ضمانی؟ به نظر می‌رسد در هر دو حالت، امانی باشد چراکه اولاً، با توجه به مطالبی که قبل از این بیان شد عنصر مجانیّت در این رابطه وجود دارد؛ ثانیاً، در هر دو حالت، اذنی که از طرف مُرسل صادر شده است مورد نهی نمی‌باشد، لذا معتبر نیست؛ و استیلاء قبل از شروع به عملیات حمل (به هر صورت، حتی قاچاق) که موضوع بحث در اینجا می‌باشد یقیناً مورد نظر مُرسل بوده و قطعاً عنصر اذن در دو حالت وجود دارد.

صورت سوم و چهارم: صورت سوم که مُرسل، مالک محموله نمی‌باشد اما از طرف مالک به طور مطلق، نیابت در ارسال محموله داشته باشد. صورت چهارم، مُرسل مالک

محموله نمی‌باشد اما از طرف مالک، نیابت در ارسال محموله از طریق قاچاق را داشته باشد.

در صورت سوم، نیابتی که مُرسل دارد در ارسال محموله معتبر می‌باشد و حال اگر این مُرسل، علم به حمل از طریق قاچاق توسط متصدی را داشته باشد همان وضعیتی پیش می‌آید که در صورت اول بیان شد و اگر جاهل به این امر باشد همان وضعیتی پیش می‌آید که در صورت دوم بیان شد.

در صورت چهارم نیز چون نیابتی که مالک به مُرسل داده است نامعتبر می‌باشد لذا متعاقباً آن استیلاء متصدی حمل و نقل بر محموله - چه قبل از شروع عملیات قاچاق و چه بعد از آن - ضمانتی می‌باشد، چراکه عنصر اذن، مفقود می‌باشد.

صورت پنجم: مُرسل مالک نبوده و نیابتی هم از طرف مالک محموله نداشته باشد. ید متصدی بر محموله در این مورد، ضمانتی می‌باشد؛ چه قبل از شروع به عملیات قاچاق و چه بعد از آن، چراکه مُرسل از اساس، نیابتی نداشته و اذنی به متصدی منتقل نشده است.

۲-۴-۲- ید متصدی حمل و نقل در زمانی که وی شروع به عملیات قاچاق نموده ولی بعد از آن، به هر دلیلی، متصدی از عمل خویش منصرف گردیده و به حالت حمل کالا به شکل قانونی و مشروع تغییر روش داده است.

اما دومین سؤال که اگر متصدی حمل و نقل شروع به عملیات قاچاق کرده باشد و سپس از آن منصرف و شروع اقدام به حمل کالا از طریق قانونی نماید و یا اگر کلاً حمل و نقل آن کالا (به هر صورت) جرم بوده و یا در انحصار دولت باشد - که یکی از مصادیق کالای قاچاق است - و سپس عملیات حمل و نقل را متوقف نماید از زمان شروع به حمل به صورت قانونی یا متوقف کردن حمل در دو مورد اخیر (کالا ذاتاً نامشروع باشد و یا کالا در انحصار دولت باشد) آیا ید متصدی امانی می‌باشد یا ضمانتی؟ برای پاسخگویی به این سؤال باید قبل از هر چیز یادآور شویم که این سؤال در جایی قابل بررسی می‌باشد که متصرف، قبل از این که یدش ضمانتی شود ید امانی داشته

است؛ لذا در فرض این سؤال، مواردی که متصرف از ابتدا ید ضمانی داشته و سابقه ید امانی ندارد به هیچ وجه یدش به امانی تبدیل نخواهد شد. اما در فرضی که ید متصدی، امانی بوده و سپس ضمانی شده است ابتدا این بحث را به طور کلی بررسی می کنیم و سپس به موضوع ما نحن فیه پرداخته می شود.

«هر گاه مالی به نحو امانی در تصرف شخص باشد... چنان چه متصرف برای مدتی از حدود اذن خارج گردد ولی مجدداً به حالت اول برگردد و در حدود اذن، به تصرف خود ادامه دهد و وضعیت حقوقی ید متصرف در مقطع اخیر (پس از بازگشت به حالت اول) چگونه خواهد بود؟ آیا ضمانی است یا امانی؟

در پاسخ به این سؤال، فقیهان امامیه براساس مبانی خود در اصول فقه در دو جبهه متقابل اعلام نظر کرده اند. مشهور معتقدند که ید در فرض فوق، ضمانی است...؛ دلایل این گروه از فقیهان، قاعده استصحاب است...؛ در مقابل، گروهی از بزرگان فقه به عدم ضمان نظر داده اند. آنان در جریان استصحاب خدشه وارد ساخته و گفته اند تردید و شبهه در این مورد، از مصادیق شبهات حکمیّه است و استصحاب در شبهات حکمیّه جاری نمی شود (محقق داماد، ۱۳۹۰: ۱۰۰ و ۱۰۱).

به نظر می رسد آن چه با قواعد حقوقی سازگارتر بوده و به نظر، منطقی تر است نظری است که برخی از معاصرین عرضه کرده اند. ایشان معتقدند که نظریه عدم ضمان اقوی است. با توجه فقهی که در فرض تعدی مستأجر و یا وکیل، اذن کلی موجر و موکل نسبت به تصرف آنان سلب نگردیده، بلکه آنان در تصرف خاصی که کرده اند از حدود اذن تجاوز کرده و به همان مقدار غیر مأذون شده اند و لذا ضامن هستند؛ به عبارت دیگر، آنان مجاز به تصرف بوده ولی مجاز به تعدی نبوده اند. به علاوه، استصحاب ضمان که مورد تمسک صاحبان نظریه مقابل قرار گرفته، افزون بر این که مواجهه با ایراد شبهه حکمیّه است مشکل دیگری دارد؛ بدین صورت که با توجه به صدق عناوینی که به موجب قانون در فرض صدق آنها ضمان وجود ندارد مثل اجاره و وکالت، عاریه و ... شکی در مورد عدم ضمان حادث نمی شود تا به استصحاب تمسک گردد و

در نتیجه، در ما نحن فیه، محلّی برای جریان استصحاب باقی نمی ماند. خلاصه آن که اذن مالک فقط در حدود تعدّی و تفریط مرتفع شده و اذن کلیّی که باقی است و با توجّه به دو عنصر لازم برای صدق امانت، ید متصرّف، امانی خواهد بود» (همان: ۱۰۱-۱۰۲).

اما در ما نحن فیه باید قائل به تفکیک شد که به ترتیب، در هر یک صورت های پنجگانه مذکور مورد بررسی قرار می گیرد:

صورت اول: همان طور که گفته شد به نظر می رسد اذن، دو جزء مستقلّ از هم دارد که یکی ناظر به قبل از حمل بوده و دیگری ناظر به زمان شروع به حمل است که با توجه به علم مُرسل به حمل به صورت قاجاق، اذن وی در جزء دوم، اذن فقط به صورت حمل به نحو قاجاق تعلق گرفته که غیر معتبر است؛ لذا حمل از طریق قانونی هم ید ضمانی دارد و تنها موردی که ید وی را امانی می کند این است که متصدّی، تصرّفات خود را به مقدار جزء اول اذن یعنی قبل از شروع عملیات قاجاق (در حدّ نگهداری) تقلیل دهد. صورت دوم: قبل از این بیان شد که این صورت، دو حالت دارد: یا منع به حمل غیر قانونی صورت گرفته است و یا حمل به طور مطلق مورد عقد واقع شده است که در هر دو حالت، مقدار اذنی که مُرسل به متصدّی می دهد هم قبل از شروع به حمل و هم بعد از شروع به حمل (اما به صورت قانونی) را شامل می شود؛ در این فرض اگر متصدّی تعدّی و تفریط کرده و شروع به حمل به صورت قاجاق کرده باشد ید وی ضمانی می شود اما اگر بعد از شروع، پشیمان شده و به حمل به صورت قانونی و یا توقّف حمل و نقل کالا (در موردی که کالا در انحصار دولت بوده یا حمل و نقل آن کلاً ممنوع است) اقدام نموده باشد ید وی امانی خواهد بود.

صورت سوم: در این صورت ید متصدّی، حسب این که مُرسل، عالم یا جاهل به حمل به صورت قاجاق بوده باشد تابع صورت های اول و دوم است که در بالا شرح داده شد.

صورت چهارم و پنجم: همان طور که قبل از این بیان شد به لحاظ این که متصدی سابقه ای از تصرف امانی ندارد هر چند که از عملیات قاچاق منصرف شده و یا آن را متوقف کند باعث امانی شدن یدش نمی شود و ید وی همچنان به صورت ضمانی، باقی خواهد ماند.

نتیجه گیری

در مقاله حاضر وضعیت قرارداد حمل و نقل در فرضی که حمل کالا از طریق قاچاق صورت گیرد مورد بررسی قرار گرفته و مشخص شد:

۱- چنان چه حمل کالا از طریق قاچاق، وارد قلمرو تراضی طرفین نگردد - هر چند در عمل، قاچاق محقق گردد - خدشه ای به اعتبار قرارداد حمل و نقل وارد نشده و قرارداد صحیح است، اما چنان چه طرفین در مورد نحوه حمل کالا، به امری توافق نمایند که از مصادیق قاچاق محسوب می گردد نظر به این که این امر، مورد نهی قانون است و با این وصف، تعهد به امر نامشروع موضوع قرارداد قرار گرفته است، قرارداد حمل و نقل باطل خواهد بود.

۲- در مورد ماهیت ید متصدی حمل و نقل که مبادرت به قاچاق می نماید با توجه به این که از ارکانی ید امانی (یعنی مأذونیت و مجانیت)، یکی از ارکان (یعنی مأذونیت) یا وجود نداشته و یا در فرض وجود نیز به جهت نهی قانونی، فاقد اعتبار است لذا ید متصدی حمل و نقل در فرضی که اقدام به قاچاق نماید ضمانی محسوب می گردد.

منابع

- آملی، محمدتقی (بی تا)، کتاب المکاسب و البیع، ج ۱، تقریرات درس میرزای نائینی، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

- انصاری، مسعود؛ طاهری، محمدعلی (۱۳۸۴)، دانشنامه حقوق خصوصی، ج ۳، تهران: محراب فکر.

- باریک لو، علیرضا (۱۳۸۵)، مسؤلیت مدنی، ج ۱، تهران: میزان.

- بیرانوندی، نعمت الله؛ کاظمی، قباد (۱۴۰۱)، بزه دیدگان قاچاق دارو، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۲۹، ۳۷-۶۴.

- پارساپور، محمداقرا (۱۳۸۰)، **گزیده ای از حقوق اموال**، قم: اشراق.
- جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۰ق)، **الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه**، ج ۵، قم: مکتبه الداوری.
- جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (بی تا)، **مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام**، ج ۱۶، قم: دار التفسیر.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۳ق)، **تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه**، ج ۱۳، بیروت: دار حیاء التراث العربی.
- حسینی عاملی، سید جواد (۱۲۲۶ق)، **مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه**، ج ۲۱، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- حکمت نیا، محمود (۱۳۸۹)، **مسئولیت مدنی در فقه امامیه (مبانی و ساختار)**، تهران: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
- حلی (محقق)، جعفر بن حسن (۱۴۱۳ق)، **المختصر النافع فی فقه الامامیه**، تهران: مؤسسه البعثه.
- خمینی (امام)، سید روح الله (۱۴۲۱ق)، **کتاب البیع**، ج ۱، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- خوانساری، سید احمد (۱۴۰۵ق)، **جامع المدارک فی شرح المختصر النافع**، ج ۳، تهران: مکتبه الصدوق.
- زراعت، عباس (۱۳۹۲)، **تحریر العناوین (قواعد فقه به زبان ساده)**، تهران: جنگل.
- شادنی، هوشنگ (۱۳۷۹)، **نقش مناطق آزاد در قاچاق کالا**، سومین همایش ملی بررسی قاچاق کالا و راه‌های پیشگیری از آن، تهران: دانشگاه تربیت مدرس، پژوهشکده اقتصاد.
- شکاری، روشنعلی؛ اسکندریان، حسن (۱۳۹۳)، **قواعد فقه (بخش مدنی)**، تهران: میزان.
- شمس، عبدالله (۱۳۹۳)، **آئین دادرسی مدنی (پیشرفته)**، ج ۱، ج ۳۳، تهران: درآک.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۸)، **حقوق مدنی ۳ (تعهدات)**، تهران: مجد.
- صفایی، سید حسن (۱۳۹۰)، **دوره مقدماتی حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)**، ج ۲، تهران: میزان.
- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۲۰ق)، **العروه الوثقی (کتاب الاجاره)**، ج ۵، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- علم الهدی، سید مرتضی (بی تا)، **الانتصار**، قم: الشریف المرصی.

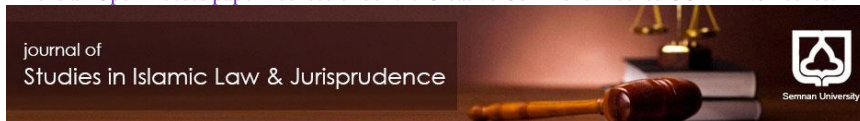
مطالعه فقهی حقوقی قرارداد حمل و نقل کالای قاچاق و ید متصدی حمل و نقل بر... — ۱۶۷

- غروی اصفهانی، محمدحسین (بی تا)، **الإجارة**، ج ۱، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵)، **حقوق مدنی** (قواعد عمومی قراردادها)، ج ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲)، **دوره مقدماتی حقوق مدنی** (اعمال حقوقی)، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۷)، **قواعد فقه یک** (بخش مدنی)، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۰)، **اصول فقه**، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی،
- محمدی، ابوالحسن (۱۳۸۰)، **قواعد فقه**، ج ۵، تهران: دادگستر.
- مشکینی، میرزا علی (۱۳۸۸)، **اصطلاحات الاصول**، قم: حکمت.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۱ق)، **القواعد الفقهیه**، ج ۳، قم: مدرسه امیرالمؤمنین (ع).
- موسوی بجنوردی، سید حسن (۱۴۱۹ق)، **القواعد الفقهیه**، ج ۲، قم: الهادی.
- نجفی (صاحب جواهر)، محمدحسن (۱۳۶۲)، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**، ج ۲۷، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- نمازی شاهرودی، شیخ علی (۱۴۱۹ق)، **مستدرک سفینه البحار**، ج ۱۰، تحقیق: شیخ حسن بن علی نمازی، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- همدانی، آقارضا (بی تا)، **حاشیه المکاسب**، ج ۱، بی جا: بی نا.
- یزدانپان، علیرضا (۱۳۹۰)، **مبانی مسؤولیت مدنی متصدی در قراردادهای حمل و نقل کالا در حقوق ایران و فرانسه**، مجله حقوقی دادگستری، ۷۳، ۹-۳۶.

Islamic Law and Jurisprudence Studies
Volume 15, Consecutive Number 31, Summer 2023
Issn:2717-0330

Journal Homepage: <https://feqh.semnan.ac.ir/>

This is an Open Access paper licensed under the Creative Commons License CC-BY 4.0 license.



The Study of Jurisprudential and Legal Foundations of Sharia Supervision and Strategies of Implementing It in the Islamic Banking System

**Navabi Moghadam.Zeynab¹-Zare. Ali^{2*}- Yousefi Sadeghlo. Ahmad³-
Jamali. Jafar⁴**

1: Ph.D. student in private law, Islamic Azad University, North Branch, Tehran, Iran.

2: Assistant Professor of private law, Islamic Azad University, Science and Research Branch, Tehran, Iran: (Corresponding author) (dr.alizare@gmail.com)

3: Assistant Professor of private law, Islamic Azad University, Science and Research Branch, Tehran, Iran.

4: Assistant Professor of law, Electronic Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

Considering its nature, Islamic banking requires a special type of monitoring methods in order to adapt the activities of the banking system to the principles and laws of Sharia. In this research, it has been tried to justify the necessity of sharia supervision in the banking system with jurisprudential bases such as the rule of of gharar, prohibition of usury, harm, preservation of public interests, and the lack of innocence of the rulers and numerous legal documents such as the two, four and seventy-first principles of the constitutional law. The basic as well as the existential philosophy of approving the law on banking operations without usury and other related regulations, the necessity of Sharia supervision in this field should be emphasized and examined. International Islamic financial institutions have presented solutions for the implementation of the mentioned institution in the banking system of Islamic countries, which have been implemented in most of the countries with Islamic banking structure. In Iran, during the last few years, we have witnessed the relative stabilization of a position with supervisory, executive and legislative dignity for the Sharia inspector; but the country's banking system is still at the beginning of the path until it is implemented and the results of Sharia supervision are realized. Removing obstacles and providing solutions for the implementation of Sharia supervision requires examining the jurisprudential foundations, explaining the solutions and training for its implementation, which is also the purpose of this research. In this research, the above issue has been discussed and investigated by relying on the descriptive-analytical method from the point of view of legal jurisprudence.

Keywords: Sharia Supervision, Islamic Banking, Jurisprudential Council.

- Z. Navabi Moghadam, A. Zare, A. Yousefi Sadeghlo, J. Jamali (2023). The Study of Jurisprudential and Legal Foundations of Sharia Supervision and Strategies of Implementing It in the Islamic Banking System, *Islamic Law and Jurisprudence Studies*, 15(31), 169-190.

Doi: [10.22075/feqh.2022.27537.3293](https://doi.org/10.22075/feqh.2022.27537.3293)

فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی

سال ۱۵- شماره ۳۱- تابستان ۱۴۰۲

صفحات ۱۶۹- ۱۹۰ (علمی- پژوهشی)

تاریخ: وصول ۱۴۰۱/۰۲/۲۸- بازنگری ۱۴۰۱/۰۴/۱۰- پذیرش: ۱۴۰۱/۰۴/۱۱

مبانی فقهی و حقوقی نظارت شرعی و راهکارهای اجرایی شدن آن در نظام بانکداری اسلامی

زینب نوایی مقدم /۱، علی زارع /۲، احمد یوسفی صادقلو /۳، جعفر جمالی /۴

۱: دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد تهران شمال، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

۲: استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)
dr.alizare@gmail.com

۳: استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

۴: استادیار گروه حقوق، واحد الکترونیک، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

چکیده

بانکداری اسلامی با توجه به ماهیت آن نیازمند نوع خاصی از شیوه‌های نظارتی به منظور انطباق فعالیت‌های نظام بانکی با اصول و قوانین شریعت می‌باشد. در این پژوهش سعی شده که ضرورت وجود نظارت شرعی در نظام بانکی با مبانی فقهی چون قاعده نفی غرر، ممنوعیت ربا، لاضرر، حفظ مصالح عموم، و عدم معصومیت حاکمان توجیه گردد و مستندات قانونی متعددی نظیر اصل دو، چهار و هفتاد و یکم قانون اساسی و همچنین فلسفه وجودی تصویب قانون عملیات بانکی بدون ربا و دیگر مقررات مرتبط، بر لزوم نظارت شرعی در این زمینه تأکید و بررسی شود. مؤسسات بین‌المللی مالی اسلامی، راهکارهایی را به منظور اجرایی شدن نهاد مذکور در سیستم بانکداری کشورهای اسلامی ارائه نموده‌اند که در بیشتر کشورهای با ساختار بانکداری اسلامی اعمال گردیده است. در ایران نیز طی چندسال اخیر، شاهد تثبیت نسبی جایگاهی با شأن نظارتی، اجرایی و تقنینی برای ناظر شرعی هستیم؛ لیکن سیستم بانکی کشور تا اجرایی شدن و شهود نتایج نظارت شرعی هنوز در ابتدای مسیر قرار دارد. رفع موانع و ارائه راهکارهای اجرایی نمودن نظارت شرعی نیازمند بررسی مبانی فقهی، تبیین راهکارها و آموزش اجرایی نمودن آن می‌باشد که هدف از این تحقیق را نیز به خود معطوف نموده است. موضوع فوق، در این پژوهش با تکیه بر روش توصیفی- تحلیلی از نگاه فقهی حقوقی، مورد مذاقه و بررسی قرار گرفته است.

کلیدواژه: نظارت شرعی، بانکداری اسلامی، شورای فقهی.

- نوایی مقدم، زینب؛ زارع، علی؛ یوسفی صادقلو، احمد؛ جمالی، جعفر (۱۴۰۲). مبانی فقهی و حقوقی نظارت شرعی و راهکارهای اجرایی شدن آن در نظام بانکداری اسلامی. *مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی دانشگاه سمنان*، شماره ۳۱، صفحات ۱۶۹-۱۹۰.

Doi: [10.22075/feqh.2022.27537.3293](https://doi.org/10.22075/feqh.2022.27537.3293)

مقدمه

نظارت، مهم‌ترین شرط برای تحقق اهداف مطلوب است و اعمال نظارت شرعی در ساختار بانکی به عنوان مهم‌ترین نهاد مالی کشور و به جهت وابستگی چرخه اقتصاد بدان، دارای اهمیت بسیار می‌باشد، چراکه بانک‌ها و مؤسسات مالی اسلامی لازم است همواره منطبق با قوانین شریعت و ابزارهای مورد استفاده با ضوابط فقه اسلامی به فعالیت خود پردازند و مقام ناظر وظیفه دارد همواره این ویژگی‌ها را مورد پایش و ارزیابی قرار دهد. به عبارت دیگر، نظارت شرعی به معنای اطمینان از منطبق بودن با شریعت است. از مهم‌ترین ویژگی‌های نظارت شرعی، نظارت قبل از عملیات و نظارت پس از انجام عملیات بانکی می‌باشد؛ علی‌الخصوص عملیاتی که اثر مستقیم بر مصالح عمومی و رابطه مستقیم با دستورات شریعت دارد.

در این زمینه تاکنون تحقیقات متعددی به منظور شناخت هرچه بهتر مقوله نظارت و همچنین نظارت شرعی صورت پذیرفته، از جمله مقاله ای تحت عنوان «نقش شورای تخصصی فقهی در ارتقای سطح مشروعیت و کارایی بانک‌های اسلامی» نوشته سید عباس موسویان و همکاران که نویسندگان در این پژوهش به تبیین تصور طراحان بانکداری اسلامی به تطهیر از اتهام ربا، با حذف بهره از روش‌های تجهیز و تخصیص منابع و بکار گرفتن عقود شرعی در موضوعات بانکی می‌پردازند. و مقاله «نظارت شرعی و ریسک شریعت در بانکداری اسلامی» از حسین میسمی و قلیچ که این پژوهش تلاش می‌کند تا ضمن تبیین ضرورت و اهمیت نظارت شرعی در بانکداری اسلامی و بررسی تجربه برخی کشورهای اسلامی و غیر اسلامی در این رابطه، وضع موجود نظارت شرعی در کشور را مورد بحث قرار دهد. همچنین «آسیب‌شناسی نظارت شرعی در نظام بانکی ایران و ارائه اصلاح‌های قانونی» از سید عباس موسویان و حسین میسمی؛ به بررسی و تبیین نظام بانکی ایران در خصوص وجود خلأهای جدی درباره نظارت شرعی و بخصوص سکوت قانون عملیات بانکی بدون ربا و دیگر قوانین و مقررات درباره پایش اجرای صحیح بانکداری براساس ضوابط شرعی پرداخته است.

لیکن در این بین، پژوهشی که با استعانت از مبانی فقهی و مستندات قانونی ضمن توجیه اهمیت ضرورت، به بررسی وضعیت موجود نهاد نظارت شرعی در بانک پرداخته و با مذاقه در قوانین جدید و بیان کاستی‌ها در پی یافتن راه حل در این زمینه باشد، مشاهده نشد. کمبود تحقیقات صورت گرفته در محدوده فوق، یقیناً به اخیر التصویب بودن قوانین و بخشنامه‌ها در این خصوص بر می‌گردد. در این پژوهش درصدد هستیم تا با بررسی مبانی فقهی و مستندات حقوقی در خصوص ضرورت وجود نظارت شرعی، ضمن رسیدن به درک عمیقی از موضوع، به تبیین راهکارهای اجرایی شدن نظارت شرعی در ساختار بانکداری اسلامی با توجه به اهمیت آن در خصوص انطباق با شریعت اسلامی دست یابیم.

۱- مفهوم نظارت شرعی

نظارت در ادبیات عرب، به معنای بازرسی و رسیدگی (جوهری، ۱۴۰۷: ۲/۲۱۵۰) و به عنوان مصدر فعل «نظر» به معنای با اندیشه و به چشم خود دیدن است (دهخدا، ۱۳۷۷: ۲۲۵۶۱/۱۴)؛ همچنین به معنی مراقبت برای اطمینان از درستی کاری، نظر کردن و نگریستن به چیزی و تحت نظر داشتن کاری بیان گردیده است (توحیدی، ۱۳۹۸: ۱۵۸؛ انوری، ۱۳۸۱: ۷۸۵۱/۸). در مفهوم و اصطلاح حقوقی، نظارت به مراقبت بر عمل دیگری (مانند متولی موقوفه، وصی، وکیل یا قیم و غیره) گفته می‌شود تا عمل صحیحاً صورت گیرد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۵/۳۶۵۰) و به مجموعه عملیاتی که براساس آن میزان انطباق عملکرد با قوانین و مقررات سنجیده می‌شود تا از منطبق بودن نتایج با هدف‌های معین اطمینان حاصل شود، اطلاق می‌گردد (توحیدی، ۱۳۹۸: ۱۵۸؛ اخوان کاظمی، ۱۳۹۱: ۲۹).

با این توضیح، نظارت در مفهوم حقوقی خود، بازرسی، ارزیابی و سنجش اقدامات مجریان بوده و ناظر را می‌توان کسی دانست که برای چنین بازرسی، ارزیابی و سنجش تعیین می‌شود (عمید زنجانی، ۱۳۸۹: ۱۵؛ حبیب نژاد و عامری، ۱۳۹۳: ۹) و یا به بیان دیگر، عبارت است از مجموعه اقداماتی که به نظارت در راستای تصویب قوانین مناسب

و در جهت نیل به اهداف عالیه اجتماعی، اقتصادی، سیاسی و فرهنگی و غیره و نیز نظارت بر گزینش کارگزارانی مناسب در جهت پیشبرد اهداف مورد تصویب و النهایه نظارت بر عملکرد کارگزاران و تطبیق عملکرد آنها با سیاست های تقنینی مربوط می شود (مرتضایی، ۱۳۹۰: ۴۴؛ پیرنیاکان، ۱۳۹۹: ۶۹).

با این تفاسیر، نظارت شرعی به نوعی از نظارت اطلاق می گردد که مطابق موازین شرعی از سوی فقها و متخصصین این حوزه و بر موضوعات مختلفی صورت می گیرد (رضایی زاده برواتی و همکاران، ۱۴۰۰: ۵۸۴) و نظارت شرعی در بانکداری اسلامی، کلیه اقدامات احتیاطی و نظارتی به منظور اطمینان از انطباق فعالیت های یک بانک اسلامی یا یک نظام بانکی اسلامی با اصول و قوانین شریعت مقدس اسلام است که با هدف دستیابی به مقررات، اقدامات، فعالیت ها، تدابیر، اصول و روش هایی که به وسیله آنها بتوان مخاطرات ناشی از عدم تطابق فعالیت های بانکی با شرع مقدس در یک بانک اسلامی و یا یک نظام بانکی اسلامی را به حداقل رساند (میسمی و قلیچ، ۱۳۸۹: ۵).

۲- ضرورت وجود نظارت شرعی

برقراری ثبات در ساختار بانکی هر کشور، در گرو مستقر نمودن امنیت و ایجاد محیطی سالم در شبکه پولی و بانکی آن کشور است، از اینرو علمای حقوق و اقتصاد غالباً در تلاش هستند تا موانع موجود در مسیر رشد اقتصادی و پویایی آن را به وسیله توجه ویژه به نظام بانکی رفع نمایند. به همین دلیل، تعیین نهاد نظارتی در سیستم مالی، به عنوان مهم ترین ابزار به جهت اطمینان از این قضیه بسیار ضروری است. از طرفی به دلیل طبیعت خاص بانک های اسلامی، این نوع از بانک ها به نظارت خاصی نیاز دارند که نمی توان از آن غافل بود (میسمی و قلیچ، ۱۳۸۹: ۱۱). جایگاه نظارت شرعی نه تنها در کشورهای دارای نظام بانکداری اسلامی بلکه حتی در کشورهای غیراسلامی نظیر کشور انگلستان^۱ نیز به دلیل وجود عدّه کثیری از بانک های اسلامی در آن دارای اهمیت

۱. در برخی کشورهای غربی نظیر انگلیس، به دلیل وجود مسلمانان نخستین کشور غربی است که به تأسیس بانکداری خرد براساس قوانین اسلام اقدام نموده است (تقی زاده، ۱۳۹۱: ۶۱)؛ که در این بانک ها عملیات بانکی

می باشد به گونه ای که این کشورها تلاش نموده اند تا همواره نوع خاصی از نظارت شرعی را در سیستم بانکداری خود اجرایی کنند؛ هرچند در عمل، شوراهای فقهی در کشورهای گوناگون با عناوین مختلفی چون شوراهای تخصصی فقهی، شورای شریعت، ناظران شریعت و غیره مشغول به فعالیت می باشند، اما محور اصلی فعالیت این نهادهای نظارتی یکسان بوده و همان طور که از نام آن پیداست اطمینان یافتن از انطباق فعالیت ها با فقه اسلامی است. اما علاوه بر آن شورای فقهی نظارت شرعی در کشورهای مختلف دارای اختیارات و تکالیف یا به عبارتی دارای کارویژه هایی می باشند که مهم ترین آن در تنظیم آئین نامه ها، دستورالعمل های اجرایی و قراردادها مطابق با ضوابط شرعی، ارائه خدمات آموزشی در رابطه با اصول شریعت به مدیران و کارکنان، پاسخ به سؤالات شرعی مشتریان و کلیه ذیتفعان بانک، انجام بازرسی های شرعی در راستای تضمین اجرای صحیح عقود، تدوین گزارش سالانه انطباق با شریعت و افشای عمومی آن و جایگاه نظام بانکی در زمینه بانکداری اسلامی می باشد.^۱

اهمیت برقراری نظارت شرعی دارای مبانی محکم، به لحاظ فقهی بوده و از باب قانونگذاری در کشوری چون ایران مناسب اما به لحاظ اجرایی دارای کاستی های قابل توجهی می باشد؛ در ادامه این مباحث تشریح می گردد.

۳- مبانی فقهی ضرورت نظارت شرعی

مستندات فقهی متعددی ضمن آن که اهمیت وجود نهاد نظارتی و ضرورت تبیین مقام ناظر در کلیه سطوح حکومت اسلامی، از جمله نظام بانکداری را توجیه می نماید به عنوان مبنا و فلسفه وجودی مقوله نظارت در بانکداری اسلامی شناخته می شود؛ بعضی از آنها مانند ممنوعیت ربا و قاعده نفی غرر به صورت مستقیم به مقوله نظارت شرعی

بر اساس قوانین شریعت انجام می گیرد. و نظام بانکی از خدمات یک نهاد ناظر شرعی مانند هیئتی موسوم به هیأت شریعت جهت تطابق و سازگاری خدمات بانکی با قوانین شریعت اسلامی و رعایت قانون بانکداری بدون ربا بهره می برد (همان: ۷۷).

در بانکداری اسلامی و بعضی مانند لاضرر به جهت عمومیت مقوله نظارت ارتباط می یابد؛ بدین جهت مهم ترین مبانی فقهی در این زمینه عبارتند از:

۱-۳- ممنوعیت ربا

بدون تردید قدم اول برای تحقق بانکداری بدون ربا، حذف ربا از تمام عملیات مربوط به تخصیص، تجهیز و خدمات بانکی می باشد (نظر پور و همکاران، ۱۳۹۳: ۷۲)؛ به عبارتی ربا فارغ از این که از جمله گناهان کبیره بوده و نهی اسلام از ارتکاب آن به جهت شایع بودن آن در ساختار بانکی مرسوم در دنیا، در واقع اولین گام به جهت مستقر نمودن نظام بانکداری اسلامی، حذف آن از قراردادهای مالی می باشد و با توجه به تفاوت های نظام بانکداری اسلامی با نظام های مرسوم بانکی در دنیا که به صورت ربوی اداره می گردد، به نظر می رسد که مبنای مذکور نه تنها یکی از مهم ترین مبانی فقهی در باب ضرورت وجود نظارت شرعی در ساختار بانکی می باشد بلکه این ممنوعیت، سنگ بنا و عامل اصلی ایجاد چنین نظامی در کشورهای اسلامی است؛ علاوه بر آن که به همین دلیل نیز قواعد خاص بانکی نظیر قانون عملیات بانکی بدون ربا در این زمینه تنظیم گردیده و با توجه به لزوم شرعی بودن قوانین، اهمیت مقام ناظر به وضوح روشن می گردد.

در آیات و روایات، علل تحریم ربا جلوگیری از فساد و تباهی اموال، تعطیلی تجارت و کسب و کار حلال و گرایش مردم به سودجویی ذکر گردیده است (صدوق، ۱۳۷۸: ۹۳/۱؛ همو، ۱۴۱۳: ۵۶۷/۳)، به گونه ای که برخی از فقها در اینباره می گویند حرمت ربا به وسیله قرآن، سنت و اجماع مسلمین ثابت است بلکه بعید نیست که حرمت آن از ضروریات دین باشد (خیمینی، ۱۳۸۵: ۶۰۸/۱).

خداوند در قرآن کریم در آیات ۲۷۸ تا ۲۸۰ سوره بقره می فرماید: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُمْ مُؤْمِنِينَ؛ فَإِن لَّمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُؤُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلُمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ؛ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَن تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ: ای کسانی که ایمان آورده اید،

از خدا پروا کنید و اگر مؤمنید آن چه از ربا باقی مانده است واگذارید و اگر [چنین] نکردید، بدانید به جنگ با خدا و فرستاده وی، برخاسته‌اید و اگر توبه کنید سرمایه‌های شما از خودتان است؛ نه ستم می‌کنید و نه ستم می‌بینید و اگر [بدهکارتان] تنگدست باشد پس تا [هنگام] گشایش، مهلتی [به او دهید] و [اگر به راستی قدرت پرداخت ندارد] بخشیدن آن برای شما بهتر است اگر بدانید.»

در این آیه شریفه ربا خواری، آهنگ جنگ با خدا دانسته شده و این همانندسازی، بزرگی گناه را می‌رساند، زیرا رباخواری سلامت جامعه را به خطر انداخته و توازن اقتصادی کشور را در هم می‌کوبد. همچنین در کتب معتبر شیعه و سنی، روایات و احادیث گهرباری از پیامبر اکرم (ص) در باب حرمت ربا بیان گردیده است؛ از جمله پیامبر (ص) می‌فرماید: «من أخذ الربا وجب علیه القتل و كل من أربى وجب علیه القتل: هر کس ربا بگیرد کشتنش واجب است و تمامی ربا دهندگان نیز باید کشته شوند» (قمی، ۱۴۰۴: ۹۳/۱؛ مجلسی، ۱۴۰۳: ۱۱۸/۱۰۳).

مضاف بر این، از روایات معصومین در حرمت ربا می‌توان به احادیث وارده از امام صادق علیه السلام اشاره نمود که در این خصوص می‌فرماید: «أَمَّا حَرَمَ اللَّهُ عَزَّوَجَلَّ الرَّبَا لِكَيْلَا يَمْنَعَ النَّاسُ مِنْ اصْطِنَاعِ الْمَعْرُوفِ: همانا خداوند ربا را حرام نمود تا مردم از انجام کارهای خوب و شایسته خودداری نکنند (کلینی، ۱۴۲۸: ۱۴۶/۵؛ حرّ عاملی، بی تا: ۱۱۸/۱۰). همچنین روایتی که هشام بن حکم نقل می‌کند؛ از امام صادق علیه السلام پرسیدم چرا ربا حرام شد؟ حضرت در پاسخ فرمود: «إِنَّهُ لَوْ كَانَ الرَّبَا حَلَالًا لَتَرَكَّ النَّاسُ التِّجَارَاتِ وَ مَا يَحْتَاجُونَ إِلَيْهِ فَحَرَّمَ اللَّهُ الرَّبَا لِيَفِرَّ النَّاسُ مِنَ الْحَرَامِ إِلَى الْحَلَالِ وَ إِلَى التِّجَارَاتِ وَ إِلَى الْبَيْعِ وَ الشَّرَاءِ فَيَبْقَى ذَلِكَ بَيْنَهُمْ فِي الْقَرْضِ: به راستی، اگر ربا حلال بود، مردم تجارت و تلاش برای معاش را رها می‌کردند؛ به همین دلیل خداوند ربا را حرام کرد تا مردم از حرام به حلال و تجارت و خرید و فروش روی آورند و به یکدیگر قرض بدهند» (صدوق، بی تا: ۴۸۲/۲). از این پاسخ امام استفاده می‌شود که ربا، بازدارنده تولید و تجارت و مانع فعالیت و اشتغال است. همچنین مطابق با فرموده ایشان: «شرّ

المكاسب كسب الربا: بدترین كسب ها رباخواری است» (حكیمی و دیگران، ۱۳۷۴: ۴۰۹؛ شعیری، بی تا: ۱۴۵).^۱

حال این که بانک به عنوان مهم ترین ستون بخش اقتصاد، که در واقع الزامات جامعه و کسب و کار منجر به ایجاد آن گردیده، بایستی با هدف اساسی خود که همانا تلاش در جهت سامان بخشیدن به اقتصاد کشور است در راستای به حرکت درآوردن چرخه های آن فعالیت نموده و دریافت سود به عنوان امری تبعی - و نه هدف اصلی - در آن لحاظ گردد؛ ضمن آن که سودی که بانک از سرمایه سهامداران و یا سپرده سپرده گذاران دریافت می نماید بایستی حاصل تجارت واقعی بوده باشد، به گونه ای که بانک با سرمایه های سپرده شده کار کرده و سهم حساب شده و تضمین شده ای را به سپرده گذاران و همچنین سهامداران بپردازد، نظیر عقد شرعی مضاربه که در آن بانک به عنوان عامل می تواند سهم مالک یا همان سپرده گذاران و سهامداران را - برابر با قیمت روز - تضمین کند و در پایان کار اگر سود بیشتری به دست آمد آن را نیز حساب نماید. بنابراین با هدف جلوگیری از دریافت سود ربوی، نظام بانکداری اسلامی ایجاد و تبیین گردیده و با عنایت به توضیحات فوق، لزوم ضرورت نهاد نظارتی به جهت کنترل و بازرسی قوانین و اجرای آن مطابق با دستورات اسلامی نیز امری واضح است.

۲-۳- قاعده نفی غرر

غرر در لغت، واژه ای عربی است که در برخی فرهنگ های لغت فارسی به معنای خطر و فریب بوده به گونه ای که در معاملات باعث اضرار به غیر شود (معین، ۱۳۶۰: ۲/۲۴۰)، و یا به معنای خطر یا ریسک، خدعه یا نیرنگ، امری که مورد تعهد و اطمینان نبوده (اصفهانی، ج ۱، ۳۰۰) و همچنین در کلام فقیهان غرر در واقع فعل است و به معنای فریفتن (شهید اول، ۱۳۰۸: ۱۳۷) و از جمله قواعد مهمی که در استنباط احکام معاملات

1. <https://hawzah.net>

به ویژه معاملات جدید و ابزارهای مالی مورد استناد قرار می‌گیرد قاعده نفی غرر یا نفی بیع غرری می‌باشد.

مستند این قاعده، حدیث معروف نبوی (ص) می‌باشد: «نهی النبى عن بیع الغرر»؛ مطابق با قاعده غرر، هرگاه در یک معامله شخصی کاری را انجام داده که سبب فریب خوردن شخص دیگری شده و در نتیجه آن کار به او ضرری وارد شود شخص اول بایستی بر مبنای این قاعده با پذیرش مسؤلیت خود خسارات وارده به طرف دیگر را نیز جبران کند (علیدوست، ۱۳۸۲: ۸۹). به عبارت دیگر، غرر در معاملات، عاملی برای ایجاد معاملات نامتوازن و داراشدن غیر عادلانه و منظور معاملاتی است که عاقبتشان برای یکی از طرفین مجهول و باعث ضرر و خطر می‌گردد و در حالت کلی با استناد به قاعده نفی غرر در معاملات می‌توان از مخاطراتی که ممکن است کلیت یک معامله را تحت الشعاع قرار دهد اجتناب نمود و در نتیجه، معاملات با اطمینان بیشتری صورت گرفته و احتمال این که در آنها مشکلی پیش آید یا خطری هریک از طرفین معامله را تهدید کند به شدت کاهش می‌یابد. به همین منظور، با توجه به وجود انبوه سپرده‌گذاران در بانک‌های کشور و از طرفی عدم اطلاع کافی این افراد از اقدامات و قراردادهای بانکی که بعضاً با جهت‌گیری‌های مدیران بانک به سمت سهامداران، حقوق آنها نادیده و یا تضییع می‌گردد و به منظور جلوگیری از اینگونه سوء استفاده مدیران از جهل سپرده‌گذاران در این خصوص، لزوم نظارت شرعی در حوزه بانکداری روشن می‌گردد.

همچنین از آنجا که احتمال خطای مسئولین و این که از اعتماد مشتری سوء استفاده شده و اسباب فریفتن او حاصل آید وجود دارد، لذا باید نظارتی شرعی و دقیق بر اعمال کارگزاران باشد؛ چراکه بدون شک حاکمان معصوم نیستند و به همین دلیل قطعاً به جهت انطباق عملکرد آنها در جهت اهداف اسلامی و مصلحت عامه مردم نظارت بسیار ضروری است (حسین نژاد، ۱۳۹۷: ۴) خصوصاً آن که وجود فساد در بین گردانندگان نظام بانکی امری غیر ممکن نبوده و در سال‌های اخیر شاهد نمونه‌های فراوانی از تضییع حق سپرده‌گذاران بوده ایم.

۳-۳- لزوم رعایت مصلحت عمومی

مصلحت آحاد جامعه و عامه مردم ایجاب می نماید تا ابزار های مورد تأکید در شریعت به منظور اجرای صحیح قوانین و جلب اعتماد مردم به حکومت در سطوح مختلف عملی گردد.

مهم ترین نفع و کارکرد نظارت شرعی برای یک بانک اسلامی و یا یک نظام بانکی اسلامی، مقوله کاهش «ریسک شهرت» است. به این معنی که اگر نظارت شرعی وجود نداشته باشد، ممکن است به تدریج بانک های اسلامی از اصول و ضوابط شرعی تعدی کنند و این باعث می شود اعتماد خبرگان، فقها، مراجع تقلید، عموم مردم و حتی کارکنان شبکه بانکی نسبت به شرعی بودن عملکرد بانک ها مورد سؤال و تردید قرار گیرد.

بانک های اسلامی در سایر کشورها ضمن درک اهمیت نظارت شرعی، تلاش کرده اند تا همواره نوع خاصی از نظارت شرعی را اجرایی کنند. بر این اساس، می توان مدعی بود که شاید هیچ بانک یا مؤسسه اسلامی در جهان وجود نداشته باشد که نوعی از نظارت شرعی را در خود اجرایی و عملیاتی نکرده باشد. البته در عمل، شوراهای فقهی در بانک های اسلامی یا نظام های بانکی اسلامی، با تعبیر گوناگونی چون شورای تخصصی فقهی، شورای فقهی، شورای شریعت، کمیته شریعت، ناظران شریعت و غیره به فعالیت مشغول اند که علیرغم تمامی تفاوت ها، اصل کار آنها تضمین انطباق فعالیت ها با فقه اسلامی است.

بنابراین هدف نهایی از نظارت و بازرسی، اصلاح و بهبود اوضاع و به طور دقیق، شناسایی، کشف و ریشه یابی و سپس ارائه راه حل اصلاحی به منظور رعایت مصلحت تمام افراد جامعه است. راه حلی که همراه با یافتن خطاهای عوامل دست اندرکار، اشتباهات فاحش را بر ملا ساخته و برای ادامه مسیر دستورالعمل مناسب صادر می نماید (حسین نژاد، ۱۳۹۷: ۵).

۳-۴- قاعده لاضرر

ضرر عبارت است از نقص در مال یا بدن یا حق انسان و مطابق با آن چه در کتاب الصّحاح بیان شده، به معنای خلاف نفع می باشد (جوهری، ۱۴۰۷: ۸۹/۲) و قاعده لاضرر، قاعده فقهی برگرفته از متن حدیث مشهور نبوی لاضرر و لاضرار فی الاسلام است که بر نفی اضرار به غیر در دین اسلام و حرمت آن دلالت می کند (آقامهدوی، ۱۳۹۴: ۱۴۰).

عمومیت قاعده لاضرر همانگونه که بیان شده، تمامی افراد حتی حکومت و مسؤولان را - صرف نظر از اموری که به جهت نفع و مصلحت عمومی و با استفاده از حق حاکمیتی انجام می دهد - در بر می گیرد (ابویی مهریزی، ۱۳۷۹: ۱۴۸؛ ولی زاده، ۱۳۹۸: ۳۳۹). ممکن است به سبب عدم اعمال صحیح قانون موجب خساراتی به عامه مردم گردد. با عنایت به این موضوع، این قاعده نیز در کنار سایر قواعد و حتی به تنهایی و به عنوان یکی از قواعد بنیایی و عمومی به ضرورت وجود نظارت شرعی در بانکداری اسلامی تأکید می ورزد، زیرا چنان چه پیشتر بیان گردید بانک ها به عنوان مهم ترین بنگاه های اقتصادی بیش از هر نهاد دیگر در جوامع علاوه بر این که نیازمند جلب اعتماد آحاد جامعه به سرمایه گذاری می باشند، ممکن است به سبب تخطی از قوانین و یا حتی قصور غیر عمدی در این زمینه، با ایجاد خسارت به صاحبان سرمایه، ضرر فراوانی را وارد نمایند.

۴- مستندات قانونی نظارت شرعی

از مهم ترین بایسته های تقنینی در نظام جمهوری اسلامی ایران، موضوع التزام به حاکمیت قانون در پرتو شریعت اسلامی می باشد. تبلور این مسأله در تأکیدات قانونگذار اساسی بر لزوم رعایت فرامین قانون اساسی در راستای شرع مقدّس و در اصول متعدّدی متجلی می باشد (رضایی زاده برواتی و همکاران، ۱۴۰۰: ۵۹۱) ضمن آن که فرآیند تصویب قانون اساسی که در پی مباحثاتی با روحانیون و خصوصاً امام خمینی (ره) نسبت به این سند قانونی مهم ملی صورت گرفت، باعث گردید تا متن نهایی با شریعت اسلامی کاملاً هماهنگ گردد (فقیهی و عساکره، ۱۴۰۰: ۲۰) به گونه ای که قانونگذار پس از

تشریح پایه های بنیادین جمهوری اسلامی، در اصل دوم و سپس چهارم قانون اساسی به التزام بر انطباق کلیه قوانین و مقررات کشور با موازین اسلامی و شرع مقدّس و به رویکرد نظارت شرعی در انتهای اصل تأکید می نماید. همچنین در اصل هفتاد و دوم قانون مذکور صراحتاً مقرر داشته که نهاد تقنینی نمی تواند مبادرت به وضع قوانینی نماید که با اصول و احکام مذهب رسمی کشور مغایرت داشته باشد.^۱ این مهمّ حتّی باعث گردیده تا هدف از تصویب بسیاری از قوانین عادی مصوّب مجلس شورای اسلامی صراحتاً سوق دادن نهادهای مهمّ کشور به سمت مدیریت در پرتو فرامین اسلامی باشد، نظیر آن که قانونگذار در ماده یک از قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوّب ۱۳۶۲، به طور صریح اولین و مهمّ ترین اهداف نظام بانکداری اسلامی را استقرار نظام پولی و اعتباری بر مبنای حقّ و عدل (با ضوابط اسلامی) به منظور گردش صحیح پول و اعتبار در جهت سلامت و رشد اقتصاد کشور می داند.

در واقع، عدم مشروعیت بکارگیری قرض با بهره در عملیات تجهیز و تخصیص منابع در نظام بانکی سبب شد تا تبصره ای در قانون بودجه سال ۱۳۶۰ کلّ کشور گنجانده شود و این مسأله در واقع سرآغاز تحوّل عمیق در بانکداری ایران گردید؛ چراکه در تبصره ۵۴ قانون بودجه آن سال مقرر شد «دولت موظّف است از تاریخ تصویب این قانون برای حذف ربا از نظام بانکی و اصلاح نظام در اسرع وقت مطالعه های لازم را انجام داده و لایحه مربوط را به مجلس شورای اسلامی تقدیم کند»؛ و سرانجام همین موضوع پس از بررسی های متعدّد و با تصویب هیأت وزیران منجر به تصویب قانون عملیات بانکی بدون ربا در شهریورماه ۱۳۶۲ گردید (موسویان، ۱۳۹۰: ۱۹). لازم به ذکر است «تنها قانون حوزه پولی و بانکی که معطوف به ابعاد شرعی نظام بانکی نگاشته شده، قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوّب سال ۱۳۶۲ است. در ماده (۱) این قانون صراحتاً بر اهمّیت استقرار نظام پولی اسلامی تأکید و اولین هدف نظام بانکی در جمهوری

۱. ر.ک: اصل دوم، چهارم، و هفتاد و دوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

اسلامی ایران، «استقرار نظام پولی و اعتباری بر مبنای حق و عدل (با ضوابط اسلامی) به منظور تنظیم گردش صحیح پول و اعتبار در جهت سلامت و رشد اقتصاد کشور» تبیین شده است؛ لذا به استناد این ماده می‌توان شورای پول و اعتبار و بانک مرکزی (به عنوان مقامات سیاستگذار و ناظر نظام بانکی) را مسئول عملکرد شرعی نظام بانکی دانست. علیرغم تصریح در ماده (۱) قانون مذکور، متأسفانه در مواد مرتبط با سیاستگذاری و نظارت بانک مرکزی، به نظارت شرعی اشاره‌ای نشده و دخالت و نظارت بانک مرکزی در ماده (۲۰) این قانون محدود به تعیین نرخ‌ها و سهم‌ها شده است. به این ترتیب، می‌توان گفت موضوع نظارت شرعی بر نظام بانکی (اعم از بانک مرکزی و شبکه بانکی) در قوانین مربوطه مورد غفلت واقع شده است» (روحانی و بنی‌طباء، ۱۳۹۵: ۵).

۵- چالش‌های اجرایی شدن نظارت شرعی در نظام بانکداری اسلامی

اکنون که با وجود گذشت حدوداً چهار دهه از تصویب قانون عملیات بانکی بدون ربا شاهد نظارتی قوی و تأثیرگذار که بتواند در بانک‌ها و مؤسسات مالی مستقر و نظارت مستقیم و مؤثر داشته باشد، نمی‌باشیم می‌توان پی برد که این مسیر با چالش‌های متعددی روبه‌روست؛ چراکه اجرایی شدن نظارت شرعی بر بانک‌ها علاوه بر شورای فقهی بانک مرکزی، باید شامل هیأت‌های نظارتی باشد که بتوانند با استقرار در بانک‌ها و مؤسسات مالی در نظارت شرعی مؤثرتر عمل نمایند. ذیلاً به طور خلاصه به مهم‌ترین چالش‌های پیش‌رو اشاره خواهد شد:

- ۱- هزینه بر بودن: اولین چالش پیش‌روی اجرایی شدن نظارت، هزینه بر بودن تعریف و اجرای ساختار ناظر شرعی در بانک‌هاست.
- ۲- کمبود متخصصین: دومین چالش، کمبود متخصصان به منظور حضور در جایگاه هیأت نظارت شرعی است؛ مخصوصاً این که تعداد افرادی که در خصوص مباحث بانکی و فقهی توأمان خبره باشند بسیار محدود است.

۳- تداخل وظایف شورای فقهی با بدنه کارشناسی مؤسسه: در نظام بانکی، نظارت، چیزی بیش از نظارت شرعی و شامل کنترل های بازرسی و حسابرسی است؛ بنابراین وجود یک نهاد نظارتی شرعی، امکان تداخل و تعارض در مقام اجرا میان بخش های مختلف نظارتی را ممکن است در پی داشته باشد.

۴- کیفی بودن مقوله انطباق با شریعت و امکان اعمال سلیقه: انطباق موضوعات فعالیت های بانکی با شریعت، اساساً یک مقوله کیفی است. در این موارد، خطر اعمال سلیقه ناظران می تواند بر تعیین میزان شرعی بودن مؤثر باشد.

۵- اختلاف فتوای فقهی: اختلاف فتاوی فقهی در تمام امور امری بدیهی است. این موضوع در خصوص مباحث بانکی نیز دور از انتظار نبوده که می تواند به چالشی مهم تبدیل گردد، علی الخصوص که اختلافات فقهی در انجام وظیفه هیأت نظارت، تأثیر گذار است.

با عنایت به چالش های مطرح شده باید دید چه راهکارهایی برای رفع آن می تواند پیشنهاد گردد.

۶- راهکارهای اجرایی شدن نظارت شرعی در نظام بانکداری اسلامی

در مجموع، بانک ها و مؤسسات مالی اسلامی می بایست در اجرای سازوکارهای حاکمیت شرکتی - به عنوان نوعی ابزار کنترلی و نظارتی در شبکه بانکی - رویکرد تبعیت از احکام مربوط به شریعت اسلامی و اجرای آن، در استخراج و تشریح قوانین و مقررات شریعت با اجرای سازوکاری مناسب عمل نمایند آنها هم به دلیل ماهیتی که دارند که باعث می گردد تا موضوع قانون گذاری و نظارت بر آنها در برخی موارد ابعاد خاصی پیدا کند (میسسی، ۱۳۹۰: ۵۶). اجرای صحیح این موضوع، مستلزم نظارت تخصصی (برای مجازات افراد خاطی) و شرعی قوی می باشد (توحیدی و همکاران، ۱۳۹۹: ۹۶)؛ بنابراین در صورت توجه به اجزای این چالش ها که پیش از این گفته شد، لازم است راهکارهای اجرایی شدن این نظارت به صورت موردی مطرح گشته تا برای تعیین هیأت

نظارت با وجود چالش‌های پیش‌رو بتوان راهکارهایی را برای حل آن تبیین نمود؛ هرچند که این راهکارها در حد پیشنهاد است لیکن می‌تواند مورد عنایت قرار گیرد. نخستین چالش را می‌توان با شناخت و محاسبه هزینه‌ها توسط مسئولین مؤسسه حل نمود، به این صورت که با دیدی روشن در خصوص تشکیل و فعالیت شورای فقهی تصمیم بگیرند. کمبود متخصص نمی‌بایست موجب عدم شکل‌گیری هیأت نظارت گردد، بلکه لازم است به پرورش نیروی‌های مورد نیاز، صاحب‌نظر و جذب آنها به سمت شبکه بانکی در کنار شروع به فعالیت مؤسسات اقدام نمود.

به منظور عدم تداخل وظایف شورای فقهی با بدنه کارشناسی مؤسسه، لازم است تعریف صحیح حوزه کاری و تعیین دقیق مسئولیت‌ها صورت گیرد؛ به نحوی که تعاملی سازنده میان بخش‌های مختلف بانک با هیأت نظارت شرعی ایجاد شده و این شورا مکمل سایر بخش‌ها باشد. همچنین باید در ساختار سازمانی بانک در رابطه با شیوه حل اختلافات احتمالی، سازوکار مشخصی تعیین گردد. با این حال، چالش مذکور محتمل بوده و باید در تشکیل هیأت نظارت شرعی در بانک یا مؤسسه اعتباری غیر بانکی به آن توجه نمود.

کیفی بودن مقوله انطباق با شریعت و امکان اعمال سلیقه، از چالش‌هایی است که به منظور مقابله با آن می‌توان با ارائه چک لیست‌های مشخص نظارت شرعی توسط بانک مرکزی و تلاش در راستای کمی نمودن شاخص‌ها به عنوان یک راهکار در نظر گرفته شود.

در خصوص اختلاف فتوای فقهی، «البته در صورتی که اعضای هیأت نظارت شرعی تسلط کافی به دیدگاه‌ها و نظرات مختلف داشته باشند، در اکثر موارد این امکان وجود دارد که ابزارها و شیوه‌های مورد نیاز به نحوی طراحی گردد که حداکثر سازگاری با نظرات اکثر مراجع داشته باشد. در این رابطه، بر اساس چارچوب عملیاتی پیشنهادی در این پژوهش، هیأت نظارت شرعی بانک‌ها در چارچوب و تحت نظارت شورای فقهی بانک مرکزی به فعالیت مشغول بوده و عملاً بازوی اجرایی شورای فقهی

بانک مرکزی می‌باشند. از اینرو تصمیم‌گیری نهایی در رابطه با مسائل فقهی اختلافی، بر عهده شورای فقهی بانک مرکزی می‌باشد. شیوه عملیاتی پیشنهادی برای حل این مشکل می‌تواند بدین صورت باشد که در گام اول، تلاش می‌شود تا دیدگاه اجماعی که مورد اتفاق اکثر فقها باشد مبنای تصمیم‌گیری قرار گیرد. اگر به هر دلیل، اجماع وجود نداشت نظر مشهور فقهی مبنای عمل شورای فقهی بانک مرکزی قرار می‌گیرد و اگر در رابطه با موضوعی نظر مشهور هم وجود نداشت (که کم اتفاق می‌افتد) آنگاه به نظر فقیه حاکم (ولی فقیه) مراجعه شده و این نظر، مبنای تصمیم‌گیری قرار می‌گیرد؛ بنابراین چالش اختلافات فقهی می‌تواند از این طریق کم رنگ گردد.^۱

همچنین مؤسسات مالی اسلامی ضمن اجرای این مکانیزم تحرک پذیر، سریع و کارا می‌توانند ضمن مطلع نمودن بانک مرکزی از موارد استخراجی آن را به اطلاع عموم نیز برسانند؛ چراکه مسأله انطباق فعالیت‌های شبکه بانکی با تعالیم شریعت اسلامی با توجه به ماهیت بانک‌ها و مؤسسات مالی اسلامی، بسیار ضروری می‌باشد (میسمی، ۱۳۹۰: ۵۶). نظارت بر سیستم بانکی یکی از وجوه لاینفک سیستم‌های اقتصادی مدرن است و عمدتاً مشتمل بر سازوکارهایی به جهت نظارت بر عملکرد بانک‌هاست تا امنیت مالی سپرده‌گذاران، دولت و سیستم اقتصادی را به عنوان یک کل واحد تضمین کند و آنها را از فروپاشی سیستم بانکی و تبعات آن به دور نگاه دارد (توحیدی و همکاران، ۱۳۹۹: ۸۸).

رابطه نظارت شرعی و نظارت متعارف بانکی، رابطه مکمل است و نه جانشین؛ به عبارت دیگر، نظارت شرعی، تقویت‌کننده نظارت بانکی متعارف است (روحانی و بنی‌طباء، ۱۳۹۵: ۴؛ نوابی مقدم و همکاران، ۱۴۰۱: ۱۳) و همان‌طور که بیان گردید به جهت طبیعت خاص بانکداری اسلامی و وجود مؤلفه‌های بارز اسلامی در آن و همچنین اطمینان از اسلامی بودن فرآیند‌های بانکی در سیستم بانکی کشورهای اسلامی، نظارت شرعی، سازوکاری ضروری می‌باشد.

1. www.ibena.ir/fa/news

نتیجه گیری و پیشنهاد

همان طور که بیان گردید با توجه به طبیعت خاص بانکداری اسلامی و مؤلفه های بارز شریعت در آن، وجود نظارت شرعی به جهت اطمینان از مشروعیت فرآیند ها در سیستم بانکی کشورهای اسلامی، امری حیاتی می باشد. مستندات فقهی و قانونی محکم و بلاشک، ضرورت وجود نظارت شرعی را توجیه نموده و بر اهمیت آن تأکید می ورزد؛ ضمن آن که وجود ناظر شرعی می تواند با جذب اعتماد و مشروعیت بخشی به بازار مالی، موجب ارتقاء و افزایش کارایی بانک گردد.

در همین راستا کشورهای اسلامی همزمان با استانداردهای بین المللی و پیشنهادهای ارائه شده توسط مؤسسات مالی اسلامی، به ایجاد نوعی نهاد نظارتی در سیستم بانکی خود با کارویژه های گوناگون که مهم ترین آن انطباق قوانین با شریعت و با عناوین مختلف می باشد، مبادرت نموده اند.

در کشور ایران نیز، شورایی تحت عنوان «شورای فقهی بانک مرکزی» به عنوان عالی ترین نهاد در زمینه نظارت شرعی، هم به منظور مقررات گذاری و هم نظارت بر اجرا ایجاد گردید که وظیفه پایش اسلامی بودن فعالیت های بانک ها و مؤسسات اعتباری را برعهده دارد و مصوبات آن تا قبل از سال ۱۳۹۶ جنبه مشورتی داشته لیکن با تصویب ماده ۱۶ قانون برنامه ششم توسعه، اجرای دستورات آن برای کلیه بانک ها لازم الاجرا گردید.

با این وجود، هرچند استقرار این نهاد نظارتی در سیستم بانکی کشور گامی مثبت در جهت ارتقای سلامت بانکی کشور و اطمینان افراد بدان می باشد اما به طور کلی روند نظارتی در این زمینه، همچنان دارای نواقص و کاستی ها یا به عبارتی چالش هایی است که با اجرای راهکارهای مناسب می توان بر آن فائق آمد؛ نظیر آن که قانون در خصوص تشریفات رؤیت تخلف از فرامین اسلامی توسط مقام ناظر ساکت است. این موضوع نشان می دهد که صرف وضع قوانین به منظور اجرای نظارت شرعی در این خصوص

کافی نبوده و بایستی تمهیدات انضباطی لازم در خصوص عکس العمل سریع، به موقع و کافی در مقابله با تخطی از مقررات شریعت نیز تبیین گردد.

از طرف دیگر، با توجه به این که مطابق قوانین و دستورالعمل‌ها، شورای فقهی به عنوان یک نهاد کلی و واحد، با استقرار در بانک مرکزی تشکیل گردیده و حال آن که در زیرمجموعه بانک مرکزی هزاران بانک و مؤسسه اعتباری غیر بانکی مشغول به فعالیت بوده که اخیراً قانونگذار با ایجاد بخشنامه ای صرفاً بانک‌ها و مؤسسات مالی را به استفاده یک نفر مسؤول نظارت بر شریعت مکلف نموده که با توجه به دامنه گسترده ریسک‌های شریعت و احتمال تخلفات فراوان در این زمینه و یا حداقل خروج و تخطی ناآگاهانه، به نظر، انتصاب یک شخص به تنهایی به عنوان مسؤول نظارت حقیقتاً ناکافی است و بایستی همانند دیگر ریسک‌های موجود در ساختار بانکی که برای هر کدام کمیته ای در ساختار درونی هر بانک تشکیل شده است، در این زمینه نیز با تبیین زیرساخت‌های لازم شرایطی را فراهم نمود تا به منظور ایجاد یک نظارت قوی و قابل اطمینان، زمینه برای استقرار یک سازمان و مجموعه نظارتی با انتصاب یک نفر به عنوان مدیر مسؤول در ساختار درونی بانک‌ها هموار گردد؛ ضمن آن که مدافعه در مصوبات شورای فقهی بانک مرکزی و روند آهسته تدوین آنها با توجه به تشریفات طولانی لازم الاجرا شدن قوانین و از طرفی شبکه گسترده بانکی، اهمیت ایجاد کمیته فوق را در درون بانک‌ها دو چندان می‌کند.

منابع

- قرآن کریم.

- آقا مهدوی، اصغر (۱۳۹۴)، **نگاهی دیگر به قاعده لاضرر**، دو فصلنامه علمی تخصصی پژوهشنامه فقهی، ۶، ۱۴۱-۱۲۳.

- ابویی مهریزی، حسن (۱۳۷۹)، **مبانی قاعده لاضرر از دیدگاه فقهای امامیه**، کاوش نامه علوم انسانی، ۱، ۴۱-۸۲.

- اخوان کاظمی، بهرام (۱۳۹۱)، **نظارت در نظام اسلامی**، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

مبانی فقهی و حقوقی نظارت شرعی و راهکارهای اجرایی شدن آن در نظام... ————— ۱۸۷

- اصفهانی، محمدحسین (بی تا)، **حاشیه مکاسب**، ج ۱، قم: مجمع الذخائر الاسلامیه.
- انوری، حسن (۱۳۸۱)، **فرهنگ بزرگ سخن**، ج ۸، چ ۵، تهران: سخن.
- پیرنیکان، امیرلطف الله (۱۳۹۹)، **مفهوم و گونه های نظارت و کنترل در حقوق ایران**، فصلنامه پژوهش های حقوقی میان رشته ای، ۱، ۶۷-۷۹.
- تقی زاده، خدیجه (۱۳۹۱)، **بانکداری اسلامی در برخی کشورهای جهان**، ماهنامه بررسی مسائل و سیاست های اقتصادی، ۷، ۶، ۴۷-۸۰.
- توحیدی، محمد؛ فتاحی، علیرضا (۱۳۹۸)، **استخراج مؤلفه های ارتقاء نظارت شرعی در بازار سرمایه ایران بر مبنای استانداردهای بین المللی (مطالعه موردی: استانداردهای بین المللی AAOIFI و IFSB)**، فصلنامه بورس و اوراق بهادار، ۴۷، ۱۵۴-۱۸۱.
- توحیدی، مهرداد؛ شاهی، محمدشریف؛ احمدی، محمدصادق؛ دائی کریم زاده، سعید (۱۳۹۹)، **تحلیل ابعاد حقوقی نظارت بانک مرکزی بر نظام بانکداری در ایران**، تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری، ۴۵، ۸۷-۱۱۳.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۶)، **مبسوط در ترمینولوژی حقوق**، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۴۰۷ق)، **الصّحاح تاج اللغه و صحاح العربیه**، ج ۲، بیروت: دار العلم.
- حبیب نژاد، سید احمد؛ عامری، زهرا (۱۳۹۳)، **مبانی نظارت در نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران**، فصلنامه علوم سیاسی، ۶۵، ۷-۳۲.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن (بی تا)، **تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه**، ج ۱۰، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث.
- حسین نژاد، سید مجتبی (۱۳۹۷)، **بررسی ماهیت، مبانی و اهداف نظارت و بازرسی در فقه شیعه**، ششمین کنفرانس ملی توسعه پایدار در علوم تربیتی و روانشناسی، مطالعات اجتماعی و فرهنگی، تهران.
- حکیمی، محمدرضا؛ حکیمی، محمد؛ حکیمی، علی (۱۳۷۴)، **الحیاه، الفصل الرابع عشر: الربا، سحق، جبار**، ج ۵، تهران: دفتر نشر فرهنگ اسلامی.
- خمینی (امام)، سید روح الله (۱۳۸۵)، **ترجمه تحریر الوسیله**، ترجمه: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- دهخدا، علی اکبر (۱۳۸۵)، **لغتنامه دهخدا**، تهران: مؤسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران.

- رضایی زاده برواتی، محمدجواد؛ ابرهیمی، مهدی؛ بهادری جهرمی، محمد (۱۴۰۰)، **بایسته های نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان در نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران**، پژوهش نامه حقوق اسلامی، ۵۴، ۵۸۳-۶۰۴.
- روحانی، علی؛ بنی طباء، مهدی (۱۳۹۵)، **آسیب شناسی نظام بانکی، ۷ نظارت شرعی بانک مرکزی**، معاونت پژوهش های اقتصادی مجلس شورای اسلامی.
- شعیری، محمد بن محمد (بی تا)، **جامع الاخبار**، نجف: المطبعة الحیدریه.
- صدوق (شیخ)، محمد بن علی بن بابویه (۱۴۲۵ق)، **علل الشرائع**، قم: مکتبه الداوری.
- صدوق (شیخ)، محمد بن علی بن بابویه (۱۳۷۸ق)، **عیون الرضاع**، تهران: جهان
- صدوق (شیخ)، محمد بن علی بن بابویه (۱۴۱۳ق)، **من لایحضره الفقیه**، ج ۳، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی (۱۳۰۸ق)، **القواعد و الفوائد**، چاپ سنگی، بی نا.
- علیدوست، ابوالقاسم (۱۳۸۲)، **قاعده نفی غرر در معاملات**، اقتصاد اسلامی، ۹، ۸۹-۱۰۶.
- عمید زنجانی، عباسعلی؛ موسی زاده، ابراهیم (۱۳۸۹)، **نظارت بر اعمال حکومت و عدالت اداری**، تهران، مؤسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران.
- فقیهی، سیده فاطمه؛ عساکره، زینب (۱۴۰۰)، **تحلیل حقوقی آثار نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر قوانین و مقررات**، حکومت اسلامی، ۹۹، ۵-۲۸.
- قمی، علی بن ابراهیم (۱۴۰۴ق)، **تفسیر قمی**، ج ۱، قم: دارالکتاب.
- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۲۸ق)، **الکافی**، ج ۵، بیروت: منشورات الفجر.
- مجلسی (علامه)، محمدباقر (۱۴۰۳ق)، **بحار الأنوار الجامعه لدرر أخبار الائمة الأطهار**، ج ۱۰۳، ج ۲، بیروت: مؤسسه الوفاء.
- مرتضایی، سید احمد (۱۳۹۰)، **نظارت استصوابی یا استطلاعی، بررسی فقهی حقوقی نظارت شورای نگهبان بر انتخابات**، قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی (ره).
- معین، محمد (۱۳۶۰)، **فرهنگ فارسی**، ج ۲، ج ۴، تهران: امیرکبیر.
- موسویان، سیدعباس (۱۳۹۰)، **نقش شورای تخصصی فقهی در ارتقای سطح مشروعیت و کارایی بانک های اسلامی**، ویژه نامه بانکداری اسلامی، ۱۶-۲۳.

مبانی فقهی و حقوقی نظارت شرعی و راهکارهای اجرایی شدن آن در نظام... ————— ۱۸۹

- میثمی، حسین؛ قلیچ، وهاب (۱۳۸۹)، نظارت شرعی و ریسک شریعت در بانکداری اسلامی: دلالت‌هایی برای طرح تحول نظام بانکی، تازه‌های اقتصاد، ویژه‌نامه بانکداری اسلامی، ۱۳۰، ۱۲-۳.

- میسمی، حسین (۱۳۹۰)، بررسی تطبیقی الگوهای نظارت بر مؤسسات اسلامی در کشورها، تازه‌های اقتصاد، ویژه‌نامه بانکداری اسلامی، ۵۶-۶۱.

- نظریور، محمدنقی؛ یوسفی شیخ رباط، محمدرضا؛ ابراهیمی، میمنت (۱۳۹۳)، شاخص‌های ممنوعیت ربا در عملکرد بانکداری بدون ربا در ایران (بررسی موردی تسهیلات اعطایی شعب بانک تجارت مشهد مقدس)، مطالعات و سیاست‌های اقتصادی، ۲/۱۰، ۶۷-۹۴.

- نوابی مقدم، زینب؛ زارع، علی؛ یوسفی صادقلو، احمد؛ جمالی، جعفر (۱۴۰۱)، بررسی فقهی و حقوقی تعارض منافع در بانک‌های غیر دولتی، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۲۶، ۳۵۹-۳۸۶.

- ولی‌زاده، حسین (۱۳۹۸)، اثر قاعده لاضرر در مسؤولیت مدنی و نقش قاعده اقدام در اثر رافعیت آن، فصلنامه علمی حقوقی قانون یار، ۱۰، ۳۳۱-۳۴۸.

- <https://hawzah.net>.

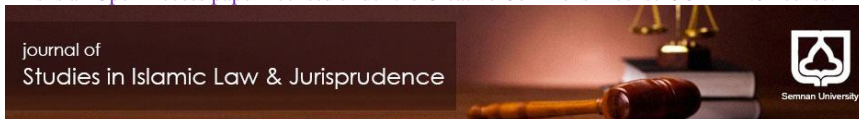
- <https://mbri.ac.ir/IslamicBanking>.

- <https://www.ibena.ir/fa/news>.

Islamic Law and Jurisprudence Studies
Volume 15, Consecutive Number 31, Summer 2023
Issn:2717-0330

Journal Homepage: <https://feqh.semnan.ac.ir/>

This is an Open Access paper licensed under the Creative Commons License CC-BY 4.0 license.



The Role of transgenic substances in the health security of Couples' relationships from the perspective of jurisprudence

Hoseinikhah.Seyyed Javad¹-Pakniyat. Ashraf^{2*}-Sarami. Seyfollah³

1: Ph.D. in political jurisprudence.

2: Forth level student of family jurisprudence, Masomieh Institute of Higher Education, Qom, Iran:
(Corresponding author) (pakniatashraf.123@gmail.com)

3: Faculty Member of the Research Institute of Islamic Sciences and Culture, Qom, Iran.

One of the emerging topics is the discussion of transgenic substances and their rulings in jurisprudence, which are directly related to the health of married couples. Alimony is one of the Muslim rights of a woman over a man in the case of submissiveness and non-marriage of the woman. One of the examples of alimony is the discussion of nutrition and food, which is recommended in verses and traditions to eat healthily. Genetically modified materials as one of the sources of food preparation in the current era, considering that in jurisprudence, it is faced with two views in favor and against, and each view has its own evidence, has a direct relationship with the health of couples' relationships in the discussion of food and nutrition. The present study first examined the nature of transgenic materials, jurisprudential views, and their evidence in this field, and then, by choosing Mukhtar's point of view, it discussed the role of these materials in the health of couples' relationships from the point of view of jurisprudence with a descriptive and analytical method. The results obtained are that, firstly, Mukhtar's point of view in this field is the point of view of the solution of transgenic materials, because the arguments of the opponents are facing serious challenges; And secondly, according to Mokhtar's point of view, the use of transgenic materials for nutrition and sustenance is permissible and there is no problem.

Keywords: health, health security, transgenic, couples, alimony.

- S.J Hoseinikhah, A. Pakniyat, S. Sarami (2023). The Role of transgenic substances in the health security of Couples' relationships from the perspective of jurisprudence, *Islamic Law and Jurisprudence Studies*, 15(31), 191-216.

Doi: [10.22075/feqh.2021.24131.2974](https://doi.org/10.22075/feqh.2021.24131.2974)



فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی

سال ۱۵- شماره ۳۱- تابستان ۱۴۰۲

صفحات ۱۹۱- ۲۱۶ (علمی- پژوهشی)

تاریخ: وصول ۱۴۰۰/۰۵/۱۲- بازنگری ۱۴۰۰/۰۷/۲۷- پذیرش: ۱۴۰۰/۰۸/۱۰

نقش مواد تراریخته در امنیت بهداشتی روابط زوجین از منظر فقه

سیدجواد حسینی خواه^۱/ اشرف پاک نیت^۲؛ سیف الله صرامی^۳

۱: دکتری فقه سیاسی.

۲: طلبه سطح چهار رشته فقه خانواده، مؤسسه آموزش عالی معصومیه، قم، ایران. (نویسنده مسئول)

pakniatashraf.123@gmail.com

۳: عضو هیات علمی پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم، ایران.

چکیده

یکی از موضوعات نوظهور، بحث مواد تراریخته و حکم آنها در فقه است که ارتباط مستقیم با بهداشت روابط زوجین دارد. نفقه یکی از حقوق مسلم زن بر مرد در صورت تمکین و عدم نشوز زن می باشد. یکی از مصادیق نفقه، بحث تغذیه و غذا است که در آیات و روایات به تغذیه سالم توصیه شده است. مواد تراریخته به عنوان یکی از منابع تهیه مواد غذایی در عصر کنونی با توجه به این که در فقه با دو دیدگاه موافق و مخالف مواجه است و هر دیدگاه، ادله خاص خود را دارد رابطه مستقیم با بهداشت روابط زوجین در بحث غذا و تغذیه را داراست. پژوهش حاضر ابتدا به بررسی چسبیتی مواد تراریخته، دیدگاه های فقهی و ادله آنها در این زمینه پرداخته و سپس با برگزیدن دیدگاه مختار، به نقش این مواد در بهداشت روابط زوجین از منظر فقه با روش توصیفی تحلیلی پرداخته است. نتایج به دست آمده عبارتند از این که اولاً، دیدگاه مختار در این زمینه، دیدگاه حلیت مواد تراریخته است؛ چراکه ادله مخالفان با چالش های جدی روبروست؛ ثانیاً، با توجه به دیدگاه مختار، استفاده از مواد تراریخته از نظر بهداشتی برای تغذیه و نفقه جایز بوده و اشکالی ندارد.

کلیدواژه: بهداشت، امنیت بهداشتی، تراریخته، زوجین، نفقه.

– حسینی خواه، سیدجواد؛ پاک نیت، اشرف؛ صرامی، سیف الله (۱۴۰۲). نقش مواد تراریخته در امنیت بهداشتی روابط زوجین از منظر فقه. *مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی دانشگاه سمنان*، شماره ۳۱، صفحات ۱۹۱-۲۱۶.

Doi: [10.22075/feqh.2021.24131.2974](https://doi.org/10.22075/feqh.2021.24131.2974)

مقدمه

در عصر کنونی با پیشرفت تکنولوژی و رشد حیرت آفرین علم، شاهد مسائل جدید و موضوعات نوپدید هستیم که ضرورت اهتمام فقه برای پاسخگویی به این مسائل دوچندان می شود.

مسائل مستحدثه که به عنوان فقه مضاف شهرت پیدا کرده است به مسائل نوپدید و جدید در هر موضوع می گویند که سابقه‌ای در فقه نداشته و در آثار فقهی به آن پرداخته نشده باشد و در روایات هم به طور خاص سخنی از آنها به میان نیامده باشد، لذا حکم شرعی آن معلوم نیست؛ اعم از این که خود موضوع، جدید باشد یا آن که موضوع در گذشته وجود داشته و حکم آن بیان شده ولی با دگرگونی‌ها و تطورات مربوط به آن تغییر کرده و حکم شرعی آن با فرض این تغییرات مطالبه شود.

یکی از این مسائل، مسأله محصولات تراریخته است که نقش بسزایی در امنیت بهداشتی انسان‌ها ایفا می کند.

امنیت بهداشتی در روابط زوجین نیز حائز اهمیت بوده و می توان آن را به روابط جنسی و غیر جنسی تقسیم کرد.

واژه نفقه به طور مرسوم در خصوص روابط خانوادگی به کار می رود و از آثار مالی نکاح یا خویشاوندی در خط مستقیم به شمار می آید (قسمتی تبریزی، ۱۳۹۶: ۱۸۴).

نفقه به عنوان یکی از حقوق زن بر مرد تلقی می شود که با توجه به ماده ۱۱۰۷ قانون مدنی عبارت است از: «همه نیازهای متعارف و متناسب با وضعیت زن از قبیل مسکن، البسه، غذا، اثاث منزل و هزینه‌های درمانی و بهداشتی و خادم در صورت عادت یا احتیاج به واسطه نقصان یا مرض.»

یکی از روابط بهداشتی غیر جنسی زوجین، مسأله نفقه است که با در نظر گرفتن خوراک به عنوان یکی از مصادیق آن، با موضوع محصولات تراریخته ارتباط وثیقی پیدا می کند. در صورتی که حکم به جواز محصولات تراریخته شود، تهیه این مواد به عنوان خوراک و نفقه مانعی نداشته ولی چنان چه حکم به حرمت این محصولات داده

شود تهیه مواد تراریخته به عنوان مواد خوراکی و نفقه با چالش مواجه شده و جایز نمی باشد؛ لذا این مهم نیازمند بررسی دقیق و همه جانبه می باشد.

این پژوهش ابتدا به بررسی مواد تراریخته، معایب و مزایا، بررسی دیدگاه ها و ادله در این زمینه پرداخته و سپس نقش آن در بهداشت روابط زوجین با هدف آگاهی بخشی در این خصوص با روش توصیفی - تحلیلی و ابزار کتابخانه از لابلای اسناد و مدارک بررسی می گردد.

۱- مفهوم شناسی

قبل از بررسی حکم فقهی تراریخته باید ابتدا به تعریف تراریخته، واژه های مرتبط با آن و همچنین به معایب و مزایای این عمل پرداخته شده و سپس از نظر فقهی حکم آن مورد بررسی قرار گیرد.

۱-۱- محصولات تراریخته و ارگانیک

محصولات ارگانیک، محصولاتی هستند که در تولید آنها چرخه طبیعی مزرعه و باغ کاملاً حفظ می شده و از سموم و مواد شیمیایی استفاده نمی شود (مرتضوی، پور امینی، ۱۳۹۵: ۳۸).

برای تولید محصولات ارگانیک، چهار اصل: سلامت، اکولوژی، عدالت و انصاف و مقاربت رعایت می شود. تراریخته یا ترانس ژنیک (Transgenesis) که با نام اختصاری gmo شناخته می شود به آن تراژنی و تراژن زایی نیز می گویند. به فرایند تزریق یک ژن برون زاد (که تراژن خوانده می شود) به جاندار زنده، گفته می شود؛ به طوری که جاندار، ویژگی جدیدی پیدا کرده و آن را به فرزندانش منتقل کند. در فناوری تولید جانداران تراریخته یک یا چند ژن به ژنوم طبیعی جاندار اضافه یا از آن حذف می شود. در صورتی که ژنی از جاندار حذف شود به جاندار حاصل «فرو ریخته» گفته می شود.

تراریخته با محصولات آن شناخته می شود؛ یعنی هر جا صحبت از تراریخته است تعبیر عنوان محصولات تراریخته مطرح است. محصولات تراریخته حاصل علم فناوری

مدرن مهندسی ژنتیک هستند که این اجازه را به مهندسان ژنتیک می دهند که بتوانند یک ژن را از یک گونه انتخاب و به گونه ای دیگر انتقال دهند.

سازمان جهانی بهداشت تراریخته را اینگونه تعریف می کند: به گیاهان، جانوران یا موجودات میکروسکوپی گفته می شود که ترکیب ژنتیکی آنها (DNA) به طریقی تغییر یافته که در طبیعت از راه جفتگیری یا نوترکیبی طبیعی اتفاق نمی افتد. واژه تراریخته را هم معنی با واژه تغییر ژنتیکی دانسته و در تعریف تغییر ژنتیکی اینگونه بیان شده است که مهندسی ژنتیکی، فناوری است که به وسیله آن می توان صفات مطلوب را در گیاه زراعی و باغی مورد نظر افزایش داد و یا این که صفات نامطلوب را در گیاه مورد نظر کاهش داد (کهنک، ۱۳۹۵: ۸).

واژه دیگری که با مبحث تراریخته ارتباط تنگاتنگ دارد واژه «بیوتکنولوژی» است که در تعریف آن آمده است: «بیوتکنولوژی یا زیست فناوری به معنای بکارگیری موجودات زنده و یا اجزای آنها برای تولید یا اصلاح یک فرآورده است. همچنین فرایند زیستی یا مولکولی جهت توسعه یک محصول مفید نیز تعریف شده است» (بخشنده و دیگران، ۱۳۹۱: ۱۲).

عمل تراریخته یا تغییر ژنتیکی، هم در گیاهان و هم در جانوران امکان پذیر است، چنان که از تعریف سازمان جهانی بهداشت برای واژه تراریخته بر می آید.

به طور کلی محصولات تراریخته گیاهی بر گیاهانی اطلاق می شود که ساختار ژنتیکی آنان با هدف تقویت صفات مطلوبی چون بهبود کیفی افزایش کمی مقاومت در برابر آفات یا زدودن صفات نامطلوب از طریق شیوه های پیشرفته مهندسی ژنتیک تغییر یافته در حالی که دستیابی به این امور با شیوه های معمولی امکان پذیر نمی باشد.

۱-۲- بهداشت

بهداشت در لغت، نگاه داشتن تندرستی حفظ صحت و سیله نگهداری سلامت این کلمه به جای حفظ الصّحه پذیرفته شده است؛ بهداشتی منسوب به بهداشت امور بهداشتی (دهخدا، ۱۳۴۲: ۴۱۳).

بهداشت در اصطلاح عبارت است از احساس حالت شادابی جسمی، روحی همراه با ذخیره قدرت براساس عملکردهای عادی بافت ها و هماهنگی و تطابق جسمی و روحی که موجب فراهم گردیدن وسایل زندگی سرشار از نشاط برای انجام خدمات و کارهای عادی می باشد. بهداشت، علم سلامتی و شامل همه عواملی است که در ایجاد زندگی سالم سهمی برعهده دارند و کمیته کارشناسان سازمان بهداشت جهانی با اقتباس از طریف وینسلو بهداشت عمومی را تبیین می کند (بهنودی، ۱۳۸۸: ۵).

۱-۳- امنیت بهداشتی

در خصوص امنیت بهداشتی به عنوان یک عبارت ترکیبی، تعریف مشخص و واحدی ارائه نشده است؛ بنابراین به نظر محقق با توجه به تعریف امنیت که عبارت بود از «حالت فراغت از هرگونه تهدید یا حمله و یا آمادگی برای رویارویی با هر تهدید و حمله» و تعریف بهداشت که عبارت بود از هنر پیشگیری از بیماری ها و مبارزه با آنها، به طور کلی می توان گفت امنیت بهداشتی، حالت فراغت از هر نوع بیماری و آمادگی برای رویارویی با انواع تهدیدها و خطرات ناشی از بیماری ها می باشد.

۱-۴- نفقه

نفقه، عبارت است از همه نیازهای متعارف و متناسب با وضعیت زن از قبیل مسکن، البسه، غذا، اثاث منزل و هزینه های درمانی و بهداشتی و خادم در صورت عادت یا احتیاج به واسطه نقصان یا مرض (ماده ۱۱۰۷ قانون مدنی)؛ فقها و حقوقدانان تعاریفی شبیه تعریف قانونگذار ارائه داده اند (مسجدسرای، ۱۳۹۱: ۶۲۷).

۲- معایب و مزایای مواد ترا ریخته

مواد و محصولات ترا ریخته، هم دارای مزایا و هم دارای معایبی هستند که در ذیل معایب و مزایای آن مورد بحث و بررسی قرار می گیرد.

۲-۱- معایب مواد ترا ریخته

۲-۱-۱- رشد بیماری های مختلف

براساس اطلاعات پزشکی در آمریکا بیماری های مختلفی مانند چاقی، دیابت، اوتیسم، آلزایمر، پارکینسون، سرطان های مجاری ادراری و همچنین گوارشی باید تا سال ۲۰۱۰ و ۲۰۱۲ به شدت کنترل می شدند و از رشد کمی برخوردار بودند ولی یک مقاله سی صفحه‌ای در این زمینه وجود دارد که نشان می‌دهد این بیماری ها یک مرتبه به صورت نجومی رشد زیادی داشته اند. نویسندگانی که این مقالات را نوشته‌اند نتیجه گیری هائی نیز داشتند که اکنون این نتیجه گیری ها به عنوان یک نظریه مطرح شده به نام «نظریه همبستگی مثبت مصرف محصولات دستکاری شده ژنتیکی با افزایش بیماری ها در جامعه». براساس این نظریه، مصرف دراز مدت این محصولات باعث گسترش و افزایش بروز بیماری های مختلف در جامعه می شود. براساس مطالعات کشورهای اروپایی روی این محصولات نشان می دهد که در مطالعات انجام شده از سال ۲۰۰۵ به بعد به خاطر تغییراتی که در جامعه خویش نسبت به بیماری ها احساس نمودند کشورهای ایتالیا، اسپانیا، مکزیک، آرژانتین، فرانسه، و نروژ به این نتیجه رسیدند که وقتی حیوانات آزمایشگاهی این نوع محصولات را بیشتر از ۳ ماه مصرف می کنند رشد سلول های بدخیم که منجر به تومورهای سرطانی می شود افزایش پیدا می کند؛ پس به این نتیجه رسیدند که مصرف درازمدت این نوع محصولات می تواند عامل خطرناکی در ایجاد بیماری ها و سرطان ها باشد (حیات غیب، ۱۳۹۵: ۱۵).

۲-۱-۲- آسیب رساندن به طبیعت

یکی از معایب دیگری که برای تراریخت مطرح می شود آسیب رساندن به طبیعت است؛ با این بیان که وقتی در تولید محصول تراریخته از سموم علف کش استفاده می شود قطعاً به طبیعت آسیب وارد خواهد شد و بسیاری از موجودات زنده خاک، گرده افشان ها زنبور ها و پروانه ها را از بین خواهد برد و یا وقتی ژن مقاومت به یک آفت به یک گیاه منتقل شود آن گیاه تبدیل به یک کارخانه سم خواهد شد که قطعاً این کارخانه بجز آفات بسیاری از حشرات مفید را هم از بین خواهد برد و مشکلاتی در چرخه اکوسیستم و تنوع زیستی ایجاد خواهد کرد؛ بنابراین محصولات تراریخته در نقطه مقابل

کشاورزی ارگانیک قرار داشته و کشاورزی ارگانیک به هیچ وجه محصولات تراریخته را در تولید مورد قبول ندارد و از آنها استفاده نمی کند، چون این محصولات را برخلاف نظام سازمان یافته طبیعت و چرخه اکوسیستم طبیعت می دانند؛ از اینرو هیچگاه این محصولات نمی تواند جایگزین شود (عمرانی، ۱۳۹۵: ۲۰).

مخاطرات احتمالی اکولوژی ادعا شده برای محصولات تراریخته شامل ایمنی تراژن برای موجودات غیر هدف، اثرات ژن معرفی شده بر صفات فنوتیپی مرتبط، سلامت زیست محیطی محصول و اثرات ناخواسته مانند تغییرات در سطح متابولیت های ثانویه است (Carpenter, 2011: 17).

۲-۱-۳- مقاوم شدن ژن ها در مقابل داروها

یکی از مشکلاتی که ممکن است به وجود آید، مقاومت به آنتی بیوتیک ها است و آزاد کردن این ژن های مقاوم باعث می شود که خیلی از عوامل مضرّی هم که با کمک آنتی بیوتیک ها از بین می روند مقاوم شوند و کنترل آنها سخت شود؛ یا این که تنها از کنترل خارج شوند و بتوانند وارد دیگر موجودات شوند (صادقی و دیگران، ۱۳۹۰: ۴۵).

۲-۱-۴- اضافه وزن و چاقی

به علت ایجاد سموم شیمیایی و تغییرات ژنتیکی، در واقع یک تغییر در ساختار ژنتیکی و تولید پروتئین ها، ویتامین ها و مواد مغذّی محصولات غذایی ایجاد می شود. حتی گاهی در تولید برخی از اسیدهای آمینه که واحدهای تولید پروتئین ها و واحدهای اساسی تولید مواد غذایی هستند اختلال ایجاد شده و به واسطه این امر، در تولید بسیاری از ویتامین ها و مواد غذایی هم اختلال ایجاد می شود و به لحاظ تجربه ای که در تولید مواد غذایی تراریخته وجود دارد آنها از قیمت نازل تری برخوردار هستند.

وقتی مواد غذایی کافی جهت سیر شدن سلول های بدن وارد بدن نمی شود، انسان مجبور است حجم غذایی بیشتری از محصولات تراریخته را وارد بدن خود کند. یکی از مواردی که اینک در دنیا و همین طور در کشور ما - به واسطه این که کشور ما یکی از بزرگ ترین وارد کنندگان محصولات تراریخته است - مشاهده می شود چاقی است.

همان طور که می‌دانید اضافه وزن از عوارض بسیار زیادی برخوردار می‌باشد، نظیر بیماری‌های مانند دیابت، سکنه‌های قلبی و عوارض دیگری که در کلیه و سایر اندام‌ها و غدد بدن ایجاد خواهد شد.

در مصرف محصولات ارگانیک به واسطه دارا بودن مواد سالم و مغذی و مورد نیاز بدن، حجم کمتری از محصولات غذایی مورد استفاده قرار می‌گیرد؛ به این علت که هم به واسطه غنی بودن سلول‌های بدن زودتر به سیری می‌رسند و هم در پیشگیری از بیماری‌های بدن و عوارض جانبی از اهمیت بیشتری برخوردار هستند؛ یعنی اگر مصرف‌کننده‌ای در دنیا هزینه بیشتری را برای خرید محصولات ارگانیک پرداخت کند از آن طرف هم به واسطه مصرف کمتر غذا و هم به لحاظ حجم کمتر محصول و هم به خاطر پیشگیری از بسیاری بیماری‌ها در درازمدت چندین برابر هزینه اضافی که بابت محصولات ارگانیک پرداخت کرده است به جیبش باز خواهد گشت (عمرانی، ۱۳۹۵: ۲۱).

انتقال جانبی ژن که تحت عنوان انتقال افقی ژن نیز از آن یاد می‌شود در واقع سیستم تراریزش طبیعی باکتریایی است (Giovannetti, 2003: 21). اعتقاد بر این است که این مکانیسم برای انعطاف‌پذیری ژنتیکی در داخل و بین گونه‌های باکتریایی لازم می‌باشد. تمایل ارثی باکتری‌ها برای تبادل مواد ژنتیکی در محیط، نگرانی‌هایی را در مورد تولید باکتری‌های تراریخته ایجاد کرده است. مایکل سیوان در سال ۱۹۹۴ طی مطالعاتی نشان داده است که گیاهان، انتقال افقی ژن را به صورت یک مکانیسم طبیعی انجام می‌دهند. گیاهان دارای ژن‌هایی از ژنوم دیگر گیاهان و میکروارگانیسم‌های موجود در خاک می‌باشند. در حال حاضر نیز نگرانی‌ها از اینجا ناشی می‌شود که گیاهان تراریخت دارای ژن‌های خارجی می‌توانند ژن‌های مقاومت به کانامایسین را به باکتری‌های خاکزی انتقال دهند. مهندسی متابولیک گیاهان تراریخته نگرانی‌های دیگری را برای انتقال افقی ژن فراهم می‌کند. مطالعات نشان می‌دهند هنگامی که گیاهان پارازیت به میزبان متصل باشند می‌توانند از آنها ژن بگیرند یا به آنها ژن بخشند. اغلب مطالعات،

حاکمی از انتقال یک ژن منفرد می‌باشد، اما مطالعاتی که یک ارزیابی آماری از این رویداد را ارائه دهد در دست نیست. ریسک مربوط به انتقال افقی ژن در گیاهان تراریخته یک نگرانی علمی می‌باشد (موسوی نافچی و دیگران، ۱۳۹۵: ۴).

بر اساس مبانی سلامت غذا، تولید هر محصول جدید نیازمند انجام مراحل ارزیابی ایمنی است تا بدین وسیله اطمینان حاصل آید که مصرف محصول در شرایط طبیعی زیانی را در پی نخواهد داشت. همگام با تولید انبوه محصولات تراریخته، ملاحظاتی در ارتباط با ایمنی آن و تأثیر سوء ناشی از مصرف آن بر سلامت انسان ابراز گردیده است. ملاحظات در این باب به این امر باز می‌گردد که ورود ژن بیگانه به گیاه هدف به دلیل تداخل DNA خارجی با DNA سلول بدن ممکن است از طریق فعال نمودن ژن‌های خاموش یا کاهش فعالیت ژن‌های فعال با ایجاد واکنش‌های ناخواسته منجر به اختلال در متابولیسم بدن یا تولید سموم پروتئینی نوظهور شود (حاج محمدی و همکاران، ۱۳۹۸: ۶۰).

از این جهت، برخی از دانشمندان ایجاد غدد و تومورهای سرطانی، تقطیع نسل و نابرابری، ایجاد واکنش‌های حساسیت‌زا در بدن، و مقاومت بدن در برابر آنتی‌بیوتیک‌ها را پیامدی برای مصرف تراریخته دانسته‌اند (غنی زاده و طباطبائی، ۱۳۹۷: ۲۶۹).

۲-۱-۵- اثرات سمی طولانی مدت

تحقیقات، نقش مهم میکروارگانیسم‌ها در حاصلخیزی خاک را به اثبات رسانده‌اند. در هر سانتی متر مکعب از خاک، بیش از ۱۰۰ میلیون میکروارگانیسم متعلق به بیش از هزار گونه مختلف وجود دارد. گروه‌های اصلی شامل باکتری‌ها، قارچ‌ها، جلبک‌ها، پروتوزوئرها، نماتدها، کرم‌های خاکی و برخی از حشرات می‌باشند. در خاک، یکسری مناطق مستعد برای نقل و انتقال ژن وجود دارد که به آنها نقاط داغ گفته می‌شود. انتقال ژن توسط میکروارگانیسم‌های تغییر یافته به باکتری‌های خاک، ثابت شده و عکس این حالت، یعنی انتقال ژن‌ها از باکتری‌های ناحیه آندروژن به ارگانیسم‌های تغییر یافته نیز رخ داده است (Thies, 2007: 115).

۲-۱-۶- کاهش تنوع زیستی

تهدید تنوع زیستی توسط ارگانسیم های تغییر یافته ژنتیکی از سوی دانشمندان بسیاری مطرح شده است. در سال ۱۹۸۶ باکتری سودوموناس سرینجی برای محافظت گیاهان از آسیب به سرمازدگی مورد تغییر واقع شده و با مخالفت شدید گروه های حفاظت از محیط زیست روبرو شد. سازمان صلح سبز جهانی نخستین گروهی بود که به مقابله با محصولات تراریخته برخاست. آنها مخالفت خود را چنین اعلام می کردند که محصولات تراریخته نباید در محیط آزاد شوند، زیرا اطلاعات کافی در مورد تأثیر آنها بر روی محیط زیست و سلامت انسان وجود ندارد. همچنین اعتقاد دارند که در درازمدت خطر از بین رفتن تنوع زیستی به وسیله رشد گیاهان تراریخته وجود دارد. برخی از مطالعات نشان می دهند که گیاهان تراریخته می توانند روی فون و فلور تأثیر بگذارند و این به دلیل، توانایی گیاهان تراریخته در افزایش فعالیت های کشاورزی در مناطق می باشد که قبلاً به طور بیابانی بوده و مورد کشت واقع نمی شدند. تنوع زیستی موجودات آبی نیز بایستی مورد بررسی واقع شود، زیرا احتمال دارد که آفت کش های زیستی اثرات سوئی را در این بخش داشته باشند (موسوی و دیگران، ۱۳۹۵: ۴).

۲-۱-۷- تأثیر سوء بر سلامت دام

از دیگر دلایل ارائه شده به وسیله مخالفین، مخاطرات ادعایی مربوط به تأثیر سوء این محصولات بر سلامت دام است. این گروه از دانشمندان بر این عقیده اند که تغذیه از طریق تراریخته منجر به افزایش مرگ و میر در میان حیوانات شده و در نتیجه، انقراض نسل آنان را به دنبال خواهد آورد (غنی زاده و طباطبائی: ۱۳۹۷: ۲۶۹). از دیگر مضرات تراریخته می توان به واکنش آلرژیک، طعم غیر متداول و سلاح بیولوژیک نیز اشاره کرد.

۲-۲- مزایای تراریخته

وارد کردن ژن های فراوان به ده ها گونه گیاهی مانند گندم، جو، گوجه فرنگی، ذرت، سیب زمینی، سویا، پنبه، مارچوبه، تنباکو و چغندر قند جهت اصلاح یا بهبود

فرآورده های کشاورزی، امکان تغییر ژنتیکی در راه های بیوسنتزی گیاهان برای تولید انبوه موادی مانند روغن های خوراکی، موم ها، چربی ها و نشاسته ها که در شرایط عادی به میزان بسیار جزئی تولید می شوند و کنترل آفات زیستی تنها نمونه های کوچکی از کاربرد های گسترده گیاهان ترانس ژنی را شامل می شوند. تولید محصولات قوی تر، ماندگاری بیشتر محصولات، محافظت محیط در برابر سموم به دلیل این که محصولات ترا ریخته نیاز کمتری به سم پاشی از طریق مواد شیمیایی دارند باعث محافظت محیط در برابر سم پاشی و آفت کش ها می شوند (توسلیان و دیگران، ۱۳۹۷: ۱۱). کاهش گرم شدن زمین در صورت دستکاری ژنتیکی گیاهان، آنها می توانند دی اکسید کربن بیشتری مصرف کرده و اکسیژن بیشتری را به اتمسفر برسانند که پدیده گلخانه ای را کاهش می دهد و باعث کاهش گرم شدن زمین می شود؛ احیای مراتع و جنگل ها و حفظ تنوع گونه های گیاهی و جانوری در مناطق کویری و بیابانی از دیگر عرصه های کشاورزی است که با کمک بیوتکنولوژی روند سریع تری یافته است. برای مثال، بیوتکنولوژیست ها با شناسایی، تکثیر و پرورش گونه های واجد ژن های مقاومت به نمک، گیاهان مقاومی مانند کاکتوس ها، کاج و سرو اصلاح شده ای را تولید کرده اند که قابلیت رشد و تکثیر در مناطق سخت بیابانی را پیدا کرده اند و همچنین به کمک روش های بیوتکنولوژی از جلبک ها و گل و لای موجود در دریا، ترکیبات و کودهای زیستی سودمندی را برای حاصلخیزی زمین های کشاورزی تولید می کنند (کوچک زاده و دیگران، ۱۳۹۵: ۲).

۲-۲-۱- عدم تأثیر بر ژن های انسان

ما روزانه میلیاردها ژن مصرف می کنیم. اگر قرار بود ژن های موجود در غذا بر روی ماده ژنتیکی ما اثر داشته باشند و یا این که در داخل ژنوم ما الحاق شوند که تا الان ما به غذاهایی که می خوریم تبدیل شده بودیم؛ مثلاً شبیه گندم شده بودیم یا سیب و هویج! ژن های الحاقی به داخل ژنوم گیاهان ترا ریخت هم از نوع ژن های طبیعی هستند و تفاوتی با نوع ژن های موجود در گیاهان دیگر ندارند که بتوانند با خوردن بر ژنوم ما اثر بگذارد. نظام هستی بسیار دقیق عمل می کند به طوری که سیستم های بسیار پیچیده

و دقیقی دارد که به این راحتی ژنوم ما تغییر نمی‌کند و با خوردن هویج ما به هویج تبدیل نمی‌شویم و حتی فرزندان ما هم تبدیل نمی‌شوند و این است که میلیاردها سال است که انسان انسان است و گندم گندم (معلی و حاجت پور، ۱۳۹۸: ۴۰).

۲-۲-۲- مقاومت به آفات و بیماری

کشاورزان به طور معمول هر ساله از چندین تن آفت‌کش شیمیایی استفاده می‌کنند. مصرف کنندگان به دلیل خطرات بهداشتی بالقوه علاقه‌ای به خوردن مواد غذایی که از آفت‌کش برای آنها استفاده شده است ندارند. همچنین ضایعات کشاورزی به دلیل استفاده بیش از حد از آفت‌کش‌ها و کودها می‌توانند باعث مسموم شدن منابع تأمین آب شده و یا باعث صدمه رسیدن به محیط زیست گردند. رشد محصولات تراژن می‌تواند استفاده از آفت‌کش‌های شیمیایی را کم کند (Lovei, 2001: 72).

استفاده از محصولات تراریخته باعث افزایش عملکرد و کاهش مصرف سموم می‌شود (مرتضوی و پور امینی، ۱۳۹۵: ۳۸) که به دنبال آن فواید اقتصادی و زیست‌محیطی نیز حاصل می‌شود (Carpenter, 2010: 319).

گونه‌های بسیاری از ویروس‌ها، قارچ‌ها و باکتری‌ها وجود دارد که باعث بیماری‌های گیاهی می‌شوند؛ زیست‌شناسان در حال کار برای ایجاد گیاهان با مقاومت ژنتیکی به این بیماری‌ها هستند (موسوی و دیگران، ۱۳۹۵: ۳).

۲-۲-۳- تولید و انتقال ژن‌های سودمند و عدم انتقال ژن به دیگر ژن‌ها

مهندسی ژنتیک از دو منظر برای زیست‌فناوری بسیار ارزشمند است: اولین نکته این که دانشمندان می‌توانند ژن‌های سودمند را از سلول‌های انواع موجودات زنده برداشته و آنها را به میکروارگانیسم‌هایی مانند مخمر و باکتری که به آسانی می‌توانند در مقادیر بالا رشد کنند، انتقال دهند. به این ترتیب، فرآورده‌هایی که زمانی فقط در مقادیر کم و با احتمال خطر زیاد قابل تهیه بودند به وسیله میکروارگانیسم‌هایی که به سرعت تکثیر می‌یابند در مقادیر بالا تهیه می‌شوند. مثال برای این موضوع، استفاده از باکتری‌های تغییر ژنتیک یافته برای تولید انسولین به منظور درمان بیماری دیابت است.

دیگر این که امکانات موجود در این تکنیک، دارای مزایایی برای دامداران و کشاورزان است. مهندسی ژنتیک این امکان را به ما می دهد که ژن های دلخواه را از یک گیاه یا جانور یا میکروارگانیسم به گونه دیگر انتقال دهیم که از دیدگاه علمی عوامل بازدارنده در تلفیق های طبیعی بین گونه ها برطرف می شوند.

از طرف دیگر، طیف گسترده تری از صفات مهم و مفید در دسترس کشاورزان و دامداران قرار می گیرد و این صفات بسیار سریع تر، دقیق تر و مطمئن تر از روش های معمول می توانند به گونه های هدف منتقل شوند؛ بدین لحاظ است که این فناوری را نوعی مهندسی می دانند. با چنین ظرفیت بالقوه ای مهندسی ژنتیک نوید تحولات عظیمی را در زمینه دارو درمان تشخیص کشاورزی و دیگر زمینه ها مانند درمان های جدید پزشکی و واکسن ها، محصولات جدید صنعتی و سوخت های جدید داده است؛ همچنین زیست فناوری قابلیت افزایش تولید غذا، تولید محصولات کشاورزی از زمین های غیر قابل استفاده و کاهش مصرف آب و آفت کش ها را دارد (زمانی، ۱۳۹۵: ۱۰). گیاهان در ظرفیت دگرگشتی با یکدیگر متفاوت بوده و ظرفیت یک گیاه در آمیزش با یک علف هرز به شدت سازگاری و خویشاوندی والدین با یکدیگر وابسته است. هیبریدهای بین گونه ای معمولاً عقیم بوده و کمتر زنده باقی می مانند. بنابراین احتمال این که گیاهان تراریخته قادر به انتقال تراژن یا ژن های دیگر به گونه های غیر از کولتیوارهای زراعی باشند بسیار ناچیز است (Conner, 2003: 18).

۲-۲-۴- تولید مواد غذایی بیشتر

یکی از فواید تراریخته در حوزه گیاهی این است که می توانیم گیاهان مقاوم در برابر آفات و بیماری ها ایجاد کنیم. با افزایش ژن هایی که مواد خاصی را تولید می کنند می توانیم مواد غذایی یا عناصری موردنظر را در محصول افزایش دهیم و گیاه را مقوی کنیم. مقاوم کردن گیاه در مقابل خشکی و شوری، توانایی کاشت این گیاهان را در آن مناطق ایجاد می کند (رضایی جنید، ۱۳۹۸: ۲۲)؛ همچنین به افزایش عمر انباری میوه ها

نیز کمک می کند که منجر به کاهش قیمت غذا و محصولات غذایی و کاهش قیمت تولید محصول می گردد (رانجان، ۱۳۸۳: ۶).

۲-۲-۵- استفاده های پزشکی و تولید دارو

در بحث پزشکی هم از بیوتکنولوژی استفاده وسیعی می شود. در ایران از این طریق داروهای نو ترکیب تولید می شود که البته تراریخت نیست ولی از این طریق تولید می شود. مثلاً باکتری را تراریخت می کنیم؛ اولین چیزی که از این طریق تولید شده، انسولین بوده است. خیلی راحت ژن تولید انسولین را وارد باکتری می کنند و به وفور تولید می کند و در اختیار بیماران قرار می دهند. اکنون در بازار ایران چندین داروی نو ترکیب تولید می شود و به فروش می رسد (شمس بخش، ۱۳۹۵: ۲۶).

۲-۲-۶- استفاده در دامپروری و دامپزشکی

تغییر ژنتیک چه در گیاهان و چه در جانوران از قدیم اتفاقی افتاده است و بحث جدیدی نیست، اما روش ها تغییر کرده است. شما عبارت اصلاح نباتات را شنیده اید که می گویند این گیاه اصلاح شده است؛ یعنی تغییر ژنتیکی در آن داده اند. فرض کنید وارسته گندمی با میزان محصول مناسب و طعم و مزه مورد قبول کشت می کنیم ولی به بیماری خاصی حساس است و در اثر شوری و آن بیماری در معرض نابودی قرار می گیرد. می توان این گندم مطلوب را با گندمی که به آن بیماری مقاوم بوده، ولی محصولش بالا نبوده است تلاقی داد؛ در نتیجه بذری تولید می شود که از هر دو وارسته گندم ژن هایی دارد. پس این تغییر ژنتیکی مسأله جدیدی نیست. چیزی که حساسیت ایجاد کرده، این است که در تراریختی از ابزار جدیدی برای انتقال ژن ها استفاده می شود و البته این ابزار خطرانی می تواند ایجاد کند؛ مثلاً ۵۰ سال پیش مرغ ها بومی بودند و به شکل امروز کسی مرغ نمی خورد. مرغ ها خانگی و رنگی و خیلی زیبا بودند و خیلی کند رشد می کردند. اما امروز می بینید وزن مرغ در مدت کوتاهی به دو کیلو می رسد و به شکل صنعتی تولید می شود که قطعاً ژنتیک آنها تغییر کرده است. کارهایی که روی مرغ و گوسفند و گاو می شود برای این است که بتوانند آنها را اصلاح کنند؛

مثلاً گاو شیر بیشتری تولید کند. شما در بعضی از مناطق، گاوهای بومی نمی بینید و مثل گاو های هلندی شده‌اند. این با تغییر ژنتیکی اتفاق افتاده است که به شکل طبیعی بوده است؛ مثلاً اسپرمی می گرفتند و به گاو ماده تلقیح می کردند و گوساله هایی متولد می شدند که متفاوت بودند؛ بنابراین تغییر ژنتیکی اتفاق افتاده است (شمس بخش، ۱۳۹۵: ۲۷).

۳- دیدگاه های فقهی در مواد تراریخته

در خصوص مسأله بیوتکنولوژی و تراریخت و محصولات تراریخته یا دستکاری شده، دو دیدگاه در فقه مطرح می باشد:

عده ای مخالف تراریخت و تولید محصولات تراریخته بوده و تولید آنها را جایز نمی دانند و دسته دیگر تراریخت و تولید محصولات تراریخته را جایز می دانند (غنی زاده و طباطبائی، ۱۳۹۷: ۲۶۹)؛ هر دو دسته برای اثبات دیدگاه خود به ادله ای تمسک می کنند که ضمن بیان ادله هر یک از این دیدگاه ها، مورد بررسی قرار گرفته و نظر مراجع در این زمینه ذکر و نظر مختار بیان می شود.

۳-۱- ادله مخالفان تراریخت

این دیدگاه به ادله ای چون آیات و روایات و برخی قواعد فقهی استناد کرده که به ذکر آن پرداخته می شود.

۳-۱-۱- تراریخت، ایجاد هویت جدید و تغییر در خلقت

یکی از آیاتی که مورد استدلال مخالفان است آیه ۱۱۹ سوره نساء است که بیان می دارد: «و لأضلنهم و لأمنینهم و لأمرنهم فلیتکنن آذان الانعام و لأمرنهم فلیغیرن خلق الله: و سخت گمراهشان کنم و به آرزو (های باطل و دور و دراز) درافکنم و دستور دهم تا گوش حیوانات ببرند (که اینها نصیب بت هاست) و امر کنم تا خلقت خدا را تغییر دهند»؛ نحوه استدلال به آیه ۱۱۹ نساء را اینگونه بیان می کنند که مهندسی ژنتیک را از مصادیق اوامر شیطان در این آیات می دانند (الاشقر، ۲۰۰۱: ۲۳).

آیه به این نکته اشاره دارد که شیطان، ضمن گمراهی و ایجاد آرزوها، به تغییر در مخلوقات خداوند فرمان می‌دهد. یکی از مصادیق این تغییر در آیه، شکافتن گوش دام بیان شده است. شکافتن گوش دام‌ها از احکام ضالّه مبتنی بر رسوم عرب جاهلی بوده که از طریق آن گوشت دام را بر خود حرام می‌کردند (قرائتی، ۱۳۷۴: ۱۶۶/۲).

همچنین آیه ۱۶۹ بقره (أَنتُمْ يَا مَعْرُومُ بِالسُّوءِ وَالْفَحْشَاءِ وَأَنْ تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ مَا لَا تَعْلَمُونَ) که نحوه اسنادلال به آیه این است که در این آیه، از لفظ «أَنتُمْ» استفاده شده که از نظر ادبی، دلالت بر حصر دارد؛ یعنی شیطان فقط به بدی‌ها و زشتی‌ها امر می‌کند. به گفته برخی از مفسرین، سوء، گناهی است که برای آن حدّ شرعی معین نشده ولی فحشاء، معصیتی است که شریعت برای آن حدّ در نظر گرفته است؛ بنابراین تفسیر سوء و فحشاء، هر دو در حرمت اشتراک دارند؛ در نتیجه می‌توان گفت که شیطان تنها به حرام امر می‌کند (طایبی نجاج، ۱۴۳۹: ۷۹۲/۱).

استناد به این آیات، مستلزم استخراج یکی از ارکان دلیل از آیه سوره نساء و رکن دیگر از آیه سوره بقره به صورت ذیل است: یک، شیطان به تغییر در مخلوقات امر می‌کند؛ دو، شیطان جز به اموری که شرعاً مجاز نیستند امر نمی‌کند؛ و نتیجه دو مقدمه فوق می‌تواند این باشد که تغییر در خلقت شرعاً مجاز نیست (میر صادقی، ۱۳۹۵: ۳۲). عدّه‌ای عقیده دارند که با مهندسی ژنتیک، هویت جدیدی حاصل می‌شود که هویت جدید، متباین با هویت قبلی است؛ چراکه با دستکاری ژن‌ها، ژن جدید ایجاد و به دنبال آن، هویت جدید پیدا می‌کند (نور مفیدی، ۱۳۹۵: ۲۹).

۳-۱-۲- نظام موجود نظام احسن و اکمل و تراویخت یعنی اصلاح نظام موجود

آیه الله تبریزیان بیان می‌دارد: ما اعتقادمان این است که هرچه خدا خلق کرده، بهترین است و آنها می‌گویند ما اصلاح ژنتیکی می‌کنیم؛ این یعنی چه؟ یعنی خدا فاسد خلق کرده و عقل قاصر می‌خواهد اصلاح کند؛ یعنی خدا یک چیزی را بد خلق کرده و اینها می‌خواهند آن را درست کنند و خدا در خلقت اشتباه کرده و حق آن بوده که تراویخته

خلق می‌کرد؛ این چه طرز فکری است؟ از قرآن استفاده می‌شود که خداوند بهترین را خلق نموده و هر فسادی در زمین به وجود می‌آید به دست انسان است (و تجعل فیها من یفسد فیها؛ دست بشر به هر چیزی می‌رسد آنها را نابود می‌کند؛ و اذا قیل لهم لا تفسدوا فی الارض قالوا نحن مصلحون: به آنها می‌گویند افساد نکنید، آنها می‌گویند ما اصلاح می‌کنیم؛) ألا إنهم هم المفسدون و لکن لایشعرون؛ حالا متأسفانه اینها از روی عمد افساد می‌کنند؛ یعنی لایشعرون هم نیست. حالا بشر بعد از مدّت‌ها فهمیده، مساوک پیامبر و حجات خوب است و بعد از مدّت‌ها در اروپا فهمیدند که غذای ارگانیک و اورجینال خوب است و بعد از مدّت‌ها فهمیده و به این نتیجه رسیده اند که حالا ما باید مدّت‌ها صبر کنیم که آنها به این نتیجه برسند. ما کاری با آنها نداریم؛ ما دینی کامل داریم، در این دین ما و روایات ما، تمام نیازهای ما تأمین شده ولی ما یک ذره کوتاهی کردیم و تحقیق و بررسی نکردیم (<http://agbiotech.ir>) زیست فناوری کشاورزی، مرکز جامع اطلاع‌رسانی).

۳-۱-۳- استناد به قاعده لاضرر

یکی از قواعد پرکاربرد و مشهور در ابواب فقهی، قاعده لاضرر است که مبتنی بر آن، هرگونه ضرر و ضرار در اسلام نفس شده است. در بحث مواد تراریخته، تفسیری از این قاعده مدنظر است که بر اساس آن، حرمت تکلیفی ضرر و ضرار قابل استناد به این قاعده است و این تفسیر مورد تأیید بزرگانی همچون شیخ الشریعه اصفهانی ایرانی و مکارم شیرازی و دیگران است (به نقل از شیرازی، ۱۳۹۵: ۳۴).

بر طبق چنین تفسیری، اگر ضرری در محصولات تراریخته قابل اثبات باشد می‌توان منع شرعی آن را مستند به قاعده لاضرر دانست؛ چراکه درباره محصولات تراریخته ادعاهائی وجود دارد مبنی بر این که این محصولات، موجب ایجاد بیماری می‌شوند و دارای ضرر هستند؛ پس با وجود ضرر در این محصولات می‌توان به این قاعده تمسک کرده و حکم به منع یا حرمت محصولات تراریخته نمود (شیرازی، ۱۳۹۵: ۳۴).

۳-۱-۴- تاکید قرآن بر تفکر در طعام

قرآن کریم در بخش های مختلفی به اهمیت و توجه به غذا تأکید کرده است؛ آیه ۲۴ سوره عبس بیان می دارد: «فلینظر الانسان الی طعامه: انسان باید به غذای خود بنگرد»؛ در تفسیر این آیه بیان شده است نزدیک ترین اشیای خارجی به انسان غذای اوست که جذب بدن و جزئی از بافت و وجود او می شود؛ لذا قرآن بر تفکر و توجه در مواد غذایی تأکید کرده است. در این آیه منظور از «فلینظر» تماشای ظاهری نیست، بلکه نگاه به معنی تفکر، دقت در ساختمان این مواد غذایی، اجزا و تأثیرات آن در وجود انسان است. معانی ذیل به طور خلاصه از آیه استظهار می شود: غذا چگونه تولید می شود؟ چگونه ترکیب می شود؟ چگونه به بازار عرضه می شود؟ چگونه به فروش می رسد؟ آیا غذا پاک است یا نجس؟ حلال است یا حرام؟ بهداشتی یا غیر بهداشتی؟ مضر است یا مفید؟ شیمیایی و مصنوعی است یا طبیعی و دست نخورده؟ با فرهنگ دینی سازگار است یا ناسازگار؟ پس براساس تفسیر این آیه مشخص می شود که هر غذایی را نباید تولید کرد و هر غذایی را نباید به بازار عرضه و توزیع و مصرف کرد (الهیاری فرد، ۱۳۹۲: ۷۹).

۳-۱-۵- احترام به حیوان و رعایت حقوق آنها

موجودات، مخلوق خداوند بوده و احترام دارند به ویژه در مورد آنها که روح حیواتی و نباتی دارند و حقوقی هم برای آنها در روایات بیان شده است. از جمله در مورد حیوان مسأله نفقه مطرح شده که برعهده صاحب آن است و چنان چه مالک حیوان از دادن آب و غذا به آن خودداری کند حاکم اسلامی می تواند او را مجبور به فروش و به آن یاد دادن آب و غذا کند (خمینی، ۱۴۳۴: ۳۴۸/۲) و روایات دیگری که در مورد حقوق حیوانات و گیاهان مطرح شده است به حقوق جانداران به طور کلی اشاره دارد و مهندسی ژنتیک و دستکاری در خلقت گیاه یا حیوان، خلاف حقوق آن حیوان یا گیاه و احترام نگذاشتن به آن محسوب می شود.

همچنین مخالفین عقیده دارند مخاطرات ادعایی، مربوط به تأثیر سوء این محصولات بر سلامت دام می شود؛ با این توضیح که تغذیه از تراریخته منجر به افزایش مرگ و میر

در میان حیوانات و در نتیجه، انقراض نسل آنان خواهد شد (غنی زاده و طباطبائی، ۱۳۹۷: ۲۶۹).

۳-۲- ادله موافقان تراریخته

موافقان محصولات تراریخته به دسته‌ای از ادله استناد می‌کنند که شامل آیات، روایات و اصول کلی در این زمینه و رد ادله مخالفان می‌باشد.

۳-۲-۱- آیات

آیه ۱۶۸ سوره بقره که می‌فرماید: «يَا أَيُّهَا النَّاسُ كُلُوا مِمَّا فِي الْأَرْضِ حَلالًا طَيِّبًا وَ لَا تَتَّبِعُوا خُطُوَاتِ الشَّيْطَانِ إِنَّهُ لَكُمْ عَدُوٌّ مُبِينٌ: ای مردم، از آن چه در زمین است حلال و پاکیزه را تناول کنید و پیروی نکنید و ساوس شیطان را، محققاً شیطان از برای شما دشمنی آشکار است.» آکل در آیه طبق نظر برخی از مفسرین، شامل همه تصرفات و حلال بودن آنها می‌باشد مگر آن چه صراحت در حرمت دارد (طباطبائی، ۱۳۷۵: ۱/۱۴۸). تولید تراریخته نیز یکی از مصادیق تصرفات بشر در زمین محسوب شده و چون نهی صریح در آن وجود ندارد حکم به اباحه می‌شود.

همچنین همچنین خداوند در آیات متعدد قرآن کریم جهان را مسخر بشر قرار داده است: «وَسَخَّرَ لَكُمْ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا مِنْهُ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ (جاثیه: ۱۳)؛ یا «أَلَمْ تَرَ أَنَّ اللَّهَ سَخَّرَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ وَالْفُلْكَ تَجْرِي فِي الْبَحْرِ بِأَمْرِهِ وَيُمْسِكُ السَّمَاءَ أَنْ تَقَعَ عَلَى الْأَرْضِ إِلَّا بِإِذْنِهِ إِنَّ اللَّهَ بِالنَّاسِ لَرءُوفٌ رَحِيمٌ (حج: ۶۵)؛ مراد از تسخیر موجودات آن است که همه در مسیر کام‌گیری و منافع بشر قرار داده شده است (قراحتی، ۱۳۷۴: ۶/۶۶)؛ و امکانات آن را در اختیار شما قرار داد تا هرگونه بخواهید از آن بهره‌بگیرید (مکارم شیرازی، ۱۳۸۲: ۳/۲۳۱).

با توجه به مضمون آیات ذکر شده، لازمه تسخیر، جایز بودن تصرفات بشر در طبیعت و جهان خلقت و بهره‌مندی از نعمت‌های الهی است و محصولات تراریخته نیز نوعی تسخیر در جهت بهره‌برداری از نعمت‌های خداوند تلقی می‌شود و جایز است.

۳-۲-۲- روایات

در خصوص روایات در این زمینه می‌توان به مضمون روایاتی که به اصل اباحه اشاره دارد استناد نمود.

امام صادق علیه السلام می‌فرماید: «کلّ شیء مطلق حتی یرد فیه النهی» (صدوق، ۱۴۱۳: ۱/۳۱۷)؛ یا ایشان در روایت دیگری می‌فرماید: «کلّ شیء هو لک حلال حتی تعلم أنّه حرام بعینه» (کلینی، ۱۴۲۹: ۵/۳۱۳). مطابق مضمون این روایات، در خصوص تراریخته چون دلیل قطعی بر ممنوعیت و حرمت وجود ندارد، لذا حکم به اباحه می‌شود، چون مستند اصل اباحه نیز آیات و روایات مذکور می‌باشد؛ لذا طرح آن به عنوان دلیل و مستند مستقل، لزومی ندارد.

۳-۳- نقد ادله مخالفان

۳-۳-۱- نقد دلیل لاضرر

در صورت وجود ضرر در محصولات تراریخته، قاعده لاضرر حاکم بر حکم تولید محصولات تراریخته خواهد بود، لیکن ابتدا باید ضرری بودن این محصولات ثابت شده و سپس با قاعده تطابق داده شود. اما براساس مستندات علمی، ضرری بودن این محصولات ثابت نشده است و در صورت شک و شبهه نسبت به موضوع، از مصادیق شبهه مصداقیه بوده که تمسک به عام با آن جایز نمی‌باشد (مظفر، ۱۳۷۰: ۱/۴۰۹).

از طرف دیگر، ضرر در جایی مطرح می‌شود که متعلق غرض عقلایی نبوده یا عوض و منفی در قبال آن قرار نگیرد؛ اما در محصولات تراریخته اگر ضرری هم به دنبال داشته باشد در مقابل آن، منفعت عظیم و اغراض عقلایی چون تأمین غذا، دستیابی به کشاورزی پایدار، خودکفایی و ... وجود داشته و از نظر عرفی ضرر محسوب نشده و از دایره شمول قاعده خارج می‌شود.

در مطالعاتی که جهت تعیین ایمنی غذایی محصولات تراریخته انجام شده است ارزیابی ۹۰ روزه از تغذیه موش‌ها با برنج تراریخته حاوی پروتئین CryIAC^۱ هیچ

۱. پروتئین‌های کریستالی یا پروتئین‌های CFY که توسط ژن‌های CFY کدگذاری می‌شوند.

تغییری در رفتار حیوان و وزن آن مشاهده نشد و طبق نتایج به دست آمده برنج KMDI هیچ تأثیر سوء یا سمی در بر نداشت (کوچک زاده و دیگران، ۱۳۹۵: ۵).

۳-۲- نقد دلیل دفع ضرر محتمل

برخی از فقها و اصولیان، ضرر در قاعده را شامل ضرر دنیوی و اخروی می دانند که با توجه به این مطلب، ضرر دنیوی با موضوع بحث ارتباط پیدا می کند (غنی زاده و طباطبائی، ۱۳۹۷: ۲۷۴) اما استناد به این قاعده صحیح نیست، چراکه اولاً، در تقابل ضرر و منفعت، جهت اقوی غالب می شود و در تراریخته منفعت بر ضرر غلبه دارد؛ ثانیاً، از قاعده مزبور با عنوان دفع ضرر مظنون هم یاد می شود و ظن احتمال راجح و قوی است؛ نه احتمال ضعیف، چراکه توجه به ضرر موهوم و مشکوک موجب اختلال نظام بوده که عملی حرام می باشد؛ ثالثاً، عقل دفع ضرر را سنجیده و با اتخاذ روش های علمی خطرات احتمالی را ارزیابی می کند. هیچ فناوری صددرصد ایمن نبوده و اگر برای هر ضرر احتمالی قائل به حرمت شویم راه پیشرفت سد خواهد شد (کوچک زاده و دیگران، ۱۳۹۵: ۵)؛ همچنین تبدیل مواد تراریخته به تومورهای سرطانی اثبات نشده است (معلى و حاجت پور، ۱۳۹۸: ۴۰).

۳-۳- نقد دلیل تغییر در خلقت

اشکال در مورد مهندسی ژنتیک و تغییر در خلقت و به وجود آمدن هویت جدید، هم از نظر صغروی و هم از نظر کبروی قابل طرح و تأمل است. به این معنا که چون مهندسی ژنتیک موجب می شود محصولات به دست آمده از این طریق، هویت جدید و تازه پیدا کنند ممنوع است. اما این که از نظر صغروی محل تأمل است با توجه به قول متخصصین در این زمینه معلوم می شود که آنها این مسأله را نفی می کنند و همین که مسأله کسب هویت جدید محل اختلاف است کافی است. به علاوه، ملاک و مرجع در این امور عرف است؛ باید دید این محصولات وقتی عرضه می شوند آیا آنها را با همان هویت قبلی می شناسند یا با هویت جدید؟

اما از نظر کبروی هم بر فرض بگوئیم که این محصولات تغییر هویت پیدا می کنند، ولی این مشکل ندارد. چه اشکالی دارد یک محصولی با دستکاری در ژن هایش اساساً تبدیل به محصول دیگری شود و هویتی تازه پیدا کند؛ پس از نظر کبروی هم مانع ایجاد نمی شود (نور مفیدی، ۱۳۹۵: ۲۹).

۳-۳-۴- نقد دلیل نظام احسن

نظام احسن آفرینش اجمالاً به این معناست که عالم ممکنات به بهترین وجه ممکن خلق شده است. نظام احسن درباره مادیات متفاوت از مجردات است و به این معناست که هر موجود مادی بتواند به بهترین وجه ممکن خود برسد. پس معنای نظام احسن این نیست که همه موجودات مادی به بهترین وجه خود خلق شده اند، بلکه به این معناست که قابلیت رسیدن به بهترین وجه ممکن خود را دارند که بر این اساس، هرگونه تلاشی که بشر در عالم طبیعت انجام می دهد می تواند در این راستا تفسیر شود.

ممکنات در عالم ماده از این قوه برخوردارند و هرچه از عمر عالم ماده می گذرد قوه ها به فعلیت می رسند. قطعاً بخشی از این تغییر و تحول، یعنی به فعلیت رسیدن قوه ها به دست بشر اتفاق می افتد؛ لذا می بینید زمانی که بشر پا به عالم خاکی گذاشت تا به امروز چه تحولات عظیمی در زندگی او رخ داده است که مهندسی ژنتیک نیز از این مقوله مستثنی نمی باشد و می توان آن را نقطه عطفی در زندگی بشر دانست (نورمفیدی، ۱۳۹۵: ۳۰).

در این زمینه نظر مراجع نیز قابل تأمل است:

آیه الله سید محمدسعید حکیم: مهندسی ژنتیک نه مشارکت در خلق به شمار می رود و نه دخالت در امور خالق، بلکه نوعی بکارگیری سنت ها و قوانین الهی است که کشف و کاربست آنها بیانگر قدرت عظیم خداوند به شمار می رود (حکیم، ۱۴۲۵: ۱۸).

آیه الله جوادی آملی نیز با اشاره به آیه «لیس کمثله شیء» در اینباره می گوید: شبیه سازی حتی اگر در انسان راه پیدا کند، نه آسیبی به توحید می رساند و نه به نظام خلقت؛

این نظیر کارهای مصنوعی است که در بخش نباتات در گلخانه ها انجام می شود (فتاحی معصوم، ۱۳۸۴: ۶۳-۶۴).

۳-۳-۵- دیدگاه مختار

با توجه به آن چه بیان شد از دیدگاه موافقان و مخالفان و بررسی ادله هر یک و با توجه به دیدگاه مراجع و اهل خبره در این زمینه می توان گفت که تولید و مصرف مواد تراریخته از نظر فقهی جایز بوده و دلیلی بر منع وجود ندارد. یکی از موارد بهداشتی که در روابط زوجین باید مورد توجه قرار گیرد بحث نفقه و تغذیه سالم و توجه به بهداشت غذا می باشد که استفاده از مواد تراریخته را هم در بر می گیرد. با توجه به آن چه که درباره مواد تراریخته و حکم آن گفته شد می توان اذعان کرد که مصرف مواد تراریخته از نظر بهداشتی مجاز بوده و ضرری بر آن مترتب نمی باشد.

نتیجه گیری

رعایت بهداشت در خانواده موجب ایجاد روابط سالم بین اعضای خانواده به ویژه زوجین می گردد و آنها را از ابتلا به بیماری های مختلف مقاربتی و غیر مقاربتی جسمی و بیماری های روانی ایمن ساخته و به استحکام هر چه بیشتر خانواده می انجامد؛ چراکه اگر یکی زوجین دچار اختلالات جسمی و روانی گردند به دیگر اعضای خانواده نیز سرایت پیدا کرده و ممکن است آنها را نیز در معرض خطر ابتلا به بیماری های جسمی یا روانی قرار دهد.

یکی از مباحث بسیار مهم در هر جامعه ای مقوله بهداشت است که آیات و روایات بسیاری بر آن تصریح داشته و آن را در احکام تکلیفی و وضعی عرضه نموده است. همچنین براساس اصل ۴۳ قانون اساسی یکی از ضوابط استقلال اقتصادی، تأمین نیازهای اساسی از جمله بهداشت است. از مواضع رعایت بهداشت و عمل به دستورات بهداشتی در فقه بحث روابط زوجین است که در بحث روابط غیر جنسی زوجین، بهداشت در خوراک، پوشاک و ... نمود می یابد. این پژوهش در بحث تغذیه به بررسی

مواد تراریخته و امنیت بهداشتی زوجین در آن از منظر فقه پرداخته که نتایج حاصله عبارتند از:

با توجه به معایب و مزایای مواد تراریخته دو دیدگاه در حکم مواد تراریخته وجود دارد: یک دیدگاه، حکم به حرمت مواد تراریخته داشته و به ادله ای چون برخی آیات و روایات، قاعده لاضرر و ... تمسک کرده و در مقابل، دیدگاه دیگر نیز با تمسک به دسته ای دیگر از آیات و روایات و نقد ادله مخالفان حکم به حلیت و جواز مواد تراریخته دارند. با بررسی هر دو دیدگاه و ادله آنها، دیدگاه مختار، جواز و حلیت مواد تراریخته است.

با توجه به مطالب ذکر شده و در نظر گرفتن این امر که یکی از حقوق زن بر مرد، نفقه وی در صورت تمکین است لذا رعایت بهداشت در نفقه و مصادیق آن از جمله خوراک، تهیه مواد تراریخته به عنوان نفقه برای زن مانعی ندارد.

منابع

- قرآن کریم.

- الاشقر، محمد سلیمان (۲۰۰۱م)، *ابحاث الاجتهادیه فی الفقه الطبی*، بیروت: مؤسسه الرساله.
- الهیاری فرد، نجف (۱۳۹۲)، *بررسی دیدگاه های اسلامی (شیعه) درباره مصرف محصولات تراریخته*، اخلاق و تاریخ پزشکی، ۱/۶، ۶۸-۷۶.
- بخشنده، بهناز؛ خواجه، خسرو؛ حمیدی مطلق، روح الله (۱۳۹۱)، *بیوتکنولوژی پزشکی از علم تا بازار*؛ تهران: خانه زیست شناسی.
- بهنودی، زهرا (۱۳۸۸)، *مبانی بهداشت جامعه*، تهران: بشری.
- حاج محمدی بهادر؛ اسلامی، گیلدا؛ اعلائی، مهسا؛ احرام پوش، محمد حسن؛ رضوانی، محمد ابراهیم؛ فلاح زاده، حسین؛ شیردلی، مهرنوش (۱۳۹۸)، *بررسی و مقایسه ایمنی برونج تراریخته و غیر تراریخته از نظر امکان انتقال ژن به خوان حیوان آزمایشگاهی*، مجله طلوع بهشت، ۱/۱۸، ۵۸-۷۰.
- حیات غیب، داوود (۱۳۹۵)، *گفتگو با دکتر داوود حیات غیب*، مجله حریم امام، ۲۳۸، آستان مقدس امام خمینی (ره).

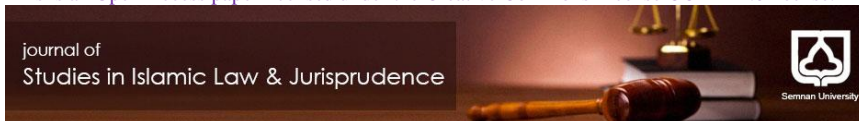
- خمینی (امام)، سید روح الله (۱۴۳۴ق)، **تحریر الوسيله**، ج ۲، چ ۳، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- دهخدا، علی اکبر (۱۳۴۲)، **لغتنامه**، شماره مسلسل ۸۹، تهران: دانشگاه تهران.
- رانجان (۱۳۸۳)، **گیاهان تواریخته**، ترجمه: اصغر حیدری و بابک پاکدامن، تهران: سبزاندیشان.
- رضایی جنید، جابر (۱۳۹۸)، **ابعاد حقوقی محصولات تواریخته**، تهران: راز نهران.
- زمانی، محمدرضا (۱۳۹۵)، **گفتگو با دکتر محمدرضا زمانی**، مجله حریم امام، ۲۳۸، آستان مقدس امام خمینی (ره).
- شمس بخش، مسعود (۱۳۹۵)، **گفتگو با دکتر مسعود شمس بخش**، مجله حریم امام، ۲۳۸، آستان مقدس امام خمینی (ره).
- شیرازی، سید محسن (۱۳۹۵)، **بررسی فقهی امکان استناد به ادله مرتبط با ضرر در اثبات نامشروع بودن محصولات تواریخته**، حریم امام، ۲۳۸، آستان مقدس امام خمینی (ره).
- صالحی جوزانی، غلامرضا؛ توحیدفر، مسعود؛ صادقی، اکرم (۱۳۹۰)، **ایمنی زیستی محصولات تواریخته**، کرج: مدیر فلاح.
- صدوق (شیخ)، محمد بن علی بن حسین بن بابویه قمی (۱۴۱۳ق)، **من لایحضره الفقیه**، ج ۱، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- طایبی نجاح (۱۴۳۹ق)، **تفسیر اهل البیت علیهم السلام**، ج ۱، قم: دارالهدی لاحیاء التراث.
- طباطبائی حکیم، سید محمدسعید (۱۴۲۵ق)، **فقه الاستنساخ البشري و فتاوی طیبه**، نجف اشرف: دار الهلال.
- طباطبائی (علامه)، سید محمدحسین (۱۳۷۵)، **المیزان فی تفسیر القرآن**، ج ۱، قم: اسماعیلیان.
- عمرانی، آزاد (۱۳۹۵)، **گفتگو با دکتر آزاد عمرانی**، حریم امام، ۲۳۸، آستان مقدس امام خمینی (ره).
- غنی زاده، مهدیه؛ طباطبائی سیده فاطمه (۱۳۹۷)، **حکم تکلیفی تولید محصولات تواریخته از منظر فقه امامیه**، مجله مهندسی ژنتیک و ایمنی زیستی، ۲/۷، ۲۶۷-۲۷۹.
- فتاحی معصوم، سید حسین (۱۳۸۴)، **مجموعه مقالات و گفتارهای سومین همایش دیدگاه های اسلام در پزشکی**، مشهد: دانشگاه علوم پزشکی و خدمات بهداشتی مشهد.
- قرائتی، محسن (۱۳۷۴)، **تفسیر نور**، ج ۶، تهران: مرکز فرهنگی درس هایی از قرآن.

- قسمتی تبریزی، علی (۱۳۹۶)، **تعهدات غرامتی و نفقه ای در مسؤولیت مدنی**، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۱۷، ۲۰۷-۲۳۴.
- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۲۹ق)، **الکافی**، ج ۵، قم: دار الحدیث.
- کهک، سمیرا (۱۳۹۵) **گفتگو با دکتر سمیرا کهک**، حریم امام، ۲۳۸، آستان مقدس امام خمینی(ره).
- کوچک‌زاده، احمد؛ شکوهی فر، نرگس (۱۳۹۵)، **مزایا و معایب محصولات تراریخته و ایمنی زیستی**، همایش محصولات تراریخته در خدمت تولید غذای سالم، حفاظت از محیط زیست و توسعه پایدار؛ دانشگاه کشاورزی و منابع طبیعی رامین خوزستان؛ ۴.
- مسجدسرای، حمید (۱۳۹۱)، **ترمینولوژی فقه**، تهران: پیک کوثر.
- مظفر، محمدرضا (۱۳۷۰)، **اصول الفقه**، ج ۱، ج ۴، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه.
- معلی مهدی؛ حاجت پور، زهرا (۱۳۹۸)، **تراریخته در آینده حقیقت**، اصفهان: کنکاش.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۲) **برگزیده تفسیر نمونه**، ج ۳، قم: اسلامیه.
- موسوی نافچی، سیده بیتا؛ حسینی چالشری، سیده اسماء؛ مؤمنی شهرکی، منوچهر (۱۳۹۵)، **بورسی فواید و مضرات محصولات غذایی تراریخته**، همایش محصولات تراریخته در خدمت تولید غذای سالم، حفاظت از محیط زیست و توسعه پایدار، دانشگاه کشاورزی و منابع طبیعی رامین خوزستان.
- میرصادقی، عبدالمهدی (۱۳۹۵)، **تراریخته و تغییر در خلقت الهی**، حریم امام، ۲۳۸، آستان مقدس امام خمینی(ره).
- نورمفیدی، سید مجتبی (۱۳۹۵)، **گفتگو با حجت الاسلام نور مفیدی**، حریم امام، ۲۳۸، آستان مقدس امام خمینی(ره).
- "http://agbiotech.ir" زیست فناوری کشاورزی، مرکز جامع اطلاع رسانی).
- Carpenter; J.E.2011. Impacts of GM crops on biodiversity. GMcrops2.
- Connor, A.L, Glar, T.R, Nap, 2003. The release of genetically modified crops into the environment. Part II. Overview of ecological risk assessment. Plant gornal.33.
- Manuela Giovannetti, 2003, RIVISTA DI BIOLOGIA BIOLOGY FORUM 96 (2), 207-224.
- Janice E Thies, Medha H Devare, An ecological assessment of transgenic crops, 2007, The Journal of Development Studies 43 (1), 97-129.
- G Lovei, 2001, Ecological risks and benefits of transgenic plants, New Zealand Plant Protection 54, 93-100.

Islamic Law and Jurisprudence Studies
Volume 15, Consecutive Number 31, Summer 2023
Issn:2717-0330

Journal Homepage: <https://feqh.semnan.ac.ir/>

This is an Open Access paper licensed under the Creative Commons License CC-BY 4.0 license.



Analysis of Lazar and Laharaj conflict in the implementation of contracts in economic fluctuations

Golgoon. Abdolkarim 1- Asadi Koohabad. Hormoz2*-Ahangaran. Mohammad Rasoul 3

1: Ph.D. student in jurisprudence and Islamic law, Ramhormoz Branch, Islamic Azad University, Ramhormoz, Iran.

2: Assistant professor of jurisprudence and Islamic law, Islamic Azad University, Ramhormoz Branch, Ramhormoz, Iran: (Corresponding author) (asadi.koohbad@gmail.com)

3: Professor of jurisprudence and Islamic law, University of Tehran, Farabi Campus.

Since the beginning of the formation of the principles of jurisprudence, the conflict of evidence has been discussed and paid attention to due to its great application and efficiency in the process of deriving rulings and interpreting Islamic regulations, responding to incidents and solving new problems. Among other things, in the current social situation, economic contracts affected by severe economic fluctuations caused by various causes and factors have caused difficulties for the contracting parties in the implementation of the contract and caused one party severe hardship and embarrassment, and on the other hand, non-implementation of the contract also caused The other side is harmed and in this case, a harmless and embarrassing conflict occurs. Therefore, the present article with a descriptive-analytical method, while explaining the basics of these two rules, has reached these results that what is beyond human capacity and in which there is narrowness, hardship, difficulty, and difficulty is the ruling, both obligatory and situational. It is ruled out. On the other hand, jurists and lawyers should consider difficult conditions in contracts and include them in the text of the contract, pay special attention to the conditions of force majeure, and predict what is likely to happen and may affect contractual relations. . Also, until the adoption of a law on the acceptance of the "change of circumstances" theory, the honorable community of judges can issue a verdict based on the following evidence using authentic Islamic sources or authentic fatwas.

Keywords: Lazarar, Laharaj, conflict, economic contract, economic fluctuations.

- A. Golgoon, H. Asadi Koohabad, M.R Ahangaran (2023). Analysis of Lazar and Laharaj conflict in the implementation of contracts in economic fluctuations, *Islamic Law and Jurisprudence Studies*, 15(31), 217-242.

Doi: [10.22075/feqh.2021.24131.2974](https://doi.org/10.22075/feqh.2021.24131.2974)



فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی

سال ۱۵ - شماره ۳۱ - تابستان ۱۴۰۲

صفحات ۲۱۷ - ۲۴۲ (علمی - پژوهشی)

تاریخ: وصول ۱۴۰۰/۰۵/۰۵ - بازنگری ۱۴۰۰/۰۹/۰۵ - پذیرش ۱۴۰۰/۱۰/۰۹

واکاوی تعارض لاضرر و لاجرح در اجرای قراردادهای نوسانات اقتصادی

عبدالکریم گل‌گون / ۱ هرمن اسدی کوه‌باد *۲ / محمدرسول آهنگران ۳

۱: دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد رامهرمز، دانشگاه آزاد اسلامی، رامهرمز، ایران.

۲: استادیار فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد رامهرمز، دانشگاه آزاد اسلامی، رامهرمز، ایران. (نویسنده مسئول)

asadi.koohbad@gmail.com

۳: استاد فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران (پردیس فارابی)، قم، ایران.

چکیده

تعارض ادله از بدو شکل‌گیری اصول فقه به دلیل کاربرد و کارایی زیادی که در روند استنباط احکام و تفسیر مقررات اسلامی و پاسخگویی به حوادث واقعه و حل مسائل مستحدثه داشته است، مورد بحث و توجه قرار گرفته است. از جمله در وضعیت اجتماعی کنونی، قراردادهای اقتصادی متأثر از نوسانات شدید اقتصادی ناشی از علل و عوامل گوناگون، متعاقبین را در اجرای قرارداد دچار مشکل نموده و یک طرف را دچار عسر و حرج شدید کرده و از سوی دیگر، عدم اجرای قرارداد نیز موجب تضرر طرف دیگر می‌شود و در این حالت، تعارض لاضرر و لاجرح پیش می‌آید. از اینرو مقاله حاضر با روش توصیفی - تحلیلی، ضمن تبیین مبانی این دو قاعده، به این نتیجه دست یافته است که در آن چه ما فوق طاقت بشری بوده و در آن ضیق و عسر و دشواری و صعوبت است حکم - اعم از تکلیفی و وضعی - منتفی است. از طرفی حقوقدانان و وکلا، شرایط دشواری را در قراردادهای مدنظر داشته و در متن قرارداد درج نمایند و به شرایط فورس ماژور توجه خاص نموده و آن چه را که احتمال وقوع بوده و امکان دارد در روابط قراردادی مؤثر باشد، پیش‌بینی کنند. همچنین جامعه قضات تا تصویب قانونی مبنی بر پذیرش نظریه «تغییر اوضاع و احوال»، بر مبنای ادله مطرح شده می‌توانند با استفاده از منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر کنند.

کلیدواژه: لاضرر، لاجرح، تعارض، قرارداد اقتصادی، نوسانات اقتصادی.

- گل‌گون، عبدالکریم؛ اسدی کوه‌باد، هرمن؛ آهنگران، محمدرسول (۱۴۰۲). واکاوی تعارض لاضرر و لاجرح در اجرای قراردادهای نوسانات اقتصادی. *مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی دانشگاه سمنان*، شماره ۳۱، صفحات ۲۱۷-۲۴۲.

مقدمه

فعالیت های اجتماعی و صنعتی شدن جوامع بشری، نیاز روز افزون انسان ها را به نهادها و قواعدی که زندگی و حقوق اجتماعی او را تأمین و تضمین کند، روز به روز بیشتر می نماید. افزایش جمعیت در قرن اخیر باعث شده است که تدوین این قواعد ضرورت بیشتری پیدا کند.

تحولات قرون اخیر و تلاش بشر برای تحقق «جامعه مدنی» باعث اهمیت هرچه بیشتر قواعد و اصولی شده است که انسان را در جهت نیل به اهداف و آرمان های خود هدایت می کند. این جریان با پشتوانه تعالیم اخلاقی ادیان الهی و عادات و رسوم کهن قومی و مذهبی شروع شد و در مسیر خود، با عقاید فیلسوفان، حکما، اندیشمندان، و جامعه شناسان آمیخت.

فرآیند همه این تحولات، تجربه ای بود که انسان در راستای تعیین سرنوشت خود با تشکیل حکومت و حاکمیت، قواعدی مبتنی بر عقل سلیم و عدالت به دست آورد. با تشکیل دولت ها، قواعدی بر جوامع حاکم گشت که سرچشمه آنها اعتقادات دینی و مذهبی، رسوم گذشتگان و اندیشه های متفکران همان قوم و ملت بود؛ این قواعد، «قانون» نامیده شد. امروزه نیز در تمامی نظام های مترقی معاصر، قانون، اولین منبع حقوق به شمار رفته، نقش محوری را در تضمین حقوق و آزادی های فردی و اجتماعی به عهده دارد. به مرور زمان برای رفع این مشکلات، حقوق به شعبات مختلفی تقسیم شد و در هر شاخه، قوانین مرتبط با آن طرح و بررسی گردید. این حرکت باعث پدید آمدن شاخه های مختلف علم حقوق و علوم جدید حقوقی شده است.

۱- پیشینه تعارض

پدید آمدن بحث «تعارض قوانین» در حقوق کشورهای جهان نیز معلول همین عوامل و حرکت هاست. البته باید اذعان داشت که سابقه بحث «تعارض» در حقوق اسلامی به مدّت‌ها قبل و حتی قبل از حاکمیت‌ها و قانونگذاری بر می‌گردد. حتی در صدر اسلام نیز گاهی مسلمانان در امتثال و اجرای احکام الهی و عرفی دچار مشکل می‌شدند و جهت کسب تکلیف و حلّ تعارض‌های ایجاد شده، به رهبران دینی خود مراجعه می‌کردند. این روند باعث شد که به مرور زمان بحث «تعارض ادله» مطرح گردد. امروزه تعارض ادله به عنوان یکی از مهمّ‌ترین مباحث کتب علم اصول فقه، مورد تحلیل و بررسی فقها و اندیشمندان علوم دینی قرار گرفته است. شاید همین توجه فقها به انواع تعارض‌ها، زمینه ساز ورود بحث «تعارض» به قلمرو قوانین بوده است.

پیدایش علم «تعارض قوانین» به مفهوم مصطلح امروزی، به قرون سیزدهم و چهاردهم میلادی بر می‌گردد. پس از این دوران که با مکتب شارحین یا مکتب قدیم ایتالیایی شروع شد، در قرن شانزدهم میلادی مکتب فرانسوی قدیم، مباحث مطروحه در مکتب قبلی را گسترش داد و مکتب هلندی (قرن هفدهم) باعث تکامل قواعد این علم شد. سپس دوره جدید از قرن نوزدهم شروع شد که تا زمان حاضر ادامه دارد. اختلاف عمده دوره قدیم و جدید در علم تعارض قوانین و عرف‌های مختلف یک کشور بود، در حالی که در دوره جدید، تعارض قوانین جنبه بین‌المللی پیدا کرد و باعث شد که در مفهوم امروزی خود مورد بررسی و تحلیل قرار گیرد (الماسی، ۱۳۷۶: ۳۹-۵۳).

۲- مفهوم و تعریف تعارض

از ابتدای ظهور اسلام و شکل‌گیری زندگی مسلمانان بر مبنای این شریعت آسمانی، همواره مسلمانان بر آن بوده‌اند که اعمال روزانه خویش را مطابق با احکام و اصول شرعی انجام دهند. در این رهگذر، چه بسا احکامی که به مسلمانان می‌رسید در ظاهر با احکام و اصول دیگر ناسازگار بود. بدین ترتیب، نیاز به قواعدی برای سامان دادن به این ناسازگاری‌ها، از همان ابتدا در جامعه اسلامی احساس می‌شد.

در لغت عرب، واژه تعارض از «عرض» مشتق شده است و مصدر باب تفاعل می باشد که به معنای «اظهار و ابراز داشتن» و گاهی هم به مفهوم «پهنا» در مقابل طول (درازا) به کار می رود (مظفر، ۱۳۷۵: ۱۹۲/۲؛ محقق داماد، ۱۳۷۸: ۱۲۴).

هر دو مفهوم فوق، در این بحث مورد استفاده قرار می گیرند زیرا: اولاً، در معنای اظهار و ابراز نمودن؛ دو دلیل متعارض نیز در مقابل هم ظاهر شده و ابراز وجود می کنند (عبداللهی نژاد، ۱۳۷۳: ۷۳)؛ ثانیاً: در معنای پهنا - مفهوم متضاد با طول - نیز مفید می باشد. گاهی دو دلیل در عرض هم قرار دارند و گاهی در طول یکدیگر. در باب تعارض نیز از آنجایی که دو دلیل همواره باید در عرض هم باشند تا تعارض تحقق یابد، ابتدا این مفهوم هم مناسب و مفید است. به عبارت دیگر، دو دلیل که دارای یک رتبه و یک درجه باشند همعرض بوده و واجد یکی از شرایط تحقق تعارض ادله هستند. بنابراین هیچ وقت امکان تعارض بین اصول عملیه و ادله اجتهادیه وجود ندارد، زیرا اصول عملیه در جایی به کار می روند که دلیلی بر واقع وجود نداشته باشد و هنگامی که دلیل و اماره ای موجود است، نوبت تمسک به اصول عملیه نمی رسد (محمدی، ۱۳۷۳: ۳۱۹)؛ چراکه موضوع اصول عملیه، شک است و با وجود دلیل اجتهادی، شکی باقی نمی ماند (محقق داماد، ۱۳۷۸: ۱۷۷)؛ مفهوم عبارت «اصل دلیل حیث لا دلیل» نیز همین می باشد. از نظر صرفی، تعارض مصدر باب تفاعل است و باب تفاعل طرفینی است؛ یعنی از این باب برای مفاهیمی استفاده می شود که بین دو طرف واقع می گردد. این که تعارض هم از باب تفاعل می باشد، به این دلیل است که تعارض همیشه میان دو دلیل است که با یکدیگر قابل جمع نیستند (مظفر، ۱۳۷۵: ۱۹۲/۲). اما آن چه از مفهوم تعارض ادله مدنظر می باشد در واقع، همان تعریف مشهور فقها و اصولیان است. براساس این تعریف، «تعارض عبارت است از ناسازگاری مدلول دو دلیل، به گونه تناقض یا تضاد» (شیخ انصاری، ۱۳۷۷: ۷۵۰/۲).

۳- شروط و انواع تعارض

در منابع اصولی و فقهی، انواع تعارض مورد بررسی قرار گرفته است (مانند تعارض اصول عملیه با یکدیگر، تعارض اصول با امارات، تعارض اصل و ظاهر، اسم و اشاره و ...)، اما آن چه در این مقام بیشتر مدنظر ما است، بحث تعارض بین دو دلیل - به طور عام - و ارتباط آن با تعارض قوانین می باشد؛ یعنی شروط اصلی و لازم جهت تحقق تعارض بین دو دلیل مورد بررسی قرار گرفته و براساس این شروط و عناصر تعارض، مواد قانونی متناقض و متعارض شناسایی شده و مورد نقد قرار گیرند.

۱-۳- شروط تعارض

با توجه به تعریف ارائه شده برای تعارض، می توان در یک بیان کلی، شروط تعارض را به دو دسته تقسیم کرد (محقق داماد، ۱۳۷۸: ۱۲۵).

دسته اول- وجود حداقل دو دلیل: براساس این ضابطه کلی، تعارض همیشه میان دو دلیل واقع می شود؛ یعنی زمانی که «دو یا چند دلیل در برابر یکدیگر قرار می گیرند، به طوری که عرفاً نتوان آنها را جمع کرد و یکی ناسخ دیگری نباشد، در این صورت تعارض محقق است.» باید توجه داشت که اگر در تعریف فوق، عبارت «دو دلیل» قید شده است، عدد دو به معنای حصر دلایل به دو دلیل نیست، بلکه منصرف به حداقل تعداد ذیل می باشد؛ یعنی حداقل وجود دو دلیل برای ایجاد و تحقق تعارض لازم است (محقق داماد، ۱۳۷۸: ۱۲۵). در برخی از کتب اصولی تعداد این شرایط به عدد هفت رسیده است (مظفر، ۱۳۷۵: ۱۹۲/۲) که اکنون به اهم آنها اشاره می کنیم (مظفر، ۱۳۷۵: ۱۹۲/۲-۱۹۴).

دسته دوم- تنافی به گونه تضاد یا تناقض: دومین شرط اساسی جهت تحقق تعارض ادله، تنافی بین دو دلیل به صورت تضاد یا تناقض می باشد؛ یعنی ناسازگاری بین دو دلیل باید به گونه ای باشد که بین دلایل رابطه تکاذب برقرار کند، این تنافی می تواند الف) تناقض: تناقض وقتی پدید می آید که میان مدلول های دو طرف، رابطه سلب و ایجاب باشد؛ مثل این که یک دلیل بگوید فلان امر واجب است و دلیل دیگر بر عدم وجوب آن دلالت کند (محقق داماد، ۱۳۷۸: ۱۲۶؛ فیض، ۱۳۷۶: ۱۹۷).

ب) تضاد: در تضاد رابطه از نوع سلب و ایجاب نیست و هر دلیل بر امری دلالت می‌کند که کاملاً مغایر با دلیل دیگر است؛ مانند این که یکی بگوید واجب است و دیگری بگوید حرام است (محقق داماد، ۱۳۷۸: ۱۲۶).

۴- چگونگی تعارض بین قاعده لاجرح و قاعده لاضرر

مسئله مورد بحث این است که چنان چه بین این دو قاعده، تعارض واقع شود مقتضای قاعده چیست؟ به عنوان مثال: اگر کسی بخواهد در خانه خود چاه فاضلاب حفر نماید به گونه‌ای که احداث آن موجب ضرر به همسایه شود، قاعده لاضرر - بنابر تفسیر مشهور که معتقدند بر احکام اولیه حکومت دارد - بر قاعده «الناس مسلطون علی أموالهم» مقدم می‌شود. از طرفی، اگر بخواهیم این شخص را از حفر چاه منع کرده و ملزم شود به این که فضولات منزل را هر روز به خارج خانه حمل کند و آنها را در محلی دور قرار دهد، باعث حرج و مشقت بر او می‌باشد. در نتیجه، میان قاعده لاضرر که مانع از حفر چاه است و قاعده لاجرح که به او اجازه حفر چاه می‌دهد، تعارض پیش می‌آید.

صاحب «رسائل» (شیخ انصاری، ۱۳۹۴: ۴۶۷/۲) در مباحث پایانی قاعده لاضرر ابتدا می‌گوید: باید حق را به مالک خانه داد و او اجازه دارد که چاه را حفر کند. از این جهت که این دو قاعده در یک مرتبه واحده هستند و بعد از تعارض و تساقط، دلیل «الناس مسلطون علی أموالهم» به قوت خود باقی می‌ماند، اما در ادامه، این احتمال را یادآور می‌شود که قاعده لاجرح بر قاعده لاضرر حکومت دارد ولی منشأ این احتمال را ذکر نکرده است.

مرحوم محقق نائینی (نجفی، ۱۳۹۲: ۴۲۷-۴۲۸) در رابطه با منشأ احتمال شیخ انصاری می‌گوید: این احتمال مبتنی بر دو مقدمه است که هر دو باطل می‌باشند:

مقدمه اول این است که شیخ می‌بایست تعارض بین لاجرح و لاضرر را تصویر نماید، اما از آنجا که هر دو قاعده عنوان عدمی دارند نمی‌توان بین آنها تعارض را تصویر نمود. مقدمه دوم نیز این است که ایشان باید ملتزم شود که قاعده لاجرح متأخر

از قاعده لاضرر است تا بتواند ناظر و حاکم بر آن باشد، در حالی که این دو قاعده در یک مرتبه واحد و در عرض یکدیگر هستند.

در مورد بخش نخست سخن میرزای نائینی این اختلاف وارد است که ملاک در تعارض، تنافی و تکاذب است که بین دو امر عدمی تحقق دارد؛ و تصویر آن از این جهت می باشد که عدم مضاف مانند عدم مطلق نیست و آثار وجودی بر آن مترتب است. اما بخش دوم سخن ایشان متین است و این دو قاعده در عرض و مرتبه واحد هستند؛ بنابراین نمی توان حکومت یکی بر دیگری را پذیرفت. گرچه ممکن است گفته شود در حکومت لازم نیست که دلیل حاکم، متأخر از دلیل محکوم باشد و به مجرد ناظر بودن کافی است؛ با این حال، هیچ کدام از این دو دلیل، ناظر بر یکدیگر نبوده و در فرض تعارض، تساقط می نمایند و باید به ادله دیگر رجوع کرد.

۵- تقدم قاعده لاجرح بر قاعده لاضرر

از مباحث مهمی که همیشه مطرح است، این است که اگر قاعده «لاجرح» با قاعده «لاضرر» تعارض پیدا کنند کدام یکی بر دیگری مقدم است در حالی که هر دو قاعده یکسان و برابر هستند و در یک رتبه و یک درجه می باشند؟ آیا لاجرح مقدم بر لاضرر است یا قاعده لاضرر بر قاعده لاجرح مقدم می باشد؟

مثال: فرض کنید یک نفر فقط صد متر زمین دارد و از طرفی هم کثیر العائله می باشد، از اینرو ناچار است که این صد متر زمین را در شش طبقه احداث نماید تا همگی در آنها زندگی کنند، اما ساختن شش طبقه سبب می شود که یا بر خانه های مجاور اشراف پیدا کند یا این که خانه های آنها از نور محروم بشوند؛ از طرفی اگر این شخص خانه اش را شش طبقه بسازد گرفتار حرج می شود، چون تعداد خانواده اش زیاد است و یک طبقه یا دو طبقه جوابگوی عائله وی نیست و از طرف دیگر نیز اگر آن را شش طبقه بسازد، همسایه متضرر می شود؛ در این حالت چه باید کرد؟ کدام یکی بر دیگری مقدم است؟ البته این مسأله، یک مسأله منصوصی نیست؛ لذا هر فقیهی می تواند نظر بدهد. خلاصه این که اگر کسانی در مال خود تصرف نکنند، در حرج و ضیق می افتند؛

از اینرو ناچارند که زمین خودشان را چند طبقه بسازند و از آن طرف هم اگر چند طبقه بسازند، یا بر خانه های مجاور اشراف پیدا می کند، یا این که جلوی نور و هوای آزاد خانه های آنها را می گیرد، یعنی سبب می شود که خانه مجاورش کم نور بشود که هر دو، ضرر روشن بر همسایه است؛ در یک چنین جایی، کدام یکی بر دیگری مقدم است؟ علی الظاهر قاعده «الاحرج» مقدم بر لاضرر است؛ زیرا برای شخص لزومی ندارد که ضرر دیگری را متحمل بشود. اگر خانه اش را شش طبقه نسازد، در واقع ضرر دیگری را متحمل شده است و حال آن که بر وی دلیلی نیست که ضرر دیگری را متحمل شود؛ لذا می تواند خانه اش را چند طبقه بنا نماید، هر چند که بر همسایه وی ضرر وارد بشود.

۶- کیفیت تعارض لاجرج و لاضرر در قراردادها

در روابط اقتصادی دنیای کنونی که از پیچیدگی های خاصی برخوردار است علم و اطلاع لازم و کافی از شرایط و اوضاع و احوال انعقاد عقد و اجرای آن، از ضروریات اولیه می باشد. البته سیستم قضایی کشورها نیز نمی تواند عدم آگاهی افراد را در روابط و مناسبات تجاری جبران نماید. اگر منصفانه قضاوت کنیم متوجه می شویم که در عین پذیرش اصل آزادی قراردادها، لزوم آگاهی طرفین قرارداد از اوضاع و احوال و شرایط حین انعقاد عقد، پیش بینی های لازم در رابطه با کیفیت و شرایط اجرا و همچنین پیش بینی حوادث احتمالی، طرفین عقد همیشه در روابط قراردادی خود از عدم توجه به مسائل مذکور فارغ نیستند. اصل آزادی قرارداد برای شرایط معین قابل اعمال است و چنان چه ارزش های زمان انعقاد عقد ثابت و پایرجا باشند، اصل لزوم اقتضا می کند که طرفین قرارداد به مفاد عقد و پذیرش آثار آن ملتزم باشند. بجز محدودیت هایی که توسط قانون تحمیل می شود و برخی از آنها مربوط به اعتبار اولیه قرارداد است؛ مانند: قصد و رضا، اهلیت، قواعد آمره، از جمله اصول مربوط به حقوق خانواده و نظم عمومی، حالات دیگری از قبیل عدم امکان اجرای قرارداد به طور عام، عدم امکان اجرا به دلایل خارج از اراده طرفین قرارداد، دشواری، غیر عملی شدن تجاری، انتفای قرارداد، انتفای

اهداف قرارداد و تغییر اوضاع و احوال زمان انعقاد عقد نیز ممکن است بر قرارداد عارض شود.

۶-۱- تأثیر تغییرات اساسی در اوضاع و احوال زمان عقد

اگر نتیجه تغییر اوضاع و احوال و شرایط زمان عقد از جمله شرایط اقتصادی، سیاسی، قانونی، جنگ و حتی تغییرات جوی، باعث اعمال ضرر نامتعارف و خارج از انتظار به متعهد شود، یا متعهد در اجرای تعهد خود دچار دشواری و عسر و حرج شود، باید راه حل معقول و منصفانه ای منطبق با اصول ارائه شود تا ضمن پایبندی طرفین به مفاد عقد، راه اجرای تعهد هموار و از ورود زیان نامتعارف به هر کدام از طرفین یا هر دوی ایشان ممانعت به عمل آید.

بدیهی است که اگر نتیجه تأثیر تغییرات، ناممکن شدن اجرای قرارداد و مفاد تعهد باشد متعهد از انجام تعهد، معاف خواهد بود. قوانین کشورهای مختلف نیز با این پدیده، متناسب با کیفیت و کمیت تأثیر تغییرات و نیز میزان پایبندی آنها به اصل لزوم و قداست قراردادها برخورد نموده و راه حل‌هایی مناسب ارائه می‌دهند. در اعمال این نظریه، باید توجه داشت که این دیدگاه مشروط به فراهم بودن موارد ذیل الذکر قابل اجرا می‌باشد:

الف: قرارداد باید از عقود مستمر و مدت دار باشد.

ب: حوادث غیر مترقبه باید اوضاع و احوال زمان عقد را به طور بنیادی دگرگون سازد.

ج: حوادث استثنایی مورد نظر، باید غیر قابل پیش بینی بوده و مورد انتظار نباشد.

۶-۲- انتفای هدف قرارداد و انتفای قرارداد

به منظور مطالعه تطبیقی، نظریات «انتفای هدف قرارداد» (Frustration) و «انتفای قرارداد» (Frustration of Purpose) در حقوق انگلیس، و نظریات «فورس ماژور» (Force Majeure)، و «حوادث پیش بینی نشده» (L'Imprévision) در حقوق فرانسه، و نظریه «تغییر اوضاع و احوال» (Wegfall der Geschäftsgrundlage) در حقوق آلمان و نظریه های «غیر عملی شدن تجاری اجرای قرارداد»

(Impracticability) و «دشواری» (Hardship) در حقوق آمریکا و برخی از دولت های دارای نظام حقوقی «کامن لا» (Common Law) و نظریه «حادثه پیش بینی نشده» (الحوادث الطارئه) در حقوق مصر از جمله آرای هی هستند که به دلیل تطابق یا تشابه با نظریه «تغییر اوضاع و احوال» (Change of Circumstances) ذیلاً مطرح می شوند.

۶-۲-۱- انتفای هدف قرارداد

علاوه بر شرایط و اوضاع و احوالی که اجرای تعهدات قراردادی را برای یکی از طرفین یا هر دو طرف ایشان ناممکن یا غیر قابل اجرا می کند، مواردی نیز هست که حوادث غیر مترقبه با تغییرات غیر قابل پیش بینی در اوضاع و احوال و شرایط، مانع انجام اهداف و مقاصد قرارداد می گردد. در اینگونه موارد، از اصطلاح «انتفای هدف قرارداد» استفاده می شود.

در قانون انگلستان، انتفای هدف قرارداد، شامل عدم امکان اجرای قرارداد نمی گردد. به عبارتی، مشابه نظریه غیر عملی بودن قراردادهای تجاری در حقوق آمریکا می باشد. به عبارت دیگر، این دو نظریه از این جهت که هیچ کدام از آنها در جایی که اجرای قرارداد غیر ممکن باشد به کار نمی روند، شباهت دارند. هر وقت حادثه غیر مترقبه ای به حدی باعث دشواری اجرای تعهد شود که متعهد اجرای قرارداد را با آن شرایط جدید تعهد نکرده باشد، نظریه غیر عملی شدن تجاری قرارداد اعمال می شود. در این صورت، هیچ وقت ادعا نشده است که اجرای قرارداد غیر ممکن است، بلکه اجرای واقعی قرارداد ممکن است اما اجرای تعهد چنان شاق و مشکل است که جز با هزینه مضاعف یا دشواری بیش از حد ممکن نیست. لذا این نظریه، مشابه نظریه «دشواری» (Hardship) و «عسر و حرج» است. مطلب را با بیان یکی از دعاوی در حقوق انگلیس تبیین می کنیم.

دعوی کرل علیه هنری (J.C. Smith, Smith and Thomas, A Case Book on)

(Contract, 8th. ed., London. Sweet & Maxwell, 1978, p. 411

در این دعوی، خواننده اتاقی را در مسیر تاج گذاری پادشاه اجاره نمود تا بتواند مراسم تاج گذاری را به خوبی تماشا نماید. ادوارد هفتم که در آن زمان شصت سال سن داشت، در اثر ابتلا به بیماری آنژین موفق به حضور در مراسم نشد. به این ترتیب، مراسم تاج گذاری لغو گردید. قرارداد اجاره نیز به دلیل بیماری پادشاه منتفی گردید؛ در حالی که قرارداد، یعنی تسلیم مورد اجاره به مستأجر عملاً ناممکن نشده بود و مستأجر می توانست در ایام مورد بحث و سایر ایام از مکان اجاره استفاده نماید. انتفای قرارداد تنها به ناممکن شدن فیزیکی محدود نمی شود. نکته قابل توجه در این دعوی این است که مستأجر، مکان مورد نظر را به قصد تماشای مراسم تاج گذاری اجاره کرده بود و این قصد با بیماری پادشاه و لغو مراسم، منتفی شده و مکان منظور، فایده مورد نظر را برای وی نداشت. اجاره بهایی نیز که قرار بود مستأجر برای آن مکان بپردازد خیلی بیشتر از میزان معمول بود. لذا رأی صادره بر اساس نظریه انتفای هدف قرارداد در حقوق انگلستان صادر گردید (G.H. Treitel, op. cit., p. 784).

«لرد ویلیامز» نیز در مرحله استیناف از رأی صادره چنین اظهار نظر نموده که:

«مسأله واقعی در این دعوی این است که در اجرای حقوق انگلیس تا چه اندازه این اصل حقوق رم که در دعوی Taylor علیه Caldwell مورد استفاده واقع شده است، به کار گرفته می شود. اصل مذکور این است که: [اگر از ماهیت قرارداد روشن شود که طرفین قرارداد از آغاز می دانسته اند که نمی توانند قرارداد را اجرا کنند، مگر این که هنگام اجرای قرارداد، وجود بعضی از چیزهای مشخص ادامه پیدا کند؛ مثلاً در صورت فقدان هرگونه شرط صریح یا ضمنی در مورد اجاره، موجر تعهد نماید که عین مستأجره تا پایان مدت اجاره وجود داشته باشد]، روشن است که اصل مذکور در حقوق انگلیس وارد شده و در دعاوی مختلف بنای تصمیم گیری بوده است. اگر وجود چیزی یا هدف خاصی مبنا و اساس قرارداد بوده باشد با از بین رفتن آن شیء یا منتفی شدن هدف، الزام متعهد به انجام تعهد، منطقی و معقول به نظر نمی رسد».

آن چه از این رأی قابل استنباط می باشد این است که: اولاً: بروز حوادث غیر مترقبه، حتی بیماری پادشاه شصت ساله می تواند در انتفای هدف قرارداد مؤثر باشد. ثانیاً: اگر با بروز حادثه ای هدف اولیه قرارداد منتفی شده باشد، هر چند که اجرای قرارداد عملاً ناممکن نشده باشد بر مبنای نظریه منتفی شدن هدف قرارداد، متعهد از انجام تعهد معاف می شود. ثالثاً: حادثه باید بنیان و اساس عقد را متحوّل و دگرگون ساخته و اجرای قرارداد را واقعاً بلااثر کند.

۶-۲-۲- انتفای قرارداد

دکترین انگلیسی انتفای قرارداد، ناشی از دعوای فردی به نام Taylor علیه Caldwell در سال ۱۸۶۳ میلادی است که در سال‌های اخیر گسترش یافته است. در دعوای موردنظر، «خوانده» متعهد شده بود که سالن موسیقی و باغی را در مدت زمان چهار شب معین برای اجرای کنسرت در اختیار «خواهان» بگذارد. پس از انعقاد قرارداد و پیش از موعد اجرای قرارداد، سالن دچار آتش سوزی شده و ویران شد. استدلال قاضی دادگاه که به انتفای قرارداد رأی داد، چنین بود:

«در قراردادهایی که اجرای آن به ادامه وجود شخص یا چیز معینی بستگی دارد این شرط ضمنی وجود دارد که عدم امکان اجرای ناشی از تلف آن شخص یا شیء، باعث معاف شدن از اجراست ... زیرا بنا بر طبیعت قرارداد، روشن است که طرفین قرارداد، خود را بر پایه استمرار وجود شخص یا کالای خاص، منعقد نموده اند» (کاتوزیان، ۱۳۶۸: ۱۱۴ - G.H Treitel, The Law of Contract, London: Sweet & Maxwell. (1991, p. 763).

۶-۳- فورس ماژور

این اصطلاح برگرفته از حقوق فرانسه است و ظاهراً برای اولین بار در قانون مدنی این کشور به کار رفته و سپس در سایر کشورها نیز همین لفظ یا ترجمه آن معمول شده است و در حقوق بین الملل هم همین اصطلاح مرسوم مورد استفاده است. تعریفی که در فرهنگ حقوقی «بلاک» از اصطلاح فورس ماژور آمده چنین است:

«فورس ماژور، فرانسوی، در حقوق بیمه: نیروی فائق یا غیرقابل اجتناب. چنین شرطی در قراردادهای ساختمانی برای حمایت طرفین در صورتی که بخشی از قرارداد در نتیجه عللی که خارج از کنترل طرفین است و نمی‌توان با مراقبت لازم از آن اجتناب نمود، غیر قابل اجرا باشد، به کار برده می‌شود» (*Henry Compbell Black, M.A. Black's Law Dictionary, U.S.A., West Publishing, 1993, p. 330.*)

۶-۴- حوادث پیش‌بینی نشده

بین غیر ممکن شدن اجرای تعهد، یعنی فورس ماژور و اوضاع و احوالی که موجب به هم خوردن توازن مالی قرارداد می‌گردد در حقوق فرانسه تفاوت قائل شده‌اند. چنان که بیان شد، فورس ماژور به واقعه‌ای غیر قابل پیش‌بینی و غیر قابل کنترل اطلاق می‌شود که اجرای قرارداد را ناممکن بسازد، اما نظریه حوادث پیش‌بینی نشده زمانی اعمال می‌گردد که اجرای قرارداد در اثر بروز آن حوادث و به هم خوردن توازن و تعادل قراردادی بی‌اندازه دشوار شده و از این طریق، هزینه‌گرافی بر متعهد تحمیل شود (*André de Laubadère, Contrats Administratifs, L.G.D.I. 1984, p. 560.*)

در حقوق مصر نیز نظریه حادثه پیش‌بینی نشده با اندک تفاوتی، مانند نظریه پذیرفته شده در حقوق فرانسه است. چنان که در ماده ۱۴۷ قانون مدنی آن کشور چنین آمده است: «چنانچه حوادث استثنایی عام که مورد انتظار طرفین نیست، بروز نماید و بر اثر آن اجرای تعهد برای متعهد مشکل گردد، به نحوی که خسارت قابل توجهی به وی وارد نماید و لیکن اجرای تعهد را غیر ممکن نسازد، قاضی می‌تواند با رعایت مصلحت طرفین و با توجه به اوضاع و احوال جدید، التزام عقد را به حد معقولی تعدیل نماید» (السنهوری، ۱۹۵۶: ۶۲۹).

۶-۵- دشواری (Hardship)

کلمه هارد شپ در فرهنگ لغات انگلیسی، به زیان دیدن یا محرومیت سخت و طاقت فرسا یا دشواری اوضاع و احوال معنا شده است (*Oxford Advanced Learner's Dictionary*, p.569). این اصطلاح توسط راهنمای آنسیترال چنین تعریف شده است: «اصطلاح دشواری عبارت است از تغییر در عوامل اقتصادی، پولی، حقوقی یا فناوری که موجب ورود زیان های اقتصادی شدید به یکی از طرفین قرارداد گردد، به نحوی که وی را در ایفای تعهدات قراردادی اش با مشقت زیادی مواجه سازد» (John. A Westberg, op.cit., p.217).

در سنوات اخیر، نظر حقوقدانان و نویسندگان حقوقی به این نکته مطوف شده که به دلیل تحولات وسیع و سریع در اوضاع و احوال بین المللی و تأثیر و تأثر غیر قابل اجتناب آن بر قراردادها، شرایطی در خصوص موقعیت های دشوار در قرارداد گنجانده شود. این شرط که علاوه بر سایر شرایط معاذیر قراردادی می باشد، مربوط به انطباق با شرایط جدیدی است که در اثر تغییر اوضاع و احوال و به هم خوردن معادله و موازنه قرارداد و مشکل شدن اجرای قرارداد به وجود می آید (*Schmithoff, Export Trade The Law, Practice of International Trade, London, Sweet & Maxwell, 9th ed., 1990, pp. 751-753*).

۶-۶- غیر عملی شدن تجاری قرارداد (Commercial Impracticability)

این نظریه بدین معناست که تأثیر بروز حوادث غیر مترقبه، اجرای قرارداد را غیر ممکن نسازد، بلکه قرارداد در صورت اجرا، از حیث بازرگانی، چیزی متفاوت از هدف و مقصود طرفین خواهد شد (*Commercial Impracticability*). در واقع با شرایط جدید، اجرای قرارداد از نظر اقتصادی غیر عملی می شود. اگر بروز حوادث اعم از حوادث طبیعی، سیاسی در اعمال حاکمیت عمومی، موجب تغییر و دگرگونی اساسی در اوضاع و احوال قرارداد شود می توان به نظریه تغییر اوضاع و احوال استناد کرد.

از جمله دعاوی مطروحه در این راستا، می توان به دعوی *American International Group Inc* علیه دولت جمهوری اسلامی ایران اشاره نمود. در

تاریخ دهم ژوئیه سال ۱۹۸۰، دادگاه اظهار نظر کرد که موضوع اقامه دعوی در ایران تحت شرایط و اوضاع و احوال بوده است که حالا دگرگون شده و به طور بنیادی و اساسی تغییر کرده است. قاضی هارت (*Hart*) نیز عقیده داشت که براساس پاراگراف دوم ماده ۴ معاهده مودت ایران و آمریکا، افراد خواهان، حق اقامه دعوی در دادگاه های آمریکا را دارند (*Ibid.*, p. 58).

۷- حکم تعارض لاجرح و لاضرر در قراردادها

در هر قراردادی، طرفین با مدنظر قراردادن شرایط و اوضاع و احوال زمان عقد، اقتصاد قرارداد، سود و زیان، شرایط متعارف و سایر عوامل مؤثر بر قرارداد، به انعقاد عقد مبادرت می ورزند. در نتیجه باید به مفاد قانون ملتزم باشند و به تعهدات ناشی از عقد عمل نمایند. ولی این که التزام به تعهدات ناشی از قرارداد، بستگی تام به بقا و ثبات شرایط و اوضاع و احوالی دارد که قرارداد در آن فضا و موقعیت منعقد گردیده است و یا میزان تأثیر تغییرات از نظر دشواری و یا ضروری شدن و یا غیرممکن شدن چقدر است، موضوعی است که باید به آن پرداخت شود. مراد از طرح مسأله تأثیر تغییر شرایط و اوضاع و احوال بر قراردادها، بررسی میزان تأثیری است که اجرای تعهد را دشوار کرده و متعهد را در شرایط حرج و مشقت قرار داده است. از طرف دیگر، تعادل و توازن اقتصادی قرارداد را به هم زده و از این بابت، خسارت عمده و قابل توجهی را متوجه متعهد گردانیده است؛ یعنی تعادل و توازنی که مبنا و اساس تراضی طرفین قرارداد بوده است و از لوازم عرفیه تراضی به حساب می آید، به هم خورده است. لذا دو مطلب قابل طرح است:

اول: تأثیر تغییر شرایط و اوضاع و احوال زمان انعقاد عقد و مشکل شدن اجرای تعهد به نحوی که اجرای قرارداد برای متعهد، موجب عسر و حرج و ضرر گردد.

دوم: تغییر شرایط و اوضاع و احوال زمان عقد، اگر ثبات شرایط مذکور، فرضی اساسی برای تراضی بوده و اکنون با تغییر اوضاع و احوال، تعادل و توازن اقتصادی مفروض به هم خورده است. به بیان دیگر، آن چه به طور ضمنی تحت عنوان شرط

پذیرفته شده بود، اکنون دگرگون شده است. در جمهوری اسلامی ایران در مواردی که حوادث غیر قابل کنترل و غیر قابل اجتناب و خارج از اراده که برای متعهد اجرای قرارداد را ناممکن سازد، قانونگذار در مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ قانون مدنی، تکلیف متعهد با شرایط مذکور را بیان کرده و از وی سلب مسئولیت نموده است.

قانون مدنی ایران در خصوص دشواری اجرای قرارداد یا به هم خوردن تعادل و توازن قرارداد بر اثر حوادث پیش بینی نشده سخنی به میان نیاورده است، لذا باید با استفاده از مبانی معاذیر قراردادی در حقوق مدنی و بررسی موادی از قانون که به دشواری و حرج و ضرر اشاره دارد، پاسخ این سؤال روشن شود که آیا در صورت بروز حادثی که منجر به دشواری یا ضرری شدن اجرای تعهد می‌گردد، باز هم متعهد از انجام تعهد معاف می‌شود و از مسئولیت ناشی از تأخیر مبرا است یا این که حکومت اصل لزوم در قراردادها در حقوق ایران از چنان قوت و قدرتی برخوردار است که دشواری یا ضرری شدن اجرای قرارداد در اثر بروز حوادث پیش بینی نشده از الزام ناشی از قرارداد نکاسته و راهی برای فرار متعهد متعسر و یا متضرر از دشواری و ضرر وجود ندارد؟ به منظور بررسی موضوعات مذکور از دیدگاه حقوق ایران، باید به بررسی قواعد لا حرج و لا ضرر و نظریه شرط ضمنی بپردازیم.

۷-۱- تعسر در اجرای قرارداد

در این جا ابتدا از معنای عسر و حرج و مشقت و ضابطه آن سخن گفته و سپس به مواردی از کلام فقها در استناد به قاعده نفی عسر و حرج اشاره می‌کنیم. معنای لغوی عسر که در مقابل یسر است، عبارت از ضیق و شدت و صعوبت است. در مجمع البحرین به دشواری شدید معنا شده است (نراقی، ۱۴۰۸: ۶۰). پروردگار متعال در قرآن کریم مفاهیم عسر و یسر را کنار هم و به عنوان نقیض یکدیگر آورده است؛ آنجا که می‌فرماید «سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا» (طلاق: ۷)، یا در جای دیگر می‌فرماید: «فَإِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا، إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا» (انشراح: ۵-۶).

معنای عسر آن چیزی است که در آن دشواری به حدی شدید باشد که به ضیق برسد. حرج نیز به معنای ضیق است و ضیق خود نقیض سعه می باشد (ابن منظور، ۱۹۸۸: ۱۱۰/۲). طاقت و استطاعت نیز به معنای قدرت و اسعه است. آن چه که عرف از معنای عسر و حرج برداشت می کند هر چیزی است که در غایت صعوبت و دشواری است و به دشواری شدید اطلاق می گردد. از آیات و اخبار و روایات، انتفای تکلیف در موارد زیر مستفاد می گردد:

– ما لایطاق؛ – ما فیه الضیق؛ – ما فیه العسر

بنابراین می توان نتیجه گرفت که در آن چه ما فوق طاقت بشری است و در آن ضیق و عسر و دشواری و صعوبت است حکم – اعمّ از تکلیفی و وضعی – منتفی است. برای تبیین زوایای بحث، مراتب تکالیف متصوّر از نظر عقل را بنا بر تقسیم بندی مرحوم نراقی به چهار دسته زیر می توان تقسیم کرد:

الف: تکلیفی که به حدّ عسر نمی رسد و به سعه و سهولت و یسر تعبیر می شود.

ب: تکلیفی که شدید و دشوار است ولی به مرتبه ضیق نمی رسد.

ج: تکلیفی که ضیق و غیر واسع است اما به مرحله ما لایطاق نمی رسد و به حرج نیز تعبیر می شود.

د: تکلیف خارج از طاقت و ما فوق توانایی و استطاعت (نراقی، ۱۳۷۵: ۶۱/۱).

در سقوط تکلیف ما لایطاق بحثی نیست و با توجه به این که عمدتاً این نوع تکلیف با مشقّت و دشواری همراه است، مورد اول از بحث ما خارج است. پس آن چه باید روشن شود، تکالیفی است که شدید و دشوار است یا به حدّ ما لایطاق نرسیده است. طرفین هر قرارداد به نحو ضمنی پذیرفته اند که نتیجه قرارداد نباید خارج از طاقت و توانایی طرف دیگر باشد، و گرنه تکلیف ساقط می شود. سقوط تکلیف ما لایطاق هم عقلی است و در همه ادیان و اقوام و ملل پذیرفته شده است (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۰: ۱۲۱).

با بررسی و تتبع در آیات (برای اثبات قاعده لا حرج به آیه ۷۸ سوره مبارکه حج و آیه ۶ سوره مبارکه مائده، آیات ۱۸۰ و ۲۸۶ سوره مبارکه بقره استناد شده است) مشخص می شود که باری تعالی در دین مبین اسلام، احکام حرجی مستلزم مشقت و حرج جعل نفرموده است (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۰: ۲۰۹). در استناد به قاعده لا حرج، روایات عدیده ای (امام صادق علیه السلام در پاسخ به این سؤال که چگونه با انگشتم که آسیب دیده وضو بگیرم؟ می فرمایند: «حکم این مسأله و امثال آن، از کتاب خداوند عز و جل روشن می شود، [خدا فرموده]: ما جعلَ عَلَیْكُمْ فِی الدِّینِ مِنْ حَرَجٍ؛ بر روی همان پارچه مسح کن؛» شیخ طوسی، ۱۳۸۶: ۶۳ و ۳۷) وجود دارد که بر مبنای آنها پروردگار متعال، احکامی را که متضمن عسر و حرج و مشقت است جعل نفرموده و در کلیه مواردی نیز که مکلف دچار ضیق و عسر و حرج می شود، این قاعده قابل اعمال است (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۰: ۲۱۱) و دلیل عقلی (امر به تکالیفی که در بردارنده عسر و مشقت است و خارج از طاقت و توانایی مکلف می باشد، قبح عقلی دارد؛ لذا تحمیل چیزی که عسر و حرج داشته باشد قبیح است. عسر و حرج چیزی است که متضمن تحمیلی خارج از وسع و توان فرد باشد (نراقی، ۱۳۷۵: ۵۷/۱) بنای عقلا قائم بر عدم تجویز احکام حرجی در تمام ابعاد است و شارع مقدس که خود رئیس عقلا است، از سیره مسلم عقلا تخطی نمی کند. در نتیجه، با توجه به امتنایی بودن رفع احکام حرجی، معنای عدم حرج در دین این است که خداوند حکمی را که موجب ضیق و مشقت بر مکلفین باشد، صادر نمی فرماید و می توان نتیجه گرفت که در دین مبین اسلام که دین و شریعت تسامح و تساهل است، حکمی که متضمن حرج و مشقت باشد جعل نگردیده است.

آن چه به موجب قاعده عسر و حرج نفی می شود، نفس حکم حرجی اعم از احکام تکلیفی یا وضعی است. بنابراین چنان چه در مجموعه احکام متعلق به افعال مکلفین یا موضوعات خارجی، حرجی بوده باشد مکلف، موظف به انجام دادن آن نمی باشد و در صورت عدم انجام تکلیف مسئول نیست. فقها بر این مطلب اتفاق آراء دارند که کلیه

اوامر و نواهی صادره از جانب شارع مقدّس صرفاً در صورتی مأخوذ است که در حیظه توانایی و طاقت مکلف باشد. این موضوع از روایت «حمزه بن طیار» نیز قابل استنباط است که معصوم فرموده است: «هر چیزی که مردم به این امر شده اند در حدّ توانایی آنها است و اگر چیزی خارج از توان و طاقت آنها باشد، از عهده آنها خارج است» (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۰: ۲۱۰).

صاحب جواهر نیز در شرح شرائع الاسلام در مورد التزام به حفر چاهی که به خاطر صعوبت و سختی زمین، متعهّد در عذر و حرج می افتد، با استناد به همین قاعده نفی عسر و حرج، حکم حرجی را مرفوع، و به رفع الزام متعهّد از ادامه حفر حکم می نماید (نجفی، ۱۳۹۲: ۲۹۱/۳۸). صاحب مفتاح الکرامه در شرح قواعد علامه، به نقل از تذکره، مشقّت و عسر را به معنی وجود مانع در راه اجرای تعهّد آورده و الزام ناشی از تعهّد طرف قرارداد مبنی بر حفر چاه را برداشته است (حسینی عاملی، ۱۳۹۱: ۱۸۷/۷).

جهت استناد به قاعده نفی عسر و حرج و اثبات معافیت متعهّد از انجام تعهّد در اینگونه موارد، نکات ذیل قابل ذکر می باشد:

۱- با توجه به مستندات قاعده نفی عسر و حرج، تمام احکام و تکالیف حرجی - اعمّ از احکام تکلیفی و وضعی - در صورتی که انجام آنها مستلزم حرج و مشقّت شدید باشد، مرفوع بوده و مکلف مسئولیتی در قبال انجام آنها ندارد (علامه حلّی، ۱۳۹۸: ۴۲۸؛ موسوی بجنوردی، ۱۳۷۰: ۲۱۴). احکام عبادات و معاملات و سیاسات، مشمول این حکم بوده و تفاوتی بین آنها نمی باشد؛ لذا چنان چه التزام به معامله، مستلزم حرج و مشقّت شدید باشد قاعده نفی عسر و حرج شامل آن می گردد (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۰، ۲۱۴).

۲- ادله قاعده نفی عسر و حرج بر ادله اولیه احکام مقدّم می باشد. دین مبین اسلام مجموعه ای از احکام و قوانین شرعی می باشد و در صورتی که پروردگار متعال هرگونه حکم حرجی را نفی فرماید، به آن معنا می باشد که اصولاً هیچ گونه حکمی که مستلزم مشقّت شدید و حرج باشد، جعل نشده است؛ چنان که قاعده لاضرر، مستلزم نفی

هرگونه ضرر است، در اینجا نیز با تقیید اطلاقات و تخصیص عموماً ادله اولیه، هرگونه حرج و مشقت نفی شده است (خمينی، ۱۳۶۳: ۱/۳۵۴ و ۲/۲۲۷؛ شيخ انصاری، ۱۳۹۴: ۲/۳۷۳؛ خوانساری، ۱۳۵۵: ۵/۲۱۰).

۳- با توجه به معانی عسر و حرج، مبرهن است که هر حکمی که خارج از قدرت و طاقت و توانایی فرد نبوده ولی انجام آن موجب مشقت شدید و دشواری و حرج نامتعارف است، شامل این قاعده می‌گردد. صاحب حدائق در معنای حرج می‌گوید: «بنا به صحیح‌ه محمد بن مسلم، حرج در دین اسلام منتفی است و آن، امکان فعل با مشقت است» (بحرانی، ۱۳۶۳: ۱۳/۴۲۲).

۴- ملاک تشخیص شدت و ضعف تکلیف با عرف است، ولی ملاک عسر و حرج و مشقت مکلف، وضعيت جسمی او می‌باشد. به بیان دیگر، ضابطه حرجیت و تعسر، نوعی نیست، بلکه شخصی است. با عنایت به دلایل فوق الذکر، می‌توان به معافیت متعهدی که تعهد به ساخت جاده یا ابنیه از قبیل پل‌های بزرگ، سد‌ها، نیروگاه یا ساختمان نموده باشد و به دلیل بروز حوادث غیر مترقبه، قیمت‌ها بالا رفته و مواد اولیه کمیاب و هزینه نیروی کار افزایش یابد و به تبع این موارد، انجام تعهد برای وی دشوار و موجب مشقت و حرج گردد، حکم کرد.

۲-۷- ضروری شدن اجرای قرارداد

طرفین عقد، قبل از انعقاد قرارداد، با توجه به سنجش سود و زیان و همچنین میزان تعهد و تلاشی که باید برای انجام تعهد به عمل آورند نسبت به انعقاد قرارداد مبادرت می‌ورزند و هر کدام از ایشان در راستای کسب سود و منفعت در سایه تداوم روابط قراردادی، خود را ملتزم به مفاد عقد می‌دانند. حال چنان چه پس از انعقاد عقد در اثر بروز حوادث خارجی، تعادل و توازن مفروض، به هم خورده و چهره واقعی به خود نگیرد آیا در این صورت با فرض تحقق ضرر، رهایی متضرر از الزام ناشی از قرارداد ممکن است یا به ناچار باید با تحمل ضرر هر چند گزاف و غیر متعارف، به تعهد خود عمل نماید؟ به عبارت دیگر، آیا تعادل و توازن لازم برای انعقاد عقد تا زمان اجرا نیز

باید استمرار یابد این که یا خیار عین صرفاً به نامتعادل بودن عرفی دو عوض در زمان انعقاد عقد مربوط است؟

خیار فسخ معامله ای که بین ارزش های عوضین، نابرابری و عدم تعادل نامتعارف وجود دارد، غبن نامیده شده است. اما این خیار، ناظر به نابرابری عرفی و گزاف بودن عقد در زمان انعقاد می باشد (کاتوزیان، ۱۳۶۸: ۸۷/۳) و در مورد سرایت مبانی این دیدگاه به عدم تعادل طاری، جای تردید است. اکنون باید دید که آیا با استفاده از مبانی خیار غبن می توان جلو ضرر ناشی از تغییر در اوضاع و احوال زمان عقد را گرفت؟

۱-۲-۷- تخلف از شرط ضمنی

شرط استفاده از نظریه تغییر اوضاع و احوال براساس شرط ضمنی، این است که مضاف بر غیر قابل پیش بینی بودن حوادث و خارج از کنترل بودن حادثه، قصد مشترک طرفین به شرایط ضمنی مورد پذیرش عرف تعلق گرفته باشد. به بیان دیگر، عرف بر این حقیقت صحه گذاشته که انعقاد یک قرارداد به طور متعارف، متضمن پذیرش ضمنی شرایط و اوضاع و احوالی می باشد که در زمان انعقاد عقد، هر معامله گر عاقلی به این توجه دارد، و نه اموری که انگیزه یا انگیزه های یکی از طرفین را شامل می شود. هرچند که نمی توان نسبت به این شرط عرفی در معاملات و انتظار متعارف متعاملین در نوعی تعادل بین آن چه به دست می آورند و آن چه از دست می دهند غافل بود، ولی با توجه به وجود راه حل دیگر در حقوق مدنی، یعنی اعمال قاعده لاضرر، ترجیح این نظر یعنی جبران ضرر ناروا، موجه به نظر می رسد. آن چه از مواد قانون مدنی و پشتوانه این مواد یعنی فقه بر می آید، لزوم جبران ضرر ناشی از غیر متعادل بودن عوضین و جمع بین حقوق طرفین عقد می باشد. لازمه جبران این ضرر، وجود حق فسخ معامله برای طرف متضرر است که آن را خیار غبن می نامند (ماده ۴۱۶ ق.م.مقرر می دارد: «هر یک از متعاملین که در معامله غبن فاحش داشته باشد بعد از علم به غبن می تواند معامله را فسخ کند»). به اعتبار کلام فقها، «خیار غبن» ویژه عدم تعادل و نابرابری دو عوض در

زمان عقد می باشد و هیچ کدام از آنها غبن حادث را نپذیرفته اند (نجفی، ۱۳۹۲: ۴۷۵/۲۲؛ شیخ انصاری، ۱۳۷۷: ۲۳۶/۲).

نتیجه گیری و پیشنهاد

در دهه های اخیر با توجه به تحولات گسترده در روابط تجاری و اقتصادی و عمومیت یافتن اقتصاد و تجارت، تعارضات قواعد و قوانین مربوط به قراردادها بسیار متحول شده است. قواعد تعارض جدید و توسعه یافته در سطح کلان به منظور پاسخ به مصالح اقتصادی و کلاً منافع و نیازهای بازار اقتصاد و تجارت و نیز نظم عمومی وضع گردیده است. این قواعد در مناطق مختلف با داشتن سیستم های حقوقی متفاوت و نیز در سازمان های تجاری جای خود را یافته است و به گونه شگرفی حاکمیت و استقلال اراده طرفین قرارداد را به عنوان مبنا و اساس قانون حاکم بر قراردادها و تعهدات قراردادی پذیرفته اند. از طرفی همین سیستم های حقوقی، حاکمیت اراده طرفین قرارداد را نیز در محدوده هایی که مخالف و مغایر با مصالح عمومی است و با سیاست های خاص دولت و حمایت از اقشار خاصی در اجتماع منافات دارد و امکان سوء استفاده از آن می رود، انکار یا محدود نموده اند.

با این وصف، به نظر می رسد مبنای تعیین قواعد جدید حل تعارض نیز روش مصلحت و منفعت گرایانه باشد که در داخل آن از روش تحلیل و منطق حقوقی استفاده شده است. همین منافع ایجاب می کند که پذیرش قانون در قلمرو حاکمیت دولت از طریق قواعد خشک و غیر منعطف صورت گیرد و گاهی نیز همین منافع ایجاب می نماید که قواعد انعطاف پذیر و غیر جزمی به کار گرفته شود. در رابطه با تعارض قوانین مربوط به قراردادها و به خصوص در بحث تعهدات قراردادی، زمانی منافع و مصالح ایجاب می کرد که دولت در قراردادها با مداخله مستقیم داشته و آنها را تحت کنترل شدید داشته باشد. با عنایت به استدلال مذکور در متن پژوهش، و لزوم یافتن راه حلی متناسب برای بروز شرایط دشواری و همچنین ضروری شدن اجرای قرارداد به نحوی که اجرای قرارداد برای متعهد، موجب عسر و حرج و ضرر غیر متعارف گردد، و نیز عدم

وجود راه حل مشخص و صرفاً با استمداد از مبانی نظریاتی مانند قاعده لاجرح و لاضرر پیشنهادهای زیر ارائه می گردد:

۱- به کلیه حقوقدانان و وکلا توصیه می شود که شرط دشواری منتشر شده از طرف «اتاق بین‌المللی بازرگانی ICC» را در قراردادها به خصوص در قراردادهای بین‌المللی مدنظر داشته و در متن قرارداد مندرج نمایند.

۲- در تنظیم قراردادها به شرایط فورس ماژور توجه خاص نموده و آن چه را که محتمل الوقوع می باشد و امکان دارد در روابط قراردادی مؤثر باشد، پیش بینی کنند.

۳- جامعه محترم قضات تا تصویب قانونی مبنی بر پذیرش نظریه «تغییر اوضاع و احوال»، می توانند با استفاده از منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر کنند.

۴- به قوه مقننه و به طور خاص، کمیسیون قضایی مجلس شورای اسلامی پیشنهاد می شود برای مرتفع نمودن مشکلات مذکور، ماده یا موادی که متضمن ارائه راه حل مناسب به محاکم در خصوص مواقع بروز حوادث دشوار کننده اجرای تعهد باشد، به تصویب برسانند.^۱

منابع

- قرآن کریم.

- ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۳۷۵)، **لسان العرب**، ج ۸، چ ۴، بیروت: دار احیاء التراث.
- اخلاقی، بهروز (۱۳۷۳)، **حقوق تجارت**، تهران: دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
- السنهوری، احمد عبدالرزاق (۱۹۵۶م)، **الوسیط فی شرح القانون المدني الجدید**، قاهره: دار النشر للجامعات المصریه.
- الماسی، نجادعلی (۱۳۷۶)، **تعارض قوانین**، چ ۵، تهران: مرکز نشر دانشگاهی.
- امامی، سید حسن (۱۳۶۳)، **حقوق مدنی**، چ ۱، تهران: کتابفروشی اسلامیة.
- انصاری (شیخ)، مرتضی بن محمدامین (۱۳۷۷)، **فرائد الأصول**، ج ۲، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- انصاری (شیخ)، مرتضی بن محمدامین (۱۳۹۴)، **المکاسب**، ج ۲، قم: حقوق اسلامی.
- بحرانی، شیخ یوسف (۱۳۶۳)، **الحدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره**، ج ۱۳، چ ۴، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۱۷)، **مقدمه عمومی علم حقوق**، چ ۳، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۲)، **ترمینولوژی حقوق**، چ ۶، تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۵)، **دانشنامه حقوقی**، ج ۲، چ ۲، تهران: امیرکبیر.
- حسینی عاملی، سید محمدجواد (۱۳۹۱)، **مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه**، ج ۷، چ ۳، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۳۹۸)، **مختلف الشیعه**، ج ۱، چ ۳، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- حلی (محقق)، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق)، **شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام**، ج ۴، قم: اسماعیلیان.
- خمینی (امام)، سید روح الله (۱۳۷۹)، **کتاب البیع**، ج ۱، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- خوانساری، سید احمد (۱۳۵۵)، **جامع المدارک فی شرح المختصر النافع**، ج ۵، چ ۲، تهران: مکتبه الصدوق.
- ستوده تهرانی، حسن (۱۳۷۸)، **حقوق تجارت**، چ ۳، تهران: دادگستر.

- صفایی، سید حسین (۱۳۶۴)، **قوه قاهره یا فورس ماژور**، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، ۳، ص ۱۱۲.

- طباطبائی (صاحب ریاض)، سید علی (۱۳۷۴)، **ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل**، قم: بوستان کتاب.

- طوسی (شیخ الطائفه)، محمد بن حسن (۱۳۸۶)، **المبسوط فی فقه الامامیه**، ج ۳، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

- عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی (۱۴۱۹ق)، **ذکری الشیعه فی احکام الشریعه**، ج ۲، قم: مؤسسه آل البیت.

- عبداللهی نژاد، عبدالکریم (۱۳۷۳)، **تعارض ادلّه**، مطالعات اسلامی (فقه و اصول)، ۲۹، ۹۱-۶۱.
- علم‌الهدی، سید مرتضی (۱۳۹۹)، **الذریعه الی اصول الشریعه**، ج ۲، مشهد: بنیاد پژوهش‌های اسلامی آستان قدس رضوی.

- فیض، علیرضا (۱۳۷۶)، **مبادی فقه و اصول**، چ ۸، تهران: مؤسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران.
- کاتبی، حسینقلی (۱۳۷۹)، **حقوق تجارت**، ج ۶، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۶۸)، **قواعد عمومی قراردادها**، ج ۳، چ ۹، تهران: بهنشر.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۶۹)، **حقوق انتقالی (تعارض قوانین در زمان)**، چ ۲، تهران: کانون وکلای دادگستری.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۱)، **مقدمه علم حقوق**، چ ۱۶، تهران: مدرس.

- کاظمی خراسانی، محمدعلی (۱۳۷۹)، **فوائد الاصول**، ج ۳، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- کیوان آذری، آذر (۱۳۵۶)، **نقدی بر ماده ۳ قانون تجارت**، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۲۰، ۷-۳۳.

- گل محمد، هومن (۱۳۹۹)، **اصول قرارداد پیمانکاری خدمات**، vindad.com/blog.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۷۸)، **مباحثی از اصول فقه**، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- محمدی، ابوالحسن (۱۳۷۳)، **مبانی استنباط حقوق اسلامی یا اصول فقه**، چ ۸، تهران: مؤسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران.

- محمدی، علی (۱۳۷۵)، **شرح اصول فقه**، چ ۳، قم: دار الفکر.
- مرادی، روح‌الله؛ بادینی، حسن؛ کریمی، عباس؛ افشارنیا، طیب (۱۴۰۰)، **قابلیت جبران ضرر اقتصادی ناشی از نقض تعهدات قراردادی: مطالعه تطبیقی در حقوق قراردادهای**

تجاری بین‌المللی، فقه و حقوق ایران، نشریه مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۲۴، ۴۱۱-۴۳۸.

- مظفر، محمدرضا (۱۳۷۵)، **اصول الفقه**، ج ۲، چ ۳، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.

- موسوی بجنوردی، سید حسن (۱۳۸۰)، **منتهی الاصول**، تهران: عروج.
- موسوی بجنوردی، سید حسن (۱۳۸۷)، **القواعد الفقهیه**، ج ۱، ج ۳، قم: تبیان.
- موسویان، سید عباس (۱۳۸۵)، **انواع قراردادهای مالی از نگاه اسلام**، دنیای اقتصاد، ۱۱۶۲، ۵-۱۱.
- نجفی (صاحب جواهر)، محمد حسن (۱۳۹۲)، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**، ج ۲۲، چ ۶، تهران: اسلامیة.
- نراقی، ملا احمد (۱۳۷۵)، **عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام**، ج ۱، قم: بوستان کتاب.
- Amin, S.H., **The Theory of Change of Circumstances in International Trade, Lords Maritime and Commercial Law Quarterly**, Nov. 1982, p. 577.
- André de Laubadère, **Contrats Administratifs**, L.G.D.I. 1984, p. 560
- Cheshire and Fifoot, **Law of Contract**, London: M.D. Fumoston, 1981, p. 215.
- Commercial Impracticability.
- David Green, **Force Majeure Clauses and International Sale of Goods**, Australian Business Law Review, vol.8, Dec. 1980, p.384.
- Dr. Sue Rayner, **A Note on Force Majeure in Islamic Law**, Arab Law Quarterly, vol. 6, June 1991, p. 302; Treitel, op. cit., p. 764.
- G.H. Treitel, **The Law of Contract**, London: Sweet & Maxwell. 1991, p. 763.
- Henry Compbell Black, M.A. **Black's Law Dictionary**, U.S.A., West Publishing, 1993, p. 330.
- International Chamber of Commerce, **Force Majeure and Hardship Provisions**, Paris, 1986, No.421, p.20.

Islamic Law and Jurisprudence Studies
Volume 15, Consecutive Number 31, Summer 2023
Issn:2717-0330

Journal Homepage: <https://feqh.semnan.ac.ir/>

This is an Open Access paper licensed under the Creative Commons License CC-BY 4.0 license.



Ways to compensate for the loss of privacy in the laws of Iran and Canada

Rafiee.Ali¹ - Abbasloo.Bakhtiyar^{2*} - Amini.Esa³

1: Ph.D. student, Private Law Department, Faculty of Law, Central Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

2: Assistant professor, Private Law Department, Faculty of Law, Central Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran: (Corresponding author) (abaslob@yahoo.com)

3: Assistant professor, Private Law Department, Faculty of Law, Central Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

In the laws of Iran and Canada, any assault on the body, property, communications with their types and types, information and secrets, dignity and reputation, privacy and privacy, opinions and thoughts, writing, by natural and legal persons is prohibited and violation of privacy. It is considered private. In Iranian laws, cases of privacy violations are widely criminalized and both disciplinary and criminal punishments are considered for it; Also, the victim is entitled to compensation due to civil liability. The methods of compensation for the violation of privacy in Iranian law have been widely seen; Although it is mostly aimed at compensating the material damage of individuals. In any case, methods including compensation for material and moral damage, restoration of dignity, the obligation to apologize as compensation for the loss of privacy are foreseen. In the Canadian legal system, compensations such as compensation, ransom, apology and other cases of compensation are available without being formulated in specific laws and limited to specific criteria, with the opinion of the hearing authority. For example, the Human Rights Court or any of the normal courts can consider the best and most complete compensation for the victim depending on the specific case and conditions of each case. In this article, we analyze the methods of compensation for the loss of privacy in Iranian and Canadian laws using a descriptive analytical method.

Keywords: civil responsibility, privacy, compensation, Iran, Canada.

- A. Rafiee, B. Abbasloo, E. Amini (2023). Ways to compensate for the loss of privacy in the laws of Iran and Canada, *Islamic Law and Jurisprudence Studies*, 15(31), 243-270.

[Doi: 10.22075/feqh.2023.30054.3545](https://doi.org/10.22075/feqh.2023.30054.3545)



فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی

سال ۱۵- شماره ۳۱- تابستان ۱۴۰۲

صفحات ۲۴۳- ۲۷۰ (علمی- پژوهشی)

تاریخ: وصول ۱۴۰۱/۱۱/۱۲- بازنگری ۱۴۰۲/۰۱/۲۸- پذیرش ۱۴۰۲/۰۱/۳۰

شیوه های جبران ضرر در نقض حریم خصوصی در حقوق ایران و کانادا

علی رفیعی^۱/بختیار عباسلو^۲*/عیسی امینی^۳

۱: دانشجوی دکتری گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

۲: استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.
(نویسنده مسئول)
abaslob@yahoo.com

۳: استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

چکیده

در حقوق ایران و کانادا هرگونه تعرض به جسم، مال، ارتباطات با اقسام و انواع آنها، اطلاعات و اسرار، حیثیت و آبرو، حریم خلوت و منزل، عقاید و آراء و افکار، نوشتار، توسط اشخاص حقیقی و حقوقی ممنوع و نقض حریم خصوصی محسوب می شود. در حقوق ایران موارد نقض حریم خصوصی به صورت گسترده ای جرم انگاری شده و مجازات هایی اعم از انتظامی و کیفری برای آن در نظر گرفته شده است؛ همچنین زیان دیده از باب مسئولیت مدنی، مستحق جبران خسارت است. شیوه های جبران ضرر در نقض حریم خصوصی در حقوق ایران به شکل گسترده دیده شده است؛ هرچند بیشتر معطوف به جبران خسارت مادی اشخاص است. در هر صورت، شیوه هایی شامل جبران خسارت مادی و معنوی، اعاده حیثیت، الزام به عذر خواهی به عنوان جبران ضرر نقض حریم خصوصی پیش بینی شده است. در نظام حقوقی کانادا جبران هایی مانند غرامت، تاوان، عذر خواهی و دیگر موارد جبران خسارت بدون آن که در قوانین خاصی تدوین و محدود به ضوابط خاصی شده باشند با نظر مرجع رسیدگی کننده، قابل دسترسی هستند. این مقاله به روش تحلیلی - توصیفی به بررسی شیوه های جبران ضرر در نقض حریم خصوصی در حقوق ایران و کانادا می پردازد.

کلیدواژه: مسئولیت مدنی، حریم خصوصی، جبران ضرر، حقوق ایران، حقوق کانادا.

- رفیعی، علی؛ عباسلو، بختیار؛ امینی، عیسی (۱۴۰۲). شیوه های جبران ضرر در نقض حریم خصوصی در حقوق ایران و کانادا. *مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی دانشگاه سمنان*، شماره ۳۱، صفحات ۲۴۳-۲۷۰.

Doi: [10.22075/feqh.2023.30054.3545](https://doi.org/10.22075/feqh.2023.30054.3545)

مقدمه

امروزه در سیستم های حقوقی مختلف، نقض حریم خصوصی به عنوان اقدامی توهین آمیز نسبت به شرافت بشری قلمداد شده و به موجب نقض آن، ضمانت اجراهای متفاوتی از جمله جبران خسارات در نظر گرفته شده است. حریم خصوصی، گستره‌ای از عقاید، اعمال، رفتارها، ویژگی‌ها و مختصات هر شخصی است که برای عموم مردم آشکار نیست و وی به افشای آن رضایت ندارد و به ورود و نظارت دیگران عکس العمل نشان می‌دهد (نقیبی، ۱۳۸۹: ۶-۷). با جمع شدن ارکان مسئولیت، یعنی ضرر و تقصیر و رابطه سببیت بین آنها، زیان‌دیده می‌تواند جبران ضرر و خسارات وارده به خود را از دادگاه بخواهد. خسارت در لغت به معنای ضرر است و هرگونه آسیب و زیان وارده بر شخص را شامل می‌شود (معین، ۱۳۷۱: ۳۰۲۱/۲). در اصطلاح علم حقوق، خسارت عبارت از هر نوع ضرر و زیانی که موجب از بین رفتن حق فرد - اعم از مادی یا معنوی - می‌باشد یا به هرگونه کاهش در کمیت یا کیفیت مال زیان‌دیده، خسارت گفته می‌شود (ر.ک: صفایی و رحیمی، ۱۳۸۹: ۱۰۰). حقوق‌دانان ضرر را بر حسب متعلق آن بر سه نوع ضرر مالی، بدنی و معنوی تقسیم می‌کنند (مرادی و دیگران، ۱۴۰۰: ۴۱۴).

خسارت از نظر نوع، به دو دسته خسارت معنوی و خسارت مادی تقسیم می‌شود و منظور از ورود خسارت مادی، ورود ضرری است که بر اثر عملی، اموالی از بین رفته یا ارزش آن کاهش یابد مانند شکستن شیشه؛ اما خسارات معنوی برخلاف خسارت مادی که به صورت فیزیکی و عینی است هیچگونه آثاری در ظاهر امر وجود نخواهد داشت و خسارات وارده یا بر مالکیت معنوی اشخاص وارد گردیده است، مانند صدمه رساندن به شهرت یا برند شرکتی و یا از بین بردن منفعت یا حق مشروع اشخاص. به عبارت دیگر، خسارت معنوی را می‌توان اینگونه بیان نمود که ورود هرگونه صدمه و زیان از باب هتک حرمت و حیثیت که به صورت غیر قانونی بوده و یا لطمه وارد کردن به اعتبار اشخاص و یا ورود ضررهای روحی که نتیجه آن ورود ضررهای عاطفی است، مانند ضرری که به شهرت و حیثیت شخصی با افشای اسرار بدنی بیمار وارد می‌شود و یا

آثاری که با یک جراحی پلاستیک ناموفق بر صورت بیمار و تأثیری که بر وضعیت روحی و روانی او در آینده دارد. هدف اصلی و طبیعی شیوه‌های جبران، دفع یا رفع زیان وارده می‌باشد و این هدف به منظور تأمین عدالت دنبال می‌شود. گرچه هدف شیوه‌های جبران در دعوی ناشی از نقض قرارداد، با هدف این شیوه در مسئولیت مدنی یکسان است اما تفاوت‌هایی میان راه‌های وصول به هدف واحد در این نوع مسئولیت وجود دارد. در مسئولیت‌های قراردادی بیشترین تلاش دادرس این است که اگر قرارداد همانگونه که تنظیم شده بود، اجرا می‌شد چه آثار و منافعی را عاید خواهان کرده بود. بر این اساس، دادرس سعی می‌کند تا خواهان را در آن وضعیتی قرار دهد که در فرض اجرای درست قرارداد، باید قرار می‌داشت. لیکن نگاه مسئولیت مدنی به هنگام جبران زیان، به گذشته است. به سخن دیگر، دادرس به وضعیت پیش از ورود ضرر می‌نگرد و از خود می‌پرسد چنان چه حادثه زیانبار به وقوع نمی‌پیوست، وضع چگونه بود؟ برای مثال، دادرس به این می‌اندیشد که اگر پزشک یا وکیل، اسرار بیمار یا موکل خود را فاش نکرده بود آنها چه وضعیتی داشتند و به تعبیر دیگر، اگر حریم خصوصی خواهان توسط خواننده نقض نمی‌شد وضعیت چگونه بود؟

در کشور کانادا با پیروی از سیستم حقوق عرفی و توجه ویژه به حقوق بشر و عرف‌های حقوق بین‌الملل، مقوله حریم خصوصی و پاسخ قانونگذار به نقض حریم خصوصی در اکثر مصادیق نقض حریم خصوصی، متفاوت با کشور ایران بوده و اساس پاسخگویی به این نیاز اکثراً براساس مقوله ای به نام (تورت) که معادل فارسی آن چیزی بین شبه جرم و مسئولیت مدنی نامیده می‌شود، قرار دارد. در این مقاله ابتدا به بررسی جبران خسارت معنوی در فقه، سپس به تقسیم خسارات به معنوی و مادی پرداخته شده و سپس این خسارات در قالب جبران توسط شخص حقیقی یا حقوقی بررسی می‌شود. خسارت معنوی برخلاف خسارت مادی، در گذشته مورد قبول محاکم و مراجع قضایی نبوده است و اغلب بر این باور بودند که خسارت معنوی غیر قابل جبران است و پرداخت غرامت در ازای خسارت معنوی، به معنای زیر پا گذاشتن شخصیت انسان می‌باشد اما با

گذشت زمان این تصور منسوخ شد و قانونگذاران کشورهای مختلف به مرور زمان این نوع خسارت را مورد پذیرش قرار دادند.

۱- شیوه‌های جبران ضرر در نقض حریم خصوصی در فقه و حقوق ایران

۱-۱- جبران خسارت معنوی در فقه

دین اسلام، تجاوز به امور معنوی را حرام شمرده است. اهانت، تحقیر و سبک شمردن اشخاص به حکم عقل، آیات، روایات و اجماع، ممنوع و حرام است (مراغی، ۱۴۱۷: ۵۵۶/۱). در قرآن کریم آیات فراوانی به مذمت و نهی از کوچک شمردن دیگران، تمسخر، توهین و غیبت، به کار بردن القاب زشت، تهمت و افترا و ... پرداخته است (همزه: ۱؛ حجرات: ۱۱؛ نور: ۱۵). پیامبر گرامی اسلام (ص) و ائمه اطهار (ع) نیز بر حرمت تعدی به حقوق شخصیت و صدمه به اعتبار و حقوق معنوی افراد به اشکال گوناگون تأکید ورزیده‌اند (حرّ عاملی، ۱۳۸۸: ۶۱۰/۸ و ۶۰۸).

آن چه از مجموع آیات و روایات به وضوح استنباط می‌شود این است که شخصیت فکری، مذهبی و اجتماعی افراد دارای احترام ویژه‌ای است که باید از سوی دیگران محترم شمرده شود و همان طور که گفته شد حکم شرعی در خصوص ایراد خسارت معنوی، حرمت است؛ پس بر اساس حکم شرع و عقل، حکم تکلیفی حرمت بر اعمال موجب خسارت معنوی، ثابت می‌باشد. بر این اساس، تا وقتی که آثار زیان معنوی از زیان‌دیده زدوده نشود اثر حرمت باقی است و برای از بین بردن پایداری و ادامه زیان، باید زیان معنوی جبران شود و ضرورت جبران خسارت معنوی ثابت است؛ از اینرو در فقه به همان اندازه که جسم و جان اشخاص، مورد حمایت قرار گرفته است حقوق معنوی نیز مورد حمایت قانونگذار واقع شده است. اگرچه بعضی اظهار داشته‌اند که در کلمات فقها چیزی که دلالت بر ردّ یا قبول ضمان ضرر معنوی نماید به چشم نمی‌خورد، اما به نظر می‌رسد که در خصوص جایگاه خسارت معنوی و مضمون بودن آن از دید فقهی باید ملاحظات زیر را مدنظر قرار داد:

الف: درست است که ضرر معنوی جایگاه شفاف‌تری در مآخذ فقهی ندارد، لکن نفی هم نشده است. به طوری که فقیهان شورای نگهبان قانون، درباره تبصره ۱ ماده ۳۰ قانون مطبوعات اظهار داشته‌اند: «طرح دعوی خسارت معنوی، مجاز و دادگاه مکلف به رسیدگی آن است؛ اما تقویم خسارات معنوی به مال و امر مادی، مغایر موازین شرعی است. البته رفع هتک و توهینی که به شخص شده به طریق متناسب به آن در صورت مطالبه ذیحق لازم است» (قاسم‌زاده، ۱۳۸۸: ۸۷).

ب: امام خمینی (ره)، عرف را در هر جا و در هر عصر و زمان معتبر می‌شناسد. به نظر ایشان، عرف در هر زمان و مکان تحقق پیدا کند و ردع و منعی از آن نشده باشد حجت است. پس وقتی شارع آن را ردع نفرموده و از آن جلوگیری نکرده است به دست می‌آوریم که عمل به عرف عقلاً مورد رضایت و اجازه شارع است (فیض، ۱۳۸۴: ۱۴۴ و ۱۴۶). بر این اساس، مفهوم ضرر نیز امری است که در خصوص آن عرف نظر می‌دهد. اکنون نیز عرف، خسارت معنوی را داخل در مفهوم ضرر می‌داند. بنابراین ضرر، «عرفاً عبارت از نقصی است که بر مال، آبرو و نفس انسان پدیدار می‌شود» (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۰: ۱۷۸/۱؛ نائینی، ۱۳۷۳: ۱۹۹/۲).

ج: شأن نزول حدیث لاضرر، که از مشهورترین احادیث بین فرق مختلف مسلمین است، در مقام نفی ضرر معنوی است. پیامبر (ص) شخصاً عهده دار امر قضا بودند و هر موردی را که در جامعه آن روز نیاز به رسیدگی قضایی داشت نزد آن حضرت می‌بردند؛ ایشان نیز طبق موازین شرع شخصاً حکم می‌دادند. نمونه‌هایی از دادرسی پیامبر اکرم (ص) نقل شده که از آن جمله عبارتند از: احوال شخصیه، ادعای حق شفعه، دعوی مالکیت کالا، دعوی مربوط به دین، مسائل کیفری، حدود و قصاص، دعوی رفع مزاحمت و تأسیس قاعده لاضرر در قضیه سمره بن جندب (ساکت، ۱۳۶۵: ۶۲).

ممکن است این گونه تصور شود که براساس قاعده تسلیط، سمره، حق ورود به ملک خود را بدون اذن و اعلام داشته است، اما باید اظهار داشت که طبق نظر برخی فقها «دلیل سلطنت، محکوم به دلیل لاضرر است؛ زیرا قاعده لاضرر دلیلی ثانوی و قاعده سلطنت

از ادله اولیه است و روشن است که ادله ثانویه همیشه حاکم بر ادله اولیه می‌باشند. همچنین در این که قاعده سلطنت می‌تواند مجوز ضرر به دیگری شود، به سلطنت مرد انصاری استناد شده که موجب ضرر به سمره و کنده شدن درختش شده است که در جواب آن می‌توان گفت که در واقع از ناحیه مرد انصاری، هیچ ضرری متوجه سمره نشده است و این ضرر را خود سمره با اصرار بر اضرار انصاری ایجاد کرده است (حسینی شیرازی، ۱۹۸۸: ۱۲۵). پس تصرف مالک، محدود به تصرفات متعارف و عقلایی است و فراتر از این حد، ناروا و غیر مجاز به حساب آمده است. حال اگر شارع این حکم را امضا نکند، با وضع نکردن حکم و الزام وی به پرداخت خسارت، ضرر دیگری را باعث می‌شود که قاعده لاضرر آن را نفی می‌کند. بنابراین قاعده لاضرر، با تدارک و جبران ضرر، جلوی ضررهایی که در آینده ممکن است پیش آید را نیز می‌گیرد (حکمت نیا، ۱۳۸۶: ۱۲۱). از فقهای معاصر که عقیده دارند قاعده لاضرر دلالت بر اثبات حکم می‌کند، آیه الله مکارم شیرازی است (مکارم شیرازی، ۱۳۸۰: ۷۲/۱ و ۱۲۱). بر این اساس، می‌توان اظهار داشت که در سوابق فقه اسلامی، ضرر معنوی مورد توجه قرار گرفته و در مورد شیوه جبران آن نیز مصداقی در سنت عملی رسول الله (ص) وجود دارد؛ به طوری که از زمخشری نقل شده که پیامبر (ص)، علی (ع) را فرستاد تا دبه قومی را که مورد تعرض خالد بن ولید قرار گرفته بودند بپردازد. علی (ع) حتی عوض ترسی را که در اثر هجوم اسب‌ها بر زنان و کودکان عارض شده بود، پرداخت. این عملکرد در واقع، جبران مالی ضرر معنوی است (زمخشری، ۱۳۶۴: ۱۸۲/۳).

بنابراین اگر شارع مقدس وارد آوردن ضرر جانی و مالی بر دیگری را اجازه دهد، دعوی نفی ضرر صحیح نخواهد بود؛ چنان که اگر احکام ضرریه تشریح نماید نیز چنین است. همین طور اگر حکم به جبران خسارت جانی، مانند قتل، جرح و ضرر مالی ننماید باز هم این ادعا (ادعای نفی ضرر) صحیح نخواهد بود. در نتیجه، مصحح این ادعا همانا بستن راه جمیع اقسام ضرر است. پس، از این قاعده در قصاص، دیات و ضمانات استفاده شده و می‌توان به طور کلی گفت اطلاق ادعای نفی ضرر، شامل تمام آن چه مذکور

افتاد می‌گردد (خمینی، ۱۴۱۵: ۲۷۱/۴). وقتی از عملی نهی می‌شود دالّ بر این است که بقای آن عمل حرام است و باید منبع آن رفع شود، به عبارت دیگر، رفع ضرر واجب است (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۰: ۱۸۳/۱). شیخ انصاری نیز با این که مفاد قاعده لاضرر را نفی حکم ضرری می‌داند، ولی در نهایت اظهار می‌دارد که حکم عدمی، مستلزم احکام وجودی است. به عبارت دیگر، حکم به عدم ضمان، مستلزم ورود ضرر بر زیان‌دیده است و روشن است که با توجه به عامّ بودن حدیث و قاعده لاضرر، باید حکم به ضمان کرد (نقیبی، ۱۳۸۶: ۱۴۵).

د: عده‌ای از فقهای متأخر از جمله صاحب عناوین نیز ضرر معنوی را پذیرفته‌اند؛ وی مرقوم می‌دارد: «... اما در خصوص آبرو، ضابطه آن هر چیزی است که جزو احترام مکلف می‌باشد و هتک آن موجب خواری و شکسته شدن احترام او بین مردم است؛ از اینرو چنان چه فردی به همسر او تعدی کند یا ... بر خانواده، محارم و زنان متعلق به او ضرری وارد گردد، یا به غیبت کردن از او، تهمت و طعنه زدن یا فاش نمودن چیزی که راضی به آشکار شدن آن نیست اقدام کند همه این موارد، هتک آبرو و عرض است و در حقیقت، اضرار به غیر می‌باشد و این ادعا که ضرر فقط به مال و بدن انصراف داشته و شامل این موارد نمی‌شود، صحیح نیست و نظیر این امور ضرر محسوب می‌شود» (مراغی، ۱۴۱۷: ۳۰۹/۱).

ه: همه عرف‌های عقلایی و سنت‌های ضروری که در جوامع بشری پدید آمده یا از این به بعد نیز پدید خواهد آمد و مانند عرف تقلید از عالم هستند از قبیل انواع مبادلات و معاملات از بیع معاطات گرفته تا سایر بیع‌های رایج و انواع اجاره و ... و خلاصه هر مسأله حقوقی و غیر حقوقی که در دنیای متمدن تحقق یافته، دوام پیدا کرده و نیاز بشری در آن به‌طور محسوس دیده می‌شود و حتی اگر جلوی یکی از آنها گرفته شود چالش و اختلالی بزرگ در جامعه عقلا پدید می‌آید و نیز مانند انواع معاملات بیمه و سرقفلی و غیره، عرف عقلا محسوب می‌شود و بسیار گسترده است. طبق نظر امام خمینی (ره) می‌توان گفت که همه این عرف‌های عقلایی اگر مورد رضایت و امضای شارع نبود

باید پیامبر و ائمه (ص) در زمان حیات و حضور خود از آنها جلوگیری می‌کردند و ما معتقدیم که این قدرت را داشتند که در زمان خود این کار را انجام دهند و چون اثری از منع و ردع آنان در هیچ جایی و سخنی در هیچ کتابی وجود ندارد همه آنها را جایز و صحیح و امضا شده می‌شناسیم (فیض، ۱۳۸۴: ۱۴۹).

همان‌طور که اشاره شد، ضرر معنوی در فقه اسلامی پذیرفته شده است؛ اما در رابطه با روش‌های جبران ضرر معنوی در فقه باید گفت که گاه در فقه اسلامی، بعضی اعمال نظیر قذف یا تهمت که موجب خدشه و لطمه به حیثیت و اعتبار اشخاص می‌شود دارای عواقب کیفی یا اخروی است. بدیهی است که این ضمانت اجراها، اگرچه می‌تواند دلالت بر توجه دین اسلام بر ضرر معنوی نماید لکن روش جبران خسارت در معنای خاص خود و به مفهوم رایج در حقوق خصوصی، تلقی نمی‌شوند. چون نباید فراموش کرد که ضرر معنوی منحصر به مصادیق مزبور نیست و موارد دیگری نظیر لطمه به موقعیت اجتماعی، حرفه و معتقدات مذهبی اشخاص یا لطمه به زیبایی صورت و جمال افراد یا خسارت معنوی ناشی از فوت نزدیکان شخص نیز از جمله مصادیق ضرر معنوی محسوب می‌شوند. بنابراین می‌توان گفت اگرچه در فقه اسلامی نیز روش شناخته شده ای برای جبران ضررهای معنوی وجود ندارد، اما به نظر می‌رسد که روش‌های متداول در حقوق عرفی و موضوعه، اعم از جبران‌های مالی و غیر مالی می‌تواند در فقه قابل پذیرش باشد، زیرا روش‌های جبران خسارت، اموری نسبی و برآیندی از اندیشه‌های حقوقی و اجتماعی در هر عصر هستند. آن‌چه که اهمیت دارد جبران خسارت وارده بر زیان‌دیده است. بر این اساس است که ماده ۳ قانون مسئولیت مدنی، طریقه و کیفیت جبران آن را با توجه به اوضاع و احوال قضیه به اختیار دادگاه گذارده و دست قاضی را در انتخاب روش مناسب، باز گذاشته است. پس، راه‌های جبران خسارت معنوی را نمی‌توان حصری دانست؛ زیرا در خسارت، مهم جبران است و راه جبران، طریقه‌ی دارد نه موضوعیت؛ در موردی ممکن است فقط پول گرهگشا باشد و در مورد دیگر، یک عذرخواهی ساده (پروین، ۱۳۸۰: ۱۸۵).

بدین ترتیب آن چه که تحت عنوان روش‌های جبران خسارت معنوی در نظام‌های حقوقی فعلی و از جمله ایران متداول است برگرفته از آخرین تحولات فکری و حقوقی در این زمینه می‌باشد. به ویژه این که از سوی شارع مقدس درباره جبران خسارت‌های معنوی، ردع و منعی وجود ندارد و احکام شرعی در باب جبران ضررهای معنوی مؤید این است که هدف شارع، جبران خسارت وارده بر زیان‌دیده است و روش جبران، فرع بر مقدورات نیل به آن هدف می‌باشد.

از اینرو، همان‌طور که ذکر گردید در جایی که ردّ عین مال ممکن است، جبران عینی مقدّم بر همه چیز است و در غیر این صورت، پرداخت مثل یا قیمت مطرح می‌گردد. مانند موردی که در مقابل ترس زنان و کودکان قبیله بنی خزیمه، از سوی امیرالمؤمنین (ع)، مقداری مال پرداخت شد که این صرف جبران خسارت معنوی به طریق مالی است (مجلسی، ۱۴۰۳: ۱/۱۴۰).

۲-۱- انواع شیوه‌های جبران ضرر اشخاص حقیقی در حقوق ایران

جبران زیان، یعنی بازگرداندن ارزش از بین رفته به حیثیت، اعتبار و دارایی خسارت‌دیده. همواره برای تحقق جبران خسارت، اصولی نیز باید رعایت شود که در اینباره در زیر به آنها می‌پردازیم. همچنین در این قسمت، بحث ما در خصوص شیوه‌های جبران خسارت وارد به اشخاص حقیقی است. کلیه شیوه‌های جبران را در دو دسته شیوه‌های مادی و معنوی تقسیم بندی کرده، و قابلیت استفاده از آنها را در زیان‌های ناشی از نقض حریم خصوصی، بررسی می‌کنیم.

۱-۲-۱- شیوه‌های جبران مادی

در نظام حقوقی کامن‌لا از جمله در حقوق کانادا، پرداخت خسارت ناشی از نقض حریم خصوصی ممکن است به عنوان «خسارات ترمیمی» باشد. یعنی خسارات واقعی که خواهان متحمل شده است به وی پرداخت شود، یا این که به عنوان «خسارات تنبیهی» باشد. معمولاً ترتیب جبران خسارت ناشی از نقض حریم خصوصی، در حقوق کشور کانادا با پرداخت پول صورت می‌گیرد (ریاحی، ۲۰۱۹: ۸).

در حقوق ایران، ماده ۳ قانون مسئولیت مدنی به دادگاه اجازه داده است که برحسب اوضاع و احوال، میزان زیان و طریقه جبران آن را تعیین نماید. با این که در حقوق ایران به لزوم جبران زیان های معنوی در قوانین مختلفی تصریح شده است و به خصوص مواد ۲ و ۳ و ۹ و ۱۰ و ۱۲ قانون مسئولیت مدنی و اصل ۱۷۱ قانون اساسی در این خصوص مطالبی را بیان کرده اند اما رویه قضایی هنوز در تقویم و خسارات معنوی به پول، به نتیجه روشنی نرسیده است. گویا این که دادگاه اجازه دارد عامل خسارت معنوی را به جبران خسارت زیان دیده محکوم نماید؛ یعنی دادگاه حکم صادر کند که فاعل فعل زیانبار، مبلغ معینی پول را به طور نقد و یا به صورت اقساط برای جبران خسارت به زیان دیدهپردازد و یا مالی را اعم از عین یا منفعت، به او بدهد و یا کاری را اعم از حقوقی یا مادی برای او انجام دهد (آماده، ۱۳۹۲: ۳۶) در هر حال به نظر می رسد شیوه جبران خسارت به صورت مادی، یکی از بهترین شیوه ها برای ناقضین حریم خصوصی باشد، زیرا عامل فعل زیانبار با پرداخت پول به زیان دیده، هم وسیله التیام روحی و روانی زیان دیده را فراهم نموده و هم با پرداخت پول، ضرری را به خود تحمیل می نماید و این موضوع باعث تنبیه وی می شود. اصولاً پرداخت غرامات سنگین، اثرش به مراتب بیشتر از تنبیهات بدنی است.

۲-۱- شیوه های جبران معنوی

در مواردی از نقض حریم خصوصی که نمی توان برای خسارت وارده به زیان دیده، شیوه جبران مادی را عملی کرد و یا این که شیوه جبران مادی، برای فعل عامل زیان کفایت نکند می توان از شیوه های غیر مادی استفاده نمود. این شیوه ها برخلاف شیوه های مادی، از تنوع برخوردار می باشند و دادگاه می تواند حسب مورد از آنها استفاده کند و یا با تلفیق این شیوه ها با شیوه های مادی، خسارات وارده بر زیان دیده را جبران نماید. شیوه های معنوی اصولاً به طرق ذیل می باشند:

- ۱- جمع آوری اثر زیانبار و جلوگیری از نشر و پخش عرضه آن، ۲- اعاده وضع به حالت سابق، ۳- الزام به عذرخواهی، ۴- توسل به قوای قضایی و خسارت تنبیهی و

کیفری، ۵- درج حکم محکومیت خواننده در مطبوعات، ۶- خسارت اسمی یا نمادین یا سمبلیک، ۷- پاسخگویی، ۸- اعاده حیثیت

در مواردی که حریم خصوصی اشخاص اعم از اشخاص حقیقی یا حقوقی مورد تجاوز قرار گیرد و اثر زیانبار به صورت کتاب، روزنامه، مجله، فیلم، نوار، سی دی، شب نامه، جزوه و نظایر آن باشد یکی از روش‌های جبران زیان، جمع‌آوری آثار مذکور است؛ البته با عنایت به پیشرفت فناوری، جمع‌آوری کامل آثار زیانبار یادشده دور از انتظار است.

ماده ۱۰ قانون مسئولیت مدنی مقرر می‌دارد: «کسی که به حیثیت و اعتبارات شخصی یا خانوادگی او لطمه وارد شود می‌تواند از کسی که لطمه وارد آورده است جبران زیان مادی و معنوی خود را بخواهد. هرگاه اهمیت زیان و نوع تقصیر ایجاب نماید دادگاه می‌تواند در صورت اثبات تقصیر، علاوه بر صدور حکم به خسارت مادی، حکم به رفع زیان از طریق دیگر، از قبیل الزام به عذرخواهی و درج حکم در جراید و امثال آن نماید.» قسمت اخیر این ماده، ناظر به اعاده وضع به حالت پیش از وقوع ضرر و زیان موجود از طریق الزام به عذرخواهی و درج حکم در جراید و هر وسیله دیگری می‌باشد که منبع زیان را از بین می‌برد. به هر حال، اصل اعاده وضع به حالت پیش از وقوع ضرر، یک اصل بسیار کلیدی است ولی در عمل و در بسیاری از موارد نقض حریم خصوصی، قابلیت اجرا ندارد؛ زیرا در عمل، کم اتفاق می‌افتد که یک خسارت ناشی از نقض حریم خصوصی به نمونه‌ای جبران شود که شخص دقیقاً در شرایط قبل از ورود آن قرار گیرد (جعفری و رهبرپور، ۱۳۹۶: ۶۳).

از طرفی، قانونگذار برای جلوگیری از نقض حریم خصوصی اشخاص و شرح پیش‌گفته، تشبیهات مختلفی برای متخلفین در نظر گرفته است. این تشبیهات در قانون مجازات اسلامی و قوانین دیگر به تصویب قانونگذاران رسیده است. مواد ۱۶۴ تا ۱۳۹ قانون مجازات اسلامی راجع به حدّ کذف و مواد مربوط به قصاص و مواد ۵۷۲، ۵۷۳، ۵۷۴، ۵۷۵، ۵۶۹، ۵۸۰، ۶۹۱، ۶۹۲، ۶۹۴، ۶۹۷ و ۶۹۸ تلویحاً به مجازات نقض

کنندگان حقوق مردم پیرامون حریم خصوصی آنان - اعم از حریم خصوصی جسمانی و حریم خصوصی خلوت و منزل و حریم خصوصی ارتباطات و اطلاعات - اشاره دارد. مواد ۲۴ و ۲۳ قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان، ضمانت اجرایی حبس را برای متجاوزین به حقوق مورد حمایت آن قانون پیش‌بینی کرده است. همچنین قوانینی چون قانون ثبت علائم و اختراعات و طرح‌های صنعتی، قانون مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری فعالیت‌های غیر مجاز می‌نمایند و قوانین دیگر، مجازات ناقضین حریم خصوصی اشخاص را اعلام نموده است. با این اوصاف، توسل به قوای قضایی جهت به کیفر رساندن و تنبیه کسی که به حریم خصوصی افراد تجاوز کرده، یکی دیگر از شیوه‌های جبران غیر مادی جبران ضرر می‌باشد که به صورت غیر مستقیم، آلام و رنج‌هایی که شاکی متحمل شده را ممکن است التیام بخشد (پرستش و موسی زاده، ۱۳۹۴: ۹۶). درج حکم محکومیت خواننده در نشریات، یکی دیگر از شیوه‌های جبران غیر مادی ضرر می‌باشد. هنگامی که ادعای موهن و کذب علیه شخصی انتشار می‌یابد و به حریم خصوصی آن شخص تعرض می‌شود صرف‌نظر از مطالبه خسارات مادی، خسارت دیده می‌تواند ضمن صدور حکم محکومیت خواننده، انتشار حکم مذکور در رسانه‌های همگانی و جراید و روزنامه‌ها را از دادگاه درخواست کند. این امر می‌تواند موجبات رضایت خاطر وی را فراهم آورد (تقوی فرد و دیگران، ۱۳۹۶: ۴۳).

در کشورهایی چون فرانسه، آمریکا و انگلستان، هرگاه در اثر نقض یک قرارداد یا تکلیف قانونی، حق قانونی فردی مورد تجاوز قرار گرفته و یا به حریم خصوصی کسی تجاوز شده، ولی موجب ضرر قطعی و مشخصی نشده باشد، و یا میزان و مقدار خسارت قابل توجه نبوده و یا چنین ضرری قابل اثبات نباشد، به منظور اعلام محکومیت طرف مقابل و اعلام نقض حق و تجاوز به حریم خصوصی و قانونی خواهان، دادگاه خواننده را به مبلغی خسارت که به لحاظ مادی، ارزش درخور توجهی ندارد به نفع خواهان محکوم می‌کند. به طور معمول، این خسارت به میزان یک واحد پولی کشور مثل دلار،

فرانک، پوند یا لیر تعیین می شود که نشان دهنده آن است که صرف محکومیت خواننده، برای خواهان ارزش دارد و خواهان هیچگونه انگیزه و انتظار سودجویی و بهره برداری مادی ندارد (سلطانی نژاد، ۱۳۹۴: ۳۲۱-۳۲۲). در قوانین کشور ایران چنین مواردی دیده نمی شود ولی از توجه به قسمت اخیر ماده ۱۰ قانون مسئولیت مدنی که اشعار می دارد «هرگاه اهمیت زیان و نوع تقصیر ایجاب نماید دادگاه می تواند در صورت اثبات تقصیر، علاوه بر صدور حکم به خسارت مادی، حکم رفع زیان از طریق دیگر از قبیل الزام به عذرخواهی و درج حکم در جراید و امثال آن نماید» می توان نتیجه گرفت که قانونگذار، طرق رفع زیان را در اختیار قاضی قرار داده است و در مواردی که دادگاه تشخیص دهد می تواند از این طریق استفاده نماید. یکی از طرق رفع زیان می تواند صدور حکم به خسارت اسمی یا سمبلیک باشد و اگر دادگاه چنین حکمی را صادر نماید، منافاتی با قوانین نخواهد داشت.

حقوقدانان، اعاده حیثیت را به دو بخش تقسیم می نمایند: یکی اعاده حیثیت قانونی و دیگری اعاده حیثیت قضایی. اگر در متون قانونی، موضوع اعاده حیثیت پیش بینی شود آن را اعاده حیثیت قانونی و اگر دادگاه، حکم اعاده به اعاده حیثیت شخصی صادر کند، اینگونه اعاده حیثیت را قضایی می گویند. اعاده حیثیت می تواند به عنوان یکی از شیوه های جبران خسارت در هنگام نقض حریم خصوصی اشخاص مورد استفاده قرار گیرد. اعاده حیثیت، کم ترین توقعی است که زیان دیده می تواند از دستگاه قضایی جامعه خود داشته باشد. کسی که در اثر ورود به حریم خصوصی دیگران باعث هتک آبرو و حیثیت آنها شده و یا مأموری که با ورود غیر قانونی و خلوت افراد به علنی کردن آن باعث تحقیر آنان می شود صرف نظر از این که اگر ضرر مادی به آنان وارد شود می بایست توسط متجاوز یا متجاوزین پرداخت شود، دادگاه می تواند حکم به اعاده حیثیت متزلزل صادر نماید (سلیمی، ۱۴۰۰: ۷۵).

از نظر نگارندگان، در صورتی که خسارت دیده موضوع را از جنبه حقوقی پیگیری نماید می‌تواند از دادگاه درخواست کند تا از وی اعاده حیثیت شود و دادگاه در صورت اثبات تقصیر خوانده می‌تواند در این خصوص انشاء رأی نماید.

۳-۱- شیوه‌های جبران ضرر نقض حریم خصوصی اشخاص حقوقی

خسارات و زیان‌های وارده بر اشخاص حقوقی نیز قابل جبران است، زیرا این قبیل اشخاص، دارای شخصیت حقوقی مستقل بوده و صلاحیت دارا شدن حق و تکلیف و اجرای آن را از طریق نمایندگی قانونی خود دارند. اشخاص حقوقی، به قدرت تصور و اعتبار در عالم حقوق خلق شده‌اند، زیرا دارا شدن حق و تکلیف، لازمه وجود طبیعی انسان است. اشخاص حقوقی، موجودات طبیعی نیستند. بعضی حقوقدانان برآنند که شخص حقوقی، یک موجود حقوقی می‌باشد و قانون از نظر منافع جامعه، وجود آن را شناخته است و اجازه می‌دهد که بتواند دارایی مخصوص داشته باشد و از منافع اختصاصی خود دفاع نماید و مانند اشخاص طبیعی دارای وجود حقوقی جداگانه باشد؛ از اینرو، هر شخص حقوقی دارای اراده مخصوص به خود می‌باشد که مجزاً از اراده افراد آن است و همچنین دارای یک فعالیت حقوقی خاص است که غیر از فعالیت افراد آن می‌باشد (امامی، ۱۳۷۱: ۲۵۸).

۳-۱-۱- شیوه‌های جبران مادی ضرر

اشخاص حقوقی موضوع حقوق عمومی که شامل دولت‌ها اعم از داخلی و خارجی و مؤسسات عمومی می‌شوند، هنگامی که حریم خصوصی آنها توسط دیگران اعم از اشخاص حقیقی یا حقوقی نقض شود مطابق قواعد حاکم بر مسئولیت مدنی، می‌توانند علیه ناقضین حریم خصوصی طرح دعوی کنند و خسارت وارد آمده را به صورت (مال) مطالبه نمایند. برای مثال، اگر کارمندی وجوه و یا اموال متعلق به دولت که بر حسب وظیفه به وی سپرده شده است را به نفع خود یا دیگری برداشت و تصاحب نماید به عنوان مختلس، تحت تعقیب جزایی قرار می‌گیرد و دادستان علیه وی کیفرخواست صادر کرده و دادگاه علاوه بر تعیین مجازات، وی را به رد وجه یا مال مورد اختلاس

محکوم خواهد کرد. در این مثال، قانونگذار ایرانی در ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۵ آذر ۱۳۶۷، جبران خسارت مادی زیان‌دیده را در ضمن حکم جزایی پیش‌بینی کرده است.

اشخاص حقوقی موضوع حقوق خصوصی مانند شرکت‌های تجاری و یا مؤسسات غیر تجاری نیز در صورتی که به حریم خصوصی آنها خللی وارد آید و ارکان مسئولیت مدنی وجود داشته باشد می‌توانند خسارت و زیان‌های مادی وارده را مطالبه کنند. برای مثال، اگر اطلاعات مربوط به پروژه یک شرکت تجاری توسط یکی از کارمندان شرکت و شخص دیگری خارج از شرکت، با نفوذ به سیستم کامپیوتری آن افشا شود و از این بابت، شرکت دچار خسران گردد شرکت می‌تواند در صورت وجود ارکان مسئولیت، علیه افشاکنندگان اطلاعات مذکور، اقامه دعوی نماید و خسارت مادی خود را دریافت کند (جعفرزاده و امین کلیبر، ۱۳۹۹: ۹۸).

۲-۳-۱- شیوه‌های جبران غیرمادی ضرر

شیوه‌های جبران معنوی ضرر در خصوص نقض حریم خصوصی اشخاص حقوقی موضوع حقوق خصوصی چندان تفاوتی با شیوه‌های جبران معنوی ضرر در اشخاص حقیقی ندارد و در بسیاری از موارد با یکدیگر مشابه هستند و چون در قسمت اول این مقاله به آنها اشاره شده است در اینجا از تکرار مجدد آن خودداری می‌شود.

اما متداول‌ترین شیوه جبران خسارت غیر مادی ضرر بر اشخاص حقوقی موضوع حقوق عمومی یعنی دولت (منظور دولت داخلی)، حکم به مجازات عامل خسارت است و در پاره‌ای موارد، انتشار حکم محکومیت خاطی در رسانه‌های عمومی و نشریات می‌باشد. در مورد جبران خسارت‌ها و زیان‌هایی که به طور مستقیم از سوی یک دولت بر دولت دیگر وارد می‌شود شیوه‌هایی چون معذرت‌خواهی کتبی یا شفاهی، اظهار تأسف، احترام به پرچم و علائم رسمی دولت خسارت دیده، اعزام هیئت فوق العاده، تنبیه مرتکب عمل خلاف حقوق و تعهد به این که در آینده نظیر واقعه تکرار نخواهد شد، استفاده می‌شود (بخشایشی بایقوت و حیدری منور، ۱۳۹۶: ۴۹).

۲- شیوه های جبران ضرر در نقض حریم خصوصی در کانادا

نقض حریم خصوصی توسط مقام قضایی، در قانون جزای کانادا (فدرال) دیده می شود. به موجب ماده ۲۵ قانون جزای کانادا، مأمورین و ضابطین قضایی و پلیس در انجام مأموریت مصون هستند ولی بند ۳ آن ماده، انجام وظیفه را منوط به اعمال اصل حسن نیت دانسته و در بند ۴ همان ماده استثناء در مصونیت قائل شده است: در این رابطه، یک نمونه نقض حریم خصوصی توسط ضابط یا پلیس زمانی است که قدرت نمایی کند. پلیس در واقع در حقوق کانادا، پلیس اجازه اعمال زور و قدرت فیزیکی منتج به مرگ یا صدمه جسمانی شدید را ندارد مگر این که آن شخص (مأمور) به این باور باشد که به طور متعارف، اعمال چنین قدرتی برای حفظ خود و یا دیگرانی که تحت حفاظت وی هستند لازم و ضروری است (Allen, 2009: 43).

در ماده ۱۳۹ قانون جزای کانادا نیز در خصوص انحراف روند اجرای عدالت و جاری شدن روال رسیدگی قضایی عنوان شده است که (ج) جرم قابل مجازات و محکوم به حبس برای مدت حداکثر پنج سال؛ یا (د) جرمی که طبق رسیدگی اختصاری، قابلیت مجازات دارد. منظور از «رسیدگی اختصاری»، محاکمه بدون ارجاع به محاکمه در برابر هیأت منصفه یا ژوری است که حق اساسی همه اشخاص در کانادا است. استفاده مکرر از این عبارت در بخش های متعدد قانون جزای کانادا به این معناست که امکان دادرسی اختصاری توسط قاضی بدون جمع آوری و جلسه دادگاه در حضور هیأت منصفه نیز هست و نوعاً یک استثناء در جرائم جنحه (یا جرائم درجه ۲) کانادایی است. موارد جنایی (یا جرائم درجه ۱) الزاماً می بایست در حضور هیأت منصفه محاکمه شود (Rock, 2011: 165).

- یک نمونه نقض حریم خصوصی توسط وکیل، کارشناس، روزنامه، مطبوعات، آمار مطابق با ردیف های ۱ و ۲ آن چه که ممکن است مربوط به اقدام مرتکب در انحراف اجرای عدالت باشد، مشمول عمومیت ماده ۱۳۹ قانون جزای کانادا است (وکیل، کارشناس و اشخاص دخیل در اجرای عدالت).

در خصوص روزنامه، ماده ۲۹۷ قانون جزای کانادا، «روزنامه» را نوعی مجموعه اطلاعات روزمره یا هفته‌نامه یا دوره‌ای می‌داند که برای اطلاعات عموم، تکثیر و منتشر و پخش می‌شود. ماده ۲۹۸ آن قانون به وصف قانونی افترا، نشر اکاذیب، هجو و روش‌های تحقیر و تزلزل جایگاه اجتماعی با علم به کذب و غیر واقعی بودن با هدف تخریب جایگاه اجتماعی آن شخص مورد هدف است و ماده ۳۰۰ آن قانون، چنین اقداماتی را جرم تلقی نموده و قابل مجازات تا ۵ سال حبس می‌داند و یا این که قابل مجازات از طریق رسیدگی اختصاری دانسته است (Goff, 2011: 21).

– نمونه ماده ۶۴۰ قانون تعزیرات – ماده ۱۷ قانون جرائم رایانه‌ای، نشر غیر مجاز اطلاعات شخصی در کانادا مطابق با مواد ۱۸۳، ۱۸۵، ۱۸۶، ۱۹۶ یا ۳۵۴ یا ۴۶۲ قانون جزای کانادا، با در نظر گرفتن مواد ۳ و ۶۸ و ۶۹ قانون حریم خصوصی ۱۹۸۵ و ماده ۱۴ قانون صیانت از اطلاعات شخصی و مدارک الکترونیکی اشخاص سال ۲۰۰۰، نشر و سوء استفاده از تصاویر اشخاص قابلیت تفسیر در ابعاد مختلف قانون جزای کانادا دارد که در موارد مختلف ممکن است منجر به محکومیت به حبس تا ۵ سال، و اگر مشمول موارد جرائم سازمان یافته و یا سوء استفاده با نیت‌های مرگ‌ب با بزبه‌های دیگر باشد (کلاهبرداری، خیانت در امانت، افترا، غضب نام و عنوان، و ...) می‌تواند تا ۱۰ سال قابل مجازات باشد. البته راهکارهای تعقیب خصوصی در محاکم حقوقی، به موازات تعقیب کیفری نیز همواره مجاز است (Dyer, 1966: 211).

قانون جزای کانادا (فدرال) سوء استفاده از مقام توسط خادم مردم (مأمور رسمی)، ماده ۱۲۲: هر مأمور رسمی که در انجام وظایف رسمی محوله، مرتکب تقلب یا خیانت در امانت یا انجام وظیفه شود، ولو این که چنین تقلب یا خیانت در امانت یا انجام وظیفه مرتبط با یک شخص خصوصی/عادی باشد یا نباشد، مجرم است به: (الف) جرم قابل مجازات و محکوم به حبس برای مدت حداکثر پنج سال؛ یا ب) جرمی که طبق رسیدگی اختصاری قابلیت مجازات دارد (Yim, 1978: 617).

- نمونه مواد ۵۸۰، ۶۹۴، ۶۹۱ و ۶۹۲ قانون تعزیرات - نقض حریم خصوصی منازل و اماکن در قانون جزای کانادا ماده ۷۲ (ورود به عنف یا ورود غیر مجاز به ملک خصوصی دیگران) را با حبس تا دو سال و با رویه محاکمه اختصاری جرم انگاری کرده است، و در این زمینه کشتی یا هواپیمای مال دیگری مستثنی شده و جزای جداگانه دارد و اگر توأم با تهدید یا استفاده از مواد محترقه یا منفجره باشد مطابق ماده ۸۲ می تواند تا حد ۱۴ سال حبس و اگر مواد محترقه یا منفجره سنگین با قدرت تخریب وسیع یا از نوع سلاح شیمیایی، میکروبی یا هسته‌ای باشد تا حبس ابد قابل مجازات است. اگر با استفاده از سلاح گرم باشد تا حد ۵ سال حبس برای اولین ارتکاب و تا ۷ سال برای دومین ارتکاب و تا ۱۴ سال برای ارتکاب مکرر جرم انگاری شده است؛ علاوه بر این، تعقیب مرتکب از طریق راهکارهای حقوقی و دکترین مسئولیت مدنی نیز به موازات جرم انگاری مورد مرتکبه میسر است (Ahluwalia v Ahluwalia, 2022: ONSC) 1303).

مواد ۳۴۳ الی ۳۵۳ قانون مجازات اسلامی به تفصیل موارد و روش های مختلف ورود به ملک و محل مورد تصرف قانونی اشخاص را جرم انگاری کرده و آن را با مجازات حبس تا ۵ سال قابل تعقیب می داند. ماده ۳۵۴ ورود غیر قانونی به وسیله نقلیه را جرم می داند و اگر با نیت سرقت باشد تا حد ۱۰ سال حبس به علاوه جبران خسارات و جریمه تا ۱۰ هزار دلار کانادا را مقرر کرده است.

- نمونه مواد ۵۸۲، ۶۰۴، ۶۴۸ و ۶۴۱ قانون تعزیرات - نقض حریم خصوصی ارتباطات مواد ۱۸۳ الی ۱۸۶ قانون جزای کانادا، به ویژه ماده ۱۸۴ اختصاصاً نقض حریم خصوصی و دخالت و یا ورود یا استراق سمع یا بهره برداری غیر مجاز از ارتباطات و مخبرات اشخاص را جرم و قابل مجازات تا ۵ سال و قابل دادرسی از طریق محاکمات اختصاری دانسته است. این به بخش های دولتی و حکومتی نیز تسری دارد و هرگونه بهره برداری یا استفاده موردی می بایست بدو و قبل از انجام با کسب اجازه و تأمین دلیل احتمال وقوع جرم نزد قاضی باشد (Deloitte & Touche v Livent Inc.)

(63 SCC: 2017)؛ ضمناً بخش‌های مختلف از جمله ماده ۳ قانون حریم خصوصی ۱۹۸۵ و ماده ۱۴ قانون صیانت از اطلاعات شخصی و مدارک الکترونیک اشخاص سال ۲۰۰۰ می‌تواند تعقیب مرتکب را از طریق راهکارهای حقوقی و دکترین مسئولیت مدنی نیز به موازات جرم انگاری مورد مرتکبه میسر سازد.

- نمونه قانون در حقوق شهروندی و سلب آزادی اصول ۷ و ۸ قانون اساسی کانادا (اصلاحی ۱۹۸۲)، منع کلی مقرر دارد.

ماده ۲۷۹ (گروگانگیری، قاچاق انسان، آدم ربایی، سوء استفاده جنسی یا بهره برداری از شخص مانند بیگاری و کار اجباری یا اعضاء و اندام‌های شخص) را جرم دانسته و با شرایط مختلف مانند ربایش مسلحانه و تهدید، ربایش طفل و اشخاص صغیر را از ۵ الی ۱۴ سال و در موارد تکراری با حبس ابد قابل مجازات دانسته است.

مواد ۲۸۰ و ۲۸۱ منع و نگهداری غیر مجاز اطفال زیر ۱۶ و جداگانه زیر ۱۴ را آدم ربایی و از حداقل ۲ تا ۱۴ سال حبس قابل مجازات می‌داند. در ماده ۲۷۹ نیز اگر از هر شخص (اعم از صغیر یا رشید) بهره برداری غیر قانونی دیگر نماید (قوادی، استفاده در فحشاء، برده داری یا استغال اجباری به کار یا بیگاری) مجازات‌های دیگری هم می‌تواند متوجه مرتکب باشد.

ماده ۲۷۳ ربایش طفل زیر ۱۶ سال به قصد خارج کردن از کانادا را جرم دانسته و تا ۵ سال حبس قابل مجازات می‌داند.

مواد ۵۶ و ۵۷ با موضوعیت غضب و جعل عنوان و اسناد هویتی (از جمله کارت بیمه عمومی، گواهی رانندگی، گواهی ولادت، گواهی فوت، گذرنامه، اسناد اقامتی و مهاجرتی و امثالهم) و سوء استفاده از نام و مقام و پروانه‌های اشتغال حرفه‌ای اشخاص (پروانه و کالت، طبابت، داروسازی، پرستاری، گواهینامه پرواز هواپیما یا دریانوردی و ...) را جرم دانسته و با حبس تا حد ۵ سال حبس قابل مجازات است.

ماده ۲۹۰ قانون جزای کانادا، تعدد همسران را جرم دانسته و قابلیت مجازات تا ۵ سال دارد؛ هرچند مرتکب، کانادایی ولی در خارج از کانادا ساکن باشد.

ماده ۲۹۴ اشخاصی را که اجازه و پروانه اجرای عقد قانونی ازدواج را ندارند تا ۲ سال قابل مجازات می‌داند.

شبهه سازی اسناد عادی با نیت اصرار و یا سوء استفاده و جعل یا استفاده از سند مجعول نیز مطابق ماده ۳۶۶ نیز تا ۱۰ سال حبس قابلیت مجازات به علاوه جبران خسارات دارد.

ماده ۳۴۷ نیز بهره و ربای بیش از حد قانونی و یا عرف رایج در جامعه را مانور متقلبانه و جرم و محمول بر علیه حقوق شهروندی دانسته و مرتکب اخذ آن را مشمول ۲۵ هزار دلار جزای نقدی و تا ۲ سال حبس و یا حبس تا ۵ سال می‌داند (Privacy Act, 1990).

- نمونه قانون و مجازات در قانون تجارت الکترونیک (مواد ۵۸، ۵۹، ۶۰، ۶۱، ۷۱، ۷۲، ۷۳ قانون جرائم رایانه‌ای) مواد ۱۸۳ الی ۱۹۶ به ویژه ۱۸۴ قانون جزای کانادا و به شرح ردیف ۷ بالا با حداکثر ۵ سال حبس قابلیت مجازات دارد.

سایر نکات: در فصل چهاردهم و از ماده ۴۶۸ الی آخر قانون جزای کانادا، آئین دادرسی کیفری و بخش‌های مختلف اعم از صلاحیت، نحوه رسیدگی، ادله و جمع آوری آن، صلاحیت ضابطين، احضار و تفهیم اّتهام و اخذ تأمین، رسیدگی به ادله و اظهارات شهود و قرائن و امارات، احاله، نیابت و رسیدگی در مناطق دیگر، محاکمات اختصاری، روش‌های صدور تشخیص/قرار مجرمیت، الزامات تشکیل جلسات دادرسی، رسیدگی در حضور هیأت منصفه، اصول دادرسی الی صدور محکومیت، تجدیدنظر خواهی، وصف روش‌های استثنایی و مرور رسیدگی‌ها با نیت حفظ سلامت روال قانونی دادرسی، محکومیت و اجرای حکم، و حتی فرم‌ها و متونی که در مراحل مختلف می‌بایست استفاده شود (در پیوست‌های بخش ۲۸ الی آخر آن قانون) به تفصیل مقرر شده است و لذا آئین دادرسی در قانون جزای کانادا ادغام شده و قانون مجزاً برای آئین دادرسی کیفری مقرر نیست (Jones v. Tsige, 2012: 32).

۳- نحوه جبران ضرر توسط داور

داور در راستای انجام وظیفه داوری ممکن است دارای مسئولیت کیفری، انتظامی یا مدنی باشد که ذیلاً بیان می‌شود.

۳-۱- مسئولیت کیفری

در حقوق ایران، حتی دادرسان ممکن است به سبب جرایمی که به مناسبت انجام وظیفه مرتکب شده اند تحت پیگرد کیفری قرار گیرند، البته چون داور از اختیارات دادرس برخوردار نمی‌باشد در معرض ارتکاب جرایمی که اختصاص به دادرس دارد قرار نمی‌گیرد؛ در عین حال، داور نیز اعم از این که توسط دادگاه یا طرفین معین شده باشد در صورتی که در مقابل گرفتن وجه یا مال، به نفع یکی از طرفین تصمیم‌گیری نماید به موجب ماده ۵۸۸ ق.م.ا به حبس از شش ماه تا دو سال یا مجازات نقدی از سه تا دوازده میلیون ریال محکوم و آن چه گرفته است به عنوان مجازات مؤدی به نفع دولت ضبط می‌شود (شمس، ۱۳۹۸: ۵۵۲-۵۵۵).

۳-۲- مسئولیت انتظامی

داور، مسئولیت انتظامی به معنای دقیق واژه ندارد؛ در عین حال، نوعی مسئولیت شبه انتظامی برای داور در ماده ۴۷۳ ق.آ.د.م پیش‌بینی شده است. به موجب این ماده، در صورتی که داور پس از قبول داوری بدون عذر موجه از قبیل مسافرت یا بیماری و امثال آن، در جلسه‌های داوری حاضر نشده یا استعفاء دهد و یا از دادن رأی خودداری کند تا پنج سال از حق انتخاب شدن به داوری محروم خواهد بود. با توجه به بند ۲ ماده ۴۶۶ ق.آ.د.م. محرومیت داور از داوری در این خصوص، مستلزم رسیدگی دادگاه و صدور حکم قطعی می‌باشد.

۳-۳- مسئولیت مدنی

«در حقوق ایران به صراحت اصل ۱۷۱ ق.ا. حتی قضات از مسئولیت مدنی مبرا نیستند. داوران نیز چون هیچ نصی مبنی بر مصونیت آنان وجود ندارد. بر اساس قاعده عام مقرر در ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی «هر کس بدون مجوز قانونی عمداً یا در نتیجه بی

احتیاطی به جان یا سلامتی یا مال ... موجب ضرر مادی یا معنوی دیگری شود مسئول جبران خسارات ناشی از عمل خود می باشد» در عین حال از یک سو، به موجب ماده ۵۰۱ ق.آ.د.م. چنان چه در اثر تدلیس تقلب یا تقصیر در انجام وظیفه داوران، ضرر مالی متوجه یک طرف یا طرفین دعوا گردد داوران برابر موازین قانونی، مسئول جبران خسارات وارده خواهند بود (شمس، ۱۳۹۸: ۵۵۵).

همانگونه که دیده می شود نصّ مزبور حکمی بیش از آن چه در ماده قانون مسئولیت مدنی مقرر داشته، افاده نمی نماید؛ در عین حال باید توجه داشت که نصّ (ماده ۵۰۱ ق.آ.د.م.) در مصوبه مجلس، به شکلی به شورای نگهبان ارسال گردید؛ علاوه بر این که داوران را در خسارات ناشی از «قصور» نیز مسئول اعلام نمود و آنان را مسئول ضرر معنوی نیز قرار داده است، اما شورای نگهبان در مقام تطبیق مصوبه مجلس با شرع و قانون اساسی اعلام نمود که «ذکر کلمه قصور و حکم بر مسئولیت جبران خسارت وارده در صورت قصور مغایر موازین شرع است»؛ علاوه بر این اعلام کرد که عبارت ضرر معنوی که ابهام مطالبه وجه در قبال آن وجود دارد، خلاف موازین شرع است در اجرای نظر شورای نگهبان (ماده ۵۰۱ ق.آ.د.م. به شکلی که دیده شد تغییر یافت. بنابراین در حال حاضر، «قصور» داور نمی تواند موجب مسئولیت او شود. افزون بر آن حتی اگر ایراد ضرر معنوی از سوی داور قابل تصور باشد نمی توان داور را به سبب ورود ضرر معنوی به طرفین با یکی از آنها مسئول دانست. از سوی دیگر، هر یک از اعمال داور که در ماده ۲۷۳ قانون مزبور تصریح گردیده، چنان چه سبب ورود خسارت شود موجب مسئولیت مدنی داور نیز می گردد (رفیعی، ۱۳۹۲: ۱۱۵).

نتیجه گیری

از مجموع مطالب مطرح شده در این تحقیق می توان چنین جمع بندی کرد که در کشور کانادا برای جبران مسئولیت مدنی ناشی از نقض حریم خصوصی اشخاص، مقرره ای وجود دارد که وی می تواند به صورت مجزاً و بدون نیاز یا مراجعه به دادستان و درخواست تعقیب کیفری ستم دیده، و بدون طی روال دادخواهی کیفری، از طریق

دادگاه‌های صالحه حقوقی اقدام به تعقیب، اثبات وقوع و ورود خسارات و مطالبه آن نماید و اصولاً نیازی به دخالت دادستان و اثبات دخالت دادستان به نفع نظم جامعه نیست. نحوه اثبات دلیل و مدلول نیز در دادگاه‌های حقوقی کانادا عمدتاً متکی بر عرف و سوابق اجتماعی در موارد مشابه و اتخاذ تصمیم محکومیت براساس اثبات ارتباط مستقیم ستم وارده و خسارات به مظلوم است. در مقایسه، نظام قضایی موجود در ایران فقط با تجویز جرم انگاری راهکاری برای ستم‌دیده پیش بینی شده است که با منع یا موقوفی یا تعلیق تعقیب (که از اختیارات دادستان است) عملاً زیان‌دیده از تعقیب خصوصی زیان وارده منع می‌گردد؛ چراکه رسیدگی دادگاه یا مرجع قضایی ایرانی در حول محور اثبات و وجود قرارداد است، و نه متکی بر عرف و رویه‌های جاری در جامعه که گفته شد. در زمینه مسئولیت مدنی و تعقیب حقوقی آن، زمینه قوانین موجود نیازمند توسعه است که هم در محدود کردن جرم انگاری می‌تواند کمک شایسته داشته و هم در تبدیل خصومت‌ها به اختلافات می‌تواند مفید باشد. در رابطه با شیوه‌های جبران خسارت به گونه‌ای که با انواع ضررهای ناشی از نقض حریم خصوصی تناسب داشته باشد می‌توان قائل به دو نوع شیوه مادی و معنوی جبران خسارت بود. مهم‌ترین روش‌های معنوی جبران خسارت عبارتند از: الزام به تصحیح یا عذرخواهی در رسانه‌های همگانی، درج حکم محکومیت خواننده در جراید، جمع‌آوری اثر زیانبار و جلوگیری از نشر و پخش و عرضه آن و پاسخگویی.

با وجود این که برخی از مصادیق نقض حریم خصوصی، مورد حمایت قانونگذار قرار گرفته است ولی این حمایت پراکنده نمی‌تواند پاسخگوی ضرورت‌های عملی در رابطه با این حق باشد و قانونگذار باید اقدام به تدوین قانون جامعی در این زمینه نموده و با تحولات حقوقی جدید همگام گردد. در رابطه با نقض حریم خصوصی در حقوق کانادا می‌توان گفت در حقوق کانادا، معضل نقض حقوق بشر، مسأله‌ای فراروی جوامع بشری است که تنها می‌توان به کاهش ابعاد و شدت آن امیدوار بود؛ و گرنه نابودی همیشگی آن آرزویی به نظر دست‌نیافتنی است. هر انسانی در حیات اجتماعی و در طول

زندگی خود ممکن است خساراتی را در نتیجه افعال ناقض حقوق بشر سایر شهروندان و نیز حاکمیت متقبل شود. چنین فردی که از او تحت عنوان «قربانی» یاد می‌شود بلافاصله در چنین وضعیتی مستحقّ بالفعل حقّ جبران خسارت مؤثر می‌شود. بزه، همواره امکان رخداد دارد اما آن چه وضعیّت قربانیان را متفاوت کرده و برخی را به قربانیان مضاعف بدل می‌سازد کیفیت بهره‌مندی از حقّ جبران خسارت و به عبارت عامّ تر، «حقّ دسترسی به عدالت» است. این نکته از چنان اهمیتی برخوردار است که می‌توان آن را بهترین معیار و محکّ سنجش عیار تعهد و باور دولت‌ها به رعایت و احترام نسبت به حقوق انسان‌ها دانست.

استفاده از کارشناسان مرتبط با مسائل اجتماعی و روانی در کمیسیون حقوق بشر به عنوان اولین نهاد رسیدگی‌کننده و بکارگیری متخصصان حقوق بشر در دیوان حقوق بشر جهت قضاوت در اینگونه پرونده‌ها، نظامی نسبتاً هماهنگ و متکامل را ایجاد کرده که بسیار فراتر از توصیه‌های حداقلی نهاد‌های بین‌المللی در مورد ایجاد آژانس‌های تخصصی حقوق بشر در کشورها تحت عنوان (نهادهای ملی به فعالیت مشغولند. در این زمینه، استقلال عمل این دو نهاد و ارتباط مستقیم آنها با عالی‌ترین مراجع قدرت سیاسی بر اعتبار و اثرگذاری آنها افزوده است. در این میان، صلاحیّت‌های ویژه این مراجع تخصصی حقوق بشر در کانادا نیز قابل توجه است. به هر حال، نقض حقوق مدنی - سیاسی از سوی دولت در این کشور تقریباً امری کمیاب است، اما آن چه شاید بیشترین زمینه نقض را با توجه به جامعه متکثر و مهاجر پذیر این کشور فراهم کرده است مسائل مربوط به تبعیض و حقوق کار و اشتغال است. صلاحیّت‌های ویژه‌ای که به این مراجع تخصصی حقوق بشر در کانادا خصوصاً در این موارد اعطاء شده است نشانگر حساسیت و توجه نظام حقوقی این کشور بر زمینه‌های بروز نقض حقوق بشر و تلاش برای پاسداری از حقوق شهروندان در این موارد است.

منابع

- آماده، مهدی (۱۳۹۲)، **حمایت از حریم خصوصی**، تهران: دادگستر.
- احمد ادريس، عوض (۱۳۷۲)، **دیه**، ترجمه: علیرضا فیض، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- امامی، سید حسن (۱۳۷۱)، **حقوق مدنی**، ج ۲، چ ۷، تهران: اسلامیه.
- انصاری، باقر؛ شیخ الاسلامی کندلوسی، جهانسوز (۱۳۸۱)، **مسئولیت مدنی رسانه‌های همگانی**، تهران: معاونت پژوهشی و تنقیح قوانین و مقررات.
- بخشایشی بایقوت، محرم؛ حیدری منور، حسین (۱۳۹۶)، **حریم خصوصی در حقوق ایران و اسناد بین‌المللی**، فصلنامه مطالعات بین‌المللی پلیس، ۲۹، ۲۰۷-۲۳۲.
- پرستش، رضا؛ موسی زاده، سید شهاب‌الدین (۱۳۹۴)، **حریم خصوصی مقامات عمومی**، فصلنامه فقه و حقوق اسلامی، ۱۱، ۵۵-۸۳.
- پروین، فرهاد (۱۳۸۰)، **خسارات معنوی در حقوق ایران**، تهران: ققنوس.
- تقوی فرد، محمد؛ تقوا، محمدرضا؛ فقیهی، مهدی؛ جمشیدی، محمدجواد (۱۳۹۶)، **مقایسه تطبیقی قوانین حمایت از حریم خصوصی اطلاعاتی در ایران و کشورهای منتخب**، فصلنامه مجلس و راهبرد، ۸۹، ۳۰۱-۳۳۳.
- جعفرزاده، یوسف؛ امین کلیر، نصراله (۱۳۹۹)، **دخالت دولت در حریم خصوصی افراد در حقوق شهروندی**، مطالعات حقوق شهروندی، ۱۷، ۲۲۴-۲۱۱.
- جعفری، علی؛ رهبریور، محمدرضا (۱۳۹۶)، **مسئولیت مدنی نقض حریم خصوصی داده‌ها در فقه امامیه و حقوق موضوعه**، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، ۱۸، ۴۳-۷۴.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن (۱۳۸۸ق)، **تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه**، ج ۸، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- حسینی شیرازی، سید محمد (۱۹۸۸م)، **القواعد الفقهیه**، ج ۲، بیروت: دارالعلوم.
- حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح (۱۴۱۷ق)، **العناوین الفقهیه**، ج ۱، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- حکمت‌نیا، محمود (۱۳۸۶)، **مسئولیت مدنی در فقه امامیه**، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
- خمینی (امام)، سید روح‌الله (۱۴۱۵ق)، **کتاب البیع**، ج ۴، قم: اسماعیلیان.
- رفیعی، علی (۱۳۹۲)، **کلیات دآوری در حقوق ایران**، تهران: فکرسازان.
- ریاحی، نیوشا (۲۰۱۹م)، **حقوق قانونی در منشور حقوق و آزادی کانادا**، جرنال هفته.

- زمخشری، محمد بن عمر (۱۳۶۴ق)، **الفائق فی غریب الحدیث**، ج ۳، قاهره: دار احیاء الکتب العربیه.
- ساکت، محمدحسین (۱۳۶۵)، **نهاد دادرسی در اسلام**، مشهد: آستان قدس رضوی.
- سلطانی نژاد، هدایت الله (۱۳۹۴)، **بررسی تطبیقی خسارت معنوی**، تهران: میزان دانش.
- سلیمی، علی (۱۴۰۰)، **بررسی حفظ حق و رعایت خصوصی همه افراد در دستگاه های اجرایی**، مجله حقوق و فقه، ۱۴، ۵۲۹-۵۶۴.
- شمس، عبدالله (۱۳۹۸)، **آئین دادرسی مدنی** (دوره پیشرفته)، ج ۳، چ ۱۰، تهران: درآک.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۲)، **حقوق مدنی (آثار قراردادها و تعهدات)**، تهران: مجد.
- صفایی، حسین؛ رحیمی، حبیب الله (۱۳۸۹)، **مسئولیت مدنی**، تهران: سمت.
- فیض، علیرضا (۱۳۸۴)، **عرف عقلاء برهان و عرفان**، دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات.
- قاسم زاده، مرتضی (۱۳۸۸)، **الزامها و مسؤولیت مدنی بدون قرارداد**، چ ۸، تهران: میزان.
- مجلسی (علامه)، محمدباقر (۱۴۰۳ق)، **بحار الانوار الجامعه لدرر أخبار الائمة الأطهار**، ج ۱، بیروت: مؤسسه الوفاء.
- مرادی، روح الله؛ بادینی، حسن؛ کریمی، عباس؛ افشارنیا، طیب (۱۴۰۰)، **قابلیت جبران ضرر اقتصادی ناشی از نقض تعهد قراردادی؛ مطالعه تطبیقی در حقوق قراردادهای تجاری بین المللی، فقه و حقوق ایران**، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۲۴، ۴۱۱-۴۳۸.
- معین، محمد (۱۳۷۱)، **فرهنگ فارسی**، ج ۱، چ ۲؛ تهران: امیرکبیر.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۰)، **القواعد الفقهیه**، ج ۱، قم: مدرسه الامام امیرالمومنین (ع).
- موسوی بجنوردی، سید حسن (۱۴۱۰ق)، **القواعد الفقهیه**، ج ۱، چ ۲، قم: اسماعیلیان.
- نائینی، میرزا محمدحسین (۱۳۷۳ق)، **منیه الطالب فی شرح المکاسب**، ج ۲، بی جا: المکتبه المحمدیه.
- نقیعی، سید ابوالقاسم (۱۳۸۶)، **خسارت معنوی در حقوق اسلام، ایران و نظام های حقوقی معاصر**، چ ۲، تهران: امیرکبیر.

- Ahluwalia v Ahluwalia, 2022 ONSC 1303.
- Allen, Bill Van (2009). Police powers: law, order and accountability Toronto: Pearson Prentice Hall.
- Deloitte & Touche v Livent Inc. 2017 SCC 63.
- Dyer v Bruce (1966) 58 DLR (2d) 211.
- Goff, Colin (2011). Criminal justice in Canada (5th ed.), Toronto: Nelson Education.

- Jones v. Tsige, 108 O.R. (3d) 241, 2012 Ontario Court of Appeals 32.
- Privacy Act, RSNL 1990 CHAPTER P-22, www.assembly.nl.ca.
- Rock, Nora; Hoag, Valerie (2011). Foundations of criminal and civil law in Canada (3rd ed.), Toronto: Emond Montgomery Publications.
- Yim v Bettel (1978), 20 O.R. (2d) 617.



Growth-oriented prevention of crimes related to social networks

Dehghani.Rohollah¹- Sheydaein Arani.Mahdi^{2*}-Mirkhalili.Seyyed Mahdi³-Darabi.Shahrdad⁴

1: PhD candidate in criminal law and criminology, Qom branch, Islamic Azad University, Qom, Iran.

2: Assistant Professor, Department of Law, University of Tehran (Farabi Campus), Qom, Iran: (Corresponding author) (m-sheidaeian@ut.ac.ir)

3: Associate Professor, Department of Law, University of Tehran (Farabi Campus), Qom, Iran.

4: Assistant Professor, Department of Law, Qom Branch, Islamic Azad University, Qom, Iran.

Today, virtual social networks are the most powerful online media; To the extent that these networks facilitate the free flow of information to normal users; The circulation of sabotage information and new ways of committing crime has also been facilitated from this context. Any confrontation with crimes related to social networks requires the application of prudent and codified criminal policy. The anonymity of users, the difficulty of accessing professional criminals in this space due to the uncontrollability of non-native social networks and the severe vulnerability of the target, especially children, have doubled the need for growing prevention of crimes committed in this space. In this research, descriptively and analytically, an attempt has been made to analyze the concept in the field of crime prevention by describing the theories of criminological thinkers. The sources collected in this research are library method which has been finalized by using books, articles and related domestic and foreign scientific reports and researches in this field. Findings indicate that the use of community-based institutions, strengthening self-control mechanisms, individual-centered, family-oriented, school-based support programs and utilizing economic, cultural and social capacities to create the necessary conditions to prevent the tendency Children and adolescents are important to delinquency. On the other hand, jurisprudential teachings indicate that children and adolescents are among the most vulnerable sections of society physically, mentally and socially. Unfortunately, due to the limitations of researchers in accessing court cases, no case is properly investigated for the various dimensions of these crimes, and the scope of these crimes and delinquencies is increasing every day. Therefore, creating intelligent and integrated systems for accurate recording of statistics and information related to crimes in this field and providing researchers with access to this data, strengthening local social networks with a spark of creativity and initiative, paying special attention to promoting media literacy by providing And the provision of hardware and software facilities for educating adolescents, young people and their parents, as practical solutions to get out of this situation is suggested. The synergy of the set of governance pillars with the participation of citizens and civil society organizations in this dangerous path is an undeniable necessity.

Keywords: Juvenile delinquency, Social network related crimes, Growth prevention.

- R. Dehghani, M. Sheydaein Arani, S.M. Mirkhalili, Sh. Darabi (2023). Growth-oriented prevention of crimes related to social networks, *Islamic Law and Jurisprudence Studies*, 15(31), 271-296.

Doi: [10.22075/feqh.2023.30054.3545](https://doi.org/10.22075/feqh.2023.30054.3545)

فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی

سال ۱۵- شماره ۳۱- تابستان ۱۴۰۲

صفحات ۲۷۱-۲۹۶ (علمی- پژوهشی)

تاریخ: وصول ۱۴۰۰/۰۶/۰۵ - بازنگاری ۱۴۰۰/۰۸/۰۳ - پذیرش ۱۴۰۰/۰۸/۰۸

پیشگیری رشد مدار از جرائم مرتبط با شبکه‌های اجتماعی

روح اله دهقانی ۱/ مهدی شهیدان آرائی ۲/ سید محمود میرخلیلی ۳/ شهرداد دارابی ۴

۱: دانش آموخته دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران.

۲: استادیار گروه حقوق دانشگاه تهران (پردیس فارابی)، قم، ایران (نویسنده مسئول) m-sheidaei@ut.ac.ir

۳: دانشیار گروه حقوق دانشگاه تهران (پردیس فارابی)، قم، ایران.

۴: استادیار گروه حقوق، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران.

چکیده

امروزه شبکه‌های اجتماعی مجازی، قوی‌ترین رسانه برخط به شمار می‌روند؛ به همان میزانی که این شبکه‌ها جریان آزاد اطلاعات را برای کاربران بهنجار آسان نموده، گردش اطلاعات خرابکارانه و شیوه‌های نوین ارتکاب بزه نیز از این بستر، تسهیل شده است. هرگونه مقابله با جرائم مرتبط با شبکه‌های اجتماعی، نیازمند کاربست سیاست کیفری سنجیده و مدوئی می‌باشد. گمنامی کاربران، صعوبت دسترسی به مجرمین حرفه‌ای این فضا به دلیل نظارت ناپذیری شبکه‌های اجتماعی غیر بومی و آسیب پذیری شدید آماج به ویژه کودکان، ضرورت پیشگیری رشد مدار از جرائم ارتکابی در این فضا را دو چندان ساخته است.

در این پژوهش به صورت توصیفی-تحلیلی تلاش شده است با توصیف نظریات متفکران جرم‌شناسی به تحلیل این مفهوم در عرصه پیشگیری از جرم، پرداخته شود. منابع جمع‌آوری شده در این پژوهش به روش کتابخانه‌ای است که با استفاده از کتب، مقالات و گزارش‌های علمی داخلی و خارجی مرتبط و تحقیقات به عمل آمده در این حوزه، جمع‌بندی نهایی صورت گرفته است. یافته‌ها مبین این موضوع است که استفاده از نهادهای جامعه پذیرکننده، تقویت ساز و کارهای خودکنترلی، برنامه‌های حمایتی فرمدار، خانواده مدار، مدرسه مدار و بهره‌گیری از ظرفیت‌های اقتصادی، فرهنگی و اجتماعی جهت ایجاد بسترهای لازم در راستای مانع‌سازی در گرایش اطفال و نوجوانان به بزهکاری حائز اهمیت می‌باشد. از دیگر سو، آموزه‌های فقهی نیز حکایت از آن دارد که کودکان و نوجوانان جزو آسیب‌پذیرترین اقشار جامعه از لحاظ جسمانی، روانی و اجتماعی به شمار می‌روند. متأسفانه به دلیل محدودیت‌های پژوهشگران در دسترسی به پرونده‌های قضایی، هیچگاه به درستی ابعاد مختلف این جرائم، مورد کنکاش واقع نمی‌شوند و هر روز بر دامنه این بزه‌ها و بزهکاری‌ها افزوده می‌شود؛ بنابراین ایجاد سامانه‌های هوشمند و یکپارچه برای ثبت دقیق آمار و اطلاعات مربوط به جرائم این حوزه و فراهم کردن امکان دسترسی پژوهشگران به این داده‌ها، تقویت شبکه‌های اجتماعی بومی با چاشنی خلاقیت و ابتکار، توجه ویژه به موضوع ارتقای سواد رسانه‌ای با تهیه و تدارک امکانات سخت افزاری و نرم افزاری برای آموزش نوجوانان، جوانان و والدین آنها، به عنوان راهکارهای عملی برون رفت از این شرایط پیشنهاد می‌شود. هم‌افزایی مجموعه ارکان حاکمیت با مشارکت شهروندان و نهادهای مدنی در این مسیر خطیر، ضرورتی انکارناپذیر است.

کلیدواژه: بزهکاری اطفال و نوجوان، جرائم مرتبط با شبکه‌های اجتماعی، پیشگیری رشد مدار.

- دهقانی، روح اله؛ شهیدان آراء، مهدی؛ میرخلیلی، سید محمود؛ دارابی، شهرداد (۱۴۰۲). پیشگیری رشد مدار از جرائم مرتبط با شبکه‌های اجتماعی. *مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی دانشگاه سمنان*، شماره ۳۱، صفحات ۲۷۱-۲۹۶.

Doi: 10.22075/feqh.2023.30054.3545

مقدمه و بیان مسأله

از سال ۲۰۰۵ تاکنون، موضوع شبکه های اجتماعی مجازی، اصلی ترین مشغله کاربران اینترنت در دنیا و به تبع آن در ایران بوده است و امروزه شبکه های اجتماعی مجازی، قوی ترین رسانه آنلاین در دنیا به شمار می روند. شبکه های اجتماعی، نسل جدیدی از فضای روابط اجتماعی هستند که با این که عمر خیلی زیادی ندارند، توانسته اند به خوبی در زندگی مردم جای باز کنند. مردم بسیاری در سنین مختلف و از گروه های اجتماعی متفاوت در این شبکه ها، گرد هم آمده اند و از فاصله های بسیار دور در دنیای واقعی، از این طریق با هم ارتباط برقرار می کنند. تأثیر روزافزون تکنولوژی های نوین ارتباطی به ویژه شبکه های اجتماعی، دولت ها را وادار به اتخاذ سیاست های فرهنگی و رسانه ای جدید و ملی کرده است، به نحوی که بسیاری از دولت ها برنامه عملیاتی ویژه ای برای مقابله با تأثیر شبکه های اجتماعی مجازی اتخاذ کرده اند. بدون تردید و با بررسی اجمالی وضعیت امروز جامعه می توان بیان داشت که رابطه مستقیمی میان عضویت در شبکه های اجتماعی و تغییرات شگرف در سبک زندگی افراد وجود دارد. به عنوان مثال، این شبکه ها بر نوع پوشش، نحوه محاوره و حتی سبک برقراری ارتباط میان اقشار مختلف جامعه اثر گذار بوده است. صفحات پروفایل افراد در شبکه های اجتماعی این شانس را به خالقان خود می دهد که جنبه هایی از هویت خود را که پیشتر پنهان بوده، افشاء کنند. گرایش به بزهکاری در دوران کودکی، آنها را از پیمودن مسیر رشد و تعالی باز می دارد و جایگاه آینده آنان را در اجتماع به خطر می اندازد. از همین روست که امروزه راهبرد بین المللی پیشگیری از جرم از سطح سوم (سزادهی، ناتوان سازی، اصلاح و درمان مجرمان) به پیشگیری رشد مدار تغییر کرده و در حال حرکت به سوی ترکیبی از راهبردهای پیشگیری اولیه (پیشگیری عمومی) و پیشگیری ثانویه (پیشگیری از بزهکاری افراد در معرض خطر) است. تلاش برای پیشگیری از بزهکاری اطفال و نوجوانان در معرض خطر، مبانی حق محور دارد. شناسایی عوامل خطر گرایش به بزهکاری و همچنین شناسایی عوامل حمایت کننده کودکان و نوجوانان

در مقابل این خطرها دو رکن اصلی پیشگیری رشد مدار را تشکیل می‌دهند. البته قطعاً این قشر در واقع امر، قربانی قصور جامعه در انجام تکالیفش نسبت به کودکان و نوجوانان محسوب می‌شوند؛ بنابراین نیازمند حمایتی نو در جهت جریان کمبودهای عاطفی، روانی و آموزشی در فرایند جامعه‌پذیری هستند. در هر حال، پیشگیری رشدمدار به دنبال بهبود توانایی‌های اجتماعی و تکامل فکری، اخلاقی و اجتماعی اطفالی است که خطر گرایش آنها به بزهکاری زیاد است و از طریق احیای شرایط تربیتی، نیل به این اهداف را دنبال می‌کند. از اینرو نوشتار حاضر، پیشگیری رشدمدار را از منظر فقهی و حقوقی مورد بررسی قرار می‌دهد. لازم به ذکر است از آنجایی که تعریف مورد توافقی در خصوص جرم رایانه‌ای وجود ندارد به نحوی که حتی انجمن بین‌المللی حقوق کیفری در نشست خود در سال ۱۹۹۲ در آلمان نیز نتوانست تعریفی برای جرم رایانه‌ای ارائه کند و در واقع، همه شرکت‌کنندگان به توافق رسیدند که به جای تعریف جرم رایانه‌ای، فهرستی از جرائم رایانه‌ای عمدی را به منزله مبنای مشترک، بپذیرند در خصوص جرائم مرتبط با شبکه‌های اجتماعی نیز تعریف دقیقی نمی‌توان ارائه نمود ولی منظور ما از جرائم مرتبط با شبکه‌های اجتماعی در این پژوهش، جرائمی است که شبکه‌های اجتماعی به عنوان وسیله و ابزار ارتکاب جرم، در آن نقش داشته باشند و هدف ما پیشگیری از این قسم از جرائم است. در این پژوهش تلاش ما بر این بوده است تا نحوه اجرای کارکردهای پیشگیرانه رشدمدار را بر ناهنجاری‌های موجود در شبکه‌های اجتماعی بیآزماییم و در این راستا با تحلیل دو پرونده قضایی سعی کرده ایم تا به نگاهی واقع‌بینانه و منطقی، دست یافته و راهکارهای عملیاتی ارائه نماییم.

۱- مبانی و منابع فقهی پیشگیری رشد مدار

۱-۱- منابع فقهی و شرعی

مهم‌ترین منابع در حقوق اسلامی، قرآن، سنت، اجماع و عقل است و از آنجا که در حال حاضر، زمینه نزول دو منبع نخست، فراهم نیست و منبع سوم نیز دست‌یافتنی نمی‌باشد دلیل چهارم را باید اصلی‌ترین دلیل به حساب آورد. با این وجود، فقها بر این

باورند که قرآن و سنت فقط احکام عبادی شخصی را بیان نمی کنند بلکه در زمینه های اجتماعی نیز احکام فراوانی دارند. از همین روی، قرآن و سنت هم دو منبع مهم برای موضوع بحث ماست که به برخی از آنها اشاره می کنیم:

۱-۱-۱- قرآن

قرآن، کتاب اخلاق و انسان سازی است اما علاوه بر احکامی که در این زمینه بیان می کند آیاتی نیز به مقررات و احکام حقوقی و اجتماعی اختصاص دارد که با عنوان «آیات الاحکام» شناخته می شوند. اگر انسان به صورت کامل، تربیت شده و رفتاری منطقی و نیکو داشته باشد با کمک عقلی که به عنوان پیامبر درونی او به ودیعه نهاده شده است توان وضع مقررات زندگی را دارد؛ بنابراین احکام حقوقی قرآن جنبه ارشادی دارند. در اینجا به چند آیه اشاره می کنیم.

در قرآن کریم از مراحل رشد انسان، زمان حمل، بلوغ حلم، بلوغ نکاح و بلوغ اشد و در موارد دیگری به پیری اشاره گردیده است. بلوغ حلم در آیه ۵۹ سوره مبارکه نور ذکر شده است: «و اذا بلغ الاطفال منکم الحلم فلیستأذنوا کما استاذن الذین من قبلهم کذلک ینبئ الله لکم آیاته و الله علیم حکیم: و چون کودکان شما به سن بلوغ رسیدند باید از شما کسب اجازه کنند همان گونه که آنان که پیش از ایشان بودند اجازه گرفتند...»؛ اگرچه در جرم شناسی برای شروع بزهکاری انسان، سنین مختلفی اعلام شده است و به تناسب رشد انسان از نظر بدنی و نیروی حیاتی و شهوانی، تمایل به ارتکاب جرم نیز افزایش یافته تلقی گردیده است و حتی در برخی سنین به اوج خود می رسد (کی نیا، ۱۳۷۰: ۳۲۸) اما با نگرش در آیات قرآن مجید مشخص می شود که سن خاصی در طول مراحل مختلف رشد انسان برای بزهکاری تعیین ننموده است. آن چه مورد تأکید قرآن کریم است تعلیم و تربیت دوران طفولیت و بلوغ می باشد. این مهم نشانگر این معنا می تواند باشد که قسمت اعظم گرایش های انحرافی و جنایی، ریشه در این دوران دارند. بنابراین تدابیر پیشگیرانه مبتنی بر مداخله های روانی-

اجتماعی در مراحل رشد کودکان و نوجوانان در هر یک از قالب‌های پیشگیری اجتماعی و وضعی که مورد تأکید جرم‌شناسی است نشانه‌های مهمی در قرآن دارد.

۱-۱-۲- روایات

آن چه مسلم است این که اولین نقش در آموزش تعالیم دینی به کودکان و نوجوانان بر عهده نهاد خانواده و پس از آن بر عهده مدرسه و سیستم آموزشی است که این امور در گرو اهتمام حاکمیت در تأمین امنیت جامعه و سالم سازی آن می باشد.^۱ به همین دلیل است که از دیدگاه امام علی علیه السلام وجود حکومت برای هر جامعه‌ای ضرورت دارد و به سامان رسیدن امور اجتماعی و صلاح مردم در گروی وجود حکومت است. از منظر معاشرت‌های ترجیحی، اسلام موکداً بیان می کند که معاشرت با صالحان و پاکان بر سیره و رفتار افراد، اثرگذار بوده و مانع بسیاری از انحرافات می گردد. حضرت علی علیه السلام در نامه ۷۴ نهج البلاغه می فرماید: «به نیکوکاران برسید تا از آنان باشید و از بدکاران، دوری کنید تا از آنان نباشید و پیش از راه از همراه و پیش از خانه از همسایه بپرسید.»

۱-۲- مبانی فقهی پیشگیری رشد مدار

در آموزه‌های دین اسلام برای تربیت در تمامی مقاطع زندگی حتی قبل از ولادت نیز تعالیم ویژه‌ای داده شده است تا انسان از کودکی در کانون خانواده پرورش یابد. «از منظر فرهنگ تربیتی اسلام، والدین که مهم‌ترین نقش‌آفرینان در حوزه تربیت نسل جدید محسوب می شوند با بهره‌گیری از روش‌های صحیح و اطمینان بخش و با رعایت

۱. البته باید توجه داشت که در این زمینه نباید از نقش و کارآفرینی عنصر امر به معروف و نهی از منکر در پیشگیری اجتماعی از جرائم مرتبط با شبکه‌های اجتماعی و فضای اجتماعی غافل شد به طوری که در آموزه‌های دینی بدان اهتمام زیادی شده است از جمله امام علی بن حسین علیه السلام فرموده اند: «منافق از کار زشت نهی کند اما خودش از آن دوری نمی‌کند و به کارهای خوب دستور می‌دهد اما خودش انجام نمی‌دهد» (حرّ عاملی، بی تا: ۴۲۹/۱۱؛ نیز ر.ک: کلینی، بی تا: ۸۴/۳)؛ در این روایت تأکید شده است که در امر به معروف و نهی از منکر باید افراد شایسته و صادق این فریضه را برپا دارند تا آثار مناسبی داشته باشد که این امر، نافی نقش و جایگاه حاکمیت در اجراسازی این فریضه و در نتیجه، تأمین امنیت و سالم سازی جامعه نمی باشد.

حقوقی که دین مبین اسلام معین فرموده است فرزندان خویش را در امر تربیت یاری نموده و برای پرورش خلاقیت های فرزندان و شکوفایی استعداد های آنان به حقوق اساسی فرزندانشان توجه کند» (پاک نیا، ۱۳۸۲: ۱۷).

در قرآن، حقوقی از قبیل انتخاب نام نیکو، تغذیه مناسب، ارتباط مناسب کلامی، چشم پوشی از خطاها، فراهم کردن مقدمات ازدواج و غیره برای کودکان بر عهده والدین گذاشته شده است که رعایت آنها در ساختار شخصیتی کودکان و دور نمودن آن ها از محیط های آلوده نقش بسزایی خواهد داشت. آیات ۱۳ تا ۱۹ سوره مبارکه لقمان، منشوری از آن چه که والدین لازم است به فرزندانشان آموزش دهند را نشان داده است. لزوم حمایت از حقوق مالی کودکان به ویژه ایتم در آیه ۲۲۰ سوره مبارکه بقره مورد تأکید قرار گرفته است که می توان از جمله مبانی فقهی پیشگیری رشد مدار برشمرد (خسروشاهی و همکاران، ۱۳۹۰: ۱۵). در فرمایش امیرمؤمنان نیز آمده است که «به یتیمان توجه کنید مبادا یتیمان با وجود شما به دلیل گرسنگی تباه شوند» (نامه ۴۷ نهج البلاغه). همچنین پامبر بزرگوار اسلام، آموختن دانش را از جمله حقوق فرزندان بر والدین می دانند.

۲- علّت شناسی جرائم ارتكابی نوجوانان در شبکه های اجتماعی

از منظر جرم شناختی، پیشگیری اجتماعی مبتنی بر علّت شناسی جرم است. بدین معنا که در تکوین جرم، عوامل مختلفی نقش دارند و رسالت پیشگیری اجتماعی، شناسایی و خنثی کردن این عوامل جرم زاست. بدون شک و به طور کلی، عوامل بسیاری در شکل گیری جرائم در بستر شبکه های اجتماعی مؤثرند. علل اقتصادی، فرهنگی، سیاسی و مشکلات روحی - روانی مثل افسردگی، عصبانیت، حسادت، انتقام جویی و غیره صرفاً بخشی از عوامل تحقّق این جرائم هستند. اکنون به بررسی چند مورد از علل بزهکاری در جرائم مرتبط با شبکه های اجتماعی می پردازیم.

۲-۱- ناآگاهی کاربران کودک و نوجوان از ساختار و کارکرد شبکه های

اجتماعی

سهل الوصول شدن استفاده از سایت های اینترنتی و عضویت در شبکه های اجتماعی موجب شده تا طیف گسترده ای از افراد به ویژه کودکان و نوجوانان بدون داشتن درک درست از واقعیات موجود در فضای غیر واقعی - فضای مجازی - و پیش از آن که به بلوغ جسمی و جنسی رسیده باشند بی محابا وارد این عرصه شوند، میدانی که نه ابعاد آن را به درستی می شناسند و نه از بازیگران آن اطلاعاتی دارند و نه قواعد بازی را می شناسند؛ با این اوصاف، تردیدی نیست که قطعاً از هر جهت، بازنده این میدان خواهند بود. از منظر یافته های جرم شناختی از آنجایی که شبکه های اجتماعی به واسطه برخی از ویژگی ها از قبیل سهولت دسترسی و احساس امنیت ناشی از گمنامی، زمینه حضور حداکثری کاربران به ویژه کودکان و نوجوانان را فراهم نموده است به تدریج باعث می شود الگوهای تبلیغ شده در فضای مجازی بر فضای حقیقی غلبه کند و حتی سبک زندگی و نحوه گفتار و پوشش کاربران را تحت تأثیر قرار دهد؛ چراکه رفتار مجرمانه همانند هر نوع رفتار دیگر در اثر تماس با اشخاص دیگر و در اثر فرایند رابطه، یاد گرفته می شود. نظریه معاشرت ترجیحی ادوین ساترلند مبین این موضوع است که افراد در همنشینی خویش با افراد جامعه، تعریف هایی را فرا می گیرند که گاه موافق و گاه مخالف رفتارهای کجروانه است. اگر تعریف هایی که کنش بزهکارانه را قابل قبول می نماید با پشتوانه ای قوی تر از تعریف هایی مخالف با رفتار کجروانه، به فرد القاء شود و فرد نیز در دفعات متعدد با این دسته تعاریف مواجه گردد احتمال این که فرد مرتکب کجروی شود بیشتر است. تئوری گابریل تارد نیز با تأیید این مطلب بر این فرض مبتنی است که تمام اعمال و افعال با اهمیت زندگی اجتماعی، تحت تأثیر مدل ها و نمونه ها می باشند و هر کسی بر طبق عادات و رسوم مورد قبول محیط خود رفتار می کند؛ اگر کسی دزدی می کند یا مرتکب بزه قتل می شود کاری جز تقلید از دیگران انجام نمی دهد (سلیمی، ۱۳۸۰: ۱۵).

در نتیجه، کاربران نوجوان شبکه های اجتماعی باید آموزش های لازم را ببینند تا ارتباطات آنلاین خود را محدود به افرادی کنند که نسبت به آنها شناخت دارند تا

خواسته یا ناخواسته در باتلاق جرائم شبکه های اجتماعی غرق نشوند. متأسفانه کودکانی که اطلاعات شخصی خود را در اختیار افراد ناشناس قرار می دهند این احتمال متصور است که رابطه مجازی آنها به شکل فیزیکی نیز ادامه یابد و منجر به بزهکاری و حتی در مواردی بزه دیدگی آنها شود. بنابراین می توان گفت در حال حاضر، کودکان و نوجوانان به شدت در معرض مخاطرات شبکه های اجتماعی قرار دارند و رفتارهای پر خطر آنها در این فضا، ضریب بزهکاری و بزه دیدگی آنها را به شدت افزایش داده است. به عنوان مثال، بسیاری از کاربران کم سن و سال شبکه های اجتماعی تلگرام و اینستاگرام - که بیشترین اقبال را در میان کاربران ایرانی دارند - از برخی قابلیت های این شبکه ها اطلاع ندارند که این امر باعث می شود بزهکاران فرصت طلب به راحتی وارد حریم خصوصی آنها شوند و مجال سوء استفاده برایشان مهیا شود.

خلاصه آن که شبکه های اجتماعی، کاربران کم سن و سال را در معرض حجم عظیمی از اطلاعات مختلف قرار می دهند که مسلماً بخشی از آنها به دلیل عدم تناسب با رشد سنی و عقلی و میزان دانش کودکان و نوجوانان می تواند آثار زیانباری به همراه داشته باشد؛ از اینرو آموزش مهارت های لازم به کودکان و والدین آنها در جهت حضور مطلوب این قشر آسیب پذیر در بستر شبکه های اجتماعی، ضرورتی اجتناب ناپذیر است.

۲-۲- فقر اطلاعاتی والدین نسبت به فضای مجازی

با توجه به اختلاف سنی و شرایط متفاوت دوران رشد و تفاوت های فاحش ارزشی حاکم بر دنیای والدین با فرزندانشان، بسیاری از والدین از آسیب ها و فرصت های شبکه های اجتماعی غافل اند؛ لذا قادر به مدیریت و درک درست رفتارهای فرزندان خود نمی باشند که این عامل باعث تشدید آسیب پذیری فرزندان می شود. ایجاد ممنوعیت مطلق برای کودکان و نوجوانان در استفاده از اینترنت و شبکه های اجتماعی بدون شک راهکار درست و منطقی محسوب نمی شود؛ به این دلیل که از یک سو، منع کودکان در انجام هر کاری می تواند اثرات منفی نظیر خشم و لجاجت آنها را به همراه داشته

باشد. از سوی دیگر، شبکه‌های اجتماعی، مزایای گسترده‌ای دارند به حدی که امروزه، آموزش و پرورش نیز برای سهولت در انجام امور آموزشی خود از امکانات این شبکه‌ها بهره می‌برد؛ لذا ایجاد ممنوعیت مطلق، صرفاً پاک کردن صورت مسأله است. بنابراین باید فعلاً نه وارد عرصه شده و با برگزاری جلسات و کارگاه‌های آموزشی در زمینه اطلاع‌رسانی به والدین، آنها را با فرصت‌ها و تهدیدات شبکه‌های اجتماعی آشنا نمود.

۲-۳- جهل کاربران نوجوان نسبت به قوانین فضای مجازی

با توجه به نوپا بودن شبکه‌های اجتماعی، اکثر کاربران علی‌الخصوص کاربران کم‌سن و سال، نسبت به قوانین حاکم بر این فضا، جاهل و بیگانه‌اند و به جهت عدم اطلاع کافی از حقوق خود، بیشتر در معرض آسیب هستند. با توجه به آن که هنجارها و قوانین فضای مجازی بر مبنای ویژگی‌های خاص و منحصر به فرد این فضا، وضع شده‌اند و معمولاً برای آنها در دنیای فیزیکی، مشابهی وجود ندارد چنان‌چه کاربران توجیه نشوند برخورد با قانون شکنی آنها حتی در سنینی که از مسئولیت کیفری برخوردار هستند نیز با ایرادات جدی مواجه خواهد بود.

۲-۴- نظارت ناپذیری شبکه‌های اجتماعی غیر بومی

عموم کاربران شبکه‌های اجتماعی در خلأ ناشی از عدم امکان نظارت، قادرند هر نوع عکس یا ویدئویی را برای دیگران ارسال کنند و حتی در نمایه خود، هر نوع عکسی را قرار دهند. مشکل اصلی این است که شناسایی و احراز هویت مجرم به دلیل آن که پردازنده مرکزی شبکه‌های اجتماعی غیر بومی در داخل کشور وجود ندارد بسیار سخت و بعضاً به دلیل استفاده از خطوط مسروقه یا مجازی، غیر ممکن می‌باشد. براساس شواهد موجود، برخی از کاربران حرفه‌ای به ویژه مرتکبان جرائم جنسی برای حفظ آبرو و به دلیل ترس از تعقیب کیفری با ارائه‌ی هویت جعلی و ایجاد رایانامه به نام دیگری، عضو شبکه‌های اجتماعی مختلف می‌شوند و از خلأ نظارت ناپذیری شبکه‌های اجتماعی برای تحقق اهداف جنسی خود در این عالم مشوش مجازی سوء استفاده می‌کنند. شاید علت اصلی این ناهنجاری ناشی از این باشد که فضای مجازی با

ناشناختگی اعطائی به کاربران و به دلیل نبود ملاقات چهره به چهره، محدودیت های عالم واقعی را برای ابراز تمایلات سوء، از میان برده است. بنابر این فقدان راهبردهای کنش مدارانه و پیشگیرنده در این بستر، موجب می شود زمینه بزهکاری در این شبکه ها به ویژه در مورد کاربران کم سن و سال به نحو روزافزونی گسترش یابد.

۳- اقسام تدابیر پیشگیری رشد مدار از جرائم مرتبط با شبکه های اجتماعی

پیشگیری اجتماعی رشد مدار که پیشگیری زودرس نیز گفته می شود به دنبال آن است تا با شناسایی عوامل خطر، تقویت عوامل حمایتی و مداخله زودرس، از پایداری افراد در بزهکاری جلوگیری کند. به بیان دیگر، پیشگیری اجتماعی رشد مدار می کوشد تا با بکارگیری اقدامات مناسب روان شناختی - اجتماعی زود هنگام از تداوم و استقرار رفتارهای مجرمانه در افراد ممانعت کند. این اقدامات باید پیش از بروز و در آستانه اختلاف های احتمالی معمول، جلوی عوامل خطری که کودکان در معرض آن هستند بگیرد (یو، ۱۳۸۱: ۲۷۱). همانگونه که آموزه های دینی تأکید دارند و علمای جرم شناسی نیز تصدیق می کنند شخصیت انسان از بدو تولد و حتی قبل از آن، شکل می گیرد و به هر میزان که در این دوران، در خصوص سلامت روانی و شخصیتی اطفال، فعالیت شود به مراتب کارآمدتر و مطلوب تر از مداخله ی کیفری در سال های بعد خواهد بود. اگر کودکان در این سنین به جای تحصیل، به کار مشغول شوند امکان وقوع جرم و ناهنجاری ها از سوی آنها در آینده بسیار محتمل خواهد بود (مهودی، ۱۳۹۵: ۸۹۶-۹۱۳). در ادامه به بررسی راهکارهای پیشگیری رشد مدار از جرائم مرتبط با شبکه های اجتماعی می پردازیم.

۳-۱- ارتقای مهارت های مشارکت در دنیای مجازی

مهارت های اساسی زندگی عبارت است از مهارت های مختلف کلامی و رفتاری که افراد را قادر به تعامل و کنش و واکنش مناسب با سایر اعضای جامعه در شرایط مختلف می نماید. مهارت هایی مانند مهارت حل مسئله، مهارت مذاکره، مهارت رفع

نیازهای زندگی، مهارت مدیریت هیجان و عواطف، مهارت مدیریت خشم و مهارت مشارکت در دنیای مجازی که از ضروریات زندگی در جوامع پیشرفته و پیچیده به شمار می‌روند (محمد نسل، ۱۳۸۰: ۹۷).

متأسفانه در جامعه‌ی امروز ما بسیاری از افراد علی‌الخصوص کودکان و نوجوانان از خلأهای احساسی و عاطفی رنج می‌برند که به واکنش‌های غیر قابل پیش‌بینی در آنها منجر می‌شود. سیستم‌های مددکاری اجتماعی به این خلأها نمی‌پردازند و مهارت‌های زندگی آموزش داده نمی‌شود. در نتیجه، افراد در مواجهه با مشکلات و پدیده‌های اجتماعی بدون پشتیبان مانده و دچار بحران می‌شوند. در کشورهای توسعه‌یافته، سیستم‌های مددکاری در خانه و مدرسه نفوذ دارند و حتی در برخی موارد از سیستم‌های امنیتی هم قوی‌تر کار می‌کنند؛ مثلاً به محض تولد کودک، ریزترین اطلاعات مربوط به وی ثبت می‌شود و وضعیت و موقعیتش دائماً تحت کنترل قرار می‌گیرد. در مدارس نیز مددکاران به مجرد مواجهه با مشکل در خصوص کودکان و نوجوانان با والدین آن‌ها تماس می‌گیرند و سعی می‌کنند نحوه رفتار درست با این قشر را به والدین بیاموزند (نیکبخت، ۱۳۹۳: ۱۵۳-۱۵۴).

۳-۲- مهارت اجتناب از خطر

به طور کلی، فراگیری این مهارت، افراد را قادر می‌سازد در برابر وضعیت‌های پرخطر کجروی، بهترین و منطقی‌ترین واکنش‌ها را از خود بروز دهند. فرض کنید در یک خیابان شلوغ در حال پارک اتومبیل خود در محل مناسبی هستید؛ در همین حین، راننده دیگری با سرعت عمل بیشتر، محل پارک شما را تصاحب می‌کند و اتومبیل خودش را زودتر از شما در آنجا پارک می‌کند و قصد ترک محل را دارد. معمولاً همه ما در چنین مواردی درباره نوع واکنشی که باید نشان دهیم دچار سردرگمی می‌شویم؛ مردد می‌شویم آیا گذشت کردن و جستجو برای یافتن جای پارک دیگر بهتر است یا اعتراض به راننده بی‌ملاحظه و وادار کردن وی به خارج کردن ماشین از محل؟ تجربه نشان داده است افراد محروم از این مهارت‌ها غالباً از استیفای حقوق خود ناتوان هستند

و ناچار می شوند در این شرایط خاص، هزینه های زیادی را برای رفع و رجوع اشتباهات رفتاری خود پردازند؛ چراکه فرد خشمگینی که به جای صحبت و مذاکره و طرح خواسته خود از طرف مقابل، متوسل به خشونت می شود و گاهی این اشتباه به بهای نابودی زندگی خودش یا دیگران تمام می شود.

در فضای مجازی و در بستر شبکه های اجتماعی، مجموعه ای از راهکارهای مربوط به نحوه فعالیت برخط و جود دارد که مبانی نظری آن، مسئولیت پذیر کردن کودکان در برابر محتوایی است که ایجاد می کنند و رفتاری که بروز می دهند؛ کودکان یاد می گیرند در برابر مسائل مختلفی که ممکن است در فضای سایبر تجربه کنند، گزینه های شایسته ای داشته باشند و به این ترتیب با مهارت های استفاده صحیح از فضا مجازی آشنا شوند. البته باید در جهت مؤثر واقع شدن این خط مشی ها، در موارد نقض عمدی، واکنش های و ضمانت اجراهای متناسبی اعمال کرد؛ مانند محرومیت از اینترنت، تماس با والدین دانش آموز و غیره. اما در موارد نقض غیر عمدی و تصادفی باید به عنوان فرصتی برای آموزش کاربران در خصوص شیوه اجتناب آنها در مواجهه با مسائل مشابه در آینده، استفاده نمود.

۳-۳- مهارت ارتباط با همسالان

کودکان در جریان تعامل با دیگران، ارزش ها، رفتارها و باورهایی را که به عضویت آنها در جامعه کمک می کند فرا می گیرند. بنابراین آموختن مهارت چگونگی ارتباط با همسالان از بسیاری خشونت ها و جرائم بعدی پیشگیری می کند. کودکان با درک تفاوت میان رفتارهای مثبت و منفی در دوستی ها، در تعاملات اجتماعی خویش آگاهانه تر عمل خواهند کرد. بسیاری از آنها فاقد مهارت های لازم برای دوست یابی و حفظ دوستی ها هستند که به نظر می رسد اگر در دوران کودکی، آموزش ببینند می توانند روابطشان را بهبود بخشند و از رشد اجتماعی خود نتیجه بهتری بگیرند. نیاز کودکان به برتری یافتن بر یکدیگر می تواند به رقابت ناسالم منجر شود؛ بسیاری از کودکان با تمسخر یکدیگر، بدجنسی می کنند و به همین جهت، به راحتی اختلاف پیدا می کنند؛

چراکه همسالان به آنها فشار زیادی وارد می‌کنند تا مرتکب رفتارهای نادرست شوند، لذا جنجال میان دوستان، امر شایعی است (ورنون، ۱۳۹۳: ۶۵-۶۷).

از سوی دیگر، علاوه بر والدین و مربیان از دیگر عوامل مهمی که می‌تواند در شکل‌گیری شخصیت کودکان در استفاده از فضای مجازی نقش مهمی ایفاء کند، فرزندان یا اطرافیان بزرگ‌تر از آنها هستند. البته سپردن مسئولیت به این همسالان برای خود آنها نیز مفید خواهد بود، زیرا برای حفظ وجهه خود در برابر کوچک‌ترها، سعی می‌کنند مرتکب رفتار ناشایست نشوند؛ چراکه به خوبی می‌دانند کوچک‌ترها رفتارشان را تعقیب کرده و منتظر تقلید هستند. شواهد نشان داده است بکارگیری این گروه در کنترل بزه و دیگر انحرافات اخلاقی و اجتماعی کودکان مفید بوده است؛ به همین جهت به نظر نمی‌رسد در هدایت فعالیت‌های برخط کوچک‌ترها نتیجه‌مغایری حادث شود؛ در حقیقت این دسته از افراد که می‌توانند دانش آموزان، همسایگان یا بهتر از همه، خواهرها و برادرهای بزرگ‌تر باشند؛ علاوه بر آن که به کوچک‌ترها نحوه استفاده صحیح از فضای مجازی را می‌آموزند، مراقب اشتباهات آنها نیز خواهند بود و چنان چه آموزش ببینند، می‌توانند با تذکرات صحیح از ارتکاب مجدد خطا، جلوگیری کنند.

۳-۴- مهارت اجتناب از رفتارهای فردی زمینه‌ساز جرم

مطالعات جرم‌شناختی نشان می‌دهد که در بسیاری از مواقع، رفتار عمدی یا سهوی افراد موجبات تسهیل در بزه‌کاری و بزه‌دیدگی آنها را فراهم می‌کند. دوری از خانواده و پناه بردن به افراد ناشناس، ارتباطات نامتعارف با افراد نامحرم در محیط‌های کاری، معاشرت با همسالان منحرف و مجرم، حضور در محافل تدخین مواد مخدر و بسیاری از موارد دیگر از مصادیق رفتارهایی هستند که عاملین آنها را در معرض درگیر شدن در جرم یا انحراف قرار می‌دهد. بسیاری از افراد با این تصور که قدرت کنترل وضعیّت را دارند خود را در وضعیت‌های پیش‌جنایی یا پرخطر قرار می‌دهند غافل از آن که ممکن است اوضاع از کنترل آنها خارج شود و مورد سوء رفتار قرار گیرند. مشکل وقتی جدی‌تر می‌شود که این رفتارها به تدریج در اثر تکرار، مبدل به عادت و فرهنگ شود

که در آن صورت، جایگزین کردن آنها با رفتارهای صحیح بسیار دشوار خواهد بود. شناخت و اجتناب از این رفتارها موجب آسایش فرد و جامعه و کاهش آمار ارتکاب جرم خواهد بود (محمد نسل، ۱۳۸۰: ۹۷-۹۸).

تردیدی نیست اگر تمامی پیش بینی ها در خصوص عدم مواجهه کودکان با مسائل بی پرده جنسی در فضای مجازی در نظر گرفته شود باز هم صد در صد نتیجه بخش نیست و این امکان وجود دارد که کودکان به گونه های مختلف با این مسائل مواجه شوند؛ بنابراین باید با اتخاذ تدابیری، آثار نامطلوب مواجهه با این موارد را به حداقل رساند. آموزش مهارت مواجهه با این وضعیت ها به کودک، می تواند به عنوان یک راهبرد مناسب بکار گرفته شود تا به هنگام رویارویی، آنها را گزارش کند و از والدین و مربیان کمک بخواهد؛ البته والدین نباید کودکی را که از آنها استمداد کرده، مجازات کنند زیرا واکنش های نابجا می تواند آثار معکوس و عواقب نابهنجاری به دنبال داشته باشد. باید فضا به گونه ای باشد که کودکان، مسائل مبتلا به دنیای مجازی خود را آرام و آزاد - نه با اضطراب تنبیه و مجازات - مطرح کنند.

۳-۵- برگزاری کارگاه های آموزشی برای والدین

شواهد نشان می دهد خانواده های دارای خرده فرهنگ های بزهکارانه یا خانواده های برخوردار از سوابق سوء جرم و انحراف یا خانواده هایی که پرخاشگری در آنها نهادینه شده، معدنی از عوامل خطر هستند که بیش از همه، اعضای خانواده به ویژه کودکان را در معرض آسیب و انحراف قرار می دهند. از اهداف برنامه های پیشگیری رشدمدار، شکوفایی محبت متقابل میان والدین و فرزندان از طریق افزایش هم بستگی خانوادگی، آموزش والدین در خصوص چگونگی رشد و پیشرفت طفل، آموختن نگرش مسئولیت پذیری در قبال فرزندان و نیز چگونگی ارتباط درست با فرزندان و غیره می باشد. بدین منظور در پژوهش های انجام شده، مددکاران اجتماعی به عنوان مشاور به منازل رفته و مهارت های اجتماعی را آموزش داده اند. در یک پروژه صورت گرفته در شهر مونتreal در میان مادران ۱۸ یا ۱۹ ساله ای که به لحاظ ناخواسته بودن

حاملگی، آماده ایفای وظایف مادری نبودند مددکار اجتماعی هفته ای یکبار نزد آنها رفت و با شنیدن مشکلات آنها، چگونگی رفتار و بازی با کودک را آموزش داد. همچنین به والدین آموزش داده می شد که برای تربیت و پرورش صحیح طفل، ضمانت اجرای مناسب در نظر بگیرند. این پروژه درمانی برای یک گروه ۱۲ نفری از والدین به مدت ۱۳ هفته و هر هفته ۲ ساعت صورت گرفت. این تحقیق، تجربه بسیار موفقی تلقی شده و کارآیی پیشگیری رشد مدار را نمایان کرده است.

در پروژه دیگری در مونترال، برنامه این بود که بچه ها خود را کنترل کرده، هیجانانگیز و احساسات خود را شناسایی و اختلافات را حل کنند. برای انجام این مهم، از یک سو والدین برای روش های ایفای مهارت های اجتماعی آموزش می دیدند و از سوی دیگر، اطفال در قالب تشکیل جلسات، نقش های اجتماعی را به تدریج فرا می گرفتند. هدف این بود که اطفال بتوانند به عوامل محیطی پاسخ مناسب بدهند و این پاسخ صورت بگیرد تا منجر به ارتکاب جرم نشود. در خصوص یادگیری مهارت ها این اهداف مدنظر بود: اقدامات تنبیهی باید بتواند رفتارهای ضد اجتماعی را برای افراد مشخص کند؛ معاشرت با اطفال دیگر به آنها اجازه الگوبرداری بدهد؛ ترس و اضطراب اطفال درمان شود و در نهایت به فرد قدرت گفتگو را آموزش می دهند. بدین منظور گارگاه هایی ۴ تا ۷ نفره تشکیل شد و دو مددکار اجتماعی رهبری این گروه ها را بر عهده گرفتند و مفاهیم مورد نظر را از طریق پخش فیلم و اجرای تئاتر با مشارکت اطفال مشکل دار و بی مشکل آموزش دادند. نتایج این پروژه نیز بسیار خوب ارزیابی شده است (بابایی، ۱۳۸۹: ۲۸۳-۲۸۴).

نتیجه آن که از آنجایی که اولین محیطی که توجه متصدیان پیشگیری رشد مدار را به خود جلب می کند، خانواده و به تبع آن والدین هستند؛ چنان چه بتوانیم با برگزاری کارگاه های مهارت افزایی، توصیه ها و آموزش های را به والدین منتقل کرده و آنها را با خطرات و همچنین کارکردها، مزایا و معایب فضای مجازی و شبکه های اجتماعی بیشتر آشنا کنیم به ثمر بخشی اهداف تدابیر رشد مدار نزدیک خواهیم شد. به عنوان

مثال، والدین پس از برگزاری کارگاه های آموزشی باید بتوانند مهارت های زیر را به فرزندان خود آموزش دهند:

۱. ایجاد حسّ مسئولیت پذیری و توانایی انتخاب گزینه های سالم به هنگام استفاده از فضای سایبر (فراگیری نحوه استفاده صحیح و بهینه از فضای مجازی).
۲. تصمیم گیری بجا و مناسب درباره محتوایی که قرار است مشاهده کنند و آموزش نحوه رویارویی با محتوای نامناسبی که ممکن است مشاهده کنند در جهت کاهش عواقب سوء آن.

۳-۶- استفاده از ظرفیت رسانه های عمومی برای آموزش کودکان

از آنجایی که بسیاری از والدین و مربیان درباره ضرورت سلامت اینترنت یا ماهیت و میزان خطرات آن، اطلاعات کافی در اختیار ندارند، استفاده از ظرفیت رسانه ها به ویژه رسانه ملی در این خصوص می تواند بسیار مؤثر و راهگشا باشد. این فرایند آموزشی می تواند به کودکان یاد دهد برای عدم مواجهه با موقعیت های ناامن چه کارهایی انجام بدهند یا انجام ندهند؛ همچنین در رسانه ملی مهارت های مختلف از قبیل مهارت های تفکر و قضاوت، به والدین و مربیان و سایر افرادی که می خواهند شیوه های مقابله با خطرات زندگی را به کودکان بیاموزند آموزش داده شود تا به هنگام مواجهه با خطرات، دچار سردرگمی نشوند. البته برنامه های رسانه های عمومی نمی تواند موضوعات پیچیده آموزشی را ارائه کنند؛ این برنامه ها برای انعکاس پیام های نسبتاً ساده مناسب هستند. به عنوان مثال، در ایالات متحده آمریکا در اواخر دهه ۱۹۸۰ یک برنامه تبلیغاتی گسترده با هدف آگاه سازی عمومی اعلام داشت: «ساعت ده شب است آیا می دانید فرزندانان کجاست؟» به این ترتیب برنامه های مشابهی از سوی رسانه ها با موضوع سلامت اینترنت می تواند پیام های اینچنینی منعکس کند:

«فعالیت های برخط امروز فرزندان چه بوده است؟»

شما هم می توانید یاد بگیرید چگونه از فرزندان در اینترنت محافظت کنید

آیا به خودتان اجازه می دهید یک غریبه در اتاق خواب فرزندان باشد.»

پیام اخیر برای ترغیب مردم به قرار دادن کامپیوتر در قسمت عمومی منزل می‌تواند مؤثر باشد.

لازم به ذکر است نشریات الکترونیکی و حتی شبکه‌های اجتماعی نیز می‌توانند نقش سازنده‌ای را در این مسیر ایفاء کنند به این شکل که فهرست جامعی از سایت‌های آموزشی را در قالب برنامه‌های آموزنده در اختیار مخاطبان قرار دهند.

۴- تحلیل و بررسی پرونده‌های قضایی با رویکرد پیشگیری رشد مدار از جرائم مرتبط با شبکه‌های اجتماعی

۴-۱- پرونده قضایی شماره ۱

در تاریخ ۲۲ خردادماه ۱۳۹۸ طبق گزارش پلیس فضای تبادل و تولید اطلاعات، با رصد و پایش فضای مجازی که توسط کارشناسان این پلیس در بستر شبکه اجتماعی اینستاگرام انجام می‌شود، صفحه‌ای با بیش از ۲۶۴۰ دنبال‌کننده شناسایی می‌شود که گرداننده آن، با عضوگیری در این صفحه، اقدام به انتشار مطالبی مجرمانه شامل توهین به امام زمان (عج) و امام خمینی (ره) و مقام معظم رهبری، انتشار محتویات مبتذل و مستهجن، فعالیت تبلیغی علیه نظام جمهوری اسلامی و تحریک مردم به انجام اقدامات اعتراضی و خرابکارانه و غیره می‌نماید. پس از گزارش موضوع به دادستانی، مراتب به شعبه دادرسی در جهت رسیدگی ارجاع می‌شود. با دستور دادرسی، مشخصات مالک خط تلفن همراه متصل به حساب کاربری از مخابرات استعلام می‌شود. از آنجایی که متهم در آدرس اعلامی از سوی مخابرات شناسایی نمی‌شود و دستگیری وی در آدرس مذکور به نتیجه نمی‌رسد با تحقیقات محلی، مشخص می‌شود متهم در هتلی در شهرستان دیگری مشغول آشپزی می‌باشد. از سوی شعبه دادرسی، نیابت قضایی به شهرستان محل کار متهم اعطاء می‌شود و متهم، دستگیر و ادله دیجیتال وی توقیف می‌شود. متهم که ۱۷ ساله می‌باشد در جلسه بازجویی بیان می‌کند که تحت تأثیر شبکه‌های ماهواره‌ای- بی بی سی و من و تو- و با توجه به وضعیت اقتصادی نابسامان و همچنین بیکاری و گرانی، کلیه مطالب داخل صفحه اینستاگرامی خودش را از کانال‌ها

و صفحات دیگر کپی کرده و به اشتراک گذاشته است و مدعی می شود از عواقب قانونی این اقدامات، بی خبر بوده است و به هیچ عنوان قصد براندازی نظام و توهین به مقدّسات را نداشته است. در بررسی سوابق کیفری متهم، مشخص می شود که فاقد سابقه کیفری می باشد. بازپرس پرونده در تاریخ ۱۶ آبان ۹۸ قرار جلب به دادرسی متهم را به اتهامات انتشار محتویات مستهجن در سامانه های مخابراتی (شبکه اجتماعی اینستاگرام) و انجام فعالیت تبلیغی علیه نظام جمهوری اسلامی ایران و همچنین قرار منع تعقیب متهم را از اتهامات نشر اکاذیب رایانه ای و توهین به مقدّسات و رهبری به دلیل عدم کفایت ادله اثباتی صادر می نماید که پس از موافقت دادستان با قرارهای صادره، از آنجایی که رسیدگی به اتهام انتشار محتویات مستهجن در صلاحیت دادگاه کیفری ۲ می باشد و رسیدگی به اتهام فعالیت تبلیغی علیه نظام در صلاحیت دادگاه انقلاب می باشد، دادستان در قالب دو فقره کیفرخواست، مجازات متهم را به استناد ماده ۷۴۲ قانون مجازات اسلامی (ماده ۱۴ قانون جرائم رایانه ای) از رئیس دادگاه کیفری دو و به استناد ماده ۵۰۰ قانون مجازات اسلامی - بخش تعزیرات - از دادگاه انقلاب تقاضا می کند. پس از تشکیل جلسه دادرسی و قبول اتهام متهم از سوی وی در دادگاه کیفری، حسب دادنامه مورخ ۲۴ دیماه ۹۸ رئیس شعبه ۱۰۱ دادگاه کیفری ۲ بزهداری متهم را محرز و عمل ارتكابی وی را منطبق با ماده ۷۴۲ تشخیص داده است و متهم را به پرداخت چهل میلیون ریال جزای نقدی محکوم نموده است. پس از ابلاغ دادنامه به محکوم علیه، نامبرده به استناد ماده ۴۴۲ قانون آئین دادرسی کیفری مراتب عدم اعتراض و تقاضای تخفیف خود را به دادگاه اعلام می کند که دادگاه مستنداً به ماده فوق الذکر، یک چهارم از مجازات را تقلیل می دهد و با توجه به قطعیت دادنامه نسبت به ارسال پرونده به واحد اجرای احکام کیفری دادسرا اقدام می کند و محکوم علیه سه میلیون تومان جریمه را می پردازد و پرونده اجرای احکام کیفری محتومه می شود. همچنین پس از تشکیل جلسه دادرسی و قبول اتهامات متهم از سوی وی در دادگاه انقلاب، حسب دادنامه مورخ ۲۴ دیماه ۹۸ رئیس دادگاه انقلاب، بزهداری متهم را محرز و عمل ارتكابی وی را

منطبق با ماده ۵۰۰ قانون مجازات اسلامی تشخیص داده و متهم را به تحمل یک سال حبس تعزیری محکوم می‌نماید ولی در اجرای ماده ۴۶ قانون مذکور حبس وی را به مدت سه سال معلق می‌نماید و در ذیل دادنامه ذکر می‌شود چنان چه محکوم علیه در ایام سه ساله تعلیق، مرتکب بزه‌های مندرج در ماده ۵۴ قانون مجازات اسلامی شود حکم معلق، لغو و به اجرا گذاشته خواهد شد. پرونده با ثبت محکومیت تعلیقی در واحد سجل کیفری دادسرا مختومه می‌شود.

تحلیل پرونده: انگیزه اولیه متهم فوق، سیاسی بوده است و البته به دلیل فضای مسموم شبکه اجتماعی غیر بومی اینستاگرام و مجرد بودن وی، نامبرده با انگیزه غیر اخلاقی و جذب عضو بیشتر، مبادرت به انتشار محتویات مستهجن در صفحه خود نیز نموده است. با توجه به مطالب عنوان شده از سوی متهم در جلسه بازجویی مبنی بر این که تحت تأثیر شبکه‌های ماهواره‌ای - بی بی سی و من و تو - و با توجه به وضعیت اقتصادی نابسامان و همچنین بیکاری و گرانی، کلیه مطالب داخل صفحه اینستاگرامی خودش را از کانال‌ها و صفحات دیگر کپی کرده و به اشتراک گذاشته است و مدعی شده از عواقب قانونی این اقدامات، بی‌خبر بوده است و به هیچ عنوان قصد براندازی نظام و توهین به مقدسات را نداشته است لذا به نظر می‌رسد برای از بین بردن انگیزه چنین متهمانی، تدابیر پیشگیری اجتماعی جامعه مدار شامل آموزش‌های مذهبی برای نهادینه کردن اخلاق سایبری و همچنین ارتقای سواد رسانه‌ای با توجه به آن که متهم بارها عنوان داشته که فریب رسانه‌های معاند را خورده است، الزامی است. ضمناً فعال سازی سمن‌هایی که دغدغه حفظ ارزش‌های نظام و انقلاب را دارند برای انعکاس دستاوردهای انقلاب اسلامی برای نسل جوان، در این مسیر می‌تواند بسیار راهگشا باشد. بدیهی است که اقتصاد سالم و پویا و ثبات قیمت‌ها و کنترل تورم و ایجاد اشتغال و فراهم کردن تسهیلات ازدواج جوانان، در خشکاندن ریشه‌های این قسم از جرائم، نقش غیر قابل انکاری ایفاء می‌کنند.

لازم به توضیح است که اقدام دادگاه انقلاب در اعمال تعلیق مجازات حبس محکوم علیه به دلیل آن که بند الف ماده ۴۷ قانون مجازات اسلامی جرائم علیه امنیت داخلی و خارجی را از مستثنیات تعویق و تعلیق دانسته است خلاف نص صریح قانون می باشد و چنان چه دادگاه، اراده ای برای کمک به محکوم علیه داشت می توانست به لحاظ ندامت و فقدان سابقه کیفری، در راستای ماده ۳۷ قانون مجازات اسلامی، مجازات وی را تخفیف دهد.

نکته لازم به ذکر این است که متأسفانه به دلیل تراکم بالای کاری قضات دادرها و محاکم و عدم تخصص غالب قضات در موضوعات جرم شناسی و همچنین محدودیت های پژوهشگران در دسترسی به این پرونده ها، هیچگاه به درستی ابعاد مختلف این جرائم مورد کنکاش واقع نمی شود و هر روز بر دامنه این بزه ها و بزهکاری ها افزوده می شود.

۴-۲- پرونده قضایی شماره ۲

در تاریخ ۲۹ فروردین ۱۳۹۷ حسب گزارش پلیس فتا، کانال و گروه تلگرامی با محتوای غیر اخلاقی شناسایی می شود. با بررسی های انجام شده مشخص می شود شخص مؤثقی به هویت ...، مالک خط تلفن همراهی است که ایجاد کننده این کانال و گروه می باشد. با احضار وی توسط بازپرس، مشخص می شود که خط مذکور در اختیار فرزندش به نام امیرحسین می باشد. امیرحسین که ۱۷ ساله می باشد ضمن اقرار به جرم ارتكابی در محضر بازپرس، بیان می کند که کانال وی ۱۳۸۰ عضو و گروه تشکیل شده توسط وی بیش از ۵۱۰۰ عضو دارد که البته می گوید تعداد واقعی اعضاء بسیار پائین تر از این ارقام هستند. او مدعی می شود هدفش از تشکیل این گروه و کانال، کسب درآمد از راه تبلیغات در این فضا بوده است اما به توصیه دوستانش برای جذب اعضاء بیشتر، به انتشار مضامین غیر اخلاقی روی آورده است و اظهار می کند که نمی دانسته که این کارش، جرم تلقی می شود. با توجه به سن بزهکار و عجز خانواده از انتخاب و کیل، وفق ماده ۴۱۵ قانون آئین دادرسی کیفری، از طریق قانون و کلا برای متهم و کیل تسخیری

گرفته می‌شود. وکیل متهم در لایحه خود در مقام دفاع از موکلش به جهل وی به جرم بودن فعل ارتكابی استناد می‌کند و به دلیل سن بزهکار، تقاضای صدور قرار منع تعقیب برای متهم می‌نماید. بازپرس پرونده در تاریخ ۲۲ مهرماه ۹۷ قرار جلب به دادرسی متهم را به اتهام انتشار محتویات مبتذل و مستهجن از طریق شبکه اجتماعی تلگرام صادر می‌نماید که پس از موافقت دادستان با قرار صادره، دادستان در قالب کیفرخواست، مجازات متهم را به استناد ماده ۷۴۲ قانون مجازات اسلامی (ماده ۱۴ قانون جرائم رایانه ای) از رئیس دادگاه کیفری دو تقاضا می‌کند. پس از تشکیل جلسه دادرسی و قبول اتهام از سوی متهم و وکیل وی در دادگاه، حسب دادنامه مورخ ۵ آذرماه ۹۷ رئیس شعبه ۱۰۶ دادگاه کیفری ۲ بزهکاری متهم را محرز و عمل ارتكابی وی را منطبق با ماده ۷۴۲ تشخیص داده است و متهم را با لحاظ سن وی با رعایت بند «ت» از ماده ۸۹ قانون مجازات اسلامی به پرداخت مبلغ سه میلیون ریال جزای نقدی محکوم نموده است که به دلیل عدم اعتراض به دادنامه صادره، پس از قطعیت دادنامه و ارسال پرونده به واحد اجرای احکام کیفری دادرسی، محکوم علیه با اعمال تخفیف ۲۰ درصدی از سوی واحد اجرای احکام به لحاظ پرداخت جریمه در فرجه ده روزه، ۲۴۰ هزار تومان جریمه را می‌پردازد و پرونده مختومه می‌شود.

تحلیل پرونده: انگیزه متهم فوق، غیر اخلاقی و البته بنابر ادعای خودش مالی بوده است. با توجه به آن که متهم در سن نوجوانی مرتکب جرم مذکور شده است به نظر می‌رسد برای از بین بردن انگیزه چنین متهمانی، تدابیر پیشگیری اجتماعی رشد مدار شامل ارتقای مهارت های مشارکت در دنیای مجازی از جمله مهارت ارتباط با همسالان - با توجه به اظهارات وی که به توصیه دوستانش، محتوای مستهجن را در کانال و گروه تلگرامی خودش منتشر می‌کرده است - توصیه می‌شود. بدون شک، توجه جدی به نقش سرمایه اجتماعی خانواده، مدرسه و محلّه در تربیت قشر کودک و نوجوان می‌تواند از ورود آنها به مهلکه بزهکاری، جلوگیری کند.

علت شناسی بزهکاری این متهم، مبین این مطلب است که ناآگاهی مرتکب، نسبت به قوانین فضای مجازی و فقر اطلاعاتی والدین او نسبت به کارکرد شبکه های اجتماعی از علل ارتکاب بزه از سوی او بوده است. لازم به توضیح است با توجه به الزام دادسرا به تشکیل پرونده شخصیت در جرائم اطفال و نوجوانان، به استناد مواد ۲۰۳ و ۲۸۶ قانون آیین دادرسی کیفری برای این متهم با دستور بازپرس، پرونده شخصیت تشکیل شده است و مشخص شده که پدر متهم فوت کرده است و متهم با مادرش زندگی می کند و همین موضوع در تعیین میزان مجازات وی مؤثر بوده است. البته بهتر بود دادگاه محترم با استفاده از نهادهای قانون مجازات اسلامی از قبیل مجازات های تکمیلی و تبعی موضوع ماده ۲۳ قانون مذکور یا تعویق مراقبتی موضوع ماده ۴۰ تکالیف نظارتی را برای محکوم علیه مقرر می کرد.

متأسفانه در جامعه امروزی بعضاً موضعی انفعالی از سوی برخی مسئولین و مردم در قبال آسیب های روزافزون شبکه های اجتماعی گرفته شده است در حالی که با بکارگیری همه ظرفیت های موجود می توان قشر نوجوان را از افتادن در این دام ها رهایی داد؛ برگزاری کارگاه های آموزشی برای والدین و استفاده از ظرفیت رسانه های عمومی برای آموزش نسل در حال رشد می تواند نتایج بسیار مطلوبی را در پیشگیری از این جرائم، به ارمغان آورد.

نتیجه گیری

همان گونه که بیان شد آسیب شناسی معضلات اجتماعی در کشور ما در سنوات اخیر نشان می دهد که پدیده نوین شبکه های اجتماعی بر امنیت فردی، خانوادگی و اجتماعی، تأثیرات غیر قابل انکاری داشته است به نحوی که حتی در مقوله بنیان خانواده می توان گفت که لبه تیز تیغ شبکه های اجتماعی در حال نزدیک شدن به ریشه خانواده ایرانی است. با مدافعه در پرونده های کیفری محاکم و دادسراها در چند سال اخیر، به وضوح، تأثیرات مستقیم و غیر مستقیم شبکه های اجتماعی بر وقوع جرایم قابل مشاهده

است. در این پژوهش تلاش ما بر این قرار گرفت تا نحوه اجرای کارکردهای پیشگیرانه-ی رشد مدار را بر ناهنجاری‌های موجود در این فضا بیآزمائیم و در این راستا با تحلیل دو پرونده قضایی برای دستیابی به نگاهی واقع‌بینانه و منطقی، نتیجه‌گیری نماییم؛ بنابر این با توجه به علّت‌شناسی رفتار کاربران، پیشنهاد می‌شود:

۱- با توجه به آن که اقتصادی و مقرون به صرفه بودن پیشگیری از جرم به ویژه پیشگیری زودرس به موجب تحقیقات به عمل آمده، به اثبات رسیده است بنابراین باید اسناد بالا دستی همچون قانون برنامه توسعه کشور، این موضوع را به عنوان یکی از اولویّت‌ها قرار دهد تا بودجه مناسب برای کارهای پژوهشی در این حوزه تخصیص داده شود؛ چراکه هر هزینه‌ای در این موضوع، سرمایه‌گذاری محسوب می‌شود، علی‌الخصوص در خصوص جرائم فضای مجازی که برخوردهای کیفری چندان نمی‌تواند بازدارنده باشد.

۲- پیشگیری از جرم باید از حالت سنتی به شکل مدرن و علمی درآید؛ بدون شکّ یکی از راه‌های تحقّق این مهمّ، ایجاد سامانه‌های هوشمند و یکپارچه برای ثبت دقیق آمار و اطلاعات مربوط به جرائم فضای مجازی است مشروط به این که این آمار و داده‌ها در اختیار جرم‌شناسان و سایر متخصصان قرار گیرد؛ چراکه متأسفانه به دلیل تراکم بالای کاری قضات دادسراها و محاکم و البته عدم تخصّص غالب قضات در موضوعات جرم‌شناسی و همچنین محدودیّت‌های پژوهشگران در دسترسی به این آمار و پرونده‌ها، هیچگاه به درستی ابعاد مختلف این جرائم مورد کنکاش واقع نمی‌شود و داده‌های مفید این پرونده‌ها به بایگانی‌ها منتقل می‌شود.

۳- پیشگیری رشد مدار از جرائم مرتبط با شبکه‌های اجتماعی، یک موضوع میان‌رشته‌ای است؛ بنابر این باید کارگروهی متشکل از روانشناسان، جامعه‌شناسان، متخصصان فناوری اطلاعات و غیره، در معیّت حقوقدانان تشکیل شود و جنبه‌های مختلف را مورد بررسی قرار دهند تا پیشنهادهای مفید و عملیاتی برای جرم‌زدایی از بستر این شبکه‌ها ارائه نمایند. البته به زعم نگارندگان، یکی از مشکلات پژوهشی در

کشور ما، فردی بودن پژوهش هاست که در حوزه پیشگیری از جرائم به ویژه جرائم فضای مجازی نیز به طریق اولی، این نقصان، ملموس است. در این راستا پیشنهاد می شود به جای تحقیقات انفرادی، گروهی از محققان شامل اساتید رشته های مرتبط، قضات و وکلا مشارکت نمایند.

۴- یکی از مؤثرترین راه ها برای کاهش آسیب های اجتماعی نوظهور ناشی از فضای مجازی و شبکه های اجتماعی، سواد رسانه ای است. متأسفانه سهم سواد رسانه ای در فرهنگ ما بسیار ناچیز است؛ چراکه ما وقتی با تأثیرات نامناسب انواع رسانه ها از قبیل شبکه های ماهواره ای یا استفاده نابجا از اینترنت و شبکه های اجتماعی که به صورت افت تحصیلی یا اختلالات اخلاقی و رفتاری مواجه می شویم آن وقت به راه های درمانی می اندیشیم، در حالی که بهتر است این گروه را به صورت فعالانه به ابزار نیرومندی به نام سواد رسانه ای تجهیز کنیم تا خود به کمک والدین و غیره دست به گزینش گری و پالایش بزنند و رژیم مصرف رسانه ای خود را تنظیم کنند (دهقانی، ۱۴۰۰: ۱۱۰). افزایش سواد دیجیتال کاربران در تمام سطوح به ویژه کودکان و آگاه سازی آنها در خصوص مخاطرات فضای مجازی می تواند آنها را مجاب سازد تا به فضای مجازی خوش بین نباشند و به درخواست های دوستی ناشناس پاسخ ندهند و از ارسال تصاویر خصوصی خود برای دیگران خودداری نموده و در ورود به گروه ها و ترک زود هنگام گروه های نابهنجار، دقت نموده و تماس افراد غریبه را مسدود نمایند. بنابراین از آنجایی که تدابیر آموزشی و آگاهی ساز، مهم ترین رکن پیشگیری از جرائم فضای مجازی به حساب می آیند لذا تهیه و تدارک سخت افزاری و نرم افزاری در جهت آموزش نوجوانان، جوانان و والدین آنها بسیار ضروری به نظر می رسد.

منابع

- اکبری، لیلا (۱۳۹۰)، بررسی شیوه های پیشگیری از بزهکاری کودکان و نوجوانان در قواعد و اسناد بین المللی، پایان نامه کارشناسی ارشد، تهران، دانشگاه تهران.

- بیات، بهرام؛ شرافتی پور، جعفر (۱۳۸۷)، **پیشگیری از جرم با رویکرد اجتماع محور**، تهران: معاونت اجتماعی نیروی انتظامی.
- پاک نیا، عبدالکریم (۱۳۸۲)، **حقوق متقابل والدین و فرزندان**، تهران: کمال الملک.
- جلالی، علی اکبر (۱۳۸۹)، **نظارت همگانی عامل پیشگیری جرایم در فضای مجازی**، مجله کارآگاه، ۱۲، ۶-۳۰.
- جوادی آملی، عبدالله (۱۳۸۷)، **تفسیر تسنیم**، تحقیق و تنظیم عبدالکریم عابدینی، قم: اسراء.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن (۱۴۱۲)، **تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه**، ج ۱۱، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- خسروشاهی، قدرت الله؛ نامیان، پیمان؛ شکر بیگی، علیرضا (۱۳۹۰)، **پیشگیری از جرم در پرتو آموزه های دینی**، نشریه مهندسی فرهنگی، ۵۷-۵۸، ۸-۲۳.
- دهقانی، روح الله؛ شیدائیان آرانی، مهدی؛ میرخلیلی، سید محمود؛ دارابی، شهرداد (۱۴۰۰)، **نقش امر به معروف و نهی از منکر در پیشگیری از جرائم مرتبط با شبکه های اجتماعی** مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۲۴، ۹۱-۱۱۴.
- رجبی پور، محمود (۱۳۸۷)، **مبانی پیشگیری اجتماعی از بزهکاری اطفال و نوجوانان**، تهران: منتهی.
- سلیمی، علی؛ داوودی، محمد (۱۳۸۰)، **جامعه شناسی کجروی**، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- فیض الاسلام، علی نقی (بی تا)، **ترجمه و شرح نهج البلاغه**، بی جا.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷)، **فلسفه حقوق**، ج ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کلینی، محمد بن یعقوب (بی تا)، **الکافی**، ج ۳، تهران: علمیه اسلامیة.
- کی نیا، مهدی (۱۳۷۰)، **مبانی جرم شناسی**، ج ۱، تهران: مؤسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران.
- محمد نسل، غلامرضا؛ اشراقی، مهرداد (۱۳۸۸)، **نقش موقعیت در بزهکاری**، فصلنامه انتظام اجتماعی، ۳، ۷۹-۱۰۲.
- میر محمد صادقی، حسین (۱۳۷۹)، **توسعه قضایی**، نشریه دادرسی، ۲۱، ۳۲-۴۲.
- نجفی ایرندآبادی، علی حسین (۱۳۸۹)، **پیشگیری از جرم (علوم جنایی)**، تهران: سمت.
- نجفی ایرندآبادی، علی حسین؛ هاشم بیگی، حمید (۱۳۷۷)، **دانش نامه جرم شناسی**، تهران: دانشگاه شهید بهشتی.

- یو، روبرکاری (۱۳۸۱)، **مداخله روانشناسی - اجتماعی زودرس در پیشگیری از رفتارهای مجرمانه**، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، مجله تحقیقات حقوقی، ۳۵-۳۶، ۲۶۷-۳۰۴.

Islamic Law and Jurisprudence Studies
Volume 15, Consecutive Number 31, Summer 2023
Issn:2717-0330

Journal Homepage: <https://feqh.semnan.ac.ir/>

This is an Open Access paper licensed under the Creative Commons License CC-BY 4.0 license.



The effect of private contracts on the narrowing of the trustee's responsibility

Masomei.Mohammad Mahdi¹ - Esmaeili.Kimia^{2*}

1: Assistant Professor, Kashan Branch, Islamic Azad University, Kashan, Iran.

2: Master of Private Law, Sabzevar Branch, Islamic Azad University, Sabzevar, Iran: (Corresponding author) (esmaeilylimiya@gmail.com)

In many trust contracts, including deposits, the condition of non-responsibility of the trustee (restriction of the trustee's responsibility through a private contract) may be included. Non-responsibility clause or non-guarantee clause is a condition by which all liability resulting from non-performance of the contract or its delay before the breach of the contract occurs and damage occurs, is removed and destroyed. Regarding the condition of the non-responsibility of the trustee, two theories have been proposed. First, the theory of invalidity of the condition based on the fact that the said condition is unreasonable and against public order and is illegal. Second, the theory of the validity of the condition, which is the most logical theory because there is no reason for the invalidity of such a condition, and what has been said about the invalidity of this condition cannot be cited, and the rule of conditions and the rule of dominance are among the reasons for proving the validity of the mentioned condition. The trustee's responsibility is to compensate the private damage of the owner and has nothing to do with public order. The condition of non-responsibility is like the permission of the owner in the loss of property, and since he has voluntarily destroyed the respect of his property, as a result, there will be no guarantee.

Keywords: deposit contract, trustee, non-responsibility clause, private contract, trustee's responsibility.

- M.M. Masomei, K. Esmaeili (2023). The effect of private contracts on the narrowing of the trustee's responsibility, *Islamic Law and Jurisprudence Studies*, 15(31), 297-320.

[Doi: 10.22075/feqh.2023.30872.3621](https://doi.org/10.22075/feqh.2023.30872.3621)



فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی

سال ۱۵ - شماره ۳۱ - تابستان ۱۴۰۲

صفحات ۲۹۷ - ۳۲۰ (علمی - پژوهشی)

تاریخ: وصول ۱۴۰۲/۰۲/۱۵ - بازنگری ۱۴۰۲/۰۴/۱۸ - پذیرش ۱۴۰۲/۰۴/۱۹

اثر قراردادهای خصوصی بر تضییق مسئولیت امین

محمد مهدی معصومی / ۱ / کیمیا اسماعیلی ۲*

۱: استادیار گروه حقوق، واحد کاشان، دانشگاه آزاد اسلامی، کاشان، ایران.

۲: کارشناس ارشد حقوق خصوصی، واحد سبزوار، دانشگاه آزاد اسلامی، سبزوار، ایران (نویسنده مسئول)

esmaeilikimiya@gmail.com

چکیده

در بسیاری از عقود امانی از جمله ودیعه ممکن است شرط عدم مسئولیت امین (تضییق مسئولیت امین از طریق قرارداد خصوصی) درج گردد. شرط عدم مسئولیت یا شرط عدم ضمان، شرطی است که به موجب آن، تمام مسئولیت ناشی از عدم اجرای قرارداد یا تأخیر آن پیش از این که تخلف از قرارداد رخ دهد و خسارت حادث شود، سلب شده و از بین می رود. در خصوص وضعیت شرط عدم مسئولیت امین دو نظریه مطرح شده است که یکی، نظریه بطلان شرط به استناد این که شرط مزبور، ابراء ما لم یجب و مخالف نظم عمومی بوده و نامشروع است. دوم، نظریه صحت شرط، که نظریه منتخب و منطقی تر است؛ زیرا دلیلی بر بطلان چنین شرطی وجود ندارد و آن چه در مورد بطلان این شرط عنوان شده، قابل استناد نیست و قاعده شروط و قاعده سلطه از دلایل اثبات صحت شرط مذکور می باشند؛ به علاوه، مسئولیت امین، ناظر به جبران خسارت خصوصی مالک است و ارتباطی به نظم عمومی ندارد. شرط عدم مسئولیت، مانند اذن مالک در اتلاف مال است و چون او با طیب نفس احترام مالش را از بین برده، در نتیجه، ضمانتی به بار نخواهد آمد.

کلیدواژه: عقد و دیعه، امین، شرط عدم مسئولیت، قرارداد خصوصی، مسئولیت امین.

- معصومی، محمد مهدی؛ کیمیا اسماعیلی، کیمیا (۱۴۰۲). اثر قراردادهای خصوصی بر تضییق مسئولیت امین. مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی دانشگاه سمنان، شماره ۳۱، صفحات ۲۹۷-۳۲۰.

Doi: 10.22075/feqh.2023.30872.3621

مقدمه

در حقوق ایران، امین نسبت به تلف یا نقصان مال موضوع قرارداد، تا زمانی که مرتکب تقصیر نشده، مسئولیتی نخواهد داشت (باریکلو، ۱۳۹۰: ۵۳)) بنابراین پس از تعدی و تفریط در حفظ و نگهداری مال مورد امانت، ضامن تلقی می گردد.

در این نوشتار، امکان تضییق مسئولیت امین از طریق قراردادهای خصوصی و به عبارت دیگر، امکان سلب مسئولیت از امین به وسیله اشتراط عدم ضمان یا مسئولیت بر وی مورد بررسی قرار گرفته و دیدگاه ها و مستندات مخالفان و طرفداران تضییق مسئولیت امین به تفکیک بیان شده است. منظور از شرط عدم مسئولیت امین آن است که در ضمن عقد ودیعه شرط شود امین حتی در صورت تعدی و تفریط نیز ضامن^۱ خسارات وارده بر مال مورد امانت نباشد.

شرط عدم مسئولیت یا شرط عدم ضمان، شرطی است که به موجب آن، تمام مسئولیت ناشی از عدم اجرای قرارداد یا تأخیر آن پیش از این که تخلف از قرارداد رخ دهد و خسارت حادث شود سلب شده و از بین می رود (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲: ۳۸۴). به عبارت دیگر، شرط عدم مسئولیت، شرطی است که منظور از توافق درباره آن از بین بردن مسئولیتی می باشد که شرایط تحقق آن ایجاد گردیده است. یکی از حقوقدانان در تعریف این شرط چنین آورده است: «شرطی است که بین مسئول و زیان دیده احتمالی آینده واقع می گردد و به موجب آن، مسئول از پرداختن تمام یا بخشی از خسارات معاف می گردد» (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۷۱۸).

با عنایت به این که مفاد ماده ۶۱۴ و ماده ۶۴۰ قانون مدنی یکسان بوده؛ یعنی مسئولیت یا ضمان امین، مترتب بر تقصیر (تعدی و تفریط) اوست با این حال، در ماده ۶۴۲ قانون مار الذکر، قانونگذار به توسعه مسئولیت امین از طریق اشتراط مسئولیت بر وی با قرارداد خصوصی تصریح نموده است. این موضوع در مباحث مربوط به ودیعه

۱. درباره معنای ضمان و چستی شناسی آن مراجعه کنید به: جبار گلباغی ماسوله، ۱۳۹۸: ۳۰۲ به بعد.

مسکوت گذارده شده است و لذا این شبهه مطرح است که آیا مفاد ماده ۶۱۴ قانون مدنی امری است یا تکمیلی؟ و بر این اساس، اگر مفاد ماده ۶۱۴ امری باشد هر نوع قرارداد خصوصی برخلاف آن باطل است و اگر مفاد این ماده تکمیلی باشد، با قرارداد خصوصی و به عبارت دیگر، با اشتراط ضمان یا اشتراط عدم ضمان، امکان توسعه و تضییق مفاد آن وجود دارد.

۱- دیدگاه ها و مستندات مخالفین تضییق مسئولیت امین

براساس این نظریه، شرط عدم مسئولیت امین باطل بوده و تأثیری در مسئولیت وی ندارد و در صورتی که شرایط تحقق مسئولیت ایجاد گردد - یعنی امین در مورد مال، مرتکب تعدی و تفریط شود - ضامن نقص یا تلف است و باید خسارات وارده را جبران کند.

فقها به طور مجزاً در بحث شرط عدم ضمان امین در عقد ودیعه ورود نکرده و بدان نپرداخته اند بلکه این مسأله را در عقد عاریه مورد بررسی قرار داده و نظرات خویش را ابراز کرده اند. شهید ثانی در مورد شرط اسقاط ضمان امین در صورت تعدی و تفریط، دو احتمال را مطرح می کند: «یکی از احتمالات، عدم صحّت شرط است زیرا تعدی و تفریط از اسباب ضمان هستند؛ پس اسقاط ضمان قبل از وقوع آنها (تعدی و تفریط) معقول نمی باشد، چرا که این امر از قبیل ابراء ما لم یجب است (شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۲۶۸/۴-۲۶۹). البته ایشان احتمال صحّت این شرط را نیز بیان کرده و آن را قول اقوی می دانند که در جای خود مورد بحث قرار می گیرد. برخی دیگر از فقها نیز احتمال بطلان شرط مذکور به علت بطلان اسقاط ما لم یجب را مطرح کرده ولی صحّت آن را تقویت می کنند (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۸۸/۲۷؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۴۳۱/۱۷).

۱-۱- عدم صدق ابراء ما لم یجب

برخی از حقوقدانان، شرط عدم مسئولیت امین را باطل دانسته و در این خصوص می گویند: «امین را نمی توان از ضمان ناشی از تعدی و تفریط بری نمود؛ بنابراین در صورتی که مودع، امین را از ضمان بری نماید ضمان او ساقط نمی شود؛ زیرا ابراء، اسقاط حقی

است که در ذمه کسی ثابت باشد و قبل از آن که مال، تلف یا ناقص گردد ذمه مستودع مشغول نشده تا بتوان آن را ابراء نمود و هرگاه منظور از آن، ابراء از اشتغال ذمه مستودع در صورت تلف شدن مال باشد چنان که مالک به مستودع بگوید «از ضمان تلف مال ودعی که ممکن است حاصل شود تو را ابراء نمودم» ابراء ما لم یجب است و ضمان ساقط نمی شود. اگر کسی بگوید منظور از آن، ابراء قابلیت ذمه مستودع به اشتغال در صورت تلف است، در جواب گفته می شود این حالت قابل اسقاط نمی باشد و در مورد تردید، اصل عدم سقوط آن است. بعضی از فقها بر آنند که می توان مستودع را قبل از آن که ذمه اش مشغول شود از ضمان ابراء نمود ولی باید گفت ابراء ذمه مستودع پس از تلف مال ودعی اشکالی ندارد، زیرا ذمه مستودع به نفس تلف مال ودعی، به مثل یا قیمت آن مشغول می گردد و ابراء یکی از اسباب سقوط تعهدات است (امامی، ۱۳۳۴: ۱۷۲/۲).

حقوقدان مذکور، شرط عدم مسئولیت امین را ابراء دانسته و قائل به عدم نفوذ آن است. برای اثبات عدم نفوذ و بی اعتباری شرط عدم مسئولیت امین، دو دلیل ذکر شده است که بیان می گردد: دلیل اول، تراضی و توافق طرفین عقد ودیعه راجع به عدم مسئولیت مستودع از طریق اشتراط عدم مسئولیت است که اثر آن به مقوله بری نمودن مستودع از دینی است که ایجاد آن در آینده محتمل است، فلذا همانگونه که ابراء ما لم یجب نافذ نیست و ابراء تنها در مورد دین موجود امکان دارد و راجع به تعهد احتمالی در آینده معقول به نظر نمی رسد شرط عدم مسئولیت نیز به علت وجود نداشتن مسئولیت در زمان اسقاط، فاقد اثر و نفوذ حقوقی است.

۲-۱- مخالفت با نظم عمومی

دلیل دوم این که، مسئولیت مستودع که ناشی از تعدی و تفریط است ارتباط نزدیکی با نظم عمومی دارد. به عبارت دیگر، قوانین مربوط به مسئولیت کسی که مرتکب تعدی و تفریط شده است به دلیل ارتباط با نظم عمومی، در زمره قوانین امری است؛ پس امکان تراضی بر خلاف آنها وجود نداشته و به وسیله قراردادهای خصوصی نمی توان از اجرای

این قوانین سر باز زد. در نتیجه، مسئولیت مستودع را از طریق اشتراط عدم مسئولیت یا عدم ضمان نمی توان از بین برد (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۷۲۰).

قانون دریایی ایران نیز در باربری دریایی، شرط عدم مسئولیت را باطل دانسته و می گوید: «قید هر گونه شرط یا توافق در قرارداد باربری به منظور سلب مسئولیت متصدی باربری یا کشتی یا محدود کردن مسئولیت مزبور، در مورد فقدان بار یا خسارات وارده به آن ناشی از غفلت و تقصیر و یا تسامح در انجام وظایف و تعهدات مصرّحه در این فصل باطل و بلا اثر خواهد بود.»^۱

اما در مقام پاسخ و ردّ دلیل اول باید گفت: شرط عدم مسئولیت امین را نباید نوعی ابراء تلقی کرده و از آن نتیجه گرفت که چون قبل از تلف مال، مستودع هنوز مسئول نیست اسقاط مسئولیت امکان پذیر نمی باشد و نافذ نیست. شرط عدم مسئولیت امین، با ابراء متفاوت بوده و تفاوت این دو در این است که شرط عدم مسئولیت برخلاف ابراء، مربوط به سقوط دین نیست. به عبارت دیگر، معنای شرط این نیست که دین غیر موجود از بین رفته و ساقط گردد. شرط عدم مسئولیت به این معنی است که چنان چه در آینده شرایط تحقق مسئولیت امین به وجود آید - یعنی تعدی و تفریط کند - آن مسئولیت به وجود نیاید؛ یعنی مقاد شرط مربوط به آینده و با توجه به احتمالی بودن آن است. پس این شرط را نمی توان نامعقول دانست و رأی به بطلان و عدم نفوذ آن داد. به بیان دیگر، شرط عدم مسئولیت امین، اقدامی است برای تغییر علت، نه از بین بردن معلول (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۶۲)؛ در نتیجه، نمی توان به دلیل نامعقول بودن ابراء مالیم یجب (ابراء دینی که هنوز ایجاد نشده است) شرط عدم مسئولیت را باطل دانست. به عبارت دیگر، عقل مانعی برای نافذ دانستن شرط مزبور نیست.

دلیل دوم نیز نمی تواند بطلان شرط عدم مسئولیت امین را اثبات کند، زیرا این شرط اصولاً با نظم عمومی مخالف نیست و نمی تواند شرطی نامشروع قلمداد گردد. بدین

۱. قانون دریایی، بند ۸ ماده ۵۴.

مفهوم که مسئولیت مستودع، ناظر به جبران خسارت خصوصی مودع به وسیله دادن مثل مال مورد ودیعه به او یا پرداخت قیمت مال ودعی است و نمی توان ادعا نمود که این مسأله با نظم عمومی ارتباط داشته و شرط عدم ضمان مخالف نظم عمومی است، فلذا قرارداد خصوصی در این خصوص نافذ است و بنا به اصل حاکمیت اراده ها (ماده ۱۰ قانون مدنی) می توان در ضمن عقد ودیعه شرط نمود که امین در صورت تعدی و تفریط ضامن تلف یا نقص مال مورد ودیعه نباشد. یعنی همانگونه که مودع پس از ورود خسارت ناشی از تعدی و تفریط امین می تواند از حق خویش بگذرد این اختیار قبل از ورود خسارت نیز برای او وجود دارد.

برخی از حقوقدانان شرط عدم مسئولیت را در دو مورد به علت نامشروع بودن باطل می دانند، زیرا اعتقاد دارند که نفوذ شرط به نتایج ناروا و خلاف اخلاق منتهی می شود و به دلیل برخورد با نظم عمومی، باید آن را نامشروع و بی اثر دانست و آن دو مورد عبارتند از: ۱- خسارت وارد به شخص؛ ۲- تقصیر عمدی و در حکم عمد (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۷۲۲).

مورد اول یعنی خسارت وارد بر شخص، مربوط به موضوع بحث ما نیست و بدان پرداخته نمی شود بلکه فقط مختصراً این که مسئول دانستن شخصی که باعث ورود صدمه به جسم یا حقوق مربوط به آزادی و شخصیت دیگران می شود ابزاری است تا به وسیله آن بتوان از بی مبالاتی ها جلوگیری کرده و هشدار برای رعایت حقوق دیگران است؛ بنابراین از بین بردن این ابزار به وسیله شرط عدم مسئولیت، خلاف نظم عمومی است؛ چراکه تضمین اجتماعی حقوق افراد جامعه را از بین می برد.

مورد دوم که شرط عدم مسئولیت به علت نامشروع بودن باطل است مربوط به تقصیر عمدی و در حکم عمد است. دکتر کاتوزیان در این خصوص می گوید: «در مواردی که شخص به عمد باعث ورود خسارت می شود یا آگاهانه به اعمالی دست می زند که در نظر عرف در حکم عمد است شرط عدم مسئولیت نمی تواند از تعهد او نسبت به جبران خسارت بکاهد، زیرا در جامعه منظم هیچ کس حق ندارد در پناه قراردادی که به

سود خود تحصیل کرده است در ضرر زدن به دیگران آزاد باشد. وی در ادامه می افزاید: حقیقتی را که نباید از یاد برد این است که اثبات عمد کاری است چنان دشوار که اگر بطلان شرط عدم مسئولیت، محدود به اضرار عمدی شود بد اندیشان به آسانی می توانند در پناه این شرط و به دلیل ثابت نشدن قصد اضرار، به آزار دیگران پردازند. پس، ناچار باید پاره ای از تقصیرهای سنگین و اغماض ناپذیر را که عرف در حکم عمد می داند مشمول این قاعده کرد؛ با وجود این، اگر سنگینی تقصیر تنها اماره بر وجود قصد اضرار باشد در صورتی که مرتکب ثابت کند که قصد اضرار نداشته است باید آن را در زمره تقصیرهایی آورد که با شرط عدم مسئولیت از بین می رود ولی اگر بتوان تقصیر سنگین را در حکم عمد آورد، اثبات حسن نیت مرتکب هم مؤثر نیست (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۷۲۴ و ۷۲۳).

با عنایت به مطالب مذکور، در مواردی که امین به طور عمد، موجب ورود خسارت به مال مورد ودیعه می شود یا به عملی دست می زند که از نظر عرف در حکم عمد محسوب می گردد شرط عدم مسئولیت او نافذ و معتبر نیست و ملزم است خسارت مربوط به تلف یا نقص مال را جبران نماید. به بیان دیگر، چنان چه تلف مال یا نقص آن به عمد و یا آن چه در حکم عمد است باشد، امین ضامن است حتی اگر شرط عدم ضمان شده باشد. در نتیجه باید گفت در اتلاف (موردی که امین به طور مستقیم مال را تلف می کند) و تسبیب (موردی که امین به طور مستقیم مال را تلف نکرده ولی عرف و ورود ضرر را منسوب به او می داند) شرط عدم مسئولیت امین باطل است.

در مورد تقصیرهای سنگین، اگر امین ثابت کند که قصد اضرار نداشته است مسئولیت ناشی از این تقصیرها با شرط عدم مسئولیت از بین می رود ولی چنان چه تقصیر سنگین امین در حکم عمد باشد شرط مزبور باطل و بی اثر خواهد بود و او ضامن است. معیار تشخیص اینگونه تقصیرها به آسانی به دست نمی آید ولی اجمالاً باید گفت کاری که در نظر انسان آگاه و متعارف، به احتمال زیاد باعث ورود ضرر و خسارت به دیگری می گردد، در حکم عمد است.

بنا بر آن چه در این قسمت بیان گردید نظریه بطلان شرط عدم مسئولیت امین، صحیح نیست و نمی توان قائل به عدم نفوذ آن بود مگر در موردی که امین به عمد و آن چه در حکم عمد است باعث تلف یا نقص مال مورد ودیعه گردد که در این صورت، شرط مزبور باطل و بی اثر است. در تقصیرهای سنگین و غیر قابل اغماض که در حکم عمد می باشد نیز همین حکم مجری است ولی چنان چه سنگینی تقصیر فقط اماره ای بر وجود قصد اضرار باشد و امین عدم قصد اضرار را اثبات نماید باز هم شرط عدم مسئولیت نافذ است.

۲- دیدگاه ها و مستندات موافقین تصبیق مسئولیت امین

در این رابطه، ضمن ردّ نظریه بطلان شرط، نظریه صحّت شرط بیان می گردد. بر مبنای این نظریه، شرط عدم مسئولیت امین صحیح و نافذ است؛ یعنی در ضمن عقد ودیعه می توان شرط نمود که امین در صورت ارتکاب تعدی و تفریط ضامن تلف یا نقص مال مورد ودیعه نباشد.

همان طور که اشاره شد فقها در عقد ودیعه به بحث راجع به شرط عدم مسئولیت امین پرداخته اند ولی در باب عاریه به این موضوع پرداخته اند. در عقد عاریه و بخصوص در عاریه طلا و نقره که مضمونه است و مستعیر (امین) ضامن می باشد بسیاری از فقها و به عبارت بهتر، مشهور فقها قائل به صحّت شرط عدم ضمان مستعیر هستند (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۳۸/۲؛ علامه حلی، ۱۴۰۱: ۴۳۹/۱؛ همو، ۱۴۲۰: ۲۱۷/۳؛ همو، ۱۴۱۴: ۲۷۵/۱۶؛ همو، ۱۴۱۳: ۱۹۶/۲؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷: ۱۲۹/۲؛ شهید اول، ۱۴۱۴: ۳۷۴/۲؛ همو، ۱۴۱۰: ۱۴۹؛ شمس الدین حلی، ۱۴۲۴: ۵۲۴/۱؛ فقعی، ۱۴۱۸: ۱۴۴؛ کرکی، ۱۴۱۴: ۵۷/۶؛ شهید ثانی، ۱۴۲۲: ۴۸۵؛ همو، ۱۴۱۳: ۵۴/۵؛ طباطبائی، ۱۴۱۸: ۴۵۰/۹؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۴۳۱/۱۷؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۸۸/۲۷) و راجع به شرط عدم ضمان در صورت تعدی و تفریط، برخی از فقها احتمال صحیح بودن شرط مزبور را تقویت می کنند که در ادامه ذکر خواهد شد.

۲-۱- در حکم اذن دادن به ائتلاف مال

شهید ثانی در مورد شرط عدم ضمان در صورت تعدی و تفریط، ضمن بیان احتمال بطلان شرط به علت بطلان اسقاط ما لم یجب، احتمال صحّت شرط مزبور را بیان کرده و آن را قول اقوی می‌داند. وی در این زمینه می‌گوید: «احتمال دارد شرط سقوط ضمان در صورت تعدی و تفریط جایز باشد، زیرا این مسأله در حکم اذن در اتلاف است، پس ضمانی را در پی ندارد؛ مانند آن که مالک امر می‌کند که امین مالش را در دریا بیندازد (شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۲۶۸/۴-۲۶۹). در اینجا مشاهده می‌گردد که شرط عدم ضمان امین مانند حالتی تلقی شده که مالک، اذن در اتلاف داده است؛ از همین رو احتمال صحّت شرط مزبور تقویت شده است.

شهید ثانی (ره) شرط عدم ضمان امین در ودیعه، عاریه مضمونه و غیره را یکسان دانسته و مشمول حکم فوق می‌داند (همان: ۲۶۸/۴)؛ شهید اول (ره) نیز در مورد شرط عدم ضمان در صورت تعدی و تفریط گفته است که احتمال دارد چنین شرطی جایز باشد، مانند آن که مالک به امین دستور دهد که مالش را در دریا بیندازد (شهید اول، ۱۴۱۰: ۱۴۹).

صاحب جواهر نیز شرط عدم ضمان (سقوط ضمان) در عاریه طلا و نقره را به استناد عموم «المؤمنون عند شروطهم» و صحیحه زراره، بدون هیچ شکی و به طور قاطع، صحیح و نافذ می‌داند (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۸۸/۲۷) ولی اعتبار شرط مزبور در صورت تعدی و تفریط، در عقد عاریه را به علت عدم اعتبار اسقاط ما لم یجب و منافات این شرط با اطلاق آن چه دلالت می‌کند بر این که تعدی و تفریط از موجبات ضمان است، مشکوک می‌داند. البته در ادامه، معتبر دانستن شرط عدم ضمان امین در صورت تعدی و تفریط را خالی از قوت ندانسته و در مقام اثبات آن می‌گوید: «این شرط در حکم اذن مالک در اتلاف است و چون با وجود شرط مزبور، در سببیت تعدی و تفریط برای ضمان، شک داریم اصل، براءت ذمه است» (همان)؛ در نتیجه، شرط عدم ضمان نافذ و صحیح خواهد بود.

یکی از فقها در این خصوص می گوید: «اگر سقوط ضمان در صورت تعدی و تفریط، شرط شود دو احتمال وجود دارد: جایز بودن شرط، زیرا در حکم اذن در اتلاف است مانند آن که مالک دستور دهد که مالش را در دریا بیندازد، و عدم جواز شرط، زیرا تعدی و تفریط از اسباب ضمان است و معقول نیست که قبل از وقوع تعدی و تفریط، ضمان را اسقاط کرد و نظر اول، قول قوی است همانگونه که در روضه آمده و ظاهر لمعه دلالت بر آن دارد؛ برخلاف استعاره از مستعیر و استعاره صید گرفته شده از حرم و حالتی که فرد محرم، صید را استعاره کرده است که در این سه مورد، ضمان با اشتراط سقوط آن ساقط نمی گردد (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۴۳۱/۱۷).

علامه حلی (ره) نیز شرط سقوط ضمان در عاریه مضمونه - اعم از عاریه طلا و نقره و غیر از آن دو - را صحیح می داند. به اعتقاد ایشان، در صورتی که در عاریه شرط ضمان شود و مالک بعد از این شرط، ضمان را ساقط کند ساقط می گردد (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۲۷۵/۱۶).

بنابر آن چه ذکر گردید، در مقام اثبات صحت شرط عدم مسئولیت یا عدم ضمان امین باید گفت که شرط مزبور، در حکم اذن مالک در اتلاف است؛ یعنی وقتی عدم ضمان امین شرط می گردد شبیه آن است که مالک به وی اذن در اتلاف مال را داده است مانند آن که به امین دستور بدهد که مالش را به دریا بیندازند و چنین اذنی نافذ است؛ زیرا مالک با طیب نفس احترام مالش را اسقاط نموده است (لایحل مال امری الا بطیب نفس) و طبق قاعده اقدام، حکم به عدم ضمان می دهیم (موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱: ۱۱۲/۱) و در نتیجه، شرط عدم ضمان امین در صورت تعدی و تفریط نیز صحیح و نافذ خواهد بود. همچنین باید افزود هرچند تعدی و تفریط از اسباب ضمان امین است ولی با وجود شرط عدم ضمان، در سببیت تعدی و تفریط برای ضمان، شک حاصل می شود؛ یعنی با وجود اشتراط عدم ضمان، شک می شود که آیا در صورت تعدی و تفریط، ضمان ساقط می گردد یا خیر؟ که در اینجا اصل، برائت ذمه است؛ لذا شرط مذکور صحیح بوده و باعث از بین رفتن مسئولیت امین می گردد.

حکم به صحت شرط عدم ضمان امین با استدلال‌های فوق، اختصاص به عاریه ندارد و در ودیعه نیز مجری خواهد بود؛ همان طور که اشاره شد شهید ثانی (ره) نیز شرط عدم ضمان در ودیعه، عاریه مضمونه و غیره را یکسان دانسته و مشمول حکم واحدی می‌داند (شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۲۶۸/۴) بنابراین، چنان چه در عقد ودیعه شرط شود که مستودع حتی در صورت تعدی و تفریط هم ضامن نقص یا تلف مال مورد ودیعه نباشد شرط مزبور نافذ بوده و او مسئولیتی نخواهد داشت؛ چرا که در ودیعه نیز اشتراط عدم ضمان، در حکم اذن مودع در اتلاف مال است و وقتی مودع با رضایت خویش چنین شرطی را می‌پذیرد هیچ تردیدی در صحت و نفوذ آن نیست. به عبارت دیگر، مودع با طیب نفس احترام مالش را از بین برده است و طبق قاعده اقدام، حکم به عدم ضمان مقدم می‌دهیم. به علاوه، در صورت اشتراط عدم ضمان امین در ودیعه و در مقام شک بین صحت یا بطلان شرط مزبور و به عبارت دیگر، در مقام شک بین اشتغال ذمه مستودع یا براءة ذمه او پس از تعدی و تفریط، اصل براءة ذمه است؛ لذا با چنین تحلیلی نیز حکم صحت شرط یاد شده به دست می‌آید.

۲-۲- مباینت شرط عدم ضمان با ابراء

همان طور که در مقام رد نظریه بطلان شرط عدم ضمان آورده شد، دلیل دیگری که مبین صحت این شرط می‌باشد تفاوت آن با ابراء است. دکتر کاتوزیان در این خصوص می‌گوید: «تفاوت شرط عدم مسئولیت با ابراء در این است که در مورد نخست، توافق ناظر به سقوط دین موجود نیست تا بتوان ادعا کرد که نمی‌تواند موضوع آن معدوم باشد. شرط عدم مسئولیت بدین معنی است که هرگاه در آینده شرایط تحقق مسئولیت ویژه ای جمع شود، آن مسئولیت به وجود نیاید: یعنی مفاد توافق ناظر به آینده و با توجه به احتمالی بودن آن است؛ چنین توافقی را نباید نامعقول پنداشت و بهترین دلیل امکان چنین پیمانی وجود آن در عالم خارج است؛ پس باید پذیرفت که عقل مانع از نافذ شناختن شرط عدم مسئولیت نیست (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۷۲۱)؛ همچنین ایشان در جای دیگری در مقام بیان تفاوت ابراء با شرط عدم مسئولیت امین آورده است: «شرط

عدم مسئولیت را نباید نوعی ابراء به شمار آورد و نتیجه گرفت که چون پیش از تلف مال هنوز دینی برای امین ایجاد نشده است، اسقاط آن امکان ندارد؛ زیرا معنای شرط این نیست که دین غیر موجود ساقط شود؛ به بیان دیگر، شرط عدم ضمان امین اقدامی است برای تغییر علت، نه از بین بردن معلول (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۶۲).

چنان چه شرط عدم مسئولیت را ابراء تلقی کنیم در نتیجه، چون هنوز دینی برای امین به وجود نیامده است ابراء ما لم یجب بوده و فقها چنین ابرائی را نافذ نمی دانند. اما مقصود از شرط عدم مسئولیت در عقد ودیعه این است که هرگاه در آینده شرایط تحقق مسئولیت به وجود آید، یعنی مستودع مرتکب تعدی و تفریط شود مسئولیتی برای وی به وجود نیاید و به عبارت دیگر، مسئول جبران نقص و تلف مال مورد ودیعه نباشد از اینرو توافق مودع و مستودع، ناظر به آینده و زمانی است که مستودع مرتکب تعدی و تفریط گردد که این مسأله نیز احتمالی است. بنابراین، توافق طرفین در مورد شرط عدم مسئولیت نمی تواند نامعقول باشد. مضافاً این که امکان چنین توافقی در عالم خارج وجود دارد؛ بنابراین شرط یاد شده صحیح است و مستودع در صورت تعدی و تفریط ضامن نخواهد بود.

۳-۲- عدم مخالفت با نظم عمومی

دلیل دیگر صحت شرط عدم مسئولیت امین، عدم مخالفت آن با نظم عمومی است؛ با این توضیح که تعهد امین ریشه قراردادی دارد و مسئولیت وی ناشی از قواعد عمومی و احکام قهری قانون نیست. به عبارت دیگر، مسئولیت امین، مسئولیت قراردادی است و چون قوانین مربوط به مسئولیت قراردادی به دلیل حمایت از منافع خصوصی اشخاص وضع گردیده اند قواعد آمره نیستند و تراضی برخلاف آنها امکان پذیر است و در نتیجه، به نظم عمومی ارتباط ندارند.

مسئولیت مستودع ناظر به جبران خسارت خصوصی مالک به وسیله دادن مثل یا قیمت مال تلف شده به اوست؛ بنابراین با نظم عمومی ارتباطی ندارد و شرط عدم

مسئولیت وی نمی تواند مخالف نظم عمومی قلمداد گردد؛ لذا قرار داد خصوصی در این زمینه معتبر و نافذ خواهد بود.

دکتر کاتوزیان در این خصوص می گوید: «جز در مورد تلف مال به عمد و آن چه در حکم عمد است در درستی این شرط (شرط عدم مسئولیت امین) نباید تردید کرد به ویژه در مورد کاهلی نسبت به حفظ مال مورد ودیعه؛ چون تعهد، ریشه قراردادی دارد و مسئولیت، ناشی از قواعد عمومی و احکام قهری قانون نیست؛ توافق اشخاص می تواند از آن بکاهد یا مسئولیت ناشی از خطای امین را از بین ببرد. پس حاکمیت اراده را جز در مواردی که با نظم عمومی و اخلاق تعارض دارد نمی توان به بهانه نامعقول بودن ابراء دینی که هنوز ایجاد نشده است، محدود کرد (همان).

با عنایت به مطالب فوق الذکر، شرط عدم مسئولیت امین در صورت تعدی و تفریط، مخالف نظم عمومی نیست و به استناد ماده ۱۰ قانون مدنی و اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی می توان در عقد ودیعه شرط نمود که مستودع حتی در صورت ارتکاب تعدی و تفریط نیز مسئولیتی در قبال تلف یا نقص مال مورد ودیعه نداشته باشد. به عبارت دیگر، همان طور که مالک پس از ورود خسارت ناشی از تعدی و تفریط می تواند از حق خود بگذرد قبل از ورود خسارت و در ابتدای انعقاد عقد نیز این اختیار برای او متصور است و می تواند با اشتراط عدم مسئولیت امین، مسئولیت او در صورت ارتکاب تعدی و تفریط را از بین ببرد.

هرچند اصولاً شرط عدم مسئولیت امین مخالف نظم عمومی نبوده و شرط نامشروعی نیست ولی در مواردی که امین به عمد باعث ورود خسارت به مال مورد ودیعه می شود یا اعمالی را انجام می دهد که از نظر عرف در حکم عمد است نفوذ شرط مزبور به نتایجی ناروا و خلاف اخلاق منتهی می شود و به دلیل برخورد و مخالفت با نظم عمومی باید آن را نامشروع و بی اثر دانست و به عبارت دیگر، بایستی رأی بر بطلان آن داد. بنابراین در موردی که امین به طور مستقیم مال را تلف کند (اتلاف) و نیز در موردی که وی به طور مستقیم مال را تلف نمی کند ولی عرف ورود ضرر را منسوب به او می

داند (تسبیب)، شرط عدم مسئولیت امین باطل است و نمی تواند از تعهد او نسبت به جبران خسارت بکاهد؛ چراکه در جامعه منظم کسی نمی تواند به استناد قرارداد خصوصی که به نفع خود منعقد ساخته است در اضرار به غیر، آزاد باشد.

همچنین لازم به ذکر است شرط عدم مسئولیت امین در مورد تقصیرهای سنگین و غیر قابل اغماض که در حکم عمد است بی اثر و باطل است و اثبات حسن نیت مرتکب هم مؤثر نیست ولی اگر سنگینی تقصیر تنها اماره بر وجود قصد اضرار باشد در صورتی که امین ثابت کند قصد اضرار نداشته، باید آن را در زمره تقصیرهایی آورد که با شرط عدم مسئولیت از بین می رود.

شرط عدم ضمان مستأجر در صورت تعدی و تفریط در عقد اجاره نیز اصولاً صحیح و نافذ است مگر در مواردی که او به عمد و یا آن چه در حکم عمد است باعث ورود خسارت به عین مستأجره شود.

کاتوزیان در مورد شرط عدم ضمان مستأجر بیان می دارد: «به طور کلی در درستی آن نباید تردید کرد ولی در جایی که مشروط له به عمد باعث ضرر دیگری می شود این شرط، مسئولیت او را از بین نمی برد زیرا ظاهر این است که طرفین خواسته اند خطاهای متعارف را برای مستأجر ضمان آور نشانند و این توافق، اضرار به عمد، یا خطاهایی را که عرف در حکم عمد می شمارد و هر انسان متعارفی می تواند نتیجه زیانبار آن را حدس بزند، در بر نمی گیرد؛ به اضافه، آزادی مستأجر در ارتکاب چنین اعمال زیانبار، به ویژه در قراردادهای حمل و نقل، مخالف اخلاق و نظم عمومی است (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۴۲۲).

۴-۲- قاعده شروط و سلطه

قاعده شروط (المؤمنون عند شروطهم) و قاعده سلطه (الناس مسلطون علی اموالهم) دلایل مهم دیگری برای اثبات صحّت شرط عدم مسئولیت امین هستند. همان طور که در شرط ضمان امین گفته شد امانی بودن ید متصرف، ناشی از حکم ذاتی و ابتدایی شارع نیست بلکه ناشی از سلطه مالک است که شارع آن را تنفیذ نموده است؛ لذا امانی

شدن ید متصرف از دیدگاه شارع، منوط بر این است که مالک او را امین قرار دهد. اگر مالک از ابتدا امین را ضامن جبران خسارت احتمالی قرار دهد، اقتضایی برای تنفیذ شارع وجود ندارد؛ بنابراین در موردی هم که مالک از ابتدای عقد مسئولیت امین مبنی بر جبران خسارت احتمالی در آینده را از بین می برد (یعنی در ضمن عقد شرط می گردد که امین در صورت تعدی و تفریط، ضامن نقص و تلف مال مورد امانت نباشد) اقتضایی برای تنفیذ شارع وجود ندارد و اجازه مالک مطابق با حکم اولیه شارع مبنی بر ضمانی نبودن تصرف در مال غیر - حتی در صورت تعدی و تفریط - می باشد. بنابراین، شرط عدم مسئولیت، شرطی مخالف با شرع نیست؛ از اینرو به استناد عموم «المؤمنون عند شروطهم»، چنین شرطی لازم الوفاء و نافذ است. همچنین به استناد قاعده سلطه، مردم در اموال خویش حق هرگونه تصرف عقلایی را دارا می باشند؛ به عبارت بهتر، مردم بر اموال خود هر نوع سلطنتی دارند، اما در کیفیت و شیوه اعمال این سلطنت، تابع مقررات اند. از اینرو، اگر در مشروعیت نوعی از تصرف تردید شود باید به عموم قاعده تمسک جست و به ثبوت آن نوع سلطنت حکم کرد (محقق داماد، ۱۳۹۰: ۱۲۲).

بنابراین، چنان چه در عقد ودیعه شرط گردد که مستودع در صورت تعدی و تفریط ضامن نباشد بدین معنی است که مالک از ابتدا مسئولیت امین با فرض ارتکاب تعدی و تفریط را از بین برده است و این امر، نوعی تصرف است که مالک در مالش انجام داده است؛ حال اگر در مشروعیت این تصرف یعنی در مشروعیت اشتراط عدم ضمان، تردید شود با تمسک به عموم قاعده سلطه، رأی بر نفوذ و صحت شرط مزبور می دهیم. البته لازم به ذکر است که با عنایت به مطالب یاد شده، تردیدی در مشروعیت و نفوذ شرط عدم مسئولیت وجود ندارد و این شرط صحیح است.

از آن چه در این قسمت ذکر گردید به دست می آید که شرط عدم مسئولیت امین، نافذ و صحیح است؛ یعنی در ضمن عقد ودیعه می توان شرط نمود که امین حتی در صورت تعدی و تفریط نیز ضامن خسارات وارده بر مال مورد امانت نباشد؛ ولی در

مواردی که تلف مال یا خسارات وارده بر آن به عمد و یا در حکم عمد باشد شرط مزبور، نامشروع بوده و به علت مخالفت با نظم عمومی بی اثر و باطل است.

۳- قلمرو و شرط عدم مسئولیت امین

در مورد شرط عدم مسئولیت امین، پس از رد نظراتی که قائل به عدم صحت آن بودند، اثبات گردید که شرط مذکور صحیح و نافذ است و نمی تواند مخالف نظم عمومی قلمداد گردد. یعنی در ضمن عقد ودیعه می توان شرط نمود که امین حتی در صورت ارتکاب تعدی و تفریط نیز ضامن خسارات وارده بر مال نباشد. حال باید بررسی گردد که قلمرو و محدوده نفوذ این شرط تا کجاست. آیا در هر حالتی و با ارتکاب هر عملی که باعث ورود خسارت به مال شود، با اشتراط عدم مسئولیت، ضمان و مسئولیت امین سلب می گردد؟ از اینرو قلمرو و شرط عدم مسئولیت امین مورد بحث قرار خواهد گرفت تا محدوده اثرگذاری و نفوذ آن مشخص گردد.

شرط عدم مسئولیت اصولاً شرط نامشروعی نیست و برخورد و مخالفتی با نظم عمومی ندارد ولی در مواردی، نفوذ شرط مزبور به نتایجی خلاف اخلاق و ناروا منتهی می گردد و به دلیل مخالفت با نظم عمومی، باید آن را نامشروع و بی اثر دانست و قائل به بطلان آن بود. در مواردی که امین به عمد موجب ورود خسارت به مال مورد ودیعه می گردد یا اعمالی را انجام می دهد که عرفاً در حکم عمد است شرط عدم مسئولیت، بی اثر و غیر نافذ است؛ یعنی اشتراط عدم ضمان نیز مسئولیت او را از بین نمی برد و ضامن تلف یا نقص مال می باشد. به عبارت دیگر، هیچ شرطی نمی تواند اثر اضرار عمدی یا آن چه را در حکم عمد است از بین ببرد و متعهد را از آثار نیت پلید یا بی اعتنایی آشکار به قرارداد، مصون دارد.

همان طور که ذکر شد علت این که در تقصیر عمدی و در حکم عمد، شرط عدم مسئولیت باطل است تعارض و برخورد شرط مزبور با نظم عمومی و در نتیجه، نامشروع بودن آن است؛ زیرا در جوامع منظم و قانون مند امروزی هیچ شخصی حق ندارد با تمسک به قراردادی که به نفع خویش منعقد ساخته است در ضرر زدن به سایر افراد

آزاد باشد و آزادی در اضرار به دیگری، مصداق بارز تجاوز به نظم عمومی است. به عبارت دیگر، دو طرف قرارداد همه شروط درج شده در ضمن عقد را بر این مبنا می پذیرند که در رفتار خود با یکدیگر از نیرنگ و تقلب بپرهیزند و با حسن نیت رفتار کنند. این بنای ضمنی، قید تراضی درباره شرط عدم مسئولیت نیز هست و تجاوز به عمد را از شمول آن خارج می کند. وانگهی، نظم عمومی و اخلاق نیز در تأمین اعتماد متقابل دو طرف به یکدیگر نفع مستقیم دارد و از تزلزل عهد موکدی که پایه قراردادها است جلوگیری می کند و جواز پیمان شکنی را به دست توانا نمی دهد تا به سود خود آن را به کار برد (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۴/۳۲۷).

تقصیرها عرفاً در حکم عمد محسوب گردد باز هم شرط عدم مسئولیت بی اثر است و مسئولیت وی را از بین نخواهد برد. با وجود این، اگر سنگینی تقصیر تنها اماره بر وجود قصد اضرار امین باشد در صورتی که او ثابت کند قصد اضرار نداشته است، باید آن را در زمره تقصیرهایی به شمار آورد که با شرط عدم مسئولیت از بین خواهد رفت. شرط عدم مسئولیت در موارد دیگری نیز باطل و بی اثر بوده و نامشروع تلقی می شود که مربوط به موضوع بحث ما نیست. اجمالاً این که در خسارات و زیان های وارد به شخص اعم از خسارت مربوط به سلامت جسمی یا آزادی و حقوق مربوط به شخصیت، نمی توان به صحت و نفوذ شرط مزبور قائل بود و این شرط فاقد هر گونه اثر حقوقی است. همچنین در موردی که شخص، مسئول فعل عمدی دیگران قرار می گیرد مانند مسئولیت کارفرما از اعمال کارگران هنگام کار یا به مناسبت آن، همین حکم جاری است.

نتیجه آن چه بیان گردید این است که اصولاً شرط عدم مسئولیت امین صحیح و نافذ است مگر در موردی که او به عمد یا آن چه در حکم عمد است باعث ورود خسارت به مال مورد امانت گردد یا مرتکب تقصیری سنگین و غیر قابل اغماض گردد که از نظر عرف در حکم عمد باشد. به عبارت دیگر، در موردی که امین مستقیماً مال را تلف می

کند (اتلاف) و نیز در جایی که عرفاً ورود ضرر منسوب به اوست (تسبیب) شرط عدم مسئولیت بی اثر بوده و باعث معافیت وی نخواهد شد و ضامن نقص و تلف مال است.

۴- شرط تقلیل مسئولیت امین

منظور ما از شرط تقلیل مسئولیت امین در این مبحث، همان شرط استثنای بعضی از اسباب عدم اجرای تعهد یا شرط استثنای بعضی از اسباب مسئولیت است. در بسیاری از قراردادها شرط می شود که پاره ای از اسباب عدم اجرای تعهد و به عبارت دیگر، برخی از اسباب ایجاد مسئولیت، از قلمرو مسئولیت قراردادی استثناء باشد. معنای این شرط آن است که طرف قرارداد یا همان متعهد، در آن موارد استثناء شده مسئول اجرا نشدن قرارداد یا خسارت وارده نیست. اگر این شرط تنها مواردی را استثناء کند که اوصاف قوه قاهره را داشته باشد، هیچ اثری جز تأکید ندارد و نظام قانونی مسئولیت را بر هم نمی زند؛ ولی در جایی که به رویدادهای دیگر نظر دارد، باید آن را از اقسام شرط کاهش یا تقلیل مسئولیت شمرد (همان، ۳۲۲/۴).

همان طور که اشاره شد شرط استثنای بعضی از اسباب مسئولیت، نوعی از انواع شرط تقلیل مسئولیت است و تفاوت آن با شرط عدم مسئولیت در این است که شرط اخیر الذکر، به طور کامل مشروطاً علیه را از مسئولیت و دادن خسارت معاف می کند ولی در شرط استثناء، مسئولیت متعهد فقط در موارد مشروط از بین می رود.

فقها در باب ودیعه، موجبات و اسباب ضمان امین (مستودع) را بر شمرده اند. اسباب ضمان امین شش مورد است که همگی آنها تحت عنوان تقصیر جمع می شوند. بدین مفهوم که اگر هر یک از این اسباب محقق گردد تقصیر رخ می دهد.

اولین سببی که موجب ضمان امین می شود، انتفاع است؛ یعنی چنان چه او مال مورد ودیعه را مورد استفاده و بهره برداری قرار دهد ضامن است؛ مانند این که لباس مورد امانت را بپوشد یا چهارپایی را که به عنوان امانت به وی سپرده شده است برای حمل بار و امثال آن به کار گیرد. دومین سبب ضمان، ایداع است؛ یعنی اگر مستودع، مورد امانت را نزد دیگری اعم از همسر، فرزند و خادمش، بدون وجود ضرورت و بی اذن مالک به

امانت بسپارد ضامن خواهد بود. سبب سوّم عبارت است از کوتاهی و تقصیر در دفع آن چه باعث از بین رفتن مورد امانت می شود؛ مانند آن که در علف دادن به حیوان به امانت سپرده شده کوتاهی نماید. سبب چهارم ضامن امین این است که خلاف کیفیتی که مالک برای حفظ مال تعیین کرده است عمل نماید؛ مثلاً اگر مکانی را برای استقرار مال تعیین کرده است بدون ضرورت آن را تغییر دهد. پنجمین سبب، ضایع گردانیدن مال است؛ مانند آن که مال مورد امانت را در جایی بگذارد که ظالم بتواند با قهر و غلبه آن را تصرف کند یا مال را در جایی قرار دهد که امکان سرقت آن وجود دارد. سبب ششم و آخرین سبب از اسباب ضامن امین، انکار کردن امانت است؛ یعنی چنان چه مالک مالش را مطالبه کند و امین منکر وجود مال نزد خویش گردد از زمان انکار، ضامن مال مورد ودیعه می باشد (علامه حلّی، ۱۴۱۳: ۱۸۴/۲ به بعد؛ کرکی، ۱۴۱۴: ۱۲/۶ به بعد؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۲۱۸/۱۷ به بعد).

منظور از شرط تقلیل مسئولیت امین یا شرط استثنای بعضی از اسباب مسئولیت، این است که در ضمن عقد ودیعه شرط گردد که امین در صورت تحقق یک یا چند مورد از اسباب ضامن که شرح آن گذشت، ضامن نباشد؛ یعنی مسئولیت او در موارد مشروط از بین برود. به عنوان مثال، در عقد ودیعه شرط گردد که اگر امین، مال مورد امانت را مورد استفاده و بهره برداری قرار دهد یا آن را نزد دیگری به امانت بسپارد یا خلاف کیفیتی که مالک برای حفظ مال تعیین کرده عمل نماید یا مال مورد امانت را از محلّ تعیین شده توسط مالک جابجا کند، ضامن نباشد. در مورد وضعیت شرط مزبور باید گفت که همچون شرط عدم مسئولیت، معتبر و نافذ است و هیچ تردیدی در مورد صحّت آن وجود ندارد.

شرط تقلیل مسئولیت و شرط عدم مسئولیت از نظر ماهیت یکسان هستند؛ هر دو از مسئولیت می کاهد، ولی در یکی بخشی از ضامن از بین می رود و در دیگری تمام ضامن؛ بنابراین هیچ تفاوت جوهری بین آن دو دیده نمی شود؛ فلذا باید گفت همان ادّله ای را که برای اثبات صحّت شرط عدم مسئولیت به کار بردیم مستند ما برای اثبات

نفوذ و صحّت شرط تقلیل مسئولیت امین نیز می باشد که از تکرار آن خودداری می گردد. همچنین لازم به ذکر است در مواردی که امین به عمد موجب ورود ضرر و خسارت به مال مورد امانت می گردد یا اعمالی را مرتکب می شود که عرفاً در حکم عمد است، شرط تقلیل مسئولیت وی باطل و بی اثر است و او را از مسئولیت معاف نمی کند؛ زیرا به دلیل برخورد و مخالفت با نظم عمومی، شرطی نامشروع تلقی می گردد و شرط نامشروع باطل است.

نتیجه گیری

در مورد شرط عدم مسئولیت امین، برخی از فقها قائل به بطلان شرط و عده ای دیگر معتقد به صحّت و نفوذ این شرط هستند. نتیجه حاصل از بررسی دیدگاه های ارائه شده در این زمینه آن است که شرط عدم مسئولیت امین، صحیح می باشد. قائلین به بطلان شرط، شرط عدم مسئولیت را نوعی ابراء تلقی کرده و آن را مصداق «ابراء مال می داند» می دانند و از اینرو رأی به عدم نفوذ آن داده اند. همچنین معتقدند که شرط مزبور، مخالف نظم عمومی بوده و نامشروع است. ولی در پاسخ به این دلایل و در مقام اثبات صحّت شرط عدم مسئولیت امین، باید گفت که این شرط، ابراء نیست؛ بلکه بدین معنی می باشد که چنان چه در آینده شرایط تحقق مسئولیت امین به وجود آمد (تعدي و تفریط)، آن مسئولیت حاصل نگردد؛ پس سقوط دین غیر موجود نیست. همچنین باید افزود که مسئولیت امین، ناظر به جبران خسارت خصوصی مالک است و ارتباطی به نظم عمومی ندارد و نمی توان ادعا نمود که به علت مخالفت با نظم عمومی، شرطی نامشروع است. دلایل دیگری نیز در این زمینه وجود دارد، از جمله این که شرط عدم مسئولیت مانند اذن مالک در اتلاف مال است و چون او با طیب نفس، احترام مالش را از بین برده، در نتیجه ضمانتی به بار نخواهد آمد.

در مورد قلمرو شرط عدم مسئولیت امین بر مبنای نظریه صحّت شرط، باید افزود: اصولاً شرط عدم مسئولیت امین، صحیح و نافذ است مگر در مواردی که او به عمد یا آن چه در حکم عمد است باعث ورود خسارت به مال مورد امانت گردد، یا مرتکب

تقصیری سنگین و غیر قابل اغماض گردد که از نظر عرف در حکم عمد می باشد. به عبارت دیگر، در موردی که امین مستقیماً مال را تلف می کند (اتلاف) و نیز در جایی که عرفاً ورود خسارت منسوب به اوست (تسیب)، شرط عدم مسئولیت بی اثر بوده و باعث معافیت وی نخواهد شد و ضامن تلف و نقص مال است.

اثر شرط عدم مسئولیت امین بر اساس نظریه صحت شرط نیز این است که وی در صورت ارتکاب تعدی و تفریط، ضامن تلف و نقص مال مورد امانت نمی باشد و به عبارت دیگر، شرط مزبور، سبب معافیت امین از مسئولیت ناشی از تقصیر می گردد.

منابع

- ابن طیّ فقعانی، علی بن علی بن محمد (۱۴۱۸ق)، الدر المنضود فی معرفه صیغ النیات و الایقاعات و العقود، قم: مکتبه امام العصر (عج) العلمیه.
- ابن قطّان حلّی، شمس الدّین محمد بن شجاع (۱۴۲۴ق)، معالم الدّین فی فقه آل یاسین، ج ۱، قم: مؤسسه امام صادق (ع).
- امامی، سید حسن (۱۳۳۴)، حقوق مدنی، ج ۲، تهران: مؤسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران.
- باریکلو، علیرضا (۱۳۹۰)، پیامدهای حقوقی تقصیر امین قراردادی، مطالعات حقوقی، ۱، ۵۳-۷۶.
- جبار گلباغی ماسوله، سید علی (۱۳۹۸)، چیستی شناسی ضمان از منظر فقه شیعه، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۲۰، ۳۰۱-۳۲۴.
- جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدّین بن علی (۱۴۱۰ق)، الروضه البهیة فی شرح اللّمعه الدمشقیه، ج ۴، قم: داوری.
- جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدّین بن علی (۱۴۱۳ق) مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، ج ۵، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدّین بن علی (۱۴۲۲ق)، حاشیه شرائع الاسلام، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۲)، ترمینولوژی حقوق، ج ۲۵، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- حسینی عاملی، سید جواد (۱۴۱۹ق)، مفتاح الکرّامه فی شرح قواعد العلامه، ج ۱۷، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

- حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۰ق)، ارشاد الازهان الی احکام الایمان، ج ۱، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق)، قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، ج ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۴ق)، تذکره الفقهاء، ج ۱۶، قم: مؤسسه آل البیت علیهم السلام.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۲۰ق)، تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه، ج ۳، قم: مؤسسه امام صادق (ع).
- حلی (فخرالمحققین)، محمد بن حسن بن یوسف (۱۳۸۷ق)، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، ج ۲، قم: اسماعیلیان.
- حلی (محقق)، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق)، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۲، قم: اسماعیلیان.
- طباطبائی حائری (صاحب ریاض)، سید علی بن محمد (۱۴۱۸ق)، ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل، ج ۹، قم: مؤسسه آل البیت علیهم السلام.
- عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی (۱۴۱۰ق)، اللعنه الدمشقیه فی فقه الامامیه، قم: دار التراث، الدار الاسلامیه.
- عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی (۱۴۱۴ق)، غایه المراد فی شرح نکت الارشاد، ج ۲، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶)، حقوق مدنی (قواعد عمومی قرار دادها)، ج ۴، ج ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۶)، حقوق مدنی (ضمان قهری - مسئولیت مدنی)، ج ۷، تهران: مؤسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹)، دوره حقوق مدنی - عقود معین (عقود اذنی - وثیقه های دین)، ج ۶، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۱)، دوره حقوق مدنی - عقود معین (معاملات معوض - عقود تملیکی)، ج ۱۱، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کرکی (محقق)، علی بن حسین (۱۴۱۴ق)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۶، ج ۲، قم: مؤسسه آل البیت علیهم السلام.

- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۰)، قواعد فقه ۲ (بخش مدنی)، چ ۱۱، تهران: سمت.
- موسوی بجنوردی، سید محمد (۱۴۰۱ق)، قواعد فقهیه، ج ۱، چ ۳، تهران: مؤسسه عروج.
- نجفی (صاحب جواهر)، محمدحسن (۱۴۰۴ق)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۲۷، چ ۷، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

Table of contents

Title	Page
■ Third-party protection through the relative nullity in... Elsan.Mostafa-Moradi.Abolrahim-Esari.Mahdi	7
■ The relativity of the abstract feature of negotiable ... Mirtaheri.Reza-Taherkhani.Hosein-Andarz.Davood	33
■ Stages and quality of people's control over the government ...	57
Rezvani Mofrad.Ahmad-Jafari Harandi.Mahdi	
■ The status of visiting graves in comparative jurisprudence	81
Pishdad.Sadegh-Molavi Vardanjani.Saeed-Fahim.Mohsen	
■ Jurisprudence and legal investigation of suicide in Iran's...	117
Ghaffari.Mojtaba	
■ Legal jurisprudence study of contraband transport...	139
Shafiyi Alavijeh.Ghasem-Nahadi Kashani.Ali	
■ The Study of Jurisprudential and Legal Foundations of...	169
Navabi Moghadam.Zeynab-Zare. Ali-Yousefi Sadeghlo.Ahmad-Jamali. Jafar	
■ The Role of transgenic substances in the health security...	191
Hoseinikhah.Seyyed Javad-Pakniyat. Ashraf-Sarami. Seyfollah	
■ Analysis of Lazar and Laharaj conflict in the ...	217
Golgoon. Abdolkarim-Asadi Koohabad.Hormoz-Ahangaran. Mohammad Rasoul	
■ Ways to compensate for the loss of privacy in the laws of...	243
Rafiee.Ali-Abbasloo.Bakhtiyar-Amini.Esa	
■ Growth-oriented prevention of crimes related to social...	271
Dehghani.Rohollah-Sheydaein Arani.Mahdi-Mirkhalili.Seyyed Mahdi-Darabi.Shahrdad	
■ The effect of private contracts on the narrowing of the...	297
Masomei.Mohammad Mahdi-Esmaeili.Kimia	

Editorial Board

M.Abouata	Associate Professor of Semnan University
J. Omid	professor of Tehran University
A. IzadiFard	Professor of Mazandaran University
A. Bagheri	Professor of Tehran University
M. Jabbari	Associate professor of Semnan University
M. Sadeghi	Associate professor of Tarbiat Modares University
E. Goldouzian	Professor of Tehran University
H. Masjedsaraie	Associate Professor of Semnan University
H. Mehrpour	Professor of Shahid Beheshti University

- This journal has been presented to ISC, SID, Noormags institute.

Islamic Law and Jurisprudence Studies

Copyright: Semnan University

Director in Charge: Dr. Azim Hamzeian

Editor in Chief: Dr. Hamid Masjedsaraie

Assistant Director: Ali Borhani

Persian Editors: Dr. Hamid Masjedsaraie

Technical Adviser: Dr. Rahman Marefat

English Text Editor and Translator: Dr. Jafar Salmanzadeh

Publication Supervisor: Hamid Reza Moulaei

Publisher: Semnan University

Circulations: 150 copies

Address: Semnan, Semnan University, the Faculty of Humanities

Tele & Fax: 023-31532155

E-mail: Feqh@semnan.ac.ir

Domain Name: <http://feqh.journals.semnan.ac.ir>



SEM NAN UNIVERSITY

Islamic Law and Jurisprudence Studies

**Volum15, Consecutive Number 31,
Summer 1402**