بسم الله الرحمن الرحیم

فصلنامه ـ علمی تخصصی فقه پویا

صاحب امتیاز: انجمن علمی ـ دانشجویی فقه و مبانی حقوق اسلامی، پردیس فارابی دانشگاه تهران

سردبیر: احمد یوسفی دیزآوند

مدیر مسئول: ماهان سجود

مشاور علمی: دکتر حامد دژآباد

دبیر همکار و عضو مشورتی: علیرضا احسنی طهرانی

ویراستار، صفحه آرا و دبیر اجرایی: عباسعلی سیاسر جهانتیغی

همکار امور فرهنگی: مریم شریفی‌دانا

شماره: سوم، بهار و تابستان ۱۳۹۹

هیأت تحریریه

دکتر مسعود قربانی کندسری (مربی، دانشگاه غیرانتفاعی علامه حلی)
سید امیرحسین میرقاسمی (دانشجوی کارشناسی ارشد، دانشگاه تهران)
محمد جواد عباسی نژاد (دانشجوی کارشناسی ارشد، دانشگاه تهران)
ماهان سجود (دانشجوی کارشناسی، دانشگاه تهران)
احمد یوسفی دیزآوند (دانشجوی کارشناسی، دانشگاه تهران)
عبدالله رحیمی جاوید (دانش آموخته کارشناسی حقوق قضا، و سطح ۴ حوزه علمیه)
عباسعلی سیاسر جهانتیغی (دانشجوی کارشناسی، دانشگاه تهران)

نشانی: قم- ابتدای جاده قدیم تهران- پردیس فارابی دانشگاه تهران- انجمن علمی فقه و مبانی حقوق اسلامی

کد پستی: ۳۷۱۸۱۱۷٤٦۹ شماره تماس: ۰۲۵۳٦۱٦٦۳٤۱ تارنما مجله فقه پویا: feghhepouyasj.ut.ac.ir

استفاده از مطالب مجله با ذکر منبع مجاز است

حوزه فعالیت، اهداف، راهنمای تدوین و شرایط پذیرش مقالات

فصلنامه حاضر با رویکرد علمی تخصصی و در راستای ارتباط فقه و حقوق اسلامی با نگرش به پویایی فقه امامیه به عنوان نشریه علمی انجمن دانشجویی فقه و مبانی حقوق اسلامی پردیس فارابی دانشگاه تهران منتشر می‌شود. حوزه موضوعی مجله، فقه و حقوق با تأکید بر مباحث نو ظهور است که پس از داوری تخصصی، تأیید مسئولین نشریه و با توجه به ساختار تعریف‌شده در این راهنما، چاپ می‌شود. از نویسندگان محترم تقاضا می‌شود در تهیه و تنظیم مقالات خود، نکات زیر را رعایت فرمایند:

۱. مقاله در محیط نرم‌افزاری Word 2010

- اندازه کاغذ: A4
- حاشیه‌ها (بالا، پایین، چپ و راست): ۴ سانتی‌متر
- فونت عنوان مقاله: BTitr 14
- فونت متن: فارسی B Zar 12 و انگلیسی Times New Roman 10
- فونت در جدول و نمودار: فارسی B Zar 10 و انگلیسی Times New Roman 9
- حداکثر تعداد صفحات نباید از ۲۴ صفحه در همین فرمت بیش‌تر باشد.
- برای واژه‌ها و نام‌های خارجی، در حد امکان از معادل‌های فارسی مصطلح و مصوب استفاده کنید.
- در صورت نیاز به درج زیرنویس، همهٔ موارد فارسی به‌صورت راست‌چین با قلم BMitra و اندازهٔ ۱۰pt. و زیرنویس‌های لاتین به صورت چپ‌چین با قلم Times New Roman اندازهٔ ۹ pt. نوشته شوند.
- لطفا توجه فرمایید منابع خارجی داخل متن حتماً باید به فارسی نوشته شوند؛ ولی در بخش فهرست منابع به انگلیسی نوشته شوند.
- در فهرست منابع، ابتدا منابع فارسی به ترتیب حروف الفبا فارسی (B Zar 11) و سپس منابع انگلیسی به ترتیب حروف الفبای انگلیسی (Times New Roman 10) نوشته شوند.
- ضمناً منابع به صورت زیر نگارش شوند:

کتاب: نام خانوادگی، نام نویسنده(سال انتشار). عنوان کتاب، محل انتشار، نام ناشر.

مقاله: نام خانوادگی، نام نویسنده(سال انتشار). عنوان مقاله. نام مجله، دوره، شماره، شماره صفحات.

اگر مقاله یا کتاب بیش از یک نویسنده داشت بین اسامی نویسندگان ویرگول (،) گذاشته شود.

نویسندگان محترم می‌توانند مقالات خود را در سایت نشریه به آدرس feghhepouyasj.ut.ac.ir بار گذاری کنند.

فهرست مقالات

مطالعه تطبیقی موضوعیت داشتن روش دادرسی در فقه امامیه و حقوق اروپایی
.....۲_۱۲
مسعود قربانی کندسری
وضعیت شرط سرایت آثار عقد به قبل از عقد .....۱۳_۲۸
سیدامیرحسین میر قاسمی
مسئولیت مدنی ناشی از اقدامات خطرناک .....۲۹_٤۹
محمد جواد عباسی نژاد
ماهیت نقش نماینده در قراردادها.....۵۰_٦۵
ماهان سجود
واکاوی مسئولیت بیت المال در پرداخت دیه باتوجه به قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲
.....٦٦_۸۳
احمد یوسفی دیزآوند_عباسعلی سیاسر جهانتیغی
خسارت عدم نفع از منظر فقهی.....۸٤_۱۰٤
عبدالله رحیمی جاوید

سخن سردبیر

با وجود پشتوانه غنی و پر محتوا علم فقه در چهارده قرن اخیر، گذر تاریخ، تعالی فکر و اندیشه انسان ها و ترقی شیوه های زندگی؛ بسیاری از مسائل نو ظهور در جامعه اسلامی را ایجاد کرده است. بزرگترین رسالت فقه همواره تطبیق و تشریع احکام، متناسب با شرایط زمانه جامعه اسلامی با عنایت به اصول اسلامی بوده است؛ اما با وجود تلاش مکتب داران این علم، خلأ های بسیاری در جامعه فعلی هویداست که تلاش و نیروی بیش تری را برای پاسخ به این مسائل و شبهات می طلبد.

قدرت علمی و اجتماعی طلایه داران این علم در طول تاریخ بر هیچ کس پوشیده نیست و سیر تاریخی تطورات فقه شیعی همواره در کشاکش رکود و خیزش علمی در جریان بوده است؛ اما امروزه علم فقه با وجود این همه توانایی بالقوه در مسائل گوناگون، گویا در مسیر نوگرایی و بازنگری احکام، فرآیندگندی در پیش گرفته است و سبب بی اعتنایی و تجرا نگاری این علم شده است.

فقه اسلامی به عنوان مصدر اصلی بسیاری از علوم کنونی در حوزه علوم انسانی، با این که از قدمت و طول عمر برخوردار است؛ همواره شانه به شانه علوم و مکاتب غربی، حضور بسیار چشمگیری داشته است و بی تردید در طول تاریخ و در شرایط گوناگون از نظر عقلی و منطقی از این مکاتب و جوامع پیش گام بوده است. زمانی که در جوامع غربی نشانه های مدنیت به ندرت دیده می شد؛ فقه اسلامی به عنوان علمی جامع، دارای بالاترین ارزش ها و آرمان های اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی، سیاسی و حقوقی بود. سیر ساکن و ایستای مباحث علم فقه در سده اخیر نباید مورد اتهام عناوینی همچون تحجر، کهنه گرایی و عدم پاسخگویی به مسائل روز قرار گیرد. بنابراین در این دوره بیش از هر زمانی با شکل گیری تفکرات رنگارنگ، پوچ و ظهور و بروز تنگناها و مشکلات متنوع، حضور پویا، مستحکم و بادغدغه این علم به پشتوانه علما و دانش پژوهان آن احساس می شود.

احمد یوسفی دیزآوند

فقه پویا
شماره سوم
صص ۱۲-۲

مطالعه تطبیقی موضوعیت داشتن روش دادرسی در فقه امامیه و حقوق اروپایی

مسعود قربانی کندسری [۱]

چکیده

اصل قانونی بودن آیین دادرسی کیفری، در تمام فرآیند دادرسی جریان دارد. ورود به فرآیند دادرسی مستلزم دو پیش¬فرض است: یکی وجود جهل موضوعی و دیگری بررسی برای خروج از این جهل. تفکّر اروپایی و اسلامی در پیشفرض نخست مشترک؛ امّا در پیشفرض دوم دارای اختلاف در روش است. از آن‌جا که فرآیند دادرسی به صفت اصل قانونی بودن موصوف است؛ نهی به این ضوابط از سوی قانون گذار حمل بر فساد می‌شود؛ ولو این که قانون گذار صراحتاً چنین فسادی را پیش بینی نکرده باشد؛ امّا در فقه امامیّه، با تأکید بر مقام دادرس و اختیارات وسیع وی، ظهور نهی در فساد به نظر او وابسته است مگر درجایی که شارع به صراحت نهی را ظهور در فساد بداند که در این صورت، اجتهاد در مقابل نص جایز نیست. در حقوق اروپایی، تأکید بر ساختار و سازمان دادرسی جلوه بیش تری یافته است. در مقابل، در فقه امامیّه این تأکید بر شخص (مقام دادرس) بیش تر متجلّی شده است. در حقوق اروپایی در چنین ساختار و سازمانی، تعدّد مراحل دادرسی (تفکیک عرضی دادرسی) پیش بینی شده است که مستلزم تفکیک موضوعی مراحل دادرسی و ضوابط ناظر بر آن است.

واژگان کلیدی: موضوعیت، روش دادرسی، فقه امامیه، حقوق اروپایی.

---

۱ دکتری فقه ومبانی حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی واحد سمنان و مربی دانشگاه علامه حلی
رایانامه؛ **masoudghorbani191@gmail.com**

۱. مقدمه

انسان ها موجوداتی مدنی الطبع هستند که ناگزیرند برای بر آوردن حاجات و دفع ضرر از خود باهم نوعان تعامل و زندگی کنند؛ در نتیجه انسان باید با هم نوع خود ارتباط مستمر و دایم داشته باشد. در مسیر این ارتباطات، تبعاً هریک از اشخاص دارای حقوق و تکالیفی است که رعایت قواعد و قوانین آن به منظور حفظ اجتماع از هرج و مرج، الزام آوراست. در این فرآیند، گاهی به دلایل مختلف، حقوق اشخاص در تعارض با یکدیگر قرار می‌گیرند و بدین لحاظ جامعه انسانی به منظور حفظ حریم و رعایت حقوق و جلوگیری از تجاوز به حقوق یکدیگر از ابتدا قواعد و مقرراتی را ترسیم کرده که در قالب عرف و رویه اجتماعی بر روابط خود حاکم می گرداند (شریفی و رفیعی مقدم،۱۳۹۱، ج۱، ص ۱۷).

اصل قانونی بودن آیین دادرسی کیفری، در تمام فرآیند دادرسی جریان دارد. ورود به فرآیند دادرسی مستلزم دو پیشفرض است: یکی وجود جهل موضوعی و دیگری بررسی برای خروج از این جهل. تفکّر اروپایی و اسلامی در پیشفرض نخست مشترک؛ امّا در پیشفرض دوم دارای اختلاف در روش است؛ به این معنا که، در تفکّر اروپایی، روش بررسی برای خروج از جهل موضوعی دارای موضوعیّت بوده و به عبارتی، علاوه بر کشف حقیقت، روش رسیدن به آن نیز اهمیّت دارد؛ به طوری که عدم رعایت آن به نقض بررسی ها و عدم اعتبار فرآیند دادرسی منجر می‌شود؛ امّا در تفکّر اسلامی (فقه امامیّه)، روش مذکور دارای طریقیّت است و به عبارتی، صرف کشف حقیقت دارای اهمیّت بوده و عدم رعایت روش مزبور به نقض بررسی ها و عدم اعتبار فرآیند دادرسی منجر نمی‌شود (آشوری و موحد، ۱۳۹۶، ص ۳).

عدم موضوعیّت پیش فرض دوم در تفکّر اسلامی، بر دو دلیل عمده مبتنی است: یکی آن که حکومت اسلامی بر پایه تشیع به اندازه حکومت دموکراتیک اروپاییان، حکومتداری نکرده است؛ به همین دلیل، فقه امامیّه در حوزهٔ حقوق ماهوی بسیار غنی تر است از حقوق شکلی که تنها در باب قضا (فرآیند دادرسی) و شهادات (ادلّهٔ اثبات) عنوان شده است. در مقابل، حقوق اروپایی، در حوزهٔ حقوق شکلی بسیار غنی تر از حقوق ماهوی است؛ زیرا حقوق شکلی در جهت حقوق و آزادی های افراد گام بر می دارد؛ درحالی که حقوق ماهوی در خلاف جهت آن است و از این رو، باید تا می‌توان بر گستره حقوق شکلی افزود و از تورم حقوق ماهوی کاست. دلیل دیگر آن که برخلاف حقوق اروپایی که در آن بیش تر بر ساختار و سازمان دادرسی تاکید است و عدالت در فرآیند دادرسی را بر عدالت قاضی ترجیح می‌دهد؛ در فقه امامیّه، بر شخص و مقام رسیدگی کننده تاکید بیش تری است و عدالت قاضی را بر عدالت در فرآیند دادرسی ترجیح می دهد. به همین دلیل، در حقوق اروپایی، دقّت نظر در ایجاد فرآیند دادرسی عادلانه و توجّه به اصول حاکم بر آن، بیش تر از انتخاب قاضی عادل اهمیّت دارد؛ چه آن که در این تفکّر فرض بر این است که چنان چه ساختار و سازمان دادرسی عادلانه باشند، مقام قضایی خود به خود در چنین شرایطی تصمیم عادلانه اتخاذ می کند؛ امّا در مقابل، در فقه امامیه دقت نظر در انتخاب قاضی عادل، از ایجاد یک فرآیند دادرسی عادلانه اهمیت بسیار بیش تری دارد. به طوریکه شرایطی که در فقه امامیه برای قاضی برشمرده

اند، در معدود افرادی می توان یافت؛ چه آن که در این تفکّر نظر بر این است که چنانچه قاضی عادلی را انتخاب کنید، با چنین قاضیی، خودبه خود دادرسی عادلانه شکل می‌گیرد. با توجه به مطالب ذکر شده هدف از این پژوهش مطالعه تطبیقی موضوعیت داشتن روش دادرسی در فقه امامیه و حقوق اروپایی می‌باشد.

۲. اصول دادرسی

در نظام های دادرسی کیفری، از زمان ارتکاب جرم در جامعه تا کشف آن توسط مقامات مسئول انتظامی و قضایی و شناسایی و تعقیب مظنونان و متهمان و سپس تحقیقات مقدماتی درباره جرم و شیوه محاکمه متهمان و اعمال مجازات قانونی در صورت احراز مجرم بودن آنان؛ مجموعه مقرراتی حاکم است که اصطلاحا «آیین دادرسی» نامیده می‌شود.

اصول دادرسی کیفری بنیان های محکم و استواری است که مانع انحراف مسیر دادرسی از اجرای عدالت می‌شود. این اصول براساس اصل احترام و حمایت از کرامت انسانی وضع شده است. عنایت به اصول مزبور موجب می‌شود که افراد شرافتمند و بی گناهی که به ناروا تحت تعقیب کیفری قرار گرفته‌اند، به رفع و دفع اتهام از خود بپردازند و اعاده حیثیت کنند. اصول دادرسی کیفری از یک سو موجب تضمین حقوق و آزادی های فردی شهروندان و از سوی دیگر، باعث دفاع از حقوق جامعه در برابر رفتار مجرمانه و تثبیت نظم عمومی می‌شود. اصول مزبور که از همان آغاز کشف جرم تا زمان شناسایی و تعقیب متهم و چگونگی بازجویی و تحقیق از او و سرانجام کیفیت اعمال مجازات قانونی بر وی در صورت احراز مجرم بودن توسعه یافته؛ متنوع و متعدد است. برخی از اصول دادرسی کیفری عبارتند از: اصل تساوی افراد در مقابل قانون و دادگاه‌ها، اصل قانونی بودن دادرسی، اصل علنی بودن رسیدگی و محاکمه، اصل منع شکنجه متهمان در اثنای تحقیقات و محاکمه و اصل دو درجه‌ای بودن رسیدگی (ضرغامی و مهرا، ۱۳۹۴، ص۴۱).

۳. تبیین جایگاه علم دادرس

علم قاضی در عداد دلایل اثبات امور مدنی نیامده است و تنها در بعضی از مواد قوانین کیفری، به عنوان دلیل اثباتی جرایم خاصی مورد تصریح قانون گذار قرار گرفته است. لذا به رغم این که دیدگاه مشهور فقهی در مورد حجیت علم قاضی، اعتبار به صورت مطلق است؛ با توجه به نظام دلایل قانونی و عدم تصریح قانون گذار به حجیت علم قاضی در امور حقوقی، به سادگی نمی‌توان به حجیت آن به عنوان دلیلی مستقل، برای اثبات امر مدنی قائل شد البته با توجه به این که رویکرد قانون گذار ایرانی، مانند قانون گذار فرانسه و اغلب کشورهای دنیا به این مسئله بوده است که دغدغه اصلی خود در دادرسی را، کشف واقع قرار دهد و همان طور که در ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مصوب ۱۳۱۸ ه ش، این اراده خود را تصریح و در ماده ۱۹۹ قانون آیین دادرسی ۱۳۷۹ نیز به گونه ای دیگر آن را تبیین کرده است؛ دیگر نمی‌توان پذیرفت که نظام دلایل قانونی به همان شدت و حدت سابق مورد نظر نظام دادرسی و مقنن ایرانی

می‌باشد؛ چرا که قانون گذاران ایران به خوبی دریافتند که تنها راه رسیدن به کمال مطلوب دادرسی، کشف حقیقت عینی است و با کشف این حقیقت مطلق است که عدالت مدنی محقق خواهد شد و در نتیجه دستیابی به این حقیقت، دیگر در انحصار دلایل قانونی نخواهد بود و باید برای رسیدن به نتایج دقیق تر و ملموس تر در دادرسی ها از کلیه دلایل اثبات دعوا بهره جست (پوراستاد، ۱۳۸۹،ج ۲، ص۴۹). بنابراین، ضمن پذیرش نظام دلایل قانونی در زمان حاضر، باید برای علم قاضی اهمیت بیش تری نسبت به سابق قائل بود. از جهت دیگر، چون قانون گذار به حجیت علم قاضی به صورت مستقل تصریح نکرده است؛ علم خارج از ادله اثباتی معتبر نبوده و تنها، علم ناشی از ادله مورد تأیید مقنن قرار گرفته است. به هر صورت، نمی‌توان از علم دادرس به اطلاق چشم پوشید و انسانی عدالت گستر را به ماشین پذیرش ادله قانونی و مامور اجرای قانون و اعمال اصول دادرسی و اثبات تبدیل کرد و قاضی جاهل نسبت به واقع را که بی چون و چرا، به مقتضای ادله قانونی رسیدگی می‌کند و از علم خود چشم می‌پوشد، مجری واقعی عدالت دانست.

۴. مقامات دادرسی

نخستین قواعد آیین دادرسی در اسلام آیاتی از قرآن مجید است. قرآن دادرسی را بر دو اصل احقاق حق و اجتناب از هوای نفس مبتنی می‌داند: «ای داوود! تو را در زمین خلیفه قرار دادیم؛ پس میان مردم بر پایه حق داوری کن و از خواهش نفس پیروی مکن» و درباره داوری میان نامسلمانان فرموده است: «...هرگاه برای داوری پیش تو آیند [اگر خواهی] میان آنان داوری کن، یا از آنان روی برگردان...اگر داوری کردی به داد داوری کن، زیرا خداوند دادگران را دوست دارد».

در فقه امامّیه، تفکیک مقامات قضایی در عرض و طول دادرسی، پیش بینی نشده است و به عبارتی، قاضی به عنوان مقام واحد، عهده دار امر تعقیب و تحقیق و رسیدگی بدوی و تجدیدنظر است، مگر در مواردی که مجتهد اعلمی وجود داشت و او رسیدگی تجدیدنظر را انجام می داد. علّت آن این است که در فقه امامیّه برخلاف حقوق اروپایی، تجمیع قدرت در یک مرجع، با پیش فرض وجود شرایط فقهی برای قاضی بسیار بعید است که به لغزش و سوءاستفاده از حق منتهی بشود تا به تفکیک مرجع در فقه احساس نیاز شود. بنابراین، رسیدگی در فق ه امامیّه برخلاف حقوق اروپایی که بر اصل تعدد مقام قضائی بناشده است، بر «وحدت قاضی» مبتنی است. به این ترتیب، آنچه بیش تر مورد تأکید فقه امامیّه قرارگرفته است، «مقام دادرس» است، نه «مرجع دادرسی» و وجود شرایط فقهی در مقام دادرس از «موضوعویت» برخوردار است (قربانی، ۱۳۹۱،ج ۱، ص ۳۸).

در حقوق اروپایی، مقامات دادرسی دارای چهار خصیصه اند: نخست این که اصولاً مقامات دادرسی از «صفت تعدد» برخوردارند. مراد از تعدد مقامات، هم به مراجع بدوی و هم به مراجع تجدیدنظر ناظر است. به این ترتیب، حتّی مرجع قضائی واحد نیز می تواند از تعدد مقام قضائی بهره برد.

دوم، بر این مقامات «تفکیک موضوعی وظایف» لحاظ می‌شود، بدین صورت که موضوع تعقیب بر عهدهٔ دادستان و موضوع تحقیق بر عهده بازپرس و موضوع رسیدگی و صدور حکم بر عهدهٔ دادرس است.
علاوه بر تفکیک، این مقامات بایست نسبت به یکدیگر از «صفت استقلال» برخوردار باشند. به این ترتیب، علاوه بر موضوعیّت مراجع دادرسی، رسیدگی از طریق مقام خاص نیز از «موضوعویت» برخوردار است.
سوم، این مقامات مشمول «تفکیک بر اساس تخصص و تجربه» می شوند. چهارم، مقامات دادرسی از «سلسله مراتب» برخوردارند. این سلسله مراتب دو خصیصه دارد: نخست، این سلسله مراتب مبتنی بر «تفکیک عرضی و طولی» مبتنی هستند و علاوه بر موضوعیّت هر یک از مقامات دادرسی، ترتیب و توالی هر یک از آن ها نیز از «موضوعیت» برخوردار است. به این ترتیب، دادرس نمی تواند بدون انجام تحقیقات مقدماتی توسط بازپرس وارد رسیدگی شود.

۵. درجات دادرسی

در فقه امامیّه، اصولاً درجات دادرسی وجود ندارد و نقض رأی نخستین قاضی، اگر رأی، درست و شرعی صادرشده باشد و قاضی صلاحیت و ویژگی های دادرسی را داشته باشد، حرام است؛ مگر در سه مورد نخست: هر رأیی که نخستین قاضی صادر کرده است و قاضی دوم، نادرستی و اشتباه در آن ببیند، می‌تواند آن را نقض کند و طبق اجتهاد خود دوباره انشای رأی کند. دوم هرگاه خواهان و خوانده دعوا به رسیدگی مجدد از رأیی موافقت کنند که نخستین قاضی آن را صادر کرده است؛ هرچند رأی نخست بر پایهٔ اصول درست و شرعی صادرشده باشد. سوم، رسیدگی مجدد به دعوای مدنی که به زندانی شدن محکوم علیه منجر شده است واجب است؛ هرچند محکوم علیه زندانی ادعا نکند که نخستین قاضی از روی نادرستی و ستم علیه او رأی داده است. در این صورت، همین که نادرستی رأی نخستین قاضی آشکار شد، قاضی دوم آن را نقض و رای جدید صادر می‌کند(آشوری، ۱۳۸۸، ج۱،ص ۲۵۹).
در خصوص رسیدگی مجدد از سوی قاضی دوم در مواجهه با فساد در رأی نخستین قاضی؛ بحثی نیست؛ اما در خصوص این که نخستین قاضی نیز می‌تواند رسیدگی مجدد انجام دهد یا خیر، دو دیدگاه وجود دارد؛ نخست این که رسیدگی مجدّد توسط نخستین و دومین قاضی اطلاق دارد و از طرفی، قیاس اولویت گویای آن است که در «اشتباه» که بر «سهو» مبتنی است، امکان رسیدگی مجدد از سوی نخستین و دومین قاضی وجود دارد، حال آن که در «فساد» که بر «قصد» مبتنی است چنین امکانی به طریق اولی باید برای نخستین قاضی وجود داشته باشد. دوم این که از شرایط قضاوت در فقه امامیّه «عدالت» است که با کشف فساد، این صفت از قاضی سلب می‌گردد و از آنجا که دادرسی با این صفت موضوعیّت می‌یابد، با سلب و عدم احراز آن، رسیدگی مجدد (که خود رسیدگی جدیدی است) از سوی نخستین قاضی، امکان پذیر نیست. به این ترتیب، یا نخستین قاضی باید از دومین قاضی درخواست رسیدگی مجدد کند و یا این که هرگاه قاضی دوم به کشف فساد پی برد، به رسیدگی مجدد بپردازد (آخوندی، ۱۳۸۲، ج۱،ص ۱۹).

در حقوق اروپایی، درجات دادرسی همانند مراحل دادرسی بر پنج معیار مبتنی است، با این تفاوت که سلسله مراتب دادرسی بر « تفکیک طولی» مبتنی است. به سخن دیگر، درجات دادرسی مستلزم ورود به مرحلهٔ بالاتر است. از طرف دیگر، «تفکیک موضوعی» به معنایی که در مراحل دادرسی وجود داشته است در این جا وجود ندارد. به سخن دیگر، درجات دادرسی شامل رسیدگی به همان موضوعی است که در مرحلهٔ پائین تر صورت گرفته؛ با این تفاوت که در درجهٔ اوّل و دوم، رسیدگی «ماهوی و شکلی» و در درجهٔ بعدی، رسیدگی «صرفاً شکلی» (در دیوان عالی کشور) است. به این ترتیب؛ تا زمانی که دادرسی در درجات بالاتر صورت نپذیرد، رسیدگی و رأی صادره از «قطعیت» برخوردار نیست.

در حقوق اروپایی، درجات دادرسی، موضوع دو نوع نگرش قرارگرفته است. برخی با اساس این حق به مخالفت پرداخته و آن را با اصل نهایی بودن احکام مغایر دانسته اند. درجات دادرسی در نظر این گروه، اصل نهایی بودن احکام را که هدف اصلی دادرسی است، به تأخیر می‌اندازد. در مقابل، عده ای دیگر بر آنند که مقامات قضایی نیز باوجود تربیت علمی و عملی، همانند سایر افراد در معرض جهل و تردید که منشأ اشتباه است، قرار دارند و ضعف نفس و اغراض که منشأ لغزش و بی عدالتی است، در ایشان نیز وجود دارد. علاوه بر این، اختلاف سلیقهٔ دادرسان و صدور احکام مختلف در موضوع واحد نیز غیرقابل انکار است. پذیرش درجات دادرسی این نواقص را جبران می‌کند. به هر حال، اگرچه درجات دادرسی در مواد کنواسیون اروپایی حقوق بشر ۱۹۵۰ به صراحت بیان نشده است؛ اما در ماده ۲ پروتکل شماره ۷ این کنوانسیون مورد توجه قرار گرفته است.

به این ترتیب، فقه امامیه در موضوع تعدد درجات دادرسی نسبت به حقوق اروپایی رویکرد متفاوتی دارد. نخست: در فقه امامیه «اصل بر عدم پذیرش درجات دادرسی» است و استثنای مورد پذیرش، ناظر به «مقام تجدیدنظر» است که باید قاضی اعلم نسبت به قاضی صادرکنندهٔ رأی یا خود قاضی صادرکنندهٔ رأی باشد؛ اما در حقوق اروپایی «اصل بر پذیرش درجات دادرسی» است و استثنای آن، به «نوع رای» ناظر است؛ به طوری که تمایل به تجدیدنظر آرا، نسبت به جرائم سبک وجود ندارد. دوم، «قاعدهٔ فراغ دادرس» در فقه امامیّه جاری نیست و خود مقام قضائی نیز میتواند رأی خود را نقض یا اصلاح کند؛ امّا در حقوق اروپایی رأی مقام قضایی مشمول «قاعده فراغ دادرس» می شود. سوم، در فقه امامیّه با توجّه به مباحثی که گذشت، تجدیدنظر تنها ناظر به «رسیدگی ماهوی» است؛ امّا در حقوق اروپایی رسیدگی اعم از ماهوی و شکلی و در برخی موارد صرفاً شکلی است(ساکت، ۱۳۸۲، ج۲، ص۵۷). چهارم، اثر تعلیقی در فقه امامیّه به نظر قاضی واگذارشده است و او در این مورد « اختیار مطلق» دارد؛ امّا در حقوق اروپایی اثر تعلیقی با توجّه به سازوکار تعریف شده خود به خود بر رأی صادره بار می‌شود و قاضی در این زمینه اختیاری ندارد. پنجم، اثر انتقالی در فقه امامیّه به معنایی که در حقوق اروپایی مطرح است؛ مبنی بر این که سبب انتقال پرونده دعوی از یک مرجع بدوی به یک مرجع تجدیدنظر می‌شود (و لازمهٔ آن بررسی یک مقام با تخصّص و تجربهٔ بیشتر است) مطرح نیست و چه بسا قاضی بدون رسیدگی انتقالی، خودش رأی صادره را نقض کند.

ششم، در فقه امامیّه، رسیدگی مجدّد مبتنی بر قطع رسیدگی کننده یا قاضی مجتهد دیگر، اگر «قطع» بر فساد یا اشتباه داشته باشد، رسیدگی مجدّد را انجام می دهد و این رسیدگی به تغییر رأی منتهی می‌شود، درحالی که در حقوق اروپایی، صرف «احتمال» بر فساد یا اشتباه موجبی برای رسیدگی مجدّد است و حتّی ممکن است رأی صادره بدوی تأیید شود.

به این ترتیب، رسیدگی مجدد در فقه امامیه بر تشخیص شخصی (موردی) قطعی و در حقوق اروپایی بر ضابطهٔ نوعی احتمالی مبتنی است. هفتم، تجدیدنظر در حقوق اروپایی به نظم عمومی ناظر است و اصولاً توافق طرفین بر آن تأثیری ندارد؛ درحالی که در فقه امامیّه، رسیدگی مجدّد اصولاً متأثّر از توافق طرفین است. هشتم، در فقه امامیه رسیدگی مجدد بر مدت زمان مشخصی مبتنی نیست و به عبارتی، تجدیدنظر از سوی قاضی، مشمول مرور زمان قرار نمی گیرد؛ حال آن که در حقوق اروپایی، تجدیدنظر از سوی طرفین دعوای کیفری، بر مدت زمان مشخصی مبتنی بوده و مشمول مرور زمان قرار می‌گیرد. نهم، در خصوص توالی تجدیدنظر، حقوق اروپایی تنها یک مرتبه رسیدگی پژوهشی را موردپذیرش قرار می‌دهد؛ حال آن که در فقه امامیه، در خصوص این که تنها یک مرتبه رسیدگی مجدد وجود دارد یا در صورت کشف فساد یا اشتباه، به طور متوالی می توان چنین رسیدگی‌یی انجام داد، بیش تر به توالی رسیدگی مجدّد نظر دارند. دهم، در حقوق اروپایی رسیدگی مجدّد نیازمند درخواست ذینفع است؛ حال آن که در فقه امامیّه، رسیدگی مجدّد، اصولاً به تشخیص قاضی وابسته است.

۶. مراحل دادرسی

سیر تحوّل قانون‌گذاری در حقوق موضوعه از سال ۱۳۷۳ تا سال ۱۳۸۱، نشان‌دهنده اِعمال تفکّر فقهی و پس از سال ۱۳۸۱ در جهت حرکت به‌سوی حقوق عرفی به‌مثابهٔ قبل از سال ۱۳۷۳ است.

اعاده دادرسی اگرچه راهی قانونی برای رسیدگی مجدد به پرونده های است که به صدور حکم منجر شده است؛ این طریق، مسیری نیست که به طور عام نسبت به هر پرونده ای و یا هر نوع حکمی مفتوح و باز باشد. در واقع اعاده دادرسی را آن چنان که مسلمی به همین نام است؛ باید طریقی غیر معمول و فوق العاده خواند با این کیفیت، فوق العاده بودن این نوع از دادرسی موجب می گردد که لاجرم قیودی قانونی را برای این طریق شناخته و بر آن لگام زنیم. به بیانی دیگر، اعاده دادرسی را باید یکی از طریق قوق العاده شکایت از آرا خواند. اعاده دادرسی از آن رو مرتبه عالی و فوق العاده دارد که پس از طی مراحل عادی رسیدگی به پرونده و قطعیت حکم دادگاه، قابلیت طرح پیدا می کند. به همین رو با این طریق فوق العاده قرار است که اعتبار امر مختوم که نسبت به حکم قطعی صادره از دادگاه، شمولیت یافته، عندالاقتضا و در صورت وجود و احراز یکی از جهات اعاده دادرسی مورد تردید قرار گرفته و با الغای حکم قطعی معترض عنه، منتفی گردد (کاوه، شیری و حمزه هویدا، ۱۳۹۷،ص ۱۸).

در فقه امامیه، «تعدد و تفکیک عرضی و موضوعی» مراحل دادرسی و همچنین «سلسله مراتب» آن، پیش بینی نشده و به عبارتی، مراحل دادرسی یک مرحله ای است. البته، این به این، بدان معنا نیست که تعقیب و تحقیقی از سوی قاضی صورت نمی گیرد، بلکه به این معنا است که قاضی در مرحلهٔ ایی واحد و بدون تفکیک مراحل دادرسی، تعقیب و تحقیق و رسیدگی را انجام می دهد. همچنین، «ضوابط» حاکم در دادرسی دارای موضوعیت هستند و قاضی مجتهد اسلامی برخلاف قاضی متخصّص اروپایی، دارای اختیار بیش تری است. به دیگر سخن، قاضی با اختیارات وسیع تر خود، فرآیند دادرسی را پیش می برد و برخلاف قاضی اروپایی که در جهت فرآیند دادرسی حرکت می کند، خود به فرآیند دادرسی جهت می دهد. درنتیجه، برخلاف حقوق اروپایی که خروج از جریان فرآیند دادرسی (به علّت موضوعیّت داشتن آن) به بی اعتباری فرآیند دادرسی منتهی می‌شود، در فقه امامیّه، اصولاً، خروج از جریان فرآیند دادرسی، بنا به فرض وجود شخص قاضی مجتهد، به بی اعتباری فرآیند مذکور منتهی نمی‌شود (شمس، ۱۳۸۹، ج۱، ص۱۲).

در مواردی نیز که نهی شارع وجود دارد جمع بین چنین نهی یی و اختیارات وسیع قاضی مجتهد، ایجاب می‌کند که ظهور نهی در فساد بسته به نظر قاضی باشد، مگر استثنائاً در مواردی که نهی صریح شارع بر فساد آن باشد که در این صورت، اجتهاد در مقابل نص جایز نبوده و با استناد به قاعده «دلالت نهی بر فساد منهی عنه». به بی اعتباری فرآیند دادرسی حکم می‌گردد (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۷، ج۱،ص ۸۹).

در حقوق اروپایی، مراحل دادرسی بر پنج معیار مبتنی است: نخست؛ دادرسی مرحله ای بوده و از «صفت تعدد» برخوردار است. دوم؛ مراحل دادرسی بر « تفکیک عرضی» مبتنی هستند. به سخن دیگر، مراحل دادرسی در ابتدا، بایست بدون ورود به درجهٔ بالاتر طی شوند. سوم؛ این مراحل بر «تفکیک موضوعی» مبتنی هستند. مراحل دادرسی شامل پنج مرحله: کشف جرم، تعقیب متهم، تحقیقات مقدماتی، رسیدگی و صدور حکم و اجرای حکم است. چهارم؛ مراحل دادرسی از «سلسله مراتب» برخوردار اند. به سخن دیگر، علاوه بر موضوعیت هر یک از مراحل دادرسی، ترتیب و توالی هر یک از آن ها از موضوعیّت برخوردار است. به این ترتیب، چنانچه در فرآیندی ابتدا حکم صادر شود و سپس تحقیقات انجام پذیرد، یا ابتدا اجرای حکم نموده و سپس حکم صادر شود و...، چنین فرآیندی بی اعتبار است. از طرف دیگر، چنان چه اقدامات نقض شده، سبب بطلان هر مرحله ای شود، اثر آن نسبت به آتیه است.

از این رو، چنانچه مرحلهٔ تحقیقات به واسطهٔ نقض اقدامات انجام شده در آن باطل گردد و مرحلهٔ بعدی که رسیدگی و صدور حکم است، بر اساس چنین مرحله ای شکل گیرد؛ از آن جا که بر پایهٔ مرحلهٔ باطلی شکل گرفته است، مرحلهٔ رسیدگی و صدور حکم نیز به بطلان محکوم است؛ امّا به مرحلهٔ قبل از خود، اثر ندارد. به این ترتیب، در مثال مذکور، به مرحلهٔ تعقیب خللی وارد نمی شود. پنجم؛ بر این مراحل دادرسی «ضوابطی» حاکم است. ضوابط حاکم بر مراحل دادرسی نیز دارای موضوعّیت است و اقدامات مقامات مربوط باید در جهت پیروی از این ضوابط باشد. در حقوق اروپایی این ضوابط مشمول اصل قانونی بودن

است و عدم رعایت آن، اصولاً به بی اعتباری مراحل دادرسی منجر و در مواردی نیز تخلّف محسوب می‌شود(شریفی و رفیعی مقدم، ۱۳۹۱، ج۱، ص۸۲).

۷. مراجع دادرسی

در فقه امامیّه، تفکیک مراجع قضایی در عرض و طول دادرسی، پیش بینی نشده است. فقه امامیّه، علاوه بر طریقیّت در «مراحل و درجات دادرسی» با طریقیّت در «مراجع دادرسی» نیز مواجه است؛ به طوری که فقدان مرجع دادرسی مشخص، بر فرآیند دادرسی و مراحل آن هیچ خللی ایجاد نمی‌کند. در دادرسی اسلامی مکان ویژه ای برای رسیدگی تعیین یا سفارش نشده است. قاضی حتّی می‌تواند از خانهٔ خود به عنوان دادگاه بهره گیرد. گزیدن مسجد برای برپایی جلسات دادرسی، یکی از آن رو بوده که مردم بومی و بیگانه آسان تر می توانسته اند برای دادرسی به آن جا روند و از سوی دیگر، مسجد از دید گوناگون تهمت ها و بدگمانی ها، نسبت به مکان های دیگر، دور و برکنار است. همچنین قاضی می تواند حتی در خیابان و کوچه یه دانشگاه و مدارس به دادرسی بپردازد (کاتوزیان، ۱۳۹۰،ج۲، ص۴۴).

در حقوق اروپایی، مراجع دادرسی بر چهار خصیصه مبتنی هستند: نخست این که اصولاً مراجع دادرسی از «صفت تعدد» برخوردارند. مراد از تعدد مراجع، هم به مراحل دادرسی (مرجع تعقیب و تحقیق- رسیدگی) و هم به درجات دادرسی ناظر است. دوم؛ این مراجع بر «تفکیک موضوعی» مبتنی هستند. به این صورت که موضوع تعقیب و تحقیق بر عهده دادسرا و موضوع رسیدگی و صدور حکم بر عهدهٔ دادگاه است. در حقوق اروپایی، صرف تفکیک موضوعی مراحل و ترتیب و توالی آن، برای ایجاد فرآیند دادرسی عادلانه کافی نیست، بلکه باید برای تفکیک و عدم تجمیع قدرت در مرجع واحد، برای هر یک از مراحل دادرسی، مرجعی خاص لحاظ کنیم که تحت عنوان «اصل تفکیک مراجع قضایی» شناخته می شوند. علاوه بر تفکیک، این مراجع باید نسبت به یکدیگر از «صفت استقلال» برخوردار باشند. به این ترتیب، علاوه بر موضوعیت مراحل و درجات دادرسی و ترتیب و توالی آن، گذر از این مراحل و درجات در قالب مرجعی خاص از «موضوعیت» برخوردار است. سوم؛ این مراجع بر «تفکیک صلاحیتی» مبتنی هستند. این تفکیک ممکن است بر اساس دادرسی در حوزهای مشخص (صلاحیت محلی) و یا نوع جرم و مجازات (صلاحیت ذاتی) و یا شخصیت متهم (صلاحیت شخصی)، صورت گیرد. چهارم؛ مراجع دادرسی از «سلسله مراتب» برخوردارند. این سلسله مراتب از دو خصیصه برخوردار است: نخست؛ این سلسله مراتب بر «تفکیک عرضی و طولی» مبتنی هستند. دوم؛ علاوه بر موضوعیّت هر یک از مراجع دادرسی، ترتیب و توالی هر یک از آن ها از «موضوعیت» برخوردار است. به این ترتیب، دادگاه بدوی نمی تواند بدون رسیدگی اولیه در دادسرا وارد رسیدگی شود. همچنین دادگاه عالی هم نمی‌تواند بدون رسیدگی قبلی در دادگاه تالی، در رسیدگی ورود کند.

۸. نتیجه‌گیری

عدم موضوعیّت پیش فرض دوم در تفکّر اسلامی بر دو دلیل عمده است مبتنی: یکی آن که حکومت اسلامی بر پایه تشیّع به اندازهٔ حکومت دموکراتیک اروپاییان، حکومتداری نکرده است. به همین دلیل فقه امامیّه در حوزهٔ حقوق ماهوی از حقوق شکلی و شهادات بسیار غنی تر عنوان شده است. در مقابل، حقوق اروپایی، در حوزهٔ حقوق شکلی از حقوق ماهوی بسیار غنی تر است؛ زیرا، حقوق شکلی در جهت حقوق و آزادی های افراد گام برمی‌دارد، درحالی که حقوق ماهوی در خلاف جهت آن. از این رو، باید تا می‌توان بر گستره حقوق شکلی افزود و از تورم حقوق ماهوی کاست. دلیل دیگر آن که برخلاف حقوق اروپایی که در آن تأکید بیش تر بر ساختار و سازمان دادرسی است و عدالت در فرآیند دادرسی را بر عدالت قاضی ترجیح می‌دهد؛ در فقه امامیه، تأکید بیش تر بر شخص و مقام رسیدگی کننده است و عدالت قاضی را بر عدالت در فرآیند دادرسی ترجیح می دهد.

اصل قانونی بودن آیین دادرسی کیفری، در تمام فرآیند دادرسی جریان دارد. ورود به فرآیند دادرسی مستلزم دو پیش فرض است: یکی وجود جهل موضوعی و دیگری بررسی برای خروج از این جهل. تفکّر اروپایی و اسلامی در پیش فرض نخست مشترک؛ امّا در پیش فرض دوم دارای اختلاف در روش است. از آن جا که فرآیند دادرسی به صفت اصل قانونی بودن موصوف است، نهی به این ضوابط از سوی قانون گذار حمل بر فساد می‌شود، ولو این که قانون گذار صراحتاً چنین فسادی را پیش بینی نکرده باشد؛ امّا در فقه امامیّه، با تأکید بر مقام دادرس و اختیارات وسیع وی، ظهور نهی در فساد به نظر او وابسته است؛ مگر درجایی که شارع به صراحت نهی را ظهور در فساد بداند که در این صورت اجتهاد در مقابل نص جایز نیست. در حقوق اروپایی تأکید بر ساختار و سازمان دادرسی جلوه بیش تری یافته است. در مقابل، در فقه امامیّه این تأکید بر شخص (مقام دادرس) بیش تر متجلّی شده است. در حقوق اروپایی، در چنین ساختار و سازمانی، تعدّد مراحل دادرسی (تفکیک عرضی دادرسی) پیش بینی شده است که مستلزم تفکیک موضوعی مراحل دادرسی و ضوابط ناظر بر آن است.

منابع

۱. آخوندی، محمود(۱۳۸۲). ***آئین دارسی کیفری***، تهران، انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.

۲. آشوری، محمد(۱۳۸۹). ***آئین دادرسی کیفری***، تهران، انتشارات سمت.

۳. آشوری، محمد؛ موحدی، جعفر(۱۳۹۵). طریقیّت یا موضوعیّت روش دادرسی مطالعهٔ تطبیقی در فقه ۴. امامیّه، حقوق اروپایی و حقوق موضوعه. ***فصلنامه پژوهش حقوق کیفری***، دوره ۵، شماره شانزدهم، صفحات ۱۱۵- ۹۵.

۵. پور استاد، مجید(۱۳۸۹). ***نقش دادرس مدنی در تحصیل دلیل و کشف حقیقت***، تهران، انتشارات موسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی شهر دانش.

۶. ساکت، محمّدحسین(۱۳۸۸). ***دادرسی در حقوق اسلامی***، تهران، انتشارات میزان.

۷. شریفی، هادی؛ رفیعی مقدم، علی(۱۳۹۱). رابطه علم دادرس با دلایل قانونی اثبات دعاوی مدنی. ***تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین الملل***، دوره ۶، شماره نوزدهم، صفحات ۲۵-۵۶.

۸. شمس، عبدالله(۱۳۹۱). ***آ یین دادرسی مدنی***، تهران، انتشارات دراک.

۹. ضرغامی، فرید؛ و مهرا، نسرین (۱۳۹۴). مبانی دادرسی بدون کیفرخواست درنظام های حقوقی ایران. ***پژوهش های حقوق تطبیقی***، دوره ۴، شماره هجدهم، صفحات ۱۹-۱.

۱۰. قربانی، علی(۱۳۹۱). ***دادرسی منصفانه در رویّهٔ دادگاه اروپایی حقوق بشر***، قم، انتشارات حقوق امروز.

۱۱. کاتوزیان، ناصر(۱۳۹۰). ***حقوق مدنی، نظریه عمومی تعهدات***، تهران، نشر دادگستر.

۱۲. کاوه، الهه؛ جمشید شیری و مهدی حمزه هویدا(۱۳۹۷). مراحل رسیدگی به اعاده دادرسی در امور ۱۳. مدنی. ***دومین همایش بین المللی فقه و حقوق ،وکالت و علوم اجتماعی***، دبیرخانه دایمی کنفرانس.

۱۴. هاشمی شاهرودی، محمود(۱۳۸۷). ***پژوهش های نو در فقه معاصر***، تهران، انتشارات وزارت دادگستری.

فقه پویا
شماره سوم
صص ۲۸-۱۳

وضعیت شرط سرایت آثار عقد به قبل از عقد

سیدامیرحسین میر قاسمی [۱]

چکیده

برای تحقق هر "عقد"ی حداقل به دو قصد "انشا" نیاز است تا در عالم اعتبار ایجاد گردد و منظور از شرایط سرایت آثارعقد به قبل از عقد، آن است که طرفین عقد توافق کنند آثار عقد از زمانی قبل از انشا و تکوین برای طرفین ایجاد گردد. این مقاله به بررسی وضعیت این شرط می پردازد. قابل ذکر است که عقد، امری اعتباری است که وجودی مستقل ندارد، بلکه وجودش به جعل جاعل و اعتبار معتبر منوط است وپدید آورنده آن تراضی طرفین است و همچنین ذکر این نکته لازم است که تقدم معلول بر علت از حیث زمان در عالم حقوق که عالم فرض واعتبار است، اشکال ندارد و بنابر اصل حاکمیت اراده و ماده ۱۰ قانون مدنی و اصل اباحه و همچنین وحدت ملاک گرفتن از نظریه کشف در عقد فضولی و سایر دلایل و توضیحات آورده شده، به صحت شرط سرایت آثار عقد حکم داده شده است.

واژگان کلیدی: شرط سرایت آثار عقد به قبل از عقد، شروط باطل و مبطل، امور اعتباری، اصل علیت، نظریه کشف.

---

۱ دانشجوی کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق پردیس فارابی دانشگاه تهران

رایانامه؛ **Sydahm75@gmail.com**

۱. مقدمه

"شروط ضمن عقد" از جمله مسائل مهم و کاربردی در مبحث عقود می‌باشد، یکی از شروطی که ممکن است در ضمن شروط ضمن عقد قرار بگیرد، شرط سرایت آثار عقد به قبل از عقد می،باشد، که با توجه به اهمیت و کاربردی بودن آن خیلی راجع به آن صحبت نشده. به نوعی مسکوت مانده است و اهمیت آن از جایی ناشی می‌شود که این شرط می تواند بسیاری از معاملات را تسهیل کند و با سرایت دادن آثار عقد به قبل، متعاملین را به اهدافی که دارند، برساند؛ چرا که با پیشرفته تر شدن جوامع، نیازهای جدیدی ایجاد می‌شوند و باید سعی داشت که با توجه به نیازهای جامعه، قوانین و مقررات را تا جایی که با قوانین دیگر مخالفتی صریح نداشته باشد، به روزرسانی کرد و به حل مسائل نو ظهور و جدیدی کمک کرد. پس باید با مراجعه به روح قوانین و فلسفه به وجود آمدن آن ها سعی کرد که معادلات حقوقی و مسائل حل نشده را پاسخی درست و قانع کننده داد. همان طور که گفته شد، راجع به این مسئله به طور مستقیم بحث های فراوانی صورت نگرفته است. در این مقاله سعی شده است با مراجعه به موارد مشابه، مانند "نظریه کشف" در عقد فضولی و وحدت ملاک قرار گرفتن از آن و تطبیق دادن این شرط با شروط باطل و مبطل عقد و بررسی این که آیا این شرط در زمره این شروط قرار می‌گیرد یا خیر و همچنین بیان اصل علیت و چگونگی مقدم شدن معلول بر علت و همچنین این که آیا قواعدی که در امور تکوینی وجود دارد با امور اعتباری یکسان است؛ یا در امور اعتباری می توان بر خلاف آن عمل کرد؛ به طور کلی سعی شده با در نظر گرفتن تمامی جوانب، حکمی کلی راجع به این شرط داده شود.

در این مقاله ابتدا مفهوم شرط و شرط سرایت آثار عقد به قبل از عقد تعریف شده است، سپس شروط باطل و مبطل عقد که در مواد۲۳۲و۲۳۳ق.م بیان شده، هر کدام به صورت جداگانه تعریف گردیده و با شرط سرایت آثار عقد به قبل ازعقد تطبیق داده شده است. در ادامه از منظر اصل علیت به این شرط نگاه شده است و سپس نظریه کشف و شباهتی که با این شرط دارد، بررسی شده و بعد از آن یک روایت از حضرت علی (ع) عنوان گردیده که به نوعی در تایید این شرط می باشد و در انتها برخی از دستاوردها و آثار این بحث مطرح و در پایان نتیجه گیری کلی بیان گردیده است.

۲. مفهوم شرط :

واژه "شرط" معانی گوناگونی دارد؛ از جمله ؛ وصف امری است که از عدم آن عدم مشروط لازم می آید، بدون این که وجودش لازمه وجود مشروط باشد، نزدیک شدن به آتش شرط سوختن است، بدون این که سبب آن باشد، همچنین (الزام) و (التزام) خواه ضمن عقد باشد یا خارج از آن که به معنای عقد نامعین است؛ ولی در اصطلاح حقوقی، شرط یکی از این دو مفهوم زیر را بیان می کند:

۱. امری که وقوع یا تاثیر عمل یا واقعه حقوقی خاص به آن بستگی دارد؛ برای مثال در ماده۱۹۰ق.م که شرایط اساسی صحت معامله را بیان می کند، مقصود همین معنا است.

۲. توافقی است که برحسب طبیعت خاص موضوع آن تراضی طرفین، در شمار توابع عقد دیگری در آمده است(کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۱۲۱-۱۲۳).

در تعریف دیگر، شرط در لغت به معنای الزام چیزی و التزام به چیزی آمده است. در اصطلاح شرط در معانی مختلف به کار رفته است، مثل شرط در اصطلاح ادبی و در اصطلاح منطق و فلسفه. شرط به معنای تعلیق؛ یعنی «وابسته کردن چیزی به امری دیگر».که در ماده ۱۹۱ق.م: «عقد محقق می شود به قصد انشا، به شرط مقرون بودن به چیز که دلالت بر قصد کند» که در همین معنا به کار رفته است. و شرط در معنای تخصصی حقوقی که در این معنا شرط از معنای لغوی خود دور نیفتاده و آن در معنای محصولی عبارت است از تعهد مستقیم یا غیر مستقیم مرتبط به عقد غیر مشروط و در معنای مصدری عبارت است از مرتبط کردن تعهد مستقیم یا غیر مستقیم به عقد مشروط به اراده طرف های آن. واژه شرط در مواد ۲۳۲به بعد قانون مدنی در همین معنا به کار رفته است. از منظر دکتر لنگرودی شرط امری است که در یک عمل حقوقی گنجانده شود تا آثار آن را تکمیل کند یا آثار آن را تغییر دهد یا زوال یا حدوث حقی بر امری مستقل و محتمل الوقوع گردد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص۲۳۶).

۳.مفهوم شرط سرایت آثار عقد به قبل از عقد

تحقق هر عقدی حداقل به دو قصد انشا نیازمند است؛ به طوری که قصد (موجب)، به همراه قصد (قابل) با یک دیگر تلفیق شوند تا عقد در عالم اعتبار محقق و ایجاد گردد. منظور از شرط سرایت آثار عقد به قبل از عقد آن است که طرفین ضمن عقد توافق کنند آثار عقد از زمانی قبل از انشا و تکوین عقد برای طرفین ایجاد گردد. برای مثال، حسن و حسین در تاریخ ۲/۱/ ۱۳۹۸ مبایعه نامه ای در مورد فروش یک منزل مسکونی با یک دیگر منعقد و ضمن عقد شرط کنند که مالکیت و سایر آثار عقد از تاریخ۱۳۹۸/۱/۱ اعمال می گردد.

بررسی شرط سرایت آثار عقد به قبل از عقد:

قانون مدنی در مواد ۲۳۲و۲۳۳ق.م، شروط باطل ومبطل را در ۵ بند احصا کرده است که در این بخش هریک از این شروط را با شرط سرایت آثار عقد به قبل از عقد بررسی می کنیم:

۴.شروط باطل

الف. شرط غیر مقدور

هدف نهایی هر التزام اجرای آن است. تعهدی را که نتوان ایفا کرد، در دید عرف امری لغو و بیهوده است. قانون نیز توانایی بر تسلیم را از شرایط عمومی درستی قراردادها می‌داند و بند ۱ماده ۲۳۲ق. م در واقع اجرای آن قاعده در شرط است(کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص۱۶۸و ۱۶۹). غرض از درج شرط در ضمن عقد، ایجاد آن به نفع مشروطه له است، بنابراین، تحقق آن در خارج، لازمه حصول مقصود طرفین از درج شرط می‌باشد، به همین دلیل باید متعهد توانایی انجام آن را داشته باشد و یا نفس شرط هر چه باشد(چه از اوصاف بوده و چه فعل یا ترک آن و چه این که شرط نتیجه باشد) باید بتوان وقوع آن را در خارج

متصور شد و به طور کلی اجرای شرط بایستی مقدور باشد. در غیر این صورت، شرط مندرج در متن عقد لغو و بیهوده و بر این اساس باطل خواهد بود؛ ضمن آن که بر عقد اصلی تاثیری نخواهد گذاشت(علامه، ۱۳۸۷، ص۷۵). پس شرط غیر مقدور، یعنی شرطی که طرفین عقد توانایی اجرای آن را نداشته باشند و اجرای آن شرط غیر ممکن باشد. حال در شرط مورد نظر ما، یعنی شرط سرایت آثار عقد به قبل از عقد، طرفین توافق می کنند که آثار عقد از زمانی قبل از عقد ایجاد شود. برای مثال خریدار از یک ماه پیش مالک این خانه بشود؛ از آن جا که این امر از امور اعتباری است که وجودی مستقل ندارد، بلکه وجود آن به جعل جاعل و اعتبار معتبر منوط می‌باشد؛ تقدیم کردن آن غیر ممکن نیست و با صرف توافق طرفین می توان این شرط را اجرا کرد چرا که مانعی وجود ندارد که به عدم قدرت بر اجرای آن منجر بشود. پس شرط سرایت آثار عقد به قبل از عقد شرطی نیست که اجرای آن از توان طرفین خارج باشد. پس این شرط جزو شروط غیرمقدور قرار نمی‌گیرد.

ب. شرط بدون نفع و فایده

منظور از شروط بودن نفع یا بی فایده، مواردی هستند که اجرای آن ها اثر عقلایی نداشته و درج آن نیز در ضمن عقد از روی تعقل نباشد. به عبارت دیگر در صورت توافق بر چنین شرطی، نفع و استفاده ای عاید مشروطه له نخواهد شد و از آن جا که اشتراط بر امر بدون نفع و فایده بی اثر است؛ قانون آن را باطل می‌داند و مشروط علیه را به اجرای آن ملزم نمی‌کند(علامه، ۱۳۸۷، ص۹۵). در این جا این سوال به وجود می‌آید که وجود نفع، از دیدگاه عقلا ملاک است یا از دید شخص شارع و یا این که هر دو؟ یک دیدگاه عقیده دارد ضابطه فایده داشتن شرط قابل تایید بودن آن نزد عقلا و اکثر جامعه است و منفعتی عقلایی محسوب می‌شود که در عین حال که نیازی از نیاز های جسمی یا روحی انسان را برطرف می‌کند؛ یا همراه با زیان نباشد و یا در صورت همراه بودن با زیان، منفعت آن از زیان آن بیشتر باشد. بنابراین، شرطی که هیچ نیازی را برآورده نکند یا در صورت رفع نیاز، زیان آن بیش از منفعت یا مساوی با منفعت آن باشد، شرطی بی فایده محسوب می‌شود(شهیدی، ۱۳۸۶، ص ۱۰۰و۱۰۱). دیدگاهی دیگر علاقه دارد که از شرایط صحت شرط این است که در آن، هدف و غرض عقلایی باشد، خواه از دید عموم عقلا و عرف عام و خواه از دید شخص شارع. دیدگاه سوم که به نظر صحیح تر می رسد، این است که معیار تمیز فایده شرط بنای خردمندان است؛ اما منتهی این معیار را باید با توجه به خواست ها و نیازهای دو طرف عقد درنظر گرفت، یعنی باید دید موضوع شرط را خردمندان درآن اوضاع و احوال مفید می‌دانند یا بیهوده. برای مثال، اگر پدری به منظور تربیت فرزند خود، کار دشوار و به ظاهر بی فایده ای را بر او شرط کند (مانند گرسنه ماندن) خردمندان آن را لغو نمی‌بینند، در حالی که ممکن است همان کار را در معامله بین دو بازرگان بی فایده ببینند(کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص۱۷۳). شرط تقدیم کردن و سرایت دادن آثار عقد به قبل از عقد حتما نفع و فایده ای برای طرفین دارد برای مثال، اگر در یک عقد بیعی شرط کند که آثار عقد به قبل از عقد سرایت کند، مالکیت منافع مبیع از زمانی قبل از انعقاد بیع به خریدار منتقل می‌گردد و می‌تواند

از آن ها استفاده کند؛ یا حتی به بهانه این شرط خریدار می تواند بابت منافع گذشته از ثمن معامله بکاهد؛ به علاوه چه کسی بهتر از طرفین معامله می تواند مصلحت وفایده خویش را بسنجد؟ وقتی که طرفین نفع خویش را در آن دیده اند که آثار عقد از گذشته مترتب گردد؛ دلیلی ندارد که مانع آن ها شد. البته ذکر این نکته ضروری است که توافق افراد به سرایت اثر عقد به گذشته، باید به نحوی باشد که زمان تقدیم آثار عقد به نحوی صریح و مشخص باشد؛ و الا مجهول ماندن مدت موجب جهل به عوضین و غرری شدن معامله می‌گردد. با این توضیحات، مشخص می‌شود که شرط سرایت آثار عقد به قبل از عقد غیر عقلایی نمی‌باشد؛ با این حال، باز هم اگر دیدگاه مخالفی وجود داشته باشد و درعقلایی بودن این شرط تردید کند، حکم درموارد تردید به این شکل می‌باشد: اگر اشتراط بر امری واقع گردد و تردید شود که آیا غرض عقلایی بدان تعلق می گیرد یا نه؛ حمل به صحت می‌شود؛ یعنی محمول می‌گردد به اینکه غرض معتدبه است. در این موارد اصل عدم لغویت چنین شرطی مطرح می گردد و به موجب آن برایمشروط له حقی بر مشروط علیه ثابت می شود که بر اساس آن، وفای به شرط لازم می‌آید. پس در موارد تردید، اصل صحت جاری می گردد(علامه، ۱۳۸۷، ص ۹۹). پس مشخص می‌گردد که شرط عقلایی بودن و نفع و فایده داشتن شرط نیز نمی‌تواند به شرط سرایت آثار عقد به قبل از عقد خدشه ای وارد آورد.

۳. شرط نامشروع

منظور از "مشروع بودن" شرط، ممنوع نبودن آن حکم به قانونی است، نه اعلام مجاز بودن آن در قانون. همچنین منظور از "شرط نامشروع" این نیست که ارتکاب آن جرم نباشد، بلکه منظور هر عمل بدون مجوز قانونی است که در برابر روح مقررات، عملی ناپسند باشد. بنابراین، هر شرطی که با قانون مغایر باشد، نامشروع بوده و باطل است (الممنوع شرعا کالممنوع عقلا) و در حال قانون و شرع هر دو مفهوم واحدی دارند؛ اما به لحاظ استقلال عقد نسبت به شرط، اصولا مفاد شرط نسبت به عقد سرایت نمی‌کند؛ به این جهت شرط نامشروع فاسد است؛ اما عقد را فاسد نمی‌سازد(شهیدی، ۱۳۸۶، ص۱۰۳). و توضیحی دیگر واژه نامشروع در بند ۳ از ماده ۲۳۲ق.م نشان می دهد که قانون‌گذار تنها به مخالفت شرط با قانون نظر نداشته است و می خواهد از نفوذ شرط خلاف اخلاق و مصالح عمومی جلو گیری کند. پس شرط نامشروع را به دو گروه متمایز می توان تقسیم کرد:

۱. شرط خلاف قانون: این شرط درصورتی باطل است که قانون امری باشد، مانند این که شرط شود بیگانه ای در شمارش ورثه درآید یا وارثی بیگانه شود.

۲. شرط خلاف اخلاق و نظم عمومی: هر شرط که موضوع آن کاری خلاف اخلاق و نظم عمومی باشد یا انگیزه آن را بتوان رسیدن به غایتی نکوهیده و ضد اجتماعی توصیف کرد، باطل است هر چند که در قوانین ممنوع نباشد. (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۱۷۳الی ۱۷۵)

پس مشخص می‌شود که شرط نامشروع شرطی است که یا مخالف کتاب و سنت باشد و حرامی را حلال یا حلالی را حرام کند یا خلاف قانون باشد. نکته حائز اهمیت این است که شرط نامشروع باید در قانون یا

شرع ذکر شده باشد و عدم ذکر آن به منزله صحیح بودن آن می‌باشد. حال در شرایط سرایت آثار عقد به قبل از عقد؛ برای مثال مبایعه نامه ای تنظیم شود و توافق شود که آثار آن از یکسال قبل بیاید، چیزی که به نظر می رسد، این است که این شرط نه حرامی را حلال کرده و نه حلالی را حرام کرده و نه در قانون صریحاً از آن منع شده است، پس اولا با توجه به اصل صحت و عموم 《المومنون عند شروطهم 》 معتبر نشناختن آن نیازمند دلیل و تصریح است و سکوت شرع و قانون را نمی‌توان به منزله مخالفت با چنین شرطی پنداشت. همچنین در نظام کنونی حقوق ما برای اینکه قراردادی نافذ باشد، کافی است که برخلاف قانون نشود و نظم عمومی را مختل نسازد و اخلاق حسنه از آن جریحه دار نگردد و با توجه به مشخص بودن موارد اخلاق حسنه و نظم عمومی (که به این ترتیب می باشد که نظم عمومی شامل قواعدی است که به منظور حفظ و صیانت جامعه و تامین منافع عمومی و تعدیل و حسن جریان امور وضع می‌گرد) (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص۷۱۷)؛ مخالفت با نظم عمومی به منزله عدم ترتیب اثر به قوام جامعه و مغایرت با قوانین آمرانه است؛ و اخلاق حسنه نیز چهره خاصی از نظم عمومی است و اموری که با اخلاق حسنه مخالفت داشته باشد، طبعاً نظم عمومی را نیز بر هم می‌زند. بنابر آنچه بیان شد، شرطی که نتیجه آن بی نظمی و یا جریحه دار کردن احساسات و عواطف عمومی باشد، به واسطه مخالفت با نظم عمومی و اخلاق حسنه و نادیده انگاشتن قواعد آمره در زمره شروط نامشروع است وباطل می‌شوند. (علامه،۱۳۸۷، ص ۱۴۶و ۱۴۷). حال وقتی شرط سرایت آثار عقد به قبل از عقد را با نظم عمومی و اخلاق حسنه را تطبیق بدهیم، مشخص می شود در صورتی که طبق ضابطه انجام شود و تاریخ دقیق تقدیم در قرارداد قید شود، نه بی نظمی را در پی دارد و نه به جریحه دار کردن احساسات و عواطف عمومی منجر می‌شود، پس این شرط با نظم عمومی و اخلاق حسنه مخالفتی ندارد و همچنین با توجه به تمام این نکات ماده ۱۰ق.م نیز مویدی دیگر بر صحت این شرط می باشد که می‌گوید قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد کرده اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است.

۵. شروط باطل و مبطل

شرط خلاف مقتضای عقد

"مقتضا" به معنای "اثر" است و "مقتضی" یعنی "موثر"، مقتضاها و آثار عقد را می توان به دو دسته‌ی مقتضا ی ذات عقد و مقتضای اطلاعات عقد تقسیم کرد. قانون مدنی شرط خلاف مقتضای ذات عقد را سبب بطلان عقد معرفی کرده؛ بدون این بین این دو مقتضا تفکیکی باشد؛ اما می‌توان فهمید که منظور قانون گذار شرط خلاف مقتضای ذات عقد است، نه شرط خلاف مقتضای اطلاق عقد. (شهیدی، ۱۳۸۶، ص۱۱۳) حال به بررسی این دو شرط و تطبیق آن با شرط سرایت آثار به قبل از عقد می‌پردازیم.

۱-۵. شرط خلاف مقتضای ذات عقد:

"مقتضای ذات عقد" چنان اثری است که عقد بدون وجود این اثر محقق نمی‌شود. این اثر را ماهیت عقد ایجاد می‌کند؛ به طوری که عقد بالذات تولید کننده آن است. به این ترتیب چنین اثری از عقد جدا نشدنی خواهد بود(شهیدی، ۱۳۸۶، ص ۱۱۳). به عبارت دیگر، آن موضوع اصلی را که عقد به خاطر آن واقع می شود و در صورتی که به واسطه آن نباشد، عقد منعقد نمی‌گردد؛"مقتضای ذات عقد" می‌نامند(علامه، ۱۳۸۷، ص۱۵۸). شرطی که مخالف با اثر ذات عقد یا مقتضای ذات عقد باشد، به علت تلازم مقتضا با ذات عقد در حقیقت با ماهیت معامله نیز مخالف خواهد بود. هر گاه شرط با ذات عقد مخالف باشد، بدان معنا است که از طرفی ماهیت عقد انشا شود و از طرف دیگر با درج شرط در راه تحقق عقد مانعی ایجاد گردد و نتیجه این وضعیت، عدم تحقق عقد است، مانند آنکه شخصی زمینی را به دیگری بفروشد و ضمن عقد شرط شود که هیچ مالکیتی برای خریدار به وجود نیاید. به عبارت دیگر، دو امر متناقض، یعنی وقوع بیع و عدم وقوع آن در اراده طرفین واقع شود که این امر سبب بطلان عقد خواهد بود و این امر به جهت وابستگی عقد به شرط، بلکه به سبب اثری است که شرط در ماهیت عقد دارد (شهیدی، ۱۳۸۶، ص۱۱۳).

حال در شرط سرایت آثار عقد به قبل از عقد، برای مثال در عقد بیعی که طرفین توافق کنند مالکیت مبیع از زمان قبل از عقد از عقد به خریدار منتقل می گردد. در این عقد اثر اصلی عقد که مالکیت مبیع است، برای خریدار حاصل شده است و تنها نکته ای که وجود دارد، این است که شرط شده این مالکیت از زمانی قبل از زمان انعقاد عقد به خریدار منتقل گردد. پس عقد اثر اصلی خود را گذاشته و شرطی نشده است که به ذات عقد که همان انعقاد مالکیت است، خدشه ای وارد آورد. پس مشخص می شود که شرط سرایت آثار عقد به قبل از عقد با ذات عقد تناقضی ندارد و در تمام عقودی که این شرط در اعمال می شود، مقتضای ذات عقد انجام می‌پذیرد و تنها شرط می شود که اثر عقد به گذشته نیز سرایت کند. پس این شرط، جزء شروط خلاف مقتضای ذات عقد قرار نمی‌گیرد. البته نکته ای که وجود دارد، این است که صحت این شرط در برخی موارد شک و شبهه ایجاد می‌کند؛ چرا که مخالفت شرط با مقتضای عقد ممکن است به چند صورت انجام پذیرد، مانند مخالفت با مضمون یا مفاد اصلی عقد، یعنی موضوعی که به تراضی انشاء شده است، برای مثال درعقد بیع مبادله کالا با ثمن موضوع اصلی تراضی است و لذا اگر شرط شود که تملیک صورت نپذیرد یا بدون عوض باشد، شرط خلاف مقتضای عقد است. این صورت را همه محققان پذیرفته اند و مثال یاد شده نمونه سنتی و متداول برای نمایاندن مفهوم مقتضا وچگونگی مخالفت آن با شرط است؛ امّا چنین مثال‌هایی به صراحت در هیچ قراردادی دیده نمی شود. آنچه بیش‌تر احتمال دارد، این است که، مفهوم شرط از لحاظ نتیجه با تملیک قابل جمع نباشد. مانند اینکه در بیع شرط شود که خریدار آن را ببخشد یا در اجاره شرط شود که انتفاع از مورد اجاره با خویشان موجر یا فقیران شهر است؛ به طوری که از جمع مفاد شرط و عقد به خوبی براید که مقصود واقعی تملیک نیست و واژه بیع یا اجاره سرپوشی عاریتی و نامناسب برای مقصود پنهانی دیگر است. پس باید گفت که شرط مذکور

مخالف با مقتضای عقد است؛ چرا که با مفاد عقد (بیع، اجاره) مخالفت دارد (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص۱۸۳و ۱۸۴).

حال در شرط سرایت آثار عقد به قبل از عقد، اگر بایع و خریدار (برای مثال) در عقد بیع یک ساختمان شرط شود کنند که آثار عقد از یک‌سال پیش اعمال شود، ممکن است در اینجا نیز این احتمال وجود داشته باشد که قصد نهایی طرفین چیز دیگری بوده است و این نوع عقد نوعی پوشش بوده است. برای مثال فرار از مالیات یا برای فرار از دین و یا نیت های دیگری بوده که با توسل به تقدیم آثار عقد، قانون را دور بزنند و خود را از موانع قانون برهانند که در این موارد باید توجه داشت تا قصد طرفین فی الجمله احراز گردد و در صورتی که معلوم شود قصد آن‌ها چیزی خارج از عقد بیع بوده است و قصد فرار از قانون را داشته اند و با نیت دیگری آثار عقد را مقدم کرده اند؛ در این موارد نمی‌توان به صحت چنین شرطی حکم داد و به دقت و تامل بیشتری نیاز دارد.

۲-۵. شرط خلاف مقتضای اطلاق عقد:

"مطلقیات اطلاق عقد" را اموری گویند که هر گاه عقد به طور اطلاق و بدون هیچ‌گونه قید و شرطی واقع شود، آن امور را مقتضی باشد. این امور لازمه ماهیت عقد نیستند، بلکه نسبت به هر عقدی که به نحو اطلاق تحقق یابد، به طور تبعی ایجاد می شود؛ مگر این‌که نسبت به آن‌ها در ضمن عقد تصریح و تاکید شود و قصد مشترک، حاکی از لزوم آن امور باشد. نکته مهم عدم لزوم چنین آثار به واسطه اشتراط خلاف در ضمن عقد است. طرفین می توانند در ضمن عقد بر خلاف اموری که مقتضیات اطلاق عقد باشد، اشتراط و یا بعضی از آثار آن را به طور جزئی محدود کنند؛ به طور مثال، عدم انتفاع از مبیع را برای زمان معین شرط کنند و این شرط با مقتضای عقد صحیح است (علامه، ۱۳۸۷، ص ۱۶۲).

حال در شرط سرایت آثار عقد به قبل از عقد، (برای مثال در عقد بیع) مقتضای اطلاق آن است که مالکیت پس از عقد به خریدار منتقل گردد و آثار عقد بر آن بار شود. پس با توجه به اینکه مقتضای عقد اجرای کلیه تصرفات در بیع است؛ در این‌جا نیز این مقتضا صورت می‌پذیرد و تنها مسئله ای که هست این که آثارعقد به قبل سرایت می کند واز آن‌جا که عقد امری اعتباری است و پدید آورنده این امر تراضی طرفین است و عقد نیز اثر مستقیم توافق است، نه خود آن؛ پس چه ایرادی دارد که تراضی به این شکل باشد که عقد الان بسته شود و آثار آن از قبل بر آن بار گردد؟

۶. شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین می گردد:

منظور از "شرط مجهول"، شرطی است که مورد آن مجهول باشد. شرط مجهول نه باطل است و نه سبب بطلان معامله و از صحت واعتبار حقوقی برخوردار است؛ اما هر گاه مجهول بودن شرط به گونه ای باشد که به مورد عقد سرایت کرده و آن را مجهول کند، وضعیت عقد دگرگون شده و چنین شرط مجهول عقد را باطل می کند (شهیدی، ۱۳۸۶، ص ۱۲۰)؛ مانند این که در ضمن عقد بیع موعد مجهولی را برای پرداخت ثمن معین کنند، مثلا شرط کنند هر زمانی که فلان شخص از دنیا رفت، ثمن را پرداخت کند و

این شرط چون هم مجهول است و هم متعلق به عقد و به یکی از عوضین آسیب می رساند وبا توجه به اینکه مجهول بودن یکی از عوضین موجب غرر می شود وغرر موجب بطلان عقد است؛ عقد نیز باطل می شود. بر همین اساس طرفین معامله باید از میزان وچگونگی و کم و کیف تعهد و شرطی که بر آن توافق کرده اند مطلع باشند، و هر گونه شرطی که به واسطه آن معلوم و معین بودن عوض ومعوض مخدوش گردد؛ باطل ومبطل عقد است. حال در شرط سرایت آثار عقد به قبل از عقد و تطبیق آن با شرط مجهول که جهل به آن موجب جهل به عوضین می گردد؛ باید قائل به تفصیل شد؛ به این صورت که اگر زمان دقیقی که آثار عقد به آن بر می گردد، مشخص باشد؛ مثلا در ۱۳۹۸/۲/۲ قرارداد ببندد و شرط کند که آثار از ۱۳۹۸/۲/۱ برقرار دارد بار شود، این شرط مجهول نیست؛ چرا که هیچ سر در گمی و جهلی در آن وجود ندارد و کاملا مشخص است که آثار قرار داد به چه زمانی بر می گردد و این تاریخ با توافق طرفین صورت پذیرفته و مشخص است و لذا جزء شروط مجهول نیست؛ اما در صورتی که آثار عقد به تاریخی نا معلوم در گذشته سرایت کند که برای هیچ کدام از طرفین آن زمان مشخص و معلوم نیست و نسبت به آن جهل وجود دارد؛ مشخصا این شرط جزء شروط مجهول قرار می گیرد و در صورتی که این جهل به عوضین هم تعلق گیرد؛ این شرط باطل ومبطل عقد است و به نظر می رسد که این شرط باعث مجهول شدن یکی از عوضین، یعنی مبیع می شود و این شرط باطل ومبطل می باشد.

اصل علیت :

"علیت" یعنی چیزی که شی در حقیقت وجودش به آن نیازمند است. به معنای دیگر، مقصود از اصل علیت این است که قوانین حاکم بر ماده عالمی دارد و چیزی در جهان بدون علت امکان پذیر نیست (مغربی، ۱۳۸۱، ص ۸۶-۷۷). این قانون در مورد امور تکوینی، یک اصل بدیهی است که تصدیق آن به تفکر و قیاس احتیاجی ندارد و از نتایج و لوازم قطعی اصل علیت در حوزه تکوین، "عدم امکان تقدم زمانی معلول بر علت" است؛ چرا که اگر معلول قبل از حصول علت، موجود شود تاثیر معدوم در وجود لازم می‌آید. لذا در حوضه تکوین، این امر، محال است؛ اما مسئله ای که مورد اختلاف و تنازع است، این است که این احکام در حوزه اعتبار به همین نحو ساری و جاری خواهد بود یا حکم قضیه متفاوت است ؟قبل از بیان اختلافات موجود در بیان مفهوم اعتباریات، باید گفت فرض هایی است که ذهن به منظور برطرف کردن احتیاجات حیاتی، آنها را ساخته و جنبه وضعی، قراردادی و اعتباری دارد و با واقع و نفس الامر سرو کاری ندارد (طباطبایی و مطهری، ۱۳۴۶، ص۱۴۳). شرط اساسی برای ایجاد یک موجود اعتباری، آن است که ایجاد کننده آن موجود، براین کار قادر باشد؛ مثلا صغیر غیر ممیز که از عهده تصور و تصدیق بر نمی آید، چگونه می تواند موجود اعتباری به وجود بیاورد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲، ص۱۴۳).در این زمینه یک دیدگاه به صورت فلسفی به مسئله‌ی حقوق نگاه می‌کند و پیروان آن به تبعیت حوزه اعتبار از قواعد حاکم بر حوزه تکوین اعتقاد دارند و معتقدند که اصل علیت همان طور که در عالم تکوین جاری می گردد در عالم اعتبار نیز اعمال می گردد و از دیدگاه آنان قاعده اولیه این است که نظام امور عینی و واقعی، در امور اعتباری و حقوقی نیز جریان دارد و انسان نمی تواند در زمان گذشته تصرف

کند و موجودات گذشته را تغییر دهد. به همین جهت، در مباحث حقوقی همچون اصل حاکم بر جهان طبیعت؛ مانند لزوم تقدم علت بر معلول و سبب بر مسبب برای استنباط و تعیین وضعیت های احکام حقوقی مورد استفاده قرار بگیرند. به طور مثال، با توجه به همین دیدگاه بیان داشته اند منظور از "شرایط" در ماده ۱۹۰ق.م؛ یا در اسباب تملک مربوط به مواد ۱۴۰ به بعد قانون معدنی اصطلاح"سبب" به کاربرده شده در معانی فلسفی خود می‌باشد(شهیدی، ۱۳۸۶،ص ۵۳ و رای۷۱-۱۳۴۷/۹/۲۲،هیت عمومی دیوان عالی کشور)؛ و وجود اعتباری متفاوت از وجود وهمی و ذهنی و تابع اصول و قواعد عقلی است. بنابر این، انفکاک علت اعتباری از معلول های اعتباری و تقدم علت بر معلول اعتباری عقلا محال است (بجنوردی،۱۳۷۷،ص ۴۵) و اعتباری بودن مالکیت را باعث نمی شود. آنچه در نظام تکوین امور غیر ممکن است در مورد آن امکان پذیر می گردد. به این ترتیب، دلیل عمده کسانی را که شرط سرایت آثار عقد به قبل از عقد را نمی پذیرند، می توان این‌گونه بیان کرد که هر چند امور اعتباری تابع جعل جاعل واعتبار معتبر است و همان طور که بشر اراده کرده است به وجود خواهد آمد؛ نباید به نحوی امور اعتباری را با امور ذهنی و وهمی خلط کرد و به بهانه اعتباری بودن انشای اموری را که عقل سلیم محال می داند، ممکن شمرد (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۶۲۵) و به حکم عقل ممکن ذاتاً نه اقتضای وجود دارد و نه اقتضای عدم؛ پس محتاج علت است؛ خواه این ممکن وجود مادی و دنیوی داشته باشد و خواه وجودی اعتباری. اساسا بدون جریان اصل علیت در حوزه اعتبار هیچ نظمی شکل نمی گیرد.در مقابل، دیدگاه دیگر بر تفکیک میان عالم تکوین با اعتبار قائل و معتقد است که نباید به مسائل عالم اعتبار با دیدگاه فلسفی نگاه کرد زیرا ظرفیت موجودات اعتباری چیزی جز جعل جاعل نیست و امور اعتباری از باب علت و معلول در مفهوم فلسفی خود بیگانه هستند و در مورد علت و معلول اعتباری و شرط و مشروط اعتباری به اصول و قواعد فلسفی نمی توان متوسل شد ؛ زیرا در حل مسائل مربوط به حوزه ادراکات اعتباری با مشکلات لاینحل مواجه خواهد شد (طباطبایی و مطهری،۱۳۴۶، ص۱۷۳) و تقدم معلول بر علت از حیث "زمان" در عالم هستی محال است؛ ولی این امر در عالم حقوق که عالم فرض و اعتبار است؛ هیچگونه اشکالی ندارد؛ زیرا چنان چه بتوان برای امری که در عالم مادی هیچ‌گونه تاثیری بر پیدایش امر دیگر ندارد فرض کرد که موثر و علت موجد تعهد مالکیت است و آن را در عالم حقوقی معتبر شناخت؛ می توان به آسانی فرض کرد که امر موخر بر امر مقدم تاثیر کند و علت پیدایش آن باشد؛ زیرا هیچ امری در عالم تصور محال نیست و هر چه که تصور شود، می توان معتبر دانست و تاثیر آن را بر شی مقدم اعتبار کرد؛ چنان‌که یکی از فقها بر مبنای همین دیدگاه امکان ایجاد اثر قهقرایی بر اقاله را تجویز کرده و یکی از حقوقدانان نیز به عنوان تکمیل بحث، ضمن پذیرش اعتبار شرط فاسخ با اثر قهقرایی بیان داشته: "شرطی که انحلال عقد را از آغاز وجود مقرر دارد، نباید شرط فاسخ نامید؛ چرا که عقد را باطل می کند." پس مفاد شرط، به معنای که ما در نظر داریم ابطال معلق عقد است و باید شرط مبطل نامیده شود نه فاسخ (کاتوزیان، ۱۳۹۰، صفحه ۳۴۹)؛ در حقوق فرانسه نیز عده ای بر این عقیده اند که دو طرف عقد می توانند هر گونه نفوذ عقد در آینده و آثار آن را تا جایی که امکان دارد در گذشته از بین ببرند (کاتوزیان،۱۳۸۸، ص،۳۳۳)؛ با این تفاسیر دیدگاه دوم عقیده دارد که عالم اعتبار تابع جعل جاعل است و

جاعل می تواند از لحاظ ترتب زمانی اثر معلول را مقدم علت قرار دهد و این امر با عدم امکان تقدم معلول بر علت در حوزه تکوین منافاتی ندارد. به عنوان مثال علی و حسن می توانند عقد بیعی را منعقد کنند و آثارعقد را به گذشته سرایت بدهند واز زمانی قبل از انعقاد بیع اثر را مترتب بدانند.

۷. نظریه کشف در عقد فضولی

همه معتقدان به صحت معامله فضولی عقیده دارند که صحت این معامله بر اجازه بعدی مالک متوقف است؛ لکن در جایی که اجازه مالک کاشف است یا ناقل، اختلاف نظر وجود دارد. اکثر فقهای شیعه اجازه مالک را کاشف می دانند. ناقل بودن اجازه به این معنا است که اگر بین زمان اجرای عقد و زمان اجازه کردن مالک فاصله باشد بیع فضولی از همان زمان که اجازه از مالک صادر شده است، دارای اثر شرعی است و تا آن زمان بی اثر بوده است و اثر بیع که انتقال عوضین است، از زمان اجازه صورت می گیرد. کاشف بودن اجازه که شاهد مثال ما هم می باشد به این معنا است که مثلا دریکماه قبل بیع فضولی واقع شده، ولی مالک آن را امروز اجازه کند، این اجازه کاشف و روشنگر این معنا است که این بیع از همان یک‌ماه قبل یعنی از زمان انعقاد آن اثر شرعی (نقل و انتقال عوضین) داشته و در واقع از همان وقت، مبیع به مالکیت مشتری و ثمن به مالکیت مالک در آمده است و گویا مالک همزمان با اجرای عقد آن را اجازه کرده است (شریعت، ۱۳۸۵، ص۷۴).

منشاء نظریه کشف: عمده ترین منشاء فقهی نظریه کشف پاره ای از اخبار و روایات است که از جمله معروف ترین آن روایت عره بارقی است که پیامبراکرم با بیان عبارت "بارک لک الله فی صفقه یمینک" که درواقع تنفیذعقد فضولی است؛ آثار معاملات گذشته را از همان ابتدای معامله اول پذیرفته است؛ اما منشاء عقلی این نظریه که با استفاده از مضامین آیات و روایات و اخبار در این بازه استنباط می‌شود؛ اختلاف بین شرط و سبب می باشد. پیروان نظریه کشف حقیقی معتقدند که عقد سبب انتقال مالکیت است؛ ولی اجازه شرط صحت معامله است و در توجیه این‌که چگونه ممکن است شرط متأخر بر مشروط باشد، استدلال می کنند که این درست است که در تکوینیات شرایط و اجزای مرکب و اسباب هیچ‌گاه متأخر بر مشروط و مرکب و مسبب نبوده و عقلاً ممتنع است چنین باشد؛ اما در امور اعتباری چنین نیست؛ زیرا با توجه به اینکه در امور اعتباری (بر خلاف امور تکوینی که دست جعل به هیچ صورت دخالت ندارد) جعل جاعل واعتبار معتبر دخالت دارد. بنابر این، لزومی ندارد که حتما شرط مقدم بر مشروط باشد. بلکه شرط متأخر هم موثر و کار ساز است و پس از حصول اجازه از نظر مالک کشف می شود که مالکیت از حین عقد تحقق یافته و متعامل از زمان وقوع عقد مالک بوده است زیرا با در نظر داشتن این قول خداوند متعال: "اوفو بالعقود" مرجع ایفای تعهد عقدی است؛ والا اگر بنا باشد اثر اجازه از وقوع آن باشد، معنای آن این است که اجازه به تنهایی سبب و موثر بوده و عقد واقع شده هیچ‌گونه تاثیری بر مالکیت نداشته و با بطلان قصد انشای سابق انشای جدیدی به جز نقش اجازه به وجود نیامده است تا موجب نقل مالکیت به زمان اجازه شود. در مورد کشف حکمی نیز آنچه منشاء این حکم و نظریه قرار گرفته است، به

قول شیخ انصاری عدم ظهور اخبار و روایات در کشف به معنای مشهور که همان کشف حقیقی است و همین‌طور عدم قبول تاثیر اجازه موخر به عدم مقدم در نقل مالکیت است. بنابراین، مسئله عمده نقل مالکیت اجازه را بایستی کاشف از نقل مالکیت به زمان وقوع عقد بدانیم. لذا در امور اعتباری با توجه به این‌که رضای مالک بر عقد مقدم ناظر است؛ مانعی ندارد که آثار اجازه را به قبل از زمان که همان زمان عقد است، سرایت داد (شریعت، ۱۳۸۵، ص ۷۶-۷۸).همان‌طور که مشاهده شد، در نظریه کشف در رابطه با عقد فضولی با این‌که اجازه پس از عقد انجام می پذیرد و عقد کامل می شود؛ آثار عقد از زمانی قبل از کامل شدن عقد، یعنی از حین عقد فضولی، بر عقد بار می شود، درواقع آثار عقد به قبل سرایت می کند. حال می توان از نظریه کشف و استدلالات طرفداران آن الغای خصوصیت کرد و وحدت ملاک گرفت و حکم آن را به شرط سرایت آثار عقد به قبل از عقد نیز سرایت دارد و این شرط را نیز صحیح دانست؛ با این بیان و توضیح که در این شرط هم مانند آنچه در نظریه کشف گفته شده با توجه به اینکه این امر از امور اعتباری است و در امور اعتباری جعل جاعل دخالت دارد؛ لزومی ندارد که حتما شرط بر شروط مقدم باشد؛ بلکه شرط متأخر هم موثر است. پس در عقد می توان شرط کرد که آثار عقد به قبل از عقد سرایت کند و با توجه به نظریه کشف این شرط را پذیرفت.

روایت حضرت علی (ع)

یکی از روایاتی که طبق ظاهر آن می توان امکان تشکیل عقد در گذشته را از آن استنباط کرد، روایت زیر می باشد:

۱. "محمدابن احسن بالسناده عن الحسین بن سعید عن محمد ابن اسماعیل بن یزیع قاتل :سالت ابن الحسن ع عن امره ابتلیت بشرب النبیذ

فسکرت فزوحبت نفسها رجلا فی سکرها ثم افاقت فانکرت ذلمک ثم ظنت انه یلزمها ففزعت منه فاقامت مع الرجل علی ذلک

التزویج فاسد لمکان السکر و لا سبیل للزوج علیما فقال اذ اقامت معه بعد ما افاقت فهو رضا منها قلت و یجوز ذلک التزویج علیها

فقال: نعم" (عاملی، ۱۴۱۴، ص ۲۹۴). مضمون روایت به این صورت است که محمد ابن اسماعیل یزدی از حضرت علی (ع) در خصوص حکم نکاح زنی که در حالت مستی با مردی عقد نکاح و سپس در حالت افاقه آن را انکار کرده. پس گمان کرد که این ازدواج بر او لازم است و از انکار دست کشید و بر اساس همان ازدواج با مرد باقی ماند؛ پرسید: آیا این مرد بر او حلال است یا این‌که چون مست بوده ازدواج باطل است و مرد حقی بر او ندارد. امام علی (ع) فرمودند: "چنان‌که بعد از، از بین رفتن مستی مرد را رها نکرد و با او ماند، همین دلیل رضایت او به ازدواج است" راوی می گوید از حضرت پرسیدم آیا این ازدواج بر آن زن جایز است، حضرت فرمودند :" آری" پس می توان این روایت را تصدیق کرد؛ با این توضیح که علم

حقوق و فقه در مورد اعتباریات و مصلحت های جمعی است و تراضی به گذشته تعلق بگیرد و وارد کردن بحث علت و معلول فلسفی در قصد انشا از مخترعات متشرعات نه شارع(جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص۳۲۱). و از این روایت مصالح عمومی و مفاسد مانند علت برای احکام شرعی هستند و اگر جلب مصلحت و رفع مفسده ای اقتضاء کند، معلول می تواند بر علت مقدم شود. با توجه به روایت مشخص می شود که با وجود این‌که در زمان انعقاد عقد از جانب فرد مست اراده ای برای ایجاد عقد وجود نداشته نداشته و عقدی انشا نشده است؛ ولی حضرت علی (ع)، عقدی را که بعد ها محقق گشته به گذشته سرایت داده تا روابط زوجین از زمانی قبل از تشکیل عقد دارای اثر باشد. پس مشخص می شود این روایت نیز مهر تاییدی بر شرط سرایت آثار عقد به قبل از عقد می باشد.

۸. ثمرات بحث:

با توجه به مباحث مطرح شده و دلایلی که آورده شده، به نظر می رسد که شرط امکان سرایت آثار عقد به گذشته شرط مقبولی باشد و این شرط در امور اعتباری قابل پذیرش باشد. حال سوالی که مطرح می شود، این است که پذیرش این شرط چه آثاری به همراه دارد. در این بخش به برخی از آثار و ثمرات این بحث می پردازیم:

۱. در عقود تکمیلی، مانند بیع، مالکیت نماآت و منافع عین مورد معامله در فاصله بین زمانی که آثار عقد را به آن بر می گردانیم تا زمان عقد، به پذیرفته بودن یا نبودن شرط سرایت آثار عقد به گذشته بستگی دارد؛ زیرا در صورت پذیرفته بودن شرط، آن موارد به خریدار تعلق خواهد داشت، به عبارت دیگر، بحث در منافع عوضین است، و اگر شرط پذیرفته باشد؛ مثلا اگر بیع در معامله گوسفند باشد که در خلال یک‌ماه (فاصله بین زمانی که آثار به آن تقدیم شده و عقد) بچه آورده است؛ بنابرنظری که این شرط را صحیح می داند، بچه مال خریدار است؛ ولی بنابر نظری که شرط سرایت آثار عقد به گذشته را نمی پذیرد، بچه مال فروشنده است؛ زیرا تا قبل از زمان انعقاد عقد گوسفند برای مالک بوده و به مشتری منتقل نشده است؛ ولی اگر شرط شود که آثار عقد به قبل از عقد سرایت کند، بچه گوسفند هم برای خریدار می شود.

۲. اگر شرط سرایت آثار عقد به قبل از عقد پذیرفته باشد، در صورتی که از تاریخی که مشخص کرده اند آثار عقد به آن سرایت کند تا زمان عقد قانون جدیدی وضع شود؛ عقد تابع قانونی است که در آن هنگام، یعنی آن زمانی که آثار عقد را به آن سرایت داده ایم و قانون جدید نمی تواند شرایط صحت را دگرگون سازد و بر عقد حکومت کند.

۳. در فرض فساد عقد، مشتری از چه زمانی ضامن منافع می باشد، از زمان عقد یا گذشته ؟ به موجب مواد ۳۶۵ و۳۶۶ق.م بیع فاسد اثری بر تملک ندارد و هر گاه کسی به بیع فاسد مالی را قبض کند باید آن را به صاحبش رد کند و اگر تلف یا ناقص شود، ضامن عین و منافع آن خواهد بود. شاید این‌طور به نظر بیاید که با مقدم کردن آثار عقد، قصد شان بر این بوده که کلیه حقوق و تکالیف و آثار مثبت و منفی عقد نیز به گذشته سرایت پیدا کند؛ یعنی همان‌طور که منافع گذشته به خریدار منتقل می گردد، در فرض فساد نیز

خریدار ضامن منافع گذشته می باشد؛ یعنی "من له الغنم فعلیه الغرم"؛ اما باید گفت با توجه به قاعده: "ما یضمن بصحیحه یضمن بفساده"؛ هر عقدی که صحیح آن ضمان آور بوده؛ فاسد آن ضمان آور است و متصرف باید از عهده ضمان مبیع که در نتیجه عقد فاسد به دست آورده است، بر آید(بحرالعلوم، ۱۴۰۳،ص ۶۸). بر اساس این قاعده به لحاظ قبضی که خریدار نسبت به مبیع داشته، ضامن محسوب شده است. پس از زمان قبض و تصرف که بعد از عقد نسبت به مبیع ایجاد می شود، ضمان خریدار نیز شروع می گردد و نسبت به گذشته که خریدار تصرف استیلای مادی نداشته است،نمی توان او را ضامن عین و منفعت دانست.

۴. یکی دیگر از سوالاتی که وجود دارد این است که خیارات از چه زمانی به وجود می آیند؛ از زمانی که طرفین آثار عقد را به آن سرایت داده اند یا از زمان عقد؟ برای مثال در عقدی که خیار حیوان وجود دارد که ظرف ۳روز قابل اعمال است؛ زمان شروع مهلت خیار از زمان عقد می باشد یا از زمان جریان یافتن آثار عقد ؟

ابتدا به نظر می رسد که مالکیت عین و منافع و سایر آثار عقد به گذشته سرایت می یابد و طبق آن مبدا شروع خیارات نیز از همان زمان آغاز می گردد. پس اگر عقد را مثلا به یک‌ماه قبل سرایت بدهیم، خیارات همچون خیار حیوان و خیار تاخیر ثمن خود به خود از دستور کار خارج می شوند و موضوعیت خود را از دست می دهند؛ ولی در پاسخ باید گفت که خیار حقی است که شخص در فسخ معامله دارد و متعلق خود خیار عقد است و نه موضوع معامله و زمانی که عقد محقق می گردد، مبدا شروع و لحاظ خیارات خواهد بود و سرایت عقد به گذشته خللی به این حق وارد نمی‌کند و دوموضوع مختلف می باشد. پس خیارات از زمان عقد اعمال می شود.

۹. نتیجه گیری

منظور از "شرط سرایت آثار عقد به قبل از عقد" این است که طرفین ضمن عقد توافق پیدا کنند که آثار عقد از زمانی قبل از انشای عقد ایجاد گردد. این شرط را ابتدا با شروط باطل ومبطل عقد بررسی کردیم. این شرط جزء شروط باطل احصا شده در ماده ۲۳۲ق.م نیست؛ زیرا با توجه به آن‌که این امر از امور اعتباری است به جز توافق و تراضی طرفین به چیز دیگری احتیاج ندارد و اجرای آن برای طرفین ممکن است. پس این شرط غیر مقدور نیست و به توجه به این‌که طرفین توافق کرده اند که آثار عقد را به گذشته سرایت بدهند و طرفین نفع و فایده خود را بهتر می شناسند و از آن‌جا که می توان نفع وفایده هایی را نیز برای این شرط شمرد، این شرط بدون نفع وفایده هم نیست و با توجه به این‌که این شرط منع آشکاری در شرع و در قانون ندارد، نه حرامی را حلال می‌کند و نه حلالی را حرام و همچنین با توجه به این‌که بر خلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه نمی باشد؛ جزشروط نا مشروع نیست. همچنین این شرط جزء شروط مبطل عقد که در ماده ۲۳۲ق.م احصاء شده است، نیز نمی باشد؛ چرا که با مقتضای ذات عقد مخالفتی ندارد و مقتضیات ذات عقد انجام می شود و تنها اثر عقد به زمانی قبل تر سرایت می کند. البته باید توجه

داشت در صورتی که این شرط برای نیت ها و اهداف دیگری که برای نقص و دور زدن قوانین استفاده می شود و هدف دیگری غیر از عقد را دنبال کند، در آن صورت احتمال دارد جز شروط خلاف مقتضای خلاف عقد قرار بگیرند؛ در غیر این صورت و صورت های مشابه این شرط جز شروط خلاف مقتضیات اطلاق عقد نیست؛ زیرا مقتضیات اطلاق عقد با وجود این شرط نیز به وجود می آیند وتنها با تراضی طرفین آثارعقد به قبل سرایت می کند و دراین شرط اگر زمانی دقیق که آثار عقد به آن سرایت می کند مشخص باشد؛ جزء شروط مجهولی که جهل آن موجب جهل به عوضین می شود نیز نمی باشد. از آن‌جا که عالم اعتبار تابع جعل و اراده جاعل است و جاعل می تواند از لحاظ ترتب زمانی اثر معلول را مقدم بر علت قرار دهد؛ این امر با عدم امکان تقدم علت بر معلول منافاتی ندارد و افراد با اراده خویش درباره ترتب اثر عقد تصمیم گیری می‌کند. وحدت ملاک گرفتن از طرفداران نظریه کشف و الغای خصوصیت این نظریه به این شرط و این‌که در امور اعتباری لزومی ندارد که شرط بر شروط مقدم شود و بلکه شرط متأخر هم موثر است، دلایل دیگری بر صحت این شرط هستند. در نهایت با در نظر گرفتن تمامی دلایل و توضیحات ارائه شده می توان به این نتیجه رسید که فی الجمله این شرط صحیح است و می توان شرط کرد که آثار عقد به زمان قبل از عقد سرایت کند .

منابع

۱. بجنوردی، سید حسن(۱۳۷۷). ***القواعد الفقیهیه***، قم، نشرالهادی.

۲. بجنوردی، سید حسن(۱۳۸۰). ***منتهی الاصول***، تهران، موسسه چاپ و نشر عروج.

۳. بحرالعلوم، محمد بن محمد تقی(۱۴۰۳ق). ***بلغه الفقیه***، تهران، گنج دانش.

۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر(۱۳۸۷). ***ترمینولوژی حقوقی***، تهران، گنج دانش.

۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر(۱۳۹۲). ***تاثیر اراده در حقوق مدنی***، تهران، گنج دانش.

۶. شریعت، محسن(۱۳۸۵). ***عقد فضولی***، تهران، بهینه.

۷. شهیدی، مهدی(۱۳۸۶). ***شروط ضمن عقد***، تهران، مجد.

۸. شهیدی، مهدی(۱۳۹۴). ***حقوق مدنی،تشکیل قراردادها و تعهدات***، تهران، مجد.

۹. طباطبائی، محمد حسین و مطهری، مرتضی(۱۳۶۴). ***اصول فلسفه و رئالیسم***، تهران، صدرا.

۱۰. عاملی، محمد بن حسن(۱۴۱۴ق). ***وسائل الشیعه***، قم، آل البیت.

۱۱. علامه، سید مهدی(۱۳۸۷). ***شروط باطل و تاثیر آن در عقود***، تهران، میزان.

۱۲. کاتوزیان، امیرناصر(۱۳۷۶). ***قواعد عمومی قراردادها***، تهران، گنج دانش.

۱۳. مغربی،محمد(۱۳۸۱). ***نگاهی به اصل علیت***، حکمت رضوی.

فقه پویا
شماره سوم
صص ۴۹-۲۹

مسئولیت مدنی ناشی از اقدامات خطرناک

محمد جواد عباسی نژاد [۱]

چکیده

با پیشرفت و توسعه صنایع و تکنولوژی، فعالیت‌های خطرناک به نسبت گذشته افزایش چشمگیری پیدا کرده است و همین امر منجر شده است، کشورها برای تعیین نظام مسئولیت مدنی حاکم بر این دسته از فعالیت‌ها، قواعد جدیدی را وضع کرده و با توجه به ماهیت "ذاتا خطرناک" این‌گونه اقدامات، به سوی مسئولیت‌های عینی مانند مسئولیت محض یا مطلق گام بردارند. اقدامات خطرناک به آن دسته از فعالیت‌های غیرمعمولی اطلاق می‌شود که احتمال ورود خسارت آن‌ها در درجه بالایی قرار دارد، به نحوی که با اعمال مراقبت‌های معمول نیز نمی‌توان از آن جلوگیری کرد؛ مانند فعالیت‌های اتمی یا فعالیت‌های مرتبط با آتش، مواد منفجره، مواد سمی و شیمیایی و نگهداری از حیوانات خطرناک. در کشورهایی چون انگلیس و آمریکا و همچنین در بسیاری از اسناد بین المللی، مسئولیت مدنی محض برای این گونه فعالیت‌ها در نظر گرفته شده است و حتی در کشورهایی چون فرانسه، فرض تقصیر ملاک قرار گرفته است که به نسبت شدیدتر از نظریه تقصیر می‌باشد. در حقوق ایران قاعده کلی در رابطه با این دسته از فعالیت‌ها وضع نشده و صرفا برخی از مصادیق آن تصریح شده است. در فقه امامیه نیز در رابطه با خسارات مربوط به آتش و حیوانات مباحثی مطرح شده است. این پژوهش در صدد آن است که با تشریح فعالیت‌های خطرناک، عناصر و مصادیق آن، راه‌گشایی برای قانون‌گذاری و رویه قضایی برای شناختن این گونه فعالیت‌ها و ضرورت تحمیل مسئولیت مدنی بدون تقصیر نسبت به آن‌ها باشد.

واژگان کلیدی: اقدامات خطرناک، مسئولیت محض، مواد منفجره، حیوانات خطرناک.

---

۱ . دانشجو کارشناسی ارشد، حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران

رایانامه؛ **Mjavad_abbasi@ut.ac.ir**

۱. مقدمه

امروزه تعیین نوع مسئولیت مدنی، برای اقدامات خطرناک، از اهمیت خاصی برخوردار است. با توجه به خطرات بالقوه شدیدی که این‌گونه فعالیت‌ها برای اشخاص و اموال سایرین و یا حتی محیط زیست دارند، موجب شده است تا کشورها مسئولیت مدنی به مراتب سنگین برای این فعالیت‌ها قرار دهند. دشواری‌های مربوط به اثبات تقصیر و همچنین ناسازگاری آن با مبانی فعالیت‌های خطرناک موجب شده است تا کشورها در این مورد عموماً به سوی مسئولیت مدنی بدون تقصیر، خصوصاً مسئولیت محض، گام بردارند. مسئولیت محض با توجه به مبانی‌ای چون توزیع ضرر و بازدارندگی با مبانی مسئولیت مدنی ناشی از فعالیت‌های فوق خطرناک نظیر ریسک غیرمتقابل، نفع غیرمتقابل و خطرات زیادِ این نوع فعالیت‌ها در مقابل مسئولیت مبتنی برتقصیر، بیش‌تر سازگاری دارد. اقدامات خطرناک که تحت عناوینی چون فعالیت‌های فوق العاده خطرناک(Ultrahazardous activities) ، فعالیت‌های خطرناک غیرمعمول(Abnormally Dangerous Activitie) مطرح می‌شود، ابتدائا در حقوق انگلیس بر مبنای قاعده‌ی ریلند شکل گرفت و سپس کشورهایی نظیر آمریکا این قاعده را اقتباس کردند. در این نوشتار عموماً از منابع لاتین اعم از کتب، پایان نامه و مقالات خارجی که منابع اصلی این نظریه می‌باشند و همچنین منابع فارسی و عربی اعم از کتب و مقالات که رویکرد حقوق ایران را در این حوزه روشن می‌کنند، به صورت تحلیلی و توصیفی و به روش کتابخانه ای استفاده شده است. قوانین و دیدگاه‌های دکترین حقوق کشورهایی چون انگلیس، آمریکا و فرانسه در این زمینه و همچنین اسناد بین المللی مربوط به آن‌ها مورد بررسی قرار گرفته اند و تلاش شده است تا با ترسیم فعالیت‌های فوق خطرناک، عناصر و شرایط حاکم بر آن، نوع مسئولیت مدنی حاکم بر آن و در نهایت، رویکرد عموم کشورها نسبت به آن، موجب شناسایی بهتر این فعالیت‌ها در ادبیات حقوقی ایران و استفاده آن در قوانین و مقررات و همچنین رویکرد رویه قضایی نسبت به آن‌ها شود. در حقوق ایران، قاعده کلی برای شناسایی این فعالیت‌ها و تعیین یک نوع مسئولیت مدنی خاص، نسبت به آن وجود ندارد و فقط برخی مصادیق آن در قوانین پراکنده یا در اسناد بین المللی که ایران به آن پیوسته است، می‌توان یافت. در ادبیات حقوقی نیز جز برخی آثار معدود، این نوع فعالیت‌ها و اتخاذ این نوع رویکرد که بر نظریه فعالیت‌های فوق خطرناک مبتنی باشد، وجود ندارد. نکته ای که ضروری آن است که حتی بیان برخی از مصادیق، بدون شناختن نوع و عناصر آن فعالیت و مسئولیت مدنی سازگار با آن، کفایت نمی‌کند و روشن کردن آن‌ها لازم است؛ همچنین، شناسایی این نوع فعالیت‌ها منجر می‌شود نسبت به سایر اقدامات فوق خطرناک که تصریحی وجود ندارد، مسئولیت مدنی مناسب تعیین شود.

۲. مفاهیم و اصطلاحات

در این بخش ابتدا به مفهوم اقدامات خطرناک می پردازیم و سپس عناصر تشکیل دهنده این نوع اقدامات؛ همچنین خصوصیات آن‌ها بررسی می‌شود. در مبحث بعدی، مسئولیت مدنی حاکم بر این نوع اقدامات و ضرورت در نظر گرفتن نظام مسئولیت مدنی خاص نسبت به آن‌ها مورد تجزیه و تحلیل قرار می گیرد.

مبحث اول: مفهوم اقدامات خطرناک

اقدامات خطرناک در معنای عام شامل کلیه اقدامات و فعالیت‌هایی می‌شود که دارای درجه بالایی از خطر می‌باشند، اعم از این‌که، آن فعالیت ذاتا خطرناک باشد یا به دلیل ارتباط با مواد و وسایل خطرناک موصوف به این صفت شوند. مفهوم فعالیت‌های خطرناک از این حیث از اهمیت زیادی برخوردار است، که در این‌گونه از اقدامات، احتمال ورود خسارت به سایرین بیش‌تر از فعالیت‌های عادی بوده؛ همچنین در صورت وقوع حادثه خسارات وارده به نسبت وسیع تر است و از طرف دیگر در این‌گونه اقدامات عموماً اثبات تقصیر با دشواری‌های بیش‌تری همراه می‌باشد؛ لذا احتیاط و مراقبت‌هایی که در این فعالیت‌ها باید رعایت گردد به نسبت فعالیت‌های عادی شدیدتر و بیش‌تر خواهد بود.

بنابر ملاحظات گفته شده، در نظر گرفتن نظام عام مسئولیت مدنی که در کشورها عموماً بر تقصیر مبتنی می‌باشد (reid,1999:731) با این فعالیت‌ها سازگاری ندارد و در واقع مخالف با حقوق زیاندیده و حمایت از وی می‌باشد، چرا که در نظر گرفتن نظام عام مسئولیت مدنی در این نوع از اقدامات مانع بزرگی برای زیاندیده در جهت اثبات تقصیر و جبران خسارات وارده ایجاد می‌کند و با توجه به دشواری‌های آن، مانع جبران خسارات وارده به وی می‌گردد.

با توجه به افزایش روز افزون اقدامات خطرناک و به تبع آن افزایش خسارت‌های ناشی از آن، کشورها تلاش کرده اند تا نوعی از مسئولیت مدنی که بیش‌تر بر معیار عینی مبتنی بوده و اثبات تقصیر در آن شرط نمی‌باشد را برای این نوع از اقدامات در نظر بگیرند. کشورها در ارتباط با تعریف فعالیت‌های خطرناک رویکردهای مختلفی را اتخاذ کرده اند.

تعدادی از کشورها بدون آن‌که تعریف خاصی از این نوع اقدامات در قوانین خود به عمل آورند؛ صرفا مصادیقی را به صورت حصری در قوانین خود آورده و آن را تحت عنوان مسئولیت مدنی خاص قرار داده اند؛ به طور مثال کشور فرانسه در مورد خسارت انتقال ویروس ایدز از طریق خون‌های آلوده و انتشار آلودگی‌های مربوط به تاسیسات هسته ای (Law no. 95-955:1965) یا آلودگی‌های زیست محیطی (Law no.77-530:1977)و بسیاری دیگر از مصادیق فعالیت‌های خطرناک، قوانین خاصی را وضع کرده و آن را بر مسئولیت محض مبتنی قرار داده است که نیازی به اثبات تقصیر ندارد. در کشور آلمان مواردی نظیر خسارت‌های ناشی از هواپیما، حوادث جاده ای یا خسارت‌های مربوط به تاسیسات آب، گاز و برق(charm,1989:77) و موارد متعدد دیگر از همین رویکرد استفاده شده است. به طور کلی در این رویکرد مصادیق بارز فعالیت‌های خطرناک؛ نظیر حیوانات خطرناک، آتش و مواد منفجره، مواد سمی و

آلودگی‌های زیست محیطی؛ در قوانین خاص و به طور پراکنده تحت چارچوب نظام خاصی از مسئولیت مدنی قرار داده است بدون آن‌که تعریفی از این نوع اقدامات ارائه شده باشد.

در مقابل کشورهایی چون انگلیس و آمریکا که ابتدا نظریه مسئولیت محض ناشی از فعالیت‌های خطرناک در حقوق آن‌ها مطرح شده و سپس کشورهای دیگر و اسناد بین المللی آن را اقتباس کرده اند، این نوع فعالیت‌ها را در قالب یک قاعده کلی آورده و بر اساس آن نسبت به مصادیق مختلف تصمیم گیری کرده اند. در کشور انگلیس مبنای شکل گیری نظریه مسئولیت مدنی محض برای فعالیت‌های خطرناک بر گرفته از پرونده ریلند علیه فلیتچر(Rylands v Fletcher:1868) در سال ۱۸۶۸ می‌باشد و به شکل گیری قاعده ریلند منجر شده است. در این پرونده؛ مالک، مخازن آبی را در ملک خود قرار داده بود که بر اثر نشت مایعات از این مخازن و فوران آب از آن‌ها، ملک همسایه دچار آبگرفتگی گردید و در دعوایی که در دادگاه اقامه شد، خوانده بنابر ادعای عدم ارتکاب تقصیر، معافیت از مسئولیت مدنی و جبران خسارت را از دادگاه تقاضا کرد لیکن دادگاه در این مورد چنین بیان داشت:" هر گاه شخص، بنابر منافع خودش، اشیایی را در ملکش جمع آوری و نگهداری کند؛ علی الظاهر باید در مقابل کلیه خسارت‌های ناشی از آن پاسخگو باشد"(L.R. I Ex,1866:279-280) و در ادامه دادگاه بدون آن‌که خوانده را مکلف به اثبات تقصیر کند، رای به مسئولیت مدنی خواهان داد؛ بنابراین در واقع به نوعی "مسئولیت محض" را در این زمینه پذیرفت. سپس با توجه به اعتراضی که از این رای صورت گرفت، دیوان عالی کشور انگلستان عمومیت نظر دادگاه را تا حدی کاهش داد و چنین نظر داد که: هرگاه خسارات وارده در نتیجه "استفاده غیرطبیعی" (Non-natural Use) از زمین واقع شده باشد و همچنین ناشی از اقداماتی باشد که احتمال فساد و ضرر به دیگری در آن‌ها بالا باشد، خوانده باید پاسخگو کلیه زیان‌های وارده باشد. بنابراین قیدی که نظر اولیه دادگاه اضافه شد مربوط به خصوصیت "غیرطبیعی" یا "غیرعادی" بودن فعالیت است که منجر می‌شود خوانده بدون آن‌که حتی مرتکب تقصیری شود، مسئولیت مدنی پیدا کند. پس از این پرونده، دادگاه‌های انگلیس این نظریه را نسبت به سایر فعالیت‌ها و اقدامات این چنینی؛ از قبیل آتش، مواد منفجره، مواد شیمیایی و سمی گسترش دادند.

قاعده ریلند سپس به حقوق کشور آمریکا راه پیدا کرد و بسیاری از ایالت‌ها بر اساس همین قاعده در مورد اقدامات خطرناکی نظیر استفاده از دینامیت و مواد منفجره اعمال کرده و قائل به مسئولیت محض شدند؛ لیکن به دلیل این‌که نظریه مذکور، صرفا مصادیق محدودی را در نظر می‌گرفت و در مورد بسیاری از فعالیت‌های خطرناک قابل اعمال نبود؛ رویکرد جدیدی را بر اساس قانون مسئولیت مدنی آمریکا در سال۱۹۷۷ اتخاذ کردند و اصلاحاتی را در این دیدگاه ایجاد کردند. می‌توان گفت نظریه ریلند تا حد زیادی گسترش داده شد و عناصر و خصوصیات این نوع از فعالیت‌ها را به خوبی تشریح و توصیف کردند. همچنین در ماده ۵۲۰ قانون مسئولیت مدنی آمریکا از اصطلاح "فعالیت خطرناک غیرمعمول" (abnormally dangerou activity) استفاده شده و با بیان خصوصیات و شرایط تحقق آن،

مسئولیت محض را برای این دسته از اقدامات وضع کرده اند. به موجب این ماده برای این‌که یک فعالیت، خطرناک و غیرمعمول به شمار رود باید شرایط ذیل وجود داشته باشد:

۱. وجود درجه بالایی از خطر برای صدمه به شخص، ملک یا اموال سایرین.

۲. ضرر وارده از اقدامات، به طور بالقوه وسیع باشد.

۳. با اعمال مراقبت‌های معمول نتوان از آن‌ها جلوگیری کرد.

۴. عدم استفاده معمول و طبیعی.

۵. عدم تناسب با مکان انجام فعالیت.

۶. فایده این نوع اقدامات در مقابل خطرات آن برای اشخاص برتری نداشته باشد.

در مباحث بعدی هر یک از این موارد به طور جداگانه و مبانی هر یک از آن‌ها مورد بررسی قرار خواهد گرفت؛ بنابراین می‌توان چنین نتیجه گرفت که کشورها در ارتباط با فعالیت‌های خطرناک به طور کلی دو نوع رویکرد اتخاذ کرده اند: یک رویکرد که صرفا مصادیقی از فعالیت‌های خطرناک را به طور جداگانه و حصری ذکر کرده اند و آن را تحت نظام خاصی از مسئولیت مدنی قرار داده اند و دیگری رویکردی است؛ که قاعده کلی برای این نوع از اقدامات وضع کرده و تعریفی روشن و صریح از اقدامات خطرناک انجام داده اند.

در فقه امامیه مباحثی که فقها در ارتباط با اصل تسلیط و تزاحم آن با اصل لاضرر و رعایت حقوق مجاورین مطرح کرده اند تا حد زیادی با این موضوع ارتباط پیدا می‌کند. قاعده تسلیط، یکی از قواعد مسلم فقهی به شمار می‌رود که بر مبنای حدیث مشهور پیامبر (ص): (الناس مسلطون علی اموالهم) می‌باشد(شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج۴، ص۴۰۵). در ماده ۳۰ قانون مدنی همین حکم بیان شده است: "هر مالکی نسبت به مایملک خود حق همه گونه تصرف و انتفاع دارد". در صورتی که قاعده تسلیط را به طور مطلق حاکم و مالک را مجاز به هرگونه تصرف در ملک خود بدانیم، در موارد متعددی با قاعده لاضرر ممکن است تزاحم پیدا کند. البته جنس این اختلاف از نوع تزاحم است؛ زیرا در تصرف مالک در ملک خودش، لزوما به معنای ورود زیان به دیگری نیست و صرفا در برخی از موارد، اجرای این دو قاعده با یکدیگر تزاحم پیدا می‌کنند؛ مانند آن‌که مالک در ملک خود آتشی را روشن کند یا آبی را رها سازد و بر اثر این اقدام به همسایه مجاور خسارتی وارد آید. در مقام تزاحم بین این دو قاعده، یکی از نظریات فقهی آن است که به طور مطلق باید قاعده تسلیط را حاکم دانسته و در این مورد مالک ضامن نیست(علامه حلی، ۱۴۱۴، ح۲، ص۴۱)؛ لیکن نظر مشهور فقها بر این است؛ هرگاه تصرفات مالک به صورت غیرمتعارف باشد و به مجاورین خسارتی وارد شود، قاعده لاضرر حاکم بوده و مالک ضامن است(محقق داماد، ۱۳۹۲، ج۱، ص۱۵۸). در واقع تاکید بر غیرمتعارف بودن تصرفات مالک و تصرف زائد بر حاجت، با مفهوم قاعده ریلند مشابهت دارد و این‌گونه تصرفات را ضمان آور به شمار می‌آورد.

مبحث دوم: مبانی و خصوصیات اقدامات خطرناک

دو مبنای مهم حاکم بر اقدامات خطرناک شامل "ریسک غیرمتقابل" و "نفع غیرمتقابلی" است که در اقدامات خطرناک وجود دارد. همین امر موجب شده است، کشورها مسئولیت مدنی شدیدتر و یک نوع نظام خاص مسئولیت مدنی برای این‌گونه از اقدامات در نظر بگیرند که عموماً مسئولیت مدنی محض، برای آن برگزیده شده است. از این رو ابتدا باید مبانی مسئولیت مدنی ناشی از اقدامات خطرناک به طور خاص و سپس مبانی مسئولیت محض به طور عام را در این حوزه مد نظر قرار دهیم. مبانی مسئولیت محض به طور عام، شامل مواردی نظیر: توزیع ضرر، درونی کردن ضرر، بازدارندگی و کاهش هزینه‌های اداری می‌باشد که هر یک از آن‌ها در حوزه اقدامات خطرناک قابل اعمال است.

مقصود از ریسک غیرمتقابل آن است که در اقدامات خطرناک، ریسک و خطر بالقوه ای برای سایر اشخاص یا اموال ایجاد می‌کند، به صورت یکطرفه می‌باشد و در واقع به صورت یک جانبه خسارت به زیاندیده تحمیل می‌شود؛ در حالی‌که چنین ریسک مشابهی را ایجاد نمی‌کند؛ به طور مثال وقتی شخص، اقدام به انجام عملیات انفجاری می‌کند، خطری که برای سایرین ایجاد می‌کند، یک خطر یک‌جانبه می‌باشد و سایرین چنین خطر مشابهی را برای شخص ایجاد نمی‌کنند و از این رو در این موارد، قراردادن بار اثبات تقصیر بر دوش زیاندیده، با مبنای مسئولیت و چه بسا عدالت، سازگاری ندارد.

در اصلاحیه سوم قانون مسئولیت مدنی آمریکا، ذیل ماده ۲۰؛ مثال خوبی در این باره بیان شده است: "در یک فعالیت معمولی نظیر استفاده از خودرو که در میان افراد جامعه معمول و متعارف است، رانندگان و خودروها، ریسکی برای یکدیگر دارند، یک ریسک متقابل و مشابه است و از این رو مسئولیت بر عهده راننده مقصر است"(RESTATEMENT THIRD OF TORTS 2005: § 20). یا در مورد نگهداری از حیوانات، ذیل ماده ۲۲ همین قانون، چنین تفسیری ارائه شده است: " در مورد حیوانات خانگی چون سگ و گربه که در میان مردم عمومیت دارد و ریسک‌های محدودی را برای سایرین دارند، این ریسک در حد وسیعی متقابل است و در نتیجه تحمیل مسئولیت محض در مورد آسیب‌های ناشی از حیوانات خانگی یا اهلی ضعیف است؛ در حالی‌که در مورد حیوانات وحشی و غیرمتعارف چنین ریسکی غیرمتقابل بوده و مسئولیت محض در مقابل آن‌ها قابل اعمال می‌باشد."

مبنای خاصِ دومِ فعالیت‌های خطرناک، "نفع غیرمتقابل" است که با مبنای اول رابطه تنگاتنگ و متقابلی دارد. مقصود از نفع غیرمتقابل، یک نفع متمایز با زیاندیده می‌باشد. هرگاه شخص بنابر منافع خودش، مبادرت به یک اقدام خطرناک کند، بدون آن‌که زیاندیده نفع شخصی و خاصی در این فعالیت داشته باشد، مسلم است که تحمیل بار اثبات تقصیر بر وی توجیه پذیر نیست و شخصی که از آن فعالیت نفع می‌برد باید خسارت‌های ناشی از آن را بی چون و چرا جبران کند، خصوصاً از این حیث که این فعالیت خطرناک و دارای ریسک بالایی است؛ همچنین اثبات تقصیر در آن‌ها که عموماً فعالیت‌های تخصصی می‌باشند به دشواری ممکن است. هر چقدر یک فعالیت معمول و متعارف باشد، احتمال این‌که سایر

اشخاص از آن نوع فعالیت نفع ببرند، بیش‌تر است و در مقابل در فعالیت غیرمعمول و غیرمتعارف که از خصوصیات اصلی اقدامات خطرناک استند، عموماً چنین نفع و ریسک متقابلی متصور نیست(fletcher,1972:537). در فقه امامیه مبنای نفع غیرمتقابل را می‌توان با قواعد فقهی نظیر "من له الغنم فعلیه الغرم" و یا قاعده "الخراج بالضمان" مقایسه کرد. بر اساس این قواعد فقهی می‌توان به ملازمه نفع و ضرر پی برد.

چنین مواردی که ریسک و منافع یک اقدام خطرناک، در مقابل منافعی که سایر اشخاص از آن نوع اقدام به دست می‌آورند اندک باشد، باید قائل به مسئولیت محض بود و تفسیر ذیل ماده ۲۴ اصلاحیه سوم قانون مسئولیت مدنی آمریکا در این مورد مثال خوبی را بیان می‌کند:" هر گاه به دلیل برخورد هواپیما و یا پرتاپ شدن اشیاء از آن، به ساکنین روی زمین خسارت‌هایی وارد شود، مسلم است که در مقابل این خسارت‌ها، مسئولیت محض وجود دارد، لیکن در مورد مسافرین هواپیما، در صورتی که هنگام فرود یا پرواز آسیبی به وسایل آن‌ها وارد شود با توجه به این‌که مسافران به طور مستقیم از منافع مربوط به پرواز بهره می‌برند، تحمیل مسئولیت محض چندان توجیه پذیر نیست."(restatement second, section 24) یا به طور مثال در صورتی که یک حیوان وحشی از قفس خود در باغ وحش فرار کند و به دیگران آسیب زند، مسئولیت محض قابل اعمال است؛ لیکن اگر دامپزشک در طی فرآیند درمان یا معاینه حیوانات آسیب ببیند، چنین مسئولیتی قابل توجیه نیست؛ زیرا این عمل منافع دامپزشک را تامین می‌کند.

مقصود از عبارت "من له الغنم فعلیه الغرم" آن است که بهره بردن از منافع حاصل از مال موجب تکلیف به تحمل خسارت‌های ناشی از آن مال نیز می‌شود(شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ص۱۲۶)؛ مضافاً عبارت "الخراج بالضمان" ناظر به تلازم ضمانت اصل مال و انتفاع از آن می‌باشد. این دو قاعده با یکدیگر کاملاً مرتبط هستند، به نحوی که قاعده اول جهت تعیین منتفع و قاعده دوم در جهت تعیین ضامن است؛ بنابراین هر شخصی که از منافع شیء یا فعالیتی بهره مند شود باید خطرات و خسارت‌های ناشی از آن را تحمل کرده و متعهد به جبران آن گردد. بنابراین سه شرط برای اعمال این قاعده لازم است. اولاً انتفاعی واقع شده باشد، ثانیاً ضرر به دیگری وارد شود و ثالثاً ملازمه بین ضرر و منفعت وجود داشته باشد(کریمی، ۱۳۹۸، ص۲۶۷).

مبانی مسئولیت محض به طور کلی و مبانی فعالیت‌های خطرناک به طور خاص، نسبت به هریک از خصوصیات اقدامات خطرناک قابل اعمال است و از این رو در ادامه، هر یک این خصوصیات به طور جداگانه با توجه به مبانی این موضوع بررسی می‌شوند.

الف. وجود درجه بالایی از خطر

در فعالیت‌های خطرناک، ضریب خطر و وقوع حادثه به نسبت سایر فعالیت‌های عادی بالاتر است و همین امر موجب شده است، مبانی‌یی نظیر توزیع ضرر که از مبانی مسئولیت محض می‌باشد، در آن پررنگ تر باشد. بر اساس مبنای توزیع ضرر یا عدالت توزیعی(distributive justice)، خسارت‌های وارده و هزینه ای که بر خوانده به دنبال آن تحمیل می‌شود، می‌تواند به صورت مستقیم یا غیرمستقیم بین سایرین توزیع گردد. هرگاه مسئولیت محض، برای اقدامات خطرناک در نظر گرفته شود، عامل این گونه فعالیت‌ها با توجه به ارزیابی خطرات و محاسباتی که از فعالیت خود به عمل می‌آورند، ضررهای وارده را به مصرف کنندگان کالا یا خدمات خود توزیع می‌کند یا این‌که به صورت غیرمستقیم خود را در مقابل خسارت‌های وارده بیمه می‌کند؛ در حالی که اگر مسئولیت بر تقصیر مبتنی و اثبات آن به دشواری امکان پذیر باشد، این چنین ملاحظات کمتر مورد توجه عاملان این فعالیت‌ها قرار می‌گیرد و از طرفی با مبنای بازدارندگی در تعارض قرار دارد.

با توجه بهموضوع که این نوع از اقدامات، خطرات بیش‌تری به دنبال دارند، با در نظر گرفتن مسئولیت محض نسبت به آن‌ها، موجب کاهش سطح چنین فعالیت‌هایی شده و سطح ایمنی آن‌ها را بالا خواهد برد؛ در حالی‌که نظام عام مسئولیت مدنی کمتر باعث کاهش فعالیت های خطرناک می‌شود.

ب. گستردگی خسارات

خصوصیت دیگر اقدامات خطرناک آن است، که در صورت وقوع حادثه، خسارات به نسبت سایر فعالیت‌های عادی وسیع تر می‌باشد و از این رو مبانی‌ای نظیر توزیع ضرر و تخصیص ضرر در آن‌ها از اهمیت بیش‌تری برخوردار است. به طور مثال در رابطه با فعالیت‌های خطرناکی نظیر مواد منفجره یا خسارت‌های اتمی، به طور بالقوه خسارت‌هایی که ممکن است در اثر آن‌ها واقع شود، به نسبت وسیع می‌باشد و در نظر گرفتن مسئولیت مدنی محض موجب می‌گردد؛ اولاً سطح احتیاط و ایمنی دقیق‌تری رعایت گردد و ثانیاً در مقابل این‌گونه خسارت‌ها، صاحبان این اقدامات، نهاد بیمه را به فعالیت های خود راه دهند و به نوعی توزیع ضرر نیز محقق گردد و این مبانی با مسئولیت مبتنی بر تقصیر، چندان سازگاری ندارد.

ج. ناتوانی از دفع ضرر

اقدامات خطرناک در زمره آن دسته از اقداماتی به شمار می رود که جلوگیری از ضرر در آن‌ها به دشواری امکان پذیر است و حتی در برخی از موارد در صورت وقوع ضرر، دفع آن غیرممکن می‌شود و از این رو با رعایت یکسری مراقبت‌های معمول و متعارف برای جلوگیری از خطرات، کفایت نمی‌کند. در مسئولیت مبتنی بر تقصیر گفته می‌شود، معیار تقصیر رفتار انسان معقول و متعارف است(کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص۸۲). در حالی‌که در این اقدامات، چنین مراقبتی نمی‌کنند و به تبع آن، اثبات تقصیر دشوار و یا حتی

غیرممکن می‌گردد؛ از این روست که مسئولیت مدنی محض و یا حتی مطلق در این موارد فعالیت‌ها با ماهیت خطرناک بودن آن‌ها و دشواری‌های اثبات تقصیر، سازگار است.

د. غیرمعمول بودن

یکی از عناصر شناسایی اقدامات خطرناک، معمول و متعارف نبودن آنهاست و به عبارت دیگر بین عموم افراد جامعه کمتر شایع می‌باشد. با توجه به این‌که این نوع فعالیت‌ها غیر متعارف می‌باشند، به تبع آن زیاندیده نمی‌تواند خود را برای مقابله با چنین خسارت‌هایی آماده کند و این خصوصیت به همان مبنای ریسک غیرمتقابل برمی‌گردد. این درحالی است که عوامل این فعالیت‌ها، که به خوبی از خطرات ناشی از اقدامات خود اطلاع و آگاهی دارند، می‌توانند خود را برای این چنین خسارت‌هایی آماده کنند؛ از جمله آن‌که سطح احتیاط بیش‌تری به کار برده یا این‌که از طریق توزیع ضرر، آن را در قیمت کالاها و خدمات خود منظور کرده و خود را بیمه کنند. همه این ملاحظات با مسئولیت مدنی محض سازگاری دارد و در صورت حاکمیت مسئولیت مبتنی بر تقصیر، ممکن است عوامل این فعالیت‌ها که از احتمال عدم محکومیت خود در دادگاه و دشواری‌های اثبات تقصیر آگاهی دارند، ترغیب به این اقدامات جلوگیری از خطر، نشود. از طرفی در نظر گرفتن مسئولیت محض، موجب کاهش هزینه‌های دادرسی می‌گردد و دیگر دشواری‌هایی نظیر هزینه کارشناسی‌های تخصصی برای اثبات تقصیر یا اطاله دادرسی با توجه به تخصصی بودن تشخیص اقدامات خطرناک این‌گونه فعالیت‌ها را رفع می‌کند؛ زیرا عوامل، بدون نیاز به اثبات تقصیر، مسئول هستند.

ه. عدم تناسب با مکان

عدم تناسب با مکان از جمله عناصر شناسایی فعالیت‌های خطرناک به شمار می‌رود؛ مثلاً در صورتی که عملیات انفجاری در نزدیکی مناطق شهری یا روستایی قرار داشته باشد، یک اقدام خطرناک به شمار می‌رود و باید مسئولیت محض را بر آن حاکم دانست، لیکن اگر همین فعالیت که ذاتا خطرناک است، در محلی دور از محل سکونت شهروندان و ایمن انجام شود، شامل مسئولیت محض نمی‌گردد.

۳. انواع مسئولیت مدنی

کشورها در رابطه با اقدامات خطرناک، دیدگاه های مختلفی از مسئولیت مدنی را در نظر گرفته اند؛ از جمله آن‌ها می‌توان به فرض تقصیر، مسئولیت محض و مسئولیت مطلق اشاره کرد. در حقوق کشورها علی القاعده، نظام مسئولیت عام، بر تقصیر مبتنی می‌باشد و به طور کلی اشخاص در صورتی مسئول جبران خسارت شناخته می‌شوند که مرتکب تقصیر گردند.(king, 1996:342). آنچه مسلم است، آن است که در اقدامات خطرناک یا اقداماتی که با مواد خطرناک سر و کار دارند، وظیفه مراقبت و احتیاط به مراتب سنگین تر و بیش‌تر از حالت معمول در نظر گرفته می‌شود و این الزام به حدی است که در کشور انگلستان در رابطه با این نوع از اقدامات "درجه‌ای از مراقبت که ایمنی را تضمین کند"(donoghuevstevenson:1932) را شرط می‌دانند.

کشورهای انگلیس و آمریکا مسئولیت مدنی ناشی از فعالیت‌های خطرناک را بر مسئولیت محض مبتنی قرار داده اند.(w.prosser:1971:508-509). مقصود از مسئولیت محض(strict liability) نوعی از مسئولیت مدنی است که در آن عامل زیان، مکلف به جبران خسارات وارده به زیاندیده می‌باشد بدون آن‌که زیاندیده نیازی به اثبات تقصیر داشته باشد. در این نوع از مسئولیت تنها با اثبات قطعی رابطه سببیت، اعم از این‌که بنابر قوه قاهره یا مداخله شخص ثالث یا اقدام خود زیاندیده باشد، می‌توان از مسئولیت معاف شد(بادینی، ۱۳۹۷، ص۱۷).

همانگونه که قبلاً بیان شد، دکترین مسئولیت محض در ارتباط با اقدامات خطرناک در کشور انگلیس، بر مبنای قاعده ریلند شکل گرفته است و همواره به عنوان یک مبنای کلاسیک در این باره از آن یاد می‌شود. علاوه بر ارزش تاریخی، پرونده ریلند، در واقع شالوده پذیرش این نظریه در آمریکا و دیگر کشورها پرونده ریلند می‌باشد و در تدوین قانون مسئولیت مدنی آمریکا به وسیله موسسه حقوقی آمریکا به آن ارجاع شده است (keeton,1995:595). در کشور آمریکا به موجب مواد ۵۱۹ و ۵۲۰ اصلاحیه دوم قانون مسئولیت مدنی، فعالیت‌های خطرناک و غیرمعمول تعریف شده و برای آن مسئولیت محض در نظر گرفته شده است.

ماده ۵۱۹ قانون اخیرالذکر چنین بیان می‌دارد:"هر شخصی که فعالیت خطرناک غیرمعمولی را انجام دهد در صورت ورود خسارت به اشخاص یا اموال سایرین، ضامن است؛ ولو آن‌که برای جلوگیری از ضرر، حداکثر مراقبت را انجام داده باشد"(ماده ۵۱۹ اصلاحیه قانون مسئولیت مدنی آمریکا).

نظریه دیگر مسئولیت مدنی که برخی از کشورها از جمله کشور فرانسه در ارتباط با اقدامات خطرناک در نظر گرفته اند، فرض تقصیر (presumption of fault) می‌باشد. بر اساس این رویکرد خواهان از بار اثبات تقصیر خوانده معاف است لیکن اگر خوانده بتواند عدم تقصیر خود را ثابت کند از مسئولیت معاف می‌شود.

در حقوق فرانسه برای تعیین نظام حاکم بر مسئولیت مدنی ناشی از اقدامات خطرناک، باید به مسئولیت مدنی ناشی از اشیاء رجوع کرد و دکترین حقوقی عموماً برای تعیین مسئولیت، در مورد اقدامات خطرناک به این عنوان حقوقی ارجاع داده اند. ماده ۱۲۴۲ قانون مدنی فرانسه بیان می‌دارد: "یک شخص نه تنها در مقابل خسارت‌هایی که بر اثر رفتار خودش ایجاد شده است مسئول است؛ بلکه نسبت به خسارت‌هایی که از سوی سایر اشخاص که وی در مقابل رفتار آن‌ها پاسخگو است یا بوسیله اشیائی که تحت نگهداری وی می‌باشد نیز مسئولیت دارد." البته در این ماده تمایزی بین اقدامات خطرناک و غیرخطرناک به عمل نیامده است؛ لیکن مسئولیت مدنی ناشی از اشیاء می‌تواند در موارد متعددی با اقدامات خطرناک مطابقت پیدا کند و از جمله پرونده‌هایی که در این مورد طرح شده است می‌توان به مواردی نظیر گازهای مایع (Recueji Dalloz Sirey 1994 J. 80). مواد منفجره یا تجهیزات قطع درختان (Recueil Dalloz Sirey 1966 J. 700)اشاره کرد. دیدگاه جدید نسبت به ماده ۱۲۴۲ آن است که این ماده در واقع

فرض مسئولیت را تحمیل می‌کند تا بر فرض تقصیر مبتنی باشد. خوانده در صورتی می‌توان از مسئولیت مدنی معاف شود که ثابت کند قوه قاهره‌ای غیر قابل پیش بینی و خارج از کنترل وی وجود داشته است. در واقع این دیدگاه بار اثبات را بر دوش خوانده قرار داده و به نفع خواهان دعوا می‌باشد.

در مسئولیت مدنی ناشی از فعل شخص، آنچه در تعیین مسئولیت نقش اساسی را ایفا می‌کند، همان "فعل شخص" است. در حالی‌که در مسئولیت مدنی ناشی از اشیاء آنچه نقش مهم‌تری دارد، نقش فعال شیء می‌باشد و برای تعیین مسئولیت باید این شیء به شخص منسوب باشد. در حقوق فرانسه مسئولیت ناشی از حیوان، تصادفات رانندگی یا خرابی ساختمان از جمله مصادیق، مسئولیت مدنی ناشی از اشیاء به شمار می‌روند. مقصود از نقش فعال شیء در وقوع خسارت؛ آن است که آن شیء مداخله در تحقق خسارت داشته باشد، نه این‌که به صورت منفعل عمل کند؛ مثلا اگر فرد بر اثر افتادن درخت واقع در ملک دیگری بر روی خودرو وی، خسارت ببیند، درخت نقش فعال در ایراد خسارت دارد؛ لیکن در فرضی که شخص خود از درخت بالا رفته و از آن بیفتد و آسیب ببیند، مسئولیت ناشی از شیء مطرح نیست و شیء نقش منفعل دارد (J.bell,1998:377).

در اسناد و معاهدات بین المللی، در رابطه با مصادیق فعالیت‌های خطرناک عموماً از مسئولیت مدنی محض استفاده شده است. معاهده رم در سال ۱۹۳۳ و در رابطه با مسئولیت خسارات ناشی از هوانوردی بود و در واقع از حمایت‌های اولیه نظریه مسئولیت محض در حقوق بین الملل به شمار می‌رود. در مورد فعالیت‌های فضایی که یکی از مصادیق فعالیت‌های خطرناک به شمار می‌رود، ماده ۵ معاهده، اصول حاکم بر اکتشاف و استفاده از فضای ماورای جو، شامل ماه و دیگر اجرام آسمانی مقرر می‌کند:

"هر کشوری که شی ای را به فضا پرتاپ کند ... از نظر بین المللی نسبت به خسارات وارده، که ناشی از آن شی یا قطعات آن بر روی زمین، در فضای جو یا در فضای خارج از جو از جمله ماه و دیگر اجرام آسمانی باشد، نسبت به دیگر کشورهای عضو معاهده یا اشخاص حقیقی و حقوقی آن‌ها ضامن است." به منظور رفع ابهام از ماده ۵ این معاهده، کمیته فرعی حقوقی سازمان ملل متحد در زمینه استفاده صلح آمیز از فضای ماورای جو در تهیه پیش نویس این معاهده، در ماده ۲ صریحا مقرر کرده است: "کشور پرتاپ کننده شی به فضا باید در مقابل خسارات وارده ناشی از آن در سطح زمین یا به هواپیما در حال پرواز، به طور مطلق مسئول شناخته شود."

فعالیت‌های اتمی یکی از مصادیق بارز فعالیت‌های خطرناک غیرمعمول به شمار می‌روند، از این حیث که ریسک ورود ضرر در آن بسیار بالاست و از منظر حقوق بین الملل به طور خاص، این ریسک جنبه ی فراملی دارد و از طرفی از جمله فعالیت‌هایی به شمار می‌رود که با اعمال مراقبت‌های معمول، نمی‌توان از آن جلوگیری کرد. در این راستا معاهده وین که به وسیله آژانس انرژی اتمی حمایت شده است، صریحا بیان می‌دارد: "مسئولیت مدنی بهره بردار تاسیسات استه ای برای خسارت‌های اتمی ... باید به صورت محض باشد." (Vienna Convention art. IV(i).). اهمیت تعیین مسئولیت محض برای اقدامات

خطرناک تا جایی است که برخی از اندیشمندان حقوقی از آن تحت یکی از اصول کلی حقوق بین الملل یاد میکنند. به عبارتی اصل حقوق بین الملل در رابطه با فعالیت‌های خطرناک بدین صورت است: هرگاه خطر یک فعالیت، از نظر تکنولوژی یا صنعتی، از نظر مقیاس و احتمال وقوع زیاد باشد و خصوصیت فراملی داشته باشد، بهره بردار چنین فعالیتی در مقابل خسارات به طور محض مسئولیت دارد؛ از جمله مصادیق بارز آن فعالیت‌های اتمی، آلودگی‌های خطرناک، هوانوردی و فعالیت‌های فضایی می‌باشد (goldie,1970:317).

۴. مصادیق

اقدامات خطرناک دارای برخی مصادیق روشن و بارزی می‌باشند که در قوانین کشورها و اسناد بین المللی به عنوان فعالیت‌های خطرناک شناخته شده و آن را تحت نظام خاصی از مسئولیت مدنی قرار داده اند. مصادیق مهم فعالیت‌های خطرناک شامل حیوانات، آتش و مواد منفجره، مواد سمی، شیمیایی، رادیو اکتیوی و آلودگی‌های زیست محیطی می‌شود. دو مصداق مهم که هم در قوانین ایران و هم در فقه سابقه بیش‌تری دارند و از طرفی تا حد زیادی با دیگر مصادیق ارتباط دارند با حیوانات و آتش است که در دو مبحث جداگانه مورد بررسی قرار می‌گیرند.

۴-۱. حیوانات

یکی از مهمترین مصادیق فعالیت‌های فوق خطرناک، مربوط به آسیب‌های ناشی از حیوانات خطرناک می‌باشد. ماده ۵۰۷ اصلاحیه دوم قانون مسئولیت مدنی آمریکا مقرراتی را در این مورد نسبت به دارندگان چنین حیواناتی مقرر نموده است. این ماده بیان می‌دارد:

۱. دارنده حیوان وحشی در مقابل دیگران نسبت به خسارت‌هایی که آن حیوان به اشخاص و اموال سایرین وارد می‌کند، مسئول شناخته می‌شود؛ ولو آن‌که دارنده حیوان وحشی حداکثر مراقبت را برای محدود کردن حیوان به عمل آورده یا به طریق دیگر از ورود ضرر جلوگیری کرده باشد.

۲. این نوع مسئولیت محدود به مواردی است که حیوان دارای خصوصیات خطرناک باشد و داخل در دسته خاص حیوانات وحشی قرار بگیرد؛ اعم از این‌که دارنده نسبت به آن آگاه بوده یا بایستی آگاه باشد.

ماده ۵۰۹ قانون بیان می‌دارد که: الف. دارنده یک حیوان خانگی در صورتی که بداند یا دلیلی بر آگاهی او وجود داشته باشد که این حیوان دارای تمایلات خطرناک و غیرمعمول در دسته خودش می‌باشد، در مقابل خساراتی که آن حیوان به سایرین وارد می‌کند، مسئول است؛ ولو آن‌که حداکثر مراقبت را اعمال کرده باشد.

ب. این نوع مسئولیت محدود به مواردی است که حیوان خانگی دارای تمایلات خطرناک و غیر معمولی باشد که صاحب آن از آمن آگاهی داشته یا دلیل بر آگاهی او وجود داشته باشد.

بنابراین صاحب یک حیوان خطرناک یا حیوان خانگی که دارای تمایلات خطرناک است، در مقابل خسارات آن حیوان به طور محض مسئولیت دارد. البته این مسئولیت محدود به فرضی می‌باشد که دارنده

حیوان، نسبت به خطرناک بودن آن آگاهی داشته یا دلیلی بر آگاهی وی وجود داشته باشد؛ لذا دادگاه در این موارد، بدون توجه به تقصیر، حکم به مسئولیت میدهد؛ لیکن باید توجه کرد درصورت تحمیل مسئولیت محض، خوانده می‌تواند چنین ادعا کند که خواهان خطر مربوط به حیوان را فرض کرده بوده است. این درحالی است که در قواعد کلی مسئولیت محض، خوانده حق چنین دفاعی را نخواهد داشت. نکته حائر اهمیت دیگر آن است که بر اساس ماده ۵۱۹ قانون فوق الذکر، شخصی که حیوان را حمل می‌کند از چنین مسئولیتی برخوردار است ولو آن‌که مالک نباشد.

قاعده حقوقی در مورد حیوانات وحشی بدین نحو می‌باشد که آن‌ها نوعاً خطرناک بوده و صرف مالکیت آن‌ها، مسئولیت مدنی نسبت به خسارت‌های ناشی از آن را ایجاد می‌کند. هرگاه مالکان این حیواناتی را در معرض سایرین قرار دهند، با این عمل دیگران را در معرض یک خطر غیرمعمول قرار داده و از این رو نسبت به ضررهای ناشی از آن مسئولیت دارند، هرچند فرار حیوان از دست مالک بر بی احتیاطی مبتنی بوده یا نباشد و صرف مالکیت یا تصاحب حیوان، برای تحمیل مسئولیت کفایت می‌کند. از طرف دیگر قاعده‌ی حاکم نسبت به حیوانات خانگی، آن است که چون این حیوانات خطرناک نیستند و خطر غیرعادی را ایجاد نمی‌کنند مگر آن‌که آن حیوانات دارای تمایلات وحشیانه باشند به نحوی که مالک از آن آگاه بوده یا باید آگاه باشد.

معیار مهم دیگری که باید در مورد حیوانات وحشی مدنظر قرار گیرد، زیست بوم آن‌هاست. بر این اساس حیوانات وحشی را می‌توان به دو دسته تقسیم بندی کرد. یک گروه آن دسته از حیوانات وحشی استند که در زیست بوم محلی خود قرار دارند و دیگر آن دسته از حیوانات وحشی اند که خارج از زیست بوم خود و دور از آن نگهداری می‌شوند.

در جایی که حیوان وحشی در زیست بوم محلی خود بوده و از تصرف مالک فرار می‌کند، در واقع حیوان به زیست بوم وحشی خود برگشته است و مالک دیگر بر وی تسلط ندارد و مالک محسوب نمی‌شود و مسئولیتی ندارد. ماده ۵۰۸ اصلاحیه قانون مسئولیت مدنی بیان می‌کند:

" دارنده یک حیوان وحشی ای که در زیست بوم محلی خودش می‌باشد، مسئولیت برای مالک، بعد از آن‌که از تصرف وی خارج شده و فرار کرده است و به زیست بوم خود برگشته است، ایجاد نمی‌کند." با این وجود اگر حیوان در زیست بوم خود از نظر محلی نباشد و از تسلط مالک خود خارج شود و فرار کند، مالک در مقابل خسارت‌های حیوان به سایرین، مسئولیت دارد(donaldson, 1969,271) .

در حقوق ایران تئوری اصلی حاکم بر مسئولیت مدنی ناشی از حیوانات؛ بر تقصیر مبتنی می‌باشد و مسئولیت بدون تقصیر حالت استثنایی دارد(ره پیک، ۱۳۹۵، ص۲۱). بر همین اساس قانون مدنی در ماده ۳۳۴ بیان می‌دارد:"مالک یا تصرف حیوان مسئول خساراتی نیست که از ناحیه آن حیوان وارد می‌شود مگر این‌که در حفظ حیوان تقصیر کرده باشد لیکن در هر حال اگر حیوان به واسطه عمل کسی منشأ ضرر گردد، فاعل آن عمل مسئول خسارات وارده خواهد بود". با وجود مشابهت‌هایی که این ماده با ماده ۱۳۸۵

قانون مدنی فرانسه دارد و برخی، آن را اقتباسی از این قانون به شمار می‌آورند(قائم مقامی،۱۳۸۵، ص۳۴)؛ لیکن قانونگذار ایرانی در این باره بر خلاف قانون فرانسه که مسئولیت محض را در این مورد پذیرفته است، اصل را بر مسئولیت "مبتنی بر تقصیر" قرار داده است.

ماده ۵۲۲ قانون مجازات اسلامی در این باره مقرر می‌دارد: "متصرف هر حیوانی که از احتمال حمله آن آگاه است، باید آن را حفظ نماید و اگر در اثر تقصیر او، حیوان مزبور به دیگری صدمه وارد سازد، ضامن است ولی اگر از احتمال حمله حیوان آگاه نبوده و عدم آگاهی، ناشی از تقصیر نباشد، ضامن نیست." در این مورد ملاک تشخیصِ علم متصرف، نوعی است و اگر شواهد و قراین بیرونی، برای شخص آگاهی نوعی و عرفی ایجاد کند، باید متصرف حیوان را نسبت به وضعیت خطرناک حیوان، عالم دانست(صفایی،۱۳۹۰، ص۲۱۲). در واقع این ماده قانون مجازات اسلامی به وضعیت خطرناک حیوان توجه نموده است و در فرض آگاهی مالک به این حالت خطرناک، وی را ضامن خسارات ناشی از حیوان به شمار آورده و وظیفه مالک به مراقبت و احتیاط را در این باره بیش‌تر کرده است (حیاتی، ۱۳۹۲، ص۲۳۲).

ماده ۵۱۲ و ۵۲۴ قانون مجازات اسلامی در مورد توقف حیوان در محل غیرمجاز در این باره جالب توجه می‌باشد. ماده ۵۱۲ بیان می‌دارد: "هرگاه شخص در محل‌هایی که توقف در آن‌ها مجاز نیست توقف نماید...یا حیوانی در این قبیل محل‌ها مستقر سازد...شخص متوقف یا کسی که آن...حیوان را مستقر نموده...ضامن دیه و سایر خسارات می‌باشد..." و همچنین ماده ۵۲۴ مقرر می‌کند: "هرگاه کسی که سوار حیوان است آن را در معابر عمومی یا دیگر محل‌های غیرمجاز متوقف نماید در مورد تمام خسارت‌هایی که آن حیوان وارد می‌کند و مستند به فعل شخص مزبور می‌باشد ضامن است." در این دو ماده قانونگذار با توجه به وضعیت خطرناک که ممکن است حیوان در محل‌های عمومی یا غیرمجاز داشته باشد، متوقف کننده حیوان را ضامن

خسارات وارده دانسته است. نکته قابل توجه در این مورد آن است که در این‌جا خسارات ناشی از حیوان مدنظر است نه خساراتی که از توقف آن حیوان ایجاد می‌شود و همچنین در این دو ماده به نوعی تقصیر دارنده حیوان فرض گرفته شده است و بسیاری از حقوقدانان از آن تحت عنوان اماره تقصیر اشاره کرده اند(صفایی، ۲۳۵، ۱۳۹۰ ؛ کاتوزیان، ۵۹۲،۱۳۸).

در نهایت می‌توان به تبصره یک ماده ۵۲۲ قانون مجازات اسلامی اشاره کرده که به صراحت فرض تقصیر را در مورد خسارات ناشی از حیوانات پذیرفته است. به موجب این تبصره "نگهداری حیوانی که شخص توانایی حفظ آن را ندارد، تقصیر محسوب می‌شود". پیش از تصویب این ماده، برخی از حقوقدانان قائل به تمییز بین حیوانات اهلی و غیراهلی بودند و نگهداری حیوانات وحشی را نوعی تقصیر به شمار می‌آورند (کاتوزیان،۱۳۸۶، ۵۸۷ ؛ صفایی،۱۳۹۰، ۴۶۹)؛ لیکن این تبصره به نوعی مسئولیت سنگین تری بر دارنده حیوان تحمیل کرده است و به موجب آن حتی اگر حیوان اهلی باشد؛ لیکن صاحب حیوان توانایی

محافظت از آن را نداشته نباشد مسئول است. از مجموع مواد ذکر شده می‌توان این چنین نتیجه گرفت که قانونگذار به وضعیت خطرناک حیوان توجه داشته است و در صورتی که حیوان خطرناک باشد؛ اعم از این‌که داخل در دسته حیوانات وحشی قرار بگیرد یا آن‌که حیوان اهلی بوده و دارای تمایلات خشونت آمیز باشد، مسئولیت شدیدتری را در نظر گرفته است و آن فرض تقصیر می‌باشد. از این نظر با آنچه در مورد حیوانات خطرناک در حقوق آمریکا و انگلیس گفته شد، قرابت دارد.

۲-۴. مواد منفجره و آتش

آتش افروزی یکی از فعالیت‌هایی به شمار می رود که اگرچه منع قانونی ندارد؛ لیکن به دلیل امکان سرایت آن و همچنین خطراتی که ممکن است برای اموال یا اشخاص دیگر داشته باشد، در زمره اقدامات خطرناک به شمار آمده و کشورها عموماً آن را در قالب نظام خاصی از مسئولیت مدنی قرار داده اند. آتش عموماً در حقوق کلاسیک و همچنین در فقه امامیه مورد توجه قرار گرفته است؛ لیکن امروزه آنچه بیش‌تر در این حوزه از حیث خطرناک بودن مدنظر قرار گرفته و ذیل آن قرار می‌گیرد، موضوع انفجار و استفاده از مواد منفجره است.

شناسایی انفجار به عنوان یک فعالیت خطرناک غیرمعمول، مستلزم آن است که عامل انفجار به طور محض، مسئول خسارت‌های ناشی از چنین انفجاری باشد. پیش از گسترش و توسعه دکترین مسئولیت محض نسبت به فعالیت‌های خطرناک، دادگاه‌های آمریکا بر اساس تئوری‌هایی چون تعدی، مزاحمت و مسئولیت مبتنی بر تقصیر به این دسته از دعاوی رسیدگی می‌کردند. به نحوی که اگر ترکش‌های حاصل از انفجار به ملک خواهان سرایت می‌کرد و موجب آسیب‌های مستقیم به ملک وی می‌شد، بر اساس قاعده حقوق تعدی، خوانده محکوم به جبران خسارات می‌شد، بدون آن‌که نیازی به اثبات تقصیر باشد. با این وجود اگر انفجار موجب ایجاد لرزش در زمین یا موج انفجاری در هوا می‌شد، بدون آن‌که آسیب به صورت غیرمستقیم واقع شود، دیگر این تئوری حقوقی، کاربرد نداشت و باید بر اساس مسئولیت مبتنی بر تقصیر به آن رسیدگی می‌شد (Vulcan v. Grace,1966). بعد از صدور رای در پرونده ریلند، که در آن خوانده را بدون توجه به تقصیر، محکوم به مسئولیت مدنی محض نمود، در رابطه با استفاده از مواد منفجره نیز دکترین حقوقی و دادگاه‌ها نظرات متعددی ارائه داده‌اند. یک عده از دادگاه‌ها بر اساس دکترین ریلند، پرونده‌هایی را که مرتبط با مواد منفجره یا استفاده از وسایل انفجاری بود بر اساس مسئولیت محض رسیدگی کرده و خواهان را از اثبات تقصیر معاف می‌کردند، در مقابل عده ای دیگر از دادگاه‌ها اثبات تقصیر را ضروری دانسته و آن را برعهده خواهان قرار می‌دادند (J.mcneal,1956:125). امروزه غالب دادگاه‌ها دیگر این دوگانگی بین خسارت‌های مستقیم و غیر مستقیم را در رابطه با مواد منفجره نپذیرفته و در صورتی که خسارتی ناشی از مواد منفجره یا استفاده از مواد منفجره ایجاد شود؛ اعم از این‌که به صورت ترکش‌های انفجاری یا موج و لرزش انفجاری باشد، آن را به عنوان یک فعالیت غیرمعمول

خطرناک به شمار آورده و مسئولیت محض را بر آن بار می‌کنند. یکی از مهمترین اسناد قانونی برای تحمیل مسئولیت محض در این باره اصلاحیه دوم قانون مسئولیت مدنی آمریکا است.

روشن است که مسئولیت محض برای فعالیت غیر معمول خطرناک، ناشی از خطرناک بودن آن فعالیت، به خودی خود، در درجه اول و در درجه دوم، به دلیل خطراتی است که برای اشخاص و اموال دارد. بر این اساس شخصی را که به دلیل منافع خودش یک خطر غیرعادی را برای همسایگانش ایجاد می‌کند، باید مسئولیت ضررهای وارده به آن‌ها را برعهده بگیرد و این مسئولیت کاملا با قاعده ریلند سازگاری دارد. بنابراین شخصی را که از مواد منفجره در ملک خودش استفاده می‌کند، ممکن است بواسطه خطری که برای مجاورین خود ایجاد کرده؛ به طور محض مسئول شناخته شود. البته باید توجه کرد که اگر انفجاری رخ ندهد؛ لیکن یک شخص از روی دینامیت‌ها یا سایر موارد منفجره در ملک دیگری، بدون اجازه، عبور کرده و آسیب ببیند، مسئولیت محض اعمال نخواهد شد (the at § 519, Comment e Restatement (Second) of Torts). که هرگاه این نوع از فعالیت‌های فوق خطرناک، مانع استفاده و بهره برداری مجاورین از ملک خود یا این‌که نسبت به حقوق عامه مردم مداخله کند، بر اساس قواعد مربوط به مزاحمت به آن رسیدگی می‌شود و خارج از حوزه مسئولیت محض می‌باشد.

همانطور که اشاره شد یکی از عوامل شناسایی فعالیت خطرناک غیرمعمول، آن است که نتوان با اِعمال یکسری مراقبت‌های متعارف، از ورود ضرر جلوگیری کرد. این مورد به خوبی در مورد مواد منفجره صدق می‌کند؛ چرا که خصوصیت انفجار با استفاده از دینامیت، آمونیوم نیترات یا سایر عناصر، در جهت آن است که نیروی لازم برای حرکت یا تخریب اشیاء ثابت را ایجاد کند و این نیروی لازم برای حرکت یا تخریب عموماً از آن محلِ انجام شده، فراتر رفته و احتمال ورود خسارت به مجاورین در آن زیاد است؛ ولو آن‌که مراقبت‌های معمول و متعارف نیز صورت گیرد. به عبارت دیگر استفاده از مواد منفجره نیاز به یکسری مراقبت‌های خاص و ویژه دارد که به آن خصوصیت غیرمعمول و خطرناک بودن می‌دهد. همچنین یکی دیگر از خصوصیات دیگر فعالیت‌های خطرناک، آن است که این فعالیت ها معمول و متعارف نباشند. در این مورد باید توجه کرد که اگرچه انفجار برای برخی از اهداف پاکسازی یا ساخت و ساز کاربرد دارد؛ لیکن این روش از درصد بالایی از مقبولیت بین عموم مردم برخوردار نیست و بنابراین یک فعالیت معمول محسوب نمی‌شود. در مورد عامل سازگار نبودن با محیط پیرامون روشن است که اگر فعالیت انفجاری در میانه یک بیابان یا محل خالی از سکنه صورت بگیرد مصداق فعالیت خطرناک غیر معمول نیست لیکن هر گاه در مجاورت یک ناحیه شهری یا روستایی صورت بگیرد باید آن را خطرناک به شمار آورد.

در حقوق فرانسه با توجه به ماده ۱۲۴۲ قانون مدنی که مسئولیت مدنی ناشی از اشیاء را بیان می‌کند، محافظ و متصرف یک شی در مقابل خسارات ناشی از آن مسئول است. رویه قضایی فرانسه از این اصل و همچنین نهاد اماره قضایی، به خوبی در حوزه فعالیت‌های خطرناک استفاده و از آن به نوعی تفسیر موسعی کرده

است (Uniform Law Review,1982:21) . بر همین اساس در فعالیت‌های فوقِ خطرناک، از جمله مواد انفجاری که ذاتا خطرناک هستند، علاوه بر مبنای مسئولیت ناشی از انفجار، بر ضرورت اماره قضایی در این باره تاکید می‌کنند، بر اساس آن، دادگاه چنین فعالیتی را با توجه به اوضاع و احوال حاکم توامان با تقصیر می‌داند و دیگر تحمیل مسئولیت اثبات تقصیر را بر عهده زیان دیده قرار نمی‌دهد.

در حقوق ایران ماده صریحی در مورد مسئولیت مدنی ناشی از انفجار بیان نشده است و از طرفی قاعده کلی در مسئولیت بر اساس ماده یک قانون مسئولیت مدنی، بر تقصیر مبتنی است. این ناسازگاری بین مسئولیت مبتنی بر تقصیر با اقدامات فوق خطرناکی چون مواد منفجره را می‌توان از جهاتی رفع کرد. از جهت قانونی اگرچه قانونگذار صریحا قاعده کلی در مورد اقدامات فوق خطرناک یا مواد منفجره به طور خاص ندارد، لیکن بر اساس آیین نامه و ضوابط اداری که وجود دارد، یکسری استانداردهای سختگیرانه را در نظر گرفته است که عدول از آن‌ها و ورود ضرر به دیگری موجب می‌شود تا تقصیر عامل زیان مفروض گردد از جمله این مقررات می‌توان به مواد ۱۰ تا ۱۴ آیین نامه حفاظتی مواد خطرناک و مواد قابل اشتعال و مواد قابل انفجار اشاره کرد که با در نظر گرفتن این استانداردها، تا حدودی از تقصیر به معنای رفتار انسان معقول و متعارف فاصله گرفته و به نوعی به تقصیر حرفه ای متمایل شده است و تا حد زیادی اثبات آن آسان تر است. بر اساس ماده ۱۴۵ قانون مجازات اسلامی، عدم رعایت نظامات دولتی یکی از مصادیق تقصیر می‌باشد، بنابراین در این مورد در صورت نقض هر یک از مقررات این آیین نامه می‌توان نظر به تقصیر عامل زیان داد. همچنین امکان این‌که رویه قضایی در مواجهه با خسارات‌های ناشی از فعالیت‌ها و مواد ذاتا خطرناک، با توجه به اوضاع و احوال و این‌که عموماً این نوع فعالیت‌ها توامان با تقصیر می‌باشند؛ زیاندیده را از اثبات تقصیر معاف بکند.

البته در قانون مجازات اسلامی در ارتباط با آتش و مسئولیت ناشی از آن موادی اختصاص داده شده است و مضاف بر آن، در فقه امامیه نیز مباحثی در این زمینه وجود دارد که با وحدت ملاک از احکام آن‌ها؛ می‌توان به موضوع مواد منفجره تسری داد.

البته فقه امامیه در مورد این‌که تقصیر در ضمان ناشی از تسبیب شرط است یا خیر اختلاف وجود دارد؛ لیکن آنچه مسلم است، انتساب فعل زیانبار به شخص شرط می‌باشد و اگر مفهوم تقصیر به معنای امروزی مدنظر باشد، باید آن را در همان قالب انتساب مطرح نمود (محقق داماد، ۱۳۹۲، ۱۱۵). در فقه امامیه در رابطه با سرایت آتش به ملک دیگری، شخص را در صورتی ضامن خسارات می‌دانند که مالک از مقدار نیاز خود تجاوز کرده و اقدام او غیرمتعارف باشد و همچنین علم یا ظن به سرایت وجود داشته باشد (علامه حلی،۱۴۱۴، ۱۸۹). این حکم بر اساس این قاعده فقهی است که مالک حق هرگونه تصرفی در ملک خود را دارد و در صورت ورود زیان به دیگری ناشی از این تصرف مجاز، اصولاً ضامن نیست (شهید ثانی،۱۴۱۰، ۱۵۸) و ماده ۵۲۱ قانون مجازات اسلامی بیانگر همین نظر است؛ البته نظریه مذکور فقها در فرضی است که آتش در محل مجاز برافروخته شده و به دیگری ضرر برساند؛ لیکن در فرضی که شخص

در محل غیرمجاز چنین اقدامی انجام دهد، ضامن خسارات وارده به دیگری است و این عمل خود نوعی تقصیر به شمار می‌رود، از این رو نیازی به اثبات تقصیر نیست(امام خمینی،۱۳۹۰، ۱۴۵) و این امر به دلیل ماهیت خطرناک این اقدام می‌باشد.

۵. نتیجه گیری

مقصود از فعالیت‌های فوق خطرناک، اقدامات غیرمعمول و ناسازگار با شرایط مکانی است که دارای درجه بالایی از خطر بوده و با اعمال مراقبت‌های معمول نمی‌توان از آن‌ها جلوگیری کرد. کشورها در تعریف این نوع فعالیت‌ها و عناصر آن به طور کلی رویکردهای مختلفی اتخاذ کرده اند. برخی از کشورها چون انگلیس (قاعده ریلند) و آمریکا (اصلاحیه قانون مسئولیت مدنی) به طور صریح این نوع اقدامات و شرایط آن را بیان کرده اند و از این حیث آن را به مصادیق حصری محدود نکرده‌اند. در مقابل، برخی از کشورها اگرچه به طور روشن، قاعده صریحی برای این فعالیت‌ها وضع نکرده اند لیکن قواعد حقوقی عام تری را تعیین کرده اند، که فعالیت‌های فوق خطرناک مشتمل بر آن می‌شوند؛ مانند کشور فرانسه که با تفسیر موسع رویه قضایی، از قاعده مسئولیت ناشی اشیاء، فعالیت‌های فوق خطرناک هم داخل در آن قرار گرفته و مسئولیت مدنی آن مبتنی بر فرض تقصیر می‌باشد. مبانی حاکم بر مسئولیت مدنی محض و فعالیت‌های فوق خطرناک، از جمله بازدارندگی، توزیع ضرر، تخصیص ضرر، ریسک غیرمتقابل و نفع غیرمتقابل به خوبی توجیه کننده تعیین مسئولیت محض نسبت به فعالیت‌های فوق خطرناک می‌باشد.

این فعالیت‌ها چون ریسک بالایی در ورود ضرر دارند و خسارت‌های وارده در نتیجه آن نیز عموماً وسیع است و با مراقبت‌های معمول نمی‌توان از آن جلوگیری کرد؛ لذا نیازمند اقدامات احتیاطی بیش‌تری می باشند و اتخاذ اقدامات احتیاطی با مسئولیت محض سازگاری بیش‌تری دارد، از این حیث که از بازدارندگی بیش‌تری دارد، حال آن‌که در مسئولیت مبتنی بر تقصیر، با توجه به این‌که، اولاً اثبات تقصیر بوسیله زیاندیده دشوار است و ثانیاً ممکن است، عامل زیان اصلاً مرتکب تقصیر نشده باشد؛ اما خسارت زیادی ایجاد شده باشد، تحمیل ضرر بر زیاندیده ناعادلانه خواهد بود و ثالثاً با توجه به احتمال پیروزی عامل زیان و عدم اثبات تقصیر، ترغیب کمتری برای اتخاذ اقدامات احتیاطی ایجاد می‌شود.

در حقوق ایران برای موارد معدودی از این فعالیت‌ها نظیر حیوانات خطرناک، مسئولیت مدنی عینی در نظر گرفته است اما در مورد بسیاری از مصادیق آن ساکت می‌باشد و قاعده کلی نیز در این زمینه وجود ندارد. البته راه حل‌هایی برای تعیین مسئولیت مناسب در مورد این اقدامات در حقوق ایران وجود دارد. برخی از حقوقدانان معتقدند مسئولیت مدنی در فقه امامیه بر قابلیت استناد مبتنی است و تقصیر رکن مستقلی محسوب نمی‌شود. تقصیر برای نشان دادن صدق عرفی مسئولیت اهمیت دارد. نتیجتاً باید توجه کرد در فعالیت‌های فوق خطرناک، مواردی نظیر مواد منفجره و مواد سمی و شیمیایی، استانداردهای سختگیرانه برای پیشگیری و جلوگیری از ورود ضرر در نظر گرفته است که به نظر می‌رسد در عموم مواردی که حوادثی در نتیجه این فعالیت‌ها رخ می دهد، تخطی از این استانداردهای خاص محقق شده و تقصیر فرض

می‌شود. البته این امر از ضرورت وضع قاعده کلی در این زمینه یا حداقل تعیین مسئولیت محض برای مصادیق بارز این فعالیت‌ها در قوانین نخواهد کاست و از این منظر باید برای جلوگیری از تضییع حقوق زیاندیدگان و هماهنگی با تحولات جهانی در این زمینه، اقدامات لازم از حیث قانونگذاری صورت پذیرد.

منابع

منابع فارسی و عربی

القرآن الکریم.

۱. بادینی، حسن(۱۳۹۲). ***فلسفه مسئولیت مدنی***، تهران، شرکت سهامی انتشار.

۲. شهید ثانی(۱۴۱۰). ***الروضه البهیه***، قم، نشر داوری.

۳. صفایی، سید حسین ؛ رحیمی، حبیب اله(۱۳۹۰). ***مسئولیت مدنی***، تهران، نشر سمت.

۴. طوسی، محمد بن حسن(۱۴۰۷). ***المبسوط فی فقه الامامیه***، تهران، موسسه النشر الاسلامی.

۵. علامه حلی، حسن بن یوسف(۱۴۱۴). ***تذکره الفقها***، بیروت، مؤسسهٔ آل البیت علیهم السلام.

۶. کاتوزیان، ناصر ؛ انصاری، مهدی(۱۳۸۷). ***مسئولیت ناشی از خسارت‌های زیست محیطی***، تهران، مطالعات حقوق خصوصی دانشگاه تهران.

۷. کاتوزیان، ناصر(۱۳۸۷). ***الزام‌های خارج از قرارداد: مسئولیت مدنی***، تهران، نشر دانشگاه تهران.

۸. کریمی، عباس ؛ صادقی راد، الهام(۱۳۹۷). تلاشی در راستای تبیین قاعده ملازمه نفع-مخاطره و جایگاه آن در ضمان قهری شرعی. ***مجله مطالعات حقوقی***، دوره دهم.

۹. محقق دادماد، سید مصطفی(۱۳۹۲). ***قواعد فقه***، تهران، نشر علوم اسلامی.

۱۰. نیازی، عباس(۱۳۹۶). بررسی تطبیقی مسئولیت مدنی ناشی از حیوان در حقوق اسلام و غرب. ***پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب***، دوره چهاردهم.

منابع انگلیسی

1. A Suggested Approach." California Western International Law Journal, vol. 16, no. 2, Summer 1986, p. 282-311

2. Charme, Joni S. "Transnational Injury and Ultra-Hazardous Activity: An Emerging Norm of International Strict Liability." Journal of Law and Technology, 4, 1989, p. 75-92

3. Donaldson, James H. "Liability Arising from Owning or Harboring Animals." Insurance Counsel Journal, vol. 36, no. 2, April 1969, p. 268-278

4. Eisenstein, Laurence Jay. "Choice of Law Regarding Private Activities in Outer Space:

Henderson, Douglas A., and Mack McGruffey. "Leaking Underground Storage Tanks as Abnormally Dangerous Activities." Penn State Environmental Law Review, vol. 14, no. 3, Spring 2006, p. 643-654.

5. Jon G. Anderson, "The Rylands v. Fletcher Doctrine in America: Abnormally Dangerous, Ultrahazardous, or Absolute Nuisance," Arizona State Law Journal 1978, no. 1 (1978): 99

6. Jones, William K. "Strict Liability for Hazardous Enterprise." Columbia Law Review, vol. 92, no. 7, November 1992, p. 1705-1779

7. King, Joseph H. Jr. "A Goals-Oriented Approach to Strict Tort Liability for Abnormally Dangerous Activities." Baylor Law Review, vol. 48, no. 2, Spring 1996, p. 341-390

8. Max, Rodney. "Blasting - An Abnormally Dangerous Activity in Need of a Strict Liability Standard." Cumberland Law Review, vol. 11, no. 1, 1980, p. 23-46

9. McNeal, Harley J. "Use of Explosives and Liability Questions Involved." Insurance Counsel Journal, vol. 23, no. 1, January 1956, p.125-137
10. Reid, Elspeth. "Liability for Dangerous Activities: A Comparative Analysis." International and Comparative Law Quarterly, vol. 48, no. 4, October 1999, p. 731-756
11. Simons, Kenneth W. "The Restatement (Third) of Torts and Traditional Strict Liability: Robust Rationales, Slender Doctrines." Wake Forest Law Review, vol. 44, no. 5, 2009, p.1355-1382
12. Uniform Law Review , "Rules Relating to Civil Liability Connected with the Carrying out of Dangerous Activities.", 1982, p. 2-35
13. W. prosser, Handbook of law tort (4th ed. 1971), (1955).
14. Woodside, Frank C. III, et al. "Why Absolute Liability under Rylands v. Fletcher Is Chan-Wei, Ryan. "A Thing less Likely to Do Mischief: An Alternative Application of the Rule in Rylands v Fletcher to Ultra-Hazardous Activities." Oxford University Undergraduate Law Journal, 2016, 2016, p. 80-90

فقه پویا
شماره سوم
صص ۶۵-۵۰

ماهیت نقش نماینده در قراردادها

ماهان سجود[۱]

چکیده

ضرورت های زندگی اجتماعی، امکان انجام عمل حقوقی از طریق نمایندگی را ایجاب کرده است؛ گویی که از ابتدا به همین شکل بوده است؛ درحالی‌که، برخی نظام های حقوقی مانند رومی-ژرمنی در پذیرش نمایندگی با مفهوم امروزی مسیر طولانی را طی کرده‌اند؛ اما در همان مقطع، نظام حقوقی مبتنی بر تعالیم و احکام اسلام با این تأسیس حقوقی آشنا بوده و بسیاری از متون فقهی به این موضوع اشاره کرده‌اند و آن را به عنوان یکی از عقود معینه شناسایی کرده‌اند. مقنن ایرانی نیز به پشتوانه فقه، قواعدی را در مواد ۶۵۶-۶۸۳ ق.م، ذکر کرده است. با توجه با ماده ۶۵۶ ق.م، این نوع از نمایندگی دارای ماهیت "عقدی" است و شرایط لازم جهت انعقاد این عقد؛ همانند سایر عقود، تابع شرایط اساسی صحت معاملات مذکور در ماده ۱۹۰ ق.م، می‌باشد. با این وجود در برخی از موارد، مانند: شکل خاص ایجاب در اسناد رسمی و قابلیت نیابت در مورد نمایندگی، دارای احکام خاص می‌باشد. تحقق نمایندگی به شرایطی مانند لزوم انشا عمل حقوقی توسط نماینده، قاصد و راضی بودن نماینده و اهلیت و اختیار او منوط شده است. عقد نمایندگی را از عقود اذنی دانسته ایم بنابراین خصوصیت انحلال عقد به خواست هر یک از طرفین در هر زمانی و انحلال آن بر اثر فوت یا حجر طرفین را توجیه می‌کند.

واژگان کلیدی: نمایندگی، نمایندگی قراردادی، نمایندگی ظاهری، ماهیت نمایندگی، نظام حقوقی

---

۱ دانشجوی کارشناسی فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه تهران

رایانامه؛ **mahansojoud@gmail.com**

۱. مقدمه

یکی از مهمترین موضوعات حقوقی، لزوم یا عدم لزوم مباشرت اشخاص، در برقراری ارتباطات حقوقی است. این مسئله که «اعمال حقوقی باید ساخته ی انشا و اراده مستقیم آن‌ها باشد» یا «افراد، قادر هستند صلاحیت موجود در اراده خویش را به دیگران اعطا کنند» از دیرباز، مورد بحث بوده است.

پیشینه تاریخی موضوع مشخص می‌کند که پذیرش نمایندگی قراردادی، به مفهوم امروزی خود در نظام های بزرگ حقوقی همچون رومی-ژرمنی با تردیدهای اساسی مواجه بوده است. با این حال افزایش قلمرو اصل حاکمیت اراده از یک سو و گسترش صنایع و توسعه دامنه معاملات و افزایش نیازهای بشری از سوی دیگر و محدودیت انسان در بعد زمان و مکان، ایجاد نهادی به نام "نمایندگی" را ایجاب کرد. دنیای امروز، مانند گذشته نیست؛ که یک شخص به تنهایی بتواند به اداره کلیه امور خود بپردازد، مضافاً آن‌که اگر کسی، با دارایی و ثروت هنگفت به علّت های مختلف مانند: بیماری یا حتی عدم توانایی جسمی و فکری، قادر به برقراری ارتباطات اقتصادی و تجاری با دیگران نباشد؛ این ثروت ها در گوشه ای خارج از جریان اقتصادی انباشته می‌شود و تعمیم این وضعیت مضر برای اقتصاد و جامعه است(حاجیانی، ۱۳۸۶، ص۲۶) . نهاد نمایندگی این معضلات را برطرف می‌کند و به شخص امکان حضور در اماکن مختلف و استفاده از ثروت خود؛ به واسطه نمایندگی می‌دهد. آسان کردن داد و ستد ها، استفاده از فرصت ها، مهارت، تخصص و حسن شهرت نماینده، گردش ثروت در جامعه، پیشرفت روابط حقوقی، حمایت ازحقوق محجوران و ایجاد امکان فعالیت اقتصادی اشخاص حقوقی از مهمترین فواید نمایندگی برشمرده اند(کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج۲، ص۶۶ و ۶۷ ؛ قاسم زاده، ۱۳۸۷، ص۲۳۲ و ۱۰۶).

این فواید و مقتضیات اجتماعی، نظر قانون گذاران مختلف را به خود جلب کرده است به نحوی که بسیاری از آنان، از جمله قانون گذار ایرانی؛ به تدوین مقررات خاص راجع به این موضوع پرداخته اند.

نمایندگی به اعتبار مبنا و سبب ایجاد آن، به سه گروه، قراردادی-قانونی-قضایی تقسیم شده است.

این نوشتار، در پی یافتن و بیان اصول و مقررات حاکم بر نمایندگی قراردادی می‌باشد.

تعالی خود برای سازمان‌ها، مسئولیت‌پذیری اجتماعی شرکت‌ها را به‌عنوان یکی از ارزش‌های هشت‌گانه خود معرفی کرده است (سپاسی و راهداری، ۱۳۹۲) و اتحادیه اروپا سال ۲۰۰۵ را به سال مسئولیت‌پذیری اجتماعی شرکت‌ها در کشورهای اتحادیه اروپا نام‌گذاری کرد (برزگر، ۱۳۹۲). ذکر این نکته نیز حائز اهمیت است که مسئولیت‌پذیری اجتماعی شرکت‌ها در فرایند خودکنترلی نقش بسیار مهمی ایفا می‌کند و می‌تواند نظارت درونی را در سازمان گسترش دهد. ازاین‌رو، در مطالعه حاضر تلاش می‌شود تا مفهوم مسئولیت‌پذیری اجتماعی و توجه به آن در کشورهای مختلف جهان مورد بررسی قرار گیرد.

تعریف نمایندگی

نمایندگی در لغت؛ به معنای نماینده بودن آمده و نماینده را هویدا یا نمایان کننده، معنا کرده اند. نمایندگی در اصطلاح حقوقی خیلی از معنای لغوی آن دور نشده است. در یک مفهوم عام، نمایندگی صفت کسی است؛ که اقدام به انجام یک عمل حقوقی، برای شخص دیگر(یا به نام شخص دیگر) به استناد قدرت قانونی(نمایندگی قانونی) یا به استناد اختیار ناشی از قرارداد(نمایندگی قراردادی) می کند و نتیجه اقدام او ایجاد یک تعهد یا یک حق به عهده یا نفع منوب عنه می‌باشد، در این معنی نمایندگی اعم از وکالت، وصایت، قیمومت، نمایندگی تجاری، حق العمل کاری و نیابت می‌باشد(جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ص۷۲۳). جناب آقای دکتر لنگرودی، نمایندگی(وکالت) را اینگونه تعریف کرده است؛ وکالت عقدی است؛ که به موجب آن، یک طرف عقد برای صورت دادن امری از امور خود به دیگری نیابت می‌دهد و مورد قبول طرف قرار می گیرد(جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ص۹۱۸).

مرحوم استاد سید حسن امامی در تعریفی کوتاه وکالت را دادن نمایندگی، به دیگری، در انجام امری تعریف می‌نماید(امامی، ۱۳۸۴، ج۲، ص۳۱۴) .

استاد دکترکاتوزیان نمایندگی را بر مبنای مواد ۶۵۶ و ۶۷۴ ق.م؛ رابطه ای حقوقی تعریف کرده که به موجب آن؛ نماینده می‌تواند به نام و به حساب اصیل در انعقاد قراردادی، شرکت کند و آثار آن به طور مستقیم دامن‌گیر اصیل می‌شود(کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج۲، ص۵۴) .

۲. اقسام نمایندگی

در یک تقسیم بندی کلی، نمایندگی را به اعتبار مبنا و سبب ایجاد آن؛ به سه گروه قراردادی، قانونی و قضایی تقسیم کرده اند.

۲-۱ نمایندگی قراردادی

مبنای این قسم از نمایندگی، قرارداد (اراده طرفین) است که طی آن شخصی (اصیل) به میل خویش؛ به دیگری(نماینده) نیابت می‌دهد تا عمل مورد نظر او را، به نام و به حساب وی به عمل آورد.

۲-۲ نمایندگی قانونی

مبنای این نوع از نمایندگی؛ حکم قانون است و همان طور که بعضی از حقوقدانان(کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج۲، ص۵۵) آورده اند، در این گروه قانون؛ بعضی را نماینده بعضی دیگر قرار می دهد، این نمایندگی را در اصطلاح فقیهان؛ ولایت می گویند. مانند؛ ولایت پدر بر فرزند صغیر خویش و نمایندگی اداره تصفیه در اداره اموال ورشکسته(نیکوئیان، ۱۳۹۳، ص۲۳۳ ؛ شمس، ۱۳۹۳، ص۱۰۳ و ۱۰۴).

۲-۳ نمایندگی قضایی

ریشه این نمایندگی حکم قانون است و اراده اصیل، در ایجاد آن اثر ندارد : اما تفاوت آن با نمایندگی قانونی آن است؛ که انتخاب نماینده در این قسم، با دادگاه است؛ مانند: نمایندگی امین در اداره اموال غایب یا نمایندگی قیّم برای محجوران.

۳. نمایندگی مستقیم و نمایندگی غیر مستقیم

به اعتبار نقش نماینده؛ در انجام عمل حقوقی و تحمل آثار آن، برخی(کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج۲، ص۵۶ ؛ حاجیانی، ۱۳۸۶، ص۴۶ ؛ امیری قائم مقامی، ۱۳۷۸، ج۲، ص۱۰۹ ؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ص۹۱۷و۹۱۶) نمایندگی را به نمایندگی مستقیم(بی واسطه) و نمایندگی غیرمستقیم(با واسطه) تقسیم کرده‌اند.

۳-۱ نمایندگی مستقیم

در نمایندگی مستقیم، نماینده به نام و به حساب اصیل قرارداد می‌بندد و پس از انعقاد قرارداد، شخصیت نماینده؛ از میان دو طرف عقد، حذف می‌شود و حقوق و تعهدات به طرفین می‌رسد.

۳-۲ نمایندگی غیر مستقیم

در نمایندگی غیرمستقیم، نماینده به نام خود؛ ولی به حساب اصیل قرارداد می‌بندد؛ لذا نمایندگی در دو مرحله صورت می گیرد؛ در مرحله اول، قرارداد میان نماینده وطرف مقابل منعقد می‌شود و در مرحله دوم که ناظر به رابطه نماینده با اصیل است، از یک سو اصیل می‌بایست

تعهدات ناشی از عقد منعقده؛ توسط نماینده را بجا آورد و از سوی دیگر نماینده، حقوق کسب شده را به اصیل می‌دهد و در نتیجه این انتقال طلب نیز، اصیل،حق پیدا می کند، به طرف قرارداد رجوع کند(کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج۲، ص۵۶).

۴. نمایندگی آشکار (Disclosed Agency) و نمایندگی پنهان (Undisclosed Agency)

نمایندگی را بر مبنای اعلام یا عدم اعلام سمت؛ از طرف نماینده، در حین ایجاد رابطه حقوقی با ثالث به دو نوع آشکار(افشا شده) و پنهان(افشا نشده) تقسیم کرده اند.

۴-۱ نمایندگی آشکار

نماینده، به نمایندگی خود تصریح می‌کند و آثار نمایندگی دامن‌گیر اصیل می‌شود البته ضرورت ندارد نماینده، مشخصات دقیق اصیل را بیان نماید(حاجیانی، ۱۳۸۶، ص۱۰۸) و صرف اظهار به نایب بودن خویش، برای افشای نمایندگی کفایت می کند. اگر از اوضاع و احوال برآید که نماینده در قرارداد، اصالت ندارد؛ حتی در صورت عدم افشای اصیل، نمایندگی، افشاء شده محسوب می‌شود(حاجیانی، ۱۳۸۶، ص۱۰۸).

۴-۲ نمایندگی پنهان

نماینده از افشای عنوان خود، امتناع می کند و نماینده، در مقام اصیل جلوه می‌کند؛ در حالیکه واقعیت غیر از این است. در این موارد آیا آثار قرارداد متوجه اصیل است یا نماینده؟

در این میان دو نظریه متفاوت وجود دارد: برخی بر مبنای حاکمیت اراده باطنی، آثار رابطه را متوجه اصیل دانسته و برخی بر مبنای حاکمیت اراده ظاهری و اصل آزادی اراده ها؛ آثار رابطه را متوجه نماینده، می دانند.

نمایندگی ظاهری

این نمایندگی، فرض است؛ که بین اصیل و نماینده، واقعاً قراردادی وجود ندارد؛ لیکن اصیل، وضعیتی را به وجود آورده که به نظر می رسد؛ نماینده دارای اختیار است و شخص ثالث، با اعتماد به چنین احتمالی، معامله را با نماینده منعقد می‌کند. در چنین فرضی اگر شخص ثالث بتواند ثابت کند که نماینده، اختیار ظاهری داشته است، اصیل، مسئول خواهد بود؛ گویی که اختیار موردنظر را واقعاً اعطاء کرده است. برای تحقق نمایندگی ظاهری سه شرط باید وجود داشته باشد؛

الف) عدم وجود رابطه نمایندگی بین اصیل و نماینده: برای تحقق این تئوری، رابطه نمایندگی بین طرفین نباید وجود داشته باشد؛ البته برخی معتقدند، منظور این نیست که به طور کلی این رابطه موجود نباشد؛ بلکه کافی است عملی که انجام پذیرفته، خارج از حدود صلاحیت نماینده باشد(حاجیانی، ۱۳۸۶، ص۲۱۰) .

ب) ایجاد اختیار ظاهری از سوی اصیل: برای تحقق نمایندگی ظاهری، اصیل به گونه ای باید رفتار کرده باشد تا برای شخص یا اشخاص ثالث چنین تصور شود او به دیگری(نماینده ظاهری) اختیار انجام کار یا کارهایی را تفویض کرده است.

ج) اعتماد موجه شخص ثالث: اشخاص ثالث به این ظاهر اعتماد کرده و با نماینده معامله ای انجام دهند؛ اما انتظار داشته باشند اصیل آن را اجراء نماید. باید بین اعمال اصیل و اعتماد اشخاص ثالث، تناسب وجود داشته باشد تا نمایندگی ظاهری محقق شود.

نمایندگی خاص و نمایندگی عام

نمایندگی را بر مبنای حدود اختیارات نماینده، به دو نوع "خاص" و "عام" تقسیم کرده اند(امیری قائم مقامی، ۱۳۷۸، ج۲، ص۱۱۰) .

اختیارات نماینده یا فقط برای انجام دادن امر یا امور معین و یا به منظور انجام دادن دسته ای از امور به طور کلی است. در حالت اول نمایندگی را خاص و در حالت دوم آن را عام و یا کلی می نامند.

نمایندگی مدنی و نمایندگی تجاری

برخی(حاجیانی، ۱۳۸۶، ص۱۷۶) بر این اساس این‌که موضوع نمایندگی اعمال مدنی است یا تجاری؛ آن را به دو نوع مدنی و تجاری تقسیم کرده اند و وجه تمایز ماهیت نمایندگی تجاری از مدنی را تجارتی بودن موضوع نمایندگی معرفی کرده اند.

۵. ماهیت حقوقی

برای تبیین ماهیت نمایندگی، حقوقدانان نظریات مختلفی مطرح کرده اند. برخی اراده اصیل و برخی اراده نماینده را مبنا قرار داده اند و گروهی ترکیبی از هر دو اراده را تایید کرده اند، البته نظریه جدیدی تحت عنوان نیروی سازندگی اراده یاد شده است. در ادامه به بررسی نظریات می‌پردازیم.

۱-۵ نظریه مبتنی بر اراده اصیل

این گروه اراده اصیل را مبنا و ماهیت نمایندگی قرار می دهند. به اعتقاد پوتیه؛ حقوقدان فرانسوی، ساختمان نمایندگی اعمال حقوقی انجام شده به وسیله نماینده، و اصالت اراده اصیل که به وسیله نایب آن بیان می‌شود مبتنی است نماینده وسیله انتقال و ابلاغ اراده است، به اعتقاد وی نماینده اراده خود را، مانند آلتی به اصیل قرض داده و بدین ترتیب؛ نماینده، حامل اراده و شخصیت اصیل است؛ در نتیجه اراده نماینده مستقل از اراده اصیل نیست.

ساوینی از علمای آلمان، پا را فراتر نهاده و وکیل را آلت بی اراده و پیغام آور اصیل دانسته است(کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج۲، ص۱۰۶)؛ بنابراین به نظر طبیعی می رسد که آثار عقد دامنگیر اصیل شود و نماینده از آنها تاثیر نپذیرد؛ لذا نمایندگی، استثنایی بر قاعده نسبی بودن قرارداد ها، مندرج در ماده ۲۱۹ ق.م، نمی باشد(امیری قائم مقامی، ۱۳۷۸، ج۲، ص۱۱۸ ؛ خردمندی، ۱۳۸۲، ص۴۴).

۵-۲ نظریه مبتنی بر اراده نماینده

این گروه، مبنای نظریه خود را بر اراده نماینده، قرار داده اند. این نظریه بین علمای آلمان مطرح شده است و به اعتقاد تعداد زیادی از علمای حقوق آن کشور به ویژه ایرنیگ، بین سبب و آثار نمایندگی باید تفاوت گذاشت. این نویسنده، بر خلاف هموطن خود؛ ساوینی، عقدی را که به وسیله نمایندگی بسته می شود؛ نتیجه ی اراده نایب می داند نه اصیل.

۵-۳ نظریه مبتنی بر اراده نماینده و اصیل

تعدادی از حقوقدانان آلمانی و ایتالیایی، نمایندگی را نتیجه و محصول همکاری نایب و اصیل دانسته اند که با حرکت یکدیگر، عقد را واقع می سازند؛ پس مجموع اراده آن دو بنیان تراضی را تشکیل می دهد.

۵-۴ نظریه نیروی سازندگی اراده

برخی پایه نمایندگی را نیروی سازندگی اراده دانسته اند، به اعتقاد آنان؛ مطابق قاعده عمومی، هرگاه نیروی سازندگی اراده با استقلال اشخاص برخورد کند؛ از حرکت باز می‌ایستد و به همین جهت اثر قرارداد ها نسبی است و تنها دامن‌گیر کسانی می شود که در انعقاد آن شرکت داشته اند؛ ولی در جایی که اصیل می پذیرد، یا قانون گذار اذن می دهد اراده نماینده، در دارایی اصیل ظاهر شود؛ این مانع از بین می رود و حکومت اراده باقی می ماند؛ پس در نمایندگی دو عامل اساسی کارگزار است؛ "اراده نماینده" که به وسیله او ابراز می شود و نمایندگی را به جنبش و حرکت وا می دارد و دیگری بدست آوردن "صلاحیت" و سمت به وسیله عاملی که اصیل را بدهکار یا طلبکار می‌سازد.

۶. ماهیت فقهی

در حقوق اسلام، بر خلاف حقوق روم، از همان آغاز، انجام معامله به نیابت پذیرفته شد و وکالت به عنوان یکی از عقود معین، در زمره نهادهای حقوقی در آمد(کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج۲، ص۵۵ ؛ خردمندی، ۱۳۸۲، ص۸۷) در این نظام حقوقی؛ چنانچه پیامبر اکرم(ص) ، به عروه بارقی فرمودند: «برای ما گوسفندی بخر» که این دلالت بر وجود عقد وکالت در آن زمان دارد(حاجیانی، ۱۳۸۶، ص۲۵) .

نیابت در همه اعمال حقوقی، جز؛ آنچه مباشرت، در آن شرط شده است پذیرفته شد(کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج۲، ص۵۵) و رجوع مستقیم طرف قرارداد به موکل و امکان اقامه دعوی موکل نسبت به کسی که با نماینده طرف معامله قرار گرفته است از آثار نمایندگی قرار گرفت؛ بدین وسیله پیشرفته ترین نوع نمایندگی قراردادی از همان صدر اسلام، پذیرفته شد و فصل ها و باب های فراوانی را در کتاب های فقهی به خود، اختصاص داد. در تاریخ فقه، وکالت؛ در معنایی که امروزه رایج است، از دوران شیخ انصاری بنا نهاده شد.

فقهای عامه نمایندگی را پذیرفته اند؛ لیکن در فقه حنفی، به عنوان یکی از مذاهب خمسه، قاعده و نظری وجود دارد که مدلول آن با اصل اثر نسبی قرارداد به مفهوم رومی آن یکسان است؛ این قاعده با تعابیر مختلفی بیان شده است و ظاهر برخی از این تعابیر، به وجه ایجابی اصل اثر نسبی قرارداد شباهت دارد؛ مانند: «حقوق العقد تثبت للعاقدین یا حقوق العقد تعود للعاقد» برخی از این تعابیر هم به جنبه سلبی آن شبیه است؛ مانند: «احکام العقد لا تثبت لغیر العاقدین یا حکم العقد لا یجوز اثبات لغیر العاقد» این تعابیر، قاعده تعلق حقوق عقد به عاقد را مطرح می‌کنند. واضع این تئوری؛ ابوحنیفه بوده است. فقیهان حنفی در فروع مختلفی، به این قاعده استناد کرده اند.

ماهیت نمایندگی در حقوق ایران

حقوق ایران ماهیت "عقد" را برای نمایندگی پذیرفته است؛ با این حال در برخی موارد شائبه ایقاع بودن نمایندگی، را در حقوق داخلی ایجاد شده است.

ماهیت عقدی: قانون مدنی ایران، در ماده ۶۵۶، ماهیت عقد را برای نمایندگی، پذیرفته است؛ به موجب این ماده: «وکالت "عقدی" است. . .» مواد ۶۵۷ و ۶۵۸ آن قانون نیز به لزوم قبول وکیل، به عنوان یکی از ارکان تحقق عقد، اشاره می‌کند لذا برای ایجاد نمایندگی قراردادی در حقوق ایران، دو قصد انشا باید وجود داشته باشد: یکی از سوی اصیل، که اختیار انجام اعمال حقوقی یا مادی دارای اثر حقوقی را به نماینده اعطا می‌کند و دیگری قصد انشا از جانب نماینده، که انجام اعمال را می‌پذیرد؛ لذا اگر کسی برای انجام عملی به دیگری اذن دهد؛ ولی این اذن موضوع قصد مشترک طرفین قرار نگیرد و در تبانی آنان نیاید؛ نمایندگی واقع نمی‌شود.

همان طور که برخی(حاجیانی، ۱۳۸۶، ص۵۳) گفته اند: قبولی نماینده، موجب ایجاد عقد نمایندگی و جریان آثار ناشی از آن می شود؛ لذا نمایندگی تنها با اذن اصیل واقع نمی شود و ارتباط قصد نماینده با آن لازم است در غیر این صورت از ایقاعات به شمار می‌آید.

موارد شائبه ایقاع بودن نمایندگی در حقوق ایران

الف) ماده ٦٨١ قانون مدنی: به موجب این ماده بعد از این که وکیل استعفا داد، مادامی که معلوم است موکل به اذن خود باقی است، می تواند در آنچه وکالت داشته اقدام کند، به موجب این ماده پس از آن که وکیل استعفاء دهد نه فقط تا زمان اطلاع موکل می تواند اعمال وکالتی را انجام دهد؛ حتی پس از اطلاع موکل از آن، مادام که موکل استعفای او را نپذیرفته است، می تواند به اعتبار اذن ضمنی که از عقد وکالت حاصل شده است به امور وکالتی اقدام نماید(امامی، ۱۳۸۴، ج۲، ص۳۱۵).

تردید از آن‌جا ناشی می شود که اگر وکالت، عقد باشد و اعتبار ایجاب آن، بیش از سایر قراردادها به حساب نیاید؛ باید بر اساس قواعد عمومی قراردادها، نفوذ و بقای اذن موکل به وجود متکای اصلی آن یعنی عقد منوط باشد؛ لذا با استعفای وکیل و انحلال عقد نباید اثری از عقد باقی بماند و منشا اثر حقوقی شود؛ در حالی که ماده ۶۸۱ ق.م، خلاف این موضوع را بیان می‌کند.

ب) عدم نیاز به تشریفات خاص در اعلام قبول: مطابق قواعد عمومی قراردادها، قبول به گونه ای باید اعلام شود و چهره بیرونی یابد؛ بنابراین رغبت و میل درونی اثر بار نمی شود؛ ولی در مورد نمایندگی، گروهی از فقهای امامیه به پیروی از علامه حلی در تذکره، تأیید کرده اند که در وکالت، رضای نفسانی کافی است و لزومی ندارد قبول، همانند سایر قراردادها اعلام شود؛ برمبنای همین دیدگاه گفته شده است: اگر وکیل بدون این‌که نیابت اعطا شده را بپذیرد، آن را اجرا کند، این عمل، در حکم "قبول" است.

ج) عدم لزوم رعایت توالی ایجاب و قبول: مطابق قواعد عمومی قراردادها؛ بین ایجاب و قبول توالی عرفی باید باشد، گروهی از نویسندگان(کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج۲، ص۳۲۷) ، لزوم موالات را نتیجه ساختار و مفهوم عقد می‌دانند، باتوجه به دیدگاه آن‌ها، عقد موجودی اعتباری و یگانه است و اجزای آن؛ یعنی ایجاب و قبول بایکدیگر ارتباط دارند؛ بنابراین برای تحقق این وجود، بایستی ایجاب و قبول به یکدیگر متصل باشند و عرف این دو انشا را مربوط به یکدیگر ببیند؛ در حالی‌که همه پذیرفته اند که لزومی ندارد قبول وکالت، بی درنگ پس از ایجاب آن گفته شود؛ به همین دلیل برای رفع این اشکال، برخی ادعا کرده اند که وکالت و سایر عقود جایز در واقع عقد نیستند و این نام را به مسامحه برای آن‌ها به کار می‌برند. مطابق همین مبنا، فقیهان امامیه وکالت دادن به غایب را جایز شمرده اند؛ هرچند که این خبر مدت ها بعد به او برسد؛ اما در توجیه این حکم، گروهی علت را جایز بودن وکالت شمرده اند(کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج۲، ص۱۳۳) و بعضی دیگر، همان دلیل ایقاع بودن وکالت را ذکر کرده اند.

اسباب ایجاد

به طور کلی می‌توان گفت: نمایندگی یا با اراده و توافق طرفین ایجاد می‌شود یا به حکم قانون و مقام قضایی؛ لذا اسباب ایجاد نمایندگی در حقوق ایران به سه مورد: عقد، قانون و حکم قضایی محدود می‌شود.

مبنای قانونی پذیرش نظریه نمایندگی در حقوق ایران

قانون مدنی ایران، مواد عامی درباره نظریه نمایندگی ندارد و تنها به ذکر مصادیقی اکتفا کرده است.

بیشتر حقوقدانان(کاتوزیان، ۱۳۷۹، ص۲۰۳ ؛ امامی، ۱۳۷۴، ج۱، ص۲۵۹ ؛ قاسم زاده، ۱۳۷۸، ص۳۲۴)، ماده ۱۹۸ ق.م، را به عنوان مبنای پذیرش قانونی نمایندگی اعلام کرده اند. به موجب این ماده، ممکن است طرفین یا یکی از آن ها به وکالت از غیر اقدام کند و ممکن است یک نفر به وکالت از طرفین معامله، این اقدام را انجام دهد؛ لذا اشخاص؛ همچنان‌که می‌توانند طرف عقد قرار بگیرند و خود را متعهد کنند، می‌توانند به وسیله نماینده، این عمل را انجام دهند.

ویژگی های عقد نمایندگی

الف) نمایندگی عقدی رضایی است: عقود را به اعتبار تاثیری که اراده دو طرف در تحقق آن دارد به رضایی، تشریفاتی و عینی تقسیم کرده اند، در عقود رضایی، صرف رضای دو طرف، برای وقوع عقد کافی است.

ب) نمایندگی عقدی مجانی است: عقد از حیث وحدت و تعدد موضوع به دو نوع معوض و غیرمعوض تقسیم می شود. عقد معوض عقدی است که دارای دو مورد است که هر یک از آن دو در عوض مورد دیگر قرار دارد و عقد غیرمعوض دارای یک مورد است و عوض ندارد(شهیدی، ۱۳۸۵، ص ۸۰).

ج) نمایندگی عقدی جائز است: یعنی هر یک از طرفین هر وقت بخواهند می توانند آن را فسخ نمایند.

د) نمایندگی عقدی اذنی است: عقود را بر اساس اثر مستقیم و اولیه آنان به: "تملیکی"، "عهدی" و "اذنی" تقسیم می‌کنند.

ه) نمایندگی عقدی مسامحی است: عقود را بر اساس هدفی که طرفین در انعقاد آن دنبال می کنند؛ به عقود "مغابنی" و "مسامحی" تقسیم کرده اند. در عقود مغابنی هدف به دست آوردن سود اقتصادی و منافع مادی است و در مقابل، هدف اصلی؛ عقود مسامحی احسان به دیگری و نوع دوستی است.

۷. تحقق نمایندگی

برای تحقق نمایندگی وجود شرایطی ضروری است؛ برخی از این شرایط ناظر به روابط میان اصیل و نماینده است که از آن به رابطه مبنا یاد می‌کنیم و دیگری شرایط مربوط به رابطه میان نماینده و ثالث است.

گفتار نخست: شرایط مربوط به رابطه مبنا

مطابق اصل حاکمیت اراده، هیچکس نمی‌تواند تعهدی بر دیگری تحمیل کند مگر آنکه برای ایجاد آن تعهد، صلاحیت و اختیار داشته باشد. قرارداد نمایندگی چنین صلاحیتی را به نماینده اعطا می‌کند.

قواعد عمومی

نمایندگی قراردادی بر عقد مبتنی است و مانند هر عقد دیگری، تابع شرایط اساسی معاملات، مذکور در قانون مدنی می‌باشد؛ با این حال در برخی موضوعات احکام خاصی دارد.

قواعد خاص

الف) شکل ایجاب در اسناد رسمی: در قانون ایران، مانند برخی از قوانین خارجی، هیچ شکل خاصی برای اعلام، نفوذ و یا امکان اثبات ایجاب وجود ندارد(ماده ۷۰۰ قانون مدنی مصر، ماده ۶۲۶ قانون مدنی سوریه، ماده ۷۰۰ قانون مدنی لیبی) ؛ در ماده ۶۵۸ ق.م، بیان شده است: وکالت ایجاباً به هر لفظ یا فعلی که دلالت بر آن کند، واقع می‌شود؛ لذا ایجاب ممکن است به لفظ، فعل و یا نوشته صورت گیرد و ممکن است صریح باشد یا ضمنی و به اذن فحوی؛ مانند: این‌که زن نسبت به شوهر، در پاره ای از امور مربوط به خانواده و یا مأموران دولتی نسبت به انعقاد قرارداد هایی که لازمه اداره است، وکیل ضمنی هستند.

در مواردی موضوع وکالت انجام عملی حقوقی است که انعقاد یا اثبات آن نیاز به تنظیم سند رسمی دارد؛ در مورد شکل ایجاب و لزوم رسمی بودن آن، بیش‌تر حقوقدانان(کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۱۳۲و۱۳۳، ؛ کاشانی، ۱۳۸۸، ص۱۸۵و۱۸۶) به استناد نظم عمومی و قاعده مقدمه واجب؛ معتقدند ایجاب باید به موجب سند رسمی باشد.

ب) شکل خاص قبول: در مورد قبول نمایندگی همانند ایجاب؛ اعلام، نفوذ و امکان اثبات آن به شرایطی منوط نشده است؛ لذا ممکن است به لفظ، فعل و نوشته صورت گیرد و ممکن است صریح باشد یا ضمنی.

ج) اهلیت اصیل و نماینده

اهلیت اصیل: نمایندگی بین "اصیل" و "نماینده" منعقد می‌شود؛ لذا موضوع اهلیت باید بررسی گردد یعنی این‌که اصیل و نماینده صرف نظر از عمل حقوقی دلخواه؛ یعنی نمایندگی، اهلیت داشته باشند.

اهلیت موکل نه تنها در زمانی که نیابت داده می‌شود، ضرورت دارد؛ بلکه پس از آن تاریخ، هرگاه عارضه ای اهلیت لازم برای انجام عمل حقوقی را از موکل سلب کند؛ حسب مورد عقد را منحل می‌سازد. جنون، اهلیت موکل در تمامی موارد را از بین می‌برد ولی سفاهت باعث انحلال وکالت صرفاً در امور مالی می‌شود.

اهلیت نماینده: نماینده نیز مانند اصیل، علاوه بر اهلیت لازم برای انعقاد قرارداد نمایندگی؛ برای انجام کار موضوع نمایندگی نیز باید اهلیت داشته باشد. در این مورد مقنن ایرانی، اهلیت نماینده را با صلاحیت انجام کاری که به نماینده واگذار می‌شود، پیوند زده است. قسمت اخیر ماده۶۶۲ ق.م، نیز همین ارتباط را بیان می‌کند؛ «وکیل هم باید کسی باشد که برای انجام آن امر اهلیت داشته باشد».

گفتار دوم: شرایط مربوط به رابطه نماینده و ثالث

پس از آن که نماینده، به موجب رابطه صحیح حقوقی با اصیل، صلاحیت و اختیار انجام عمل مورد نظر اصیل را پیدا کرد؛ بایست در حین ایجاد رابطه با ثالث شرایطی را رعایت کند تا موجب انتقال مستقیم آثار رابطه حقوقی خود با ثالث؛ به اصیل گردد.

الف) نماینده بایستی عمل حقوقی را انشا کند و در این کار قاصد و راضی باشد: منظور آن است که عقد، به اراده نماینده انشا شود، هر چند که تشکیل معامله به نام، و برای اصیل و در جهت خواست وی باشد(شهیدی، ۱۳۸۵، ص۱۳۶) . نمایندگی واقعی زمانی آغاز می‌شود که اراده نماینده در وقوع قرارداد یا انجام عمل مورد نظر موثر باشد(کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج۲، ص۶۸) .

ب) نماینده اهلیت لازم برای انشا عمل حقوقی را داشته باشد: نماینده نیز باید اهل باشد یعنی بالغ، عاقل و رشید باشد، ماده۶۶۲ ق.م، و مفاد ماده۶۸۲ آن قانون، لزوم اهلیت نماینده را تأیید می‌کند.

ج) عمل حقوقی به قصد نیابت از طرف دیگر، واقع شود و این موضوع افشا شود.

د) نماینده اختیار انجام عمل حقوقی را داشته باشد و در حدود آن اختیار، بیان اراده نماید: زمانی عنوان نماینده بر شخصی اطلاق می‌شود؛ که اعمالش بدون هیچ مانعی در حقوق و دارایی دیگری تأثیرگذار و نافذ باشد، برای تحقق این موضوع، نماینده بایستی سمت و عنوان خود را از اصیل کسب کند.

ه) نماینده واسطه صرف در تصرف باشد: نماینده صرفاً واسطه اعمال حقوقی یا مادی برای اصیل است و هر دخالت و تصرفی که می‌کند به نام و به حساب اصیل می‌باشد و مضافا؛ آثار اعمالش مستقیماً متوجه اصیل است.

۸. آثار نمایندگی

گفتار نخست: آثار نمایندگی بین اصیل و نماینده

مهمترین اثر نمایندگی؛ ایجاد صلاحیت برای نماینده جهت تصرف در امور اصیل است. در شرایط عادی هیچ کسی نمی‌تواند از طرف دیگری اقدامی برای او کند و این اقدامات اصولاً هیچگونه تعهدی برای اصیل ایجاد نمی‌کند؛ اما نمایندگی این صلاحیت برای تصرف در امور دیگران را فراهم می‌کند و باعث می‌شود اعمال و اقدامات نماینده در حقوق و دارایی اصیل تأثیرگذار و نافذ باشد.

بند نخست: تعهدات نماینده

الف) انجام موضوع نمایندگی: مهم‌ترین تعهد نماینده، انجام موضوع نمایندگی و در واقع اجرای آن است.

ب) رعایت حدود اختیارات: نماینده به وسیله صلاحیتی که اصیل به وی می‌دهد؛ مختار در تصرف می‌گردد، اراده اصیل نه تنها امکان تصرف برای نماینده ایجاد می‌کند؛ بلکه اصولاً حدود اختیارات او را نیز مشخص می‌کند.

ج) حفاظت از اموال و اسناد و تکلیف به رد آنها: اموال موکل که برای انجام امور وکالتی به وکیل سپرده می‌شود و آنچه وکیل در اثر امر وکالت بدست می آورد؛ نزد او به طور امانت است(سنگلجی، ۱۳۸۵، ص۱۴۷) و در صورتی که با مطالبه موکل، وکیل منکر شود و یا از تسلیم امتناع کند و همچنین در رد آن اهمال کند در حکم غاصب است.

د) ارائه حساب دوره تصدی: اقدامات و تصرفات نماینده، به حساب اصیل است؛ بنابراین باید حساب مالی دوره ای که اداره امور اصیل را به عهده داشته است به اصیل ارائه کند و وکیل باید اسناد توجیه کننده ای را در تأیید صورتحساب خود پیوست کند.

و) تعهد به حفظ اسرار اصیل و اطلاعات مکتسب در دوران نمایندگی: نماینده باید در دوران نمایندگی و پس از پایان آن، اسرار اصیل و اطلاعات مکتسب در دوران نمایندگی را حفظ نماید و نباید اقدام به افشا اسرار کند.

بند دوم: تعهدات اصیل

الف) پذیرش آثار اقدامات نماینده: به موجب ماده۶۷۴ ق.م، موکل باید تمام تعهداتی را که وکیل در حدود وکالت خود قید کرده است انجام دهد.

ب) پرداخت اجرت: در صورتی که وکالت مطلق باشد و اجرت تصریح نشود طبق ماده۶۷۷ ق.م، محمول بر آن است، وکالت با اجرت باشد و هرگاه وکیل قرارداد حق الوکاله داشته باشد طبق مواد ۲۱۹، ۶۷۵، ۶۷۶ ق.م، موکل باید طبق آن حق‌الوکاله پرداخت کند و در صورتی که قراردادی در مورد حق‌الوکاله موجود نباشد؛ اجرت‌المثل عمل وکیل را می پردازد.

ج) پرداخت هزینه ها: مطابق قاعده فقهی «من له الغنم فعلیه الغرم» اصیل باید هزینه های اجرای وکالت را پرداخت کند. ماده۶۵۷ ق.م، بر همین مبنا بیان کرده است: «موکل باید تمامی مخارجی که وکیل برای انجام وکالت خود کرده است بدهد».

د) جبران خسارت وارده به نماینده: خسارتی که در اثر انجام وکالت متوجه وکیل می‌گردد در صورتی که اصیل سبب شناخته شود، مسئول است و در غیر این صورت مسئول نیست.

گفتار دوم: آثار نمایندگی بین اصیل و طرف قرارداد

مهم‌ترین اثر نمایندگی بین اصیل و طرف قرارداد آن است که اساساً آثار اقدامات نماینده دامن‌گیر اصیل می‌شود و اوست که باید مفاد آن را اجرا کند: همچنین طرف مقابل ملزم به ایفای تعهدات در مقابل اصیل است و نمی‌تواند به بهانه آن‌که با نماینده قراردادی را منعقد کرده است از اجرای تعهدات خود خودداری کند.

گفتار سوم: آثار نمایندگی بین نماینده و طرف قرارداد

الف) عدم تکلیف به اجرای تعهدات: نماینده واسطه انجام معامله بین اصیل و طرف قرارداد است و پس از انعقاد معامله، از رابطه بین دو طرف حذف می‌شود؛ لذا درباره آثار عقد بیگانه است(حاجیانی، ۱۳۸۶، ص۱۰۷) و اصولاً نمی‌توان انتظار اجرای تعهدی را از وی داشت مگر اینکه اجرای تعهدات را تضمین کرده باشد.

ب) لزوم تصریح به عنوان نمایندگی: مهمترین تعهد نماینده، اعلام سمت خود در معامله است. عدم انجام این تعهد باعث اختلاف نظر در نظام های حقوقی مختلف شده است؛ برخی همچون نظام حقوقی کامن لا و کشور ایران قید عمل به نام خود یا دیگری را مهم ندانسته و درمقابل برخی همچون نظام حقوقی فرانسه آن را در تحقق آثار، ضروری می دانند.

۹. انحلال نمایندگی

اسباب انحلال نمایندگی به دو گروه انحلال "ارادی" و "قهری" تقسیم می شود.

مبحث نخست: انحلال ارادی

عقد نمایندگی از عقود اذنی می‌باشد و یکی از نتایج پذیرش ماهیت اذنی برای عقد نمایندگی آن است که هر یک از طرفین هر وقت بخواهند می توانند آن را فسخ کند.

گفتار نخست: اصل انحلال ارادی

همان طور که بیان شده یکی از نتایج پذیرش ماهیت اذنی برای عقد نمایندگی آن است که، هر یک از طرفین هر وقت بخواهند می‌توانند آن را فسخ کنند. اصل انحلال ارادی عقد نمایندگی را قانون مدنی، در صدر ماده ۶۷۹ پذیرفته است، به موجب این ماده موکل هر وقت بخواهد می تواند وکیل را عزل کند.

گفتار دوم: اسباب انحلال ارادی

به موجب بند ۱ و ۲ ماده ۶۷۸ ق.م، انحلال ارادی عقد نمایندگی به دو طریق عزل اصیل و استعفای نماینده امکان‌پذیر است.

بند نخست: عزل اصیل

بند ۱ ماده ۶۷۸ ق.م، یکی از طرق انحلال نمایندگی را، عزل اصیل برشمرده است. به موجب این ماده، وکالت به طرق ذیل مرتفع می شود: الف) به عزل وکلا از سوی موکل: عزل وکیل ممکن است صریح یا ضمنی باشد. چنانکه هرگاه موکل عملی را که مورد وکالت است خود انجام دهد یا عملی کند که با وکالت منافی باشد(کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج۲، ص۲۰۰، ؛ کاشانی، ۱۳۸۸، ص۲۴۳) یا وکیل دیگری برای انجام مورد وکالت تعیین کند.

بند دوم: استعفای نماینده (Renunciation of Authority)

هرگاه نماینده بخواهد می تواند از نمایندگی استعفا دهد، خواه اصیل حاضر باشد خواه غایب باشد.

بند سوم: شرط نفوذ

اصیل و نماینده هر وقت بخواهند می توانند به نمایندگی خاتمه دهند با این حال قانونگذار به موجب ماده ۶۸۰ ق.م، شرط نفوذ عزل موکل را، آگاهی وکیل از عزل دانسته است. به موجب این ماده، تمام اموری که وکیل قبل از آگاهی از عزل در حدود وکالت خود انجام دهد؛ نسبت به موکل نافذ است.

مبحث دوم: انحلال قهری

عقد نمایندگی بر مبنای اعتماد بر شخصیت طرف متقابل بسته می‌شود؛ لذا نه تنها به خواست هر یک از دو طرف منحل می‌شود؛ بلکه اصولاً با فوت یا حجر یکی از آنان نیز منحل می شود؛ مضافاً آن‌که مواردی همچون از بین رفتن موضوع نمایندگی و انقضاء مدت آن نیز موجب انحلال نمایندگی خواهد شد.

گفتار نخست: اسباب انحلال قهری

در قانون مدنی ایران در مواد ۶۷۸، ۶۸۲، ۶۸۳ ق.م، موارد انفساخ و انحلال قهری عقد نمایندگی، به شرح زیر ذکر شده است؛

الف) موت یا جنون اصیل یا نماینده.

ب) حجر یکی از طرفین؛ در مواردی که مانع از توکیل یا اقدام به نمایندگی است.

ج) از بین رفتن متعلق وکالت.

گفتار دوم: اسباب انحلال قهری بر اساس قواعد عمومی قراردادها

الف) از بین رفتن متعلق وکالت: به موجب ماده ۶۸۳ ق.م؛ هرگاه متعلق وکالت از بین برود، وکالت منفسخ می شود. همان طور که اساتید آورده اند(کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج۱، ص۳۴۱و۳۱۵ ؛ امامی، ۱۳۷۶، ج۱، ص۳۲۱) منظور از عبارت «از بین رفتن متعلق وکالت»، تلف شدن مورد آن است؛ چنانکه هرگاه مورد وکالت فروش مال التجاره ای باشد و آن دچار حریق شود.

ب) انجام عمل منافی توسط اصیل: به موجب ماده ۶۸۳ ق.م؛ هرگاه موکل عملی را که موضوع وکالت است خود انجام دهد و یا به طور کلی عملی که منافی با وکالت دیگر باشد به جا آورد وکالت منفسخ می‌شود.

ج) غیرممکن شدن اجرای مفاد نمایندگی: زمانی که مال موضوع نمایندگی تلف شود یا اجرای موضوع نمایندگی غیرممکن گردد؛ رابطه‌ی نمایندگی منحل خواهد شد؛ زیرا انجام امر نمایندگی در اثر آن‌که موضوع آن منتفی شده غیرمقدور می‌شود در این حالت حکم به انفساخ عقد داده اند(امامی، ۱۳۷۶، ج۱، ص۳۰۹).

د) انقضاء مدت: در صورتی که طرفین برای نمایندگی، مدتی در قرارداد معین کرده باشند؛ با انقضاء آن رابطه نمایندگی نیز پایان می‌یابد.

ه) تحقق شرط فاسخ: ممکن است طرفین در عقد، شرط فاسخ جعل کرده باشند، به طوری که با وقوع حادثه ای، عقد خود به خود پایان یابد، در این صورت با رخ دادن این حادثه، عمر نمایندگی نیز به سر می رسد.

و) دگرگون شدن اوضاع: اگر در نتیجه وقوع حوادث و رویداد هایی، وضعیت نامتعارفی ایجاد شود؛ به نحوی که با شرایط زمان انعقاد عقد نمایندگی کاملاً مغایرت داشته باشد؛ در حقوق برخی کشورها حکم به انحلال نمایندگی داده اند.

۱۰. نتیجه گیری

۱. از دیرباز، ضرورت های زندگی اجتماعی، تأسیس نهاد نمایندگی را ایجاب کرده است؛ با این حال برخی از نظام های حقوقی مانند رومی-ژرمنی از اواخر قرن پانزدهم میلادی، نمایندگی به مفهوم امروزی را پذیرفته اند؛ در حالیکه حقوق مبتنی بر تعالیم اسلامی از ابتدا با این نهاد آشنایی داشته است.

۲. در یک تقسیم بندی کلی، نمایندگی به اعتبار مبنا و سبب به نمایندگی قراردادی، قانونی و قضایی تقسیم شده است.

۳. قانونگذار ایرانی بر اساس فقه، احکام مربوط به نمایندگی را تحت عنوان عقد معین وکالت در مواد ۶۵۶-۶۸۳ ق.م، ذکر کرده است.

۴. این نوع از نمایندگی، تابع اصل حاکمیت اراده و خواست مشترک طرفین است.

۵. نمایندگی قراردادی به صراحت مواد ۶۵۶، ۶۵۷، ۶۵۸ ق.م، دارای ماهیتی عقدی می باشد.

۶. نمایندگی، عقدی؛ رضایی، مجانی، اذنی و مسامحه ای تلقی می‌شود.

۷. نمایندگی توسط هر یک از طرفین قابل فسخ است مگر اینکه حق فسخ خود را ساقط کرده باشند.

۸. با استناد به قواعد راجع به نظم عمومی و قاعده مقدمه واجب، شکل ایجاب با موضوع نمایندگی ارتباط نزدیک دارد؛ به نحوی که چنانچه موضوع نمایندگی، انجام عملی حقوقی باشد که انعقاد یا اثبات آن نیاز به تنظیم سند دارد ایجاب نیز باید به صورت رسمی داده شود.

۹. اطلاق و ظاهر ماده ۶۶۲ ق.م، توانایی حقوقی موکل را هنگام توکیل شرط می‌داند.

۱۰. قابل فسخ بودن عقد نمایندگی دلیلی بر عدم الزام به انجام مورد نمایندگی ندارد؛ لذا چنانچه نماینده نخواهد عمل نمایندگی را انجام دهد آن را باید فسخ کند.

۱۱. نماینده، امین اصیل محسوب می‌شود و در انجام موضوع نمایندگی باید غبطه و مصلحت اصیل را رعایت کند.

منابع

۱. امامی، دکتر سید حسن(۱۳۷۶). ***حقوق مدنی***، ج۱، قم، انتشارات اسلامیه.

۲. امامی، دکتر سید حسن(۱۳۸۴). ***حقوق مدنی***، ج۱، قم، انتشارات اسلامیه.

۳. امیری قائم مقامی، دکتر عبدالمجید(۱۳۷۸). ***حقوق تعهدات***، ج۲، تهران، نشر میزان.

۴. جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر(۱۳۷۶). ***ترمینولوژی حقوق***، تهران، انتشارات گنج دانش.

۵. جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر(۱۳۸۲). ***مجموعه قانون مدنی***، تهران، انتشارات گنج دانش.

۶. حاجیانی، دکتر هادی(۱۳۸۶). ***حقوق نمایندگی***، تهران، انتشارات دانش نگار.

۷. خردمندی، سعید(۱۳۸۲). ***وکالت در حقوق تجارت و تطبیق آن با فقه***، قم، انتشارات بوستان کتاب.

۸. سنگلجی، محمد(۱۳۸۷). ***چهاررساله***، تهران، انتشارات نگاه بینه.

۹. شمس، عبدالله(۱۳۹۳). ***قانون تجارت و مقررات مرتبط***، تهران، دراک.

۱۰. شهیدی، دکتر مهدی(۱۳۸۵). ***تشکیل قراردادها و تعهدات***، ج۱، تهران، انتشارات مجد.

۱۱. قاسم زاده، سید مرتضی(۱۳۸۷). ***حقوق مدنی اصول قراردادها و تعهدات***، تهران، نشر دادگستر.

۱۲. کاتوزیان، دکتر ناصر(۱۳۷۹). ***قانون مدنی در نظم حقوق کنونی***، تهران، انتشارات دادگستر.

۱۳. کاتوزیان، دکتر ناصر(۱۳۸۳). ***قواعد عمومی قراردادها***، ج۱، تهران، انتشارات شرکت سهامی.

۱۴. کاتوزیان، دکتر ناصر(۱۳۸۵). ***دوره عقود معین(٤)***، تهران، انتشارات شرکت سهامی.

۱۵. کاتوزیان، دکتر ناصر(۱۳۸۵). ***قواعد عمومی قراردادها***، ج۲، تهران، انتشارات شرکت سهامی.

۱۶. کاشانی، سید محمود(۱۳۸۸). ***حقوق مدنی قراردادهای ویژه***، تهران، نشر میزان.

۱۷. نیکوئیان، امیر(۱۳۹۳). ***قانون مدنی با آخرین اصلاحات و الحاقات***، قم، حقوق اسلامی.

فقه پویا
شماره سوم
صص ۸۳-۶۶

واکاوی مسئولیت بیت المال در پرداخت دیه باتوجه به قانون مجازات اسلامی۱۳۹۲

احمد یوسفی دیزآوند[۱]
عباسعلی سیاسر جهانتیغی[۲]

چکیده

در حقوق اسلامی مسئول پرداخت دیه؛ مرتکب، عاقله، بیت المال، ضمان جریره و با رویکرد جدید قانون مجازات اسلامی‌اشخاص حقوقی می‌باشند. مسئول دانستن مرتکب و اشخاص حقوقی متناسب با اصول حقوق کیفری و هم سوی با آن‌هاست اما مسئول دانستن نهاد هایی مثل عاقله بر خلاف اصل شخصی بودن مجازات‌ها می‌باشد. در حقوق اسلامی‌قاعده وزر «وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى- سوره انعام آیه۱۶۴» مطابق با مفهوم اصل شخصی بودن مجازات‌ها، به این امر دلالت دارد. مسئولیت بیت المال، مبحثی خلاف اصل می‌باشد که مصادیق آن در منابع فقهی و قانون مجازات اسلامی تعیین شده؛ لذا باید به همان موارد بسنده کرد. مسئولیت بیت المال را در این زمینه می‌توان به دو مورد دسته بندی کرد و جهت تقسیم را "وظیفه ی پرداخت دیه" در نظر گرفت:

الف: مسئول دانستن بیت المال به عنوان مسئول ابتدائی یا اولیه یا اصلی

ب: مسئول دانستن بیت المال به عنوان مسئول ثانویه

واژگان کلیدی: بیت المال، دیه، مسئولیت اولیه، مسئولیت ثانویه، مبانی مسئولیت.

---

۱ . دانشجو کارشناسی فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه تهران

رایانامه: ahmad.yosefi@ut.ac.ir

۲ دانشجو کارشناسی فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه تهران

رایانامه: abbasali.siasar@ut.ac.ir

۱. مقدمه

گاهی اوقات در جامعه اتفاقاتی رخ می‌دهد که دارای علل قهری است؛ به عبارت دیگر اراده و کنش انسانی در آن نقشی نداشته مانند بلایا، آفات طبیعی و بیماری های واگیردار و در مواردی این علل قهری سبب مرگ یا صدمات بدنی گروهی از اجتماع انسانی می گردد. در این دست موضوعات، مبنای حقوقی ضمان، با فرض عدم تقصیر و عدم استناد خسارت به رفتار فردی منتفی است. باتوجه به مواد ۵۰۰، ۵۰۲، ۵۰۵ و مواد دیگر قانون مجازات اسلامی‌با دو ضابطه‌ی عدم استناد خسارت به فردی معین و انتساب آن به علل قهری ضمان منتفی است؛ ولی بعضاً سبب صدمات بدنی و مرگ افراد، حوادثی است که دارای منشأ انسانی یا پیامد قابل کنترل عمل اشخاص می‌باشد. در عواملی همچون تقصیرمسئول، عدم دسترسی به قاتل یا حتی جهل به سبب حادثه، مسئولیت جبران خسارت و خون‌بهای افراد از دست رفته با کیست؟

تأکید اسلام به حفظ جایگاه خون از دست رفته و لزوم پرداخت خون‌بهای آن، چگونه در حکومت اسلامی، جامه‌ی عمل به خود می‌پوشاند؟

آیا منشأ حقوقی برای پرداخت دیه از سوی بیت المال وجود دارد و طبق چه مبانی‌یی می توان نهادی به نام بیت المال را از دولت اسلامی، مسئول جبران دیه دانست؟

به همین منظور مباحث به سه دسته تقسیم بندی می گردد؛ ابتدا مفهوم مسئولیت و سپس مبانی مسئولیت و در انتها موارد مسئولیت بیت المال بر اساس قانون مجازات اسلامی‌مصوب ۱۳۹۲بررسی می گردد.

۲. مفهوم بیت المال

پس از پیدایش اسلام و گسترش این دین الهی، نظام حقوقی اسلامی، با غنای الهی تشکیل شد. حکومت اسلامی‌برگرفته از این نظام، از مولفه‌ها ونهادهای جدیدی ساخته شده بود که برای تحقق عدالت الهی و اجرای این نظام حقوقی لازم بود.

یکی از نهاد های ابداعی و اساسی حکومت اسلامی، "بیت المال" می‌باشد. بیت المال طبق یک تقسیم بندی، برای دو مفهوم به کار می‌رود. بیت المال به مکانی گفته می‌شود که اموال عمومی متعلّق به همهٔ مسلمانان در آن‌جا فراهم و نگهداری می‌شود تا در مصالح آنان صرف گردد. در معنای دوم؛ عنوان "بیت المال" بر خود اموال نیز اطلاق می گردد. در کلمات فقها عنوان یاد شده بر محلّ نگهداری اموال متعلّق به قشر خاصّی از مسلمانان؛ همچون خمس و زکات و نیز بر محلّ نگهداری اموال ویژهٔ امام علیه السّلام همچون انفال اطلاق شده است. از این عنوان در باب‌های بسیاری نظیر: طهارت، صلات، زکات، خمس، حج، جهاد، تفلیس، سبق و رمایه، طلاق، لقطه، ارث، قضاء، شهادات، حدود، قصاص و دیات سخن رفته است(شاهرودی، ۱۳۸۲، جلد۲، ص۱۵۵).

بیت المال از نظر حقوقی، قبل از این که وجودش قائم به مکان باشد، اساساً قائم به همه اموال و حقوقی بود که تمام مسلمانان در آن ها محق بوده و مالک معین نداشت و به این ترتیب؛ بیت المال، دارای نوعی از

شخصیت حقوقی بوده و مالکیت جمع بدون اشاعه در آن فرض شده و مـدیون نیـز واقـع می‌شـود(جعفری لنگرودی، ۱۳۴۶، ص۳۱۸و۳۱۹).

و قال المحقّق الثانی:«و المراد ببیت المال: «الأموال التی تستفاد من خراج الأرضین المفتوحـة عنـوة، و سـهم سبیل الله من الزکاة، علی القول بأنّ المراد به کلّ قربة لا الجهاد وحده»(انصاری، بی تا، جلد۷، ص۹۷).

۳. مبانی مسئولیت بیت المال

کشته شدن عده‌ای از تظاهر کنندگان به دلیل ازدحام جمعیت، طغیان سیل به داخل مناطق مسکونی به علت اهمال شهرداری در کانال کشی و مرگ عده‌ای از شهرنشینان، درگیری پلیس با اشرار و کشته شدن مـردم عادی بدون تشخیص مسئول، کم کاری وزارت راه و شهرسازی در کنترل مسیل‌ها و دره‌ها، صـدمه دیـدن افسران نظامی‌طی رزمایش به واسطه‌ی نقص فنی ادوات جنگی، سـقوط هواپیمـا بـه علـت خطـای فـردی و حوادثی از این دست؛ در واقع در تمام این موارد قربانی‌ها بدون هیچ علت موجهی خسارت بـدنی و جـانی دیده‌اند و عدم جبران خسارت آن ها خلاف موازین عدالت می‌باشد اما با چه دستاویزی می‌توان در حقوق موضوعه، مسئول و ضامنی برای آن در نظر گرفت؟ در این بخش سـعی شـده از قواعـد پرکـاربرد فقهـی و نظریه‌ها و اصول حقوق کیفری برای پاسخ به این سوال کمک گرفت.

۱-۳. من له الغنم فعلیه الغرم

از این قاعده فقهی برای استناد به رابطه‌ی سود و منفعت حاصله در مقابل ضـرر و خسـارات وارده، اسـتفاده می‌شود. ویژگی بارز قواعد فقهی، عمومیت و کلی بودن آن‌هاست؛ ولی با این وجـود، فقهـا و حقوقـدانان این قاعده را در زمره ی قواعد فقه مدنی می‌دانند و رابطه‌ی آن را بیش تر در مسائل مربوط مسئولیت مدنی و قراردادها ذکر کرده‌اند.

المعنی: معنی القاعدة هو التلازم بین الخسارة و الفائدة، فکلّ من کان له فائدة المال شرعا کان علیـه خسـارة ذلک المال کذلک، و علیه قد یعبّر من هذه القاعدة بقاعدة التلازم بـین النمـاء و الـدرک و قـد یعبـر عنهـا بقاعدة الخراج بالضمان(مصطفوی، ۱۴۲۱، جلد۱، صفحه۲۸۴).

اما چگونه با در نظر گرفتن پیشینه‌ی مدنی این قاعـده در فقـه و حقـوق اسـلامی‌می‌توان در قلمـرو حقـوق کیفری به عنوان مبنای پرداخت دیه توسط بیت المال ازآن بهره برد؟

برای پاسخ به این سوال می‌توان از کمک قواعد فقهی دیگر در کنار این قاعده بهره برد. قاعده‌ی «الحـاکم وارث من لا وارث له» یـا قاعـده‌ی «الحـاکم ولـی مـن لا ولـی لـه» (موضـوع مـواد ۴۲۴ و ۴۵۱ ق.م.ا) بیـان کننده‌ی این مسئله است که در صورت فقدان ورثه، ترکـه متـوفی بـدون وارث، بـه امـام یـا حـاکم دولـت اسلامی‌منتقل می‌شود و حاکم دولت اسلامی‌ترکه را به عنوان انفال که از منابع بیت المال می‌باشد دریافـت می‌کند. امام علیه السلام دیه شخصی را که وارثی ندارد، و یا دیه مقتول مسلمانی که وارث مسلم ندارد، بـا این توجیه، متعلق به بیت المال می‌داند؛ زیرا بار جنایات خطایی چنین شخصی بر بیت المال است. به عبارت دیگر امام عاقله او محسوب شده و در مقابل چنین غرمی، بالطبع منافع، یعنی دیه ای کـه در صـورت کشـته

شدن او حاصل می‌شود، جزء اموال امام و بیت المال خواهد بود(علوی قزوینی و مسعودیان زاده ،۱۳۹۳، ص۷۹).

منابع فقهی نیز در موارد زیر به این قاعده استناد کرده اند:

و لو لم یکن وارث سوی القاتل کان المیراث لبیت المال(محقق حلی، ۱۴۰۸، ص۸).

میراث من لا وارث له ینتقل إلی بیت المال، و هو للإمام علیه السّلام خاصّةً، و عند جمیع الفقهاء ینتقل إلی بیت المال، و یکون للمسلمین (نجفی، ۱۴۰۴، ص ۲۶۰)

مفاد این قاعده‌ی فقهی دقیقاً در ماده ۴۵۱ ق.م.ا بیان شده است: «...در موارد فقدان وارث دیگر، مقام رهبری وارث است». جدا از آن طبق ماده ۵۵۳ ق.م.ا. : «وارث دیه شخص متولد از زنا در صورتی که فرزند و همسر نداشته باشد و زنا از هر دو طرف با رضایت صورت گرفته باشد، مقام رهبری است ...». همین رابطه‌ی ارث بردن ولی أمر مسلمین می‌تواند به عنوان مبنای حقوقی «غنم و سود حاصله از دریافت دیه»، برای استناد به قاعده‌ی«من له الغم و...» به کار رود و زمانی که قاتل یا عاقله توان پرداخت دیه را ندارد دولت را مسئول پرداخت دیه از محل بیت المال بدانیم.

در جنایات خطاییِ شخص ذمی، پرداخت دیه بر عهده عاقله نمی‌باشد؛ بلکه بر عهده خود جانی است. در صورتی که او مالی نداشته باشد، دیه را بیت المال پرداخت خواهد کرد. امام علیه السلام مسئولیت بیت المال را، نتیجه پرداخت جزیه از طرف ذمی به حکومت می‌داند. پس در واقع، ضمان بیت المال، تابع برخورداری او از جزیه ذمی قرار داده شده است(علوی قزوینی و مسعودیان زاده ،۱۳۹۳، ص۷۹).

قاعده ای دیگر که از لحاظ محتوا و مضمون تقریبا همسو و هم جهت با قاعده‌ی فوق الذکر می‌باشد (تلازم بین نماء ودرک)؛ قاعده‌ی الخراج بالضمان است. مضمون قاعده بدین معناست؛ که دولت اسلامی که مخاطب دریافت خراج و مالیات از سرزمین های اسلامی‌است در صورت بروز خسارت و زیان نیز مسئولیت پرداخت باید با دولت اسلامی‌باشد. این قاعده بیشتر برای معاملات و مباحث مسئولیت مدنی کاربرد دارد؛ ولی با رویکردی که این قاعده به مفهوم حکومت اسلامی، دولت و حقوق عمومی‌دارد، قاعده‌ی مناسبی می‌باشد. باتوجه به استدلال پیش گفته در قاعده «من له الغنم»، از بیت المال به عنوان نهادی از دولت اسلامی، جهت پرداخت دیه استقبال شود.

۲-۳. لا یبطل دم امری مسلم

همان‌طور که از تعلیمات دین اسلام قابل درک است؛ تمامیت جسمانی هر شخص، داری ارزش والایی است و همواره مورد حمایت و توجه ویژه‌ایی قرار می گیرد و دسته ای از حقوق اسلامی(حق النفس) بر آن بار می‌شود که موجب تکلیف فرد و دیگران برای حفظ این امانت الهی می گردد.

این قاعده‌ی فقهی با عباراتی همچون لا یذهب و لا یهدر نیز به کاربرده می‌شود و از قواعد مورد استفاده‌ی فقه جزایی، در کتب فقهی می‌باشد و مبنای استدلال فقها در مورد محترم دانستن دما افراد جامعه

اسلامی حتی با مسئولیت جبران آن توسط بیت المال و دولت اسلامی قرار گرفته است؛ لذا از این جهت جزء منابع و قواعد فقه حکومتی شمرده می‌شود.

در خبر عبدالله بن سنان و عبدالله بن بکیر از امام صادق (ع) چنین نقل شده است:«قضی امیرالمومنین(ع) فی رجل وجد مقتول لایدری من قتله، قال ان کان عرف له اولیاء یطلبون دیته من بیت مال المسلمین و لا یبطل دم امریء مسلم»(حرعاملی،۱۴۱۶ ، ج ۱۹، ص۱۰۹).

جدا از بحث اخبار، در کلام فقها این قاعده در فروع مختلف فقهی مورد استدلال قرار گرفته. صاحب جواهر می‌فرمایند:« فأوجب الدیة لأن لا یبطل دم المسلم، لإطلاق الأدلة الذی یکفی فی الثبوت و إن لم تذکر فی الآیة(نجفی، بی تا، ج۴۳، ص ۴۱۰).

در این زمینه اینکه علامه حلی(ره) بیان کرده است: در صورتی که کسی دو نفر را کشته باشد و اولیای یکی از مقتولان مبادرت به قصاص می کند، اقرب آن است، دیگران حق اخذ دیه را داشته باشند(فخرالمحققین، ۱۴۱۶، ج۴، ص۵۷۳).

اما ماحصل گفته های فقها را می‌توان در این جملات خلاصه کرد؛ هرگاه قاتل پیدا نشود یا اگر معلوم است؛ اما امکان اخذ دیه از او وجود ندارد(به علت متواری بودن یا فقدان عاقله)؛ آن گاه امکان مطالبه دیه از بیت المال وجود دارد؛ زیرا در غیر این صورت خون مسلمان تباه می‌شود. حکومت تنها ملزم به تأمین امنیت جانی مسلمانان نیست، بلکه کفار ذمی‌هم در تمامیت جسمانی و حیات خود تحت حمایت می‌باشند(ماده۴۷۱ ق.م.ا). تشریع قسامه در لوث که گاه منتهی به قصاص جانی می‌شود، نشان می‌دهد که بر خلاف نظر برخی فقیهان، که قاعده لا یبطل را مربوط به تحمیل دیه بربیت المال می‌دانند، ناظر به ثبوت قصاص یا دیه بر بزهکار نیز می‌باشد.

لفظ دم در اصطلاح فقهی، کنایه از حیات و تمامیت جسمانی فرد است و در این مورد فرقی نمی‌کند که قتل باشد یا ورود جرح، قطع و آسیب بدنی؛ لذا باتوجه به موازین حقوق اسلامی‌می‌توان مفهوم این قاعده را با کمک قواعد دیگر نظیر "لا ضرر" در عرض و اموال گسترش داد. در خصوص حیثیت افراد، اصل ۱۷۱ قانون اساسی، ماده۱ قانون مسئولیت مدنی، ماده ۶۹۸ کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی، ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری و تبصره آن، ماده ۵۱۲ قانون آیین دادرسی کیفری، ماده ۲۳ قانون مطبوعات اصلاحی ۱۳۷۹ و ماده واحده قانون احقاق حق،ماده ۳۰ قانون اساسنامه صدا و سیما نمونه هایی از کاربرد قاعده لایبطل در اَعراض و حیثیات است.

در قانون مجازات اسلامی‌با اندک تأملی می‌توان، مفهوم قاعده لا یبطل را در مواد مختلفی یافت؛ اما در ماده ۴۸۷ ق.م.ا به صورت آشکار تری این مفهوم جلوه می‌کند: «اگر شخصی به قتل برسد و قاتل شناخته نشود یا بر اثر ازدحام کشته شود دیه از بیت المال پرداخت می‌گردد».

در مورد حوادث رانندگی علاوه بر مسئولیت بیمه؛ جهت جبران خسارت و پرداخت دیه صندوقی به نام صندوق تأمین خسارت بدنی؛ مسئول پرداخت دیه دانسته شده است. ماده۲۱ قانون بیمه اجباری خسارات واردشده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه مصوب ۱۳۹۵ بیان می‌دارد:

«به منظور حمایت از زیان دیدگان حوادث ناشی از وسایل نقلیه، خسارت های بدنی وارد به اشخاص ثالث که به علت فقدان یا انقضای بیمه نامه، بطلان قرارداد بیمه، شناخته نشدن وسیله نقلیه مسبب حادثه، کسری پوشش بیمه نامه ناشی از افزایش مبلغ ریالی دیه، تعلیق، لغو پروانه فعالیت شرکت بیمه و یا صدور حکم توقف یا ورشکستگی بیمه گر موضوع ماده (۲۲) این قانون، قابل پرداخت نباشد، یا به طور کلی خسارت های بدنی که خارج از تعهدات قانونی بیمه گر مطابق مقررات این قانون است به استثنای موارد مصرح در ماده (۱۷)، توسط صندوق مستقلی به نام "صندوق تأمین خسارت های بدنی" جبران می‌شود».

طبق ماده ۲۱ همان قانون، پرداخت دیه در زمانی که وسیله نقلیه مسبب شناخته نشود؛ پرداخت برعهده ی این صندوق می‌باشد که به هر جهت با مفاد پرداخت دیه توسط بیت المال برمبنای قاعده‌ی لا یبطل همسو است.

۴. قصور و تقصیر ناشی از اعمال دولت:

دولت به عنوان نهاد اجرایی در حکومت اسلامی‌مسئولیت ها و وظایفی را بر عهده دارد(معنای عام دولت). انجام این وظایف در جامعه گاهی سبب بروز حوادثی می‌شود که خسارات جبران ناپذیری بر جای می‌گذارد. منشا این حوادث گاهی تقصیر و گاهی قصور مسبب حادثه است. واژه ی تقصیر به معنای کوتاهی کردن، کم کاری کردن، سستی کردن و واژه‌ی قصور به معنای ناتوانی و درماندگی و سست شدن در انجام کاری می‌باشد.

درتقصیر فرد به صورت ارادی و با ذهنی فعال در فعل یا ترک فعل خود سستی و کوتاهی می‌کند. در واقع عملی را انجام می‌دهد که نوعاً قابل مسامحه نیست و امکان جلوگیری از نتیجه‌ی حاصله توسط مقصر وجود داشته؛ ولی در مورد قصور فرد به صورت غیر ارادی، انفعالی یا بدون قدرت وعلم سبب بروز خسارتی می‌گردد که دست او از ایجاد مانع برای جلوگیری از حادثه کوتاه بوده است. با این تعاریف قصور در مقابل تقصیر قرار می‌گیرد. تعریف مذکور از این دو واژه با تعریف فقها از این دو مفهوم بسیار نزدیک است. جهل در کلام فقها همان تقصیر از مباحث ضمان و مسئولیت مدنی است و از دو جزء تعدی و تفریط تشکیل شده است(۹۵۳ ق.م.). تعدی از جنس فعلی است که نباید انجام و تفریط ترک فعلی است که باید انجام می‌شده است. با این وجود، تقصیر در حقوق جزا، با مفهوم آن در حقوق مدنی بی‌تناسب نیست. طبق تبصره ماده ۱۴۵ق.م.ا : «تقصیر اعم از بی احتیاطی و بی مبالاتی است. مساحمه، غفلت، عدم رعایت نظامات دولتی و مانند آن‌ها، حسب مورد از مصادیق بی احتیاطی یا بی مبالاتی محسوب می‌شود».

کشته شدن تعداد زیادی از حاجیان در منا به علت ازدحام جمعیت؛ که ناشی از بی تدبیری و غفلت دولت سعودی در تعیین محل مناسب عبور بود؛ همچنین سقوط هواپیمای اوکراینی ناشی از قصور یا تقصیر

نیروهای نظامی‌یا برخورد موشک به ناوچه کنارک و مرگ تعدادی از اعضای نیروی دریایی ارتش از مصادیق این بحث می‌باشد. جان باختن شماری از هم وطنان در تشییع پیکر شهید سردار سلیمانی چه از جهت تقصیر یا قصور دولت بیت المال مسئول پرداخت دیه است، روایات زیادی با این مضمون در این زمینه وجود دارد که جدا از تقصیر به مسئولیت بیت المال در پرداخت دیه دلالت دارد؛ همچنین منابع فقهی و روایی برای مسئول دانستن بیت المال در پرداخت دیه جان‌باختگان کافی است.

قاعده‌ای دیگر در فقه، به نام «خطاء الحاکم من بیت المال» مسئولیت دولت و حاکم اسلامی‌را برای جبران خون‌بها از بیت المال تشریع می‌کند. اما مواردی وجود دارد که دیه بدون قصور یا تقصیر دولت به گردن بیت المال نهاده شده است؛ مهاجم مجنون (تبصره ۳ ماده ۱۵۶) یا فقدان عاقله یا عدم تمکن مالی آن (۴۷۰ق.م.ا) یا فرار قاتل و عدم دسترسی به آن (۴۳۵ق.م.ا) از این موارد هستند تا یکی از اساسی ترین ارزش های عدالت اسلامی که هیچ ضرری نباید بدون جبران بماند، بدین شکل محقق می‌گردد.

صرف نظر از مبانی یاد شده، می‌توان از مبنای دیگری نظیر مصلحت اجتماعی، اخلاق اسلامی و عواطف جمعی و یا نظریه های کلاسیک مسئولیت مدنی نظیر نظریه خطر استفاده کرد. در این بخش، توضیح مختصری در مورد نظریه خطر مفید به نظر می‌رسد.

بر مبنای این دیدگاه، هر کس که به فعالیتی بپردازد، محیط خطرناکی را برای دیگران به وجود می‌آورد و به واسطه ایجاد محیط خطرناک، خسارت هایی را که به دیگران وارد می‌شود، باید جبران کند؛ زیرا اوست که از منافع آن محیط بهره مند می‌شود. در واقع مسئولیت شخص برای جبران خسارتی که به دیگران وارد می‌کند به خاطر این نیست که او مقصر است؛ بلکه به خاطر سودی است که از ایجاد آن محیط خطرناک، به او می‌رسد. بر مبنای این نظریه، سرمایه داران و صاحبان کارخانه ها که از فعالیت های خود سود فراوانی می‌برند باید خسارات حاصل شده از آن را نیز جبران کنند حتی اگر حوادث ایجاد شده به خاطر بی احتیاطی کارگران رخ دهد و یا امکان پیش بینی وقوع آن حادثه وجود نداشته باشد(کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۲۳ و ۲۴).

این نظریه در حقوق، بیش تر در زمینه‌ی حقوق کار و قواعد مربوط به روابط کارفرما و کارگر با جنبه‌ی حمایتی ازکارگران ظهور و بروز پیدا کرده است. بر مبنای این نظریه، هرگاه عمل، اشیاء و یا اموالی تحت تسلط و مالکیت فرد، در راستای سودآوری، زیانی به بارآورد؛ مسئول جبران خسارت نیز همان فرد می‌باشد.

۵. مسئولیت ناشی از فعل غیر:

این مبنا خلاف اصل می‌باشد؛ ولی در قانون مجازات اسلامی در ماده، اشعار می‌دارد: «مسئولیت کیفری به علت رفتار دیگری تنها درصورتی ثابت است که شخص به طور قانونی مسئول اعمال دیگری باشد یا در رابطه با رفتار دیگری مرتکب تقصیر شود؛ بنابراین این مبنا در دو مورد ثابت می‌گردد: اول آنکه شخص مسئول رفتار دیگری باشد و دوم، در رابطه با نتیجه رفتار ارتکابی دیگری، مرتکب تقصیر شود.

ماده ۱۳ ق.م.ا و مفاد ماده ۴۸۶ ق.م.ا و مفهوم مخالف انتهای ماده؛ همچنین اصل ۱۷۱ق.ا ، در صورت عدم تقصیر، عدم عمد و یا اشتباه(قابل مسامحه) در صدور حکم توسط قاضی، پرداخت خسارت و دیه بر عهده دولت و بیت المال قرار دارد. در این مورد همان طور که از مفهوم مواد مشخص است؛ مسئولیت قاضی در صورت عمد، در حکم عمد و یا تقصیر، مسئولیت وی ثابت است و ضمان بر عهده‌ی اوست. مسئولیت اعمال غیر عمدی و بدون تقصیر کارمندان اداری نیز در حدود موارد سبک و خطای اداری با دولت می‌باشد که در بخش های گذشته به مستندات روایی در زمینه اشاره شد.

لو أقام الحاکم الحدّ بالقتل، فظهر بعد ذلک فسق الشاهدین أو الشهود، کانت الدیهٔ فی بیت المال ، ولا یضمنها الحاکم ولا عاقلته ولو أنفذ الحاکم إلی حامل لإقامهٔ الحدّ علیها، أو ذکرت بما یوجب الحدّ فأحضرها للتحقیق، فخافت فسقط حملها، فالأقوی أنّ دیهٔ الجنین علی بیت المال(امام خمینی، ۱۳۹۲، ج۲، ص۵۱۵و۵۱۶).

اقتصاصه بإذن الحاکم فالدیهٔ فی بیت المال فإنّه ممّا أخطأ فیه الحاکم(فاضل هندی ، ۱۴۱۶، جلد۱۱، ص ۱۵۹).

بنابراین مسئولیت دولت و بیت المال در این موارد به خصوص در مورد اشتباه قاضی با «قاعده خطاءالحاکم من بیت المال» مستدل به منابع و قواعد فقهی می‌باشد.

در واقع خطای کارمند اداری در محدوده ی حرفه و شغل او اتفاق می‌افتد و اغلب این خطاها عرفاً قابل تسامح است. ملاک تشخیص گستره‌ی این مسئولیت نیز نوعی می‌باشد؛ ولی در مورد بعضی از کارمندان دولتی به واسطه اقتضای وظیفه آنان و حفظ مصالح اجتماعی جامعه توسط آنان، دامنه‌ی پذیرش مسئولیت گسترده تر شده است. افزایش مسئولیت توسط قانون گذار پذیرفته شده و مسئولیت پرداخت دیه و صدمات بدنی ناشی از فعل مأموران را به شرط رعایت مقررات قانونی بر عهده گرفته است.

۶. گستره مسئولیت بیت المال

پس از اثبات مبانی و ضمان بیت المال، نوبت به گستره مسئولیت بیت المال در جنایات بر نفس و مادون نفس می‌رسد. قانون مجازات اسلامی۱۳۹۲ بیش تر ابهامات قانون مجازات قبلی را رفع کرده و در ادامه توضیح مختصری ازآن ارائه می‌شود.

ذیل مبحث دیه، قانون‌گذار در ماده ۵۵۶ ق.م.ا بیان کرده است: «تغلیظ دیه، در مواردی که عاقله یا بیت المال پرداخت کننده دیه باشد نیز جاری است»؛ این در حالی است که در قانون مجازات مصوب سال ۱۳۷۰ در ماده ۲۹۹ بیانی در مورد پرداخت دیه توسط بیت المال نداشته و همین امر موجب اختلاف نظر در میان حقوقدانان بود. (باقری؛ چترچی؛ قراملکی؛ هدائی، ۱۳۸۹،ص ۴۹ـ۶۵)

در مورد نداشتن عاقله یا عدم تمکن مالی؛ چه در جنایات عمدی در موارد فرار یا مرگ جانی و چه در جنایات خطای محض، مطابق مواد ۴۳۵ و ۴۷۰ ق.م.ا ، بیت المال مسئول می‌باشد. و در مورد جنایات شبه عمدی و جنایات خطای محض که مسئول پرداخت دیه خود جانی باشد، به همین شکل عمل می‌شود؛ اما در

مورد جنایات مادون نفس نیز مسئولیت بیت المال وجود دارد و برای بررسی و تحلیل مسئولیت بیت المال در مادون نفس باتوجه به تقسیم بندی زیر به بیان موضوع می‌پردازیم:

الف. ابتدا با توجه به اطلاق عبارات قانون گذار، به مسئولیت بیت المال در جنایات مادون نفس، پی می‌بریم. در ماده ۴۷۴ و۴۷۵ ق.م.ا اطلاق لفظ جنایت اعم از نفس و مادون نفس می‌باشد؛ بنابراین در مورد ارش یا جراحات شبه عمدی و خطای محض نیز باید مسئولیت بیت المال را ثابت دانست. این امر در مورد بیت المال زمانی که جایگزین عاقله می‌شود که در ماده ۴۷۰ ق.م.ا بدین شرح بیان شده است: «در این مورد فرقی میان دیه نفس و غیر آن نیست.» و در ماده ۴۳۵ ق.م.ا بدون این که عاقله را ضامن جنایات مادون نفس بداند، مسئولیت مستقیم بیت المال مطرح شده است: «...و در غیر قتل دیه بر بیت المال خواهد بود».

اما وجه دیگر استدلال می‌تواند به این شکل باشد؛ طبق ماده ۴۴۹ ق.م.ا : « ارش دیه غیر مقدر است که میزان آن در شرع تعیین نشده است»؛ پس ماهیت ارش هم دیه است، در واقع دیه به دو دسته "تعیین شده در شرع" و "تعیین نشده در شرع" تقسیم می‌شود و هنگامی که این موضوع با مواد ۴۷۵، ۴۷۴ ق.م.ا و...جمع می‌شود، همچنان مسئولیت بیت المال برای جنایاتی که مستوجب دیه هستند، ثابت می گردد. ماهیت فقهی ارش، مطابق مواضع قانونی آن می‌باشد: «المراد بها هنا المال الواجب بالجنایة علی الحر فی النفس أو ما دونها سواء کان له مقدر أولا و إن کان ربما اختصت بالأول و الثانی بالأرش و الحکومة» (نجفی, ۱۴۰۴, ج ۴۳، ص۲).

فارغ از این مباحث؛ جبران نشدن ارش و جراحات با مبنای مسئولیت بیت المال برای جلوگیری از هدر رفتن خون مسلمان همخوانی ندارد و نمی‌توان این موضوع را محدود به قتل دانست زیرا خود قاعده لا یبطل در زمینه دماء مسلمانان اعم از نفس و مادون نفس کاربرد دارد.

ب. در مواردی قانون گذار مسئولیت پرداخت دیه را تنها در مورد قتل پذیرفته و نسبت به کمتر از آن، وظیفه پرداخت را به متهمین محول کرده است.

ماده ۳۳۳ ق.م.ا : «...اگر همه‌ی آنان به برائت خود سوگند یاد کنند، در خصوص قتل، دیه از بیت المال پرداخت می‌شود و در غیر قتل، دیه به نسبت مساوی میان آنان تقسیم می گردد.» یا ماده ۴۷۷ ق.م.ا که مضمونی مشابه دارد، مقرر می‌دارد: «...صاحب حق می‌تواند از متهمان مطالبه کند که اگر همگی سوگند یاد کنند در خصوص قتل دیه از بیت المال پرداخت می‌شود و در غیر قتل دیه به نسبت مساوی از متهمان دریافت می‌شود.» پس مسئولیت بیت المال در مورد نفس پذیرفته شده ولی در مادون آن متهمان به صورت مساوی مسئول هستند. در مواد ۴۸۴ و۴۸۷ ق.م.ا نیز مسئولیت قتل پذیرفته شده و سخنی از جنایات مادون نفس به میان نیامده. روایاتی که مبنای تقنین این مواد بوده است؛ دلالتی بر تسری حکم به جنایات مادون نفس ندارد؛ پس باید در این موضوع به قدر متیقن بسنده کرد و باتوجه به اصول حقوق کیفری پیش رفت. البته نظر مخالف در این زمینه وجود دارد که در ادامه توضیح داده خواهد شد.

اما آخرین مبحث در مورد مسئولیت بیت المال، موضوع فاضل دیه است. دو فرض برای پرداخت فاضل دیه از بیت‌المال متصور است: فرض نخست مربوط به مواردی است که ولی امر، به عنوان ولی دم مقتول، اقدام به

پرداخت فاضل دیه از بیت‌المال نموده و قاتل را قصاص می‌کند و فرض دیگر مربوط بـه مـواردی اسـت کـه علی‌رغم وجود اولیای دم، به دلیل اعسار آن‌ها از پرداخت فاضل دیه، بیت‌المال اقدام به پرداخت فاضـل دیـه می‌کند(بای، ۱۳۸۳، ص۸۴).

قانون‌گذار در ماده‌ی ۴۲۸ ق.م.ا با در نظر گرفتن مصلحت در اجرای قصاص و عـدم تمکـن ولـی دم مقتـول، پرداخت دیه را توسط بیت المال پیش بینی کرده است: «...با درخواست دادستان وتأییـد رئـیس قـوه قضـائیه، مقدار مذکور از بیت المال پرداخت می‌شود».

در ماده ۴۲۸ ق.م.ا می‌توان به صورت نسبی اسـتنباطی متناسـب بـا موضـوع داشـت. مـاده ۴۲۴ ق.م.ا :«...اگـر غیبت طولانی باشد یا امیدی به بازگشتن آنان نباشد، مقام رهبری به عنوان ولی غایب بـه جـای آنـان تصـمیم می‌گیرد و چنانچه زمان بازگشت معلوم نباشد، مقام رهبری برای آن ها پس از گذشت زمان کوتـاه و قبـل از طولانی شدن زمان غیبت اتخاذ تصمیم می‌نماید....» از اختیار تصمیم گیری در مـورد قاتـل متوجـه می‌شـویم، ولی دم حق قصاص یا اخذ دیه از قاتل را دارد بنابراین اگر مقام رهبری مصلحت را در اجرای قصـاص ببینـد، می‌تواند فاضل دیه را از محل بیت المال بپردازد همان گونه که اگر دیه‌ی مسلمانی توسط امام گرفته شـود در بیت المال قرار داده می‌شود.

۷. مسئولیت بیت المال مطابق قانون مجازات اسلامی۱۳۹۲

در بعضی موارد در نگاه اول و بدون هیچ تردیدی، بیت المال مسئول پرداخت دیه می‌باشد؛ مانند مسئولیت پرداخت دیه مجنون مهاجم که مدافع مشروع با رعایت شرایط دفاع مشروع، سبب آسیب یا مرگ مهاجم مجنون شده است. در موارد دیگر بیت المال مستقیماً مسئول پرداخت دیه نمی‌باشد؛ ولی با وجود شرایطی وظیفه پرداخت به عهده آن قرارمی‌گیرد؛ مشابه زمانی که مصلحت در پرداخت فاضل دیه مقتول زنی که ولی دم او قادر به پرداخت فاضل دیه نیستند. بیت المال مازاد دیه مقتول زن را به قاتل پرداخت می‌کند وبا وجود مصلحت جامعه اسلامی، قاتل قصاص می‌گردد. در واقع در تمامی موارد این دسته مسئول اصلی پرداخت دیه به هر علت(چه ارادی چه قهری) از پرداخت دیه متعذر است یا به گونه ای سر باز زده که امکان وصول دیه نیست، در این زمان بیت المال به عنوان مسئول ثانویه پرداخت دیه، خون بها را می‌پردازد.

در قانون مجازات اسلامی‌در مسئولیت پرداخت دیه توسط بیت المال، سخن به میان آمده اما قبل از ورود به آن، در اصل ۱۷۱ ق.ا نیز مفهوم ماده ۱۳ ق.م.ا تکرار شده؛ اما با این تفاوت که قانون اساسی مسئول پرداخت دیه را دولت می‌داند نه بیت المال. با توجه به این مواد در می‌یابیم که بیت المال دوقسم، ضمان یا مسئولیت را بر عهده دارد:

قسم اول

به مسئولیت مستقیم و ابتدائی بیت المال برای جبران دیه مربوط می‌گردد؛ یعنی بیت المال به عنوان پرداخت کننده دیه، باید بدون هیچ شرط یا علت خاصی به عنوان اصیل، بنا بر مسئولیت شرعی و اسلامی خون بها را بپردازد.

قسم دوم

مربوط به زمانی می‌شود که بیت المال به عنوان جایگزین، در اثر بوجود آمدن شرایط خاص، مسئول پرداخت دیه است. در واقع در این موارد، چون پرداخت دیه از جانب مسئول اصلی متعذر یا غیر ممکن شده، بیت المال به عنوان جایگزین، مسئولیت پیدا می‌کند تا دیه را بپردازد، به همین علت به او مسئول ثانویه گفته می‌شود. در این جا بیت المال دیگر به عنوان اصیل پاسخگو نیست بلکه ضمان او ناشی از عدم پرداخت مسئول اصلی است.

۱-۷. مسئولیت اولیه

الف) اشتباه قاضی:

مبنای مسئولیت بیت المال در این مورد، بر اساس مسئولیت ناشی از فعل غیر و قاعده خطای حاکم اثبات می‌گردد، مستندات فقهی و روایی نیز در این زمینه بسیار است؛ اما فقها مبنای دیگری نیز در این مورد بیان کرده‌اند. این مبنا قاعده‌ی احسان می‌باشد که در ماده ۵۱۰ ق.م.ا نیز به آن اشاره شده است:

فإن أخطأ فی الحکم فأتلف لم یضمن فی ماله بل فی بیت المال لأنّه لم یرد إلّا الإصلاح، و للنصّ کقول أمیر المؤمنین علیه السلام فی خبر الأصبغ: ما أخطأت... القضاة فی دم أو قطع فهو علی بیت مال المسلمین(فاضل هندی، ۱۴۱۶ ه ق، جلد: ۱۰، صفحه: ۴۰).

فسّاقٍ و خطأ الحکّام فی بیت المال لأنّهم محسنون و ما علی المحسنین من سبیلٍ (فاضل هندی، ۱۴۱۶، ج۱۰، ص۳۷۹).

این استدلال(قاعده احسان) در فقه، با توجه به این که قضاوت را عملی واجب(چه عینی چه کفایی) می‌دانستند و اخذ جعل یا اجرت درباب قضاوت پذیرفته نبود موجه به نظر می‌آید؛ در واقع قاضی بنابر مسئولیت شرعی، بدون هیچ چشم داشت مادی، به امر قضاوت مشغول می‌شود و در اثر اشتباه قابل تسامح موجب ضرر نفسانی به دیگری شود. در این موارد پسندیده نبود که خود قاضی مسئول پرداخت دیه‌ای باشد که بعضاً نیز علت اشتباه به او مربوط نبوده است.

در رابطه با مسئولیت قاضی به واسطه اقتضای این منصب و مصالح اجتماعی حاکم بر آن، قانون‌گذار تنها او را در موارد عمد و تقصیر ارادی ضامن دانسته و در ماده ۱۳ و ۴۸۶ ق.م.ا به پرداخت دیه توسط او تصریح کرده است و در موارد قصور(غیر ارادی و غیر قابل پیش بینی) و اشتباه، بیت المال و دولت را مسئول جبران می‌داند.

ب)دفاع در برابر مهاجم مجنون:

در مورد صدمات بدنی که طی دفاع مشروع به مهاجم وارد می‌شود، بنابر اصل اولیه با رعایت مراتب و شرایط دفاع، دیه ساقط است. پیشینه‌ی فقهی و روایات نیز حاکی از این می‌باشد.(وَ قَالَ: «أَيُّمَا رَجُلٍ عَدَا عَلى رَجُلٍ لِيَضْرِبَهُ، فَدَفَعَهُ عَنْ نَفْسه فَجَرَحَهُ أَوْ قَتَلَهُ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْه ». وَ قَالَ: «أَيُّمَا رَجُلٍ اطَّلَعَ عَلى قَوْمٍ فِي دَارِهِمْ لِيَنْظُرَ إِلى عَوْرَاتِهِمْ فَرَمَوْهُ فَفَقَؤُوا عَيْنَيْه أَوْ جَرَحُوهُ ، فَلَا دِيَةَ لَه.(کلینی، ۱۳۸۷، ج۱۴، ص۳۲۸)

إذا قصد إنسان غيره يريد نفسه أو ماله، فدفعه المقصود اليه عن نفسه، فادى الدفع له الى قتله، كان دمه هدرا.(ابن فهد حلی، ۱۴۰۷، ج۲، ص ۵۱۳)

در واقع خون مهاجم در این موارد هدر است و براساس قاعده‌ی "اقدام"، مهاجم بر علیه تمامیت جسمانی خود اقدام کرده و خود سبب ورود ضرر شده است؛ در نتیجه کسی بر او مسئول نیست؛ اما اصل ثانویه در حقوق اسلامی بابت مهاجم مجنون مسئولیت پرداخت دیه توسط بیت المال می‌باشد. مبنای پرداخت دیه در این مورد حمایتی است. باتوجه به تبصره ماده ۱۵۶ ق.م.ا باید توجه داشت در صورت عدم رعایت شرایط دفاع مشروع قصاص ساقط و دیه و ثابت می‌شود که در این مورد فرقی میان مهاجم عاقل و مجنون وجود ندارد. در فقه این مورد را تابع قاعده‌ی اصلی می‌دانند البته دیدگاه مقبول در قانون نیز توسط برخی از فقها ذکر شده است: لا يقتل العاقل بالمجنون و تثبت الديۀ على القاتل إن كان عمدا أو شبيها بالعمد و على العاقلۀ إن كان خطأ محضا و لو قصد العاقل دفعه كان هدرا (و فی روايۀ : ديته فی بيت المال) (محقق حلی، ۱۴۰۸، ص۲۱۰و۲۱۱).

ج) جنایات ناشی از وظایف قانونی مأمور:

ماده ۴۷۳ ق.م.ا و تبصره آن، مسئولیت پرداخت دیه را همان طور که گفته شد، بر مبنای مسئولیت ناشی از فعل غیر و در مورد تبصره بر اساس قاعده لایبطل قابل اثبات می‌باشد. باید توجه داشت که مهم ترین شرط در مسئولیت بیت المال، عدم عمد و تقصیر در حادثه است که از منطوق تبصره و ماده کاملاً مشخص است.

د) جنایات ناشی از اجرای مجازات تعزیری:

مطابق ماده ۴۸۵ ق.م.ا:«هرگاه محکوم به قصاص عضو یا تعزیر یا حد غیر مستوجب سلب حیات در اثر اجرای مجازات کشته شود یا صدمه، عمدی یا مستند به تقصیر باشد، مجری حکم، حسب مورد به قصاص یا دیه محکوم می‌شود. در غیر این صورت در مورد قصاص و حد، ضمان منتفی است و در تعزیرات دیه از بیت المال پرداخت می‌شود».

در این مورد مانند سایر موارد، تحقق مسئولیت بیت المال، به عدم تقصیر یا عمد مجری مجازات منوط می‌باشد. چه بسا توقف اجرای مجازات در ماده ۵۰۱ ق.آ.ک یا تأخیر در قصاص در مواد ۴۲۷، ۴۳۹، ۴۴۳ ق.م.ا برای جلوگیری از این نتیجه، مد نظر قانون گذار بوده است.

باید توجه داشت، میان فقها، در موارد سرایت هنگام اجرای حد و قصاص، ضمان را منتفی می‌دانند و خون فرد هدر محسوب می‌گردد؛ فقها در این زمینه استدلال می‌کنند که قصاص و اجرای حد امری جایز

می‌باشد و در صورت سرایت، متعاقب امر جایز، ضمان منتفی است؛ البته به فرض عدم عمد و تقصیر و عدم استناد به محکوم علیه. این قاعده، اجماعی و متفق القول در میان فقهاست. در این مورد، قاعده‌ی فقهی «لا دیه لمن قتله الحد» نیز اشاره شد که مستدات روایی نیز هم سو با منطوق ماده ۴۸۵ می‌باشد.

در این زمینه اخباری بیان شده که حائز اهمیت است: عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَّادٍ عَنِ الْحَلَبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: أَيُّمَا رَجُلٍ قَتَلَهُ الْحَدُّ وَ الْقِصَاصُ فَلَا دِيَةَ لَهُمْ _ما رَوَاهُ الْحَسَنُ بْنُ مَحْبُوبٍ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ صَالِحٍ الثَّوْرِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ كَانَ عَلِيٌّ عَلَيْهِ السَّلَامُ يَقُولُ: مَنْ ضَرَبْنَاهُ حَدّاً مِنْ حُدُودِ اللَّهِ فَمَاتَ فَلَا دِيَةَ لَهُ عَلَيْنَا وَ مَنْ ضَرَبْنَاهُ حَدّاً فِي شَيْءٍ مِنْ حُقُوقِ النَّاسِ فَمَاتَ فَإِنَّ دِيَتَهُ عَلَيْنَا (طوسی، ۱۳۶۳، ج۴، ص۲۷۸و۲۷۹)

نظر مشهور فقها در مورد سرایت اجرای حد و قصاص و حتی تعزیز، عدم پرداخت دیه است: من قتله الحد أو التعزیر فلا دیهٔ له و قیل تجب علی بیت المال و الأول مروی (شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج۴، ص۱۵۸) و إذا مات إنسان فی قصاص، أو حد، لم یکن فیه دیهٔ و لا قود. (ابن فهد حلی، ۱۴۰۷، ج۲، ص۵۱۴).

بنابراین؛ بنا به نظر مشهور، بیت المال مسئولیتی در مورد سرایت حد و قصاص و حتی تعزیرات ندارد؛ اما همان طور که شهید ثانی و صاحب شرائع الاسلام به عنوان دیدگاه غیر مشهور بیان داشتند امکان مسئولیت بیت المال وجود دارد. قانون مجازات اسلامی در مورد تعزیرات نظریه غیر مشهور فقهای امامیه را پذیرفته و شاید این نظر با عنایت به این است که موضوع مجازات، "تعزیرات" می‌باشد؛ لذا همواره تعزیرات متناسب با مصالح جامعه و حفظ نظم عمومی‌تشریع و تقنین می‌شود و این اختیار قانون گذار و اجرای مجازات نباید سبب تجاوز بی‌جا به محکوم علیه شود؛ پس ایجاد مسئولیت در این جا موجه به نظر می‌رسد تا در زمان حدوث چنین اتفاقاتی از محل بیت المال دیه پرداخت گردد.

ه) قتل در ازدحامات و اماکن عمومی و معلوم نبودن قاتل:

شرط اساسی در این موارد مشخص ومعلوم نبودن یا معین نبودن قاتل می‌باشد؛ در غیر این صورت مسئولیت با مسبب اصلی خواهد بود. روایات بسیار و پیشینه فقهی قوی و اجتماعی در این مورد وجود دارد و تفاوتی در نوع قتل در این مورد وجود ندارد و به هر حال بیت المال مسئول شناخته می‌شود. بررسی مستندات روایی و منابع فقهی خالی از لطف نیست:عن أبی عبد اللّه علیه السّلام ان أمیر المؤمنین علیه السّلام قال: من مات فی زحام الناس یوم الجمعهٔ أو یوم عرفهٔ أو علی جسر لا یعلمون من قتله، فدیته من بیت المال. (مقدس اردبیلی، ج۱۴، ص۱۸۷)

فلاهٔ لیس فیه ناس من قریهٔ و سکان بادیهٔ فلا لوث و لا یمکن الدعوی علی شخص، فدیته علی بیت المال فإنه لا یبطل دم امرئ مسلم فکأنه قتله المسلمون. (مقدس اردبیلی، ج۱۴، ص۱۸۷)

و من مات فی زحام علی جسر، أو علی عبور موضع، أو فی یوم عرفهٔ أو یوم جمعهٔ، أو ما أشبه ذلک من المواضع التی یزدحم الناس علیها و لا یعرف له قاتل و کان له ولی یطلب دیته، کان دیته، علی بیت المال،

فان لم یکن له ولی فلا دیهٔ له و إذا وجد قتیل فی معسکر أو سوق، و لم یعرف له قاتل، کانت دیته علی بیت المال(ابن فهد حلی، ۱۴۰۷، ج۲، ص۵۱۳و۵۱۴)

۲-۷. مسئولیت ثانویه

الف) معلوم و معین نشدن قاتل در قسامه:

اما زمانی که قسامه با تردید اقامه گردد یا درخواست قسامه از متهمین رد گردد و قاتل مشخص نشود بیت المال به عنوان آخرین راه پرداخت دیه ضامن خواهد بود. در ماده ۳۳۴ و ۳۳۵ ق.م.ا حالت های ایجاد چنین مسئولیتی بیان شده. در ماده ۴۷۷ ق.م.ا هم به طور کلی بیان شده است: «در موارد علم اجمالی به ارتکاب جنایت، توسط یک نفر از دونفر یا چند نفر معین ، در صورت وجود لوث در برخی از اطراف علم اجمالی، طبق مواد قسامه در این باب عمل می‌شود و در صورت عدم وجود لوث، صاحب حق می‌تواند از متهمان مطالبه سوگند کند که اگر همگی سوگند یاد کنند در خصوص دیه از بیت المال پرداخت می‌شود ودر غیر قتل، دیه به نسبت مساوی از متهمان دریافت می‌شود.

ب) وجود مصلحت در اجرای قصاص:

گاهی شیوه ارتکاب قتل یا شرایط آن به گونه ای است که اثرات جبران ناپذیری به وجدان اجتماعی می‌گذارد و چه بسا عدم قصاص باعث تجری مرتکبان در جامعه شود یا حتی عدالت نظام حقوقی را زیر سوال ببرد. در این موارد با وجود امکان قصاص، موانع دیگری مثل عدم تمکن پرداخت فاضل دیه یا در موارد شرکت، پرداخت سهم دیگر قاتلان ایجاد می‌گردد. در این صورت ولی مسلمین با در نظر گرفتن صلاح و مصلحت جامعه اسلامی ازمحل بیت المال مسلمین، فاضل دیه یا سهم دیگر قاتلان را می‌پردازد و قصاص را اجرا می‌کند.

ماده ۴۲۸ ق.م.ا در این باره بیان می دارد: «در مواردی که جنایت، نظم و امنیت عمومی‌را برهم زند یا احساسات عمومی‌را جریحه دار کند و مصلحت در اجرای قصاص باشد لکن خواهان قصاص تمکن از پرداخت فاضل دیه یا سهم دیگر صاحبان حق قصاص رانداشته باشد،با درخواست دادستان ورئیس قوه قضاییه ، مقدار مذکور از بیت المال پرداخت می‌شود».

ج) فقدان مسئولین یا عدم تمکن آنها برای پرداخت دیه:

۱. جنایات عمدی:

طبق ماده ۴۳۵ در جنایات عمدی پرداخت دیه بعد از گذر سه مرحله: ۱.خود مرتکب ۲.اموال او ۳.عاقله مرتکب، نوبت به بیت المال می‌رسد. البته باید توجه داشت که در غیر قتل یعنی مادون نفس عاقله مسئولیتی ندارد و خود بیت المال مسئول است.

فإن مات أو هرب أو قتل، قیل فی النهایهٔ و غیرها: اُخذت من الأقرب إلیه ممّن یرث دیته، فإن لم یکن فمن بیت المال و لعلّ المراد إذا لم یکن له ترکهٔ. و لو فقدت العاقلهٔ أو کانوا فقراء أو عجزوا فی أثناء الحول عن الدیهٔ اخذت من مال الجانی، فإن لم یکن له مال فعلی الإمام من بیت ماله.(فاضل هندی، ۱۴۱۶، ج۱۱، ص۵۱۸)

۲. شبه عمد:

در صورت عدم پرداخت دیه به هر علتی توسط مرتکب، دیه از اموال وی اخذ می‌گردد و اگر مالی در دسترس نباشد بیت المال دیه را جبران خواهد کرد. ماده ۴۷۴ق.م.ا:«در جنایت شبه عمدی در صورتی که به دلیل مرگ یا فرار به مرتکب دسترسی نباشد، دیه از اموال او پرداخت می‌شود.»

۳. خطای محض:

در صورتی که جنایتِ خطای محض با اقرار، قسامه و یا نکول از سوگند ثابت شود(مسئولیت پرداخت با جانی باشد) مانند جنایات شبه عمدی، در صورت متواری بودن، مرگ یا فرار مرتکب از اموال او در صورت فقدان از محل بیت المال جبران خواهد شد. مطابق مفهوم ماده ۴۷۵ ق.م.ا باید توجه داشت که جنایات خطایی فرد ایرانی از اقلیت های مذهبی نیز در صورت عدم پرداخت دیه در زمان مقرر شده، توسط دولت از محل بیت المال پرداخت می‌گردد. به عبارت دیگر اقلیت های دینی عاقله ندارند. «۴۷۱ق.م.ا: «هرگاه فرد ایرانی از اقلیت های دینی شناخته شده در قانون اساسی که در ایران زندگی می‌کند ، مرتکب جنایت خطای محض گردد، شخصاً عهده دار پرداخت دیه است؛ لکن در صورتی که توان پرداخت دیه را نداشته باشد، به او مهلت مناسب داده می‌شود و اگر با مهلت مناسب نیز قادر به پرداخت نباشد، معادل دیه توسط دولت پرداخت می‌شود».

در مواردی که عاقله مسئول جبران دیه است(اثبات جنایت خطای محض با بینه، علم قاضی و قسامه و همچنین موارد جنایات مجنون و صغیر) در صورت فقدان عاقله ویا عدم تمکن مالی او، ابتدا دیه توسط مرتکب و در صورت عدم تمکن او، از بیت المال پرداخت خواهد شد.

و من قتل خطأ و لم تکن له عاقلة تؤدی عنه الدیة أداها هو من ماله فإن لم یکن له مال و لا حیلة فیه أداها عنه السلطان من بیت المال(شیخ مفید، ۱۴۱۰، ص۷۴۳).

باید توجه داشت چون عاقله مسئول جبران خسارات کمتر از موضحه نیست(۴۶۷ق.م.ا) و مسئولیت بیت المال جایگزین عاقله می‌باشد؛ نباید بیت المال را در مورد کمتر از موضحه مسئول دانست.

۸. نتیجه‌گیری

بیت المال یک نهاد عمومی و بنیادی در نظام حقوق اسلامی است که وظایف بسیاری را برعهده دارد. بر اساس دو قاعده فقهی "من له الغنم فعلیه الغرم" و "الضمان بالخراج"، بیت المال به سبب سود و نفع بری از افراد جامعه اسلامی، مسئول جبران خسارات نیز می باشد و در حوزه‌ی خسارات جسمی با قاعده‌ی فقهی "لایبطل" بر لزوم جبران آن به صورت دیه تاکید دو چندان شده است؛ اما چون مسئولیت پرداخت دیه خلاف اصل شخصی بودن مجازات هاست و همسو با اصل برائت و از جهتی باید صلاحیت آن به عنوان یک نهاد فقه حکومتی و حقوق عمومی مشخص باشد؛ بنابراین در بحث مسئولیت آن، باید به نصوص قانونی بسنده کرد.

برای درک بهتر گستره این مسئولیت می‌توان تقسیم بندی زیر را ارائه داد:

بیت المال گاهی بالاصاله و مستقیما مسؤل پرداخت دیه می باشد؛ در واقع بدون هیچ قید و شرطی خون‌بها توسط بیت المال پرداخته می‌شود.

گاهی با فرض عدم وجود مسئول اصلیِ جنایت و عدم امکان تعیین و تشخیص مرتکب به واسطه ی علل خاص، بیت المال بر اساس مبانی مذکور مسئول جبران دیه می‌باشد.

با وجود مسئولیت این نهاد در پرداخت دیه، تضییق آن به موارد مصرح قانونی بدون مصلحت اندیشی اجتماعی می‌تواند آثار ناگواری را در پی داشته باشد که نمونه بارز آن سکوت قانونگذار در مورد جنایات مادون نفس می باشد که به زعم قانونگذ؛ گویا آن چنان اهمیتی ندارد.

منابع

قرآن کریم.

۱. ابن فهد حلی، احمد بن محمد(۱۴۰۷). ***المهذب***، قم، جماعة المدرسین فی الحوزة العلمیه قم-موسسه النشرالاسلامی.

۲. انصاری، محمد علی(بی تا). ***الموسوعة الفقهیة المیسرة***، قم، مجمع الفکر الإسلامی.

۳. آیتی، محمد رضا؛ امینی، علیرضا(۱۳۹۳). ***تحریر الروضه فی شرح اللمعه***، قم، مرکز تحقیق و توسعه علوم انسانی- موسسه فرهنگی طاها.

۴. باقری، احمد؛ چترچی، نوشین؛ قراملکی، علی‌مظهر؛ و هدائی، علیرضا(۱۳۸۹). تغلیظ دیه و مسئولیت بیت المال. ***مجلهٔ فقه و مبانی حقوق اسلامی***، شمارهٔ دوم.

۵. بای، حسینعلی(۱۳۸۳). قلمرو مسئولیت بیت‌المال در پرداخت دیه. ***فقه و حقوق***، شماره سوم.

۶. جعفری لنگرودی،محمد جعفر(۱۳۴۶). ***ترمینولوژی علم حقوق***، تهران، انتشارات ابن سینا.

۷. حرعاملی، محمدبن حسن(۱۴۱۶). ***وسائل الشیعه***، قم، موسسه آل بیت لاحیا التراث.

۸. خردمندی، سعید(۱۳۹۷). قاعده الضمان بالخراج و قواعد مشابه. ***فقه مقارن***، شماره یازدهم.

۹. خمینی، روح الله(۱۳۹۲)، ***تحریرالوسیله***، تهران، موسسه تنظیم ونشرآثارالامام الخمینی(ره).

۱۰. شیخ مفید، محمدبن محمد(۱۴۱۰). ***المقنع***، قم، جماعة المدرسین فی الحوزة العلمیه قم- موسسه النشراسلامی.

۱۱. طوسی، محمدبن حسن(۱۳۶۳). ***الاستبصار***، تهران، دارالکتب الاسلامیة.

۱۲. علوی قزوینی، سید علی؛ و مسعودیان زاده، ذبیح الله(۱۳۹۳). قاعده من له الغنم فعلیه الغرم. ***اندیشه های حقوقی***،شماره یکم.

۱۳. فاضل هندی، محمدبن حسن (۱۴۱۶). ***کشف اللثام عن قواعد الاحکام***، قم، جماعة المدرسین فی الحوزة العلمیه قم-موسسه نشر اسلامی.

۱۴. فخرالمحققین، محمدبن حسن(۱۴۱۶). ***ایضاح الفوائد***، قم، اسماعیلیان.

۱۵. کاتوزیان، ناصر(۱۳۸۵). ***وقایع حقوقی***، تهران، شرکت سهامی انتشار.

۱۶. کلینی، محمدبن یعقوب(۱۳۸۷). ***الکافی***، قم، موسسه علمی‌فرهنگی دارالحدیث-سازمان چاپ و نشر.

۱۷. محقق حلی، ابوالقاسم جعفر بن حسن(۱۴۰۸). ***شرائع الاسلام***، قم، اسماعیلیان.

۱۸. مصطفوی،محمد کاظم(۱۴۲۱). ***القواعد الفقهیه (مصطفوی)***، قم، جماعۀ المدرسین فی الحوزه العلمیه قم موسسه نشراسلامی.

۱۹. مقدس اردبیلی، احمدبن محمد(بی تا). **مجمع فائدۀ و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان**، قم، جماعۀ المدرسین فی الحوزۀ العلمیه قم- موسسه نشر اسلامی.

۲۰. میر محمد صادقی،حسین(۱۳۹۷). ***جرائم علیه اشخاص***، تهران، میزان.

۲۱. نجفی، محمد حسن(۱۴۰۴). ***الجواهر الکلام***، بیروت لبنان، داراحیاء التراث العربی.

۲۲. هاشمی شاهرودی، محمود(۱۴۲۴). ***المعجم فقهی لکتب الشیخ الطوسی طبقاً لمذهب اهل البیت علیهم السلام***، قم، موسسه دائرۀ المعارف فقه اسلامی‌به مذهب اهل بیت(ع).

۲۳. هاشمی‌شاهرودی،محمود(۱۳۸۲). ***فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام***، قم، مؤسسه دائرۀ المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم السلام).

فقه پویا
شماره سوم
صص ۱۰۴-۸۴

خسارت عدم نفع از منظر فقهی

عبدالله رحیمی جاوید [۱]

چکیده

مقاله حاضر ذیل موضوع پر بحث و اهمیت «عدم النفع» می‌باشد، پرسش اصلی در این مقاله این است که فقیهان در مواجهه با این رویداد چه حکمی دارند و این حکم براساس کدام مبانی صادر شده است. برخی فقها با رویکردی عملگرا و اتکای به عرف، بر این باور هستند که ممانعت از تحصیل سود دیگران، مصداق ایراد خسارت به غیر و موجب مسئولیت فاعل خسارت است؛ آنان با بیان شرایطی برای خسارت قابل جبران، دقیقاً معلوم کرده‌اند دامنه و قلمرو خسارت قابل مطالبه کدام است؛ اما برخی فقیهان با رویکردی نظری و ذهن‌گرا با این مساله روبرو شده‌اند، با این حال به نظر می‌رسد بر خلاف آنچه شهرت یافته، مشهور فقها در کلیت موضوع با یکدیگر هم عقیده بوده و جلوگیری از سود بردن دیگران را موجب ضمان می‌دانند. شاهد بر این ادعا، ادله متعددی است که از آراء و اقوال ایشان استنباط می‌گردد؛ ولی در دو مورد فقیهان از حکم «عدم‌النفع» خودداری کرده‌اند: یکی جلوگیری از کارکردن انسان حر و دیگری ممانعت از فروش کالا و کاهش بهای آن در طول زمان ممانعت؛ لذا در نهایت می‌توان به تقریب دیدگاه فقها در این زمینه امیدوار بود و بر این مبنا در جهت اصلاح قوانین مربوطه همت گماشت.

واژگان کلیدی: عدم النفع،خسارت، مال، ملک، ضرر آینده.

---

۱ دانش آموخته سطح چهار حوزه علمیه

رایانامه: **rahimijavid166@gmail.com**

۱. مقدمه

از مطالعه منابع فقهی می‌توان نتیجه گرفت هرچند اصطلاح "عدم النفع" تا دو یا سه دهه اخیر، در کتب فقها دیده نشده اما مفهوم آن با تعابیر دیگری در آثار فقهی به چشم می‌خورد؛ مانند فوت منفعت، تفویت منفعت، استیفای منفعت و عدم اکتساب ومنع از نفع. و همانطور که می‌دانیم بحث عدم النفع از بحث های فرعی کتاب غصب در فقه می‌باشد.

برای پی بردن به قول حق در مساله خسارت عدم النفع ابتدا باید چیستی و ماهیت خسارت را بیان کنیم و بگوییم که روایات (من اتلف مال الغیر فهو له ضامن) و دلیل عقلی (من له الغنم فعلیه الغرم)بر مسئول بودن شخص نسبت به خسارت وارده حکم می‌کنند و این مسئولیت به معنای التزام شخص به پاسخگویی در برابر اعمال و رفتارش در قبال مردم است. معیار تشخیص مسئولیت، همانا تجلی خارجی اعمال و رفتاری است که موجب ورود ضرر و زیان به دیگری می‌شود؛ بنابراین مسئولیت در مفهوم کلی به معنای تعهد شخص به رفع ضرری است که به دیگری وارد کرده است.

و در حقوق اسلام به جای واژه «مسئولیت» از «ضمان» و «تضمین» استفاده می‌شود. ضمان به معنای ثبوت اعتبار چیزی بر ذمه کسی، به حکم شارع است و هدف اصلی آن، جبران زیان های وارد شده و برقراری قسط و عدالت اسلامی می‌باشد.

۲. مفهوم خسارت

الف:در لغت

واژه خسارت در کتب لغت عربی(ابن منظور، ۱۴۱۴، ج۴، ص۲۳۸) به معنی وارد کردن نقص است؛ مانند قول خداوند متعال:«اذا کالوهم او وزنوهم یخسرون- مطففین ،آیه۳» و همچنین در سایر کتب لغت عربی(طباطبایی، ۱۳۵۸، ج۱، ص۹۵) واژه خسارت به فتح «خا» در کنار واژه خسران به ضم «خا» معنای ضد ربح و ضرر ، زیان و تلف ، آسیب و هلاکت آمده است.

ب: در اصطلاح

واژه خسارت در اصطلاح فقه و حقوق به دو معنا به کار رفته است: معنای نخست عبارت است از مالی که باید از طرف کسی که باعث ایراد ضرر به دیگری شده، به متضرر داده شود، و در معنای دوم، زیان وارد شده را هم خسارت می‌گویند. برای صدق مفهوم خسارت، باید تجاوز به مال به صورت مستقیم و یا غیر مستقیم صورت گرفته باشد؛ در این صورت تخلف از مقررات جاری یا عرف کشور شرط تکلیف به جبران خسارت است؛ مثل این که کسی قراردادی منعقد کند و در انجام تعهد خود تاخیر کند(لنگرودی، ۱۳۷۲، ج،۱ ص ۳۶).

۳. ارکان و شرایط جبران خسارت

بنای قانون گذاران و عقل خردمندان بر این است که هیچ ضرری، جبران نشده نباید باقی بماند. این قاعده آن قدر دارای اهمیت است که لزوم جبران ضرر از اصول و مبانی حقوق اشخاص شمرده می‌شود؛ لذا نه

تنها حقوق، بلکه عقل عقلا از اقدامی که هدف یا اثر آن اضرار به دیگری است حمایت نمی‌کند و عقل به دنبال تدبیری است که با برقراری نظم، هیچ کس مزاحم آزادی و حقوق دیگران نشود.

برای تحقق مسئولیت جبران خسارت در همه حال(چه ریشه قراردادی داشته باشد یا نداشته باشد) وجود سه عنصر ضرورت دارد، که عبارتند از: وجود ضرر،فعل زیان بار و رابطه سببیت میان آن دو که در ادامه به اختصار هر یک از این عناصر را بررسی می‌کنیم.

الف: ضرر

در مفهوم خسارت در اصطلاح فقه، گفتیم ضرر و زیان وارد شده را خسارت گویند.

بر اساس تعریف فقه در خسارت، ضرر یکی از ارکان خسارت برشمرده شد و بدیهی است برای تحقق مسئولیت جبران خسارت باید ضرری وارد شده باشد.اما در مفهوم ضرر و قلمرو این مفهوم و شمول آن نسبت به هرگونه خسارتی، تفاوت های به چشم می‌خورد که عرف به عنوان شاخصی تعیین کننده در بسیاری موارد این موضوع، رفع ابهام می‌کند.

ب: تقصیر

۴. شناخت مفهوم تقصیر

تقصیر در لغت از ماده قصر گرفته شده است و قصر به معنی توانی فیه است و منظور از توانی پیش آمد یک فطرتی است در انجام عمل(ا بن سعید شمس العلوم، ۱۴۲۰، ج۸، ص۵۵۳۲). درباره تعریف تقصیر، اختلاف و گفتگو زیاد است اما بهترین و جامع ترین تعریف که ایرادات سایر تعریفات را ندارد عبارت است از تجاوز از رفتاری که انسان متعارف در همان شرایط وقوع حادثه دارد (کاتوزیان ،الزامات خارج از قرار داد، ، چاپ دوم انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۴،ص۹۵و۱۰۷) و برای تمییز تقصیر باید کاری را که انجام شده با رفتار انسان عادی یعنی انسان متعارف و سالم و محتاط مقایسه کرد منهتا به صورت نوعی و با توجه به شرایطی که حادثه در آن رخ داده است.

در مسئولیت مدنی هدف این است که زیان های نامشروع جبران شود و آثار کارهای ناشایست از میان برود؛ لذا باید توجه کرد کاری که از فاعل خسارت سرزده با رفتار انسان معمول و یا متعارفی که معیار تمییز خطاست تعارض دارد یا با آن موافق است.

ج: رابطه سببیت

رابطه سببیت بین عامل ضرر و فعل زیان بار، عنصر سوم مسئولیت جبران خسارت ها به شمار می آید، علاوه بر اثبات ورود ضرر به زیان دیده و همچنین ارتکاب وقوع فعلی از طرف خوانده (فعل زیان بار ناشی از تقصیر)یا کسانی که مسئولیت اعمال آن ها با اوست، باید احراز شود که بین دو عامل ضرر و فعل زیان بار رابطه سببیت وجود دارد؛ یعنی ضرر از آن فعل ناشی شده است.

مفهوم سبب: در متون فقهی برای تمییز سبب بدین نحو بیان شده است: فعلی است که اگر انجام نمی‌شد، خسارت به بار نمی‌آمد(نجفی، ۱۴۲۱، ج۳۷، ص۴۶ ؛ عاملی، ۱۳۲۳، ج ۶ ، ص ۲۲۶ ؛ طباطبایی، ۱۴۱۸،

ج۸ ، ص۳۳۳)، این نشانه گمراه کننده و موجب اختلاط شرط و سبب واقعی و متعارف است؛ زیرا درست است که شرط مانند سبب، لازمه وقوع خسارت است، به گونه ای که اگر رخ نمی‌داد خسارت نیز به بار نمی‌آمد؛ ولی در جهت عکس آن همگونی شرط و سبب بر هم می‌خورد و تفاوت ها ظاهر می‌شود، به این که وجود شرط ملازمه با ورود ضرر ندارد، در حالی که این ملازمه (هر چند عرفی) میان سبب و ضرر به چشم می‌خورد؛ به بیان دیگر میان سبب و ضرر رابطه عرفی بر مبنای حساب احتمال ها احساس می‌شود در حالی که میان شرط و ضرر چنین رابطه ای نیست و به همین دلیل در فلسفه گفته می‌شود شرط امری است که از عدمش عدم لازم می آید.

نتیجه تحقیقات پیرامون مسئولیت جبران خسارت این است که هیچ نظریه علمی و فلسفی نمی‌تواند به طور قاطع، حاکم بر مسائل گوناگون در رابطه سببیت باشد و آنچه اهمیت دارد این است که کسی مسئول قرار گیرد که بین کار او و ایجاد ضرر رابطه سببیت عرفی موجود باشد، چنان که بتوان گفت بین آن دو ملازمه عرفی وجود دارد و همین که چنین رابطه ای احراز شد، عامل آن باید مسئول قرار گیرد.

۵. منابع ومستندات جبران خسارت

منابع مسئولیت جبران خسارت عبارتند از: قواعد فقهی که از عمومیت برخوردار هستند و شامل کلیه مصادیق جبران خسارت می‌باشند. این منابع و مستندات به صورت عملی هستند و صرفا به عنوان تئوری مطرح نمی‌شوند. از جمله این مستندات لاضرر، قاعده اتلاف، قاعده تسبیب، قاعده علی الید، قاعده احترام، قاعده تعدی و تفریط، قاعده غرور و قاعده بناء عقلا می‌باشد.

الف. قاعده لاضرر: از مشهورترین قواعد فقهی است و در بیشتر ابواب عبادی و معاملی فقه، به این قاعده استناد شده است؛ لذا مستقلا مورد بحث و گفتگوی بسیاری از علما قرار گرفته و به تفصیل پیرامون مدارک، مستندات، مفهوم و واژه های قاعده و قلمرو و نتایج قاعده تحقیق به عمل آورده‌اند.

برخی از فقها(یزدی طباطبایی، ۱۴۱۴، ج۲، ص۷۵ ؛ شریعت اصفهانی، ۱۴۰۹، ص۲۴و۲۵ ؛ انصاری، ۱۴۱۵، ص۳۷۳) قول دومِ این قاعده را به خوبی پذیرفته‌اند و آن را ملاک بسیاری از فروع فقهی قرار داده‌اند. از جمله این فروع لزوم جبران خسارت می‌باشد که از قاعده لا ضرر، لزوم جبران خسارت را در موردی که هیچ مدرک دیگری بر آن وجود ندارد، استنباط کرده‌اند: اعم از این که ضرر وارد شده ناشی از تقصیر باشد یا خطای محض.

در مفهوم قاعده لاضرر بین فقهای اسلامی اختلاف نظر وجود دارد. این نظریات به صورت دو گروه معرفی شده اند واین معرفی بر اساس نتایج نظریات بوده است؛ اما پیرامون مفهوم این قاعده بر اساس اختلاف در مفاهیم واژه های آن، شش نظریه وجود دارد که نکته قابل توجه در این نظریات این است که برخی ازآن ها در قاعده لا ضرر مدرک و مستند جبران خسارت محسوب می شوند و طبق برخی دیگر از آن ها قاعده لاضرر صرفا بازدارنده از ضرر است ولی لزوم جبران آن را نمی‌رساند.

ب. قاعده اتلاف: یکی از قواعد فقهی مشهور در باب ضمان، قاعده اتلاف می‌باشد. ثبوت این قاعده نزد همه فقهای اسلامی به اندازه ای مسلم است که نیاز به تفحص و بحث پیرامون مدرک آن نمی‌بینند و چه بسا عقلانیت قاعده را قبل از شرعیت آن پذیرفته اند(مکارم شیرازی، ۱۳۶۸، ج۲، ص۱۹۳).

در این که این قاعده منبعی برای اثبات لزوم جبران خسارت می‌باشد هیچ گونه تردیدی وجود ندارد؛ منتها در قلمرو اجرای این قاعده اختلاف نظرهای دیده می‌شود؛ اما با این وجود همه پذیرفته‌اند که مقصود از مال در این جا، صرف اعیان خارجی نیست؛ بلکه شامل منافع نیز می‌شود، خواه آن منفعت مربوط به مال یا انسان یا حیوان باشد. مدارک و مستندات قاعده از گستردگی برخوردار است و شامل همه موارد می‌شود، از جمله آیه شریفه:«من اعتدی علیکم فاعتدوا علیه بمثل ما اعتدی علیکم- بقره آیه۱۱۴» هرکس شما را مورد تعدی و تجاوز قرار داد مثل آنچه با شما کرد را با ایشان انجام دهید.

آیه فوق مقابله به مثل کردن را مشروعیت نمی بخشد و گرنه به موجب آن باید شخصی که مالش اتلاف گردیده باید مثل آن مال را از اموال متلف، تلف کند و اموال متلف را مورد تعدی و تجاوز قرار دهد؛ در حالی که چنین نتیجه ای معقول نیست؛ لذا منظور جبران مثل آنچه که تلف شده می‌باشد و اصطیادی بودن متن قاعده، خدشه ای به این عمومیت و گسترش وارد نمی‌کند و از طرفی اجرای این قاعده عمومیت دارد و نیازی به قصد و تقصیر ندارد؛ زیرا حتی اگر شخصی در خواب مال دیگری را تلف کند، مسئول جبران خسارت وارده می‌باشد. ولی این این قاعده منحصراً در ارتباط با مباشر تلف قابلیت اجرا دارد و در مواقعی که شخص، غیر مستقیم مالی را تلف کند و به دیگری خسارت وارد کند، از راه قاعده دیگری به نام "تسبیب" ملزم به جبران خسارت می‌شود؛ لذا این پرسش مطرح می‌شود که در چه مورد، تلف کننده را باید مباشر تلف دانست؟ در پاسخ گفته شده است باید در نظر عرف بین تلف و کار مباشر رابطه علیت مستقیم باشد،چنان که بتوان گفت بر حسب خصوصیات مورد، تلف از لوازم کار است(رشتی، ۱۳۱۶، ص۳۰).

ج. قاعده تسبیب: در صورتی که شخص مالی را به طور مستقیم تلف نکند، ولی برای تلف کردن سبب سازی و مقدمه چینی کند، کار او را اتلاف به سبب گویند و ضامن خسارتی است که از این راه به بار آمده. قاعده تسبیب در ذیل قاعده اتلاف و به عنوان یکی از اقسام آن مطرح است.

د. ضمان ید و قاعده غصب: این قاعده به عنوان قاعده «علی الید» یا ضمان ید شناخته شده و بر اساس روایت نبوی، هرکس بر مال دیگری مستولی شود ضامن تلف و نقص است؛ البته میان قاعده غصب و ضمان ید تفاوت هایی وجود دارد(نوری طبرسی، ۱۴۰۹، ج۳، ص۱۴۵) که در بحث ضمان توضیح خواهیم داد.

در قلمرو مفاد این قاعده اختلاف شده است که آیا مقصود صرفا بیان حکم تکلیفی وجوب رد عین مال مغصوب است و یا در بر دارنده حکم وضعی؛ یعنی همان ضمان جبران خسارت می‌باشد؟ برخی از فقها در جواب فرموده‌اند: این قاعده صرف حفظ مال و رد آن به مالک را تا زمانی که عین مال موجود است، را

بیان می‌کند؛ ولی بیانگر وضعیت بعد از تلف یا اتلاف آن نمی‌باشد؛ در این صورت این قاعده به عنوان منبع برای جبران خسارت نمی‌باشد؛ ولی آنچه شهرت یافته غیر از این است و سیاق عبارت حدیث به خوبی نشان می‌دهد که مسئولیت جبران خسارت تا زمانی که به مالک برگردانده نشده است، به عهده غاصب قرار می‌گیرد؛ بنابراین «علی» در این جمله مفید معنای الزام متعهد بوده است و مقصود از «ید» استیلای بر مال غیر با عدوان یا بدون اذن است، پس به صرف ممانعت یا مزاحمت بدون استیلای کامل بر مال عنوان غصب صادق نیست.

در تحقق این مسئولیت جبران خسارت علم و جهل متصرف تاثیری ندارد پس اگر کسی ملک دیگری را مال خود بپندارد و در آن تصرف کند و یا بر اثر عقد فاسد بر مال دیگری مسلط شود ضامن است و جهل او به منشا ملکیت یا فساد، مسئولیت جبران خسارت را از بین نمی‌برد؛ بنابراین در تحقق این ضمان نسبت به جبران تلف مال نه تنها تقصیر سهمی ندارد بلکه رابطه علیت مادی بین فعل متصرف و تلف نیز ضروری نیست، به همین جهت اثبات این امر که تلف مال در اثر قوه قاهره بوده از بار مسئولیت شخص نمی‌کاهد.

ه. قاعده تعدی وتفریط: در صورت تعدی وتفریط، امین مسئول تلف یا نقص مال مورد امانت است؛ زیرا عدم تعدی و تفریط در حقیقتِ امانت نهفته است و در صورت تعدی و تفریط آن شخص خیانتکار محسوب می‌شود.

فقها(بجنوردی، ۱۴۱۹، ج۲، ص۷) این قاعده را ادامه قاعده علی الید می‌دانند، با این بیان که قاعده علی الید با قاعده استیمان تخصیص می خورد و ید امانی از تحت قاعده علی الید خارج شده است و در صورت تلف مال عاریه‌ای، شخص متصرف(مستاجر) ضامن نمی‌باشد. منتها در صورت خیانت به موجب قاعده علی الید ضامن می‌باشد بر خلاف امین که در مورد نقص یا تلف ضامن نمی‌باشد مشروط بر عدم تعدی و تفریط،چون تعدی و تفریط نه تنها صفت امانت بلکه تمام موانع اجرای قاعده علی الید را از بین می‌برد.

مفهوم تعدی و تفریط: تعدی عبارت است از انجام کاری که باید از آن پرهیز کرد، مانند این که مستاجر حیوان، بیش از مسافت مقرر بین مستاجر و مالک، سوار بر حیوان شود یا بار اضافی بر حیوان بگذارد و یا بیش از مقدار متعارف از نیروی حیوان بهره‌وری کند و تفریط ترک فعلی است که باید به موجب قرارداد به صورت متعارف انجام شود مثلا از علف دادن و آب دادن به حیوان خودداری کند، یا در حفظ و نگه داری حیوان کوتاهی کند و مال ضایع گردد. طبیعی است که در این موارد امین بر خلاف تعهد عمل کرده و به همین خاطر در صورت تلف شدن حیوان شخص امین ضامن است.

۶. پیشینه بحث و منابع فقهی عدم النفع

در نظام حقوقی اسلام، در بدو ظهور هنگامی که سایر نظام های حقوقی یا وجود نداشته‌اند یا خیلی بدوی فکر می‌کردند، به لزوم جبران هرگونه خسارتی اهتمام داشت؛ حتی نسبت به مسائلی که نظام های حقوقی دیگر در سده های اخیر توجه نموده‌اند، توجه داشت. تاریخچه قاعده(لا ضرر) و اطلاق این قاعده مبنی بر این که هیچ گونه ضرر و زیانی نباید وجود داشته باشد و پذیرفته نیست با متن بسیار گویا مطرح گردیده

است. هرچند گاهی برداشت های از این قاعده موجب کاهش ارزش واقعی و والای آن شده است.در متون فقهی از دیر باز با بیان مثال های به مساله عدم النفع در غصب، قاعده لاضرر، مقبوض به عقد فاسد، اجاره، قاعده اتلاف و تسبیب و همچنین در دیات پرداخته شده است و فقها تحت عناوین دیگری که عدم النفع زیر مجموعه آن قرار گرفته به آن پرداخته‌اند به طور مثال در مبحث غصب در ادوار فقهی یا کتب قواعد فقهیه درباره این موضوع که آیا غصب بر حبس انسان حر اعم از صنعتگر و کسوب یا غیر کسوب، اجیر یا غیر اجیر و بر منافع شخص محبوس صدق می‌کند یا خیر بحث کرده‌اند.

در این بخش در فصل اول به پیشینه عدم النفع و منابع عدم نفع در حقوق اسلام پرداخته ایم و در فصل دوم به نظریات فقها پیرامون عدم النفع پرداخته‌ایم.

الف: ممانعت از قعود بر بساط یا ممانعت از فروش کالا و کاهش قیمت کالا در بازار

در صورتی که شخصی مانع از کسب دیگری شود، در کتب فقهی(مثال متناسب با آن زمان ممانعت از نشستن شخص بر بساط کسب و ممانعت از فروختن متاعش بوده است و امروزه به جای این مثال ممانعت از باز کردن مغازه و کسب روزانه یا ممانعت از خارج شدن کامیون از گاراژ برای کسب روزانه و ممانعت دیگران از انجام کسب که بدنبالش قیمت متاع در بازار کاهش پیدا می کند)مصداق بارز عدم النفع می‌باشد؛ زیرا با جلوگیری از تحصیل منفعت، محروم کردن شخص از منفعت مورد انتظار می‌باشد مثال فوق تقریبا در تمام کتب فقهی و در مبحث غصب مطرح است و در مورد غاصب نبودن مانع اختلافی نیست منتها در مورد ضامن بودن یا ضامن نبودن مانع، اختلاف نظر وجود دارد.

۱. از نظر برخی فقها(عاملی، ۱۳۲۳، ج۶، ص۲۰۸ ؛ خوانساری، ۱۴۰۵، ج۵، ص ۱۹۰ ؛ جبلی، ۱۴۱۳، ج۱۲، ص۱۴۹)، عدم غصب ملازمه‌ای با عدم ضمان ندارد و می‌توان به استناد سایر موجبات ضمان از جمله اتلاف و تسبیب و لاضرر مانع را ضامن و مسئول جبران خسارت وارده به زیان دیده دانست؛ البته باید توجه داشت در صورت احراز کلیه ارکان مسئولیت از جمله ورود ضرر، رابطه سببیت و فعل زیان بار و ویژگی های هریک از این ارکان خصوصا مسلم بودن ضرر و مستقیم بودن، مانع مسئول شناخته می‌شود؛ اما کسانی که ضمان را نپذیرفته‌اند(امام خیمنی ره، ۱۳۹۸، ج۲، ص۱۷۳و۱۷۴ ؛ نجفی، ۱۴۲۱، ج۳۷، ص۱۴و۱۵) در حقیقت در وجود ارکان خسارت، یعنی وجود ضرر مسلم و محقق و یا مالیت آنچه از دست رفته یا وجود رابطه سببیت مستقیم، تردید داشته اند.

۲. بدیهی است با تردید در هریک از ارکان مسئولیت و یا تردید در هریک از ویژگی های آن ارکان، مسئول شناختن ممانعت کننده بی مورد و بی جاست؛ لذا می‌توان نزاع بین دوگروه را نزاعی صغروی دانست.حتی برخی(انصاری، ۱۴۱۱، ص۳۷۳) با پذیرفتن ضرر و مسلم بودن عدم النفع و وجود رابطه سببیت مستقیم در این مثال، آن را مشمول قاعده لاضرر ندانسته‌اند؛ چون به نظر ایشان قاعده لاضرر صرفا نفی حکم موجود را می‌کند در حالی که این احتمال هم داده‌اند(محقق داماد، ۱۳۷۳، ص۱۶۷ ؛ مکارم شیرازی، ۱۳۶۸، ج۱، ص۸۷) که می‌توان حکم موجود را برائت شخص مانع دانست و با لاضرر آن را نفی نمود.

آنچه مهم است تصدیق وجود ضرر مسلم توسط عرف و احراز رابطه سببیت عرفی برای اثبات لزوم جبران خسارت، ضروری می‌باشد.

ب: نشستن بر بساط غیر و ممانعت از فروش کالا

در این مصداق، برخلاف مصداق قبلی، غصب به مفهوم اثبات ید جارحه صدق می‌کند؛ لذا در متون فقهی(نجفی، ۱۴۲۱، ج۳۷، ص۱۷ ؛ محقق حلی، ۱۳۸۹، ج۳، ص۲۳۵) این نمونه مشمول قاعده غصب شمرده شده است و شخصی که بر روی بساط دیگری بنشیند غاصب محسوب می‌شود و غاصب ضامن کلیه منافع مستوفاۀ و غیر مستوفاۀ می‌باشد، هرچند در همین مورد با ضامن بودن غاصب نسبت به تنزل قیمت سوقیه مال مغصوب به طور کلی مخالفت شده است(امام خیمنی ره، ۱۳۹۸، ج۲، ص۱۸۰) منتها در این مورد با سایر اموال مغصوب که مالک شغلش فروشندگی نبوده و قصدش از داشتن آن کالا تجارت و فروش و سود آوری نبوده است فرق می‌کند.

منفعت این مال در بساط یک فروشنده، استفاده شخصی و استیفای آن و اجرت المثل آن نیست؛ بلکه سودی است که از فروش آن عایدش می‌شده است. وجود کالا بر بساط چنین شخصی حاکی از به معرض فروش گذشتن آن است و در صورت عدم ممانعت و غصب بساط، آن کالا را می‌فروخته و حداقل قیمت بازار آن روز، آیدش می‌شده و احتمال هم دارد که خریداری نباشد و کالا به فروش نرود؛ ولی باید دید کدامیک قوی تر است و به طرف قوی اعتماد کرد نه به احتمالات ضعیف. در این موارد باید کلیه شرایط سنجیده شود و هر موردی بر حسب شرایط خودش لحاظ شود و در صورت قطعی و یقینی بودن معامله و فروش متاع در آن روز و حصول سود بازار آن روز ،غاصب مسئول جبران خسارت تنزل قیمت شناخته می‌شود؛ البته ملاک در اینجا قطع و یقین عرفی است و باید شرایط با میزان عرف سنجیده شود و در صورت محرومیت از منفعت محقق و مسلم عرفی، غاصب ضامن شناخته شود.

چه بسا نظریه عدم ضمان غاصب نسبت به تنزل قیمت سوقیه، به دلیل احتمالی بودن حصول این منفعت برای مالک بوده باشد. در این صورت مسئول شناختن غاصب بی جاست؛ زیرا مواقعی که مالک فروشنده نبوده و قصد فروش مال را هم نداشته است نمی‌توان او را در انتظار چنین سودی شمرد و محروم کردن از قیمت بازار در روز غصب، محرومیت از منفعت مورد انتظارش نخواهد بود.

چنین منفعتی احتمالی محسوب نمی‌شود و بحث از ضرر و جبران در این مورد، سالبه به انتفاع موضوع است؛ بنابراین نظریه عدم ضمان در این مساله خاص دلیل بر رد مسئولیت مدنی نسبت به عدم النفع و غیر قابل جبران بودن آن نمی‌باشد؛ زیرا در نظریه خسارت تصریح شده که صرفا نسبت به عدم النفع مسلم و قطعی مسئولیت مدنی وجود دارد و وارد کننده زیان ملزم به جبران خسارت؛ یعنی تلف منافع مورد انتظار و قطعی و مسلم در آینده می‌باشد.

ج:حبس انسان حر

مثال معروف دیگر که مصداق بارز عدم النفع محسوب می‌شود و در اکثر قریب به اتفاق متون فقهی مورد بحث قرار گرفته است، حبس انسان می‌باشد که البته شقوق مختلفی دارد : الف)حبس انسان حری که فاقد مهارت و حرفه و پیشه و شغل ثابت و غیر ثابت می‌باشد ب)حبس انسان حری که دارای مهارت خاص و حرفه و پیشه خاصی است ج)حبس انسان حری که در استخدام دولت یا شخص دیگری می‌باشد و به موجب قرار داد مشغول به کار است، در این سه نمونه نظر فقها در مورد ضامن بودن حابس نسبت به منافع حر در طول مدت حبس مختلف است.

در تعریف غصب گویند اثبات ید بر مال غیر و یا استیلا بر مال غیر؛ اما با حبس حر نه نسبت به عین حر و نه نسبت به منافعش غصب صدق نمی کند، هرچند حابس گناه کرده و ظلم روا داشته است؛ زیرا آن چه مال نیست اثبات ید بر آن غصب نیست؛ لذا حابس مسئولیتی ندارد، چون حر مالیت ندارد(نجفی، ۱۴۲۱، ج۳۷، ص۹ ؛ خوانساری، ۱۴۰۵، ج۵۷، ص۱۹۷). چیزی صفت مملوکیت نداشت اثبات ید بر آن صدق نمی‌کند و جبران خسارت از راه غصب امکان پذیر نمی‌باشد.

نمونه دوم از نمونه های که حبس انسان حر با نمونه اول این تفاوت را دارد که مورد نخست شخص محبوس هیچ گونه حرفه و پیشه ای نداشت و هیچ مهارتی نیز بلد نبود؛ اما در اینجا محبوس صنعتگر و کسوب است و برای خود حرفه و پیشه ای دارد هرچند اجیر کسی نیست و در استخدام هیچکس نمی‌باشد، منتها مشغول کسب درآمد است و توسط حابس حبس می گردد. در این مورد فقها ذیل همان عنوان بحث و گفتگو نموده‌اند این نمونه هرچند به شرایط عدم النفع قابل جبران نزدیکتر می‌باشد، منتها باید بررسی کرد آیا حر محبوس از منافع محقق و مسلم مورد انتظار و متوقع الحصول محروم مانده است یا خیر؟

پاسخ این سوال را باید در هر مورد خاص جستجو کرد و از اوضاع و احوال و روند زندگی دست آورد. بیش تر در این موارد از نظر عرف از تحصیل منافع محقق و مسلمی جلوگیری به عمل آمده است و از منافع مورد انتظارش محروم شده؛ لذا برخی از فقها حبس کننده را ضامن دانسته‌اند(بجنوردی، ۱۴۱۹، ج۴، ص۱۷۶و۱۷۷ ؛ طباطبای، ۱۳۹۲، ج۱۷، ص۵۸۹ ؛ خویی، ۱۴۱۰، ص۱۴۶). صاحب کتاب ریاض المسائل؛ سید علی طباطبایی در این خصوص می‌فرماید: اگر شخصی را به مدتی که عرفا اجرت دارد حبس نمایند به گونه ای که اگر حبس نمی‌شد آن اجرت را به دست می آورد، حبس سبب تفویت اجرت(طباطبایی، ۱۴۱۸، ج۱۴، ص۱۷).

سومین نمونه که در متون فقهی مطرح شده و بیانگر پیشینه فقهی عدم النفع می‌باشد، حبس شخص حری است که اجیر است یا در استخدام دولت یا شرکت می‌باشد و قرار داد کار با شخص حقیقی و حقوقی دارد. چنین فردی اگر حبس شود و نتواند تعهدی را که بر عهده دارد انجام دهد از درآمد خویش محروم خواهد ماند.

هرچند در این نمونه نیز غصب صدق می نماید اما از این جهت که منافع حر موضوع عقد اجاره واقع شده و مالیت پیدا کرده، جریان قاعده اتلاف و تسبیب بدون اشکال خواهد بود و ایرادات قبل را ندارد.
در آن نمونه ها اشکال می شد که منافع حر مالیت ندارد و منافع حر مثل شخص و شخصیت حر آزاد است؛ لذا با غصب در استیلای دیگری قرار نمی‌گیرد، چون مالیت ندارد و مشمول قاعده اتلاف و تسبیب و تفویت نمی‌شود. لیکن در اینجا چنین استدلالی راه ندارد و حابس سبب تفویت منافع محبوس برای صاحب کار گشته؛ پس اجرت المثل را باید به مستاجر بدهد یا اگر درآمد مقرر را به اجیر پرداخت نمی‌کند و او را از منافع مورد انتظارش محروم می‌کند، حابس به دلیل سببیت باید از عهده آن برآید.
این نمونه ها به خوبی بیانگر پیشینه فقهی عدم النفع در نظام حقوقی اسلام در سده های مختلف می‌باشد. طرح این گونه مسائل در روایات و متون فقهی قدما نشانگر این است که خسارت عدم النفع از مباحث جدید نمی‌باشد و داری ریشه های تاریخی و قدیمی در نظام حقوقی اسلام است. عدم النفعی که واجد شرایط لازم باشد هم ضررمحسوب می‌شود و هم لزوم جبرانش مسلم است.
مواردی که نظر به جبران ناپذیر بودن عدم النفع داده شده ناشی از فقدان شرایط لازم برای قابلیت جبران خسارت می‌باشد لذا در صورت جمع کلیه ویژگی ها به منظور قابلیت جبران، منعی در لزوم جبران خسارت عدم النفع وجود ندارد.

۷. نظریات فقها پیرامون عدم النفع

با توجه به پیشینه فقهی، عدم النفع یک موضوع نو نمی‌باشد؛ زیرا در قدیمی ترین متون فقهی عدم النفع مطرح و مورد بحث و گفتگو بوده است و قدر مسلم این است که عدم النفع محتمل، قابل جبران نیست؛ اما در مورد عدم النفع مسلم چنین یقینی وجود ندارد؛ بلکه برعکس با پذیرش مالیت منافع، حتی منافع آینده یک مال علاوه بر پذیرش موجودیت آن و به حساب آمدن آن ها در زندگی اقتصادی یک شخص جبران پذیر هستند. با این وجود، نسبت به خسارت بودن و قابل جبران بودن عدم النفع نظرات مختلفی مطرح گردیده است و دلایلی برای آن ارائه شده که مطالعه آن ها در نتیجه گیری نهایی راه گشا می‌باشد.
طبق نظریه خسارت، عدم النفع خصوصاً محرومیت شخص از منافع محقق و مسلم، خسارت است و زیان زننده مسئول جبران آن می‌باشد؛ زیرا نه تنها در آیات و روایات این مسئولیت ردع و منع نشده؛ بلکه عمومات و اطلاقات برخی آیات و روایات دلیلی بر لزوم جبران خسارت عدم النفع هستند. با توجه به متعدد بودن موجبات عدم النفع یعنی عدم النفع ناشی از نقص یا تاخیر انجام قرار داد و عدم النفع ناشی از تاخیر تادیه وجه نقد و یا عدم النفع ناشی از تجاوزات مالی و جرائم علیه اموال؛ مانند اتلاف، غصب، تفویت، عدم النفع ناشی از جرائم علیه اشخاص و صدمات بدنی؛ استدلال قابل جبران بودن عدم النفع در همه موارد یکسان است، هرچند دلایل نظریه عدم خسارت در هر یک متفاوت می‌باشد؛ البته در پیشینه فقهی عدم النفع مصادیقی مطرح شده که بعضاً شرایط لازم، برای جبران شدن را نداشته و نظریه فقها در آن مصادیق مبنی برعدم لزوم جبران و عدم ضمان، دلیل بر جبران ناپذیر بودن عدم النفع بطور مطلق نمی‌باشد؛

زیرا چه بسا در آن موارد به دلیل فقدان یکی از شرایط برای جبران شدن چنین نظری ابراز شده است. مثلاً در مورد منافع انسان حر صنعتگر محبوس که از کسب و کارش ممانعت به عمل آمده است، چون منافع شخص حر مانند شخصیتش قابل غصب نیست و تحت ید دیگری قرار نمی‌گیرد یا به دلیل مالیت نداشتن منافع حر بدون عقد اجاره و استیفا، جبرانشان پذیرفته نشده است؛ نه به دلیل عدم النفع بودنشان! بنابراین نظرهای که در مورد مثال ها مطرح شده در پیشینه فقهی عدم النفع ابراز شده‌اند نمی‌توانند دلیل بر نظریه عدم خسارت و غیر قابل جبران بودن عدم النفع به طورمطلق باشند، ولی چون اظهارنظر به صورت مستقل در خصوص موضوع عدم النفع نشده است، ناگزیر از استخراج نظریات فقها در ذیل مصادیق مذکور در مبحث پیشینه فقهی می‌باشیم و این نظریات را پس از استخراج و جمع بندی طی سه مبحث بیان می‌کنیم. مبحث اول: نظریه عدم خسارت و مبانی آن، مبحث دوم: نقد و بررسی نظریه عدم خسارت و نقد دلایل متعدد آن، مبحث سوم: نظریه خسارت و مبانی و دلایل آن و سپس نتیجه گیری خواهیم کرد.

گفتار اول: نظریه مشروعیت عدم مطالبه خسارت عدم النفع و مبانی آن (مخالفین قابل مطالبه بودن عدم النفع)

نظریه خسارت همان طور که اشاره شد به طور مستقل در متون فقهی دیده نمی‌شود خصوصاً در متون فقهی قدما؛ پس از مطالعه همه مصادیق پراکنده عدم النفع در موضوعات و ابواب مختلف فقه می‌توان دلایل نظریه عدم خسارت را در پنج گروه تقسیم بندی کرد.

گروه اول: فقدان یکی از ویژگی های ضررِ قابل جبران در عدم النفع است؛ البته ویژگی مفقود از منظر هر فقیهی متغیر می‌باشد، گاه ضرر نبودن، مال نبودن، موجودیت نداشتن، قطعی و مسلم نبودن و گاهی فقدان رابطه سببیت دلیل بر جبران ناپذیر بودن عدم النفع دانسته شده.

گروه دوم: فقدان دلیل شرعی، اعم از نصوص و ظواهر در مورد لزوم جبران عدم النفع می‌باشد؛ زیرا نه تنها دلیل خاص بر لزوم جبران عدم النفع نداریم؛ بلکه عمومات و اطلاقات لزوم جبران ضرر، یعنی قاعده لاضرر و اتلاف و تسبیب و غصب دلیل بر جبران خسارت عدم النفع نخواهد بود.

گروه سوم: عبارت است از جبران قبلی عدم النفع که در حقیقت از موانع جبران خسارت به شمار می‌آید، نه شرط لزوم جبران خسارت؛ البته این استدلال صرفا در مصداق های عدم النفع ناشی از جرائم علیه اشخاص و صدمات جسمانی از جمله قتل نفس و نقص عضو و از کار افتادگی های ناشی از آن ها مطرح است؛ زیرا در این مصادیق دیه مقرر در شرع به عنوان جبران خسارت کامل تلقی شده است و خسارت زاید بر دیه نا مشروع می‌باشد، پس با جبران عدم النفع از طریق دیه ،اخذ مجدد خسارت(اکل مال به باطل) و غیر مشروع خواهد بود.

گروه چهارم: عبارتند از ادله ای که جبران خسارت در منافع را ممنوع می‌سازند از جمله قاعده«الخراج بالضمان» و قاعده «الاجر و الضمان لایجتمعان».

گروه پنجم: با تمسک به اصول عملیه یعنی اصالت البرائه و اصالت عدم الضمان یا استصحاب عدم ضمان قائل به عدم لزوم جبران خسارت در عدم النفع می‌باشند.

فقدان ویژگی های ضرر قابل جبران در عدم النفع

در این گفتار دلیل اولِ نظریه عدم خسارت مطرح می‌شود، در این دلیل که در بردارنده چند قسمت است در احراز اکثر ویژگی های ضرر قابل جبران در عدم النفع تردید شده است که این تردید ها برخی ضرر بودن عدم النفع را و برخی جبران پذیر بودنش را با مشکل مواجه ساخته است.

الف. ضرر نبودن عدم النفع: نخستین تردید در ضرر بودن عدم النفع می‌باشد، برخی از فقها(مراغه ای،عناوین قم،۱۴۱۷ ه ق. ص۹۶) ضرر را امر وجودی می‌دانند؛ زیرا معتقداند ضرر و نفع ضد یکدیگرند؛ لذا عدم النفع ضرر محسوب نمی‌شود. به عنوان مثال می‌گویند: اگر خریداری کالایی را بیشتر از ثمن خریداری شده بفروشد نفع برده است و اگر کمتر بفروشد ضرر کرده است واگر به همان قیمت بفروشد نه نفعی عایدش می‌شود و نه متضرر شده است. بنابر نظر ایشان عدم النفع امری عدمی است و ضرر نیست و بحث از جبران آن منتفی خواهد بود. در صورتی که ضرر و نفع ضد یکدیگر باشند امکان حالتی که هر دو منتفی باشند هست و عدم النفع از همان موارد می‌باشد که نه ضرر کرده نه نفع برده است، برخلاف نقیض بودن نفع و ضرر که ارتفاعشان ممکن نیست؛ زیرا یا باید ضرر کرده باشد یا نفع برده باشد و حالت سومی به عنوان عدم النفع وجود ندارد و باید آن را نیز ضرر قلمداد کرد، همچنین در صورتیکه رابطه این دو، عدم و ملکه باشد؛ یعنی هر جا شانیت نفع بردن باشد، اما نفعی نبردیم، عدم ملکه یعنی ضرر خواهد بود و باید دید در مورد عدم النفع شانیت وجود نفع را داشته است یا خیر؟ اگر شانیت داشته و نفعی عاید نگشته خود به خود ضرر خواهد بود.

ب. مال نبودن عدم النفع: گروهی از فقها(طباطبایی، ۱۴۱۸، ج۸، ص۳۲۵و۳۳۱و۳۳۲ ؛ خویی، ۱۴۱۰، ج۲، ص۱۶۸ ؛ خوانساری، ۱۴۰۵، ج۵، ص۱۹۶ ؛ نجفی، ۱۴۲۱، ج۲۷، ۲۷۷) علت ضرر نبودن عدم النفع را، مال نبودن آن دانسته‌اند و نمونه هایی مثل جلوگیری از فروش مال از طریق قعود بر بساط و ممانعت از فروش یا صرفا ممانعت از قعود بر بساط و یا جلوگیری از صید صیاد را، جلوگیری از تحصیل مال دانسته‌اند. در حقیقت در این جا فرصت تحصیل درآمد از دست رفته نه درآمد و مال موجود، حال آن که تحصیل درآمد و فرصت تحصیل اکتساب مال، مال نیست تا فوتش ضرر به حساب آید، هرچند ممکن است این فرصت ارزش های مالی داشته باشدلیکن مالیت داشتن و نداشتن فرصتها بحث و موضوعی دیگر است غیر از عدم النفع.

ج. عدم موجودیت فعلی: نفعی که در عدم النفع مطرح است، نفع موجود فعلی نیست؛ بلکه منافعی است که در صورت فقدان مانع در آینده موجودیت خواهد یافت؛ لذا در عبارت فقهی می‌گویند:«لولا المانع لحصل النفع» مال موجود فعلی از بین نرفته تا ضرر به حساب آید و صرفا مالی که در آینده محقق می‌گردیده جلوی تحقق یافتنش گرفته شده است.

د. فقدان قطعیت(احتمالی بودن): ویژگی دیگر که در عدم النفع احراز نشده قطعی بودن تحقق منافع، در آینده می‌باشد، در حال حاضر نفعی وجود ندارد و موضوع بحث منافعی هستند که قرار است در آینده محقق شوند. تحقق این منافع در آینده قطعی و مسلم نمی‌باشد و همه به اتفاق آرا قبول دارند که منافع محتمل قابل جبران نیستند؛ زیرا چه بسا منفعتی نباشد تا جبرانش کنیم به تعبیر منطقیون سالبه به انتفاء موضوع می‌باشد و امری بدیهی و غیر قابل بحث است. در عدم النفع می‌گوییم در صورت نبودن مانع (یعنی نبودن فعل زیان زننده) منافع در آینده موجود و محقق می‌گشت؛ منتها وجود منافع و قطعی بودن تحقق منافع،حتی در صورت نبودن مانع محرز نیست؛ زیرا باید اسباب و مقتضیات و شرایط تحقق همه فراهم باشد و سایر موانع طبیعی نیز جلوی تحقق منافع را نگیرند تا در آینده منافع مورد نظر موجود و محقق شوند، در حالی که چنین امری در حال حاضر نامعلوم است و هزاران واقعه نامعلوم دیگر امکان دارد مانع تحقق منافع شوند.

ه. فقدان رابطه سببیت: رابطه سببیت میان زیان وارده و محرومیت از منافع آتی و فعل زیان بار مانع از عناصر مهم جبران خسارت می‌باشد که در صورت فقدان آن، لزوم جبران خسارت نامعقول است. این ایراد مهم در عدم النفع وجود دارد؛ زیرا مانع مورد نظر یعنی فعل زیان بارسبب نهایی عدم حصول منافع آتی شده باشد، قطعی نیست. احتمالات زیادی در کنار این مانع وجود دارد که ممکن است سبب، یکی از آن ها باشد برای مثال شخصی که جلوی آبیاری درختان میوه شکوفه داده را می گیرد یا شکوفه های آن را از بین می‌برد، این که صاحب درختان را از منافع آتی درختان، یعنی میوه های رسیده آن محروم کرده پس مسئول جبران و پرداخت غرامت میوه هاست، قابل پذیرش نمی‌باشد؛ زیرا احتمالات دیگری برای به ثمر نرسیدن میوه ها در موعد طبیعی‌شان وجود داد که رابطه سببیت میان این مانع و به ثمر نرسیدن درختان را قطع می‌کند، چه بسا عوامل دیگری از جمله حوادث طبیعی مانع تحقق منافع در موعد طبیعی گردد، پس با وجود احتمالات گوناگون نمی‌توان این فعل خاص یعنی ممانعت از آبیاری درختان را سبب منحصر عدم النفع دانست؛ همچنین در مثال حبس یک صنعتگر چه بسا در طول مدت حبس به دلیل دیگری مانند بیماری به هیچ کاری مشغول نشود و حبس دلیل منحصر برای عدم تحصیل درآمد محسوب نگردد.

و. فقدان دلیل شرعی بر جبران عدم النفع

دلیل دیگر برای غیر قابل جبران بودن عدم النفع نداشتن دلیل شرعی از آیات و روایات بر لزوم جبران عدم النفع و عدم تشریع جبران آن می‌باشد. ادله مسئولیت جبران خسارت یعنی قواعد اتلاف، تسبیب، غصب، لاضرر و غیره شامل عدم النفع نمی‌شود(خوانساری، ۱۴۰۵، ج۵، ص۱۹۰ ؛ حسینی شیرازی، ۱۴۰۵، ص۶۶)؛ زیرا این قواعد تصریح دارد هرکس مال دیگری را تلف کند ضامن است در حالی که در عدم النفع مالی موجود نبوده تا اتلاف متصور باشد. قاعده تسبیب نیز فرع بر قاعده اتلاف است، ادله غصب جبران منافع را شامل نمی‌شود؛ بلکه فقط تصریح به برگرداندن عین دارد و بر فرض شمولش بر منافع در عدم النفع، هنوز منفعتی موجودیت ندارد تا یدی بر آن استیلا پیدا کند و قاعده لاضرر نیز شامل عدم النفع

نمی‌باشد؛ زیرا اولا ضرر وجود ندارد و در صورت ضرر بودن عدم النفع، این قاعده مسئولیتی را ثابت نمی‌کند و صرفا نفی حکم ضرری می‌کند و قادر به جعل حکم ضمان نمی‌باشد.

در صورتی‌که هیچ گونه دلیل لفظی در شرع اعم از آیات و روایات مبنی بر لزوم یا عدم لزوم جبران عدم النفع وجود نداشته باشد و بر فرض مشکوک ماندن مساله برای تعیین تکلیف عملی به اصول عملیه باید رجوع کرد و اصول عملیه ای که مورد استناد قرار گرفته اند عبارتند از:

الف. استصحاب عدم ضمان(اصالت عدم ضمان)

صاحب جواهر در خصوص مساله عدم النفع، در مورد منع از عمل حر بدون حبس، ضمان را بدون وجه دانسته و همانطور که اصحاب نظر قطعی به عدم ضمان داده اند دلیل خویش را این قرار می‌دهد که منافع شخص حر مانند خودش در سلطه نمی‌آید و همان طور که آزادی و حریت جزئی از شخصیت او محسوب می‌شود، منافعش و حتی لباسش که بر تن دارد نیز در قبضه خود اوست و تحت عنوان اصالت عدم ضمان باقی است و ظاهراً منظور ایشان استصحاب عدم ضمان می‌باشد.

ب. اصل برائت

اصل دیگری که در نظریه عدم خسارت مورد استناد قرار گرفته، اصل برائت است. صاحب کتاب مفتاح الکرامه، در مورد اجرت اجیری که توسط مستاجر منافعش معطل گردید و استفاده نشد تا مدت به پایان رسیده بعد از نقل نظریه عدم استقرار اجرت از کتاب های شرایع، تحریر، جامع المقاصد، تعلیق ارشاد، مسالک، روضه، ریاض و مجمع البیان مبنی بر این که منافع حر فقط در صورت استعمال و تفویت ضمان آور است و در صورت فوات به دلیل مال نبودنش مشمول ید و ضمان نخواهد بود، دلیل ایشان اصالت برائت از استقرار ضمان معرفی می‌کنند(نجفی،۱۴۲۱، ج۳۷، ص۱۴).

ج. وجود ادله شرعی مبنی بر منع جبران منافع

دلیل سومِ نظریه عدم خسارت عبارت است از این که روایات و قواعدی در شریعت وجود دارند که مانع از جبران خسارت عدم النفع می‌باشد؛ زیرا به موجب این روایات هیچ یک از منافع جبرانشان لازم نیست چه رسد به عدم النفع یعنی منفعتی که هنوز موجودیتش محقق نگشته و صرفا شخص از بدست آوردنش محروم شده است.

این روایات و قواعد عبارتند از:«الخراج بالضمان» و «الاجر و الضمان لایجتمعان» و «من له الغنم علیه الغرم». به موجب قاعده «الخراج بالضمان» منافع مال کسی است که ضمان عین بر عهده اوست. خراج یعنی محصولی که از زمین پرداخت می‌شود و کنایه از منافع آن است که در مقابل ضمان عین قرار دارد؛ بنابراین در این قاعده بین ضمان عین و مالکیت منافع ملازمه برقرار شده است.

مدرک فتوای ابوحنفیه بر این است که منافع، مال غاصب است؛ زیرا ضمانتش بر عهده اوست و به نظر ایشان مراد از ضمان اسم مصدر است و شامل هرگونه ضمان می‌شود، یعنی هر کس به هر دلیلی ضامن

چیزی باشد خراجش، یعنی آنچه از آن استفاده می‌شود، اعم از منفعت و نماء متعلق به اوست(نائینی، ۱۳۷۳، ج۱، ص۲۳۱).

به موجب قاعده«الاجره و الضمان لایجتمعان» اگر کسی حیوانی را تا مکان معین اجاره کند؛ اما بیشتر از مسافت تعیین شده برود و حیوان در مسافت تلف شود، ضامن است؛ یعنی خسارت وارده را باید جبران کند؛ اما لازم نیست اجرت پرداخت شود؛ زیرا اجرت و ضمان با هم جمع نمی‌شوند، ولی اگر حیوان سالم بماند مستاجر فقط باید اجرت تعیین شده را بپردازد نه بیشتر؛ زیرا برای قسمت تخلف شده مسئولیتی وجود ندارد. البته چون در فقه حنفی منفعت"مال بالذات" نیست و از قبیل اعراض است، تنها عقد است که به منفعت قوام می‌دهد مثل عقد اجاره و نتیجه آن اجرت است نه ضمان؛ لذا در غصب چون عقدی نیست ضمان ومسئولیتی هم نسبت به منافع نخواهد بود؛ زیرا عقدی وجود ندارد که باعث قوام یافتن و تبلور منفعت شود. اگر عقد باشد فقط استحقاق اجرت در برابر منفعت را می‌آورد، نه ضمان ولی در غصب، چون ضمان وجود دارد دیگر اجرتی نیست، زیرا طبق قاعده«الاجر و الضمان لا یجتمعان» اجرت با ضمان جمع نمی‌شود، پس غاصب مسئول پرداخت اجرت المثل منافع مستوفاۀ نیست. اما چون برای غاصب این منافع گوارا نیست باید صدقه بدهد یا اگر خواست به مالک بدهد و اگر به مالک داد دیگر نمی‌تواند پس بگیرد(سنهوری، ۱۹۹۸، ج۶، ص۱۶۹).

گفتار دوم: نظریه مشروعیت مطالبه خسارت عدم النفع(موافقین قابل مطالبه بودن عدم النفع)

به موجب نظریه خسارت در صورت وجود ویژگی های ضررِ قابل جبران در کنار ارکان جبران خسارت(وجود ضرر و فعل زیانبار و رابطه سببیت بین این دو) محرومیت از منافع مسلم آتی قابل جبران می‌باشد؛ البته احراز این شرایط در مصادیق عدم النفع به سهولت و سرعت انجام پذیر نیست و نیاز به دقت بسیار و کارشناسی دارد منتها این امر نباید مانع جبران خسارت عدم النفع بشود زیرا اصل بر این است هر ضرری باید جبران شود و متضرر در "وضعیت اولیه" خود قرارداده شود.

اما این نظریه مطلق نیست و هر عدم النفعی را قابل جبران نمی‌داند؛ بلکه فقط عدم النفع هایی که شرایط لازم و ارکان ضرر قابل جبران را واجد باشند مورد نظر هستند. مبانی نظریه خسارت را در شش گروه می‌توان قرار داد: اول که مقدمه محسوب می‌شوند نه استدلال و امکان وجود ارکان و شرایط لازم برای لزوم جبران خسارت در عدم النفع می‌باشد. دوم عمومات و اطلاقات مبنی بر مسئولیت و ضامن بودن ضرر زننده و لزوم جبران ضررهای وارده، سوم پیش بینی دیه برای خسارت منافع اعضاء و پیش بینی بدل حیلوله در غصب، چهارم بنای عقلا و دسته پنجم نبودن منع شرعی نسبت به جبران عدم النفع و ششم اصل احتیاط ؛هریک را مطالعه می کنیم.

امکان وجود ارکان و شرایط لازم در عدم النفع

در فصل نخست با عنوان کلیات و شناخت موضوع ارکان و شرایط لازم برای لزوم جبران خسارت را بررسی کردیم. طبق نظریه خسارت عدم النفع می‌تواند تمام آن ویژگی ها را داشته باشد، هرچند ممکن است عدم النفعی باشد که فاقد ویژگی های لازم باشد، منتها به طور مطلق نمی‌توان گفت هیچ عدم النفعی نمی‌تواند آن ویژگی ها را واجد باشد چون مصادیق یک وجه اشتراک دارند که محرومیت از منافع قطعی آتی است، البته آینده بودن زمان تحقق این منافع موجب ایراد نسیت؛ چون همین منافع آینده بدون هیچ گونه ایرادی و بدون دغدغه خاطر نسبت به درجه اطمینان وجود آن ها برای مدت زمان معین در آینده موضوع عقد واقع می‌شود. اگرچه چنین منافعی معدوم هستند یا مالیت ندارند و یا قطعی نیستند چه طور می‌توانند موضوع عقد و قرارداد واقع شوند و به ازای آن نیز مبلغی پرداخت شود، مگر این که عقد موجب انقلاب ماهیت شود و چیزی که مالیت ندارد و موجودیت و قطعیت ندارد با انشاء عقد دارای تمام این ویژگی ها بشود، هرچند باید قبل از عقد این ویژگی ها را داشته باشد نه به وسیله عقد و انشاء عقد! در مورد ممانعت از کسب و کار و حبس کردن شخص حر و ممانعت از خرید و فروش کالا و تحصیل سود و درآمد به طور مطلق، عدم النفع قابل جبران نیست و لزوم شرایط اطمینان بخش باعث محدودیت عدم النفع قابل جبران در این خصوص می‌باشد و از جمله این شرایط این است که شغل شخص، فروشندگی باشد و طبق رویه کسب و کار او طی چندین سال مقدار معاملات روزانه و درآمد کسب کار او تقریباً تثبیت شده باشد و توسط کارشناس قابل تخمین باشد و الا جلوگیری از فروش یک کالا توسط یک شخص بدون پیشینه کسب را نمی‌توان محرومیت از منافع قطعی آینده به شمار آورد.

عمومات و اطلاقات: گستره ادله ضمان آور در فقه مورد اختلاف نظر فقها می‌باشد، طبق نظریه خسارت قلمرو این ادله گسترده است. با این نظریه در خصوص هریک از این ادله آشنا می‌شویم، مثلا در قاعده علی الید طبق نظریه خسارت واژه "اخذ" در روایت به معنی استیلا است نه اثبات ید؛ لذا در مورد ممانعت از کسب بدون قعود بر بساط غیر یا با قعود بر بساط غیر و یا مزاحمت و ممانعت از ورود به محل کار و انجام کار، استیلا صدق می‌کند. حتی در مورد شخص حر، حابس استیلا بر او دارد هرچند شخص و شخصیت حر و اعمال او دست خودش است اما تحت استیلای حابس قرار دارد .

پیش بینی دیه منافع اعضا(حرعاملی، ۱۴۰۱، ج۱۹، ص۲۱۲) و پیش بینی بدل حیلوله(گلپایگانی، ۱۴۰۶، ج۲، ص۱۷۹) در شرع و ضمان منافع غیر مستوفاۀ و ضمان منفعت اعلی در منافع متضاد، علاوه بر عمومات و اطلاقات آیات و روایات می‌توان به دلیل های خاص که به موجب آن ها برای از بین رفتن و محرومیت از منافع اعضای بدن انسان دیه مقرر گردیده استناد کرد. آنچه مسلم است شخصی که منافع اعضای بدنش را در اثر ارتکاب جرم از دست بدهد در حقیقت از منافع آینده آن محروم می‌شود نه از منافع گذشته آن. با از دست دادن حس بویایی یا شنوایی یا بینای و... ، از این به بعد شخص از بینای و شنوایی و بویایی محروم می‌شود. این منافع وجودشان در آینده قطعی بوده و با وجود هزاران احتمال دیگر ممکن است منجر به از

دست رفتن آن ها شود؛ آنچه در حال حاظر مانع بهره مندی شده، جرم این جانی است که به آن ها صدمه وارد کرده، پس آینده بودن زمان تحقق منافع جلوی ضرر بودن و مالیت داشتن و قطعیت یافتن منافع را نمی‌گیرد.

پیش بینی بدل حیلوله برای مالکی که به موجب غصب برای مدتی از بهره مندی مال خود محروم شده نیز دلیل دیگریست بر ضرر بودن محرومیت از منافع مسلم آتی مال و لزوم جبران آن، همچنین پذیرش ضمان منافع غیر مستوفاۀ در غصب و اجاره و ضمان منفعت اعلی در منافع متضاده طبق نظریه مشهور فقها می‌تواند دلیلی بر جبران پذیر بودن عدم النفع به شمار آید.

بنای عقلا: یکی از دلایلی که در عرض دلیل های لفظی(آیات و روایات) مورد پذیرش می‌باشد، بنای عقلاست. بنای عقلا عبارت است از این که همه خردمندان در یک موضوع واحد با وجود اختلاف در زبان و دین و ملیت و نژاد و زمان و مکان یکسان بیندیشند؛ یعنی بدون دخالت سلیقه ها و تعصبات و تفکرات مذهبی و غیر مذهبی و اعتقاداتشان متحد الشکل فکر می‌کنند، این وحدت رای از یک منشا واحد در همه انسان ها سرچشمه می‌گیرد که همانا خرد و فطرت آدمی است که به موجب آیه شریفه: «فطره الله التی فطر الناس علیها–روم،آیه ۳۰» سرمنشا آن خداوند متعال و اراده اوست، و لازم به ذکر است که بناء عقلا باید مورد امضاء شارع باشد ولو بعدم الردع.

نبودن منع و ردع در شرع: دلیل دیگر نظریه خسارت در چهارچوب شرایط و ارکان لزوم جبران خسارت نبودن مانع شرعی از آیات و روایات است و هیچ گونه ردعی نسبت به جبران خسارت عدم النفع وجود ندارد؛ بنابراین عدم النفع مانند سایر ضررها و زیان ها و خساراتی که بر شخص وارد می‌شود باید جبران شود، پس حتی اگر عدم النفع مشمول قواعد عمومی مسئولیت جبران خسارت نشود دلیلی بر جبران نشدن نداریم، منعی از طرف قانونگذار مبنی بر این که فوت این گونه منافع نباید جبران شود نیست؛ لذا بر اساس اصل عمومی و عقلایی جبران ضرر و زیان ها، عدم النفع باید جبران شود(البته گروهی نیز قائل بر این هستند که که برای اثبات وجوب جبران خسارت عدم النفع،عدم منع شارع کفایت نمی کند بلکه احراز امر شارع لازم است).

اصول عملیه(اصالت احتیاط): اصل احتیاط می‌تواند به عنوان یکی از مستندات لزوم جبران خسارت عدم النفع باشد. در صورتی پذیرش مالیت و موجودیت و قطعیت منافع مسلم آتی و ضرر بودن محرومیت از این منافع و احراز رابطه سببیت، اشتغال ذمه مانعِ تحققِ منافعِ مسلمِ آتی، بدیهی و محرز است و طبق قاعده«لاشتغال الیقینی یستدعی البرائه الیقینیه» شخص محروم کننده و زیان زننده مسئول جبران همه خسارات از جمله عدم النفع می‌باشد.

۸. نتیجه گیری

از این مختصر نوشته چنین نتیجه گیری می‌شود؛ آنچه مانع جبران خسارت عدم النفع می‌شود، نا مطمئن بودن این منافع است و منشا این عدم اطمینان عوامل مختلف و متعددی از جمله عدم موجودیت فعلی، قطعی نبودنِ تحقق آن ها در آینده و وجود احتملاتی است که رابطه سببیت میان مانع مورد نظر و عدم تحقق منافع آتی مال را قطع می کند.

براین اساس گفته می‌شود شخص، متحمل ضرر نشده بلکه صرفا از منافع آتی محروم گشته در حالی که وقتی اصطلاح تحمل ضرر را به کار می برند که منافع گذشته و حال از بین برود. پس در مجموع به این نتیجه می‌رسیم که با وجود شرایط اطمینان بخش در جبران عدم النفع نه تنها تردیدی نیست؛ بلکه تاخیر در آن نیز روا نخواهد بود و قول کسانی که می‌گویند مشهور فقها خسارت عدم النفع را ضرر محسوب نمی‌کنند و نیاز به جبران ندارد را باید مردود اعلام کنیم؛ زیرا اولاً همانطور که ملاحظه شد مساله شقوق بسیار زیادی دارد و باید آن ها را به دقت واکاوی کرد و ثانیاً به استشهاد تمام مواردی که از قول فقهای معاصر و غیر معاصر ذکر کردیم این نسبت دادن به مشهور فقها صحیح نمی‌باشد.

منابع

قران کریم.

۱. ابن منظور، ابوالفضل جمال الدین محمد بن مکرم(۱۴۱۴). ***لسان العرب***، قم، انتشارات دارالفکر.

۲. اردبیلی، احمد(۱۴۱۰). ***ارشاد الاذهان***، قم، موسسه نشر اسلامی.

۳. انصاری ،مرتضی(۱۴۱۴). ***فرائد الاصول***، قم، مکتبه المصطفویه.

۴. انصاری، مرتضی(۱۴۱۵). ***مکاسب***، قم، کنگره بزرگداشت شیخ انصاری، قم.

۵. آل کاشف الغطا، محمد حسین(۱۳۵۹). ***اصل الشیعهٔ و اصولها***، قم، انتشارات فیروزآبادی.

۶. بجنوردی، حسن(۱۴۱۹). ***القواعد الفقهیه***، قم، نشر الهادی.

۷. بحرانی، یوسف(۱۴۰۵). ***حدائق الناظره***، قم، موسسه نشر اسلامی.

۸. بهرامی احمدی، حمید(۱۳۹۵). ***سوء استفاده از حق مطالعه تطبیقی در حقوق اسلامی و دیگر نظام های حقوقی***، تهران، نشر اطلاعات.

۹. توحیدی، محمد علی(۱۴۱۰). ***مصباح الفقاهه***، قم، نشر مدینه العلم.

۱۰. حر عاملی، محمد بن حسن(۱۴۰۱). ***وسائل الشیعه***، تهران، مکتبه الاسلامیه.

۱۱. حصکفی، محمد(۱۴۲۰). ***الدرر المختار***، بیروت، دار المعرفه.

۱۲. حلّی، ابومنصور جمال‌الدین حسن بن یوسف بن مطهر(۱۳۶۸). ***مختصر المنافع***، قم، موسسه مطبوعات دینی.

۱۳. حلی، حسن بن یحیی بن سعید(۱۳۸۹). ***شرایع الاسلام فی الحلال و حرام***، نجف اشرف ،مطبعه الاداب.

۱۴. حنفی، ابن نجیم(۱۳۹۴). ***الاشباه و النظائر***، قم، منشورات رضی.

۱۵. خانساری، احمد(۱۴۰۵). ***جامع المدارک***، قم، انتشارات اسماعلیان.

۱۶. خراسانی، محمد کاظم(۱۴۰۶). ***کفایه الاصول***، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.

۱۷. خمینی، روح الله(۱۳۸۲). ***تهذیب الاصول***، قم، دار الفکر.

۱۸. خمینی، روح الله(۱۳۹۸). ***تحریر الوسیله***، تهران، موسسه نشر و تنظیم آثار امام خمینی(ره).

۱۹. خویی، ابوالقاسم(۱۴۱۰). ***منهاج الصالحین***، قم، نشر مدینه العلم.

۲۰. رشتی، حبیب الله(۱۳۱۶).***کتاب غصب***، قم، مجمع ذخائر اسلامی.

۲۱. زکریا، ابوالحسین احمد بن فارس(۱۴۰۴). ***معجم مقایس اللغه***، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.

۲۲. سلطانی، هدایت الله(۱۳۸۰). ***خسارت معنوی***، تهران، نورالثقلین.

۲۳. سنهوری، احمد(۱۹۹۸). ***مصادر الحق***، بیروت، منشورات الحلبی.

۲۴. سیاغی، حسین(۱۴۰۵). ***روض النضیر*** ، یمن، مکتب الیمن الکبری.
۲۵. شافعی، محمد(۱۴۱۰). ***الام***، بیروت، دارالفکر.
۲۶. شهیدی تبریزی، فتاح(۱۳۷۵). ***هدایت الطالبین***، تبریز، چاپ خانه اطلاعات.
۲۷. شیرازی، محمد حسینی(۱۴۰۵). ***ایصال الطالب الی المکاسب***، تهران، منشورات اعلمی.
۲۸. صدوق، محمد(۱۴۰۹). ***من لایحضر الفقیه***، قم، نشر صدوق.
طباطبایی، علی(۱۴۱۸). ***ریاض المسائل***، قم، موسسه آل البیت علیهم السلام.
۲۹. طباطبایی، محسن(۱۳۹۲). ***مستمسک العروت الوثقی***، بیروت، دارالاحیاء التراث عربی.
۳۰. طباطبایی، مصطفی(۱۳۵۸). ***فرهنگ نوین عربی فارسی ترجمه القاموس تالیف الیاس انطوف الیاسی***، تهران ،انتشارات اسلامیه.
۳۱. طوسی، محمد(۱۳۸۷). ***المبسوط فی فقه الامامیه***، تهران، المکتبه المرتضویه.
۳۲. طوسی، محمد(۱۴۰۷). ***تهذیب***، تهران، دار الکتب الاسلامیه.
۳۳. عاملی جبلی، شیخ زین‌الدین بن علی بن احمد،(۱۴۱۳). ***مسالک***، قم، موسسه المعارف الاسلامیه.
۳۴. عاملی نبطی جزینی، شیخ شمس الدین محمد بن مکی بن احمد(۱۴۱۰). ***لمعه دمشقیه***، قم، انتشارات دارالعلم.
۳۵. عاملی، محمد جواد(۱۳۲۳). ***مفتاح الکرامه***، قاهره، مطبعه الشوری.
۳۶. فراهیدی، خلیل بن احمد(۱۴۱۰). ***کتاب العین***، قم، نشر هجرت.
۳۷. کاتوزیان، ناصر(۱۳۷۴). ***الزامات خارج از قرار داد***، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
۳۸. کاسانی الحنفی، علاءالدین(۱۴۱۷). ***بدایع و الصنایع***، بیروت،موسسه تاریخ العربی-دارالاحیاء التراث العربی.
۳۹. کرکی، محقق(۱۴۱۴). ***جامع المقاصد***، قم، موسسه نشر آل البیت علیهم السلام.
۴۰. کلینی ،محمد(۱۴۰۷). ***کافی***، قم، دار الکتب الاسلامیه.
۴۱. گلپایگانی، محمد رضا(۱۴۰۶). ***مجمع المسائل***، قم، موسسه دارالقران الکریم.
۴۲. لنگرودی، محمد جواد(۱۳۷۲). ***ترمینولوژی حقوقی***، تهران، انتشارات گنج دانش.
۴۳. لورداسا، میشل؛ اشتری، محمد(۱۳۷۵). ***مسئولیت مدنی***، تهران، انتشارات حقوقدان.
۴۴. محقق داماد، سید مصطفی(۱۳۷۳). ***قواعد فقهیه***، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی.
۴۵. مراغه ای، عبدالفتاح(۱۴۱۷). ***عناوین***، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسطه به جامع مدرسین حوزه علمیه قم.
۴۶. مظفر، محمد رضا(۱۳۶۹). ***اصول عملیه***،قم، دارالفکر.
۴۷. معین، محمد(۱۳۸۳). ***فرهنگ فارسی***، تهران، انتشارات امیرکبیر.

۴۸. مکارم شیرازی، ناصر(۱۳۶۸). ***القواعد الفقهیه***، قم، انتشارات مدرسه الامام علی بن ابی طالب(ع).
۴۹. مهر پور، حسین(۱۳۷۱). ***مجموعه نظریات شورای نگهبان***، تهران، موسسه کیهان.
۵۰. نائینی، محمد حسین(۱۳۷۳). ***منیه الطالب***، قم، المکتبه المحمدیه.
۵۱. نجفی، محمد حسن(۱۴۲۱). ***جواهر الکلام***، بیروت، دار الاحیاء التراث العربی.
۵۲. نراقی، احمد(۱۴۱۷). ***عوائد الایام***، قم، انتشارات دفتر تبلیغات حوزه علمیه قم.
۵۳. نوری طبرسی، حسین(۱۴۰۹). ***مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل***، بیروت، موسسه آل البیت(ع).
۵۴. نوری همدانی، حسین(۱۳۸۶). ***رساله توضیح المسائل***، قم، انتشارات هاتف.
۵۵. یزدی طباطبائی، کاظم(۱۴۱۴). ***ملحقات عروه الوثقی***، قم، موسسه آل البیت علیهم السلام.