



# فقه

فصلنامه علمی - پژوهشی

سال بیست و نهم، شماره اول، بهار ۱۴۰۱

۱۰۹

صاحب امتیاز: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم  
پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی (پژوهشکده فقه و حقوق)

مدیر مسئول: عبدالرضا ایزدپناه  
سردبیر: رضا اسفندیاری (اسلامی)  
مدیر اجرایی: عبدالصمد علی آبادی

پژوهشی

۱. فصلنامه فقه در پایگاه استنادی علوم جهان اسلام (ISC)؛ بانک اطلاعات نشریات کشور (Magiran)؛ پایگاه مجلات تخصصی نور (Noormags)؛ پایگاه استنادی سیویلیکا (www.civilica.com)؛ مرکز اطلاعات علمی جهاد دانشگاهی (SID)؛ پرتال جامع علوم انسانی (ensani.ir)؛ سامانه نشریه: (jf.isca.ac.ir)؛ کتابخوان همراه پژوهان (pajooahaan.ir) و پرتال نشریات دفتر تبلیغات اسلامی (http://journals.dte.ir) نمایه می شود.  
۲. به استناد ماده واحده مصوبه جلسه ۶۲۵ مورخ ۱۳۸۷/۰۳/۲۱ شورای عالی انقلاب فرهنگی «مصوبات شورای عالی حوزه علمیه قم در خصوص اعطای امتیاز علمی، تأسیس انجمن‌های علمی، قطب‌های علمی و واحدهای پژوهشی و همچنین امتیازات کرسی‌های نظریه‌پردازی، نقد و مناظره و آزاداندیشی در حوزه، دارای اعتبار رسمی بوده و موجد امتیازات قانونی در دانشگاه‌ها و حوزه‌های علمیه می‌باشد».

فصلنامه فقه در پایگاه استنادی علوم جهان اسلام (ISC)؛ بانک اطلاعات نشریات کشور (Magiran)؛ پایگاه مجلات تخصصی نور (Noormags)؛ پایگاه استنادی سیویلیکا (www.civilica.com)؛ مرکز اطلاعات علمی جهاد دانشگاهی (SID)؛ پرتال جامع علوم انسانی (ensani.ir)؛ سامانه نشریه: (jf.isca.ac.ir)؛ کتابخوان همراه پژوهان (pajooahaan.ir) و پرتال نشریات دفتر تبلیغات اسلامی (http://journals.dte.ir) نمایه می شود.  
هیئت تحریریه در اصلاح و ویرایش مقاله‌ها آزاد است. □ دیدگاه‌های مطرح شده در مقالات صرفاً نظر نویسندگان محترم آنهاست. نشانی: قم، پردیسان، انتهای بلوار دانشگاه، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، طبقه همکف، اداره نشریات.



صندوق پستی: ۳۶۸۸ / ۳۷۱۸۵ \* تلفن: ۳۱۱۵۶۹۱۲ - ۰۲۵  
رایانامه: Fefq.osul@gmail.com \* آدرس سامانه: Jf.isca.ac.ir

چاپ: مؤسسه بوستان کتاب قیمت: ۳۵۰۰۰ تومان

## اعضای هیئت تحریریه

(به ترتیب حروف الفبا)

### عبدالرضا ایزدپناه

(عضو هیئت امنای دفتر تبلیغات اسلامی)

### رضا اسفندیاری (اسلامی)

(دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

### سیداحمد حسینی

(عضو شورای نگهبان و مجلس خبرگان رهبری)

### محمد زروندی رحمانی

(دانشیار جامعه المصطفی العالمیه)

### سیدعباس صالحی

(استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

### سیف‌الله صرامی

(دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

### احمد مبلغی

(عضو مجلس خبرگان رهبری)

### سیدضیاء مرتضوی

(دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

### محمدصادق مزینانی

(پژوهشگر سطح چهار حوزه علمیه قم)

### محمدحسن نجفی راد

(استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

## داوران این شماره

محمدرسول آهنگران، اسدالله رضایی، طه زرگریان، عادل ساریخانی، محمدجعفر صادق‌پور، سیف‌الله صرامی، حسنعلی علی‌اکبریان، مهدیه غنی‌زاده، سیدضیاء مرتضوی، محسن ملک‌افضلی اردکانی.

## فراخوان دعوت به همکاری

فصلنامه علمی - پژوهشی **فقه** با بهره‌مندی از ظرفیت‌های علمی و فکری نخبگان حوزوی و دانشگاهی و مراکز علمی و فقهی و با هدف تولید دانش و ترویج یافته‌های پژوهش و آثار دانشمندان در حوزه مباحث فقه استدلالی، قواعد فقهی، موضوع‌شناسی فقهی، دیدگاه‌های جدید فقه‌های مذاهب و پاسخ به مسئله‌ها و نیازها و بازنشر تازه‌های مطالعات نوین فقهی از سوی پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی (پژوهشکده فقه و حقوق) به صورت دیجیتال منتشر می‌شود.

### اهداف فصلنامه علمی - پژوهشی «فقه»

۱. توسعه و تعمیق مباحث فقهی
۲. تبیین روش‌های اجتهادی و تحول و تکامل بخشی به شیوه‌های اجتهاد
۳. نقد و بررسی آراء و انظار فقیهان بزرگ در جهت پیشبرد مباحث فقهی
۴. پاسخ‌گویی به نیازهای نظام اسلامی و ارائه الگوی مناسب برای مباحث فقهی
۵. ارتباط بخشی میان حوزه و مراکز علمی دیگر در جهت توانمندسازی دانش فقه
۶. آزاداندیشی و استفاده از ظرفیت نخبگان حوزوی و دانشگاهی در جهت ارتقاء سطح گفت‌وگوهای علمی

### اولویت‌های پژوهشی و رویکردهای اساسی فصلنامه علمی - پژوهشی فقه

۱. روش‌شناسی فقهی و اجتهادی
۲. شناسایی مکاتب و منابع فقهی
۳. توسعه و تعمیق ادله فقهی
۴. بازخوانی تراث فقهی و تنقیح و تهذیب و تکمیل مباحث
۵. تحلیل و نقد دیدگاه‌های خاص فقهی
۶. پاسخ به مسائل جدید فقهی بویژه نیازهای نظام اسلامی در حوزه تقنین و اجرا
۷. موضوع‌شناسی فقهی موضوعات مستحدثه

از کلیه صاحب‌نظران، اساتید و پژوهشگران علاقه‌مند دعوت می‌شود تا آثار خود را جهت بررسی و نشر در فصلنامه علمی - پژوهشی فقه بر اساس ضوابط و شرایط مندرج در این فراخوان از طریق سامانه نشریه به آدرس [jf.isca.ac.ir](http://jf.isca.ac.ir) ارسال نمایند.

## راهنمای تنظیم و ارسال مقالات

### شرایط اولیه پذیرش مقاله

- ✓ نشریه فقه در پذیرش یا رد و ویرایش علمی و ادبی مقالات، آزاد است.
- ✓ مقالات ارسالی به نشریه فقه نباید قبلاً در جای دیگری ارائه یا منتشر شده و یا همزمان جهت انتشار به نشریات دیگر ارسال شده باشند.
- ✓ با توجه به اینکه همه مقالات فارسی ابتدا در سامانه سمیم نور مشابهت یابی می شوند، برای تسریع فرایند داوری بهتر است نویسندگان محترم قبل از ارسال مقاله، از اصالت مقاله خود از طریق این سامانه مطمئن شوند.
- ✓ نشریه فقه از دریافت مقاله مجدد از نویسندگانی که مقاله دیگری در روند بررسی دارند و هنوز منتشر نشده، معذور است.
- ✓ مقاله در محیط Word با پسوند DOCX (با قلم Noorzar نازک ۱۳ برای متن و Times New Roman نازک ۱۰ برای انگلیسی) حروف چینی گردد.

### شرایط مقالات استخراج شده از آثار دیگر: چنانچه مقاله مستخرج از هر کدام از موارد ذیل باشد،

- نویسنده موظف است اطلاعات دقیق اثر وابسته را ذکر کند. در غیر این صورت در هر مرحله ای که نشریه متوجه عدم اطلاع رسانی نویسنده شود، مطابق مقررات برخورد می کند:
- پایان نامه (عنوان کامل، استاد راهنما، تاریخ دفاع، دانشگاه محل تحصیل)
- \*\*\* مقاله ارسالی از دانشجویان (ارشد و دکتری) به تنهایی قابل پذیرش نبوده و ذکر نام استاد راهنما الزامی می باشد.
- طرح پژوهشی (عنوان کامل طرح، تاریخ اجرا، همکاران طرح، سازمان مربوطه)
- ارائه شفاهی در همایش و کنگره (عنوان کامل همایش یا کنگره، تاریخ، سازمان مربوطه)

### روند ارسال مقاله به نشریه: نویسندگان باید فقط از طریق بخش ارسال مقاله سامانه نشریه جهت ارسال مقاله

- اقدام کنند، به مقالات ارسالی از طریق ایمیل یا ارسال نسخه چاپی ترتیب اثر داده نخواهد شد.
- ✓ برای ارسال مقاله، نویسنده مسئول باید ابتدا در بخش «ارسال مقاله» اقدام به ثبت نام در سامانه نشریه نماید.
- ✓ نویسندگان باید همه مراحل ارزیابی مقاله را صرفاً از طریق صفحه شخصی خود در سامانه مجله دنبال نمایند.

### قالب و موضوع مقالات مورد پذیرش

- نشریه فقه فقط مقالاتی را که حاصل دستاوردهای پژوهشی نویسنده و حاوی یافته های جدید است را می پذیرد.
- مجله از پذیرش مقالات مروری صرف، گردآوری، گزارشی و ترجمه معذور است.

### فایل هایی که در زمان ثبت نام نویسنده مسئول باید در سامانه بارگذاری کند:

- ✓ فایل اصلی مقاله (بدون مشخصات نویسندگان)
- ✓ فایل مشخصات نویسندگان (به زبان فارسی و انگلیسی)
- ✓ فایل تعهدنامه (با امضای همه نویسندگان)

**تذکره:** (ارسال مقاله برای داوری، مشروط به ارسال سه فایل مذکور و ثبت صحیح اطلاعات در سامانه است).  
✓ تکمیل و ارسال فرم عدم تعارض منافع، توسط نویسنده مسئول الزامی می‌باشد.

**حجم مقاله: واژگان کل مقاله:** بین ۵۰۰۰ تا ۷۵۰۰ واژه؛ **کلیدواژه‌ها:** ۴ تا ۸ کلیدواژه؛ **چکیده:** ۱۵۰ تا ۲۰۰ واژه (چکیده باید شامل هدف، مساله یا سوال اصلی پژوهش، روش‌شناسی و نتایج مهم پژوهش باشد).  
**نحوه درج مشخصات فردی نویسندگان:** نویسنده مسئول در آثاری که بیش از یک نویسنده دارند باید حتماً مشخص باشد. عبارت (نویسنده مسئول) جلوی نام نویسنده مورد نظر درج شود. فرستنده مقاله به‌عنوان نویسنده مسئول در نظر گرفته می‌شود و کلیه مکاتبات و اطلاع‌رسانی‌های بعدی با وی صورت می‌گیرد.

**وابستگی سازمانی نویسندگان باید دقیق و مطابق با یکی از الگوی های ذیل درج شود:**

۱. **اعضای هیات علمی:** رتبه علمی (مربی، استادیار، دانشیار، استاد)، گروه، دانشگاه، شهر، کشور، پست الکترونیکی سازمانی.
۲. **دانشجویان:** دانشجوی (کارشناسی، کارشناسی ارشد، دکتری) رشته تحصیلی، دانشگاه، شهر، کشور، پست الکترونیکی سازمانی.
۳. **افراد و محققان آزاد:** مقطع تحصیلی (کارشناسی، کارشناسی ارشد، دکتری) رشته تحصیلی، سازمان محل خدمت، شهر، کشور، پست الکترونیکی سازمانی.
۴. **طلاب:** سطح (۲، ۳، ۴)، رشته تحصیلی، حوزه علمیه/مدرسه علمیه، شهر، کشور، پست الکترونیکی.

**ساختار مقاله:** بدنه مقاله باید به ترتیب شامل بخش‌های ذیل باشد:

۱. **عنوان؛**
۲. **چکیده فارسی** (تبیین موضوع/مساله/سوال، هدف، روش، نتایج)؛
۳. **مقدمه** (شامل تعریف مساله، پیشینه تحقیق (فارسی و انگلیسی)، اهمیت و ضرورت انجام پژوهش و دلیل جدید بودن موضوع مقاله)؛
۴. **بدنه اصلی** (توضیح و تحلیل مباحث)؛
۵. **نتیجه‌گیری** (بحث و تحلیل نویسنده)؛

**بخش تقدیر و تشکر:** پیشنهاد می‌شود از مؤسسه‌های همکار و تأمین‌کننده اعتبار بودجه پژوهش نام برده شود. از افرادی که به نحوی در انجام پژوهش مربوطه نقش داشته، یا در تهیه و فراهم‌نمودن امکانات مورد نیاز تلاش نموده‌اند و نیز از افرادی که به نحوی در بررسی و تنظیم مقاله زحمت کشیده‌اند، با ذکر نام، قدردانی و سپاس‌گزاری شود. کسب مجوز از سازمان‌ها یا افرادی که نام آنها برای قدردانی ذکر می‌شوند، الزامی است؛  
**منابع** (منابع غیرانگلیسی علاوه بر زبان اصلی، باید به زبان انگلیسی نیز ترجمه شده و با شیوه‌نامه APA ویرایش و بعد از بخش فهرست منابع، ذیل عنوان **References** درج شوند).

**روش استناددهی:** APA (درج پانویس، ارجاعات درون متن و فهرست منابع) می‌باشد که لینک

دانلود فایل آن در سامانه نشریه (راهنمای نویسندگان) موجود می‌باشد.

## فهرست مقالات

- ۹ مقایسه نظریه تزامم واجبات شرطی در قانون گذاری  
با نظریات دیگر  
حسنعلی علی اکبریان
- ۳۵ امکان سنجی مسئولیت مدانی  
در زیان های پسمانده های فضایی  
علی اکبر ایزدی فرد - حمزه نظریور
- ۷۲ نقش انواع پرداخت کننده های مالی  
در قماربودن بازی های رایانه ای  
محمدعلی خادمی کوشا - عسکر درخشان دوست
- ۱۰۲ نقش شئون معصوم در کشف حکم (استظهار اولی)  
سید محمدرضی آصف آگاه
- ۱۳۸ بررسی فقهی ضمان خسارت مادی مستند به خطای مشاور  
در مشاوره های روان شناختی غیرتبرعی  
حسین رادمرد - سید علی سیدموسوی - اکبر نجم
- ۱۷۱ حقوق مالی قابل ارث در فقه امامیه و حقوق ایران  
محمد سلطانیه - عزیزالله فهیمی
- ۲۰۱ راهکار فقهی رفع تعارض منافع  
در اجرای قوانین و مقررات حفاظت محیط زیست  
حسین شاه بیگ - محمد جواد حیدری - محمد نوذری فردوسی



## Research Article

# A Comparison of the Theory of Conflict of Conditional Obligations in Legislation with Other Theories (In the field of legislation based on secondary titles)

Hassanali Aliakbarian<sup>1</sup>

Received: 18/09/2021

Accepted: 17/03/2022

### Abstract

The theory of "conflict of conditional obligations in legislation" is about the scope and rules of legislation based on secondary titles. According to this theory, it is wajib (obligatory) in legislation that the rulings of Islam (including permissible, obligatory and status) and the goals of religion and the purposes of Sharia need to be all considered; that is, it is the condition of correctness, and is considered as the conditional obligation in legislation. These conditional obligations may conflict with each other, and it is in this conflict that the legislature finds the permission of legal silence or the permission of legislation contrary to the religious ruling. In the present article, this theory is compared with other theories in this regard, their

---

1. Associate Professor, Department of Philosophy of Jurisprudence and Law, Research Center for Jurisprudence and Law, Islamic Sciences and Culture Academy, Qom, Iran. ha.aliakbarian@isca.ac.ir.

\* Aliakbarian, H. A. (1401 AP). The Comparison of the Theory of Conflict of Conditional Obligations in Legislation with Other Theories (In the field of legislation based on secondary titles). *Journal of Fiqh*, 29(109), pp. 9-33. Doi: 10.22081/jf.2022.61922.2375.

Copyright © 2021, Author (s). This is an open-access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution-Non Commercial 4.0 International License (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>) which permits copy and redistribute the material just in noncommercial usages, provided the original work is properly cited.

commonalities and differences are described in detail, and through this comparison, the author has both explained the independence of the theory of the conflict of conditional obligations in legislation based on those theories, and has clarified the scope and rules of legislation based on secondary titles according to these theories. The proof of this theory has already been explained in the paper *The Theory of Conditional Obligations in Legislation* and here it is only compared with other theories. The method of this comparison is analytical and based on library sources. The result of this paper is a detailed explanation of the scope and rules of legislation and legal silence based on secondary titles, and it can be applied in the legislative system of the Islamic Republic of Iran , regarding the duties of the Guardian Council and the Expediency Discernment Council in legislation.

**Keywords**

Legislation, secondary titles, obligatory rulings, status rulings, goals of religion, purposes of Sharia, interests.



### مقاله پژوهشی

## مقایسه نظریه تراحم واجبات شرعی در قانون‌گذاری با نظریات دیگر (در حوزه قانون‌گذاری بر اساس عناوین ثانوی)

حسنعلی علی‌اکبریان<sup>۱</sup>

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۲/۲۶

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۶/۲۷

### چکیده

نظریه «تراحم واجبات شرعی در قانون‌گذاری» درباره قلمرو و ضوابط قانون‌گذاری بر اساس عناوین ثانوی است. بر اساس این نظریه، رعایت احکام اسلام (اعم از مباح، الزامی و وضعی) و اهداف دین و مقاصد شریعت در قانون‌گذاری واجب است؛ یعنی شرط صحت، و واجب شرعی در قانون‌گذاری است. این واجبات شرعی ممکن است با یکدیگر تراحم کنند و در این تراحم است که قانون‌گذار جواز سکوت ثانوی یا جواز قانون‌گذاری مغایر با حکم شرعی را می‌یابد. در مقاله حاضر، این نظریه با نظریات دیگر در این باره مقایسه شده، اشتراکات و افتراقات آنها به تفصیل بیان شده، و نویسنده از گذر این مقایسه، هم استقلال نظریه تراحم واجبات شرعی در قانون‌گذاری از آن نظریات را تبیین کرده، و هم قلمرو و ضوابط قانون‌گذاری بر اساس عناوین ثانویه را طبق این نظریات روشن کرده است. اثبات این نظریه قبلاً در مقاله «نظریه واجبات شرعی در قانون‌گذاری» تبیین شده و در اینجا صرفاً با نظریات دیگر مقایسه می‌شود. روش این مقایسه تحلیلی و بر اساس منابع کتابخانه‌ای است. دستاورد این مقاله تبیین دقیق قلمرو و ضابطه قانون‌گذاری و سکوت ثانوی بر اساس عناوین ثانوی، و کاربرد آن در نظام قانون‌گذاری جمهوری اسلامی، درباره وظایف شورای نگهبان و مجمع تشخیص مصلحت در قانون‌گذاری است.

### کلیدواژه‌ها

قانون‌گذاری، عناوین ثانوی، احکام تکلیفی، احکام وضعی، اهداف دین، مقاصد شریعت، مصالح.

۱. دانشیار گروه فلسفه فقه و حقوق پژوهشکده فقه و حقوق پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم، ایران.

ha.aliakbarian@isca.ac.ir

\* علی‌اکبریان، حسنعلی. (۱۴۰۱). مقایسه نظریه تراحم واجبات شرعی در قانون‌گذاری با نظریات دیگر (در حوزه قانون‌گذاری بر اساس عناوین ثانوی). فصلنامه علمی - پژوهشی فقه، ۲۹(۱۰۹)، صص ۹-۳۳.

Doi:10.22081/jf.2022.61922.2375.

اعمال ولایت در حکومت اسلامی غالباً به صورت قانون گذاری است. در نظام قانون گذاری جمهوری اسلامی، فقهای شورای نگهبان متصدی تشخیص عدم مخالفت قوانین با احکام اسلام هستند. اگر آنان قانونی را مغایر با حکم شرعی تشخیص دادند رد می کنند، و اگر مصدر آن قانون (یعنی صاحب لایحه یا طرح) بر آن پافشاری کرد، آن قانون مردود، به مجمع تشخیص مصلحت می رود تا اگر آنان آن را مصلحت دیدند، مادام که مصلحت وجود دارد تصویب کنند. مشروعیت این قوانین به اعمال ولایت است. اینکه قانون گذار در چه قلمروی از احکام شرعی و با چه ضابطه ای می تواند قانونی را مغایر با حکم شرعی وضع کند، از مباحث مهم در بحث اختیارات ولایت فقیه است.

نظریات متفاوتی درباره قلمرو و ضابطه قانون گذاری مغایر با احکام اولی اسلام بر اساس عناوین ثانوی وجود دارد. یکی از این نظریات «نظریه واجبات شرطی در قانون گذاری» است. این نظریه در کرسی تخصصی نوآوری، در پژوهش گاه علوم و فرهنگ اسلامی، در تاریخ ۱۹ دی ۱۳۹۸ به تصویب رسید و ارکان و ادله آن، در مقاله ای با همین نام به تفصیل بیان شده است. در مقاله حاضر، این نظریه به همراه نظریات و آرای دیگری در این باره به اجمال معرفی می شود و اشتراکات و افتراقات نظریه واجبات شرطی در قانون گذاری با آنها بیان می گردد. در این مقاله، بر اساس «تعرف الأشياء بأضدادها» از گذر تبیین این اشتراکات و افتراقات، قلمرو و ضوابط قانون گذاری بر اساس عناوین ثانویه، بر طبق این نظریات روشن شده است.

محل بحث این مقاله، قانون گذاری به معنای خاص، در موارد وجود حکم شرعی است. بنابراین، اولاً از وضع آیین نامه و دستورالعمل و مانند آن که قانون به معنای اعم هستند، و نیز از قوانینی که ربطی به حکم شرعی ندارند، سخن گفته نمی شود.

روش این مقایسه تحلیلی و بر اساس منابع کتابخانه ای است. دستاورد این مقاله تبیین دقیق قلمرو و ضابطه قانون گذاری و سکوت قانونی بر اساس عناوین ثانوی، از دیدگاه

نظریات و آرای مطرح شده است، و کاربرد آن در نظام قانون گذاری جمهوری اسلامی، درباره وظایف شورای نگهبان و مجمع تشخیص مصلحت در قانون گذاری است.

### ۱. تبیین اجمالی نظریه واجبات شرعی در قانون گذاری

رعایت احکام اسلام (اعم از مباح، الزامی و وضعی) و اهداف دین و مقاصد شریعت در قانون گذاری واجب است. یعنی شرط صحت قانون گذاری، و واجب شرعی در قانون گذاری است. اگر وجوب رعایت حکم شرعی در قانون گذاری با وجوب رعایت حکم شرعی دیگر یا با وجوب رعایت هدفی از اهداف دین یا مقصدی از مقاصد شریعت در قانون گذاری تراحم کرد، و قانون گذار طرف دوم را اهم دانست، باید برای رعایت آن، قانون را مطابق طرف اهم وضع کند. اما محل بحث این نظریه در موضع گیری قانون گذار در برابر حکم غیراهم است. بر اساس این نظریه، باید قانونی که مربوط به حکم غیراهم است مسکوت گذاشته شود یا مغایر با آن و مناسب با حکم اهم وضع شود. از آنجا که احکام مباح و الزامی و وضعی، و نیز اهداف دین و مقاصد شریعت، موضوع این واجب شرعی هستند، می توانند از این طریق طرف تراحم قرار گیرند. معیار جواز سکوت قانون و نیز قانون گذاری مغایر با حکم شرعی، رعایت مرجحات همین تراحم است. این نظریه تأکید دارد که تراحم یادشده میان خود احکام اسلام نیست، بلکه میان وجوب رعایت آنها در قانون گذاری است، و این وجوب وجوب نفسی نیست، بلکه وجوب شرعی در قانون گذاری است؛ یعنی هر جا قانون گذار خواست قانونی وضع کند، جواز قانون گذاری او مشروط به رعایت احکام اسلام و اهداف و مقاصد آن است. از همین رو است که معتقد است میان احکام مباح و الزامی و وضعی، و نیز اهداف و مقاصد اسلام، از این حیث که می توانند موضوع این وجوب رعایت قرار گیرند، تفاوتی نیست.

### ۲. تبیین اجمالی سایر نظریات و آرا

در برابر این نظریه، نظریات و آرای دیگری نیز وجود دارد که هریک قلمرو و ضابطه

این اختیارات را ارائه داده است. این نظریات و آرا به سه گروه تقسیم می‌شود:

- گروه نخست: این اختیارات را در مباحات و با ضابطه مصلحت دانسته‌اند؛ مانند علامه طباطبایی و شهید صدر.
- گروه دوم: الزامیات را نیز با ضابطه تزام میان احکام الزامی، به آن اضافه کرده‌اند؛ مانند استاد هادوی.
- گروه سوم: احکام وضعی را به آن اضافه کرده و ضابطه اهم و مهم را در مقایسه این احکام با یکدیگر و با مصالح ارائه داده‌اند، اما نه روشن کرده‌اند که چگونه مصالح با احکام سنجیده می‌شود و نه بیان کرده‌اند که چگونه احکام مباح و وضعی در این مقایسه قرار می‌گیرد. آیا این مقایسه به تزام ملاکی است یا تزام امتثالی یا اصلاً از باب تزام نیست؟

## ۱-۲. نظریه اختیار قانون‌گذاری مغایر با احکام تکلیفی مباح

علامه طباطبایی (طباطبایی، ۱۴۰۷ق، ج ۴، ص ۱۹۴) و شهید صدر (صدر، ۱۳۸۲، صص ۶۸۹-۶۸۷) از کسانی هستند که اختیارات حکومت اسلامی در این رابطه را در قلمرو مباحات می‌دانند. مهم‌ترین دلیل اینان - با استناد به آیه «النبی اولى بالمؤمنین من أنفسهم» (احزاب، ۶) و با تشبیه اختیار حکومت به اختیار فرد مکلف در مباحات (طباطبایی، ۱۴۰۷ق، ج ۴، ص ۱۹۴) - آن است که قانون‌گذاری در این قلمرو باعث مخالفت با حکم شرعی نمی‌شود، زیرا حکم مباح مخالفت ندارد؛ پس اگر حاکم اسلامی مباحی را ممنوع کرد یا آن را الزامی کرد، با حکم شرعی مخالفت نکرده است یا باعث تغییر حکم شرعی نشده است. ضابطه اینان در جواز وضع قانون مغایر با حکم شرعی مباح، وجود مصلحت (طباطبایی، ۱۴۰۷ق، ج ۴، ص ۱۹۴؛ صدر، ۱۳۸۲، ص ۴۱۱) یا مصلحت عام اجتماعی (صدر، ۱۳۸۲، ص ۴۴۵) در آن است.

## ۲-۲. نظریه اختیار قانون‌گذاری مغایر با احکام تکلیفی مباح و الزامی

صاحبان این نظریه با نظریه نخست در قلمرو مباحات موافق‌اند، ولی این اختیار را

شامل احکام الزامی نیز می‌دانند (هادوی، ۱۳۷۷، صص ۱۳۱-۱۳۰؛ مؤمن قمی، ۱۴۱۵ق، ص ۲۳). ضابطه اینان در وضع قانون مغایر با احکام تکلیفی الزامی، وقوع تراحم میان آنها است (هادوی، ۱۳۷۷، صص ۱۳۱-۱۳۰؛ مؤمن قمی، ۱۴۱۵ق، ص ۲۳).

### ۲-۳. رأی اختیار قانون‌گذاری مغایر با مطلق احکام شرعی و بر اساس مصالح و مقاصد

در کنار دو نظریه نخست، آرای دیگری وجود دارد که گرچه در برخی زوایا از دو نظریه یادشده گسترده‌ترند، اما به دلیل فقدان نظریه‌پردازی در اعطای ضابطه دقیق، با تعبیر رأی و نظر ارائه می‌شوند. در مقایسه این آرا با نظریه واجبات شرطی در قانون‌گذاری، مشکلات ناشی از فقدان نظریه‌پردازی در آنها روشن خواهد شد. از صاحبان این آرا به دو مورد اشاره می‌شود:

الف. کسانی که قلمرو احکام وضعی را مشمول چنین اختیاری دانسته‌اند (ارسطا، ۱۳۹۲، صص ۶۷۶-۶۵۳)، اما ضابطه آن را به‌طور کلی مصلحت اسلام و مسلمین (ارسطا، ۱۳۹۲، ص ۶۵۴) یا مصلحت اهم (ارسطا، ۱۳۹۲، ص ۶۵۶) معرفی کرده‌اند، ولی معلوم نکرده‌اند که چگونه این مصلحت و نیز احکام وضعی، طرف مقایسه با احکام تکلیفی الزامی قرار می‌گیرند؛ یعنی آیا این مقایسه به تراحم ملاکی است یا تراحم امثالی یا اصلاً از باب تراحم نیست.

ب. کسانی که مقاصد شریعت را هم در کنار احکام اسلام در قانون‌گذاری لازم‌الرعایه دانسته‌اند (صرامی، ۱۳۹۲، صص ۶۲۱-۶۱۹؛ جوادی آملی، ۱۳۶۸، صص ۹۱-۸۶)، ولی نظریه‌ای جز کلیت اهم و مهم در مقایسه مقاصد با احکام، یا مقایسه احکام وضعی و مباح در این اهم و مهم ارائه نداده‌اند.

نظریه تراحم واجبات شرطی در قانون‌گذاری، از حیث قلمرو در زمره این گروه قرار دارد، با این تفاوت که قلمرو و ضابطه این اختیارات را در ضمن یک نظریه تنظیم کرده است؛ نظریه‌ای که باعث می‌شود تفاوت‌های بسیاری میان آن و سایر آرا پدید آید.

### ۳. اشتراک نظریه مختار با نظریات رقیب و نظرهای دیگر

اشتراک نظریه مختار با نظریه نخست، در پذیرش اصل اختیار الزام حکومتی در مباحات است.

اشتراک نظریه مختار با نظریه دوم، در پذیرش اصل اختیار الزام حکومتی در همه احکام تکلیفی و نیز استفاده از ابزار تراحم است.

اشتراک نظریه مختار با آرای دیگر، در پذیرش اصل اختیار وضع قوانین حکومتی در دایره همه احکام شرعی و دخالت مقاصد شریعت در این رابطه است. اما افتراق نظریه مختار از دو نظریه رقیب و آرای دیگر، با تفصیل بیشتری بیان می‌شود:

### ۴. افتراق نظریه مختار با نظریه نخست

نظریه مختار سه افتراق با نظریه نخست دارد:

۱. صاحبان نظریه نخست، فقط در دایره مباحات به اختیارات حاکم تصریح کرده‌اند، و آن را شامل الزامیات و احکام وضعی نمی‌دانند، و اگر دیگرانی آن را به الزامیات نیز توسعه داده‌اند توسعه این دیگران است، و به فرض پذیرش این توسعه نیز شامل احکام وضعی نمی‌شود.

۲. نظریه نخست، الزام حکومتی در مباحات را مخالفت با حکم شرعی نمی‌داند، در حالی که نظریه مختار آن را مخالفت با حکم شرعی دانسته، رعایت مباحات را در الزامات حکومتی مانند رعایت احکام الزامی واجب می‌داند.

۳. سومین افتراق که تابع افتراق دوم است آنکه نظریه نخست معیار قانون‌گذاری الزامی در دایره مباحات را وجود مصلحت می‌داند، ولی نظریه مختار معیار آن را مرجحات تراحم واجبات شرطی در قانون‌گذاری می‌داند. معیار نظریه مختار منضبط است، در حالی که معیار نظریه نخست این انضباط را ندارد. عدم انضباط در این معیار باعث می‌شود وجود هر مصلحتی به هر میزان از اهمیت، مجوز الزام حکومتی در مباحات شرعی شود، و یا قابل قضاوت و ارزیابی نباشد؛ زیرا این نظریه از ابتدا الزام حکومتی در مباحات را مخالفت با حکم شرعی نمی‌داند.

#### ۴-۱. توضیح افتراق نخست

علامه طباطبایی در مقاله «ولایت و زعامت» (طباطبایی، بی‌تا، صص ۸۳-۸۲) پس از آنکه حاکم اسلامی را به پدر خانواده، و احکام اسلام را به قوانین لازم‌الاجرای کشوری که آن خانواده در آن زندگی می‌کنند تشبیه می‌کند، معتقد است قوانین لازم‌الاجرای این خانواده دو دسته است: یکی قوانین کشور که ثابت هستند و پدر نقشی در تغییر آن ندارد، و دیگری تصمیمات او در اداره زندگی خانوادگی‌اش که متغیر و بر اساس مصالح است. به همین نسبت، احکام اسلام ثابت است و حاکم اسلامی نقشی در آن ندارد و تصمیمات حاکم اسلامی برای اداره جامعه‌اش متغیر و بر اساس مصالح است. علامه در این مقاله، ولو تصریح نکرده است که حوزه اختیارات تصمیمات حکومتی فقط حوزه مباحات است، ولی از تعبیر «لازم‌الاجرا» می‌توان چنین برداشتی را داشت. علامه، اما در تفسیر المیزان تشبیهی دیگر و بیان روشن‌تری دارد؛ او اختیارات حاکم اسلامی در وضع قوانین متغیر را به اختیارات شخص مکلف در رفتار فردی خود در مباحات تشبیه کرده و می‌گوید:

و سخن کوتاه اینکه قوانین اسلامی و احکامی که در آن است به حسب مبنا و مشرب با سایر قوانین اجتماعی که در بین مردم دایر است تفاوت دارد، و آن تفاوت این است که قوانین و سنت‌های بشری به اختلاف اعصار و دگرگونی‌هایی که در مصالح بشر پدید می‌آید دگرگون می‌شود؛ اما قوانین اسلامی به خاطر اینکه مبنایش مصالح و مفاسد واقعی است، اختلاف و دگرگونی نمی‌پذیرد؛ نه واجب و حرامش، و نه مستحب و مکروه و مباحش. چیزی که هست اینکه کارهایی که یک فرد از جامعه می‌تواند انجام بدهد یا ندهد و هر تصرفی را که می‌تواند بکند یا نکند، زمام‌دار جامعه می‌تواند مردم را به آن وادارد یا از آن بازدارد؛ گویا جامعه اسلامی یک فرد است، و زمام‌دار نیروی فکری و اراده‌کننده او است. بنابراین اگر جامعه اسلامی دارای زمام‌دار باشد، او می‌تواند مردم را از ظلم‌هایی که به اسم تعدد زوجات و مانند آن انجام می‌دهند منع کند، بدون آنکه تغییری در حکم شرعی به اباحه آن ایجاد شده

باشد. این ممنوعیتِ حکومتی، یک تصمیمِ اجراییِ عمومی از روی مصلحت است، مانند تصمیم یک فرد بر ترک تعدد زوجات به دلیل مصلحتی که خود تشخیص داده است، بدون اینکه تغییری در حکم شرعی داده باشد؛ چراکه این ترک کردن به دلیل آن است که تعدد زوجات یک حکم مباح است که او می‌تواند تصمیم به ترک آن بگیرد (طباطبایی، ۱۴۰۷ق، ج ۴، ص ۱۹۴).

قلمرو اختیارات حاکم اسلامی در این عبارت، فقط شامل مباحات به معنای اعم می‌شود، زیرا گفته است «أن الأفعال التي للفرد من المجتمع أن يفعلها أو يتركها وكل تصرف له أن يتصرف به أو يدعه... من غير أن يتغير الحكم الإلهي بإباحته... لأنه حكم إباحي له أن يعزم على تركه»؛ گرچه علامه در فراز نخست، به اباحه تصریح نکرده، و عبارت او می‌تواند شامل منطقه العفو نیز شود، اما در دو فراز دیگر به آن تصریح کرده است.

شهید صدر نیز در اقتصادنا تصریح کرده است که اختیارات حاکم اسلامی در وضع قوانین الزامی، بر اساس مصالح، فقط در موضوعاتی است که شارع در آنها حکم الزامی ندارد؛ یعنی این اختیارات را در قلمرو مباحات به معنای اعم دانسته است. می‌گوید:

هر فعالیت و عملی که نص تشریحی بر حرمت و وجوب آن وارد نشده باشد، ولی امر می‌تواند با امر یا نهی خود، یک صفت ثانوی به آن بدهد... اما افعالی که تشریح تحریم آن به شکل عام ثابت شده باشد، مانند ربا، ولی امر حق امر به آن را ندارد. همچنین فعلی که شریعت به وجوب آن حکم کرده باشد، مانند انفاق زوج به زوجه، ولی امر نمی‌تواند از آن منع کند؛ زیرا اطاعت از اولی الامر در محدوده‌ای لازم است که با اطاعت از خدا و احکام عام او معارض نباشد (صدر، ۱۳۸۲، ص ۷۲۶).

در این عبارت، گرچه تعبیر صدر آن، یعنی «هر فعالیت و عملی که نص تشریحی بر حرمت و وجوب آن وارد نشده باشد» شامل مباحات و احکام وضعی می‌شود، ولی با توجه به تعلیل ذیل آن، شامل احکام وضعی نمی‌شود؛ زیرا احکام وضعی از حیث معارضتِ مذکور در این تعلیل، مانند احکام تکلیفی الزامی هستند؛ گذشته از اینکه



هیچ‌یک از شاگردان شهید نیز ادعای منطقه‌الفراغ او را شامل احکام وضعی ندانسته‌اند. برخی از شاگردان شهید صدر عبارتی دارند که می‌توان آن را به‌نوعی، توسعه منطقه‌الفراغ به احکام الزامی در ظرف تراحم با حکم اهم دانست. استاد بزرگوار نویسنده، حضرت آیه‌الله العظمی سید کاظم حسینی حائری حفظه الله می‌گوید: «تغییر حکم اولی به حکم ولایی فقط در جایی جایز است که حکم اولی الزامی نباشد. و تبدیل حکم اولی الزامی جایز نیست، مگر اینکه موضوعش عوض شود، گرچه این عوض شدن موضوع، بر اساس تراحم باشد» (حسینی حائری، ۱۴۱۴ق، ص ۱۶۵).

ظاهراً مقصود ایشان آن است که در حالت تراحم دو حکم الزامی، حکم اهم، به فعلیت خود باقی مانده، و حکم مهم، از فعلیت ساقط می‌شود. در این حالت، حکم مهم، فعلیت نخواهد داشت، و حکم الزامی به شمار نمی‌آید؛ پس وضع حکم ولایی بر خلاف آن، جایز می‌شود.

به عبارت دیگر، در حالتی که حکم مهم از فعلیت ساقط شده است، اگر حاکم اسلامی حکمی الزامی در مخالفت آن (مطابق حکم اهم) صادر کند، اطاعت از حکم حاکم اسلامی هیچ مخالفت عملی‌ای با احکام شارع در پی نخواهد داشت.

آیا این ادعا را می‌توان به شهید صدر نیز نسبت داد؟ ظاهراً این سخن را می‌توان به‌عنوان تکمیل (نه توضیح) بر سخن شهید صدر دانست، و عبارات شهید صدر تاب آن را ندارد؛ زیرا گرچه شهید صدر معیار جواز دخالت حاکم در مباحات را این دانسته که اطاعت از او باعث مخالفتی با شارع نمی‌شود، ولی بارها تصریح کرده است که او این اختیار را فقط در جایی می‌پذیرد که شارع حکم الزامی اولی نداشته باشد. برای نمونه می‌گوید:

هر فعالیت و عملی که نص تشریحی بر حرمت و وجوب آن وارد نشده باشد، ولی امر می‌تواند با امر یا نهی خود، یک صفت ثانوی به آن بدهد... اما افعالی که تشریح تحریم آن به‌شکل عام ثابت شده باشد، مانند ربا، ولی امر حق امر به آن را ندارد. همچنین فعلی که شریعت به وجوب آن حکم کرده باشد، مانند انفاق زوج به زوجه، ولی امر نمی‌تواند از آن منع کند؛ زیرا اطاعت از اولی‌الأمر

در محدوده‌ای لازم است که با اطاعت از خدا و احکام عام او معارض نباشد  
(صدر، ۱۳۸۲، ص ۷۲۶).

از این عبارت می‌توان به روشنی دریافت که در نظر او «حکم غیراهم در فرض  
تزام» داخل در «عملی که نص تشریحی بر حرمت و وجوب آن وارد نشده باشد»  
نیست. به عبارت دیگر، او دخالت حاکم اسلامی را در هر فعلی که نص شرعی بر  
وجوب یا حرمت آن وجود دارد جایز نمی‌داند، گرچه آن وجوب یا حرمت به دلیل  
تزام با حکم اهمی از فعلیت ساقط شده باشد.

گمان نشود بعد از سقوط فعلیت حکم غیراهم، به دلیل التزام با حکم اهم، شارع در  
کنار حکم غیراهم، یک اباحه - به عنوان حکم ثانوی - جعل می‌کند؛ زیرا به فرض اشتغال  
مکلف به حکم اهم، جعل اباحه برای غیراهم لغو است، و به فرض عدم اشتغال به اهم،  
بنابر ترتب، فعلیت حکم الزامی مهم باقی است، و بنابر مبنای عدم ترتب، همچنان  
مبتلای به نهی ناشی از التزام است، و اباحه‌ای برای آن نخواهد بود. بنابراین  
نمی‌توان بیان حضرت استاد را توضیح کلام شهید صدر دانست. نویسنده نیز اذعان  
دارد که حضرت استاد در این عبارت ادعای آن را ندارند که این سخن را می‌توان بر  
عهده شهید صدر گذاشت؛ چرا که اصلاً ایشان در این عبارت در مقام بیان نظریه استاد  
خود نیستند.

آیا این ادعا را می‌توان به علامه طباطبایی نسبت داد؟ علامه طباطبایی - در عبارات  
یادشده از المیزان - دو تعبیر دارد:

□ یکی آنکه «غیر أن الافعال التي للفرد من المجتمع أن يفعلها أو يتركها وكل  
تصرف له أن يتصرف به أو يدعه فلوالی الأمر أن يأمر الناس بها أو ينهاهم عنها  
ويتصرف في ذلك».

□ و دیگر آنکه «أمکنه أن یمنع الناس عن هذه المظالم التي یرتکونها باسم تعدد  
الزوجات وغير ذلك من غیر أن یتغیر الحکم الإلهی یا باحته وإنما هو عزيمة  
إجرائیة عامة لمصلحة».

علامه در هر دو تعبیر تصریح به اباحه کرده است؛ در تعبیر نخست، «آزادی مکلف

در فعل و ترک»، بی‌شک شامل حکم الزامی غیراهم در ظرف تراحم نمی‌شود. در تعبیر دوم - که متفرع بر آن است - یک سخن اضافه هم دارد، و آن اینکه حکم الزامی حکومتی مربوط به مقام اجرا و از روی مصلحت است و منافاتی با حکم الهی اباحه ندارد. این سخن اضافه، یعنی «تفاوت حکم ولایی در مقام اجرا (که متغیر است) با حکم الهی (که ثابت است)» سخن صحیحی است و تمامی نظریات به آن اعتقاد دارند، ولی مهم آن است که علامه آن را متفرع بر مباحات دانسته است.

گذشته از آنکه اگر نظریه علامه و شهید صدر را به حکم الزامی در ظرف تراحم با حکم اهم سرایت دهیم، با مشکل دیگری در تعبیر آنها روبه‌رو می‌شویم و آن مشکل اکتفا به معیار مصلحت در کلمات این دو بزرگوار است. معیار صدور حکم ولایی مغایر با حکم الزامی در ظرف تراحم نزد نظریه دوم به معیار مرجحات باب تراحم است، نه صرف وجود مصلحت.

اما توسعه ادعای نظریه نخست به احکام وضعی، نه ادعا شده است و نه تعبیر صاحبان آن مجالی برای این توسعه باقی می‌گذارد.

#### ۲-۴. توضیح افتراق دوم

عدم مخالفت الزام حکومتی در مباحات با حکم شرعی اباحه، به دو بیان در ادبیات صاحبان نظریه نخست مطرح شده است:

- نخست آنکه مردم در مباحات آزادند، و اگر مباح را انجام دهند یا ترک کنند، با حکم شرعی مخالفت نشده است؛ بر خلاف الزامیاتی که اگر والی واجبی را ممنوع کند یا به انجام حرامی دستور دهد، با آن حرام و واجب و مخالفت شده است.

- دوم آنکه الزام حکومتی، مربوط به مقام اجرا و موقت است؛ در حالی که حکم شرعی اباحه، حکم جاودان از سوی خداوند است.

نظریه مختار بیان نخست را نمی‌پذیرد و الزام حکومتی در مباحات را مخالفت با آن می‌داند، لکن در مقام تراحم واجبات شرعی در قانون‌گذاری، چنین مخالفتی را

جایز می‌داند. شاهد مخالفت الزام حکومتی با حکم مباح، ادله‌ای است که رعایت مباحات را مانند رعایت سایر احکام در اعمال ولایت لازم دانسته است (ر.ک: علی‌اکبریان، ۱۳۹۹، صص ۴۹-۴۷).

شایان توجه است که تشبیه دومی که در نظریه نخست وجود دارد، مشتمل بر خطایی است که باعث توهم عدم مخالفت می‌شود، و آن اینکه گمان شده است اختیار حاکم در الزام مردم به ترک مباح، مانند اختیار فرد مکلف در انجام یا ترک مباح است، به گونه‌ای که در هر دو، هیچ مخالفتی با حکم مباح نشده است. اما این تشبیه خطا است؛ زیرا وقتی فرد مکلف فعل مباح را انجام می‌دهد یا ترک می‌کند، آن را آزادانه انجام می‌دهد یا ترک می‌کند، اما وقتی حاکم اسلامی مردم را به آن الزام کند یا از آن منع کند، مردم در آن مباح آزاد نخواهند ماند. تشبیه علامه طباطبایی وقتی صحیح می‌بود که فرد مکلف می‌توانست خود را ملزم به انجام یا ترک مباح کند، در حالی که مکلف هرگز چنین اختیاری را، جز از طریق اسباب شرعی، مانند نذر و قسم و شرط ندارد؛ و فرض بر این است که حاکم، از این اسباب کمک نمی‌گیرد. آری، نویسنده معتقد است حاکم اسلامی این اختیار را به دلیل جعل ولایت از سوی شارع برای او دارد، ولی چنین ولایتی برای فرد مکلف جعل نشده است. پس تشبیه یادشده در کلام علامه، تشبیه مع‌الفارق است، و هیچ دخالتی در مدعای او ندارد. اختیار حاکم در ممنوعیت حکومتی مباح، یا الزام حکومتی مباح، فقط از طریق جعل ولایت قابل توجیه است، نه آزادی در مباحات و مانند آن. «آزادی مکلف در انجام و ترک مباح» در برابر «ولایت حاکم اسلامی بر تصرف در مباحات» کالحجر فی جنب الانسان است که هیچ نقشی در اختیارات حاکم ندارد.

نظریه مختار، با بیان دوم علامه موافق است، ولی بر خلاف نظریه نخست، آن را منحصر به مباحات نمی‌داند، و هرگونه حکم حکومتی را که در ظرف تراحم واجبات شرطی در قانون‌گذاری صادر شده باشد، چه در وادی مباحات باشد چه در وادی الزامیات و وضعیات، حکم در مقام اجرا و موقت دانسته، و مقام آن را متفاوت با مقام حکم شرعی جاودان اسلام می‌داند.

#### ۳-۴. توضیح افتراق سوم

در افتراق دوم بیان شد که الزام حکومتی در مباحات، مخالفت با مباح است، و حکومت، همان‌گونه که نمی‌تواند بدون مجوز شرعی با الزامیات مخالفت قانونی کند، نمی‌تواند بدون مجوز شرعی با مباحات مخالفت قانونی کند. این مجوز در نظریه نخست، صرف وجود مصلحت است. شاهد آن، علاوه بر عبارات خود آنان، تلقی برخی از صاحبان نظریه دوم است. استاد هادوی - که از صاحبان نظریه دوم است - یکی از تمایزات نظریه خود از نظریه نخست را در همین معیار دانسته است. البته از آنجا که نظریه مختار با نظریه دوم نیز متفاوت است، این معیار نیز بین نظریه دوم و نظریه مختار متفاوت است.

به هر حال، ادعا آن است که معیار مرجحات تراحم واجبات شرطی در قانون‌گذاری دارای انضباط است؛ در حالی که معیار نظریه نخست، یعنی صرف وجود مصلحت، یا حتی وجود مصلحت اجتماعی، دارای این انضباط نیست.

شاید گمان شود که صاحبان نظریه نخست نیز معیار تراحم با مصلحت یا تراحم با مصلحت اجتماعی را دارند، و از آنجا که همواره مصلحت احکام مباح را در این تراحم، مغلوب می‌دانند آن را بیان نکرده‌اند؛ در پاسخ گفته می‌شود صحیح است که هر نوع اهم و مهم کردنی باید در قالب تراحم قرار گیرد، اما اولاً طرف تراحم میان نظریه نخست و نظریه مختار متفاوت است، و ثانیاً معلوم نیست نظریه نخست حکم مباح و مصلحت را چگونه طرف تراحم قرار داده است، در حالی که می‌دانیم تراحم اصطلاحی میان دو حکم الزامی است، و هیچ‌یک از اطراف تراحم در این بیان، (یعنی حکم مباح و مصلحت) حکم الزامی نیستند.

#### ۵. افتراق نظریه مختار با نظریه دوم

نظریه مختار و نظریه دوم هر دو از ابزار تراحم برای توجیه اختیارات حاکم اسلامی استفاده کرده‌اند، اما چهار افتراق میان آنها وجود دارد:

۱. نظریه دوم، این تراحم را فقط در الزامیات مطرح کرده، و آن را در مباحات و

وضعیات ندانسته است؛ در حالی که نظریه مختار، آن را در هر سه وادی مباحات و الزامیات و وضعیات دانسته است.

۲. نظریه دوم، در دایره الزامیات، خود احکام الزامی را طرف تراحم قرار داده است؛ در حالی که نظریه مختار، «وجوب رعایت آنها در قانون گذاری» را طرف تراحم می‌داند، نه خود آنها را.

۳. نظریه دوم، تراحم را فقط در وادی احکام ترسیم کرده، ولی روشن نکرده است که مقایسه سایر اموری که باید با احکام سنجیده شود، مانند نظام‌های اسلامی، در چه قالبی با احکام اهم و مهم می‌شوند؛ در حالی که نظریه مختار با قرار دادن اهداف و مقاصد در جایگاه موضوع حکم متراحم، توانسته است از قالب تراحم امتثالی برای سنجش آنها با احکام استفاده کرده است.

۴. متفرع بر افتراق دوم، معیار ترجیح در تراحم نیز میان دو نظریه متفاوت است.

#### ۵-۱. توضیح افتراق نخست

نظریه دوم، ابزار تراحم را برای توسعه اختیارات حکومت اسلامی از مباحات به الزامیات مطرح کرده است، و مثال‌هایی که برای آن زده، در همین وادی است. بنابراین تراحم نزد او نه شامل مباحات می‌شود نه شامل وضعیات. این در حالی است که نظریه مختار مباحات و الزامیات و وضعیات را -مانند هم- موضوع تراحم واجبات شرطی در قانون گذاری می‌داند.

#### ۵-۲. توضیح افتراق دوم

تراحم نزد نظریه دوم، میان خود الزامیات است، در حالی که تراحم نزد نظریه مختار، میان وجوب رعایت آنها در قانون گذاری است؛ فرق است بین اینکه مثلاً «حرمت ربا» را متراحم با «وجوب حفظ نظام» بدانیم، و بین اینکه «وجوب رعایت حکم شرعی حرمت ربا در قانون گذاری» را متراحم با «وجوب رعایت حکم شرعی وجوب حفظ نظام در قانون گذاری» بدانیم. نیز فرق است بین اینکه مثلاً «وجوب حج» را متراحم با «وجوب براءت از مشرکان در حج» بدانیم، و بین اینکه «وجوب رعایت حکم شرعی

و وجوب حج در قانون گذاری» را متزاحم با «وجوب رعایت حکم شرعی و وجوب برائت از مشرکان در حج در قانون گذاری» بدانیم. احکام متزاحم نزد نظریه دوم، احکام شرعی «وجوب ربا و حرمت حج و وجوب حفظ نظام و وجوب برائت از مشرکان در حج» است، ولی احکام متزاحم نزد نظریه مختار، «وجوب رعایت احکام شرعی احکام یادشده (یعنی حرمت ربا و وجوب حج و وجوب حفظ نظام و وجوب برائت از مشرکان در حج) در قانون گذاری» است. پس این دو نظریه حتی در دایره الزامیات نیز با یکدیگر متفاوت هستند.

این تفاوت باعث شده است تا نظریه دوم تزاحم را فقط در وادی احکام تکلیفی الزامی مطرح کند، ولی نظریه مختار، تزاحم را در وادی همه احکام، و حتی اهداف و مقاصد مطرح کند.

نویسنده، برتری نظریه خود را نسبت به نظریه دوم از این حیث، و وجه ترجیح آن را در مقاله «نظریه تزاحم واجبات شرعی در قانون گذاری» (علی اکبریان، ۱۳۹۹، صص ۵۷-۵۴) توضیح داده است و در اینجا فقط ناظر به افتراق نظریه مختار با آن است.

### ۳-۵. توضیح افتراق سوم

در نظریه مختار، اهداف دین و مقاصد شریعت نیز مانند احکام شرعی ممکن است موضوع تزاحم واجبات شرعی در قانون گذاری قرار گیرند، بر خلاف نظریه دوم که از آن سخن نگفته است. البته برخی از صاحبان نظریه دوم رعایت نظام‌های اسلامی را نیز در کنار رعایت مصلحت در مباحات و رعایت قواعد تزاحم در الزامیات مطرح کرده‌اند (هادوی، ۱۳۷۷، ص ۱۳۲)، اما اشاره‌ای به اینکه رعایت نظام‌های اسلامی در چه قالبی با رعایت احکام سنجیده می‌شود، نکرده است. یعنی آیا قواعد باب تزاحم در آن جاری است؟ مگر نظام‌های اسلامی از سنخ احکام الزامی هستند که طرف تزاحم قرار گیرند؟ ظاهراً نکته آن این است که نظریه مختار توانسته است با قراردادن اهداف و مقاصد در جایگاه «موضوع حکم متزاحم» (یعنی وجوب رعایت... در قانون گذاری) آنها را نیز در تزاحم امتثالی وارد کند.

نویسنده در مقاله «نظریه واجبات شرعی در قانون‌گذاری»، (علی‌اکبریان، ۱۳۹۹، صص ۵۳-۵۱) ادله لزوم رعایت اهداف دین و مقاصد شریعت در قانون‌گذاری را توضیح داده است.

#### ۴-۵. توضیح افتراق چهارم

وقتی نوع احکام متزاحم میان نظریه دوم و نظریه مختار متفاوت است، برخی ملاحظات در مرجحات تزاحم میان این دو نظریه نیز متفاوت خواهد بود. از باب نمونه به یک تفاوت اشاره می‌شود؛ برای توضیح این مطلب متذکر می‌شویم که یکی از مرجحات باب تزاحم اهمیت ملاک است، و مراد از آن مقایسه میان اهمیت ملاک دو حکم متزاحم است. ملاک دو حکم متزاحم در نظریه دوم -بنابر رأی مشهور و صحیح در بحث تبعیت احکام از مصالح و مفاسد- در متعلق آن است. در مثال تزاحم حرمت ربا و وجوب حفظ نظام، این ملاک در خود ربا (یعنی مفسده‌ای که در ربا است) و حفظ نظام (یعنی مصلحتی که در حفظ نظام وجود دارد) است، و با یکدیگر سنجیده می‌شوند. اما دو حکم متزاحم در نظریه مختار در همین مثال، وجوب رعایت حکم شرعی حرمت ربا در قانون‌گذاری، و وجوب رعایت حکم شرعی وجوب حفظ نظام در قانون‌گذاری است، و متعلق این دو حکم عبارتند از «رعایت حکم شرعی حرمت ربا در قانون‌گذاری» و «رعایت حکم شرعی وجوب حفظ نظام در قانون‌گذاری». ملاکی (مفسده‌ای) که در ربا وجود دارد، با ملاکی (مصلحتی) که در رعایت حکم شرعی حرمت ربا وجود دارد، از جهتی مشابه و از جهتی متفاوت است؛ جهت مشابهت‌شان در «مفسده ربا» است، که در هر دو وجود دارد، ولی جهت متفاوت‌شان در «مصلحت پاسداری از حکم شرعی حرمت ربا» است که فقط در تزاحم نظریه مختار است. این مصلحت اضافه، در تمامی موارد تزاحم واجبات شرعی در قانون‌گذاری وجود دارد. در اینجا برای سهولت در توضیح، نام مصلحت مشترک را که در متعلق احکام متزاحم نزد نظریه دوم است (مثلاً مفسده ربا و مصلحت حفظ نظام) «ملاک اول» می‌گذاریم، و نام مصلحت مختص احکام متزاحم نزد نظریه مختار را (مثلاً مصلحت رعایت احکام شرعی حرمت ربا و وجوب حفظ نظام در قانون‌گذاری) را «ملاک دوم» می‌گذاریم.



ملاک دوم، یعنی مصلحت رعایت حکم شرعی در قانون گذاری، ممکن است در زمان‌ها و مکان‌ها و فرهنگ‌های متفاوت، فرق داشته باشد، و اقتضانات متفاوتی در پی داشته باشد. در اینجا به چند اقتضای متفاوت اشاره می‌شود:

- در نظریه دوم هرگز تراحمی میان حکم الزامی و حکم مباح (به معنای اعم) رخ نمی‌دهد؛ هم به دلیل اینکه مباحات به دلیل عدم فرض مخالفت، طرف تراحم قرار نمی‌گیرند و هم به دلیل ضعف در ملاک، ولی در نظریه مختار که همه احکام شرعی ممکن است موضوع حکم متراحم قرار گیرند، فرض مقایسه ملاک دوم میان مباحات و الزامیات متصور است. بنابراین، ممکن است در جایی مصلحت و جوب رعایت یک مباح با مصلحت و جوب رعایت یک واجب برابری کند و یا از آن برتر باشد. به عبارت دیگر، در مقایسه ملاک دوم، این خیلی مهم نیست که حکم مورد نظر، و جوب و حرمت است یا مستحب و مکروه و مباح؛ زیرا مهم، و جوب رعایت آن حکم در قانون گذاری است. بله، به صورت غالبی (نه همیشگی) می‌توان پیش داوری کرد که و جوب رعایت وضعیات مهم‌ترین ملاک دوم، و و جوب رعایت مباحات ضعیف‌ترین ملاک دوم را دارد، اما این همیشگی نیست، و ممکن است و جوب رعایت یک مباح به دلیل مصلحت تسهیل، در برخی ظروف اجتماعی، مهم‌تر از و جوب رعایت یک حرام باشد.

- ممکن است در یک جامعه، اعتقاد و پذیرش عمومی در برابر حکمی شرعی چنان قوی باشد که اگر قانون‌گذار در ظرف تراحم مجبور به مخالفت قانونی موقت با آن شود، هیچ تزلزلی در اعتقادات دینی مردم پدید نیاید، و فرهنگ عمومی آن جامعه، وضعیت قانون‌گذار را به خوبی درک کند، و بفهمد که او حکم شرعی را قبول دارد، و اکنون به دلیل تراحم است که به آن عمل نمی‌کند؛ در این حالت، اگر اعتقاد و پذیرش عمومی مردم درباره حکم دیگر از چنین جایگاهی برخوردار نباشد، و با مخالفت قانونی موقت با آن، در ظرف تراحم، اهمیت و ارزش آن در اذهان مردم کم شود، و آرام آرام، همان اعتقاد ضعیف مردم نیز از بین می‌رود. در چنین حالتی، قانون‌گذار نمی‌تواند به این نکته بی‌توجه باشد، زیرا

«وجوب رعایت آن حکم شرعی در قانون گذاری» که اکنون طرف تراحم قرار گرفته است، به ملاک پاسداری از احکام شرعی است. نظریه دوم باید فقط به اهمیت ملاک در متعلق حکم توجه کند؛ زیرا خود حکم شرعی را طرف تراحم می‌داند، ولی نظریه مختار که «وجوب رعایت آن حکم شرعی در قانون گذاری» را طرف تراحم می‌داند، باید به آن نیز در کنار توجه به مصلحت در متعلق حکم توجه کند؛ زیرا ملاک دوم آن، پاسداری از احکام شرعی است.

– ممکن است در یک جامعه، مبتلایان به یک حکم شرعی اکثریت یا همه مردم باشند، و مبتلایان به حکم شرعی دیگر افراد اندکی باشند، و در عین حال، ملاک اول در حکم دوم از اهمیت بیشتری نسبت به ملاک اول در حکم اول برخوردار باشد. در چنین حالتی نظریه دوم باید حکم دوم را در تراحم مقدم بداند و به هیچ وجه نباید به نکته کمیت مبتلایان به این دو حکم توجه کند، ولی نظریه مختار باید به آن نیز توجه کند؛ زیرا وجوب رعایت حکم شرعی مرتبط با رعایت آن در صحنه جامعه است، و صحنه جامعه شامل عمل مکلفان نیز می‌شود. اگر قانون گذار بیند با وضع قانون متناسب با حکم دوم اکثریت جامعه را مجبور به مخالفت با حکم شرعی (یعنی حکم اول) می‌کند ولی با وضع قانون متناسب با حکم اول فقط اندکی از افراد جامعه را مجبور به مخالفت با حکم شرعی (یعنی حکم دوم) می‌کند، همین مسئله در کنار ملاک اول می‌تواند در ترجیح او دخالت داشته باشد.

## ۶. افتراق نظریه مختار با آرای دیگر

نظر کسانی که احکام وضعی را نیز در قلمرو اختیارات قانون گذاری حکومتی دانسته‌اند و به حکومت این اختیار را داده‌اند که در شرایط خاصی قانون مغایر با حکم شرعی وضعی جعل کند، و نیز نظر کسانی که مقاصد شریعت را از منابع قانون گذاری دانسته‌اند با نظریه مختار هماهنگ است؛ اما در سه امر با یکدیگر افتراق دارند:

۱. این آراء، بر خلاف نظریه مختار، قالب منقحی را برای مقایسه اهم و مهم در حکم وضعی و مباح و مقاصد ارائه نداده‌اند.

۲. این انظار، مانند نظریه «اختیار قانون‌گذاری مغایر با احکام تکلیفی مباح و الزامی» در سنجه اهم و مهم، فقط به ملاک موجود در «متعلق حکم شرعی» توجه کرده‌اند، و ملاک موجود در «رعایت حکم شرعی در قانون‌گذاری» را ندیده‌اند.

۳. هیچ‌یک از این آرا به قلمرو و ضابطه جواز سکوت قانونی توجه نکرده‌اند.

## ۱-۶. توضیح افتراق نخست

سنجه اهم و مهم در قالب تراحم امثالی کاملاً روشن و منقح است، اما این قالب، فقط در قلمرو احکام تکلیفی الزامی، و حداکثر در قلمرو مستحبات نیز بر اساس برخی از مبانی (هاشمی شاهرودی، ۱۴۰۵ق، صص ۱۶۰-۱۵۹) جریان دارد، اما نه احکام مباح و نه احکام وضعی و نه مقاصد و مصالح نمی‌توانند در قالب تراحم امثالی درآیند. احکام مباح اصلاً مخالفت ندارند تا مکلف نتواند میان امثال آنها جمع کند، احکام وضعی نیز امثال ندارند تا در تراحم داخل شوند.

گمان نشود تراحم در مباحات نیز متصور است، زیرا تراحم میان هر دو کار ضدی ممکن است چه مباح باشند چه نباشند؛ مثلاً شخص نمی‌تواند در آن واحد هم آب بخورد و هم بخوابد. اما این گمان باطل است، زیرا ماهیت تراحم امثالی فقط به عدم امکان جمع میان دو فعل نیست، بلکه عدم امکان امثال دو حکم است، و از آنجا که انجام و ترک فعل مباح هر دو جایز است، مکلف هرگز در امثال دو حکم مباح در تنگنا قرار نمی‌گیرد، مگر در مستحبات بنا بر مبنای مذکور.

تطبیق قالب تراحم ملاکی نیز در این بحث مشکلات خود را دارد؛ از جمله اینکه در موارد تراحم ملاکی باید دو خطاب وجود داشته باشد که با هم تعارض کنند، و باید به مرجحات باب تعارض رجوع کرد نه مرجحات باب تراحم. البته شاید فی الجمله با مناقشاتی بتوان معلوم‌الأهمیه را محصل ترجیح دلالی دانست (ر.ک: هاشمی شاهرودی، ۱۴۰۵ق، ج ۷، صص ۱۵۱-۱۴۴).

بنابراین وقتی این آرا حکم وضعی یا مصالح و مقاصد را در سنجه اهم و مهم با سایر احکام قرار می‌دهند، این سنجه را با تسامح به کار برده‌اند و سخن منقحی نگفته‌اند. به

همین دلیل است که این مقاله آنها را فاقد نظریه پردازی شمرده، و آنها را رأی و نظر دانسته است. به عبارت دیگر، این آرا ممکن است در فتوا و در عمل، از حیث شمول اختیار قانون گذاری در وضعیات و بر اساس مصالح و مقاصد، تفاوتی با نظریه مختار نداشته باشند، اما در نظریه پردازی با هم متفاوت اند.

این در حالی است که نظریه واجبات شرطی در قانون گذاری توانسته است با تصویر موضوع قرارداد احکام مباح و وضعی، و حتی اهداف و مقاصد دین در وجوب رعایت آنها در قانون گذاری، در عین حال که تزامم را میان دو واجب شرطی قرار داده است، این احکام را از طریق موضوع واجب شرطی، داخل در تزامم کند. البته، صاحب این نظریه، تصویر یاد شده را بیان کرده است، نه اینکه او احکام و مقاصد را موضوع قرار داده باشد.

خلاصه آنکه این آرا نظریه ای برای سنجش و مقایسه میان احکام وضعی و مباحات و مقاصد و مصالح ارائه نداده اند. تعبیر اهم و مهم تعبیری سیال و مبهم است که در وادی احکام تکلیفی الزامی - از طریق مرجحات باب تزامم امثالی - شناخته شده است. اما اگر احکام مباح بخواهد از این طریق سنجیده شود، با مشکل عدم تحقق معیار تزامم (به جز در مستحبات بنابر برخی مبانی) مواجه است. سنجش اهم و مهم در وادی احکام وضعی از طریق تزامم امثالی از مباحات نیز مشکل تر است، زیرا اصلاً مسئله امثال در آنها مطرح نیست و امثال فقط مربوط به احکام تکلیفی است. سنجش مصالح و مقاصد با یکدیگر از طریق اهم و مهم در ذات مصالح و مقاصد مشکلی ندارد، ولی سنجش آنها با احکام از طریق تزامم امثالی متصور نیست، زیرا مصالح و مفاسد نیز مانند احکام وضعی امثال ندارند. نظریه مختار توانسته است سنجش اهم و مهم در وادی مباحات و وضعیات و مقاصد را در کنار الزامیات از طریق تزامم امثالی ترسیم کند. به عبارت دیگر، این آرا در مستوای نظر باقی مانده اند و به مستوای نظریه نرسیده اند.

## ۲-۶. توضیح افتراق دوم

از آنجا که در این آرا، مانند نظریه دوم، از اهم و مهم میان خود احکام سخن گفته

شده است، ملاکی که در سنجه اهم و مهم لحاظ شده، ملاکی است که در متعلق احکام است که در این مقاله به نام ملاک اول خوانده شد. نظریه واجبات شرطی در سنجه اهم و مهم، علاوه بر لحاظ ملاک اول، به ملاک دیگری نیز توجه می‌کند که در رعایت احکام و اهداف و مقاصد در قانون‌گذاری وجود دارد که در این مقاله با نام ملاک دوم معرفی شد. این تفاوت ناشی از تفاوت در حکمی است که دقیقاً در اطراف تزامم قرار گرفته است. نظریه مختار، وجوب رعایت احکام در قانون‌گذاری را طرف تزامم قرار می‌دهد و اهم و مهم می‌کند، ولی این آرا، مانند نظریه دوم، خود احکام را. از دیدگاه این مقاله، لحاظ ملاک دوم در کنار ملاک اول (یعنی ملاک موجود در متعلق حکم) در ترجیح و سنجش اهم و مهم نقش دارد؛ و همین افتراق از مرجحات نظریه مختار است.

### ۳-۶. توضیح افتراق سوم

سوم آنکه همه این انظار، مانند سایر نظریات رقیب در این نوشتار، فقط به وضع قانون نظر دارند، در حالی که نظریه مختار به خلاً عمده قانون نیز - که از وظایف قانون‌گذار در قبال احکام شرعی است - نظر دارد، و آن را نیز با همان معیار تزامم امثالی در قانون‌گذاری تبیین کرده است. این نکته همچنین یکی از افتراقات نظریه مختار با دو نظریه دیگر است، و به دلیل اختصار فقط در اینجا بیان شد.

شایان ذکر است که تصمیم‌گیری درباره خلاً عمده قانون در قلمرو حکم شرعی از دیدگاه مقاله، مانند تصمیم‌گیری درباره وضع قانون (لااقل در مواردی که باید به صورت حکم ولایی صادر شود)، از وظایف فقیه بما هو ولی است؛ زیرا مراد از سکوت عمده قانون، سکوت قانونی در جایی است که حکم شرعی اقتضای وضع قانون بر اساس آن را دارد، اما مانعی وجود دارد که باعث سکوت قانونی می‌شود. تشخیص اینکه این مانع وجود دارد و مانعیت هم دارد بر عهده فقیه است. این تشخیص از دیدگاه این مقاله بر اساس همین تزامم واجبات شرطی در قانون‌گذاری صورت می‌گیرد؛ یعنی قانون‌گذار وقتی اجازه دارد درباره قانونی کردن حکمی شرعی - که مقتضی وضع قانون بر اساس آن وجود دارد - سکوت کند که در چنین تزاممی قرار گرفته باشد؛ مثلاً اگر وجوب رعایت حد شرعی

را در ظرف زمانه خاص برای جامعه خود با وجوب رعایت عدالت و یا با وجوب رعایت هدف دیگری در تراحم ببیند، باید درباره آن حد شرعی سکوت کند و یا اگر سکوت در آن برای رفع تراحم کافی نبود، باید قانونی را مغایر با آن و مناسب با طرف اهم وضع کند. از آنجا که سکوت قانونی در برخی موارد (مانند موارد جرم‌انگاری یک گناه) مستلزم تعطیل اجرای حکم شرعی است، و این تعطیلی فقط در حالت تراحم یادشده جایز است، این فقط فقیه دارای ولایت است که حق تشخیص و اعمال ولایت در سکوت قانونی را دارد.

در نظام قانون‌گذاری جمهوری اسلامی، اگر درباره قانونی کردن حکمی شرعی، دولت لایحه ندهد و مجلس نیز طرحی ندهد، نه فقهای شورای نگهبان در آن باره حق قانون‌گذاری دارند و نه مجمع تشخیص مصلحت. به عبارت دیگر، منشأ سکوت قانونی دولت و مجلس هستند.

### نتیجه‌گیری

۱. نظریه «اختیار قانون‌گذاری مغایر با احکام تکلیفی مباح» با نظریه «تراحم واجبات شرطی در قانون‌گذاری» در پذیرش اصل اختیار قانون‌گذاری در قلمرو مباحات اشتراک دارد؛ ولی در سه امر با آن متفاوت است:
  - به اختیارات حاکم، فقط در دایره مباحات تصریح کرده، و شامل الزامیات و احکام وضعی نمی‌شود؛ و اگر دیگرانی آن را به الزامیات نیز توسعه داده‌اند توسعه این دیگران است، و به فرض پذیرش این توسعه نیز شامل احکام وضعی نمی‌شود.
  - الزام حکومتی در مباحات را مخالفت با حکم شرعی نمی‌داند، در حالی که نظریه مختار آن را مخالفت با حکم شرعی دانسته، رعایت مباحات را در الزامات حکومتی مانند رعایت احکام الزامی واجب می‌داند.
  - معیار قانون‌گذاری الزامی در دایره مباحات را وجود مصلحت می‌داند، ولی نظریه مختار معیار آن را مرجحات تراحم واجبات شرطی در قانون‌گذاری می‌داند.
۲. نظریه «اختیار قانون‌گذاری مغایر با احکام تکلیفی مباح و الزامی» با نظریه «تراحم

واجبات شرطی در قانون‌گذاری» در اصل اختیار قانون‌گذاری در قلمرو احکام تکلیفی و نیز استفاده از ابزار تراحم مشترک است، اما چهار افتراق با آن دارد:

(۱) تراحم را فقط در الزامیات مطرح کرده، و آن را در مباحات و وضعیات ندانسته است، در حالی که نظریه مختار، آن را در هر سه وادی مباحات و الزامیات و وضعیات ترسیم کرده است.

(۲) در دایره الزامیات، خود احکام الزامی را طرف تراحم قرار داده است، در حالی که نظریه مختار «وجوب رعایت آنها در قانون‌گذاری» را طرف تراحم می‌داند، نه خود آنها را.

(۳) تراحم را فقط در وادی احکام ترسیم کرده، و روشن نکرده است که مقایسه سایر اموری که باید با احکام سنجیده شود، مانند نظام‌های اسلامی، در چه قالبی با احکام اهم و مهم می‌شوند؛ در حالی که نظریه مختار با قراردادن اهداف و مقاصد در جایگاه موضوع حکم متراحم، توانسته است از قالب تراحم امتثالی برای سنجش آنها با احکام استفاده کند.

(۴) معیار ترجیح در تراحم نیز میان دو نظریه متفاوت است.

۳. نظر کسانی که احکام وضعی را نیز در قلمرو اختیارات قانون‌گذاری حکومتی دانسته‌اند، و نیز نظر کسانی که مقاصد شریعت را از منابع قانون‌گذاری دانسته‌اند، با نظریه «تراحم واجبات شرطی در قانون‌گذاری» از این حیث هماهنگ است، اما در سه امر با یکدیگر افتراق دارند:

- این انتظار، بر خلاف نظریه مختار، قالب منقحی برای مقایسه اهم و مهم در حکم وضعی و مباح و مقاصد ارائه نداده‌اند.

- این انتظار، مانند نظریه «اختیار قانون‌گذاری مغایر با احکام تکلیفی مباح و الزامی» در سنجه اهم و مهم، فقط به ملاک موجود در «متعلق حکم شرعی» توجه کرده‌اند، و ملاک موجود در «رعایت حکم شرعی در قانون‌گذاری» را ندیده‌اند.

- این انتظار، به قلمرو و ضابطه جواز سکوت قانونی توجه نکرده‌اند. این نکته در تمایز نظریه مختار با نظریات دیگر نیز صادق است.

## فهرست منابع

\* قرآن کریم

۱. ارسطا، محمدجواد. (۱۳۹۲). حکم حکومتی و قانون. فقه و قانون: ایده‌ها، پیشنهادهای و راه‌حل‌های روشی: کنفرانس بین‌المللی فقه و قانون (قم: ۱۳۹۰). قم: مرکز تحقیقات اسلامی مجلس شورای اسلامی.
۲. جوادی آملی، عبدالله. (۱۳۶۸). ولایت فقیه رهبری در اسلام (چاپ دوم). تهران: مرکز نشر فرهنگی رجاء.
۳. حسینی حائری، کاظم. (۱۴۱۴ق). ولایة الأمر فی عصر الغیبه. قم: مجمع الفکر الإسلامی.
۴. صدر، محمدباقر. (۱۳۸۲). اقتصادنا (محقق: مکتب الإعلام الإسلامی - فرع خراسان). قم: بوستان کتاب.
۵. صرامی، سیف‌الله. (۱۳۹۲). نقش نسبت منابع قانون‌گذاری در حکومت اسلامی در حل مشکل فقه و قانون. فقه و قانون: ایده‌ها، پیشنهادهای و راه‌حل‌های روشی: کنفرانس بین‌المللی فقه و قانون (قم: ۱۳۹۰). قم: مرکز تحقیقات اسلامی مجلس شورای اسلامی.
۶. طباطبایی، سیدمحمدحسین. (۱۴۰۷ق). المیزان فی تفسیر القرآن (ج ۴). قم: مؤسسه النشر الإسلامی التابعة لجامعة المدرسین.
۷. طباطبایی، سیدمحمدحسین. (بی‌تا). ولایت و زعامت. بحثی درباره مرجعیت و روحانیت. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۸. علی اکبریان، حسنعلی. (۱۳۹۹). نظریه تراحم واجبات شرطی در قانون‌گذاری. فصلنامه علمی - پژوهشی فقه، ۲۷(۱۰۳)، صص ۳۶-۶۲.
۹. مؤمن قمی، محمد. (۱۴۱۵ق). کلمات سدیدة فی مسائل جدیدة (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۰. هادوی تهرانی، مهدی. (۱۳۷۷). ولایت فقیه (چاپ اول). تهران: کانون اندیشه جوان.
۱۱. هاشمی شاهرودی، سیدمحمود. (۱۴۰۵ق). بحوث فی علم الأصول (ج ۷). بی‌جا: المجمع العلمی للشهید الصدر.



## References

\* The Holy Qur'an

1. Arasta, M. J. (1392 AP). *Government decree and law. Jurisprudence and Law: Ideas, Suggestions, and Methodological Solutions*: International Conference on Jurisprudence and Law (Qom: 1390 AP). Qom: Islamic Research Center of the Islamic Consultative Assembly. [In Persian]
2. Hadavi Tehrani, M. (1377 AP). *Velayat-e-Faqih*. (1<sup>st</sup> ed.). Tehran: Young Thought Center. [In Persian]
3. Hashemi Shahroudi, S. M. (1405 AH). *Bohouth fi Ilm al-Usul*. (vol. 7). Al-Majma' al-Ilmi le al-Shahid al-Sadr. [In Arabic]
4. Javadi Amoli, A. (1368 AP). *Velayat-e Faqih of Imam Khamenei in Islam*. (2<sup>nd</sup> ed.). Tehran: Raja Cultural Publishing Center. [In Persian]
5. Hosseini Haeri, K. (1414 AH). *Wilayat al-Amr fi Asr al-Qaibah*. Qom: Majma' al-Fikr al-Islami. [In Arabic]
6. Sadr, M. B. (1382 AP). *Iqtisadona*. (Maktab al-A'alam al-Islami - Khorasan branch). Qom: Bustan Kitab. [In Persian]
7. Sarami, S. (1392 AP). *The role of the ratio of legislative resources in the Islamic government in solving the problem of jurisprudence and law. Jurisprudence and Law: Ideas, Suggestions, and Methodological Solutions*. International Conference on Jurisprudence and Law (Qom: 1390 AP). Qom: Islamic Research Center of the Islamic Consultative Assembly. [In Persian]
8. Tabatabaei, S. M. H. (1407 AH). *Al-Mizan fi Tafsir al-Qur'an* (vol. 4). Qom: Mu'asisah al-Nashr al-Islami al-Tabi'ah le Jama'ah al-Mudaresin. [In Arabic]
9. Tabatabaei, S. M. H. (n.d.). *Guardianship and leadership. Discussion on authority and the clergy*. Tehran: Enteshar Co.
10. Ali Akbarian, H. A. (1399 AP). Theory of Conflict of Conditional Obligations in Legislation. *Journal of Fiqh*, 27(103), pp. 36-62. [In Persian]
11. Mo'men Qomi, M. (1415 AH). *Kalamat Sadidah fi Masa'il Jadidah*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Qom Seminary Teachers Association. [In Arabic]



## Research Article

### Feasibility Study of Civil Liability in Losses of Space Debris

Ali Akbar Izadifard<sup>1</sup>

Hamzeh Nazarpour<sup>2</sup>

Received: 07/10/2021

Accepted: 17/03/2022

#### Abstract

Any man-made object that is in Earth orbit or is entering the Earth's atmosphere and has no function is called space debris. Since space travel requires the high speed of a space object, the collision of the smallest debris can jeopardize space travel. Debris can cause serious and sometimes irreparable damage to spacecraft, astronauts, humans, and their property on Earth, as well as the environment beyond the atmosphere and the earth. This paper, written in a descriptive-analytical method, through examining many examples of losses incurred by space debris, has found that while realizing the losses caused by harmful behavior and the existence of a causality relationship, the elements of civil liability can be summarized. After monitoring the challenges in space treaties, especially the Liability, with the help of evidence of civil liability based on the theory of respect, it was concluded that civil liability can be clear in damages caused by space debris and it is possible to determine the person responsible for compensation by examining a case study.

#### Keywords

Space debris, Liability Convention, civil liability, theory of respect.

---

1. Professor at University of Mazandaran, Iran. Ali85akbar@yahoo.com.

2. Postdoctoral researcher in jurisprudence and principles of Islamic law, University of Mazandaran, Iran (corresponding author). Hamzehnazarpour@gmail.com.

---

\* Izadifard, A. A., & Nazarpour, H. (1401 AP). Feasibility study of civil liability in losses of space debris. *Journal of Fiqh*, 29(109), pp. 35-69. Doi: 10.22081/jf.2022.62053.2385.

---

Copyright © 2021, Author (s). This is an open-access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution-Non Commercial 4.0 International License (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>) which permits copy and redistribute the material just in noncommercial usages, provided the original work is properly cited.



## مقاله پژوهشی

# امکان‌سنجی مسئولیت مدنی در زیان‌های پسمانده‌های فضایی

حمزه نظرپور<sup>۲</sup>

علی‌اکبر ایزدی‌فرد<sup>۱</sup>

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۲/۲۶

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۷/۱۵

## چکیده

هر شیء ساخته دست بشر که در مدار زمین قرار دارد یا در حال ورود به جو زمین است و کارکردی ندارد، پسمانده فضایی نامیده می‌شود. چون سفرهای فضایی مستلزم داشتن سرعت بالای شیء فضایی است، برخورد کوچک‌ترین پسمانده می‌تواند سفر فضایی را با خطر مواجه سازد. پسمانده‌ها می‌توانند به وسائل فضایی، فضانوردان، انسان و اموال او در زمین، محیط‌زیست ماورای جو و زمین زیان‌های جدی و گاه غیرقابل جبران وارد سازند. این نوشتار که به شیوه توصیفی-تحلیلی نگارش یافته، با بررسی نمونه‌های بسیاری از زیان‌های واردآمده توسط پسمانده‌های فضایی، دریافته است که ضمن احراز تحقق زیان ناشی از رفتار زیان‌بار و وجود رابطه سببیت، ارکان مسئولیت مدنی قابل جمع است و با پایش چالش‌های موجود در معاهدات فضایی به‌ویژه کنوانسیون مسئولیت، به کمک ادله مسئولیت مدنی مبتنی بر نظریه احترام، به این نتیجه رسید که می‌توان در زیان‌های ناشی از پسمانده‌های فضایی، مسئولیت مدنی را محرز دانست و با بررسی موضوعی، درباره تعیین مسئول جبران خسارت اقدام نمود.

## کلیدواژه‌ها

پسمانده فضایی، کنوانسیون مسئولیت، مسئولیت مدنی، نظریه احترام.

Ali85akbar@yahoo.com

۱. استاد دانشگاه مازندران، ایران.

۲. پژوهشگر پسادکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه مازندران، ایران (نویسنده مسئول).

Hamzehnazarpour@gmail.com

\* ایزدی‌فرد، علی‌اکبر؛ نظرپور، حمزه. (۱۴۰۱). امکان‌سنجی مسئولیت مدنی در زیان‌های پسمانده‌های فضایی.

Doi:10.22081/jf.2022.62053.2385.

فصلنامه علمی - پژوهشی فقه، ۲۹(۱۰۹)، صص ۳۵-۶۹.

## مقدمه

فعالیت‌های انسان در فضا در حال تکامل است و برای این فعالیت‌ها معاهداتی نیز صورت گرفته است. یکی از مواردی که در معاهدات فضایی تعیین تکلیف نشده است، وضعیت حقوقی «پسمانده‌های فضایی» است. واژه «پسمانده فضایی» در قوانین بین‌المللی فضایی وجود ندارد. هرچند این قوانین اصول معتبری ارائه داده‌اند، اما به‌هیچ‌روی تاکنون الزام‌آور نبوده‌اند. به دیگر سخن چیزی به‌عنوان منع آشکار و بدون قید و شرط ایجاد پسمانده فضایی توسط فعالیت‌های شخص در وهله نخست و الزامی برای جمع‌آوری آن پس از به‌وجود آمدن در دست نیست. مسئله مبارزه با پسمانده‌های فضایی به کمک ابزار قانونی هرگز نمی‌تواند توسط یک کشور صورت پذیرد، بلکه باید در سطح بین‌المللی و با هم‌افزایی نهادهای مرتبط جنبه الزام‌آوری به خود گیرد.

پسمانده‌های فضایی دو گونه‌اند: پسمانده‌هایی که به زمین می‌ریزند یا هنگام پرتاب در جو زمین ایجاد می‌شوند یا از فضای بیرونی وارد جو زمین می‌شوند. گونه دوم بقایای اشیاء فضایی در مدار هستند که با نام «پسمانده مداری» شناخته می‌شوند. چالشی که در زمینه پسمانده‌های فضایی وجود دارد و در اسناد و معاهدات فضایی مورد بی‌توجهی قرار گرفته است، وضعیت حقوقی آنها در ایراد زیان است. خطرات ناشی از پسمانده‌های فضایی گونه‌هایی دارد که هر یک قدرت ایجاد زیان را دارند. اینکه زیان توسط پسمانده فضایی چگونه ایجاد می‌شود و پس از ایجاد، آیا وضعیت چنان است که بتوان برای مسئولیت مدنی بسترسازی نمود، در صورت امکان اجرای مسئولیت مدنی، ارکان آن به چه شکل احراز خواهند شد، زیان را به چه کسی می‌توان نسبت داد تا بتوان به‌عنوان مسئول جبران به او رجوع کرد، از جمله پرسش‌هایی است که ذهن پژوهش‌گران عرصه هوافضا را به خود مشغول می‌سازد که تلاش برای پاسخ به آنها زمینه‌ساز شکل‌گیری نوشتار پیش رو است.

## ۱. مفهوم‌شناسی

### ۱-۱. پسمانده فضایی<sup>۱</sup>

پسمانده فضایی، هر چیز ساخته دست بشر از جمله قطعات و عناصری است که در مدار زمین قرار دارد یا در حال ورود مجدد به جو بوده و کارکردی ندارد (IADC, 2010, p. 1).

### ۱-۲. شیء فضایی<sup>۲</sup>

شیء فضایی، اشیاء ساخته دست بشر است (Cheng, 1995, p. 297) که به فضای ماورای جو جهت کاوش و بهره‌برداری پرتاب می‌شود (Hobe, 2013, vol. 1, p. 150).

### ۱-۳. مسئولیت مدنی<sup>۳</sup>

مسئولیت مدنی، لزوم جبران ضرر و پرداخت خسارت واردشده به فرد یا اموال و دارایی‌های ملکی یا تصرفی او است که ناشی از فعل یا ترک فعل دیگری یا اشیاء و اموال تحت مالکیت یا تصرف یا کنترل وی باشد (نظریور، ۱۳۹۹، ص ۱۵).

### ۲. شرایط تحقق مسئولیت مدنی توسط پسمانده‌های فضایی

آلودگی فضایی مربوط به قطعات رهاشده، انفجارات و محموله‌های غیرقابل استفاده است. پس از آغاز راهپیمایی فضایی، خطرات ناشی از برخورد پسمانده‌های بسیار کوچکی که می‌توانست به راحتی پوشش نازک و حساس لباس فضانوردان را پاره کند، معضل جدیدی بود. این موضوع زمانی که دست کش یکی از فضانوردان شاتل فضایی آتلانتیس<sup>۴</sup> در اثر برخورد با پسمانده بسیار کوچکی پاره شد، اهمیت ویژه‌ای یافت (بزدان‌پناه و همکاران، ۱۳۸۵، ص ۳)؛ بنابراین طرح مسئولیت مدنی در

1. Space Debris.
2. Space Object.
3. Civil Liability.
4. Atlantis.

عرصه پسمانده‌های فضایی نیازمند احراز ارکان آن است که در زیر بررسی می‌شوند.

## ۱-۲. زیان<sup>۱</sup>

زیان، کمبود در مال یا حق (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳ق، ج ۲، ص ۳۲۹) است؛ زیانی که می‌تواند زمینه‌ساز تحقق مسئولیت مدنی باشد، می‌بایست برخوردار از قطعیت بوده (ره‌پیک، ۱۳۹۲، ص ۶۸) و نمی‌بایست میان اصل زیان و فعل زیانبار، حادثه دیگری واسطه شده باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۴، ص ۴۹). زیان‌هایی که توسط پسمانده‌های فضایی ایجاد می‌شوند، ممکن است درباره فضانوردان، اموال آنان، سفینه فضایی، محیط‌زیست ماورای جو، یا با ورود به جو زمین نسبت سلامتی افراد، اموال و آلودگی یا تخریب محیط‌زیست زمین شکل گیرد. این نمونه‌ها را بنگرید:

۱. در اثر برخورد پسمانده‌های بسیار کوچک (حدود یک میلی‌متر) با صفحات خورشیدی تلسکوپ فضایی هابل،<sup>۲</sup> ضمن ایجاد یک حفره ۲.۵ میلی‌متری، قسمتی از آرایه خورشیدی این تلسکوپ از کار افتاد (یزدان‌پناه و همکاران، ۱۳۸۵، ص ۱۴).
۲. در اثر برخورد ماهواره کاسموس ۲۲۵۱-<sup>۳</sup> و ماهواره ایریدیوم ۳۳-<sup>۴</sup> آمریکا هر دو ماهواره نابود شدند. ماهواره کاسموس ۲۲۵۱- مأموریت خود را در سال ۱۹۹۵ به پایان رسانده بود و از آن زمان غیرفعال و غیرقابل کنترل و به پسمانده فضایی بدل گشته بود؛ اما ایریدیوم ۳۳- هنوز در حال کار و ارائه خدمات مخابراتی بود (Lannotta, 2009, February 11).
۳. در سال ۱۹۷۸ ماهواره کاسموس ۹۵۴-<sup>۵</sup> شوروی که حامل رآکتور هسته‌ای با ایزوتوپ اورانیوم ۲۳۵ بود، وارد جو زمین شد و بقایای رادیواکتیوی آن در کانادا به زمین نشست و سبب آلودگی گردید (Christol, 1980, p. 350).

1. Harm.

2. Hubble Space Telescope (HST).

3. Kosmos- 2251.

4. Iridium-33.

5. Kosmos- 954.

## ۲-۲. رفتار زیان بار<sup>۱</sup>

این عنصر شامل فعل<sup>۲</sup> و ترک فعل<sup>۳</sup> می شود. در زمینه پسماندهای فضایی اصل اولی عدم تولید پسمانده در فضا است. برای نمونه در مثال ۳ از حیث ایجاد زیان به ماهواره خصوصی ایریدیوم، دولت روسیه به عنوان مسئول شناخته می شود؛ زیرا پس از غیرفعال شدن ماهواره خود، هیچ اقدامی برای جمع آوری آن انجام نداده است. (Nelson, 2015, p. 114). تخریب عمدی شیء فضایی نیز گونه ای دیگر از فعل زیان بار است. برای نمونه می توان به موضوع نابودی ماهواره هواشناسی Fengyan-1C چین اشاره کرد که آن را در مدار نزدیک زمین منهدم کرد (Leonard, 2007, February 03). نکته مهم این است که فرایند برخورد اشیاء و پسماندهای فضایی و تکه تکه شدن آنها در تولید پسماندهای کوچک تر، واکنشی زنجیره ای شکل می دهد؛ بنابراین امکان وقوع فرایند تولید آبخاری<sup>۴</sup> پسماندهای فضایی به شدت افزایش خواهد یافت (یزدان پناه و همکاران، ۱۳۸۵، ص ۲۱).

درباره مصادیق ترک فعل نیز باید گفت چون اصل اولی تولید نکردن پسمانده است، در صورت ایجاد آن به هر جهت، عامل تولید می بایست نسبت به جمع آوری پسماندهای خود اقدام کند، در غیر این صورت چنانچه زیانی محقق شود، فرد یا دولت در مدار مسئولیت قرار می گیرند. کنترل نکردن اشیاء فضایی می تواند مصداق دیگری برای ترک فعل باشد، با این حساب اگر در واقعه ایریدیوم ۳۳- در کنترل این فضاپیما برای جلوگیری از برخورد با کاسموس ۲۲۵۱- کوتاهی صورت گرفته باشد و این تصادف سبب ایجاد یا افزایش پسماندهای فضایی و زیان شود، دولت آمریکا به عنوان مسئول شناخته می شود؛ زیرا بر حسب ماده ۶ معاهده فضای ماورای جو، آگاهی از موقعیت مکانی مناسب و گزینه های احتمالی جلوگیری از برخورد را به کاربر خصوصی ارائه نداده است.

1. Harmful Behavior.
2. Act.
3. Omission.
4. Cascade Production.

بررسی فقهی مسئله نشان می‌دهد از اطلاقی که در برخی روایات در ابواب گوناگون (ر.ک: حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۹، صص ۲۴۳، ۲۴۷؛ ابن بابویه، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۴۷) آمده، می‌توان مسئولیت مدنی در عرصه پسمانده‌های فضایی را اثبات نمود؛ البته هرچند این روایات در ابواب خاصی وارد شده‌اند، اما با الغاء خصوصیت از ابواب و ملاحظه همه آنان به‌عنوان یک مجموعه می‌توان برای نیل به مقصود استفاده نمود. برای ترک فعل و جلوگیری نکردن از بروز حوادث که توسط اشیاء فضایی رخ می‌دهند، می‌توان به عموماً ادله‌ای که درباره ترک فعل ناشی از نگهداری اشیاء و حیوانات وارد شده است، اشاره کرد؛ زیرا اشیاء فضایی به وسیله فضاوردان قابل کنترل هستند. فقها نگهداری حیوان را لازم دانسته و معتقدند چنانچه فرد در این زمینه سستی ورزد و توسط حیوان جنایتی وارد آید، مالک ضامن خواهد بود (علامه حلی، ۱۴۱۳ق الف، ج ۳، ص ۶۵۷؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص ۲۳۹؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۴۳، ص ۱۲۹). مبنای این دیدگاه روایتی است که در باب ضامن وارد شده است (ر.ک: حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۹، ص ۲۵۱).

این روایت افزون بر صحت سند، از صحت دلالتی نیز برخوردار است و قابلیت تمسک در این بحث را دارد، با این تقریر که با الغاء خصوصیت از حیوان و تنقیح مناط قطعی می‌توان حکم آن را به حوادث فضایی تسری داد. در زمینه ایجاد آلودگی توسط پسماندها و وارد آمدن زیان به وسیله آنان باید گفت افزون بر قاعده «لا ضرر»، می‌توان به روایت موثق سکونی اشاره نمود: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ مَنْ أَخْرَجَ مِيرَابًا، أَوْ كَيْفًا، أَوْ أَوْتَدًا وَتَدًا، أَوْ أَوْثَقَ ذَابَّةً، أَوْ حَفَرَ بَرًّا فِي طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ، فَأَصَابَ شَيْئًا، فَعَطِبَ، فَهُوَ لَهُ ضَامِنٌ (ابن بابویه، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۱۵۴).

فقها از این روایت برای اثبات ضامن ناشی از تسبیب استفاده کرده‌اند (اصفهانی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۱، ص ۲۶۸؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۳۷، ص ۴۶؛ بروجردی، ۱۴۱۳ق، ص ۱۶۶). نکاتی که برای استفاده از این روایت در اثبات مسئولیت مدنی ناشی از زیان‌های پسمانده‌های فضایی قابل توجه است، از این قرارند: نخست آنکه مصادیق مورد اشاره در روایت جنبه تمثیلی دارند و با وجود ملاک می‌توان از این روایت در غیر موارد مصرح استفاده نمود؛ چنانکه علامه نیز حین استفاده از روایت، تعبیر «وما شبه ذلک» را بیان نموده و حکم



ضمان مستفاد از روایت را به موارد دیگر تعمیم داده است (علامه حلی، ۱۴۱۳ق ب، ج ۹، ص ۳۶۳-۳۶۱). دوم آنکه استفاده از این روایت با ادعای ثبوت ضمان، ویژه مواردی است که با قرارداد آنها در مسیر، زیان به وجود آید و مواردی که زیان نمی‌رسانند، مشمول روایت نیستند (تبریزی، ۱۴۲۸ق، ص ۹۵). سوم اینکه تعبیر «طریق» در روایت نباید سبب جمود در همین اصطلاح به معنای «راه» شود و مسیرهای (مدار) فضایی «طریق» قلمداد نشوند؛ آن‌چنان که برخی فقها برای استنباط حکم وضعی از این روایت قائل به تقيید به واژه «طریق» نشده و تفصیلی دیده نمی‌شود (عاملی، بی‌تا، ج ۶، ص ۷). چهارم اینکه ملاک مستفاد از روایت چیزی است که مایه زیان شود: «فَأَصَابَ شَيْئًا، فَعَطِبَ»؛ برای همین طریق مسلمانان تنها یک مصداق است و نمی‌توان ملاک را تفسیر مضیق نمود.

به دیگر سخن فراز «فَأَصَابَ شَيْئًا، فَعَطِبَ» شامل هر چیزی شده و در هر جا که زیانی به چیزی وارد آید، می‌بایست جبران گردد. فعل زیان‌بار دیگر که در بسیاری از معاهدات مغفول مانده، زیان ناشی از نفس آلودگی پسمانده‌های فضایی در محیط‌زیست ماورای جو است؛ حتی کنوانسیون مسئولیت از این نکته خالی است. ماده ۸ معاهده فضای ماورای جو گفته است: هر کشوری که از طریق ثبت آن کشور یک شیء فضایی پرتاب شود، بر آن صلاحیت و کنترل دارد. همین معاهده در ماده ۹ مقرر داشته: کشورها باید طوری فعالیت فضایی را انجام دهند تا از آلودگی زیان‌بار پرهیز شود. اما آیا پسمانده فضایی را می‌توان کنترل کرد؟ آیا وجود پسمانده قابل انتساب است و مسئولیتی تحمیل می‌کند؟ (Soucek, 2011, p. 380) اینها مسائلی هستند که جامعه بین‌المللی به‌طور مشخص به آنها نپرداخته است (محمودی، ۱۳۹۷، صص ۲۵، ۲۵۶-۲۵۵). برخی دولت‌ها معتقدند که چون در فضا زیست‌بومی وجود ندارد و هیچ‌یک از ملاحظات محیط‌زیستی در زمین قابل اعمال در فضای ماورای جو نیستند، پس آلوده کردن فضا موضوع نگران‌کننده‌ای نیست (Schafer, 1998, p. 6).

در پاسخ به این دیدگاه باید گفت که نمی‌توان محیط فضا را از محیط‌زیست زمین جدا نمود؛ به‌ویژه اینکه طرح‌های گوناگونی جهت یافتن نشانه‌های حیات و امکان آن در سیارات دیگر در حال بررسی است. از دیگر سو، آلوده‌نکردن محیط در هر زمان و

مکانی از مقتضیات اصول مذهب است و هر چند محیط‌زیست فضا موضوعی نو به شمار می‌رود، اما برای به دست آوردن احکام آن به سخنان بدون مبنا رجوع نمی‌شود؛ بلکه افزون بر نیازمندی به درنگ بیشتر، لازم است که آن را به اصل مذهب برگرداند. برای همین، حفاظت از محیط‌زیست فضا مسئله‌ای حیاتی است و ماده ۹ معاهده فضای ماورای جو حاوی تعهدی کلی و غیر قابل اجرا است. به علاوه بسیاری از این آلودگی‌ها از فعالیت‌های فضایی پذیرفته شده قانونی ناشی شده است. از سوی دیگر، کنوانسیون مسئولیت نیز نمی‌تواند پشتوانه اجرایی سازی ماده ۹ معاهده فضای ماورای جو باشد؛ زیرا کنوانسیون مسئولیت، سیستم جبران خسارت مبتنی بر تقصیر را در فضای ماورای جو اعمال می‌کند، ولی تنها درباره اشیاء فضایی زیان‌بار اعمال می‌شود، نه درباره خود محیط‌زیست فضا (Taylor, 2007, p. 25) که نقصان این کنوانسیون از دو جهت آشکار است: نخست مبنای تقصیر که مبنایی مخدوش است و اثبات آن توسط خواهان در عرصه فضا بسیار سخت است و دوم، نادیده‌انگاری نفس محیط‌زیست فضا است که عملیات به ظاهر قانونی برخی کشورها آن را به زیاله‌دانی تبدیل کرده است.

### ۲-۳. احراز رابطه سببیت<sup>۱</sup>

سومین شرط ایجاد مسئولیت مدنی، اثبات رابطه علیت میان شیء فضایی و زیان وارد آمده است. این عنصر در زمینه آلودگی توسط پسماندهای فضایی یا زیان‌های ناشی از آنها دشوارترین ارکان است. از سویی اگر میان فاعل زیان و فعل زیان‌بار رابطه سببیت احراز نشود، حکم به مسئولیت مدنی فاقدوجاهت خواهد بود. در زمینه آلودگی پسماندهای فضایی رویه واحد وجود ندارد و کشورها در این زمینه یا تردید دارند یا بی تفاوت رفتار می‌کنند.

ولی با توجه به اصل «آلوده کننده می‌پردازد»<sup>۲</sup> می‌توان عاملان زیان‌های محیط‌زیستی

1. Causal Link.

2. Polluter Pays - Principle.

فضا را مسئول دانست. البته فقدان الزام آوری قانونی این اصل و دیگر اصول مشابه، قابلیت استفاده از آن را مورد مناقشه قرار داده است؛ زیرا آسیب‌های واردآمده به محیط زیست فضای ماورای جوّ تحت اصطلاح «خسارت» مورداستفاده در معاهدات مربوط به حقوق فضا قرار نمی‌گیرد؛ اما با توجه به مبنای برگزیده این نوشتار این نقیصه قابل رفع است.

چالش دیگر در این عرصه آن است که اثبات وجود رابطه میان خسارت وارد شده و عمل دولت پرتاب کننده بستگی به نظر قانون و محکمه‌ای دارد که دولت متبوع آن خود طرف دعوا است. این در شرایطی است که ارائه مستندات کافی برای اثبات رابطه علیت برای مدعی خصوصی تقریباً کاری ناشدنی است. این واقعیت را نیز باید منظور کرد که خسارت مربوط در جریان اعمال حق حاکمیت دولت پرتاب گر چه بسا طبق قانون وارد شده باشد و از هیچ منظری قابل انتساب نباشد (امین‌زاده و همکاران، ۱۳۹۳، ص ۱۱۶). اما به نظر می‌رسد احراز این رکن کار دشواری نباشد؛ زیرا منطبق با ماده ۶ کنوانسیون ثبت اشیای فضایی می‌توان به این مهم دست یافت. در حقیقت کنوانسیون ثبت با پیش‌بینی ترتیبات شکلی انتساب یک شیء به دولت، امکان طرح دعوا علیه دولت پرتاب کننده به علت خسارات ناشی از شیء ثبت شده را تسهیل و مقزّر می‌کند دولت‌های دیگر که قادر به ردیابی شیء مورد نظر هستند، می‌توانند ادله کافی برای اثبات وجود رابطه را در اختیار دولت ذی نفع قرار دهند (امین‌زاده و همکاران، ۱۳۹۳، ص ۱۱۶).

### ۳. ادله اثبات مسئولیت مدنی ناشی از پسمانده‌های فضایی

الزام زیان‌رسان به جبران می‌بایست مستدل و مشروع باشد. اثبات ضمان ناشی از پسمانده‌های فضایی را می‌توان به کمک چند دلیل ثابت دانست:

#### ۳-۱. قاعده «اتلاف»

مقصود این قاعده آن است که هر شخصی مال دیگری را از بین ببرد، ضامن خسارت واردآمده است. افزون بر وجود آیاتی که مثبت قاعده اتلاف هستند (ر.ک: بقره، ۱۹۴؛

شورا، ۴۰)، روایات فراوانی نیز وجود دارد که مستند نظرات فقها است و می‌توان از آنها برای نیل به مقصود در موضوع این نوشتار بهره برد. اگر گفته شود که این روایات هر یک ویژه یک باب فقهی است و در همان باب می‌بایست مورد استفاده قرار گیرد و در عرصه زیان‌های ناشی از پسمانده‌های فضایی قابلیت استناد ندارند، می‌گوییم با الغاء خصوصیت از ابواب ویژه و استنباط تعلیل روایات یا کبرای کلی موجود در آنها، می‌توان مسئولیت مدنی مبتنی بر قاعده اتلاف را در این زمینه ثابت نمود (ابن‌بابویه، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۴۷؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۹، ص ۲۴۳؛ کلینی، ۱۴۲۹ق، ج ۱۰، ص ۲۸۴)؛ بنابراین چنان‌چه در اثر برخورد پسمانده‌های فضایی با اشیای فضایی فعال اتلافی پدید آمد، زمینه‌ساز جریان قاعده مسئولیت مدنی است؛ تفاوتی هم نمی‌کند که این پسمانده‌ها پسمانده‌هایی هستند که به زمین می‌ریزند و هنگام پرتاب در جو زمین ایجاد شده و از فضای بیرونی وارد فضای جو زمین شوند، مانند حادثه کاسموس ۹۵۴- یا پسمانده‌های مداری باشند؛ مانند حادثه کاسموس ۵۵۲۱- و ایریدیوم ۳۳-.

### ۲-۳. قاعده «تسبیب»

مقصود این است که فرد به صورت مستقیم در ازین بردن مال دیگری نقش نداشته باشد، ولی برای آن زمینه‌سازی می‌کند. ضابطه تسبیب آن است که اگر وجود نداشت، تلف به وجود نمی‌آمد (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص ۲۳۷)؛ بنابراین چنان‌چه دولتی که در ایجاد پسمانده‌های فضایی نقش دارد، درباره رفع آلودگی سستی ورزد و از آن‌سو، ماهواره یا کاوش‌گری که به فضا پرتاب می‌شود، هنگام قرار گرفتن در مدار به وسیله این پسمانده‌ها دچار زیان گردد، مبتنی بر قاعده تسبیب می‌توان قاعده مسئولیت را جاری دانست.

### ۳-۳. قاعده «لا ضرر»

این قاعده با تقریرات گوناگون قابل تبیین است. مهمترین تقریر شمول قاعده در احکام عدمی است؛ با این بیان که اگر تنها قائل به رفع حکم توسط این قاعده باشیم، در

همان احکامی که وجود دارند، دچار جمود خواهیم شد؛ در حالی که اگر درباره ضرری بودن عدم حکم به ضمان بی‌توجه باشیم، خود موجب زیان بوده و مسلم است که حکم زیان‌آور در شریعت اسلامی نفی شده است (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق، ج ۱، ص ۸۶). به دیگر سخن با استفاده از عموم قاعده می‌توان شمول آن را به احکام عدمی قابل اثبات دانست؛ بنابراین می‌بایست درباره زیان‌هایی که درباره آنها حکمی وجود ندارد، حکم به ضمان شود تا با محذور مورد اشاره مواجه نشود. خطر اصلی پسمانده‌های فضایی مربوط به انرژی جنبشی بسیار زیاد آنها است که در اثر یک تصادم رها شده و باعث ایجاد خسارت زیاد می‌شوند. برای نمونه، پسمانده‌ای به قطر نیم میلی‌متر قادر به سوراخ کردن لباس فضایی و ایجاد جراحت جدی به فضانوردان است. گاه این پسمانده‌ها سبب آلودگی فضای ماورای جو هستند؛ مانند خاکسترهایی که توسط موتورهای سوخت جامد تولید می‌شوند. معمولاً برای بهبود عملکرد، کاهش ناپایداری اکسیداسیون و افزایش نیروی پیش‌ران<sup>۱</sup> موتورهای سوخت جامد در هنگام تولید سوخت، حدود ۱۸ درصد ذرات ریز اکسید آلومینیوم<sup>۲</sup> نیز به مخلوط سوخت اضافه می‌شود. هنگامی که موتورهای سوخت جامد روشن است، این مواد به شکل خاکستر و به قطر ۵۰ میکرومتر تا ۳ سانتی‌متر از دهانه موتور خارج شده و در مدار می‌مانند (یزدان‌پناه و همکاران، ۱۳۸۵، صص ۹، ۱۲، ۲۳) و سبب زیان به محیط‌زیست فضا می‌شوند؛ پس به کمک قاعده «لا ضرر» می‌توان این زیان‌ها را رفع و حکم به ضمان و جبران خسارت نمود.

#### ۴. مبنای مسئولیت مدنی در زیان ناشی از پسمانده‌های فضایی

وقتی درباره لزوم جبران خسارت که هدف مسئولیت مدنی است صحبت می‌کنیم، این پرسش مطرح می‌گردد که چرا مقنن شخص زیان‌رسان را مسئول جبران خسارت دانسته است. پاسخ به این پرسش که به نوعی وجه عقلی مسئولیت زیان‌رسان در برابر زیان‌دیده

1. Thrust  
 2. AL2O3

است، بحث از مبنای مسئولیت مدنی را پیش می‌کشد که از دیرباز میان حقوق‌دانان و فقها مطرح بوده است. ماده ۷ و ۸ معاهده فضای ماورای جو و نیز مقدمه کنوانسیون ثبت اشیاء فضایی به شکل کلی بحث از مسئولیت به میان آورده است، ولی در مواد ۲ و ۳ کنوانسیون مسئولیت به طور خاص به این مسئله تصریح شده است؛ به گونه‌ای که کنوانسیون مسئولیت با تفصیل میان خسارت وارد شده به واسطه اشیاء فضایی در سطح زمین و خارج از آن دو مبنای جداگانه را طرح کرده است. به دیگر سخن، ماده ۲ مسئولیت بدون تقصیر، و ماده ۳ مسئولیت مبتنی بر تقصیر را می‌پذیرد. برخی نیز مبنای مسئولیت را با توجه به فعالیت‌ها تعیین کرده و گفته‌اند که اگر فعالیت فضایی به دنبال تحقق اهداف نظامی باشد، زیان‌های ناشی از آن مبتنی بر مسئولیت بدون تقصیر قابل مطالبه است، ولی چنانچه اهداف تجاری مقصود آنها باشد، بایستی مسئولیت مبتنی بر تقصیر منظور شود (McMahon, 1962, p. 329). این رویکرد دو گانه قابل ملاحظه است و وقتی سیر پذیرش این مبانی بررسی شود، درخواستیم یافت که ملاکی که سبب این رویکرد می‌شود، فاقد منطق حقوقی است. در واقع وقتی ماهیت یک فعالیت بسیار خطرناک تلقی شود، از مسئولیت بدون تقصیر استفاده می‌شود و در غیر این صورت مبنای مسئولیت، تقصیر خواهد بود (Diederiks -Verschoor, 1981, p. 342). از سوی دیگر، چون به دلیل عدم تکامل دانش فضایی نمی‌توان معیاری قاطع برای رفتار مسئولیت‌بار توصیف کرد، نیز به خاطر محرمانه بودن فعالیت‌های فضایی دولت‌ها، زیان‌دیده امکان دسترسی به اطلاعات برای اثبات تقصیر ندارد و نیز چون انجام فعالیت خطرناک برای فاعل آن سود دارد، او باید زیان‌های ناشی از کار خود را پذیرا باشد (Jenks, 1966, p. 152)، می‌توان مسئولیت بدون تقصیر را توجیه نمود. در این راستا باید گفت استناد به پذیرش زیان ناشی از فعل سودآور، هرچند نظریه مسئولیت بدون تقصیر را تقویت می‌کند، اما خود یکی از گونه‌های مبنایی دیگر در عرصه مسئولیت مدنی است که به عنوان نظریه احتمال خطر<sup>۱</sup> مشهور است. این نظریه آن قدر مخدوش است که سیر تطوّر آن سه

---

1. Risk Theory.

رویکرد را نمایان می‌سازد و دلیل مورد اشاره، نخستین رویکرد آن یعنی نظریه احتمال خطر در برابر انتفاع مادی است و دو رویکرد ارتقایی از اصل نظریه پس از این وجود دارد. افزون بر این، استناد به نظریه مسئولیت بدون تقصیر و استفاده از آن مطلق نیست و تنها برای مواردی قابل اعمال است که فعالیت پر مخاطره باشد و اگر فاقد چنین وصفی بود، قابلیت اعمال نخواهد داشت (Gorove, 1983, p. 376). در مقام جبران خسارت نیز، خواننده دعوا ملزم به جبران همه زیان نیست و پرداخت او محدود به مقدار مشخصی است. چنین رویکردی در تمام کنوانسیون‌های مشابه مانند ماده ۶ کنوانسیون بین‌المللی ۱۹۱۰ بروکسل در خصوص تصادمات<sup>۱</sup> قابل مشاهده است. نفس مبنای قراردادن نظریه تقصیر نیز قابل ملاحظه است؛ از جمله اینکه ثابت نمودن تقصیر در بیشتر موارد مشکل و در برخی موارد ناممکن خواهد بود؛ به‌ویژه با توجه به تصریح ماده ۳ کنوانسیون که زیان‌های ناشی از اشیاء فضایی خارج از سطح زمین را مشروط به اثبات تقصیر نموده است.

۴۷

ف

اکنون که مبانی مذکور با اشکالاتی مواجه شد، می‌بایست مبنایی با کارکردی بدون اشکال معرفی نمود که در این راستا تنها نظریه «احترام»<sup>۲</sup> می‌تواند در همه موارد مثبت مسئولیت مدنی باشد. طبق این نظریه کسی حق تعدی به هیچ‌یک از حقوق انسان را ندارد، و در غیر این صورت می‌بایست از عهده جبران برآید (نظریور، ۱۳۹۹، ص ۵۷). استنباط حکم وضعی ضمان توسط این نظریه را می‌توان چنین عبارت‌پردازی نمود: نخست آنکه یکی از شئون احترام، تدارک زیان است؛ پس هیچ حقی از انسان در معرض هدر قرار نمی‌گیرد (اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۳۲۲). دوم آنکه می‌توان با استفاده از دلالت التزامی گفت که ضمان مدلول التزامی قاعده احترام بوده و میان ضمان و احترام تلازم وجود دارد (صدر، ۱۴۲۰ق، ج ۳، ص ۲۹۰).

نظریه احترام دارای پشتوانه قوی از آیات (نساء، ۴، ۲۹؛ احزاب، ۵۸) و روایاتی مانند: «لا

1. International Convention for the Unification of Certain Rules of Law in Regard to Collisions.

2. Respect Theory.

يَجْلُ دَمُ امْرِيٍّ مُسْلِمٍ وَلَا مَالُهُ إِلَّا بِطَيْبِهِ نَفْسِهِ»، «حُرْمَةُ مَالِهِ كَحُرْمَةِ دَمِهِ» و «لَا يَنْظُلُ حَقُّ امْرِيٍّ مُسْلِمٍ» است؛ اما به دلیل اینکه موضوع نوشتار جنبه بین‌المللی دارد، تنها به دسته‌ای از روایات که گستره‌ای عام دارند اشاره می‌شود. یکی از این روایات، روایتی است که از «محمد بن مسلم» نقل شده است: قَالَ: سَأَلْتُهُ هَلْ تَجُوزُ شَهَادَةُ أَهْلِ مِلَّةٍ مِنْ غَيْرِ أَهْلِ مِلَّتِهِمْ قَالَ نَعَمْ إِذَا لَمْ يُوجَدْ مِنْ أَهْلِ مِلَّتِهِمْ جَازَتْ شَهَادَةُ غَيْرِهِمْ إِنَّهُ لَا يَضْلُحُ ذَهَابُ حَقِّ أَحَدٍ (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۹، ص ۳۱۰). این روایت از حیث سند صحیح بوده و از نظر دلالتی به جهت عام بودن نیز وافی به مقصود است. نکته دیگر اینکه این مبنا شامل غیرمسلمان نیز می‌شود. در همین راستا باید گفت انسان مسلمان از منظر فقه دارای احترام ذاتی است و غیرمسلمان که در سایه ذمه یا آتش بس یا دیگر معاهدات هستند نیز تا وقتی که وارد جنگ با مسلمانان نشوند، دارای احترام عرضی هستند (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۴، ص ۸۲؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۲۱، ص ۸۱) و اموال غیرمسلمانانی که معاهداتی با مسلمانان دارند، احترام عرضی پیدا می‌کنند و در این راستا از حیث ضامن بودن تلف‌کننده، تفاوتی میان محترم ذاتی و عرضی نیست (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۱۹، ص ۴۵۹). با این توضیح وقتی دولت اسلامی با دیگر کشورها در معاهدات بین‌المللی فضایی عضویت می‌یابد، افراد و اموال آن کشورها به پاس معاهده موجود دارای حرمت است و در صورت ورود هرگونه زیان به افراد و اموال یا حق بر محیط‌زیست فضا نسبت به آنان در خارج یا درون جو و سطح زمین تحت حمایت قرار خواهند گرفت.

## ۵. اصول و شیوه‌های جبران

### ۵-۱. اصول جبران

مقوله جبران خسارت تابع مجموعه‌ای از اصول کلی است؛ هرچند که با توجه به مبانی نظام‌های حقوقی امکان اختلاف اصول وجود دارد. در این میان یکی از اصول مشترک، بازگرداندن وضع به حالت سابق است (ره‌پیک، ۱۳۹۲، ص ۹۷). زیان‌های ناشی از پسمانده‌های فضایی نیز از این قاعده مستثنا نیستند؛ هرچند فهم مسئله در زیان‌های ناشی از آن نسبت به جان و اموال در جو و سطح زمین راحت‌تر است، ولی آنچه بسیار اهمیت



دارد، چالش آلودگی محیط‌زیستی در فضای ماورای جوّ است. با این حساب چنان‌چه در هر زمینه‌ای زیانی توسط پسماندهای فضایی متوجه افراد یا محیط‌زیست شود، عامل زیان می‌بایست نسبت به رفع آن و بازگرداندن آن به حالت پیش از زیان اقدام نماید. برای نمونه می‌توان به ماهواره کاسموس ۹۵۴- شوروی اشاره کرد که از اورانیوم ۲۳۵ به‌عنوان منبع الکتریکی استفاده می‌کرد و وقتی از مدار خارج و وارد جوّ زمین شد، در کانادا متلاشی گردید و هزاران قطعه را در یک منطقه بزرگ پراکند (Mejia - kaiser, 2020, p. 6) و سبب آلودگی محیط‌زیست شد و چند ماه بعد عملیات پاک‌سازی را انجام داد. اصل مهم دیگر جلوگیری از منبع زیان است (مصلح، ۱۳۹۳، ص ۲۱۸)؛ بدین معنا که بایستی جلوی فعالیت آلاینده گرفته شود تا محیط‌زیست فضا دچار تولید آبشاری پسماندهای فضایی نشود. در حقیقت این اصل به‌منظور پیشگیری از ایجاد پسماندهای فضایی لحاظ می‌شود. در همین راستا کمیته سازمان ملل در امور استفاده صلح‌آمیز از فضا<sup>۱</sup> و کمیته هماهنگی بین‌نهادی پسماندهای فضایی<sup>۲</sup> رهنمودهایی برای کاهش پسماندهای فضایی ارائه داده‌اند. برای نمونه، باید از پرتاب ماهواره‌هایی که بدنه مقاوم در مقابل نفوذ پسماندهای فضایی ندارند و به همین علت امکان وقوع سانحه فضایی می‌رود جلوگیری کرد؛ زیرا در صورت برخورد با پسماندهای موجود به تولید پسمانده مجدّد منجر می‌شود.

## ۲-۵. شیوه‌های جبران

شیوه جبران زیان‌های ناشی از پسماندهای فضایی با توجه به نوع زیان واردآمده متفاوت است. وقتی زیان‌ها را بررسی می‌کنیم، می‌توان آنها را در چهار دسته گونه‌بندی نمود:

### ۲-۵-۱. زیان به افراد

گاهی پسماندهای فضایی سبب ورود زیان به افراد می‌شود؛ بدین معنا که سبب

1. Committee on the Peaceful Uses of Outer Space (COPUOS).
2. Inter-Agency Space Debris Coordination Committee (IADC).

ایراد جراحی در جسم شده یا حتی مرگ را در پی خواهند داشت؛ برای نمونه «لوتی ویلیامز»<sup>۱</sup> از ناحیه شانه مورد اصابت یک قطعه پسمانده فضایی حین ورود به جو زمین قرار گرفت؛ هرچند دچار آسیب جدی نشد (رضوانی فرد، ۱۵ اسفند ۱۳۹۷). امکان برخورد پسمانده‌های فضایی با فضانوردان نیز وجود دارد. گفتنی است برخورد یک توده رنگ نیم میلی‌متری با سرعت ۱۰ کیلومتر بر ثانیه می‌تواند به سوراخ شدن سطح بیرونی لباس فضانوردان منجر شود و بلافاصله مرگ وی را در پی داشته باشد (امین‌زاده و دیگران، ۱۳۹۷، ص ۳۳). فقها معتقدند کسی که بیهوده سنگی در مسیری قرار دهد، ضامن جنایاتی است که از آن حاصل می‌شود (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۱۰، ص ۱۵۱؛ علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۵، ص ۵۳۹؛ اصفهانی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۱، ص ۲۶۲)؛ بنابراین با تنقیح مناط قطعی از این سخن که مبتنی بر روایات است، می‌توان گفت رهاسازی پسمانده در فضا چنانچه منجر به ایراد جنایت به فرد یا اموال او شود، تولیدکننده را در مدار مسئولیت قرار می‌دهد.

در حقوق اسلامی ضوابط جبران خسارت بدنی تحت‌عنوان دیه و ارش بحث شده است. این مسئله در میان مسلمانان که مورد جراحی واقع می‌شوند مشخص است، اما با توجه به موضوع نوشتار در صورتی که از پسمانده‌های اشیاء فضایی که مالکیت آنها برای مسلمانان است، زیانی متوجه غیرمسلمان شود، نیازمند گفتگو است. برخی فقها معتقدند امکان تطبیق احکام فقه اسلامی در همه عالم وجود دارد؛ چه روی زمین یا غیر از کره زمین. به دیگر سخن احکام اسلام ویژه زمین نیست، بلکه در فضا هم قابل تطبیق است (صدر، بی‌تا، ص ۷؛ مکارم شیرازی، ۲۴ مرداد ۱۴۰۰). فقهای امامیه در رابطه دیه کفار نظر یکسان ندارند. مشهور فقها دیه کفار ذمی یا اهل کتاب را ۸۰۰ درهم دانسته‌اند (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص ۳۴۰؛ علامه حلی، ۱۴۲۱ق، ص ۳۵۶؛ فیض کاشانی، بی‌تا، ج ۲، ص ۱۴۴؛ خمینی، ۱۴۰۴ق، ص ۲۳۵؛ علوی گرگانی، ۱۹ تیر ۱۴۰۰؛ شبیری زنجانی، ۲۱ تیر ۱۴۰۰؛ صافی گلپایگانی، ۲۷ تیر ۱۴۰۰). برخی فقها نیز معتقدند که دیه ذمی، مستأمن و معاهد بنابر احتیاط، دیه کامل است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ق، ج ۳، ص ۴۰۲؛ فیاض، بی‌تا، ج ۳، ص ۳۸۸). اما دیه کسانی که اهل کتاب و حربی یا

1. Lottie Williams.

حسب مورد ذمی یا مستأمن نیستند، تعیین نشده است (رک: طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۷، ص ۱۵۶؛ عاملی، بی تا، ج ۱۰، ص ۳۵۲؛ صاعی، ۱۳۸۴، ص ۷۰). در این راستا می توان گفت تمام کشورهایایی که دولت اسلامی با آنها روابط سیاسی دارد، جزو کفار معاهد هستند که خونشان محترم است و دلیلی بر اباحه خون آنان وجود ندارد (مکارم شیرازی، ۲۲ تیر ۱۴۰۰).

## ۲-۵-۲. زیان به اموال

مورد زیان دیگر توسط پسماندهای فضایی، اموال دولت‌ها یا افراد در فضا یا زمین است. برای نمونه، شکست یک پرتابگر پروتون در سال ۱۹۹۹ منجر به سقوط یک قطعه موشک ۸۰ تنی به زمین در ۶ مایلی شهر سالامالکول<sup>۱</sup> قزاقستان شد و یک قطعه ۲۰۰ کیلوگرمی آن به حیاط یک خانه سقوط و موجب خسارت گردید. مقامات قزاقستان مدعی مطالبه خسارتی بین ۲۷۰ تا ۲۸۸ هزار دلار آمریکا از دولت روسیه شدند (Manikowski, 2006, p. 62). راهکار جبران در این موارد «دادن معادل» است و این به دو شکل که رعایت ترتیب در آنها نیز مهم است، صورت می‌پذیرد:

۱. از راه دادن «مثل»: اگر در خسارت‌هایی که به اموال توسط پسماندهای فضایی وارد می‌آید، آن شیء مثلی باشد، نخست می‌بایست نسبت به اعطای مثل به زیان‌دیده اقدام نمود (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۱، ص ۵۲۵؛ خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۵، ص ۲۱۰).

۲. از راه «پرداختن قیمت»: گاهی دادن مثل سخت است؛ از این جهت که یا شیء مثلی یافت نمی‌شود یا اینکه مال تلف شده مثلی نیست؛ در این صورت زیان‌دیده مستحق اخذ قیمت آن شیء در روز پرداخت است؛ زیرا عین که ثابت در ذمه است، هر زمان که بخواهد پرداخت گردد، قیمت همان روز ملاحظه می‌شود (یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۹۷؛ آخوند خراسانی، ۱۴۰۶ق، ص ۴۰). به دیگر سخن، زمانی که ذمه بخواهد به قیمت تبدیل شود، ملاک پرداخت است. وجه قوت این دیدگاه آن است که اساس اینکه قیمت روز دفع مبنای

1. Salamalkol.

ارزش گذاری قرار می گیرد، ملاحظه مقوله تورّم و نوسانات اقتصادی در بازار کالا است.

### ۲-۵-۳. زیان به محیط زیست زمین

گاهی ورود پسماندهای فضایی به زمین شاید زیانی به افراد و اموال آنان نرساند، اما می تواند به آلودگی یا تخریب محیط زیست بینجامد. برای نمونه، ایستگاه فضایی Sky Lab در سال ۱۹۷۹ مجدداً وارد زمین شد و بر خلاف تلاش های ناسا در انجام مانورهای دور مدار برای کاهش خطرات، برخی از قطعات آن در خاک استرالیا ریخته شد (Hanes, 2019, July 16). درباره شیوه جبران در این گونه موارد باید گفت حالات جبران بسته به متعلق زیان متفاوت است. بدین معنا که امکان دارد در اثر ورود پسمانده فضایی، خاک آلوده شود که در این صورت شخص آلوده کننده با توجه به نوع آلاینده ملزم به رفع آلودگی تا رسیدن به حدود مجاز آن است یا باید درباره بازسازی خاک و جبران زیان وارد آمده اقدام مناسب انجام دهد. اگر آلودگی در آب صورت گیرد، در صورت سطحی بودن و رفع آلودگی به وسیله جمع آوری پسماندها، همین کار انجام می شود؛ اما در صورتی که آلودگی آب فاجعه محیط زیستی ایجاد کند، مانند اینکه آلوده به پسمانده رادیواکتیوی شود، نخست نسبت به امکان سنجی رفع آلودگی اقدام می شود، در غیر این صورت الزام به پرداخت غرامت انجام می شود؛ هر چند چالش آب آلوده موجود همچنان وجود خواهد داشت (ر.ک: مصلح، ۱۳۹۳، ص ۲۱۷). این که آیا با تبخیر یا فیلترسازی مشکل برطرف یا بیشتر می شود، بحثی است که از حوصله نوشتار خارج است. به همین منظور، مکانیسم برنامه محیط زیست سازمان ملل متحد<sup>۱</sup> می تواند با در دستور کار قرار دادن تأسیس دیوان ویژه برای رسیدگی به مواردی از این دست، از ظرفیت و قدرت دادگاه بین المللی دادگستری برای الزام دولت ها استفاده نماید. چنین رویه ای در سازمان ملل متحد سابقه داشته و سازمان های تابعه دیوان هایی با اهداف خاص دارند؛ مانند دیوان خاص هیأت اجرایی یونسکو (باوت، ۱۳۷۹، ص ۸۱).

1. United National Environment Programme (UNEP).

## ۲-۵-۴. زیان به محیط‌زیست فضای ماورای جو

گاهی زیانی که پسمانده‌های فضایی ایجاد می‌کنند، در محیط‌زیست ماورای جو سبب آلودگی می‌شود؛ برای نمونه تخلیه سوخت موشک‌ها در فضا تولید هیدروکلریک<sup>۱</sup> کرده که این ماده موجب تضعیف لایه ازون<sup>۲</sup> اتمسفر می‌شود. همچنین بخار فلزات حاصل از تجزیه شدن اشیاء فضایی در فضای ماورای جو که هنگام بازگشت آنها از جو به درون فضای کره زمین حادث می‌شود، اثر نامطلوب بر اتمسفر دارد (صفوی الموسوی الحسینی، ۱۳۷۲، ص ۱۱۱). در سال ۲۰۰۹ سطح فوقانی راکت ۵ اطلس که از سوی ناسا با مأموریت تخمین ذخایر آب موجود در ماه پرتاب شده بود، عمداً با قسمت جنوبی ماه برخورد کرد و نزدیک به ۳۵۰ تن زباله در محوطه‌ای به وسعت ۲ کیلومتر پخش کرد (Freeland, 2010, p. 90).

شیوه جبران این گونه خسارت، الزام به پاک‌سازی فضایی است که توسط پسماندها اشغال شده است. وفق ماده ۷ معاهده فضای ماورای جو مسئولیت صدمه‌ها به طرف دیگر، به‌عهده کسی است که از ناحیه او و یا با استفاده از امکانات او شیء پرتاب می‌شود، ولی درباره پسماندها هیچ تکلیفی روشن نیست و هیچ راه‌کاری برای ایجاد مسئولیت طرفی که با ایجاد پسمانده زیان‌هایی وارد می‌آورد، تعیین نشده است. باین حال می‌توان با کاربست برخی اصول و تعهدات حقوق محیط‌زیستی مانند اصل احتیاط<sup>۳</sup>، اصل توسعه پایدار<sup>۴</sup> و اصل «آلوده‌کننده می‌پردازد»<sup>۵</sup> با تشکیل دیوان ویژه برای رسیدگی به این موارد، دولت‌ها را نسبت به اعاده وضع سابق یا پرداخت غرامت ملزم نمود؛ هرچند که جبران وضعیت اختلال محیط‌زیستی - مانند آنچه در مثال ماه گذشت - در هاله ابهام قرار داشته و راهکار جبران برای این دست حوادث نیازمند بررسی دقیق است.

1. Hydrochloric.
2. Ozone layer.
3. Precautionary Principle.
4. Principle of Sustainable Development.
5. Polluter Pays- Principle.

## ۶. تعیین مسئول جبران

در زبان‌های ناشی از پسمانده‌های فضایی، عواملی چند می‌تواند دخالت داشته باشد که گاه یک یا چند مورد و گاه همه عوامل با تعیین میزان نقش هر یک در به‌وجود آمدن زیان به‌عنوان مسئول جبران شناخته شوند. در زیر فروض گوناگون بررسی می‌شود:

### ۶-۱. مالک شیء فضایی<sup>۱</sup>

نخستین عاملی که می‌تواند در تولید پسمانده نقش داشته باشد، دولتی است که مالکیت آن را بر عهده دارد. این‌گونه مسئولیت به‌سبب وجود رابطه مالکیت و نیز عدم رعایت تکالیفی است که از مالکیت ناشی می‌شود (نظری، ۱۳۸۹، صص ۱۵، ۲۴)؛ بنابراین وقتی شیء فضایی دارای کارکرد نیست، مالک آن بایستی برای جمع‌آوری آن اقدام کند و چنان‌چه در باب این مسئله تفریط روا دارد و زبانی از طریق پسمانده‌های فضایی آن دولت به دیگران وارد آید، بی‌تردید مسئول جبران خواهد بود. در فقه مسئله سهل‌انگاری مالک حیوان بررسی شده است (خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۲، ص ۳۰۹؛ حسینی روحانی، بی‌تا، ج ۳، ص ۳۸۷؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق، ج ۲، ص ۱۹۷) که با الغاء خصوصیت از حیوان و تنقیح مناط قطعی می‌توان حکم را به موارد مشابه تسری داد؛ بنابراین ضابطه حکم مسئولیت مالک، کوتاهی او در رهاسازی پسمانده‌ها است که سبب ورود زیان به دیگران شده است.

### ۶-۲. دولت پرتاب‌گر<sup>۲</sup>

در معاهداتی مانند کنوانسیون مسئولیت این‌واژه مبهم و شامل مصادیق بسیاری است. با کمک ماده ۱ کنوانسیون ثبت اشیاء فضایی می‌توان چهار مصداق برای دولت پرتاب‌گر برشمرد: ۱. دولتی که شیء را پرتاب می‌کند، ۲. دولتی که دستور پرتاب

1. The Owner of the Space Object.

2. Launching State.

می‌دهد، ۳. دولتی که پرتاب از قلمرو سرزمینی آن صورت می‌گیرد، و ۴. دولتی که عملیات پرتاب با تأسیسات آن انجام می‌شود.

موارد ۳ و ۴ در حقیقت مشارکت‌کننده محسوب می‌شوند و دولتی که بیشترین کنترل بر فعالیت فضایی را اعمال می‌کند، مسئول جبران زیان خواهد بود؛ بنابراین وقتی خود دولت اقدام به پرتاب شیء فضایی خود کرده یا دستور پرتاب آن را به کشوری دیگر می‌دهد، در برابر زیان‌های ناشی از آن مسئولیت خواهد داشت. دولت در موارد ۳ و ۴ در ایجاد زیان نقش تسبیبی دارند؛ بدین معنا که اگر اجازه پرتاب از قلمرو سرزمینی یا توسط تأسیسات پرتاب را نمی‌دادند، زیان حاصل نمی‌شد؛ هرچند نمی‌توان تمام مسئولیت را متوجه او ساخت، چراکه دولت مالک شیء یا دولتی که دستور پرتاب داده، خود کنترل آن را بر عهده دارد و مباشر زیان به حساب می‌آید، اما با توجه به فرض مسئله، سبب اقوای از مباشر است و در تقسیم مسئولیت، نقش بیشتری را خواهد داشت.

### ۳-۶. شلیک‌کننده موشک ضدماهواره<sup>۱</sup>

گاهی تخریب عمدی اشیاء فضایی به منظور جلوگیری از بازیابی ماهواره‌های خاص انجام و سبب ایجاد پسمانده زیادتری می‌شود. برای نمونه انهدام ماهواره هواشناسی Fengyun-1C مقدار زیادی پسمانده ایجاد کرد. با این حساب چنانچه پسمانده‌های فضایی که از انهدام توسط موشک ضدماهواره حاصل می‌شوند، سبب ورود زیان به دیگری، اموال او شود یا آلودگی محیط‌زیستی ایجاد نماید، دولت شلیک‌کننده را در مدار مسئولیت قرار خواهد داد.

### ۴-۶. فضانوردان<sup>۲</sup>

گاهی تولید پسمانده فضایی توسط فضانوردان صورت می‌گیرد. اشیاء به‌جامانده از

1. Anti-Satellite Missile Launcher.

2. Astronauts.

مأموریت‌های فضایی از شناخته‌شده‌ترین پسمانده‌های فضایی هستند. این اشیاء شامل کابل‌ها، فنرها، پیچ‌ها و... هستند (یزدان‌پناه و همکاران، ۱۳۸۵، ص ۱۹)؛ بنابراین چنان‌چه پس از مأموریت‌های فضایی پسمانده‌های آن جمع‌آوری نشوند و در مدار بمانند و ایجاد زیان کنند، فضانوردانی که انجام مأموریت کرده‌اند، در مدار مسئولیت قرار خواهند گرفت.

### ۵-۶. مسئولیت مشترک<sup>۱</sup>

گاه در ایجاد پسمانده فضایی چند عامل نقش دارد. این اشتراک گاهی در انجام عملیات پرتاب برای یک دولت است. برای نمونه دولت استرالیا، فرانسه و انگلستان موافقت‌نامه‌ای منعقد می‌کنند تا بر اساس آن دولت انگلستان ماهواره‌ای متعلق به فرانسه را از خاک استرالیا به فضا پرتاب نماید. حال اگر تأسیسات مربوط به پرتاب شیء فضایی که در استرالیا قرار دارد، متعلق به کشور چین باشد (امین‌زاده و همکاران، ۱۳۹۷، ص ۱۷)، در صورت وقوع زیان، می‌توان همه دولت‌های دخیل را درباره فعالیت آنان مسئول دانست؛ زیرا دلیلی بر ترجیح یکی از آنان یا ضمان سبب اقوی وجود ندارد (رک: صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۴۳، ص ۱۴۷؛ خویی، ۱۴۱۰ق، ص ۱۰۶؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق، ج ۲، ص ۲۰۹). از ماده ۱ کنوانسیون مسئولیت نیز مستفاد است که دولتی که از قلمرو جغرافیایی یا تأسیسات آن پرتاب انجام می‌شود، مشارکت‌کننده در پرتاب محسوب می‌شود. گاهی نیز اشتراک، در پرتاب است؛ بدین معنا که دولت‌ها در پروژه فضایی مشترک بوده و آن را با هم مدیریت می‌کنند. در این مورد نیز اگر دلیلی بر ترجیح وجود نداشته باشد، مسئولیت اشتراکی خواهد بود. مسئولیت اشتراکی این توهم را به وجود نیارود که به یک اندازه مسئولیت دارند، بلکه مقصود اشتراک در اصل مسئولیت است، ولی در میزان جبران زیان و خسارت، تفاوت در میزان نقش آنها در تولید زیان است.

1. Joint Responsibility.



## نتیجه‌گیری

از آنچه گذشت، این نتایج به دست آمد:

۱. پسمانده فضایی به دلیل نداشتن کارکرد و سرعت بالا در اثر انرژی جنبشی می‌تواند به اشیاء فضایی فعال، فضانوردان یا اموال آنان زیان وارد کند یا با برخورد به اشیاء فعال یا غیرفعال سبب تولید آبخاری پسمانده و آلودگی فضای ماورای جو شود.
۲. با نصب سامانه ثبت فروپاشی در هنگام ورود دوباره یا راه‌اندازی رادارهای قوی می‌توان رابطه سببیت را احراز، و ادله کافی برای اثبات وجود رابطه را در اختیار ذی‌نفع نهاد.
۳. به کمک قواعد «لا ضرر»، «اتلاف» و «تسبیب» می‌توان مسئولیت ناشی از پسمانده‌های فضایی را اثبات کرد.
۴. کنوانسیون مسئولیت به‌طور صریح و شفاف از مسئولیت ناشی از پسمانده‌های فضایی بحث نکرده و حتی در دیگر معاهدات هیچ تعریفی از آن ارائه نشده است. افزون بر این از ایراد خسارت به محیط‌زیست فضا صحبتی به میان نیآورده است.
۵. کنوانسیون مسئولیت دو مبنای مسئولیت بدون تقصیر و مبتنی بر تقصیر را در دو حالت بیان نموده و حتی مسئولیت بدون تقصیر را در موارد خاص استفاده نموده و حیطه جبران را نیز محدود کرده است؛ اما مبتنی بر مبنای برگزیده می‌توان همه مصادیق زیان در این عرصه را درباره همه افراد مورد حمایت قرار داد.
۶. در بحث جبران زیان توسط دولت اسلامی نسبت به غیرمسلمانان، با توجه به اصل «شایسته نیست حق هیچ‌کس ضایع شود»، می‌توان گفت همه کسانی که همراه با دولت اسلامی در معاهدات بین‌المللی عضو هستند، از نظر خون و مال محترم بوده و دلیلی بر اباحه خون و اموال آنان وجود ندارد و تنها کفار حربی که در ستیز فضایی با مسلمانان هستند، از این جهت احترامی ندارند.

## فهرست منابع

\* قرآن کریم

۱. آخوند خراسانی، محمد کاظم. (۱۴۰۶ق). حاشیه المکاسب (محقق: سید مهدی شمس‌الدین، چاپ اول). تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۲. ابن بابویه، محمد. (۱۴۱۳ق). من لایحضره الفقیه (چاپ دوم، ج ۴). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳. اصفهانی، محمد. (۱۴۱۶ق). کشف اللثام والابهام عن قواعد الاحکام (چاپ اول، ج ۱۱). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴. اصفهانی، محمد حسین. (۱۴۱۸ق). حاشیه کتاب المکاسب (محقق: عباس محمد آل سبّاع قطیفی، چاپ اول، ج ۱). قم: انوار الهدی.
۵. امین زاده، الهام؛ علاقه‌بند حسینی، یونس و سعیدی، محمد. (۱۳۹۳). حقوق بین‌الملل فضا: موافقت‌نامه امداد و نجات فضاوردان و کنوانسیون ثبت اشیاء فضایی (چاپ اول). تهران: دانشگاه تهران.
۶. امین زاده، الهام؛ علاقه‌بند حسینی، یونس و سعیدی، محمد. (۱۳۹۷). حقوق بین‌الملل فضا: کنوانسیون مسئولیت و موافقت‌نامه ماه (چاپ اول). تهران: دانشگاه تهران.
۷. باوت، درک ویلیام. (۱۳۷۹). تحولات نوین در شیوه‌های حقوقی حل و فصل اختلافات (مترجم: زهرا کسمتی و علی رضا طیب، چاپ اول). تهران: نی.
۸. بحرانی، یوسف. (۱۴۰۵ق). الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة (محقق: محمد تقی ایروانی و عبدالرزاق مقرر، چاپ اول، ج ۱۹). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۹. بروجردی، حسین. (۱۴۱۳ق). تقریرات ثلاث (مقرّر: علی پناه اشتهاردی، چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی.

۱۰. تبریزی، جواد. (۱۴۲۸ق). تنقیح مبانی الاحکام - کتاب الديات (چاپ اول). قم: دار الصدیقه الشهیده.
۱۱. حر عاملی، محمد. (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعه (چاپ اول، ج ۱۹ و ۲۹). قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۱۲. حسینی روحانی، سیدصادق. (بی تا). منهاج الصالحین (ج ۳). بی جا: بی نا.
۱۳. خوانساری، احمد. (۱۴۰۵ق). جامع المدارک فی شرح المختصر النافع (محقق: علی اکبر غاری، چاپ دوم، ج ۵). قم: اسماعیلیان.
۱۴. خویی، ابوالقاسم. (۱۴۱۰ق). تکملة المنهاج (چاپ بیست و هشتم). قم: مدینه العلم.
۱۵. خویی، ابوالقاسم. (۱۴۲۲ق). مبانی تکملة المنهاج (چاپ اول، ج ۲). قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخویی علیه السلام.
۱۶. رضوانی فرد، محمدحسین. (۱۳۹۷). احتمال برخورد فضاییهای شوروی سابق به زمین [اخبار]. بازیابی شده در ۱۴ تیر ۱۴۰۰ از: <https://www.isna.ir>.
۱۷. ره پیک، حسن. (۱۳۹۲). حقوق مسئولیت مدنی و جبرانها (چاپ اول). تهران: خرسندی.
۱۸. شبیری زنجانی، سیدموسی. (۱۴۰۰). [استفتاء]. دریافت شده در ۲۱ تیر ۱۴۰۰ از: [answer@q-zanjani.ir](mailto:answer@q-zanjani.ir).
۱۹. شهید ثانی، زین الدین. (۱۴۱۰ق). الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیه (محشی: سیدمحمد کلانتر، چاپ اول، ج ۱۰). قم: کتابفروشی داوری.
۲۰. صاحب جواهر، محمدحسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام (محقق: عباس قوچانی و علی آخوندی، چاپ هفتم، ج ۴، ۲۱، ۳۷ و ۴۳). بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۲۱. صافی گلپایگانی، لطف الله. (۱۴۰۰). [استفتاء]. دریافت شده در ۲۷ تیر ۱۴۰۰ از: <https://www.saafi.com>.
۲۲. صانعی، یوسف. (۱۳۸۴). مساوات الرجل والمرأه والمسلم وغيره فی القصاص (چاپ اول). قم: میثم التمار.

۲۳. صدر، محمد. (۱۴۲۰ق). ما وراء الفقه (محقق: جعفر هادی دجیلی، چاپ اول، ج ۳). بیروت: دار الاضواء للنشر والطباعة.
۲۴. صدر، محمد. (بی تا). فقه الفضاء (چاپ اول). بیروت: دار و مكتبة البصائر.
۲۵. صفوی الموسوی الحسینی، حسن. (۱۳۷۲). حقوق بین الملل هوایی و فضایی (چاپ سوم). تهران: سازمان هواپیمایی کشوری.
۲۶. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم. (۱۴۲۱ق). حاشیه المکاسب (چاپ دوم، ج ۱). قم: اسماعیلیان.
۲۷. طوسی، محمد. (۱۳۸۷ق). المبسوط فی فقه الامامیه (محقق: سید محمد تقی کشفی، چاپ سوم، ج ۷). تهران: المكتبة المرتضوية لاهیات الآثار الجعفریه.
۲۸. عاملی، سید جواد. (بی تا). مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه (چاپ اول، ج ۶ و ۱۰). بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۲۹. علامه حلّی، حسن. (۱۴۱۳ق الف). قواعد الاحکام فی معرفة الحلال والحرام (چاپ اول، ج ۳). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۰. علامه حلّی، حسن. (۱۴۱۳ق ب). مختلف الشیعه فی احکام الشریعه (چاپ دوم، ج ۹). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۱. علامه حلّی، حسن. (۱۴۲۰ق). تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه (محقق: ابراهیم بهادری، چاپ اول، ج ۵). قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۳۲. علامه حلّی، حسن. (۱۴۲۱ق). تلخیص المرام فی معرفة الاحکام (محقق: هادی قیسی، چاپ اول). قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۳۳. علوی گرگانی، محمد علی. (۱۴۰۰). [استفتاء]. دریافت شده در ۱۹ تیر ۱۴۰۰ از: [info@gorgani.ir](mailto:info@gorgani.ir)
۳۴. فیاض، محمد اسحاق. (بی تا). منهاج الصالحین (ج ۳). بی جا: بی نا.
۳۵. فیض کاشانی، محمد محسن. (بی تا). مفاتیح الشرایع (چاپ اول، ج ۲). قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی علیه السلام.

۳۶. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۴). وقایع حقوقی - مسئولیت مدنی. تهران: شرکت سهامی انتشار.

۳۷. کلینی، محمد. (۱۴۲۹ق). الکافی (چاپ اول، ج ۱۰). قم: دار الحدیث.

۳۸. محقق حلی، جعفر. (۱۴۰۸ق). شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام (محقق: عبدالحسین

محمدعلی بقال، چاپ دوم، ج ۲ و ۴). قم: اسماعیلیان.

۳۹. محمودی، سیدهادی. (۱۳۹۷). حقوق بین الملل فضایی (چاپ دوم). تهران: سمت.

۴۰. مصلح، زینب. (۱۳۹۳). حقوق فضایی با تأکید بر نظام حقوقی بر سوانح و زیاده‌های فضایی

(چاپ اول). تهران: جهاد دانشگاهی.

۴۱. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۰۰). [استفتاء]. دریافت شده در ۲۲ تیر ۱۴۰۰ و ۲۴ مرداد ۱۴۰۰

از: pasokh@makarem.ir

۴۲. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۱۱ق). القواعد الفقهیه (چاپ سوم، ج ۲). قم: مدرسه الامام

علی علیه السلام.

۴۳. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۷ق). الفتاوی الجدیده (محقق: ابوالقاسم علیان‌نژاد و کاظم

خاقانی، چاپ دوم، ج ۳). قم: مدرسه الامام علی علیه السلام.

۴۴. موسوی خمینی، سیدروح‌الله. (۱۴۰۴ق). زبده الاحکام (چاپ اول). تهران: سازمان تبلیغات

اسلامی.

۴۵. نظرپور، حمزه. (۱۳۹۹). بررسی فقهی مسئولیت مدنی در فناوری رباتیک (استاد راهنما:

علی اکبر ایزدی‌فرد). پایان‌نامه دکتری. دانشگاه مازندران، دانشکده الهیات و معارف

اسلامی، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی.

۴۶. نظری، ایران‌دخت. (۱۳۸۹). مسئولیت مدنی مالک (چاپ اول). تهران: جنگل.

۴۷. هاشمی شاهرودی، محمود. (۱۴۲۳ق). فرائد فقهیه معاصره (چاپ اول، ج ۲). قم: مؤسسه

دائرة المعارف فقه اسلامی.

۴۸. یزدان‌پناه، شهرام؛ بهرامی، محسن و کلانتری‌نژاد، رضا. (۱۳۸۵). پسماندهای فضایی (چاپ

اول). تهران: پژوهشگاه هوافضا.

49. Cheng, Bin. (1995). International Responsibility and Liability for Launch Activities. *Air and Space Law*, Vol 20, No 6, pp. 290-310.
50. Christol, Carl Q. (1980). International Liability for Damage Caused by Space Objects. *American Journal of International Law*, Vol 74, No 2, pp. 346-371.
51. Diederiks-Verschoor, I. H. Ph. (1981). Similarities with and Differences between Air and Space Law Primarily in the Field of Private International Law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol 172, pp. 338-350.
52. Freeland, Steve. (2010). Fly Me to the Moon: How Will International Law Cope with Commercial Space Tourism?. *Melbourne Journal of International Law*, Vol 11, No 1, pp. 90-118.
53. Gorove, Stephen. (1983). Liability in Space Law: An Overview. *Annals of Air and Space Law*, Vol 8, pp. 370-386.
54. Hanes, E. (2019). The Day Skylab Crashed to Earth: Facts About the First U.S. Space Station's Re-Entry [website comment]. Retrieved 2021, Jul . 7, from <https://www.history.com/news/the-day-skylab-crashed-to-earth-facts-about-the-first-u-s-space-stations-re-entry>.
55. Hobe, Stehan. (2013). *Cologne Commentary on Space Law*. Germany: Carl Heymanns Verlag.
56. Jenks, Wilfred. (1966). Liability for Ultra-Hazardous Activities in International Law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol 117, pp. 140-156.
57. Lannotta, B. (2009, February 11). *U.S. Satellite Destroyed in Space Collision* [website comment]. Retrieved 2021, Aug. 2, from <https://spacenews.com/u-s-satellite-destroyed-in-space-collision>.
58. Leonardo, D. (2007, February 03). *China's Anti-Satellite Test: Worrisome Debris Cloud Circles Earth* [website comment]. Retrieved 2021, Aug. 2, from <https://www.space.com/3415-china-anti-satellite-test-worrisome-debris-cloud-circles-earth.html>.

59. Manikowski, Piotr. (2006). Examples of space damages in the light of international space law. *Poznan University of Economics Review*, Vol 6, No 1, pp. 54-68.
60. McMahon, J. F. (1962). *Legal Aspects of Outer Space*. Royal Institute of International Affairs, Vol 18, No 8, pp. 328-334.
61. Mejia-Kaiser, Martha. (2020). *Space Law and Hazardous Space Debris*. International Institute of Space Law, pp. 1-23.
62. Nelson, Timothy G. (2015). Regulating the Void: In-Orbit Collisions and Space Debris. *Journal of Space Law*, Vol 40, No 1-2, pp. 105-130.
63. Schafer, Bernard K. (1988). Solid, Hazardous and Radioactive Wastes in Outer Space: Present Controls and Suggested Changes. *California Western International Law Journal*, Vol 19, No 1, pp. 4-20.
64. Soucek, Alexander. (2011). *Outer Space in Society, Politics and Law*. New York: Springer Wien.
65. Taylor, Michael W. (2007). *Trashing the Solar System one Planet at Timw: Earthe s Orbital Debris Problem*. the Georgetown International Environmental Law Review, pp. 1-59.

## References

\* The Holy Qur'an

1. Akhund Khorasani, M. K. (1406 AH). *Hashiyah al-Makasib*. (Shamsuddin, S. M. Ed.). (1<sup>st</sup> ed.). Tehran: Ministry of Culture and Islamic Guidance. [In Arabic]
2. Alavi Gorgani, M. A. (1400 AP). [Istifta']. July 10, 1400 AP. From: info@gorgani.ir. [In Persian]
3. Allameh Heli, H. (1413 AH). *Mukhtalif al-Shia fi Ahkam al-Sharia*. (2<sup>nd</sup> ed., vol. 9). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
4. Allameh Heli, H. (1413 AH). *Qawa'id al-Ahkam fi Ma'arifah al-Halal va al-Haram*. (1<sup>st</sup> ed., vol. 3). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
5. Allameh Heli, H. (1420 AH). *Tahrir al-Ahkam al-Shariah ala Madhab al-Imamiyah*. (Bahadori, E., Ed.). (1<sup>st</sup> ed., vol. 5). Qom: Imam Sadegh Institute. [In Arabic]
6. Allameh Heli, H. (1421 AH). *Talkhis al-Maram fi Ma'arifah al-Ahkam*. (Qobeisi, H, Ed.). (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Islamic Propaganda Office. [In Arabic]
7. Ameli, S. J. (n.d.). *Miftah al-Kiramah fi Sharh Qawa'id al-Allamh*. (1<sup>st</sup> ed., vols. 6 & 10). Beirut: Dar Al-Ihya Al-Torath Al-Arabi.
8. Aminzadeh, E., & Alaqeband Hosseini, Y., & Saeedi, M. (1393 AP). *International Space Law: Astronaut Rescue Agreement and Space Object Registration Convention*. (1<sup>st</sup> ed.). Tehran: University of Tehran. [In Persian]
9. Aminzadeh, E., & Alaqeband Hosseini, Y., & Saeedi, M. (1397 AP). *International Space Law: Liability Convention and Monthly Agreement*. (1<sup>st</sup> ed.). Tehran: University of Tehran. [In Persian]
10. Bahrani, Y. (1405 AH). *Al-Hada'iq al-Nazirah fi Ahkam al-Itrat al-Tahirah*. (Irvani, M. R., & Muqarram, A, Ed.). (1<sup>st</sup> ed., vol. 19). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
11. Boroujerdi, H. (1413 AH). *Taqrirat Thalath*. (Eshtehardi, A. P, Ed.). (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]



12. Bowet, D. W. (1379 AP). *New Developments in Legal Methods of Dispute Resolution* (Kesmati, Z., & Tayeb, A. R. Trans.). (1<sup>st</sup> ed.). Tehran: Ney. [In Persian]
13. Cheng, Bin. (1995). *International Responsibility and Liability for Launch Activities*. *Air and Space Law*, Vol 20, No 6, pp. 290-310.
14. Christol, Carl Q. (1980). International Liability for Damage Caused by Space Objects. *American Journal of International Law*, 74(2), pp. 346-371.
15. Diederiks-Verschoor, I. H. Ph. (1981). *Similarities with and Differences between Air and Space Law Primarily in the Field of Private International Law*. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol 172, pp. 338-350.
16. Esfahani, M. (1416 AH). *Kashf al-Latham va al-Abham an Qawa'id al-Ahkam*. (1<sup>st</sup> ed., vol. 11). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
17. Esfahani, M. H. (1418 AH). *Hashiyah Kitab Al-Makasib* (Ale Saba' Qatifi, A. M, Ed.). (1<sup>st</sup> ed., vol. 1). Qom: Anwar al-Huda. [In Arabic]
18. Fayyaz, M. E. (n.d.). *Minhaj Al-Saleheen*. (Vol. 3).
19. Feiz Kashani, M. M. (n.d.). *Mafatih al-Sharia*. (1<sup>st</sup> ed., vol. 2). Qom: Library of Ayatollah Marashi Najafi.
20. Freeland, Steve. (2010). Fly Me to the Moon: How Will International Law Cope with Commercial Space Tourism ?. *Melbourne Journal of International Law*, 11(1), pp. 90-118.
21. Gorove, Stephen. (1983). Liability in Space Law: An Overview. *Annals of Air and Space Law*, Vol 8, pp. 370-386.
22. Hanes, E. (2019). *The Day Skylab Crashed to Earth: Facts About the First U.S. Space Station's Re-Entry* [website comment]. 2021, Jul. 7, from <https://www.history.com/news/the-day-skylab-crashed-to-earth-facts-about-the-first-u-s-space-stations-re-entry>.
23. Hashemi Shahroudi, M. (1423 AH). *Qira'at Fiqhiyah Mu'asirah*. (1<sup>st</sup> ed., vol. 2). Qom: Encyclopedia of Islamic Jurisprudence Institute. [In Arabic]

24. Hobe, Stehan. (2013). *Cologne Commentary on Space Law*. Germany: Carl Heymanns Verlag.
25. Hor Ameli, M. (1409 AH). *Wasa'il al-Shia*. (1<sup>st</sup> ed., vols. 19 & 29). Qom: Alulbayt Institute. [In Arabic]
26. Hosseini Rouhani, S. S. (n.d.). *Minhaj Al-Saleheen*. (Vol. 3).
27. Ibn Babewayh, M. (1413 AH). *Man la Yahzar al-Faqih*. (2<sup>nd</sup> ed., vol. 4). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
28. Jenks, Wilfred. (1966). *Liability for Ultra-Hazardous Activities in International Law*. Collected Courses of the Hague Academy of International Law, Vol 117, pp. 140-156.
29. Katozian, N. (1394 AP). *Legal Events - Civil Liability*. Tehran: Enteshar Co. [In Persian]
30. Khansari, A. (1405 AH). *Jami' al-Madarik fi Sharh al-Mukhtasar al-Nafi'*. (Ghari, A. A. Ed.). (2<sup>nd</sup> ed., vol. 5). Qom: Esmailian. [In Arabic]
31. Khoei, A. (1410 AH). *Takmilah al-Minhaj*. (28<sup>th</sup> ed.). Qom: Madinah al-Ilm. [In Arabic]
32. Khoei, A. (1422 AH). *Mabani Takmilah al-Minhaj*. (1<sup>st</sup> ed., vol. 2). Qom: Mu'asisah Ihya Athar al-Imam Al-Khoei.
33. Koleyni, M. (1429 AH). *Al-Kafi*. (1<sup>st</sup> ed., vol. 10). Qom: Dar Al-Hadith. [In Arabic]
34. Lannotta, B. (2009, February 11). *U.S. Satellite Destroyed in Space Collision* [website comment]. Retrieved 2021, Aug. 2, from <https://spacenews.com/u-s-satellite-destroyed-in-space-collision>.
35. Leonardo, D. (2007, February 03). *China's Anti-Satellite Test: Worrisome Debris Cloud Circles Earth* [website comment]. Retrieved 2021, Aug. 2, from <https://www.space.com/3415-china-anti-satellite-test-worrisome-debris-cloud-circles-earth.html>.
36. Mahmoudi, S. H. (1397 AP). *International Space Law*. (2<sup>nd</sup> ed.). Tehran: Samt. [In Persian]

37. Makarem Shirazi, N. (1400 AP). [*Istifta*']. 22 July & 24 August 1400 AP. From: pasokh@makarem.ir. [In Persian]
38. Makarem Shirazi, N. (1411 AH). *Al-Qawa'id al-Fiqh*. (3<sup>rd</sup> ed., Vol. 2). Qom: Imam Ali School. [In Arabic]
39. Makarem Shirazi, N. (1427 AH). *New Fatwas*. (Aliannejad. A., & Khaghani, K, Ed.). (2<sup>nd</sup> ed., vol. 3). Qom: Imam Ali School. [In Arabic]
40. Manikowski, Piotr. (2006). *Examples of space damages in the light of international space law*. Poznan University of Economics Review, Vol 6, No 1, pp. 54-68.
41. McMahon, J. F. (1962). *Legal Aspects of Outer Space*. Royal Institute of International Affairs, Vol 18, No 8, pp. 328-334.
42. Mejia-Kaiser, Martha. (2020). *Space Law and Hazardous Space Debris*. International Institute of Space Law, pp. 1-23.
43. Mohaqeq Heli, J. (1408 AH). *Shara'e al-Islam fi Masa'el al-Halal va al-Haram*. (Mohammad Ali Baqal, A, Ed.). (2<sup>nd</sup> ed., vols. 2 and 4). Qom: Esmailian. [In Arabic]
44. Mosleh, Z. (1393 AP). *Space Law with Emphasis on the Legal System on Space Accidents and Waste*. (1<sup>st</sup> ed.). Tehran: Jihad Daneshgahi. [In Persian]
45. Mousavi Khomeini, S. R. (1404 AH). *Zobdat al-Ahkam*. (1<sup>st</sup> ed.). Tehran: Islamic Propaganda Organization. [In Arabic]
46. Nazari, I. (1389 AP). *Owner Civil Liability*. (1<sup>st</sup> ed.). Tehran: Jangal. [In Persian]
47. Nazarpour, H. (1399 AP). *Jurisprudential study of civil liability in robotic technology* (Supervisor: Ali Akbar Izadifard). PhD Thesis. University of Mazandaran, Faculty of Theology and Islamic Studies, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law. [In Persian]
48. Nelson, Timothy G. (2015). Regulating the Void: In-Orbit Collisions and Space Debris. *Journal of Space Law*, 40(1-2), pp. 105-130.

49. Rahpeyk, H. (1392 AP). *Civil Liability Law and Compensation*. (1<sup>st</sup> ed.). Tehran: Khorsandi. [In Persian]
50. Rezvani Fard, M. H. (1397 AP). *The possibility of the former Soviet spacecraft hitting the ground* [News]. July 5, 1400 AP. From: <https://www.isna.ir>. [In Persian]
51. Sadr, M. (1420 AH). *Mavara al-Fiqh*. (Dajili, J. H, Ed.). (1<sup>st</sup> ed., vol. 3). Beirut: Dar Al-Azwa le al-Nashr va al-Taba'ah. [In Arabic]
52. Sadr, M. (n.d.). *Fiqh of space*. (1<sup>st</sup> ed.). Beirut: Dar va Maktab al-Basa'ir.
53. Safavi al-Musawi al-Husseini, H. (1372 AP). *International Aerospace Law*. (3<sup>rd</sup> ed.). Tehran: National Aviation Organization. [In Persian]
54. Safi Golpayegani, L. (1400 AP). [Istifta']. July 17, 1400 AP. From: <https://www.saafi.com>. [In Persian]
55. Sahib Jawaher, M. H. (1404 AH). *Jawahar al-Kalam fi Sharh Sharia al-Islam*. (Quchani, A., & Akhoondi, A, Ed.). (7th ed., vols. 4, 21, 37 & 43). Beirut: Dar Al-Ihya Al-TOrath Al-Arabi. [In Arabic]
56. Sane'ei, Y. (1384 AP). *Musawat al-Rajol va al-Mir'ah va al-Muslim va Qairah fi al-Qisas*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Maysam al-Tamar. [In Persian]
57. Schafer, Bernard K. (1988). Solid, Hazardous and Radioactive Wastes in Outer Space: Present Controls and Suggested Changes. *California Western International Law Journal*, 19(1), pp. 4-20.
58. Shahid Thani, Z. (1410 AH). *AL-Rawzah al-Bahiah fi Sharh al-Lom'ah al-Dameshqiyah*. (Kalantar, S. M. Ed.). (1st ed. vol. 10). Qom: Davari Bookstore. [In Arabic]
59. Shobeyri Zanjani, S. M. (1400 AP). [Istifta']. Received on July 12, 1400 AP. From: [answer@q-zanjani.ir](mailto:answer@q-zanjani.ir). [In Persian]
60. Soucek, Alexander. (2011). *Outer Space in Society, Politics and Law*. New York: Springer Vienna.
61. Tabatabaei Yazdi, S. M. K. (1421 AH). *Hashiyah al-Makasib*. (2<sup>nd</sup> ed., Vol. 1). Qom: Esmailian. [In Arabic]

62. Tabrizi, J. (1428 AH). *Tanqih Mabani al-Ahkam- Kitab al-Diyat*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Dar al-Sadiqah al-Shuhada. [In Arabic]
63. Taylor, Michael W. (2007). *Trashing the Solar System one Planet at Timw: Earthe s Orbital Debris Problem*. the Georgetown International Environmental Law Review, pp. 1-59.
64. Tusi, M. (1387 AH). *Al-Mabsut Fi Fiqh Al-Imamiya*. (Kashfi, S. M. T, Ed.). (3<sup>rd</sup> ed., Vol. 7). Tehran: Al-Mortazavi Library for the Revival of Ja'fariyya Works. [In Arabic]
65. Yazdanpanah, S., 7 Bahrami, M., & Kalantarinejad, R. (1385 AP). *Space Waste*. (1<sup>st</sup> ed.). Tehran: Aerospace Research Institute. [In Persian]



## Research Article

# The Role of Different Types of Financial Payers in Computer Games as Being Gamble<sup>1</sup>

Mohammad Ali Khademi Kusha<sup>2</sup>

Askar Derakhshan Doust<sup>3</sup>

Received: 20/06/2021

Accepted: 20/03/2022

### Abstract

There are some types of computer games with in-game payments if one side of the game loses. The similarity of winning and losing in such games with the wins and losses of gambling has raised the question of whether they are a gamble and has been considered in jurisprudential research. However, due to the influence of the direction of payments and the types of payers in the games as being gamble, it is necessary to examine these payments in these directions. The role of payments' direction has been explored in a standalone paper entitled "Thematic Gambling in Post-Loss Payments in Computer Games". However, there is no independent study

---

1. This paper is taken from the topics of Kharij Fiqh of the corresponding author in 2018, which has been compiled and completed by the second author.

2. Assistant Professor, Islamic Sciences and Culture Academy, Qom, Iran. (Corresponding author). khademi@isca.ac.ir.

3. Level four of Islamic Seminary (PhD) and researcher of Computer Games Knowledge Center, Qom, Iran. askarderakhshan@gmail.com.

---

\* Khademi Kush, M. A., & Derakhshan Doust, A. (1401 AP). The Role of Different Types of Financial Payers in Computer Games as Being Gamble. *Journal of Fiqh*, 29(109), pp. 72-99.

Doi: 10.22081/jf.2022.61099.2310.

---

Copyright © 2021, Author (s). This is an open-access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution-Non Commercial 4.0 International License (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>) which permits copy and redistribute the material just in noncommercial usages, provided the original work is properly cited.

on the role of different types of payers, which explains the role of payers in such games, despite their diversity and differences in their nature and role in the games as being gamble. The current study seeks to respond to the important demands of Islamic game makers in providing jurisprudential criteria for the design of payers and respond to the demands of a large number of Muslims who use computer games in order to avoid gambling. The result of the present study, through a jurisprudential study of the types of payers and an analytical study of four types of payers is as follows: 1. both sides of the game 2. One side of the game 3. Third party 4. software. To determine whether the first type and some cases of the fourth type are gamble, a method of applying the elements of gambling to the types of payers in computer games can be used.

**Keywords**

Computer games, gambling, payer, win and lose, wager.

### مقاله پژوهشی

## نقش انواع پرداخت‌کننده‌های مالی در قماربودن بازی‌های رایانه‌ای<sup>۱</sup>

محمدعلی خادمی‌کوشا<sup>۲</sup>      عسکر درخشان‌دوست<sup>۳</sup>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۳/۳۰      تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۲/۱۹

### چکیده

نوعی از بازی‌های رایانه‌ای دارای پرداخت‌هایی داخل بازی در صورت باختن یک طرف بازی است. شباهت برد و باخت در چنین بازی‌هایی با برد و باخت‌های قمار، زمینه سؤال پیرامون قماربودن آنها شده و در تحقیقات فقهی مورد توجه قرار گرفته است، اما با توجه به تأثیر جهت پرداخت‌ها و انواع پرداخت‌کننده‌ها در قماربودن بازی‌ها، لازم است این پرداخت‌ها از این جهات بررسی شود. نقش جهت پرداخت‌ها در مقاله‌ای مستقل تحت‌عنوان «موضوع‌شناسی قمار در پرداخت‌های پس از باخت در بازی‌های رایانه‌ای» بررسی شده است، اما درباره نقش انواع پرداخت‌کننده‌ها با وجود تنوع آنها و تفاوت ماهیت و نقش آنها در قماربودن بازی‌های، پژوهشی مستقل که نقش پرداخت‌کننده‌ها را در چنین بازی‌هایی تبیین کند وجود ندارد. پژوهش حاضر درصدد پاسخ به مطالبات مهم بازی‌سازان اسلامی در ارائه ضوابط فقهی برای طراحی پرداخت‌کننده‌ها و پاسخ‌گویی به مطالبه بخش وسیعی از مسلمانان مصرف‌کننده بازی‌های رایانه‌ای به‌منظور پرهیز از قماربودن بازی‌ها تدوین شده است. نتیجه تحقیق حاضر با مطالعه فقهی انواع پرداخت‌کننده‌ها و بررسی تحلیلی چهار قسم پرداخت‌کننده: ۱. دو طرف بازی ۲. یک طرف بازی ۳. شخص ثالث ۴. نرم‌افزار؛ تعیین قماربودن نوع اول و برخی حالت‌های نوع چهارم با روش تطبیق عناصر رکنی قمار بر اقسام پرداخت‌کننده در بازی‌های رایانه‌ای است.

### کلیدواژه‌ها

بازی رایانه‌ای، قمار، پرداخت‌کننده، برد و باخت، مرآه.

۱. این مقاله برگرفته از مباحث خارج فقه نویسنده مسئول در سال ۱۳۹۷ است که توسط نویسنده دوم تنظیم و تکمیل شده است.

۲. استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم، ایران (نویسنده مسئول).  
 ۳. سطح چهار حوزه و پژوهشگر مرکز دانش بازی‌های رایانه‌ای، قم، ایران.

\* خادمی‌کوشا، محمدعلی؛ درخشان‌دوست، عسکر. (۱۴۰۱). نقش انواع پرداخت‌کننده‌های مالی در قماربودن بازی‌های رایانه‌ای. فصلنامه علمی - پژوهشی فقه، ۲۹(۱۰۹)، صص ۷۲-۹۹.  
 Doi:10.22081/jf.2022.61099.2310.



## مقدمه

امروزه بازی‌های رایانه‌ای بخش گسترده‌ای از جمعیت جهان را در بخش‌هایی از تولید تا مصرف به خود درگیر کرده است و به همین دلیل این نوع بازی‌ها به جهت سودآوری فراوان برای تولیدکنندگان، مورد توجه کشورها و شرکت‌های بزرگ تولیدکننده قرار گرفته است. گردش مالی فراوان در اثر تولید و مصرف بازی‌ها، انگیزه قدرتمندی برای رقابت کشورها در تولید و ترویج این بازی‌ها شده است. با گشوده شدن پای اقتصاد و کسب درآمد به بازی‌های رایانه‌ای، زمینه افزایش سؤال‌های فقهی پیرامون این بازی‌ها فراهم آمد که مورد مطالبه عمومی دین‌داران است و پاسخ‌گویی آنها وظیفه فقه‌پژوهان است.

برای شناخت مسائل فقهی در بازی‌های رایانه‌ای باید این نوع بازی‌ها را به روش تحلیلی و با نگاه فقهی مورد مطالعه قرار داد تا با توجه به عناصر متنوع تشکیل‌دهنده آن و ترکیب فراوانی که در ساختار این پدیده وجود داشته، با تجزیه و تحلیل آنها، بتوان موضوعات مسائل فقهی آنها را شناسایی و مورد بررسی قرار داد و عناوین فقهی را بر آنها تطبیق و احکام آنها را تبیین کرد.

گام آغازین برای تجزیه و تحلیل موضوع بازی‌های رایانه‌ای، تعریف آنها است که با مراجعه به تعاریفی که از سوی دانشمندان روان‌شناسی و امور تربیتی (احمدوند، ۱۳۹۰، ص ۳۹؛ هارلوک، ۱۳۶۴، ص ۵) درباره بازی ارائه شده، پس از جمع‌بندی و تطبیق آنها بر بازی‌های رایانه‌ای و با استفاده از نگاه تحلیلی به این موضوع عرفی امکان‌پذیر است و با این روش به این نتیجه می‌رسیم که بازی رایانه‌ای نرم‌افزاری برای سرگرمی با داشتن تعامل و قاعده و هدف داخلی، و غالباً دارای داستان و جلوه‌های هنری است (خادمی کوشا و دیگران، ۱۳۹۷).

بر اساس تعریف ارائه‌شده، پیدا است که از جمله عناصر بازی‌های رایانه‌ای که موجب تمایز آنها از سایر سرگرمی‌ها شده و می‌تواند مورد بحث فقهی قرار گیرد، عنصر «تعاملی بودن» است، و منظور از آن کنش و واکنش‌های موجود در داخل بازی بین کاربران با رایانه و کاربران با همدیگر در فضای رایانه‌ای است.

یکی از مهم‌ترین انواع تعامل در بازی رایانه‌ای، تعامل مالی است که ضمن ایجاد جذابیت بیشتر، سؤال‌هایی در افکار عمومی مطرح کرده است؛ از مسائل کلی مربوط به تعاملات مالی در بازی‌های رایانه‌ای که مورد ابتلا برای عوامل تولید تا مصرف بازی‌ها است، مسئله وجود قمار در این تعاملات مالی است. این مسئله از آن جهت مورد توجه است که امروزه برخی از بازی‌های رایانه‌ای به‌عنوان ابزار قمار مطرح است و برخی از افعال بازیکن در بازی‌های رایانه‌ای می‌تواند در قمار شدن بازی نقش داشته باشد.

با توجه به عناصر متعدد در قمار بودن پرداخت‌های مالی در مسابقات و سرگرمی‌ها (ادامه مقاله) بررسی قمار بودن پرداخت‌ها در بازی رایانه‌ای از ابعاد مختلف لازم است؛ به‌طور مثال، جهت پرداخت‌ها (به‌معنای اینکه پرداخت بابت چیست) چه نقشی در قمار بودن بازی‌ها دارد، یکی از ابعاد بحث است که توسط نگارنده در مقاله «موضوع‌شناسی قمار در پرداخت‌های پس از باخت در بازی‌های رایانه‌ای» در مجله جستارهای فقهی و اصولی، در سال ۱۳۹۹ ارائه شده است. مقاله حاضر نیز از جهت دیگر، یعنی نقش انواع پرداخت‌کننده‌ها در تعیین قمار بودن بازی رایانه‌ای، به مطالعه فقهی این نوع بازی‌ها پرداخته است.

سؤال اصلی که مقاله حاضر این است که انواع پرداخت‌کنندگان مالی در بازی‌های رایانه‌ای چه نقشی در قمار بودن بازی‌های رایانه‌ای دارند. برای پاسخ به این سؤال ابتدا باید تعریف قمار و عناصر تشکیل‌دهنده آن تبیین شود و در مرحله دوم امکان نقش‌آفرینی انواع پرداخت‌کننده‌ها در قمار بودن انواع بازی‌ها سنجیده شود و در مرحله سوم، با مطالعه بازی‌های رایانه‌ای، انواع پرداخت‌کننده‌ها به‌طور کامل شناسایی شود، و در مرحله چهارم، ماهیت آنها به‌منظور شناخت تحقق مفهوم قمار و تطبیق مفهوم قمار در همه اقسام موجود توسط پرداخت‌کننده‌ها بررسی شود.

## ۱. تعریف قمار و بیان عناصر رکنی آن

برای اینکه یک بازی از نوع بازی قمار باشد یا دارای معاملاتی باشد که صدق قمار می‌کند، باید قیود و شرایطی که در تحقق قمار نقش دارد بر آن بازی یا تعاملات مالی

مربوط به آن تطبیق داده شود. از این رو برای دقت در تطبیق قمار بر بازی رایانه‌ای، باید تعریف قمار با تفکیک عناصر تشکیل دهنده آن روشن شود.

در منابع فقهی، قمار از نوع مکاسب حرام (ابوالصلاح حلبی، ۱۴۰۳ق، ص ۲۸۱؛ سلار، ۱۴۰۴ق، ص ۱۷۰؛ طوسی، ۱۴۰۰ق، ص ۳۶۳؛ علامه حلبی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۸؛ ابن زهره، ۱۴۱۷ق، ص ۳۹۹؛ ابن براج طرابلسی، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص ۳۴۴) و بدون داشتن مفهوم اصطلاحی در فقه، از موضوعات عرفی است که شناخت آن در فقه به عرف احاله داده می‌شود (میرزای شیرازی، ۱۴۱۲ق، ج ۱، ص ۱۲۲؛ غروی نائینی، ۱۳۷۳ق، ج ۱، ص ۱۵؛ خویی، ۱۳۷۷ق، ج ۱، ص ۵۶۸) و به همین دلیل بسیاری از کتب فقهی، خصوصاً متقدمان، تعریفی از قمار ارائه نداده‌اند و حتی در بین اهل لغت نیز برخی از متقدمان اهل لغت مثل خلیل (م ۱۷۵ق) اساساً آن را تعریف نکرده‌اند (فراهیدی، ۱۴۱۰ق، ج ۵، ص ۱۶۱) و برخی مثل صاحب بن عباد (م ۳۸۵ق) به معروف بودن آن احاله داده‌اند (صاحب بن عباد، ۱۴۱۴ق، ج ۵، ص ۴۱۸)؛ هرچند بعدها در بین متأخران تعاریفی در لغت و فقه ارائه شده است.

در شناخت معنای واژه‌ها و موضوعات عرفی به کاررفته در منابع شریعت، عرف زمان تشریح و صدور روایات ملاک است و برای شناخت آن باید به لغت و خصوصاً منابع معاصر با عصر صدور روایات مراجعه کرد که با توجه به اصل عدم نقل از معنای لغوی، معنای موردنظر در روایات به دست می‌آید، اما از آنجا که گاهی برخی از موضوعات عرفی از جهاتی در برخی روایات معتبر مورد توسعه یا تحدید واقع می‌شوند، این فقیه است که با مراجعه به روایات، معنای نهایی موردنظر در روایات را به دست می‌آورد. به همین جهت در تبیین مفهوم قمار، علاوه بر لغت، باید به سخن فقیهان نیز مراجعه شود.

چنان که در ادامه مقاله تبیین خواهد شد، حاصل سخن برخی اهل لغت (جوهری، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۷۹۹؛ طریحی، ۱۴۱۶ق، ج ۳، ص ۴۶۳) و گروهی از فقیهان (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص ۲۴؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۲، ص ۱۰۹؛ شیخ انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص ۳۷۱) در تبیین موضوع عرفی قمار این است که قمار نوعی بازی و سرگرمی دارای رقابتی طرفینی (مغالبه) است که با وجود جایزه (رهن یا گرو) از سوی طرفین انجام می‌شود. بنابراین در

تعریف قمار و تحقق مفهوم عرفی آن، لحاظ چند قید لازم است که به بررسی هر کدام می‌پردازیم:

### ۱-۱. بازی بودن

یکی از قیود تعریف قمار و عناصر لازم در تحقق مفهوم آن وجود ماهیت لعب و بازی است. این قید برگرفته از ذکر عنوان «اللعب» یا «الملاعبة» در تعاریف قمار توسط اهل لغت (جوهری، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۷۹۹؛ طریحی، ۱۴۱۶ق، ج ۳، ص ۴۶۳) و در متون فقهی (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص ۲۴؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۲، ص ۱۸۶؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۰ق، ص ۴۰؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۲، ص ۱۰۹؛ شیخ انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص ۳۷۱) است و بلکه در برخی از تعاریف قمار، واژه «لعب» در جایگاه جنس تعریف قرار گرفته است؛ به این صورت که قمار با مضمون «کل لعب فیه مراهنه» تعریف شده است (جرجانی، ۱۴۰۳ق، ج ۱، ص ۱۷۹؛ مصطفی، بی‌تا، ج ۲، ص ۷۵۸).

منظور از قید لعب و بازی بودن بر اساس عبارات اهل لغت در بیان معنای «لعب» که آن را «ضد جد» (ابن‌درید، ۱۹۸۷م، ج ۱، ص ۳۶۷؛ ابن‌سیده، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص ۱۶۸؛ ابن‌منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص ۷۳۹) و دارای معنای عرفی و معروف دانسته‌اند (جوهری، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۲۱۹؛ ابن‌فارس، ۱۴۰۴ق، ج ۵، ص ۲۵۳)، این است که از نگاه عرفی عمل قمار نوعی سرگرمی و عمل غیرجدی است، و عمل جدی که نقیض شوخی است (فراهیدی، ۱۴۱۰ق، ج ۶، ص ۷؛ صاحب بن عباد، ۱۴۱۴ق، ج ۶، ص ۳۹۲؛ جوهری، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۴۵۲)، از نگاه عرفی، عملی است که ضمن تسامحی بودن، انجام آن الزامی نبوده و برای برآوردن نیازهای لازم زندگی نیست؛ به همین دلیل قمار راهی عقلایی برای کسب و کار و تحصیل مال شمرده نمی‌شود.

بر اساس قید مذکور، بازی‌های درمانی و آموزشی که در واقع -از نگاه عرفی- بازی نیست، بلکه درمان و آموزش است، حتی اگر بردوباختی باشند قمار نیست؛ به همین دلیل فقیهانی مثل امام خمینی بر اساس شهادت عرف، برخی رقابت‌ها مثل خوش خطی یا مسابقات قرآن و مسابقات ورزشی را حتی اگر بردوباختی باشند قمار نمی‌دانند (موسوی خمینی، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص ۸).

## ۲-۱. مغالبه‌ای و دارای رقابت طرفینی

این قید به مقتضای وجود مبارزه و برد و باخت در تعریف قمار، داخل مفهوم قمار است؛ به همین دلیل فعل «قامر» و «قمر» و «تقمر» در منابع لغت به معنای غلبه کردن در قمار آمده است (جوهری، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۷۹۹؛ حمیری، ۱۴۲۰ق، ج ۸، ص ۵۶۲۹؛ فیروزآبادی، ۱۴۲۶ق، ج ۱، ص ۴۶۵)، بلکه به نقل شیخ انصاری، برخی بر این نظرند که اصل و ریشه قمار، وجود مغالبه و رقابت برای پیروزی و غلبه است (شیخ انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص ۳۷۱).

باید توجه داشت که مسابقه بودن در تحقق قمار لازم است، اما با وجود دو قید بعدی که در ادامه ذکر می‌شود، ذکر این قید در تعریف قمار مستدرک است و موردی را از قمار بودن خارج نمی‌کند؛ بنابراین این قید اگرچه برای تحقق قمار لازم است اما با توجه به اینکه لازمه قید بعدی است، ذکر صریح آن در تعریف قمار لازم نیست.

## ۳-۱. وجود رهن (گرو) و برد و باخت مالی

وجود گرو و مرهانه‌ای بودن یکی دیگر از عناصر اصلی در تعریف قمار است. این قید از تصریحات برخی اهل لغت (طریحی، ۱۴۱۶ق، ج ۳، ص ۴۶۳) و از ظاهر سخن برخی دیگر که قمار را مرهانه دانسته‌اند (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۵، ص ۱۱۵) به دست آمده است، و بلکه بسیاری از فقیهان با عبارت «الرهن علی اللعب...»، این قید را در جایگاه فصل تعریف بیان کرده‌اند؛ به این معنا که بازی و مسابقات را در صورتی که همراه رهن باشد قمار دانسته‌اند (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص ۲۴؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۲، ص ۱۸۶؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۲، ص ۱۰۹؛ شیخ انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص ۳۷۱).

منظور از وجود رهن در تحقق قمار این است که برای قمار بودن یک بازی رقابتی، حتماً باید چیزی که ارزش معاملاتی و رهن بودن دارد، به عنوان جایزه برای فرد برنده قرار داده شود که غالباً قبل از بازی به صورت رهن و گرو در وسط گذاشته می‌شود تا بعد از بازی به فرد برنده تحویل داده شود.

#### ۴-۱. طرفینی بودن رهن (گرو)

دوطرفی بودن گرو گذاری یکی دیگر از عناصر مفهوم قمار است. این قید به تصریح متقدمان اهل لغت (ابن سلام، ۱۳۸۴ق، ج ۲، ص ۱۴۴؛ ازهری، ۲۰۰۱م، ج ۸، ص ۳۱۷؛ ابن سیده، ۱۴۱۷ق، ج ۴، ص ۱۸؛ زمخشری، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۱۱۴) و نیز از ظاهر تعبیر به «مراهنه» یا ذکر فعل «راهن» برای بیان معنای قمار در تعاریف دیگر اهل لغت (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۵، ص ۱۱۵؛ فیروزآبادی، ۱۴۲۶ق، ج ۱، ص ۴۶۵) به دست آمده است، زیرا با توجه به سخن اهل لغت در معنای فعل «راهن... علی...» منظور از «مراهنه بر چیزی» این است که از سوی طرفین گرو گذاشته شود (فیومی، بی تا، ج ۲، ص ۲۴۲؛ طریحی، ۱۴۱۶ق، ج ۶، ص ۲۵۹).

به پشتوانه معنای لغوی، بسیاری از فقیهان متقدم و متأخر اهل سنت در بیان موضوع قمار به قید طرفینی بودن رهن در تحقق قمار تصریح نموده‌اند (الکاسانی، ۱۴۰۶ق، ج ۶، ص ۲۰۶؛ النووی، ۱۴۱۲ق، ج ۱۱، ص ۲۲۵؛ الانصاری، بی تا، ج ۴، ص ۲۴۳؛ العینی، بی تا، ج ۴، ص ۱۵۹؛ الانصاری، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۲۷۲؛ ابن نجیم، بی تا، ج ۷، ص ۹۱).

بر اساس قید طرفینی بودن گرو (رهن) در قمار، اگر پرداخت کننده آن شخص ثالث باشد، مثل جوایزی که توسط تولید کننده در بازی رایانه‌ای به برنده داده می‌شود، دیگر نمی‌توان گفت رهن طرفینی انجام شده، و در نتیجه مصداق مراهنه و قمار نخواهد بود و صرفاً مسابقه است.

#### ۵-۱. وجود برد و باخت

ملاحظه جهت خاص پرداخت، یکی دیگر از عناصر رکنی در تحقق مفهوم قمار است؛ به این معنا که پرداخت بازنده صرفاً به جهت باختن بوده و دریافت و تملک رهن آن صرفاً به خاطر برنده شدن است، نه در مقابل انجام معامله یا فعالیت دیگری که دارای ارزش معاملاتی در بین عرف است.

این قید که تعیین کننده جهت پرداخت است، لازمه مراهنه و بردو باختی بودن بازی قمار است و نیز از تعبیر به امثال «الرهن علی اللعب» توسط تعداد زیادی از فقیهان (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص ۲۴؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۲، ص ۱۸۶؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۲،

ص ۱۰۹؛ شیخ انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص ۳۷۱؛ موسوی قزوینی، ۱۴۲۴ق، ج ۲، ص ۳۴۵؛ امامی خوانساری، بی تا، ص ۴۸؛ حلی، ۱۴۱۵ق، ص ۶۳؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۰ق، ص ۴۰) در تعریف قمار به دست می آید که توسط برخی فقیهان (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۲، ص ۱۸۶)، به ظاهر سخن اهل لغت مثل قاموس (فیروزآبادی، ۱۴۲۶ق، ج ۲، ص ۱۲۱) و نهاییه (ابن اثیر، بی تا، ج ۴، ص ۱۰۷) نسبت داده شده است.

بر اساس قید مذکور، اگر طرفین بازی قرار بگذارند که طرف بازنده ملکی را به برنده بفروشد یا از او بخرد، آنچه پرداخت می شود در برابر باخت نیست، و نیز اگر طرفین قرار بگذارند که شخص بازنده بابت زمانی که بازی طول بکشد به شخص برنده اجرت معینی بدهد، یا یک طرف بازی مالک نرم افزار بازی باشد و قرار کند که در صورت برنده شدن باید بازنده بابت ادامه بازی اجرت پرداخت کند، چنین پرداختی در مقابل باخت محسوب نمی شود و در مقابل منفعت تحصیل شده قرار می گیرد. در نتیجه، به دلیل اینکه ملاک های قمار بودن بر آنها منطبق نیست، مسابقه انجام شده مصداق قمار نخواهد بود.

قید دیگری را صاحب جواهر برای تحقق قمار ذکر کرده است و آن این است که بازی و مسابقه به شرطی که با استفاده از آلات مخصوص قمار باشد مصداق قمار است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۲، ص ۱۰۹). طبق این نظر مسابقاتی مثل مسابقات فوتبال و غیر آن که با ابزار قمار انجام نشده و طرفین یا اطراف بازی مبلغی را در میان گذاشته و برای برندگان پرداخت می کنند، به هیچ وجه قمار نیست. با این حال قبول چنین نظری مشکل است و حتی بیان آن تعجب برخی مثل شیخ انصاری را برانگیخته است (شیخ انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص ۳۷۷)، زیرا علاوه بر مخالفت با بسیاری از اهل لغت (که پیش از این به تفصیل بیان کردیم) و برخی فقیهان بزرگ (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص ۲۴)، با مفاد احادیث معتبر ناسازگار است (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۷، صص ۱۶۷-۱۶۵).

قیود پنج گانه، هر چند که در منابع فقهی به طور کامل مورد تحلیل و بررسی قرار نگرفته، ولی در مجموع نشان می دهد که قیدهای گفته شده، ارکان ماهیت سازی است که با وجود همه آنها در یک بازی سرگرمی، به آن بازی ماهیت قمار می دهد و در

نتیجه احکام فقهی قمار را پیدا می‌کند و در صورت منتفی بودن همه ارکان یا برخی، بازی را از ماهیت قمار خارج می‌کند.

از بین پنج قید مذکور در بررسی موضوع شناسی قمار از جهت پرداخت‌کننده‌ها، تنها تطبیق یکی از قیدها مورد بررسی خواهد بود و آن طرفینی بودن رهن است؛ به این معنی که در بازی‌های رایانه‌ای باید پرداخت‌کننده‌ها دو طرف بازی باشند که جایزه و رهن را پرداخت کنند و طرف برد و باخت قرار گیرند.

## ۲. امکان نقش‌آفرینی پرداخت‌کننده‌ها در انواع بازی‌ها

بدون شک وقوع قمار در همه انواع آن بدون نقش پرداخت‌کننده‌ها امکان‌پذیر نیست، زیرا پرداخت‌کننده یکی از ارکان اصلی تحقق قمار است و بدون آن قمار رخ نمی‌دهد، در نتیجه لازم است انواعی از بازی‌های رایانه‌ای که امکان دارد پرداخت‌کننده‌ها در قمار بودن آن نقشی داشته باشند تعیین شوند تا دایره بررسی انواع بازی‌های رایانه‌ای از جهت مذکور مشخص شود.

بازی‌های رایانه‌ای گاهی اساساً فاقد هرگونه پرداخت و پرداخت‌کننده‌اند؛ در نتیجه در آنها بحثی از جهت انواع پرداخت‌کننده نخواهد بود و در مواردی نیز که پرداخت‌هایی در آن طراحی شده است گاه به گونه‌ای است که امکان کنترل و حذف پرداخت‌کننده و جلوگیری از تحقق قمار در آن وجود دارد و گاهی چنین نیست. بر این اساس بازی‌های رایانه‌ای با توجه به بود و نبود یا چگونگی طراحی پرداخت‌کننده در داخل بازی دارای سه نوع هستند:

### ۲-۱. بازی‌های صرفاً سرگرمی و عاری از قمار

بازی‌های صرفاً سرگرمی و عاری از قمار دسته‌ای از بازی‌ها است که هیچ‌گونه پرداخت مالی قمار در داخل آن انجام نمی‌شود و اگر هم پرداختی وجود دارد، در قالب جوایزی است که یا مالیت ندارد و یا پرداخت‌کننده آن هیچ‌یک از طرفین بازی نیست و به گونه‌ای طراحی شده است که در داخل خود امکان قمار بودن ندارد. این نوع



بازی شامل بازی‌های آفلاین و بخش زیادی از بازی‌های آنلاین است و با توجه به اینکه زمینه قمار به صورت طراحی شده در نرم‌افزار بازی وجود ندارد، فعلاً مورد بحث نیست.

## ۲-۲. بازی‌های قمار

یکی از اقسام بازی‌ها که به جهت اهداف سوداگرانه حجم وسیعی از انواع بازی‌های رایانه‌ای را در بر می‌گیرد، بازی‌های قمار (Gambling Games) هستند. بازی‌های قمار به سبکی از بازی‌ها گفته می‌شود که به هر نحو، فعل قمار در بازی دیده می‌شود (بنیاد ملی بازی‌های رایانه‌ای، ۱۳۹۲ش، ص ۷۳). این بازی‌ها معمولاً برای قمار طراحی شده‌اند و هدف از ساخت آنها قمار است و -در نگاه عمومی- نرم‌افزار بازی در این موارد از نوع ابزار و آلات خاص قمار شمرده می‌شود.

## ۲-۳. بازی‌های دارای ظرفیت قمار

بازی‌های دارای قمار بازی‌هایی هستند که طراحی آنها برای قمار نبوده است، اما پرداخت‌هایی در آنها انجام می‌شود که ممکن است عنوان قمار بر آنها تطبیق شود و می‌توان از تحقق قمار در آنها جلوگیری کرد؛ در نتیجه از ابزار و آلات مشترک هستند که با برخی تنظیمات داخل بازی و آموزش‌های لازم، امکان استفاده از آنها بدون قمار وجود دارد.

بنابراین، درباره حکم فقهی نوع اول و دوم بازی‌ها از جهت پرداخت‌کننده‌ها بحثی نیست؛ زیرا نوع اول بدان جهت که فاقد برد و باخت منتهی به پرداخت است و نوع دوم، از آن رو که ماهیت قمار دارد، روشن است، اما حکم فقهی نوع سوم، بازی‌ها از آن جهت که دارای برد و باخت منتهی به دریافت و پرداخت است، نیازمند تبیین و تحلیل نقش پرداخت‌کننده‌ها است.

## ۳. موضوع‌شناسی قمار با شناخت انواع پرداخت‌کننده‌ها در بازی رایانه‌ای

اهمیت بررسی انواع پرداخت‌کننده‌ها از این جهت است که چه‌بسا در یک بازی با

غرض سرگرمی، افراد بازیکن پرداخت‌هایی داشته باشند و به جهت فقدان تفکیک بین انواع پرداخت‌ها و پرداخت‌کننده‌ها، امکان بازشناسی پرداخت‌های قماری و غیرقماری برای افراد تولیدکننده یا مصرف‌کننده معلوم نباشد، درحالی‌که با شناخت انواع پرداخت‌کننده‌ها به روشنی می‌توان آنها را شناسایی کرد:

### ۳-۱. پرداخت‌کننده مشترک (برنده و بازنده)

گاهی پرداخت‌کننده‌ها طرفین بازی هستند؛ به گونه‌ای که هر کدام از آنها قسمتی از رهن و جایزه را می‌پردازد و همه در جایزه شریک‌اند؛ به عنوان مثال در بازی آنلاین ساکر استارز (Soccer Stars)، بنابر ظاهر بازی و آنچه افراد می‌بینند، شراکت طرفین بازی در رهن و جایزه است که از حساب هر کدام به میزان مساوی سکه کم می‌شود و به عنوان جایزه به برنده داده می‌شود.

همچنین در بازی کلش آو کلنز (Clash of Clans) بخشی به نام مبارزه طلبی وجود دارد که یکی از هم‌قبیله‌ای‌ها می‌تواند به فردی که درخواست مبارزه طلبی کرده حمله کند؛ در این بین چون هم‌قبیله‌ای‌ها می‌توانند نقل و انتقال کاراکتر بین خود داشته باشند، در اینجا دو طرف می‌توانند برخی از کاراکترهای خود را به عنوان جایزه قرار دهند و هر کدام بازنده شد کاراکتر موردنظر را تحویل دیگری دهد و با توجه به اینکه این سکه‌ها و کاراکترها در داخل بازی قابل مقابله با مال است، از نوع مبادلات مالی محسوب می‌شود.

در نوع مذکور از انواع پرداخت‌کننده‌ها، به دلیل اینکه هر دو طرف بازی (برنده و بازنده) در دادن رهن و جایزه در بازی شریک هستند، واجد ملاک قمار بوده و از جمله بازی‌های قمار یا دارای ظرفیت قمار است و حکم آن همان حکم بازی‌های قمار است. بنابراین بازی ساکر استارز آنلاین، با فراهم بودن بقیه شرایط، یک بازی قمار است و از جمله آلات مخصوصه است، درحالی‌که بازی کلش آو کلنز بازی قمار نیست و فرد می‌تواند به گونه‌ای دیگر از این بازی استفاده کند، اما اگر این بخش را با شرایط مذکور بازی کند، قمار در این بازی هم رخ می‌دهد.

### ۲-۳. پرداخت کننده یکطرفه (بازنده یا برنده)

گاهی رهان و جایزه توسط یک نفر از شرکت کنندگان و یا برخی از افراد پرداخت می‌شود؛ به گونه‌ای که همه افراد در حال رقابت، در جایزه شریک نیستند و برخی - حال می‌خواهد در رقابت بازنده یا برنده باشد - ممکن است هیچ مالی را از دست نداده باشد و یا هیچ مالی را زائد بر مالی که گذاشته، نبرده باشد.

پرداخت مالی از سوی یک طرف در مواردی است که فرد پرداخت کننده با انگیزه‌هایی مثل معرفی بازی، جذب افراد برای سرگرم شدن خود، زورآزمایی و نشان دادن توانایی خود به دیگری و یا جهت تمرین، از رهان و جایزه استفاده کند؛ به‌عنوان مثال در بازی کلش آو کلنز، در بخش مبارزه طلبی، با وسط گذاشتن یک کاراکتر با ارزش، دیگر هم گروهی‌های خود را تهییج به مبارزه کند.

یک نمونه برای این قسم از پرداخت کننده این است که یک طرف، به‌صورت آنلاین، مقداری مال، حال چه پول یا کاراکتر و یا امتیازاتی مثل جم، سکه و اکسیر در بازی کلش آو کلنز و چیزهای قابل انتقال به‌عنوان رهان وسط بگذارد و از طرف مقابل بخواهد که با هم یک بازی انجام دهند.

مثال دیگر در بازی کلش آو کلنز در بخش مبارزه طلبی است؛ به‌گونه‌ای که فرد برای اطلاع از میزان توان دفاعی خود، از هم گروهی‌های خود می‌خواهد به او حمله کنند و یک کاراکتر را در صورت برنده شدن طرف مقابل به‌عنوان جایزه قرار دهد. در این صورت طرف مقابل حمله می‌کند و در صورت برنده شدن، برنده جایزه می‌شود و در صورت باخت، آن کاراکتر را منتقل نمی‌کند.

مثال دیگر قابل تطبیق بر این قسم پرداخت کننده این است که دو کاربر در یک بازی (آفلاین یا آنلاین) با هم مسابقه دهند و فقط یک طرف مالی را وسط بگذارد و بازی کنند و اگر طرف مقابل برنده شد آن جایزه به او تعلق بگیرد و گرنه آن را برای خود بردارد.

با تحلیل این گونه پرداخت‌ها می‌توان گفت که یک طرف بازی هیچ هزینه‌ای پرداخت نمی‌کند و از این ناحیه (طرفی که پرداختی ندارد) باختی در کار نیست و

طرف دیگر (رهن گذارنده) در صورت برد هیچ پولی نمی برد تا برنده محسوب شود. به گفته برخی فقیهان، در این گونه بازی ها برد و باختی اتفاق نمی افتد، بلکه یک طرف یا سودی می برد یا سود نمی برد، اما هیچ ضرری نمی بیند، در نتیجه قمار بر آن صدق نمی کند (علامه حلی، ۱۳۸۸ق، ص ۳۵۵)؛ از این رو در بازی های رایانه ای اگر یک طرف بازی مالی را به عنوان رهن و جایزه پردازد، این بازی قمار نیست و از جهت قمار نمی توان حکم به حرمت آن داد.

### ۳-۳. پرداخت کننده خارج از بازی (نه بازنده و نه برنده)

گاهی در برخی بازی ها و رقابت ها، افراد شرکت کننده در بازی هیچ قسمتی از رهن و جایزه را نمی پردازند و شخص ثالث (حقوقی یا حقیقی) غیر از بازیکن ها و کاربرها پرداخت کننده است و ممکن است شرکت بازی ساز، گروه، نهاد، کشور و ملیت دیگر و حتی نهادی بین المللی پرداخت کننده گرو باشد.

به عنوان مثال در مسابقات لیگ بازی های رایانه ای ایران در سال ۱۳۹۸، شرکت سامسونگ پشتیبان مالی جوایز بود و این لیگ با سه بازی «FIFA 2018»، «PES 2018» و کوپیز آو کینگز برگزار شد.<sup>۱</sup>

شخص ثالث به صورت آنلاین هم می تواند پرداخت کننده جایزه و رهن برای بازیکنان برنده باشد" به گونه ای که در قوانین و معاهدات بازی مقرر می شود که هر کس در این بازی برنده شود و حریف خود را شکست دهد و یا از مراحل بگذرد، امتیازی خاص یا کارا کتری خاص را به عنوان جایزه و رهن به برنده ارائه می دهد. البته این فرض در بازی های آنلاین قابل تصویر است؛ چرا که باید ارتباط بازی ساز یا شخص ثالث با بازی و کاربرها برقرار باشد که بتواند جایزه را تحویل دهد.

برای نمونه می توان به لیگ آنلاینی مثال زد که شرکت بازی ساز و یا کسانی که با

۱. برگزاری مسابقات فینال رقابت های چهارمین لیگ بازی های رایانه ای ایران در شهریور ۱۳۹۸، در بازی های فیفا PES 2018، کوپیز آو کینگز انجام شد و قهرمانان این لیگ مشخص شدند. در این بازی ها، شرکت سامسونگ اسپانسر جوایز مسابقات لیگ چهارم بازی های رایانه ای ایران بود.

بازی در ارتباط هستند می‌توانند این مسابقات را برگزار کنند و امتیاز و ابزار داخل بازی را به‌عنوان جایزه انتخاب کنند و حتی می‌توان برای آن جایزه و رهن خارجی در نظر گرفت که با گرفتن اطلاعات به‌صورت پستی می‌توان جایزه را به برنده تحویل داد و یا پول را به حساب برنده انتقال داد.

در قسم فوق نیز به‌جهت اینکه شخص ثالث رهن و جایزه را پرداخت می‌کند، قمار صدق نمی‌کند (علامه حلی، ۱۳۸۸ق، ص ۳۵۵؛ شهیدی تبریزی، ۱۳۷۵ق، ج ۱، ص ۹۵)؛ چراکه عرفاً برد و باخت محقق نمی‌شود. از این رو تعریف قمار بر این گونه بازی‌ها صدق نمی‌کند و حکم آن از جهت قمار جواز است. علاوه بر لیگ بازی‌های رایانه‌ای، جنگ قبیله‌ها در بازی کلش آو کلنز می‌تواند از این گونه بازی‌ها و مسابقات باشد.

### ۳-۴. پرداخت‌کننده نرم‌افزاری

گاهی نرم‌افزار بازی رایانه‌ای به‌گونه‌ای طراحی شده است که در هر موقعیت پیروزی، به شخص برنده جایزه‌ای پرداخت می‌شود که می‌تواند پول یا امتیازات قابل معاوضه و دارای ارزش معاملاتی باشد. در این موارد پرداخت به‌صورت سامانه‌ای و توسط نرم‌افزار بازی انجام می‌شود.

پرداخت‌کننده نرم‌افزاری خود دو گونه است:

الف: نرم‌افزار بازی در تعامل و ارتباط با بازی‌ساز یا ناشر و... است؛ به‌گونه‌ای که مثلاً متصل به حساب بانکی آنها بوده و برای آنها دادوستد می‌کند. در این گونه بازی‌ها ارتباط بازی‌ساز با بازی قطع نشده است و می‌تواند از طریق بازی با کاربران ارتباط برقرار کند. این گونه از پرداخت‌کننده شاید مصادیق کمی داشته باشند، اما قابل فرض و تصور است.

ب: در اکثر بازی‌های موجود در بازار و -شاید بتوان گفت- همه بازی‌های رایج، بازی‌سازها در طراحی بازی، سیستمی را تحت‌عنوان امتیازدهی قرار داده‌اند که در نقاط مختلف به‌صورت یک روند یا با استفاده از سیستم شانس به کاربر جوایزی را ارائه می‌دهد. از جمله این موقعیت‌ها می‌توان به طی مراحل یک بازی، کشتن دشمن

(Enemy) و غول‌ها (Giants)، حل یک معما و تخریب‌ها و غارت‌ها و... اشاره کرد. این نوع پرداخت در بازی‌های آفلاین و آنلاین وجود دارد و می‌توان بازی‌های گوناگونی را در ژانرهای مختلف مثال زد؛ بازی کلش آو کلنز، پسرخوانده، جرینگ‌لند، Crowd City، Candy Crush، گشت پلیس، مزرعه پدری، Hay Day، Let's Create!، Pottery Lite (سفال‌گری)، بقالی، سفره‌چی، آمیرزا و هزاران بازی دیگر.

این قابلیت در بازی کلش آو کلنز تحت عنوان جنگ‌های قبیله‌ای وجود دارد؛ به‌نحوی که یک قبیله که از چند دهکده برخوردار است به جنگ قبایل دیگر می‌رود و سیستم جایزه را به برنده ارائه می‌دهد. گاهی نرم‌افزار به گونه‌ای طراحی شده است که همزمان که به شخص برنده امتیازی می‌دهد، از شخص بازنده نیز امتیازی کم می‌کند. در این گونه موارد، اغلب گمان می‌شود که پرداخت توسط بازنده انجام شده است، در حالی که چنین نیست و چند حالت متصور است.

در موارد فوق، برای اینکه معلوم شود آیا پرداخت‌کننده جایزه برنامه است یا شخص بازنده، باید قانون بازی به‌درستی و دقت نوشته و مطالعه شود. گاهی در قانون بازی مبدأ پرداخت تعیین شده است؛ مثل اینکه نوشته شده است «بازی طوری طراحی شده که در صورت برنده‌شدن، جایزه به شخص برنده تعلق می‌گیرد و از شخص بازنده امتیاز کسر می‌شود» و حتی بازی‌ساز می‌تواند در قانون بازی چنین مقرر کند که «در صورت شکست، از حساب شخص بازنده بابت ادامه بازی (به‌عنوان اجرت) مبلغی کسر می‌شود و برای شخص برنده نه‌تنها مجانی است، بلکه مبلغی به حساب او واریز می‌شود که در این موارد شخص پرداخت‌کننده شخص ثالث است؛ اگرچه در نگاه سطحی گمان می‌شود طرف بازنده است.

گاهی در قانون بازی برای تعیین پرداخت‌کننده چیزی نوشته نشده است؛ در این صورت باید دید چه چیزی پرداخت می‌شود: اگر پرداخت مالی انجام شده و از حساب بانکی کاربری است که متصل به بازی است، در این صورت طبق ظاهر باید گفت که بازنده پرداخت‌کننده است و نرم‌افزار به‌صورت ابزاری هوشمند و بر اساس دستور قبلی توسط طرفین که با شروع بازی صادر شده است عمل می‌کند؛ از این رو این قسم داخل

در جایی است که طرفین بازی پرداخت کننده‌اند.

از سوی دیگر، اگر چیزی که پرداخت می‌شود از امتیازات و کاراکترهای داخل بازی است، در این صورت جزء بازی بوده و به‌عنوان پرداخت‌های داخل بازی توسط نرم‌افزار است و اضافه‌شدن امتیاز به برنده و کم‌شدن آن از بازنده، طی برنامه کامپیوتری انجام می‌شود که عرفاً جزو مراحل خودکار بازی است و از سرمایه طرفین نیست.

برای شناخت قمار بودن بازی از جهت پرداخت کننده نرم‌افزاری، باید دید که اگر نرم‌افزار بازی دارای ماهیت نماینده الکترونیکی نیست (به‌شریحی که در ماهیت پرداخت کننده خواهد آمد)، چون فاقد شخصیت حقیقی یا حقوقی است، نمی‌تواند به‌عنوان شخصیتی سرمایه‌گذار باشد؛ در نتیجه نمی‌تواند یک طرف قمار محسوب شود و پرداخت توسط رایانه از تعریف قمار خارج است و مانند نوع سوم می‌شود. اما اگر نرم‌افزار بازی به‌عنوان نماینده الکترونیکی برای ارائه‌دهنده بازی و کاربر باشد، مثل مواردی که کاربر تنها با رایانه مسابقه می‌دهد و رایانه به حساب بانکی ارائه‌دهنده بازی و کاربر دسترسی دارد، در این صورت رایانه مثل وکیل یا ابزار برای بازی‌ساز است و طرف بازی بر آن صدق می‌کند؛ از این رو اگر بقیه شرایط قمار آماده باشد، بازی مذکور از نوع قمار و حرام است.

### ۳-۵. ماهیت پرداخت کننده

روشن کردن ماهیت پرداخت کننده رهان و جایزه در بازی‌های رایانه‌ای، نقش تعیین کننده‌ای در قمار بودن یا نبودن معاملات مالی در بازی‌های رایانه‌ای دارد؛ زیرا برای قمار بودن معاملات مالی، باید پرداخت کننده یک شخص حقیقی یا حقوقی باشد که به‌عنوان طرف دوم بازی و کسی که قابلیت سرمایه‌گذاری به‌عنوان رهن را دارد قرار گیرد تا به این وسیله پرداخت طرفینی که از قیود لازم در تحقق مفهوم قمار است فراهم آید.

در مواردی که پرداخت کننده یکی از کاربران طرف بازی هستند یا شخص ثالثی که دارای شخصیت حقیقی یا حقوقی است، ماهیت پرداخت کننده روشن است، اما در

مواردی که پرداخت توسط نرم‌افزار بازی انجام می‌شود، شناخت ماهیت آن نیازمند دقت و بررسی است و باید دید آیا نرم‌افزار بازی قابلیت و اقتضای پرداخت‌کننده بودن را دارد و می‌تواند یکی از شخصیت‌های حقیقی یا حقوقی پرداخت‌کننده و طرف بازی محسوب شود که در نتیجه پرداخت آن در قماری بودن بازی نقش داشته باشد؟

نرم‌افزار بازی که عمل پرداخت‌های مالی (اعم از پول یا امتیازات دارای ارزش معاملاتی) را در داخل بازی رایانه‌ای انجام می‌دهد، به دو گونه است؛ یا به صورت آنلاین و کاملاً در ارتباط با شخص یا شرکت تولیدکننده یا توزیع‌کننده و نیز کاربران است؛ مثل اینکه مرتبط با یک حساب بانکی برای آنها بوده و با همان حساب بانکی دریافت و پرداخت انجام می‌شود، و یا اینکه بدون ارتباط با آنها و طبق طراحی بازی ساز و به صورت هوش مصنوعی عمل می‌کند و در دریافت و پرداخت‌ها ارتباطی با بازی ساز و طرف دیگر ندارد.

در صورت اول که نرم‌افزار ارتباط روشنی با خارج بازی داشته و به حساب بانکی فرد یا شرکت ارائه‌دهنده بازی و کاربران دسترسی دارد و به فراخور بازی اقدام به نقل و انتقال می‌کند، در جایگاه نماینده الکترونیکی برای آنها نقش آفرینی می‌کند که در این صورت باید شخصیت‌های حقیقی یا حقوقی مرتبط با آن را به عنوان طرف بازی قلمداد کرد؛ زیرا نرم‌افزار بازی به گونه‌ای طراحی شده است که با داشتن ماهیت ابزاری به صورت هدایت‌شده از سوی آنها عمل می‌کند و گویا خود فرد یا شرکت ارائه‌دهنده بازی همانند کاربر رایانه با ابزاری هوشمند در یک طرف بازی قرار دارد.

در صورت دوم که نرم‌افزار ارتباطی با خارج از بازی ندارد و پرداخت امتیاز با استفاده از هوش مصنوعی و برای پیشبرد بازی و طبق طراحی‌های اولیه است، هیچ ارتباطی بین کاربران و بازی‌سازان و ناشران و... برقرار نیست و نمی‌تواند همان گونه که ابزار دست کاربران است، به عنوان نماینده الکترونیکی و ابزار فرد یا شرکت ارائه‌دهنده بازی باشد و صرفاً یک وسیله و ابزاری هوشمند و پیشرفته برای بازی در دست کاربران است.

نرم‌افزار بازی در صورت دوم نمی‌تواند پرداخت‌کننده و طرف سرمایه‌گذار



محسوب شود و در واقع پرداخت کننده‌ای در کار نیست و این نرم‌افزار است که بدون سرمایه‌ای از طرف مقابل و طبق برنامه کامپیوتری، امتیازات و امکاناتی به کاربر (Gamer: گیمر) می‌دهد. بنابراین در صورتی که این امتیازها دارای ارزش معاملاتی باشد، با وجود اینکه برنده در اثر غلبه در بازی، ارزش مالی به دست می‌آورد، اما از رهن و جایزه‌ای با سرمایه طرف مقابل نبوده و آن را با کارکرد خود و با استفاده از امکانات بازی به دست آورده است.

با توجه به روشن شدن ماهیت پرداخت کننده معلوم می‌شود که ابزار و نرم‌افزار تنها در بازی‌های آنلاین - اگر شرایط دیگر مهیا باشد - این ویژگی را دارد که در جایگاه نماینده الکترونیکی عمل کند؛ چرا که قابلیت ارتباط بازی‌ساز یا ناشر با کاربر و بازیکن وجود دارد و بازی‌ساز می‌تواند به انحاء گوناگون مثل نقل و انتقالات مالی ارتباطش را حفظ کند، اما در جایی که بازی به صورت آفلاین انجام می‌شود، چون این ارتباط قطع شده است و بازی‌ساز نمی‌تواند با کاربر و بازی ارتباط بگیرد، نمی‌تواند طرف بازی واقع شود و به عنوان پرداخت کننده و یا دریافت کننده مال، نقشی ایفا کند.

### نتیجه‌گیری

با توجه به تعریف قمار و عناصر رکنی آن و اقسام پرداخت کننده‌ها، به روشنی به نتایج ذیل دست می‌یابیم:

۱. بر اساس آنچه در بخش آغازین مقاله بیان شد، یکی از شرایط پنج‌گانه وجود قمار در تعاملات مالی در بازی رایانه‌ای، وجود قید «طرفینی بودن رهن (جایزه)» است. برای شناخت وجود این قید در بازی رایانه‌ای باید انواع پرداخت کننده‌ها در این بازی‌ها بررسی شود. نتیجه بررسی انجام شده این است که انواع پرداخت کننده‌ها در بازی‌های رایانه‌ای عبارتند از: طرفین بازی، یک طرف بازی، شخص ثالث، نرم‌افزار بازی.

۲. قسم اول از پرداخت کننده‌ها که هر دو طرف بازی (برنده و بازنده) در دادن رهن و جایزه در بازی شریک هستند، با توجه به تطبیق مفهوم قمار، از جمله بازی‌های

قماری است، یا اینکه قمار در آن رخ داده است و حکم آن همان حکم بازی‌های قماری است. بازی ساکر استار و بخش مبارزه‌طلبی در کلش آو کلنز - در صورتی که دو طرف بپذیرند کارا کتر به برنده داده شود - مصداق این قسم است. از این رو، بازی ساکر استار آنلاین - با فراهم بودن بقیه شرایط - یک بازی قماری است و از جمله آلات مخصوصه است، در حالی که بازی کلش بازی قمار نیست و فرد می‌تواند به گونه‌ای دیگر از این بازی استفاده کند، اما اگر این بخش را با شرایط مذکور بازی کند، قمار در این بازی هم رخ می‌دهد.

۳. درباره قسم دوم از پرداخت کننده در بازی‌ها که پرداخت کننده جایزه یک طرف بازی است، این سؤال مطرح است که آیا این گونه بازی‌ها قمار است؟ به عبارت دیگر، آیا این گونه پرداخت‌ها موجب می‌شوند که بازی رایانه‌ای مصداقی از بازی‌های قمار شود و جزو بازی‌های بردو باختی محسوب شوند؟ با تحلیل این گونه پرداخت‌ها می‌توان گفت که یک طرف بازی هیچ هزینه‌ای پرداخت نمی‌کند و از این ناحیه (طرفی که پرداختی ندارد) باختی در کار نیست و از طرف دیگر (رهن‌گذارنده) در صورت برد، هیچ پولی نمی‌برد تا برنده محسوب شود و در این گونه بازی‌ها، عرفاً برد و باختی اتفاق نمی‌افتد تا قمار بر آن صدق کند؛ از این رو در بازی‌های رایانه‌ای اگر یک طرف بازی مالی را به‌عنوان رهن و جایزه پردازد، این بازی قمار نیست و از جهت قمار نمی‌توان حکم به حرمت آن داد.

۴. در قسم سوم از پرداخت‌ها، در بازی‌های رایانه‌ای که شخص ثالث رهن و جایزه را وسط می‌گذارد نیز قمار صدق نمی‌کند؛ چرا که هیچ‌کدام از طرفین قمار در پرداختن جایزه و رهن دخالتی نداشته‌اند و عرفاً برد و باخت محقق نمی‌شود؛ از این رو تعریف قمار بر این گونه بازی‌ها صدق نمی‌کند و حکم آن از جهت قمار جواز است. لیکن بازی‌های رایانه‌ای و همچنین جنگ قبیله‌ها در بازی کلش آو کلنز می‌تواند از این گونه بازی‌ها و مسابقات باشد.

۵. قسم چهارم از پرداخت‌ها که پرداخت کننده به‌ظاهر نرم‌افزار بازی است، اگر

نرم افزار بازی دارای ماهیت نماینده الکترونیکی نیست (به شرحی که بیان شد)، چون فاقد شخصیت حقیقی یا حقوقی است نمی تواند به عنوان شخصیتی سرمایه گذار باشد، و در نتیجه نمی تواند یک طرف قمار محسوب شود. پرداخت توسط رایانه از تعریف قمار خارج است اما اگر نرم افزار بازی به عنوان نماینده الکترونیکی برای ارائه دهنده بازی و کاربر باشد، مثل مواردی که کاربر تنها با رایانه مسابقه می دهد و رایانه به حساب بانکی ارائه دهنده بازی و کاربر دسترسی دارد، در این صورت رایانه مثل وکیل یا ابزار برای بازی ساز است و طرف بازی بر آن صدق می کند؛ از این رو اگر بقیه شرایط قمار باشد، بازی از نوع قمار و حرام است.

## فهرست منابع

۱. ابن اثیر، محمد بن مبارک. (بی تا). النهاية فی غریب الحدیث والاثر (چاپ اول). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲. ابن براج طرابلسی، عبدالعزیز. (۱۴۰۶ق). المهذب (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
۳. ابن درید، محمد بن الحسن. (۱۹۸۷م). جمهرة اللغة (چاپ اول). بیروت: دار العلم.
۴. ابن زهره حلبی، حمزة بن علی. (۱۴۱۷ق). غنية النزوع إلى علمي الأصول والفروع (چاپ اول). قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۵. ابن سلام، ابو عبید قاسم. (۱۳۸۴ق). غریب الحدیث (چاپ اول). حیدرآباد-الدکن (هند): مطبعة دائرة المعارف العثمانية.
۶. ابن سیده، علی بن اسماعیل. (۱۴۱۷ق). المخصص (چاپ اول). بیروت: دار إحياء التراث العربي.
۷. ابن سیده، علی بن اسماعیل. (۱۴۲۱ق). المحکم والمحیط الأعظم (چاپ اول). بیروت: دار الکتب العلمیه.
۸. ابن فارس، احمد بن فارس بن زکریا. (۱۴۰۴ق). معجم مقائیس اللغة (چاپ اول). قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۹. ابن منظور، محمد بن مکرم. (۱۴۱۴ق). لسان العرب (چاپ سوم). بیروت: دار الفکر للطباعة والنشر والتوزیع.
۱۰. ابن نجیم، زین الدین. (بی تا). البحر الرائق شرح کنز الدقائق ومنحة الخالق وتکملة الطوري (چاپ دوم). قاهره: دارالکتب الاسلامی.
۱۱. ابوالصلاح حلبی، تقی الدین. (۱۴۰۳ق). الکافی فی الفقه (چاپ اول). اصفهان: کتابخانه عمومی امام امیرالمؤمنین علیه السلام.

۱۲. احمدوند، محمدعلی. (۱۳۹۰). روان‌شناسی بازی (چاپ اول). تهران: دانشگاه پیام نور.
۱۳. ازهری، محمد بن أحمد. (۲۰۰۱م). تهذیب اللغة (چاپ اول). بیروت: دار إحياء التراث العربي.
۱۴. امامی خوانساری، محمد. (بی تا). الحاشیة الثانية على المكاسب (چاپ اول). بی جا: بی نا.
۱۵. الانصاری، زکریا. (۱۴۱۴ق). فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب. بیروت: دار الفکر.
۱۶. الأنصاري، زكريا. (بی تا). أسنى المطالب في شرح روض الطالب. قاهره: دار الكتاب الإسلامي.
۱۷. النووی، ابوزکریا. (۱۴۱۲ق). روضة الطالبین وعمدة المفتین (چاپ دوم). بیروت: المكتب الإسلامي.
۱۸. انصاری، شیخ مرتضی. (۱۴۱۵ق). کتاب المكاسب (چاپ اول). قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۱۹. بنیاد ملی بازی‌های رایانه‌ای. (۱۳۹۲). فرهنگ واژگان و دانش‌نامه تولید بازی‌های رایانه‌ای. تهران: بنیاد ملی بازی‌های رایانه‌ای.
۲۰. جرجانی، الشریف. (۱۴۰۳ق). التعريفات (چاپ اول). بیروت: دار الکتب العلمیة.
۲۱. جوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۴۱۰ق). الصحاح: تاج اللغة وصحاح العربية (چاپ اول). بیروت: دار العلم للملایین.
۲۲. حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعه (چاپ اول). قم: مؤسسه آل‌البتیة.
۲۳. حسینی عاملی، سیدجواد. (۱۴۱۹ق). مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۴. حلی، حسین. (۱۴۱۵ق). بحوث فقهیة (چاپ چهارم). قم: مؤسسه المنار.
۲۵. حمیری، نشوان بن سعید. (۱۴۲۰ق). شمس العلوم ودواء کلام العرب من الکولم (چاپ اول). بیروت: دار الفکر المعاصر.

۲۶. خادمی کوشا، محمدعلی؛ عبداللهی، محمود؛ درخشان دوست، عسکر و ارغوانی فلاح، وحید. (۱۳۹۷). شناخت بازی‌های رایانه‌ای در موضوع شناسی فقهی. چهارمین کنفرانس ملی و دومین کنفرانس بین‌المللی بازی‌های رایانه‌ای؛ فرصت‌ها و چالش‌ها.
۲۷. خویی، سیدابوالقاسم موسوی. (۱۳۷۷). مصباح الفقاهة: المكاسب (چاپ اول). قم: مكتبة الداوری.
۲۸. زمخشری، محمود بن عمرو بن أحمد. (۱۴۱۷ق). الفائق في غريب الحديث (چاپ اول). بیروت: دار الکتب العلمیه.
۲۹. سلار دیلمی، حمزه بن عبدالعزیز. (۱۴۰۴ق). المراسم العلویة والأحكام النبویة (چاپ اول). قم: منشورات الحرمین.
۳۰. شهیدی تبریزی، میرزا فتاح. (۱۳۷۵ق). هدایة الطالب إلی أسرار المكاسب (چاپ اول). تبریز: چاپخانه اطلاعات.
۳۱. صاحب بن عباد، اسماعیل. (۱۴۱۴ق). المحيط في اللغة (چاپ اول). بیروت: عالم الکتب.
۳۲. طریحی، فخرالدین. (۱۴۱۶ق). مجمع البحرین (چاپ سوم). تهران: کتابفروشی مرتضوی.
۳۳. طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۰ق). النهایة في مجرد الفقه والفتاوی (چاپ دوم). بیروت: دار الکتب العربی.
۳۴. علامه حلّی، حسن بن یوسف. (۱۳۸۸ق). تذکرة الفقهاء (چاپ اول). قم: مؤسسه آل‌البیت علیه‌السلام.
۳۵. علامه حلّی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۳ق). قواعد الأحكام في معرفة الحلال و الحرام (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۶. العینی، بدرالدین. (بی‌تا). عمدة القاری شرح صحیح البخاری. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۳۷. غروی نائینی، میرزا محمدحسین. (۱۳۷۳ق). منیة الطالب في حاشیة المكاسب (چاپ اول). تهران: المكتبة المحمدیة.
۳۸. فراهیدی، خلیل بن احمد. (۱۴۱۰ق). کتاب العین (چاپ دوم). قم: نشر هجرت.

۳۹. فیروزآبادی، مجدالدین. (۱۴۲۶ق). القاموس المحيط (چاپ هشتم). بیروت: مؤسسة الرسالة.
۴۰. فیومی، احمد بن محمد مقرئ. (بی تا). المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی (چاپ اول). قم: منشورات دار الرضی.
۴۱. الکاسانی، علاءالدین. (۱۴۰۶ق). بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع (چاپ دوم). بیروت: دار الکتب العلمیة.
۴۲. کاشف الغطاء، جعفر بن خضر مالکی. (۱۴۲۰ق). شرح الشیخ جعفر علی قواعد العلامة ابن المطهر. بی جا: مؤسسة کاشف الغطاء - الذخائر.
۴۳. محقق کرکی، علی بن حسین. (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد (چاپ دوم). قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۴۴. مصطفی، ابراهیم. (بی تا). المعجم الوسیط (مجموعه من المؤلفین). استانبول: دار الدعوة.
۴۵. موسوی خمینی، سیدروح الله. (۱۴۱۵ق). مکاسب المحرمه (چاپ اول). قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۴۶. موسوی قزوینی، سیدعلی. (۱۴۲۴ق). ینایع الأحکام فی معرفة الحلال والحرام (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
۴۷. میرزای شیرازی، محمدتقی. (۱۴۱۲ق). حاشیه مکاسب (چاپ اول). قم: منشورات الشریف الرضی.
۴۸. نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام (چاپ هفتم). لبنان: دار إحياء التراث العربي.
۴۹. هارلوک، الیزابت. (۱۳۶۴). بازی (مترجم: وحید روان دوست). تهران: انتشارات یوش.

## References

1. Abu al-Salah Halabi, T. (1403 AH). *Al-Kafi fi al-Fiqh*. (1<sup>st</sup> ed.). Isfahan: Imam Amir al-Mo'menin Public Library. [In Arabic]
2. Ahmadvand, M. A. (1390 AP). *Game Psychology*. (1<sup>st</sup> ed.). Tehran: Payame Noor University. [In Persian]
3. Al-Aini, B. (n.d.). *Umdat al-Qari Sharh Sahih al-Bukhari*. Beirut: Dar Ihya al-Toras al-Arabi.
4. Al-Ansari, Z. (1414 AH). *Fath al-Wahhab be Sharh Minhaj al-Tulab*. Beirut: Dar al-Fikr.
5. Al-Kasani, A. (1406 AH). *Bada'i al-Sana'e fi Tartib al-Shara'e*. (2<sup>nd</sup> ed.). Beirut: Dar Al-Kitab Al-Ilamiyah. [In Arabic]
6. Allameh Heli, H. (1388 AH). *Tadkirah al-Foqaha*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Alulbayt Institute. [In Arabic]
7. Allameh Heli, H. (1413 AH). *Qawa'id al-Ahkam fi Ma'arifah al-Halal va al-Haram*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Qom Seminary Teachers Association. [In Arabic]
8. Al-Nawawi, A. (1412 AH). *Rawzat al-Talebin*. (2<sup>nd</sup> ed.). Beirut: Al-Maktab al-Islami. [In Arabic]
9. Ansari, Sheikh Morteza. (1415 AH). *Kitab al-Makasib*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: World Congress in honor of Sheikh Azam Ansari. [In Arabic]
10. Ansari, Z. (n.d.). *Asni al-Matalib fi Shrah Rawz al-Talib*. Cairo: Dar al-Kitab al-Islami.
11. Azhari, M. (2001). *Tahdib al-Luqah*. (1<sup>st</sup> ed.). Beirut: Dar Ihya al-Toras al-Arabi.
12. Emami Khansari, M. (n.d.). *Al-Hashiyah al-Thaniyah ala al-Makasib*. (1<sup>st</sup> ed.).
13. Farahidi, K. (1410 AH). *Kitab al-Ain*. (2<sup>nd</sup> ed.). Qom: Hijrat Publications. [In Arabic]
14. Fayumi, A. (n.d.). *Al-Misbah Al-Munir fi Gharib Al-Sharh Al-Kabir le Rafi'i*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Dar Al-Razi Publications.



15. Firoozabadi, M. (1426 AH). *Al-Qamous al-Muhit*. (8<sup>th</sup> ed.). Beirut: Al-Risalah Foundation. [In Arabic]
16. Gharavi Naeini, M. M. H. (1373 AH). *Maniyah al-Talib fi Hashiyah al-makasib*. (1<sup>st</sup> ed.). Tehran: Al-Maktabah al-Muhammadiyah. [In Arabic]
17. Harlock, Elizabeth. (1364 AP). *Game* (Ravandoost, V, Trans.). Tehran: Yosh Publications. [In Persian]
18. Heli, H. (1415 AH). *Bohouth al-Fiqhiyah*. (4<sup>th</sup> ed.). Qom: Al-Manar Foundation. [In Arabic]
19. Hor Ameli, M. (1409 AH). *Wasa'il al-Shia*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Alulbayt Institute. [In Arabic]
20. Hosseini Ameli, S. J. (1419 AH). *Miftah al-Kiramah fi Sharh Qawa'id al-Allamah*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Qom Seminary Teachers Association. [In Arabic]
21. Humeiri, N. (1420 AH). *Shams al-Ulum wa Dawa Kalam al-Arab min al-Kalum*. (1<sup>st</sup> ed.). Beirut: Dar al-Fikr al-Mu'asir. [In Arabic]
22. Ibn Athir, M. (n.d.). *Al-Nahayat fi Qarib al-Hadith va al-Athar*. (1st ed.). Qom: Esmailian Institute.
23. Ibn Baraj Torablesi, A. (1406 AH). *Al-Muhadab*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the seminary teachers' association. [In Arabic]
24. Ibn Darid, M. (1987). *Jamharah al-Luqat*. (1<sup>st</sup> ed.). Beirut: Dar Al-Ilm.
25. Ibn Faris, A. (1404 AH). *Mujam Maqa'is al-Luqat*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Qom Islamic Propagation Office of Qom Seminary Publications. [In Arabic]
26. Ibn Manzur, M. (1414 AH). *Lisan al-Arab*. (3<sup>rd</sup> ed.). Beirut: Dar al-Fikr le al-Taba'at va al-Nashr va al-Tawzi. [In Arabic]
27. Ibn Najim, Z. (n.d.). *Al-Bahr al-Ra'iq Sharh Kanz al-Daqa'iq va Minhat al-Khaliq va Takmilah al-Touri*. (2<sup>nd</sup> ed.). Cairo: Dar al-Kotob al-Islami.
28. Ibn Salam, A. (1384 AH). *Qarib al-Hadith*. (1<sup>st</sup> ed.). Hyderabad - Al-Dukan. (India): Matba'ah Da'irah al-Ma'arif al-Othmaniyah. [In Arabic]

29. Ibn Sayyidah, A. (1417 AH). *Al-Mukhassis*. (1<sup>st</sup> ed.). Beirut: Dar Ihya al-Toras al-Arabi. [In Arabic]
30. Ibn Sayyidah, A. (1421 AH). *AL-Mukham va al-Muhit al-A'azam*. (1st ed.). Beirut: Dar Al-Kitab Al-Ilmiyeh. [In Arabic]
31. Ibn Zahra Halabi, H. (1417 AH). *Qaniah al-Nozou' ila Ilmi al-Usul va al-Forou*. (1st ed.). Qom: Imam Sadegh Institute. [In Arabic]
32. Johari, I. (1410 AH). *Al-Sahah: Taj al-Luqah va Sahah al-Arabiyyah*. (1st ed.). Beirut: Dar Al-Ilm le al-Mala'in. [In Arabic]
33. Jorjani, A. (1403 AH). *Al-Ta'arif*. (1<sup>st</sup> ed.). Beirut: Dar Al-Kitab Al-Ilmiya. [In Arabic]
34. Kashif al-Ghitta ', J. (1420 AH). *Sharh al-Shaikh Jafar ala Qawa'id al-Allamah ibn al-Mutahar*. Kashif Al-Ghitta Foundation - Al-Dhakaer. [In Arabic]
35. Khademi Koosha, M. A., & Abdollahi, M., & Derakhshan Doost, A., 7 Arghavani Fallah, Vahid. (1397 AP). *Identifying computer games in jurisprudential Subject studies*. Fourth National Conference and Second International Conference on Computer Games; Opportunities and Challenges. [In Persian]
36. Khomeini, S. A. M. (1377 AP). *Misbah al-Fiqh: Al-Makasib*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Maktabah al-Dawari. [In Persian]
37. Mirza Shirazi, M. T. (1412 AH). *Hashiyah al-Makasib*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Al-Sharif Al-Razi Publications. [In Arabic]
38. Mohaqeq Karaki, A. (1414 AH). *Jama'e al-Maqasid fi Sharh al-Qawa'id*. (2<sup>nd</sup> ed.). Qom: Alulbayt Institute. [In Arabic]
39. Mousavi Khomeini, S. R. (1415 AH). *Al-Makasib al-Muharramah*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Institute for Organizing and Publishing the Works of Imam Khomeini. [In Arabic]
40. Mousavi Qazvini, S. A. (1424 AH). *Yanabi' al-Ahkam fi Ma'arifah al-Halal va al-Haram*. (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the seminary teachers' association. [In Arabic]

41. Mustafa, I. (n.d.). *Al-Mujam Al-Wasit*. (A collection of authors). Istanbul: Dar al-Daw'ah.
42. Najafi, M. H. (1404 AH). *Jawahir al-Kalam fi Sharh Shara'e al-Islam*. (7<sup>th</sup> ed.). Lebanon: Dar Ihya al-Toras al-Arabi. [In Arabic]
43. National Computer Games Foundation. (1392 AP). *Vocabulary and encyclopedia of computer game production*. Tehran: National Computer Games Foundation. [In Persian]
44. Sahib Ibn Ibad, I. (1414 AH). *Al-Muhit fi al-Luqat*. (1<sup>st</sup> ed.). Beirut: Alam al-Kitab. [In Arabic]
45. Salar Daylami, H. (1404 AH). *Al-Marasim al-Alawiyah va al-Ahkam al-Nobowiyah*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Manshurat al-Haramain. [In Arabic]
46. Shahidi Tabrizi, M. (1375 AH). *Hidayat al-Talib ila Asrar al-Makasib*. (1<sup>st</sup> ed.) . Tabriz: Information Printing House. [In Arabic]
47. Tarihi, F. (1416 AH). *Majma' al-Bahrain*. (3<sup>rd</sup> ed.). Tehran: Mortazavi Bookstore. [In Arabic]
48. Tusi, M. (1400 AH). *Al-Nahayah fi Mujarad al-Fiqh va al-Fatawa*. (2<sup>nd</sup> ed.). Beirut: Dar Al-Kitab Al-Arabi. [In Arabic]
49. Zamakhshari, M. (1417 AH). *Al-Fa'iq fi Qarib al-Hadith*. Beirut: Dar Al-Kitab Al-Ilmiyeh. [In Arabic]



**Research Article**  
**The Role of the Deeds of The Infallible in Discovering  
the Ruling (The Superior Istizhar)**

Sayyid Mohammad Razi Asef Agah<sup>1</sup>

Received: 25/04/2021

Accepted: 17/03/2022

**Abstract**

The deeds of the infallible play a role in various stages of inference, including discovering the subject, discovering the ruling, gathering evidence, and resolving conflict. This paper deals with the role of deeds of the infallible in discovering the ruling. This paper seeks to show the effect of infallible deeds in discovering the ruling by examining verses and narrations and providing examples of narrations and to show what effect the issuance of a text of special deed has on the ruling. In this method, first, the possibilities of issuing a text from the deed and the perception of the jurists are mentioned, and then the evidences of recognizing the ruling from the special deed are stated. The novelty of the paper is in expressing the seven methods of the effect of infallible deeds in discovering the ruling, analyzing them and applying the narrative and jurisprudential

---

1. Assistant Professor of Jurisprudence and Law, Islamic Sciences and Culture Academy, Qom, Iran. m.asefagah@isca.ac.ir.

\* Asef Agah, S. M. R. (1401 AP). The Role of the Deeds of The Infallible in Discovering the Ruling (The Superior Istizhar). *Journal of Fiqh*, 29(109), pp. 102-135. Doi: 10.22081/jf.2022.60777.2277.

Copyright © 2021, Author (s). This is an open-access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution-Non Commercial 4.0 International License (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>) which permits copy and redistribute the material just in noncommercial usages, provided the original work is properly cited.

examples. These methods are separation of religious rulings from non-religious rulings, separation of general rulings from specific rulings, separation of permanent and fixed rulings from temporary and variable rulings, mandatory rulings from non-mandatory rulings, mawlavi from advisory ruling, governmental from non-governmental rulings, and worship from non-worship rulings.

**Keywords**

Deeds of The Infallible, the discovery of the religious ruling, the superior istizhar, the discovery of the permanent and temporary ruling, the advisory ruling, the governmental ruling, the philosophy of jurisprudence.

### مقاله پژوهشی

## نقش شئون معصوم در کشف حکم (استظهار اولی)

سید محمدرضا آصف آگاه<sup>۱</sup>

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۲/۲۶

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۲/۰۵

### چکیده

شئون معصوم در مراحل مختلف استنباط از جمله کشف موضوع، کشف حکم، جمع میان ادله و حل تعارض نقش دارند. این مقاله نقش شئون معصوم در کشف حکم را بررسی می‌کند. این مقاله درصدد است تأثیر شئون معصوم را در کشف حکم با بررسی آیات و روایات و ارائه نمونه‌های روایی به نمایش بگذارد و نشان دهد صدور نص از شأن خاص چه تأثیری در استظهار حکم دارد. در این روش ابتدا احتمالات صدور نص از شأن بیان شده و برداشت فقیهان ذکر می‌شود، سپس قرائن شناسایی حکم از شأن خاص بیان می‌گردد. نوآوری مقاله در بیان شیوه‌های هفت‌گانه تأثیر شئون معصوم در کشف حکم، تحلیل آنها و تطبیق نمونه‌های روایی و فقهی است. این شیوه‌ها عبارتند از: جداسازی احکام شرعی از احکام غیر شرعی، جداسازی احکام عمومی از احکام اختصاصی، احکام دائمی و ثابت از احکام موقت و متغیر، احکام الزامی از غیر الزامی، مولوی از ارشادی، حکومتی از غیر حکومتی، و عبادی از غیر عبادی.

### کلیدواژه‌ها

شئون معصوم، کشف حکم شرعی، استظهار اولی، کشف حکم دائمی و موقت، حکم ارشادی، حکم حکومتی، فلسفه فقه.

<sup>۱</sup> m.asefagah@isca.ac.ir

۱. استادیار فقه و حقوق پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم، ایران.

\* آصف آگاه، سید محمدرضا. (۱۴۰۱). نقش شئون معصوم در کشف حکم (استظهار اولی). فصلنامه علمی -

پژوهشی فقه، ۲۹(۱۰۹)، صص ۱۰۲-۱۳۵.  
 Doi:10.22081/jf.2022.60777.2277

## مقدمه

یکی از مباحث فلسفه فقه که در استنباط تأثیر دارد، بحث شئون معصوم است. چنانکه در این مقاله بیان می‌شود، شئون معصوم در کشف حکم و تمیز آن تأثیر بسزائی دارد، اما تاکنون مورد کنکاش قرار نگرفته است (اهمیت و ضرورت تحقیق). این مقاله به این پرسش پاسخ می‌دهد که شئون معصوم چه نقشی در کشف و استظهار حکم دارد (سؤال اصلی). در این مقاله هفت نوع حکم از هم تفکیک شده و تأثیر شئون معصوم در هر یک بررسی می‌شود (نوآوری). با بررسی صدور نص از شئون معصوم - به‌عنوان جهت صدور - می‌توان استنباط را قاعده‌مند کرد و در پاره‌ای از موارد استنباط جدیدی داشت.

قاعده در هنگام شک، صدور نص از شأن تبلیغ است؛ به‌دلیل ارتکاز متشرعه و اطلاق مقامی، اما در غیر عبادات قاعده‌ای نیست و به قرائن رجوع می‌شود (ضیائی‌فر، ۱۳۹۲ الف، ص ۱۰۶)

تعریف شئون، اثبات آنها و بیان قلمرو هر یک از شئون در مجال این مقاله نیست (ر.ک: ضیائی‌فر، ۱۳۸۲، ص ۴۵۳ به بعد؛ آصف آگاه، ۱۳۹۴، ص ۹ به بعد؛ آصف آگاه، ۱۳۹۷، ص ۸۴). رسالت این مقاله بیان نقش شئون در استنباط حکم شرعی بدین شرح است:

### ۱. جداسازی احکام شرعی از غیر شرعی

با بررسی شئون معصوم، احکام شرعی از احکام غیر شرعی جدا می‌شود. احکامی که از شئون عادی عرفی، ارشادی، اختصاصی، بیان واقعیات، خبردادن از غیب و نقل تاریخ صادر شده‌اند، بیان‌کننده حکم شرعی نیستند (ضیائی‌فر، ۱۳۸۲، صص ۴۳۸-۴۲۷؛ آصف آگاه، ۱۳۹۴، ص ۱۴۸ به بعد)، اما احکامی که از شئون ابلاغ وحی، تفسیر و تشریح صادر شده‌اند، بیان‌کننده حکم شرعی فقهی هستند. احکامی هم که از شئون تفریع، تطبیق، ولایت، حکومت، قضاوت، اخلاقی و تربیتی صادر شده‌اند، حکم شرعی فرازمانی و مکانی نیستند، اما می‌توانند با وجوه تعمیم حکم دائمی باشند (ضیائی‌فر، ۱۳۸۲، صص ۴۳۸-۴۲۷؛ آصف آگاه، ۱۳۹۴، ص ۱۴۸ به بعد). در این قسمت شئونی مورد بحث قرار

می‌گیرد که از آنها احکام غیر شرعی صادر می‌شود. این شئون عبارتند از:

### ۱-۱. شأن عادی-عرفی

سؤال آن است که تمام گفتارها و رفتارهای معصوم حکم شرعی است یا گفتارها و رفتارهای عادی معصوم بیان‌گر حکم شرعی نیست؟ دو دیدگاه مطرح است:

دیدگاه اول: همه گفتارها و رفتارهای معصوم بیان‌گر شریعت است، زیرا در شریعت اسلامی - به دلیل جامعیت شریعت - هر حادثه‌ای دارای حکم است و هر آنچه از معصوم صادر می‌شود موافق احکام شریعت است؛ حال چه رفتار عادی باشد یا غیر عادی؛ پس تمامی گفتارها و رفتارهای معصوم بیان‌گر حکم شرعی است (حکیم، بی‌تا، ص ۲۲۲).

دیدگاه دوم: گفتارها و رفتارهای عادی معصوم بیان‌گر حکم شرعی نیستند (سید مرتضی، ۱۳۴۶، ج ۲، ص ۵۷۷؛ شهید اول، ۱۴۰۳، ج ۱، ص ۲۱۱؛ عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۲، ص ۵۲۷؛ یزدی، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۸۷؛ خویی، بی‌تا، ج ۱، ص ۱۰۱). مشهور نیز قائل‌اند که چون این افعال به اقتضای بشربودن صادر شده‌اند، دینی نیستند و تنها بر اباحه دلالت دارند (میرزای قمی، بی‌تا، ص ۴۹۰) و با دلیل تأسی (لکم فی رسول الله اسوة حسنه) (احزاب، ۲۱) حکم شرعی می‌شوند (کرکی، ۱۴۰۸، ج ۳، ص ۳۷۸؛ کرکی، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۴۴۲).

نظر نگارنده آن است که گفتارها و رفتارهایی که از شأن عادی معصوم صادر می‌شود، به خودی خود و بدون ادله تأسی، مستند حکم شرعی نیستند؛ بلکه آیه تأسی (لقد کان فی رسول الله أسوة حسنه) نیز گفتار و رفتار عادی معصوم را شرعی نمی‌کند؛ زیرا در آیه عنوان «رسول» است و انصراف به رسالت او دارد؛ یعنی تأسی به او امری که از شئون مربوط به رسالت او صادر می‌شود، لازم است. اگر هم انصراف نباشد، اطلاق «الرسول» به شأن‌های غیر از رسالت محرز نیست. پس تا زمانی که احراز نکنیم گفتار و رفتاری صادر از شأن رسالت است، آیات تأسی و وجوب اطاعت شامل آنها نمی‌شود. در حقیقت، تمسک به آیات تأسی برای اثبات شأنی که گفتار و رفتار معصوم از آن صادر شده، تمسک به عام در شبهه مصداقیه است.

در نتیجه، صرف تأسی به فعل معصوم موجب شرط محسوب شدن یا استحباب فعل



نمی‌شود، چنان‌که صرف عربی خواندن خطبه نماز جمعه، بلندخواندن خطبه نماز جمعه (طباطبایی، ۱۴۱۲ق، ج ۴، ص ۳۵۴)، ایستاده خواندن (طباطبایی، ۱۴۱۲ق، ج ۴، ص ۴۸) و طمأنینه‌داشتن (شهید اول، ۱۴۱۹ق، ج ۴، ص ۱۳۸) هنگام خطبه نماز جمعه، دلیل بر استحباب و شرط بودن نمی‌شود، مگر دلیل دیگری در این زمینه باشد. بله، اگر قرائتی بر بیان حکم شرعی باشد، مانند آنکه عمل از سنت شمرده شود، یا معصوم به آن عمل سفارش کند، یا از معصوم تکرار شود، یا ضمن عبادت باشد، مستند حکم شرعی قرار می‌گیرد: «استمرار النبی علی فعل شیء ینفی کونه من العادیات او الاتفاقیات» (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق ب، ص ۱۴۴).

در ادامه برخی از احکامی که می‌شود از شأن عادی-عرفی صادر شده باشد گزارش می‌شود.

#### ۱-۱-۱. علاقه‌ها و پسندها

معصومان دارای علاقه‌های گوناگونی بوده‌اند که به برخی از آنها اشاره می‌شود:

##### ۱-۱-۱-۱. خوراک

برخی از خوراکی‌ها مانند گوشت، بنابر روایاتی منقول از پیامبر ﷺ، امام باقر و امام صادق علیهما السلام موردعلاقه آنها بوده است (کلینی، ۱۳۶۳، ج ۶، ص ۳۰۹). روایت به عثمان بن عیسی نیز موثقه است (ابن بابویه، بی‌تالیف، ج ۳، ص ۳۵۰). امام رضا علیه السلام در روایتی یک‌یک معصومان را نام می‌برد و می‌گوید آنان خرما را دوست داشتند و موردعلاقه تمام معصومان بود (کلینی، ۱۳۶۳، ج ۶، ص ۳۴۵).<sup>۱</sup> اما ذائقه معصومان در برخی دیگر از خوراکی‌ها متفاوت بود؛ پسند هر یک از معصومان در خوراک عبارت است از: خوراک موردعلاقه پیامبر اکرم، سردست بریان بود. فاطمه زهرا علیها السلام سرکه و روغن، حضرت علی علیه السلام آبگوشت، امام حسن علیه السلام خورشید بادمجان، امام حسین علیه السلام ترید ماست، امام سجاد علیه السلام دنده، امام باقر علیه السلام

۱. روایت با توجه به سهل بن زیاد صحیح منبایی است.

نوعی پنیر، امام صادق علیه السلام خاکینه، و امام کاظم علیه السلام حلوا را بیشتر می‌پسندیدند (طبرسی، ۱۳۹۲ق، صص ۱۴۵-۱۴۴).

سبزی موردعلاقه پیامبر هندبا (کاسنی) بود. امام علی علیه السلام ریحان را دوست داشت و فاطمه علیه السلام به خرفه علاقه داشت (کلینی، ۱۳۶۳، ج ۶، ص ۳۶۳).<sup>۱</sup>

سؤال آن است که علاقه‌های معصوم در حوزه‌های مختلف مانند خوراک، پوشش و... از چه شأنی صادر شده است؟ آیا از شأن و حیانی صادر شده تا قابل تمسک و حکم شرعی باشد، یا آنکه صادر از شأن بشری و حاکی از سلیقه فردی است. در این صورت امری شخصی بوده و حاوی حکم شرعی نیست؟

در علاقه‌های معصوم چند فرض قابل تصور است:

۱. علاقه معصوم برخاسته از مطلوب واقعی است. معصومان به واسطه داشتن مزاج عادل، روحیه کامل، بهترین انتخاب را در صفات، گفتار و رفتار دارند؛ به همین جهت انتخاب معصوم بر اساس مصالح واقعی درونی در آن چیز است و مصالح واقعی، دائمی و بدل‌ناپذیر است؛ در نتیجه برای همه قابل تأسی است و از آن حکم شرعی استنباط می‌شود.

۲. علاقه معصوم امری شخصی و وابسته به سلیقه و خواست او است و در شرایط مشابه می‌تواند جایگزین داشته باشد؛ در نتیجه حکم شرعی و توصیه فراگیر نیست.

۳. علاقه‌های معصوم دو دسته است؛ برخی برخاسته از مطلوبیت واقعی مانند گوشت و خرما، و برخی وابسته به سلیقه معصوم است، مانند انتخاب‌های متفاوت معصومان در خوراکی‌ها و سبزی‌ها. از دسته اول حکم شرعی استنباط می‌شود، اما دسته دوم مستند حکم شرعی قرار نمی‌گیرد و امری شخصی است. راه شناسایی این دو دسته از علاقه، توجه به قرائن متصل و منفصل است. گاهی معصوم پس از آنکه موردعلاقه خود را نام می‌برد، به امری عام و فراگیر تعلیل می‌آورد. در این صورت می‌توان از آن با تفریع یا تنقیح مناط حکم شرعی استنباط کرد.

۱. روایت مرسل است.

۴. هر چند مورد علاقه معصوم دو دسته است، اما از هیچ کدام حکم شرعی استنباط نمی‌شود؛ زیرا اگر پسند معصوم برخاسته از سلیقه او باشد، امری شخصی می‌شود و اگر ناشی از مطلوبیت واقعی باشد، در حقیقت ارشاد به امر واقعی است، نه حکم شرعی. وقتی پیامبر به امام علی علیه السلام می‌فرماید «علیک بالدباء فکله»؛ یعنی کدو بخور، و سپس تعلیل می‌آورد که «فإنه یزید فی الدماغ والعقل»؛ یعنی هوش و عقل را می‌افزاید (کلینی، ۱۳۶۳، ج ۶، ص ۳۷۱)، از آن نمی‌توان استحباب خوردن کدو را استنباط کرد؛ زیرا پیامبر در مقام بیان واقع و آنچه منفعت دارد است، نه در مقام بیان حکم شرعی. مختار نویسنده فرض چهارم است؛ زیرا اینگونه تعلیل‌ها بیان واقعیت خارجی است، نه تعمیم حکم شرعی. به بیان دیگر، طبق قاعده پیش گفته در شئون، وقتی معصوم شئون متعدد دارد، حمل بر هر شأنی نیاز به قرینه دارد و نمی‌توان حمل بر بیان حکم شرعی کرد، مخصوصاً در غیر عبادات.

## ۲-۱-۱-۱. نوع نشستن

در کتاب‌های سیره، برای پیامبر چند نوع نشستن گزارش شده است:

۱. دو ساق خود را بلند و دستان خود را دور آن حلقه می‌زد.
۲. یک پا را جمع و پای دیگر را روی آن دراز می‌نمود.
۳. بر دو کنده زانو می‌نشست.

ولی پیامبر صلی الله علیه و آله هرگز چهارزانو نمی‌نشست (کلینی، ۱۳۶۳، ج ۵، ص ۵۵۰). اما در سیره معصومان دیگر گزارش شده است که چهارزانو می‌نشسته‌اند (کلینی، ۱۳۶۳، ج ۶، ص ۲۷۲). در سند این حدیث، ابن‌ابی‌ایوب مهمل است.

## ۱-۱-۱-۳. آرایش مو

پیامبر دارای موی بلندی بود که در برخی گزارش‌ها آمده که روی دوش پیامبر می‌ریخت (ابن شهر آشوب، ۱۳۷۶ق، ج ۱، ص ۱۵۷) و در برخی نقل‌ها آمده که وقتی موی سر مبارک به نرمه گوش می‌رسید آن را کوتاه می‌کرد (کلینی، ۱۳۶۳، ج ۶، ص ۴۸۵). ایوب بن

هارون در سند روایت مهمل است. البته به دلیل نقل حماد از او، سند تقویت می شود. پیامبر موی خود را می بافت و به دو یا چهار دسته تقسیم می کرد (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۶، ص ۴۸۵). ایشان موی خود را روغن مالی می کرد (طبرسی، ۱۳۹۲ق، ص ۳۳).

#### ۱-۱-۴. نوع غذا خوردن

پیامبر با انگشتان خود غذا تناول می کردند و به لیسیدن دست توصیه می کردند و خود نیز پس از غذا دستان و کاسه غذا را می لیسیدند (طبرسی، ۱۳۹۲ق، ص ۳۰). سؤال آن است که این افعال (نوع غذا خوردن و نشستن و آرایش مو) از کدام شأن پیامبر صادر شده است؟ اگر از شأن ابلاغ وحی صادر شده باشد، این گونه اعمال مستحب می گردند. اما اگر از شأن عادی صادر شده باشد، حامل حکم شرعی نیست و فعلی عرفی-عادی تلقی می شود.

شاهد بر عادی بودن این افعال -و نه شرعی بودن آن- تفاوت نشستن، آرایش مو و نوع غذا خوردن امامان با پیامبر اکرم است. اگر این افعال مستحب هستند چرا معصومان دیگر طبق برخی از نقل ها از روشی متفاوت با روش پیامبر استفاده کرده اند؟ اگر پیامبر موی بلند می گذاشت و آن را می بافت، چرا امامان موی کوتاه می گذاشتند؟ اگر پیامبر هیچ گاه چهارزانو نمی نشست، چرا امامان دیگر چهارزانو می نشستند؟ تفاوت رفتاری کاملاً متفاوت با رفتار پیامبر شاهد است بر اینکه این امور عادی-عرفی هستند، نه شرعی.

#### ۱-۱-۲. عربیت

برخی از فقیهان، عربی بودن را شرط صحت خطبه نماز جمعه (عاملی بهائی، بی تا، ج ۴، ص ۳۵؛ سبزواری، بی تا، ج ۲، ص ۳۰۰)، صیغه معاملات (سیوری، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص ۱۸۴) و... دانسته اند و مستند آنان فعل معصوم است؛ بدین معنا که پیامبر و امامان، معاملات را به عربی اجرا کرده و خطبه نماز جمعه را عربی خوانده اند. برخی دیگر، در این مستند خدشه کرده و گفته اند عربی خواندن فعل عادی معصوم

است و به صرف اینکه معصوم امری را عربی خوانده نمی‌توان بدان فتوا داد (عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۲، ص ۵۲۷؛ یزدی، ۱۳۷۸ق، ج ۱، ص ۸۷؛ توحیدی، ۱۴۱۹ق، ج ۲، ص ۳۰۲).

## ۱-۲. بیان واقعیات تکوینی

برخی از نصوص بیانگر واقعیات تکوینی هستند و دربردارنده حکم شرعی نیستند. از این گونه احکام حکم شرعی به دست نمی‌آید. در ادامه، به مواردی از روایات صادر از شأن بیان واقعیات اشاره می‌شود:

### ۱-۱-۲. شام خوردن

در روایات، به شام خوردن توصیه و درباره افراد مُسن تأکید شده است: «الشیخ لا یَدْعُ العشاء ولو بلقمة» (کلینی، ۱۳۶۳، ج ۶، ص ۲۸۹، ح ۹).<sup>۱</sup>

یک احتمال آن است که این دسته از روایات از شأن ابلاغ وحی صادر شده و از آن استحباب شام خوردن استنباط می‌شود. احتمال دوم آن است که این روایات از شأن بیان واقعیات صادر شده‌اند؛ زیرا در روایت صحیح امام رضا علیه السلام علت نهی از ترک شام خوردن را آرام‌خوایدن و خوش‌بوشدن دهان شمرده است (کلینی، ۱۳۶۳، ج ۶، ص ۲۸۸، ح ۴). می‌توان گفت که توصیه به شام خوردن ارشاد به منافع آن و بیان فوائد تکوینی آن است، نه بیان حکم شرعی.

### ۱-۲-۲. درخواست بدون نیاز

در روایات، گزارش شده که درخواست بدون نیاز موجب فقر و احتیاج می‌شود. در روایت صحیح امام صادق علیه السلام از امام سجاده علیه السلام نقل می‌کند: «ضمنتُ علی ربی أَنَّهُ لا یَسألُ أحدَ من غیر حاجةٍ إلا اضطرَّته المسألة یوماً إلی أن یسألَ من حاجةٍ» (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۶، ص ۳۰۵)؛ به یقین از سوی پروردگارم ضمانت می‌کنم که هیچ شخصی بدون

۱. مرسلات ابن‌ابی‌عمیر صحیح منبایی است.

نیاز مالی از دیگری درخواست نکند، مگر اینکه این درخواست بدون نیاز او را به درخواست با نیاز مجبور می کند. امام صادق علیه السلام می فرماید: «ما من عبد یسأل من غیر حاجة فیموت حتی یحوّجه الله إلیها» (کلینی، ۱۳۶۳، ج ۴، ص ۱۹).<sup>۱</sup>

این روایات بیان گر یک واقعیت تکوینی است که گدایی بدون نیاز موجب فقر می شود و در مقام بیان حکم شرعی نیست.

قرائن دال بر صدور روایت از شأن بیان واقعیت:

۱. لسان روایت: این روایت در مقام بیان یکی از قوانین تکوینی حاکم بر اعمال مردم است، نه بیان احکام تکلیفی اعتباری.

۲. جمله «ضمنت علی ربی»: عبارت «علی ربی» دلالت بر امر و قانون تکوینی از سوی پروردگار دارد و عبارت «ضمنت» دلالت بر یقینی بودن این امر تکوینی دارد.

### ۳-۱. خیردادن از غیب

#### ۳-۱-۱. تشبیه به عجم

امام علی علیه السلام می فرماید: «لا تزال هذه الامة بخیر ما لم یلبسوا لباس العجم ویطعموا اطعمة العجم فاذا فعلوا ذلك ضربهم الله بالذل» (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۲۴، ص ۳۸۷، ح ۱). سؤال آن است که این روایت از چه شأنی صادر شده است؟ آیا از شأن ابلاغ حکم شرعی صادر شده است و از آن، حداقل کراهت تشبیه به عجم به دست می آید؟ به نظر می رسد این گونه روایات در بردارنده اخبار غیبی است و در مقام بیان احکام شرعی نیست و خبر از این واقعیت می دهد که حفظ نکردن اصالت خود باعث خواری در آینده می شود.

### ۲. تفکیک احکام عمومی از احکام اختصاصی

در یک تقسیم بندی کلی، احکام دو دسته می شوند: احکام مختص به معصوم که

۱. در سند مالک بن حصین مهمل و محمد بن سنان مورد اختلاف است.

اختصاصات پیامبر و امامان نامیده می‌شوند و احکام مربوط به کل انسان‌ها که آن را احکام عمومی می‌نامیم (آصف آگاه، ۱۳۹۴، ص ۱۲۳). یکی از تأثیرات توجه به شئون معصوم، جداسازی این دو گونه حکم از هم است؛ بدین معنا که برخی از تکالیف مربوط به شأن اختصاصی پیامبر است. عدم توجه به این امر موجب می‌شود که حکم اختصاصی معصوم به تمام مکلفان سرایت داده شود؛ مثلاً روزه و صال از تکالیف خاص پیامبر اکرم بوده است، ولی برخی اصحاب به دلیل عدم آشنایی با این حکم اختصاصی، آن را برای دیگران نیز جایز شمرده و روزه و صال می‌گرفته‌اند (علامه مجلسی، ۱۴۰۳، ج ۸۹، ص ۱۵۷؛ نووی، بی‌تا، ج ۶، صص ۳۵۸-۳۵۶)، در حالی که روزه و صال برای غیر پیامبر حرام است (مفید، ۱۴۱۰، ص ۳۶۶؛ سید مرتضی، ۱۴۰۵، ج ۳، ص ۵۹؛ محقق حلی، ۱۳۶۴، ج ۲، ص ۷۱۴). به برخی از احکام اختصاصی معصومان اشاره می‌شود:

## ۲-۱. عدم تقیه در برخی موارد

در روایتی، زراره از امام می‌پرسد که آیا در مسح روی کفش هنگام وضو می‌توان تقیه کرد یا خیر. امام می‌فرماید: «لا أتقی فیهن أحداً؛ شرب المسکر ومسح الخُفین ومتعة الحج» (طوسی، ۱۳۶۴، ج ۱، ص ۳۶۲، ح ۲۳)؛ در سه چیز تقیه نمی‌کنم: نوشیدن شراب، مسح کردن روی کفش و متعه حج.

سؤال آن است که آیا جمله لا أتقی از احکام خاص به امام است یا تکلیف عمومی برای مردم است. برخی از فقیهان، آن را از اختصاصات امام شمرده‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۲، ج ۲، صص ۸۱-۸۲؛ عاملی بهائی، بی‌تا، ص ۳۱۱؛ بحرانی، بی‌تا، ج ۲، صص ۳۱۱-۳۱۰). فاضل هندی نیز احتمال داده که از اختصاصات امام باشد (ر.ک: اصفهانی، ۱۴۱۶، ج ۱، ص ۵۴۹؛ خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۱، ص ۴۶). شاهد بر این مطلب، فهم زراره است که چنین گفته است: امام حکم را درباره خود داد و فرمود: «الواجب علیکم ان لا تتقوا فیهن أحداً» (کلینی، ۱۳۶۳، ج ۳، ص ۳۲) تا حکم برای سایر مردم نیز باشد، بلکه برای مردم اگر به حد ضرورت برسد، تقیه در آنها جایز است (عاملی مکی، ۱۴۱۹، ج ۲، ص ۱۶۰). پس فعل امام وظیفه‌ای برای ما درست نمی‌کند؛ چنان که امام رضا علیه السلام فرمود: «لا تنظروا الی ما أصنع أنا، إصنعوا ما تؤمرون»

(طوسی، ۱۳۶۳، ج ۱، ص ۳۲۸، ح ۳)؛ به فعل من توجه نکنید، به آنچه شما را بدان امر می‌کنم نگاه کنید.

## ۲-۲. پوشش خاص

در برخی روایات اهل سنت می‌خوانیم: «عن علی علیه السلام نهی رسول الله عن لبس القسی وعن لبس المعصفر وعن تختم الذهب وعن قراءة الركوع والسجود ولا أقول نهاکم» (سجستانی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۲۵۸، ح ۴۰۴۴-۴۰۴۶). به نظر می‌رسد این گونه روایات که از پوشیدن لباس‌های خاص نهی کرده است، احکام اختصاصی مربوط به امام را بیان می‌کند؛ چنان‌که برخی اندیشمندان بدان تصریح کرده‌اند (ابن عاشور، ۱۴۲۱ق، ص ۳۲۳)؛ یعنی آن بعض هذه المنهيات لم ينه عنها جميع الأمة بل خص بالنهى علياً.

ذیل روایت شاهد بر اختصاصی بودن حکم است؛ زیرا امام می‌فرماید: «ولا أقول نهاکم»؛ نمی‌گویم پیامبر شما را نهی کرد [بلکه این نهی مختص من است]. موارد دیگری هم هست، مانند جواز آب‌دهان‌انداختن در مسجد که بحرانی آن را از اختصاصات معصوم می‌داند (بحرانی، بی‌تا، ج ۷، ص ۲۹۲).

## ۳. تمییز میان احکام دائمی و موقت

یکی از تأثیرهای شئون معصوم، جداسازی احکام دائمی و ثابت از احکام موقت و متغیر است. احکامی که از سه شأن ابلاغ وحی، تفسیر و تشریح صادر شده‌اند، حکم دائمی‌اند، و احکامی که از شأن ولایت، حکومت، قضاوت، تفریح، تطبیق، اخلاقی و تربیتی صادر شده‌اند، حکم موقت هستند (ضیائی‌فر، ۱۳۹۲ ب، صص ۴۰۷-۴۱۰؛ آصف آگاه، ۱۳۹۴، صص ۱۱۱-۴۹). در ادامه، شئون مرتبط با احکام دائمی و موقت بیان می‌شود؛ آن شئون به قرار ذیل هستند:

### ۳-۱. شأن ابلاغ وحی و تفسیر

غالب احکام، صادر از شأن ابلاغ وحی و تفسیر هستند؛ از این رو نیاز به بیان مورد برای این دو شأن نیست.



### ۲-۳. تشریح احکام

برخی از موارد را می‌توان از شأن تشریح شمرد. این موارد از قرار ذیل هستند:

#### ۲-۳-۱. نماز عید

نماز عید در زمان حضور معصوم واجب است. امام باقر علیه السلام فرمود: «صلاة العید مع الإمام سنّة» (طوسی، ۱۳۶۴، ج ۳، صص ۱۲۹ و ۱۳۴).<sup>۱</sup> شیخ طوسی می‌نویسد: «مراد از سنت، وجوب از طریق سنت پیامبر در برابر فریضه (وجوب از طریق خدا) است، نه به معنای استحباب. آنچه سنت پیامبر در مقابل فریضه است، صادر از شأن تشریح است.»

#### ۲-۳-۲. اجناس نه‌گانه زکات

تشریح پیامبر: در روایتی، اصل وجوب زکات از تشریحات الهی شمرده شده است، اما اجناس زکات، سنت نبوی نامیده شده است.

در این روایت صحیح اعلایی می‌خوانیم: «فرض الله عزّ وجلّ الزکاة مع الصلاة فی الاموال وسنّها رسول الله صلی الله علیه و آله فی تسعة اشیاء»، و بعد آنها را می‌شمارد (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۹، ص ۵۵، ح ۴). گویا یونس بن عبد الرحمان نیز اجناس نه‌گانه زکات را از تشریحات پیامبر دانسته است؛ زیرا تنظیر کرده به هفت رکعت افزوده شدن نماز توسط پیامبر که از تشریحات پیامبر شمرده شده است. در روایات بسیاری از لفظ «وضع» استفاده شده که ظهور در تشریح معصوم دارد (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۹، صص ۵۸-۵۴).

تشریح امام: در روایت صحیح اعلایی امام علی علیه السلام، بر اسب زکات قرار داد (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۹، ص ۷۷، ح ۱). برخی آن را حکم حکومتی و مالیات فرض کرده‌اند (منتظری، ۱۳۶۹، ج ۳، ص ۲۹)، ولی از ظاهر برخی روایات استفاده می‌شود که بیان حکم شرعی زکات است (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۹، ص ۷۸، ح ۲)؛ زیرا در روایات کلمه «وضع

۱. حداقل یک سند صحیح است.

۲. روایت مرسل است.

امیرالمؤمنین» و نیز «جعل» و لفظ «صدقه» آمده است (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۹، ص ۷۸، ح ۳-۱). در این صورت می‌تواند حکم حکومتی نبوده و حکم تشریحی استحبابی دائمی از ناحیه امام باشد. چنان‌که حر عاملی از آن استحباب زکات بر اسب را استخراج کرده است که حکمی شرعی است، نه حکم حکومتی (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۹، ص ۷۷).

### ۲-۳-۳. وضوگرفتن

در روایتی از امام صادق علیه السلام آمده است: «فرض الله الوضوء واحدة واحدة ووضع رسول الله صلی الله علیه و آله اثنتین اثنتین» (ابن بابویه، بی تا الف، ج ۱، ص ۳۸). به نظر می‌رسد ذیل روایت اشاره به شأن تشریح پیامبر دارد؛ به این بیان که آنچه از شأن ابلاغ وحی در کیفیت وضوگرفتن وارد شده، آن است که اعضای وضو یک مرتبه شسته شود (به قرینه فرض الله)، اما پیامبر توسعه داده و دومرتبه شستن را جایز شمرده است؛ چرا که عبارت «وضع» قرینه بر تشریح است.

شیخ صدوق استفاده کرده که روایت مردود است؛ زیرا در روایت گزارش شده که پیامبر از حد الهی تعدی کرده است (ابن بابویه، بی تا الف، ج ۱، ص ۳۸؛ حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص ۴۳۹). ولی می‌توان گفت که صدر روایت صادر از شأن ابلاغ وحی و ذیل آن صادر از شأن تشریح است؛ لذا تعدی از حدود الهی نیز نیست.

### ۲-۳-۴. عدم نقض فریضه به سنت

ذیل روایات لا تعاد آمده است: «لا تنقض السنة الفریضه» (عدنان قطیفی، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص ۱۴۰). مراد از فریضه، تشریح الهی است؛ یعنی اموری که خدا در قرآن آنها را واجب و فرض کرده است. مراد از سنت، تشریح پیامبر است؛ یعنی آنچه پیامبر واجب کرده است (عدنان قطیفی، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص ۱۴۰).

مراد از «لا تنقض السنة الفریضه» آن است که میان خلل در تشریحات الهی و خلل در تشریحات نبوی ارتباطی نیست. خلل در تشریحات الهی موجب بطلان عمل عبادی می‌شود، اما خلل در تشریحات نبوی با عذر موجب بطلان فریضه و عمل عبادی

نمی‌شود؛ در نتیجه آن عمل مجزی است (سیستانی، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص ۳۲۶).

این قاعده، عام بوده و در ابواب دیگر نیز جاری می‌شود؛ مثلاً در باب روزه، اگر جاهلِ قاصر مفطرات قرآنی (خوردن، آشامیدن و جماع) را انجام دهد، روزه‌اش باطل می‌شود، اما اگر مفطرات غیر قرآنی (سرزیر آب بردن و...) را مرتکب شود، روزه‌اش باطل نمی‌شود. یا در باب حج، اگر فریضه مانند سعی را از روی جهل یا نسیان ترک کند و زمان تدارک آن بگذرد حجتش باطل است، اما اگر سنت مانند رمی را از روی جهل یا فراموشی ترک کند می‌تواند سال آینده آن را تدارک نماید (سیستانی، ۱۴۱۳ق، صص ۱۷۴، ۲۱۷؛ ر.ک: ضیائی‌فر، ۱۳۹۲ ب، صص ۴۰۵-۴۰۳).

### ۳-۳. ولایی-حکومتی

#### ۱-۳-۳. احیای زمین

در روایتی نبوی می‌خوانیم: «من احیی ارضاً میتة فهی له» (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۲۵، ص ۴۱۳، ح ۱).<sup>۱</sup> در روایت صحیح آمده است: «من مرّ ارضاً فهو أحقّ بها» (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ص ۴۱۴، ح ۱)؛ هر کس زمین بایری را احیا کند آن زمین برای او است. بعضی از فقیهان، این روایت را صادر از شأن ابلاغ وحی دانسته‌اند (ابن سعید حلّی، ۱۴۰۵ق، ص ۳۷۴). در نتیجه حکم دائمی می‌شود و برخی دیگر آن را حکم ولایی و موقت شمرده‌اند (شهید اول، ۱۴۰۳ق، ج ۱، ص ۲۱۵). وی این قول را به اکثر فقیهان نسبت می‌دهد (امام خمینی، ۱۳۷۹، ج ۳، ص ۳۷؛ صدر، ۱۴۲۵ق، ص ۴۲۰).

اکنون با تجهیزات مدرن کشاورزی هکتارها زمین را در فاصله زمانی کوتاه می‌توان احیا کرد و این با تقسیم عادلانه امکانات برای مردم از طرف حکومت منافات دارد؛ از این رو عدالت اقتضا می‌کند احیای زمین دارای شرایط خاص باشد و مطلق احیا در هر زمان موجب ملکیت نشود.

ثمره صدور روایت از شأن ابلاغ وحی یا حکومت: اگر روایت از شأن ابلاغ وحی

۱. روایت موثق مبنایی به نوفلی است.

صادر شده باشد، اذن خاص برای حیات لازم نیست، زیرا اذن عام برای حیات هر فردی موجود است. اما اگر روایت از شأن حکومت صادر شده باشد، اذن خاص از حاکم لازم است. پیامبر در آن زمان به عنوان حاکم اسلامی به هر فردی اجازه حیات داد، اما در زمان‌های دیگر از جمله زمان ما ممکن است حاکم اسلامی به دلیل مصالحی اذن به حیات برای عموم یا حتی اشخاص ندهد (صدر، ۱۴۲۵ق، ص ۴۲۰).

مثال‌های دیگر در مباحث آینده ذکر می‌گردد.

### ۳-۴. تفریع و تطبیق

در شأن تفریع و تطبیق، معصوم، حکم زمان خود را بیان می‌کند (ضیائی‌فر، ۱۳۹۲ ب، صص ۴۲۶-۴۱۱؛ آصف آگاه، ۱۳۹۴، صص ۱۰۹-۱۰۰). هرچند از این‌گونه روایات که در شرایط خاص از ناحیه معصوم صادر شده حکم زمان ما مشخص نمی‌شود، اما به نوعی در استنباط می‌توان از آن بهره برد؛ بدین معنا که نوع تفریع و تطبیق‌سازی را آموخت و حکم جزئی زمان خود را از حکم کلی دائمی و فرازمانی استخراج نمود. به چند مورد اشاره می‌شود:

### ۱-۳-۴. فروش سلاح به کافران

در روایات متعدد، از فروش سلاح به دشمنان دین نهی شده است (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۷، ص ۱۰۱ به بعد). سؤال آن است که آیا این حکم فرازمانی و فرامکانی است؛ چنانکه برخی تصور کرده‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۲ق، ج ۲، ص ۱۰۱۱؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۸، صص ۴۳، ۵۱)، یا حکمی است که خود زیرمجموعه حکم کلی‌تر قرار می‌گیرد که آن حکم کلی‌تر فرازمانی و فرامکانی است.

فقها برای نصوص شرعی رتبه‌بندی قائل شده‌اند؛ برخی را کلی و برخی دیگر را زیرمجموعه آن حکم کلی قرار داده‌اند. درباره فروش سلاح نیز حکم کلی‌تر به عنوان حکم فقهی فرازمانی و مکانی عبارت است از: نهی از تقویت جبهه کفر و تضعیف جبهه حق (خمینی، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۳۶۹)، یا نفی سبیل کافران بر مؤمنان (ضیائی‌فر، ۱۳۸۶، ص ۷۳)، یا سد

راه فتنه و فساد کافران (بقره، ۱۹۳)،<sup>۱</sup> یا عدم تعاون بر اثم و ظلم و عدوان (علامه حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۴۶۷؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۸، ص ۴۲؛ امام خمینی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۱۳۵؛ عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۲، صص ۱۱۱-۱۱۸).

پس می توان گفت: آنچه تا قیامت به عنوان حکم کلی الهی است، یکی از این چهار حکم کلی است و نهی از فروش اسلحه به کافران یکی احکام زیرین آن مفاهیم کلی است؛ یعنی تا زمانی که یکی از آن احکام کلی یا مثل آنها تحقق یابد، فروش سلاح حرام است، ولی اگر فروش سلاح ذیل یکی از آن احکام نگنجد، یعنی موجب تقویت کافران، سبیل آنان بر مؤمنان، فتنه و فساد آنان، و تعاون بر ظلم و عدوان نشود، حرمت برای تمام زمانها و مکانها ندارد و اگر در مواردی در لسان معصوم از آن نهی شده، به خاطر آن بوده که یکی از عناوین کلی تر یادشده بر آن صدق می کرده است.

#### ۲-۳-۴. خضاب کردن

در روایتی پیامبر اکرم به خضاب کردن دستور داد و فرمود: «غَيِّرُوا الشَّيْبَ وَلَا تَشَبَّهُوا بِالْيَهُودِ» (نهج البلاغه، حکمت ۱۷). اما امام علی علیه السلام فرمود: «این دستور مربوط به دورانی بود که مسلمانان اندک بودند [و حضور پیرمردان محاسن سفید نشان ضعف لشکر اسلام بود] اما در این زمان، اسلام گسترش یافته و خضاب کردن اختیاری است (نهج البلاغه، حکمت ۱۷).<sup>۲</sup> امام سجاد علیه السلام نیز هر دو الگو را قابل تاسی می شمرد؛ اگر خضاب شود تاسی به پیامبر شده و اگر خضاب نشود به فعل امام علی علیه السلام تاسی شده است (ابن بابویه، بی تا الف، ج ۱، ص ۱۱۸). روایت به سدیر صیرفی و حنان بن سدیر موثقه است (خوئی، ۱۴۰۳ق، ج ۹، ص ۳۶ به بعد). در حقیقت، هیچ یک از روایات بالا از شأن تبلیغ صادر نشده و حکم موقت اند. حکم دائمی، و جوب دفاع از اسلام و مسلمانان است که می تواند یکی از احکام زیرمجموعه آن در برخی زمانها، و جوب رنگ کردن محاسن باشد (سبحانی، ۱۴۲۲ق، ج ۲، ص ۲۳۴).

۱. قَاتِلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ.

۲. إِنَّمَا قَالَ ذَلِكَ وَالَّذِينَ قُلُّ، فَأَمَّا الْآنَ وَقَدْ اتَّسَعَتْ نِطَاقُهُ وَصَرَبَ بِجِرَانِهِ فَافْرُوهُ وَمَا اخْتَارَ.

### ۳-۳-۴. تحت الحنک انداختن

در چندین روایت تحت الحنک انداختن ترغیب شده است (ابن بابویه، بی تا الف، ج ۱، ص ۲۶۶، ش ۸۲۱).<sup>۱</sup> آیا این حکم از شأن ابلاغ وحی صادر شده تا دائمی و برای تمام زمان‌ها و مکان‌ها باشد، یا از شأن تفریع صادر شده تا مربوط به زمانی باشد که حکم کلی تر یعنی مخالفت با شعار مشرکان محقق شود؟

برخی از فقیهان، این روایات را صادر از شأن ابلاغ وحی دانسته‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص ۹۳؛ عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۶، ص ۹۱) و برخی دیگر از فقیهان، آن را حکم موقت و مربوط به زمانی دانسته‌اند که مشرکان تحت الحنک خود را از بالا می‌بستند. حکم دائمی، مخالفت با شعار مشرکان است و چون امروز این امر نیست، تحت الحنک انداختن نیز مستحب نیست، بلکه می‌توان گفت که به دلیل لباس شهرت اشکال دارد (فیض کاشانی، ۱۴۰۱ق، ج ۱، ص ۱۱۱؛ فیض کاشانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۰، ص ۷۴۵). شهید مطهری، این گونه حکم کردن [بیان فیض] را به دست آوردن حکم اسلامی می‌شمارد (مطهری، ۱۳۷۴، ج ۳).

### ۳-۵. اخلاقی-تربیتی

احکام صادر از شأن اخلاقی-تربیتی، شخصی هستند؛ بدین معنا که معصوم دستورات اختصاصی برای افراد صادر می‌کند، نه دستورات عام و دائمی. ویژگی شأن اخلاقی-تربیتی آن است که معصوم بر اساس خصوصیات روحی و اخلاقی افراد، حکم صادر می‌کند و طبیعی است که چنین حکمی موقعیتی و شخصی باشد، نه حکم شرعی و فقهی. به برخی از موارد احکام اخلاقی-تربیتی اشاره می‌شود:

### ۳-۵-۱. مالکیت پدر بر پسر و مال او

در چند روایت معصوم فرموده است: «انت وما لک لایبک» (کلینی، ۱۳۶۳، ج ۵، ص ۱۳۶، ح ۶). در اینکه این روایت از چه شأنی صادر شده اختلاف است. برخی آن را حکمی

۱. بر مبنای اعتبار مراسلات صدوق که صراحتاً به معصوم نسبت داده، روایت صحیح است.

دائمی و صادر از شأن ابلاغ وحی دانسته و مفاد آن را ولایت پدر بر مال فرزند دانسته‌اند؛ حال به صورت مطلق (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق الف، ص ۳۷) یا در صورت اضطرار، چنان که در روایت بالا این مضمون آمده است: «قوته بغیر سرف اذا اضطر الیه». برخی نیز آن را حکم اخلاقی شمرده‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۴۲۵؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق الف، ص ۳۷؛<sup>۱</sup> شیخ انصاری، ۱۴۱۵ق، ص ۱۵۲؛ توحیدی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص ۴۴۳)، نه حکم فقهی؛ زیرا پدر بر اموال فرزند رشید و غیر محجور خود تسلط ندارد (امام خمینی، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۵۸۵).

بعضی گفته‌اند: «از ظاهر برخی روایات استفاده می‌شود که حکم موقت و صادر از شأن قضاوت باشد» (ضیائی‌فر، ۱۳۸۲، ص ۵۳۵)، ولی به نظر می‌رسد پدر و پسر برای حل نزاع پیش پیامبر رفته بودند، اما پیامبر به جای حکم قضایی، حکم اخلاقی فرموده و به نحوی او را از شکایت قضایی از پدر منصرف کرده است. در حقیقت، پیامبر در مقام توجه‌دادن این نکته به پسر بوده که پدر علت واقعی تو و اموال تو است و در مقام بیان حکم شرعی نبوده است. شاهد بر این مطلب، توضیح امام صادق علیه السلام ذیل بیان پیامبر است که: «افکان رسول الله صلی الله علیه و آله یحبس الاب للابن» (کلینی، ۱۳۶۳، ج ۵، ص ۱۳۶، ح ۶)، و بدین ترتیب حکم اخلاقی صادر کرد که وجود و مال فرزند به واسطه وجود پدر است، پس سزاوار است که فرزند کوتاه بیاید و شکایت و بررسی قضایی نکند. از نظر قضایی، پدر در صورت شکایت پسر مجازات و حبس می‌شود. این روایت مخالف با ادله و عموماً باب قضا است؛ لذا طبق بیان بسیاری از فقها حکم اخلاقی است.

### ۵-۳-۲. عبادات مستحبی فرزند

در روایتی، از عبادات مستحبی مانند نماز، روزه و حج بدون اذن پدر و مادر نهی شده است و اگر فرزندی این کار را بدون اذن والدین انجام دهد عاق می‌شود (کلینی، ۱۳۶۳، ج ۴، ص ۱۵۱، ح ۲). نجاشی احمد بن هلال عبرتایی را «صالح الحدیث» دانسته، و بنابراین روایت موثق است.

۱. لیس المراد بذلك الحقيقة، بل تعظیم الأب و حکمه علی الابن و تواضع الابن له.

سؤال آن است که این روایت از چه شأنی صادر شده است؟

احتمال اول: برخی از فقیهان، آن را صادر از شأن ابلاغ وحی دانسته و از آن حکم شرعی دائمی حرمت و بطلان (نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۱۰، ص ۵۰۳) یا کراهت (محقق حلی، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص ۵۵) به دست آورده‌اند.

احتمال دوم: می‌توان آن را صادر از شأن تفریع دانست و عنوان کلی را وجوب احسان به والدین و حرمت اذیت آنان، یا وجوب احترام به والدین و حرمت بی‌احترامی به آنان گرفت که عنوان زیرمجموعه آن، حرمت عبادات فرزند بدون اذن پدر و مادر می‌شود.

احتمال سوم: برخی نیز آن را صادر از شأن اخلاقی دانسته‌اند؛ در این صورت، روایت در مقام امری اخلاقی است، نه در مقام بیان حکم شرعی (خوئی، ۱۴۱۸ق، ج ۲۶، ص ۲۱).

### ۵-۳-۳. سیمای شیعه

در تعدادی از روایات، شیعه با سیمای خاصی معرفی شده است: صورت زرد، بدن نحیف و لاغر، و لبانی خشک. امام علی علیه السلام در صفت متقین می‌فرماید: «اجسادهم نحیفه» (نهج البلاغه، خطبه ۱۹۳). یا فرمود: «ذابله شفاهم من القيام، خمیصة بطونهم، مصفرة ألوانهم» (ابن بابویه، بی‌تاب، ص ۱۰).<sup>۱</sup>

سؤال آن است که این دسته از روایات از چه شأنی صادر شده‌اند؟

احتمال اول: این روایات از شأن ابلاغ وحی صادر شده‌اند؛ بنابراین مستحب است شیعه این‌گونه باشد. این احتمال ضعیف است؛ زیرا بسیاری از شیعیان و مؤمنان و حتی معصومان این‌گونه دیده نشده‌اند. در هیچ روایتی یافت نشد که معصومان نحیف بوده‌اند؛ بلکه یا بدنی متوسط و نزدیک به آن داشته‌اند، مانند پیامبر، یا چاق بودند، مانند امام علی علیه السلام و امام باقر علیه السلام. در برخی روایات، از امام علی علیه السلام به بطین و از امام باقر علیه السلام به سمین یاد شده است. البته امام سجاد علیه السلام مقداری لاغر بوده‌اند. علاوه بر آنکه لاغری و

۱. سند نخست صدوق صحیح مبنایی است.



چاقی امری غیراختیاری و بستگی به استعداد شخص دارد و حکم شرعی به امر غیراختیاری تعلق نمی‌گیرد.

حق آن است که این‌گونه روایات از شأن اخلاقی صادر شده است و برای تمام مردم نیست، بلکه برای افرادی است که دارای ظرفیت ایمانی بالایی هستند، و لاغری کنایه از کم‌خوری و خالی‌بودن شکم است. از این‌رو، برخی از شارحان نهج‌البلاغه، لاغری در روایات را به کم‌خوری تفسیر کرده‌اند (ر.ک: خونی، ۱۳۶۴، ج ۱۲، ص ۱۲۱).

در حقیقت، این روایات دستور اختصاصی برای برخی از مؤمنان است و دستوری کلی برای تمام مردم نیست؛ زیرا اکثریت مردم تحمل این‌گونه دستورات سخت‌گیرانه را ندارند.

#### ۴. شناخت احکام الزامی و غیرالزامی

احکام صادر از شئون ولایت، حکومت و قضاوت الزامی‌اند، مگر قرینه‌ای بر الزامی‌نبودن اقامه شود. احکام صادر از شأن‌های ابلاغ وحی، تفسیر، تشریح، تفریع، تطبیق و اخلاقی-تربیتی، می‌توانند الزامی باشند.

از منظر امامیه، عمل به دستورات معصومان واجب و الزامی است، مگر قرائنی بر الزامی‌نبودن دستوری باشد. در موارد ذیل قرائنی بر الزامی‌نبودن یافت می‌شود. اهل سنت روایات متعددی از پیامبر نقل کرده‌اند مبنی بر اینکه بعضی از اصحاب برخی از دستورات پیامبر را عملی نکرده‌اند؛ از جمله آنکه پدر جابر بن عبدالله مُرد و وی با پیامبر صحبت کرد تا طلبکاران، قرض پدرش را ببخشند. پیامبر از آنان خواست تا طلب‌شان را ببخشند، اما آنان نپذیرفتند (بخاری، ۱۴۰۱ق، ج ۳، ص ۸۶، ح ۲۴۰۵). یا نقل کرده‌اند که پیامبر فرمود این امر الزامی نیست. از جمله آنکه بریره از همسرش جدا شد، ولی بعداً از پیامبر خواست رجوع کند. پیامبر واسطه رجوع شد، «فقال أأمرنی یا رسول الله قال: لا، لکنی أشفع فأبیت ان تراجعه ولم یثر بها رسول الله ولا المسلمون» (بخاری، ۱۴۰۱ق، ج ۳، ص ۱۷۲، کتاب الشروط، ح ۲۷۲۹).<sup>۱</sup> در

۱. شیخ طوسی در الاقتصاد به این روایت برای عدم اعتبار بالابودن رتبه شافع استناد می‌کند.

روایات امامیه آمده که پیامبر فرمود: «اختیار با تو است» (ر.ک: طوسی، ۱۳۶۴، ج ۷، ص ۳۴۱، ح ۱۳۹۵).

## ۵. تفکیک بین تکالیف مولوی و ارشادی

احکام صادر از شئون ابلاغ وحی، تفسیر، تشریح، تفریح، تطبیق، ولایت، حکومت و قضاوت مولوی هستند (آصف آگاه، ۱۳۹۴، صص ۹۹-۴۹)، اما احکام صادر از شأن ارشادی، ارشاد عقل و عقلا است. پیامبر و امامان به عنوان یکی از عقلا، بلکه عاقل ترین فرد، ارشادهای عقلی و عقلایی داشته‌اند (ضیائی فر، ۱۳۸۲، صص ۴۲۸-۴۲۷). مواردی از این تکالیف ارشادی در سه حوزه بیان می‌شود؛ مصالحه‌دادن، نصیحت کردن و مشورت‌دادن:

### ۵-۱. مصالحه‌دادن میان مردم

در برخی موارد که دو طرف برای منازعه به پیامبر مراجعه می‌کرده‌اند، پیامبر به جای حکم ولایی یا قضایی، دو طرف دعوا را مصالحه می‌داد. به برخی از این موارد اشاره می‌شود:

#### ۵-۱-۱. آبیاری مزرعه

زبیر و یکی از انصار در آبیاری مزرعه از جوی مشترک منازعه کردند و خدمت پیامبر رسیدند. پیامبر ﷺ ابتدا به عنوان مصالحه به زبیر فرمود: اول تو آب بده، سپس انصاری، اما آن انصاری نپذیرفت (حکم ارشادی به عنوان مصالحه). سپس پیامبر حکم قضائی صادر کرد که ابتدا زبیر مزرعه‌اش را آبیاری کند، سپس آب را حبس کند تا به دیوار جوی رسد، پس از آن، انصاری مزرعه خود را آبیاری کند (طوسی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۲۴۵؛ بخاری، ۱۴۰۱، کتاب الصلح، ج ۳، ص ۱۶۵، ح ۲۷۰۸).

### ۵-۲. نصیحت کردن و مشورت‌دادن

روایات بسیاری در مشاوره معصومان وارد شده است. به برخی از آن موارد اشاره می‌شود:

## ۲-۵-۱. ازدواج کردن

فاطمه دختر قیس از پیامبر درباره ازدواج مشورت خواست. پیامبر فرمود: «أما معاوية فرجل ضُعلوكُ (ای فقیر) لامال له وأما أبو جهم فلا يضع العصا عن عاتقه» (شهید ثانی، ۱۳۸۰، ص ۷۹؛ نووی، ۱۴۰۷ق، ج ۱۰، ص ۱۲۷).

آیا در این روایت پیامبر در مقام حکم شرعی است یا در مقام مشورت دادن؟ برخی از فقیهان از آن حکم شرعی لزوم توانایی پرداخت نفقه (كفاءة) را استفاده کرده و این روایت را یکی از مستندات این شرط دانسته‌اند. اما اکثر فقیهان این روایت را مستند حکم شرعی قرار نداده و برخی تصریح کرده‌اند که روایت در مقام نصیح مستشیر است، نه در مقام بیان حکم شرعی (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۴، ص ۲۷۳؛ روحانی، ۱۴۱۲ق ج ۲۱، ص ۴۷۸). از این رو، محدثان و بیشتر فقیهان روایت را در مستثنیات غیبت، بحث نصیح مستشیر آورده‌اند.

پیامبر در مقام مشاوره، این دو نفر را مناسب برای ازدواج نمی‌خواند و به وی پیشنهاد ازدواج با اسامه بن زید را می‌دهد.

## ۲-۵-۲. خروج برای قیام

امام صادق علیه السلام درباره عمویش زید فرمود: زید با من در رابطه با خروج برای قیام مشورت کرد و من گفتم: ای عمو! اگر می‌خواهی کشته به صلیب کشیده شده باشی خود می‌دانی (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۵، ص ۵۳، ح ۱۱). در این روایت، امام حکم شرعی را بیان نکرد و حتی حکم ولایی صادر ننمود، بلکه به او مشورت داد. شاهد بر صدور روایت از شأن ارشاد عبارت است از:

۱. به زید امر و نهی نکرد، بلکه او را مخیر کرد میان قیام کردن و قیام نکردن.

۲. عاقبت کار را به او گوشزد کرد که پیروزی در آن نیست و تو شهید می‌شوی.

## ۲-۵-۳. خرید کنیز

در روایت صحیح هشام بن حکم می‌گوید: می‌خواستم کنیزی را بخرم، نامه‌ای

نوشتم و از امام کاظم علیه السلام طلب مشورت کردم. امام جواب نوشت اما فردا که من کنار برده فروش بودم امام عبور کرد و کنیز را دید، به خانه رفت و برای من نامه‌ای نوشت: لا بأس إن لم یکن فی عمرها قلّة، و من فهمیدم عمر کنیز کوتاه است و او را نخریدم و او به زودی مُرد (صفا، ۱۴۰۴ق، ص ۲۸۳).

به نظر می‌رسد روایت صادر از شأن ابلاغ وحی نیست، بلکه صادر از شأن ارشادی است. قرائن ذیل شاهد بر این مدعا است:

۱. امام حکم شرعی را بیان نکرده که مثلاً چون دچار فلان مشکل دینی است، یا امکان مالکیت او نیست او را نخر.
۲. امام مسئله کوتاهی عمر را مطرح کرده که با مشورت دادن سازگار است، نه بیان حکم شرعی.

## ۶. جداسازی احکام ولایی و حکومتی از احکام غیرولایی و حکومتی

احکام صادر از شأن ابلاغ وحی، تفسیر و تشریح غیرولایی هستند. احکام صادر از شأن تفریع و تطبیق می‌توانند مستند احکام ولایی و حکومتی باشند. احکام صادر از شأن ولایت، حکومت، قضاوت، اخلاقی-تربیتی احکام ولایی هستند (آصف آگاه، ۱۳۹۴). به برخی از روایات صادر از شأن ولایی-حکومتی اشاره می‌شود.

### ۱-۶. ضامن بودن صنعت گر

بر اساس روایات، صنعت گر در صورت تلف مال نزد او و عدم افراط و تفریط وی در نگهداری مال، ضامن نیست (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۹، ص ۱۴۲، ح ۴)؛ زیرا ید او ید امانی است و در صورت عدم تقصیر، طبق قاعده عدم ضمان ید امانی، ضامن نیست.

در روایتی، امام علی علیه السلام در زمان حکومتش، حکم به ضامن بودن صنعت گران و صاحبان حرفه کرد (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۹، ص ۱۴۲، ح ۲).

سؤال آن است که این دو حکم از چه شأنی صادر شده است؟

می‌توان گفت: حکم اول از شأن ابلاغ وحی صادر شده و حکم دائمی است، و

حکم دوم، حکم حکومتی و موقت بوده است. صنعت گران زمان امام، در حفظ اموال مردم اهمال می کردند؛ از این رو امام حکم حکومتی درباره ضامن بودن همه صاحبان حرفه صادر کرد تا این روحیه از بین برود (علامه مجلسی، ۱۳۶۳، ج ۱۹، ص ۲۹۶، ح ۳). بدین جهت برخی از فقیهان حکم را اختصاص داده‌اند به تعمیر کاران غیرامین (خوئی، ۱۴۱۸، ج ۳۱، ص ۱۳۱).

برخی از اهل سنت، این حکم را حکم شرعی تلقی کرده (نه حکم حکومتی) و آن را بر اساس مصالح مرسله تفسیر کرده‌اند (باجی، ۱۳۳۱ق، ج ۶، ص ۷۱).

## ۲-۶. تحلیل خمس

آیه و روایات بسیاری بر وجوب خمس وارد شده است (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۹، صص ۴۹۹-۴۸۳، باب ۷-۱). روایات معتبری نیز از امامان بر حلال شمردن خمس برای شیعیان آمده است (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۹، ص ۵۴۳). پرسش آن است که آیا شیعیان باید خمس بدهند یا از دادن خمس معاف شده‌اند؟

یکی از راه‌های پاسخ‌گویی به سؤال بالا، توجه به شئون معصوم است. اگر هر دو دسته نصوص از شأن ابلاغ وحی باشند، بین آنان تعارض می‌شود، اما اگر دسته اول از شأن ابلاغ وحی و دسته دوم از شأن ولایت صادر شده باشند، قابل جمع هستند.

برخی از فقیهان هر دو دسته را صادر از شأن ابلاغ وحی دانسته و وجوب خمس را به چند مورد تخصیص زده‌اند: مناکح (مفید، ۱۴۱۰ق، ص ۲۸۵)، متاجر و مساکن (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۱، ص ۲۶۳)، زمان غیبت (دیلمی، ۱۴۱۴ق، ص ۱۴۰)، اما به قرینه عبارت «ما أنصفناکم والیوم» که در برخی از روایات خمس آمده (ابن بابویه، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۴۴)، می‌توان دسته دوم را صادر از شأن ولایی دانست؛ در این صورت روایات تحلیل خمس، حکم موقت هستند و تحلیل هر امام مختص زمان خودش است (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۶۳۷، به نقل از ابن جنید). بنابراین یک امام می‌تواند خمس را تحلیل و امام دیگر خمس را واجب گرداند (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۹، ص ۵۴۳).

## ۷. جداسازی میان تکالیف عبادی و غیرعبادی (معاملی و سیاسی)

اکثر احکام عبادی از سه شأن ابلاغ وحی، تفسیر و تشریح صادر شده‌اند؛ زیرا اولاً احکام عبادی، تعبدی و تأسیسی‌اند و ثانیاً فقیهان از آنها حکم شرعی استنباط کرده‌اند و کمتر روایت عبادی یافت می‌شود که مستند حکم شرعی قرار نگرفته باشد. احکام غیرعبادی از سه شأن بالا و از شئون تفریح، تطبیق، ولایی، حکومتی و قضایی صادر می‌شوند. شأن عادی و شأن ارشادی مستند احکام عبادی قرار نمی‌گیرند؛ هرچند برخی از اهل سنت، شأن عادی را در عبادات هم جاری کرده‌اند، مانند آنکه جلسه استراحت را واجب نمی‌دانند، زیرا پیامبر اواخر عمر به خاطر پیری جلسه استراحت را انجام می‌داد.

### نتیجه‌گیری

نتایج ذیل از این تحقیق به دست آمد:

۱. شئون معصوم حداقل به هفت طریق در کشف حکم تأثیر دارد که عبارتند از: جداسازی احکام شرعی از احکام غیرشرعی، جداسازی احکام عمومی از احکام اختصاصی، احکام دائمی و ثابت از احکام موقت و متغیر، احکام الزامی از غیرالزامی، مولوی از ارشادی، حکومتی از غیرحکومتی، عبادی از غیرعبادی.
۲. نصوص بیان‌گر واقعیات خارجی، مانند روایات بیان‌کننده اثرات تکوینی و بهداشتی، مستند حکم شرعی نیستند. روایات بیان‌گر علوم غیبی و امور عادی مانند پسندها و ناپسندها و عادات رفتاری معصومان نیز مستند حکم شرعی نیستند.
۳. احکام صادر از شئون شرعی، احکام عمومی و مولوی‌اند، مگر قرینه‌ای بر اختصاص حکم به معصوم و ارشادی بودن وجود داشته باشد.
۴. احکام صادر از شئون ولایت، حکومت و قضاوت الزامی‌اند، مگر قرینه‌ای بر الزامی نبودن اقامه شود. احکام صادر از شأن‌های ابلاغ وحی، تفسیر، تشریح، تفریح، تطبیق و اخلاقی-تربیتی می‌توانند الزامی باشند.
۵. روایاتی که از شئون ولایی، تفریح، تطبیق و اخلاقی-تربیتی صادر شده‌اند، مستند

حکم موقت‌اند و فقط نصوصی که از شئون ابلاغ وحی، تفسیر احکام و تشریح صادر شده‌اند مستند حکم دائمی‌اند.

۶. احکام صادر از شأن ابلاغ وحی، تفسیر و تشریح، غیرولایی هستند. احکام صادر از شأن تفریح و تطبیق می‌توانند مستند احکام ولایی و حکومتی باشند. احکام صادر از شأن ولایت، حکومت، قضاوت، و اخلاقی-تربیتی، احکام ولایی هستند. ۷. اکثر احکام عبادی از سه شأن ابلاغ وحی، تفسیر و تشریح صادر شده‌اند. احکام غیرعبادی از سه شأن بالا و از شئون تفریح، تطبیق، ولایی، حکومتی و قضایی صادر می‌شوند. از منظر امامیه، شأن عادی و شأن ارشادی مستند احکام عبادی قرار نمی‌گیرند؛ هرچند برخی از اهل سنت، شأن عادی را در عبادات هم جاری کرده‌اند، مانند جلسه استراحت.

## فهرست منابع

\* قرآن مجید.

\* نهج البلاغة، تحقیق صبحی صالح.

۱. آصف آگاه، سید محمد رضی. (۱۳۹۴). شئون معصوم و نقش آن در استنباط (استاد راهنما: آیت الله محسن اراکی). پایان نامه سطح ۴، حوزه علمیه قم.
۲. آصف آگاه، سید محمد رضی. (۱۳۹۷). نقش شئون معصوم در تعیین موضوع. فصلنامه علمی - پژوهشی فقه، ۲۵(۹۶)، صص ۸۳-۱۱۰.
۳. ابن بابویه، محمد. (بی تا الف). من لایحضره الفقیه. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۴. ابن بابویه، محمد. (بی تا ب). صفات الشيعة. تهران: عابدی.
۵. ابن سعید حلّی، یحیی. (۱۴۰۵ق). الجامع للشرائح. قم: سیدالشهدا.
۶. ابن شهر آشوب مازندرانی، محمد. (۱۳۷۶ق). مناقب آل ابی طالب. نجف: المكتبة الحیدریة.
۷. ابن عاشور. (۱۴۲۱ق). مقاصد الشریعة الاسلامیة. اردن: دار النفائس.
۸. اردبیلی، احمد. (۱۴۰۳ق). مجمع الفائده والبیان. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۹. اصفهانی، محمد. (۱۴۱۶ق). کشف اللثام. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۱۰. انصاری، مرتضی. (۱۴۱۵ق). کتاب المکاسب. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۱۱. باجی، سلیمان. (۱۳۳۱ق). منتقى. مصر: مطبعة السعادة.
۱۲. بحرانی، یوسف. (بی تا). الحدائق الناضرة. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۱۳. بخاری، محمد. (۱۴۰۱ق). صحیح البخاری. بی جا: دار الفکر.
۱۴. توحیدی، محمد علی. (۱۴۱۹ق). مصباح الفقاهه. قم: انصاریان.
۱۵. حر عاملی، محمد. (۱۴۱۴ق). وسائل الشيعة. قم: آل البيت علیهم السلام.
۱۶. حکیم، سید محمد تقی. (بی تا). الاصول العامة للفقہ المقارن. بی جا: آل البيت علیهم السلام.



۱۷. خوانساری، سیداحمد. (۱۴۰۵ق). جامع المدارک. قم: اسماعیلیان.
۱۸. خوئی، حبیب‌الله. (۱۳۶۴). منهاج البراعه. قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی‌نجدی.
۱۹. خوئی، سیدابوالقاسم. (۱۴۱۸ق). موسوعة الامام الخوئی. قم: مؤسسة إحياء آثار الامام الخوئی رحمته الله.
۲۰. خوئی، سیدابوالقاسم. (بی تا). الطهاره. قم: آل‌البيت عليهم السلام.
۲۱. خوئی، سیدابولقاسم. (۱۴۰۳ق). معجم رجال الحديث. قم: منشورات مدينة العلم.
۲۲. دیلمی، حمزه. (۱۴۱۴ق). المراسم العلویه. قم: المجمع العالمی لاهل البيت.
۲۳. روحانی، سیدمحمدصادق. (۱۴۱۲ق). فقه الصادق عليه السلام. قم: دار الكتاب.
۲۴. سبجانی، جعفر. (۱۴۲۲ق). الوسيط فی اصول الفقه. قم: مؤسسه امام صادق عليه السلام.
۲۵. سبزواری، محمدباقر. (بی تا). ذخیره المعاد. قم: آل‌البيت عليهم السلام.
۲۶. سجستانی، ابوداود. (۱۴۱۰ق). سنن ابی داود. بی جا: دار الفکر.
۲۷. سید مرتضی. (۱۳۴۶). الذریعة. تهران: دانشگاه تهران.
۲۸. سید مرتضی. (۱۴۰۵ق). رسائل المرتضی. قم: دار القرآن الکریم.
۲۹. سیستانی، سیدعلی. (۱۴۱۳ق). مناسک الحج. قم: شهید.
۳۰. سیستانی، سیدعلی. (۱۴۱۴ق). منهاج الصالحین. قم: مکتب آیه‌الله السیستانی.
۳۱. سیوری، مقداد. (۱۴۰۴ق). التنقیح الرائع. قم: مکتب آیه‌الله المرعشی عليه السلام.
۳۲. شهید اول، محمد. (۱۴۰۳ق). القواعد والفوائد. قم: مکتب المفید.
۳۳. شهید اول، محمد. (۱۴۱۹ق). ذکر الشیعه. قم: آل‌البيت عليهم السلام.
۳۴. شهید ثانی، زین‌الدین علی. (۱۳۸۰). کشف الریبه ضمن المصنفات الاربعه. قم: بوستان کتاب.
۳۵. صدر، سیدمحمدباقر. (۱۴۲۵ق). اقتصادنا. قم: بوستان کتاب.
۳۶. ضیائی فر، سعید. (۱۳۸۲). جایگاه مبانی کلامی در اجتهاد. قم: بوستان کتاب.
۳۷. ضیائی فر، سعید. (۱۳۸۶). شئون پیامبر اسلام و نقش آن در اجتهاد. کاوشی نو در فقه اسلامی، ۱۴(۵۴)، صص ۷۸-۳۶.

۳۸. ضیائی فر، سعید. (۱۳۹۲ الف). بهره‌گیری از شئون معصوم در استنباط احکام فقهی زنان و خانواده. کاوشی نو در فقه اسلامی، ۲۰(۳)، صص ۱۱۶-۱۰۴.
۳۹. ضیائی فر، سعید. (۱۳۹۲ ب). فلسفه علم فقه. قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه - سمت.
۴۰. طباطبایی، سیدعلی. (۱۴۱۲ق). ریاض المسائل. قم: موسسه النشر الاسلامی.
۴۱. طباطبایی یزدی، سیدمحمد کاظم. (۱۳۷۸ق). حاشیه المکاسب. قم: اسماعیلیان.
۴۲. طبرسی، حسن. (۱۳۹۲ق). مکارم الاخلاق. قم: منشورات الشریف الرضی.
۴۳. طوسی، محمد. (۱۳۶۳). الاستبصار. تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۴۴. طوسی، محمد. (۱۳۶۴). تهذیب الاحکام. قم: دارالکتب الاسلامیه.
۴۵. طوسی، محمد. (۱۳۸۷ق). المبسوط. تهران: المكتبة المرتضوية.
۴۶. طوسی، محمد. (۱۴۰۹ق). التبیان. بی‌جا: مکتب الاعلام الاسلامی.
۴۷. عاملی بهائی، محمد بن حسین. (بی‌تا). مشرق الشمسین. قم: بصیرتی.
۴۸. عاملی، سیدمحمد جواد. (۱۴۱۹ق). مفتاح الکرامه. قم: موسسه النشر الاسلامی.
۴۹. عدنان قطیفی، سیدمنیر. (۱۴۱۴ق). الرافد فی علم الاصول. قم: مکتب آیه‌الله السیستانی.
۵۰. علامه حلی، حسن. (۱۴۱۲ق). منتهی المطلب. مشهد: مجمع البحوث الاسلامیه.
۵۱. علامه حلی، حسن. (۱۴۱۳ق). مختلف الشیعه. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۵۲. علامه حلی، حسن. (۱۴۱۴ق). تذکره الفقهاء. قم: آل‌البتیة علیهم‌السلام.
۵۳. علامه مجلسی، محمدباقر. (۱۳۶۳). مرآة العقول. تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۵۴. علامه مجلسی، محمدباقر. (۱۴۰۳ق). بحار الانوار. بیروت: موسسه الوفاء.
۵۵. فیض کاشانی، محمد. (۱۴۰۱ق). مفاتیح الشرائع. قم: مجمع الذخائر الاسلامیه.
۵۶. فیض کاشانی، محمد. (۱۴۱۲ق). الوافی. قم: مکتبه الامام امیر المؤمنین علیهم‌السلام.
۵۷. کاشف الغطاء، حسن بن جعفر. (۱۴۲۲ق الف). کشف الغطاء. قم: مکتب الاعلام الاسلامی.
۵۸. کاشف الغطاء، حسن بن جعفر. (۱۴۲۲ق ب). انوار الفقاهه. نجف: مؤسسه کاشف الغطاء.
۵۹. کرکی، علی. (۱۴۰۸ق). جامع المقاصد. قم: آل‌البتیة علیهم‌السلام.

۶۰. کلینی، محمد. (۱۳۶۳). الکافی. تهران: دار الکتب الاسلامیه.
۶۱. محقق حلی، جعفر بن حسن. (۱۳۶۴). المعبر. قم: سیدالشهدا.
۶۲. محقق حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۹ق). شرائع الاسلام. تهران: استقلال.
۶۳. مطهری، مرتضی. (۱۳۷۴). مجموعه آثار. قم: صدرا.
۶۴. مفید، محمد بن محمد. (۱۴۱۰ق). المقنعة. قم: نشر اسلامی.
۶۵. منتظری، حسینعلی. (۱۳۶۹). دراسات فی ولاية الفقیه. بی جا: تفکر.
۶۶. موسوی خمینی، سیدروح الله. (۱۳۷۹). کتاب البیع. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار الامام الخمينی علیه السلام.
۶۷. موسوی خمینی، سیدروح الله. (۱۴۱۰ق). المكاسب المحرمه. قم: اسماعیلیان.
۶۸. موسوی خمینی، سیدمصطفی. (۱۳۷۶). مستند تحریر الوسیله. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۶۹. میرزای قمی، ابوالقاسم. (بی تا). قوانین الاصول. چاپ سنگی.
۷۰. نجفی، محمدحسن. (۱۳۶۵). جواهر الکلام. تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۷۱. نراقی، احمد. (۱۴۱۵ق). مستند الشيعة. قم: آل البيت علیهم السلام.
۷۲. نووی، حسین. (۱۴۰۷ق). شرح مسلم. بیروت: دار الکتب العربی.
۷۳. نووی، محیی الدین. (بی تا). المجموع. بیروت: دار الفکر.

## References

\*The Holy Qur'an

\*Nahj al-Balaghah, Sobhi Saleh.

1. Adnan Qatifi, S. M. (1414 AH). *Al-Rafid fi Ilm al-Usul*. Qom: Ayatollah Al-Sistani School. [In Arabic]
2. Allameh Heli, H. (1412 AH). *Muntahi al-matlab*. Mashhad: Majma' al-Bohouth al-Islamiyah. [In Arabic]
3. Allameh Heli, H. (1413 AH). *Mukhtalaf al-Shia*. Qom: Islamic Publications Institute. [In Arabic]
4. Allameh Heli, H. (1414 AH). *Tadkirah al-Foqaha*. Qom: Alulbayt. [In Arabic]
5. Allameh Majlesi, M. B. (1363 AP). *Mir'at al-Uqul*. Tehran: Dar al-Kotob al-Islamiyah. [In Persian]
6. Allameh Majlesi, M. B. (1403 AH). *Bihar al-Anwar*. Beirut: Al-Wafa Institute. [In Arabic]
7. Ameli Baha'ei, M. (n.d.). *Mashreq Al-Shamsin*. Qom: Basirati.
8. Ameli, S. M. J. (1419 AH). *Miftan al-Kiramah*. Qom: Islamic Publications Institute. [In Arabic]
9. Ansari, M. (1415 AH). *Kitab al-Makasib*. Qom: Majma' al-Fikr al-Islami. [In Arabic]
10. Ardebili, A. (1403 AH). *Majma' al-Fa'idah va al-Bayan*. Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
11. Asef Agah, S. M. R. (1394 AP). *The Dignity of the Infallible and its role in inference*. (Supervisor: Ayatollah Mohsen Araki). Thesis of Level Four in Islamic Seminary. [In Persian]
12. Asef Agah, S. M. R. (1397 AP). The dignity of the infallible in determination of the subject. *Journal of fiqh*. 25(96), pp. 83-110. [In Persian]
13. Bahrani, Y. (n.d.). *Al-Hada'iq al-Nadirah*. Qom: Islamic Publications Office.
14. Baji, S. (1331 AH). *Montafi*. Egypt: Matba'ah al-Sa'adah. [In Arabic]
15. Bukhari, M. (1401 AH). *Sahih al-Bukhari*. Dar al-Fikr. [In Arabic]

16. Deylami, H. (1414 AH). *al-Marasim al-Alawiyah*. Qom: al-Majma al-Alemi le Ahl al-Bayt. [In Arabic]
17. Esfahani, M. (1416 AH). *Kashf al-Latham*. Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
18. Feiz Kashani, M. (1401 AH). *Mafatih al-Sharia*. Qom: Majma al-Zakha'ir al-Islamiyah. [In Arabic]
19. Feiz Kashani, M. (1412 AH). *Al-Wafi*. Qom: School of Imam Amir al-Mu'minin. [In Arabic]
20. Hakim, S. M. T. (n.d.). *Al-Usul al-Amah le al-Fiqh al-Muqarin*. Alulbyat.
21. Hor Ameli, M. (1414 AH). *Wasa'il al-Shia*. Qom: Alulbayt. [In Arabic]
22. Ibn Ashour. (1421 AH). *Maqasid al-Shariah al-Islamiyah*. Jordan: Dar al-Nafa'is. [In Arabic]
23. Ibn Babewayh, M. (n.d.). *Man la yahzar al-Faqih*. Qom: Islamic Publications Office.
24. Ibn Babewayh, M. (n.d.). *Sifat al-Shia*. Tehran: Abedi.
25. Ibn Saeed Helli, Y. (1405 AH). *Al-Jame' le al-Sharae*. Qom: Sayyid al-Shuhada. [In Arabic]
26. Ibn Shahr Ashoub Mazandarani, M. (1376 AH). *Manqib ale Abitalib*. Najaf: al-Maktabah al-Heidariyah. [In Arabic]
27. Karaki, A. (1408 AH). *Jame' al-Maqasid*. Qom: Alulbayt. [In Arabic]
28. Kashif al-Ghitta ', H. (1422 AH). *Anwar al-Fiqahah*. Najaf: Kashif Al-Ghitta Foundation. [In Arabic]
29. Kashif al-Ghitta ', H. (1422 AH). *Kashf al-Ghitta'*. Qom: Maktab al-A'alam al-Islami.
30. Khansari, S. A. (1405 AH). *Jame' al-Madarik*. Qom: Esmaeilian. [In Arabic]
31. Khoei, H. (1364 AP). *Minhaj al-Bara'ah*. Qom: Ayatollah Mar'ashi Najafi Library. [In Persian]
32. Khoei, S. A. (1403 AH). *Mujam Rijal al-Hadith*. Qom: Manshurat Madinah al-Ilm. [In Arabic]

33. Khoei, S. A. (1418 AH). *Mawsuah al-Imam al-Khoei*. Qom: Mu'asisah Ihya Athar al-Imam al-Khoei. [In Arabic]
34. Khoei, S. A. (n.d.). *Al-Tahirah*. Qom: Alulbayt.
35. Koleyni, M. (1363 AP). *Al-Kafi*. Tehran: Dar al-Kotob al-Islamiyah. [In Persian]
36. Mirza Qomi, A. (n.d.). *Qawanin al-Usul*. Lithography.
37. Mohaqeq Heli, J. (1364 AP). *Al-Mutabar*. Qom: Sayyid al-Shuhada. [In Persian]
38. Mohaqeq Heli, J. (1409 AH). *Shara'e al-Islam*. Tehran: Esteghlal. [In Arabic]
39. Montazeri, H. A. (1369 AP). *Studies in Velayat-e-Faqih*. Tafakor. [In Persian]
40. Motahari, M. (1374 AP). *A collection of works*. Qom: Sadra. [In Persian]
41. Mousavi Khomeini, S. M. (1376 AP). *Mustanad Tahrir al-Waseela*. Tehran: Institute for Publishing and Works of Imam Khomeini. [In Persian]
42. Mousavi Khomeini, S. R. (1379 AP). *Kitab al-Bay'e*. Tehran: Institute for Organizing and Publishing the Works of Imam Khomeini. [In Persian]
43. Mousavi Khomeini, S. R. (1410 AH). *Al-Makasib al-Muharramah*. Qom: Esmaeilian. [In Arabic]
44. Mufid, M. (1410 AH). *Al-Muqana'eh*. Qom: Islamic Publications. [In Arabic]
45. Najafi, M. H. (1365 AP). *Jawahir al-Kalam*. Tehran, Dar al-Kotob al-Islamiyah. [In Persian]
46. Naraqī, A. (1415 AH). *Mustanad al-Shia*. Qom: Alulbayt. [In Arabic]
47. Novi, H. (1407 AH). *Sharh Muslam*. Beirut: Dar Al-Kitab Al-Arabi. [In Arabic]
48. Novi, M. (n.d.). *Al-Majmou*. Beirut: Dar al-Fikr.
49. Rohani, S. M. S. (1412 AH). *Fiqh al-Sadiq*. Qom: Dar al-Kitab. [In Arabic]
50. Sabzevari, M. B. (n.d.). *Zakhirah al-Ma'ad*. Qom: Alulbayt.
51. Sadr, S. M. B. (1425 AH). *Iqtisadona*. Qom: Bustan Kitab. [In Arabic]
52. Sajestani, A. (1410 AH). *Sunan Abidavoud*. Dar al-Fikr. [In Arabic]
53. Sayyid Morteza. (1346 AP). *Al-Zari'ah*. Tehran. Tehran University. [In Persian]
54. Sayyid Morteza. (1405 AH). *Rasa'el Al-Murtada*. Qom: Dar Al-Quran Al-Karim. [In Arabic]
55. Seyvari, M. (1404 AH). *AL-Tanqih al-Ra'e*. Qom: Ayatollah Al-Marashi Library. [In Arabic]

56. Shahid Awal, M. (1403 AH). *AL-Qawa'id va al-Fawa'id*. Qom: Maktabah Al-Mufid. [In Arabic]
57. Shahid Awal, M. (1419 AH). *Dhikr al-Shi'ah*. Qom: Alulbayt. [In Arabic]
58. Shahid Thani, Z. A. (1380 AP). *Kashf al-Reybah Dimn al-Musnafat al-Arba'ah*. Qom: Bustan Kitab. [In Persian]
59. Sistani, S. A. (1413 AH). *Manasik al-Hajj*. Qom: Shahid. [In Arabic]
60. Sistani, S. A. (1414 AH). *Minhaj Al-Saleheen*. Qom: Ayatollah Al-Sistani School. [In Arabic]
61. Sobhani, J. (1422 AH). *al-Wasit fi Usul al-Fiqh*. Qom: Imam Sadiq Institute. [In Arabic]
62. Tabarsi, H. (1392 AH). *Makarem Al-Akhlaq*. Qom: Al-Sharif Al-Razi Publications. [In Arabic]
63. Tabatabaei Yazdi, S. M. K. (1378 AH). *Hashieh al-Makasib*. Qom: Esmaeilian. [In Arabic]
64. Tabatabaei, S. A. (1412 AH). *Riyadh al-Masa'il*. Qom: Islamic Publications Institute. [In Arabic]
65. Tohidi, M. A. (1419 AH). *Misbah al-Fiqahah*. Qom: Ansarian. [In Arabic]
66. Tusi, M. (1363 AP). *Al-Istibsar*. Tehran: Dar al-Kotob al-Islamiyah. [In Persian]
67. Tusi, M. (1364 AP). *Tahdhib al-Ahkam*. Qom: Dar al-Kitab al-Islamiya. [In Persian]
68. Tusi, M. (1387 AH). *Al-Mabsut*. Tehran: Al-Maktabah al-Mortazavi. [In Arabic]
69. Tusi, M. (1409 AH). *Al-Tebyan*. Maktab al-A'alam al-Islami. [In Arabic]
70. Ziaefar, S. (1382 AP). *The place of theological principles in ijti had*. Qom: Bustan Kitab. [In Persian]
71. Ziaefar, S. (1386 AP). The affairs of the Prophet of Islam and its role in ijti had. *Journal of Fiqh*, 14(54), pp. 36-78. [In Persian]
72. Ziaefar, S. (1392 AP). *Philosophy of jurisprudence*. Qom: Research Institute for Hawzah and University - Samt. [In Persian]
73. Ziaefar, S. (1392 AP). Utilizing infallible things in deriving the jurisprudential rules of women and family. *Journal of Fiqh*, 20(3), pp. 104-116. [In Persian]



**Research Article**  
**A Jurisprudential Examination of Guarantee of Material  
Damage Related to the Counselor's Error in Non-benevolent  
Psychological Counseling**

**Hossein Radmard<sup>1</sup>**

**Sayyid Ali Sayyid Mousavi<sup>2</sup>**

**Akbar Najm<sup>3</sup>**

Received: 11/10/2021

Accepted: 17/03/2022

**Abstract**

With the spread of psychological trauma as well as the complexities of daily life, the number of people referring to counselors and counseling centers has increased significantly, and this has provided the context for creating new interdisciplinary topics in jurisprudence and psychology, one of which is counseling in non-benevolent counseling. The present study aims to examine the guarantee of material damage related to the counselor's error in non-benevolent psychological counseling that has been done by an ijtihad method. The research findings indicate that first, although it does not have an independent title in the narrative and

---

1. PhD student in Qur'an and Psychology, Al-Mustafa International University, Qom, Iran (Corresponding author). h.r1360@yahoo.com.

2. Assistant Professor of Jurisprudence and Fundamentals of Law Al-Mustafa International University, Qom, Iran. z.p1364@chmail.ir.

3. Master student of jurisprudence and basics of Islamic law, Qom University, Iran. a.najm.talabeh@gmail.com.

---

\* Radmard, H., & Sayyid Mousavi, S. A., & Najm, A. (1401 AP). A Jurisprudential Examination of Guarantee of Material Damage Related to the Counselor's Error in Non-benevolent Psychological Counseling. *Journal of Fiqh*, 29(109), pp. 138-168. Doi: 10.22081/jf.2022.62079.2390.

---

Copyright © 2021, Author (s). This is an open-access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution-Non Commercial 4.0 International License (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>) which permits copy and redistribute the material just in noncommercial usages, provided the original work is properly cited.



jurisprudential literature, the jurisprudential-psychological study of this issue is possible. Second, the criteria of the narrations of the expert, the doctor's guarantee, and the error of the jurist in the fatwa are the jurisprudential supports of the subject under study. Third, the error of the consultant will be a guarantee if it is the main cause of the damage and leads to material loss for the clients. Therefore, the consultant is considered a guarantor for the error that has caused material damage to his clients.

**Keywords**

Consultant, guarantee, damage, religious authorities, doctor.

### مقاله پژوهشی

## بررسی فقهی ضمان خسارت مادی مستند به خطای مشاور در مشاوره‌های روان‌شناختی غیرتبرعی

حسین رادمرد<sup>۱</sup>      سید علی سیدموسوی<sup>۲</sup>      اکبر نجم<sup>۳</sup>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۷/۱۹      تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۲/۲۶

### چکیده

با گسترش آسیب‌های روانی و همچنین پیچیدگی‌های زندگی روزمره، مراجعه افراد به مشاور و مراکز مشاوره افزایش چشم‌گیری پیدا کرده و این امر زمینه را برای ایجاد موضوعات جدید بین‌رشته‌ای فقه و روان‌شناسی فراهم آورده است که یکی از آن موارد، مقوله ضمان مشاور در مشاوره‌های غیرتبرعی است. هدف پژوهش حاضر بررسی فقهی ضمان خسارت مادی مستند به خطای مشاور در مشاوره‌های روان‌شناختی غیرتبرعی است که به روش اجتهادی صورت پذیرفته است. یافته‌های پژوهش حاکی از آن است که الف. امکان بررسی فقهی-روان‌شناختی این مسئله با وجود اینکه عنوان مستقلاً در ادبیات روایی و فقهی ندارد، امکان‌پذیر است، ب. ملاک‌های روایات باب کارشناس، ضمان طیب و خطای فقیه در فتوا، پشتوانه‌های فقهی موضوع موردبررسی است، و ج. خطای مشاور چنانچه عامل اصلی بروز خسارت بوده و منجر به زیان مادی برای مراجع شود، ضمان آور خواهد بود. بنابراین مشاور درباره خطایی که موجب خسارت مادی برای مراجع خود شده است، ضامن محسوب می‌شود.

### کلیدواژه‌ها

مشاور، ضمان، خسارت، مراجع، طیب.

۱. دانشجوی دکتری قرآن و روان‌شناسی جامعه‌المصطفی‌العالمیه، قم، ایران (نویسنده مسئول). h.r1360@yahoo.com
  ۲. استادیار فقه و مبانی حقوق جامعه‌المصطفی‌العالمیه، قم، ایران. z.p1364@chmail.ir
  ۳. دانشجوی کارشناسی ارشد رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه قم، ایران. a.najm.talabeh@gmail.com
- \* رادمرد، حسین؛ سیدموسوی، سیدعلی و نجم، اکبر. (۱۴۰۱). بررسی فقهی ضمان خسارت مادی مستند به خطای مشاور در مشاوره‌های روان‌شناختی غیرتبرعی. فصلنامه علمی - پژوهشی فقه، ۲۹(۱۰۹)، صص ۱۳۸-۱۶۸.  
 Doi:10.22081/jf.2022.62079.2390.

## مقدمه

امروزه موضوع مشاوره در حوزه‌های مختلف نظری و کاربردی بیش از هر زمان دیگر در عرصه‌های گوناگون زندگی مادی و معنوی با گرایش‌های متنوع و متعدد رفتاری، شناختی، روانی، تربیتی، تحصیلی، خانوادگی، ازدواج و نظایر آن مورد توجه قرار گرفته است. مشورت یکی از توصیه‌های مؤکد دین اسلام است که در آیات قرآن کریم (آل عمران، ۱۵۹؛ شوری، ۳۸) و روایات اهل بیت علیهم‌السلام نیز مطرح گردیده است (ابن بابویه، ۱۴۰۴ق، ج ۴، ص ۳۸۸؛ حرانی، ۱۳۸۲، ص ۲۳۳).

مشاوره به مفهوم اصطلاحی و فنی رایج خود، فرایندی فراتر از شور و مشورتی ساده است که معمولاً بدون هیچ‌گونه تعهد و التزامی به عناصر و لوازم مشاوره صورت می‌پذیرد. مشاوره فعالیتی تخصصی، یاورانه، حضوری، هدف‌دار و عاطفی بین مراجع و مشاور در فضایی آزادانه، صادقانه و سرشار از تفاهم و همدلی است که مراجع به طرح مشکل خود با مشاور می‌پردازد و پس از تجزیه و تحلیل و خودشناسی بهتر و عمیق‌تر، با کمک او تصمیم مناسبی می‌گیرد و در نهایت به حل مشکل کنشی توفیق می‌یابد (شفیع آبادی، ۱۳۸۳).

مشاوره به‌عنوان فعالیت حرفه‌ای، مصون از خطای مشاور نیست (رحمانی و کارگران، ۱۳۹۸). خطای مشاور گاه از منظر اخلاق مشاوره مورد بررسی قرار می‌گیرد (کیانی، ۱۳۹۱) و گاه از منظر حقوقی مورد توجه و تحلیل است (نیک‌فرجام، ۱۳۹۲)، اما کمتر از رهگذر حکم فقهی مورد بررسی قرار گرفته است.

فرایند مشاوره، چه در هر یک از مراحل تشخیص و فرایند درمان، و چه در حوزه روابط بین مشاور و مراجع، از منظر اخلاقی، محملی برای بروز خطای مشاور است. بروز خطا در هر یک از مراحل می‌تواند خسارت‌های متنوعی را برای مراجع به وجود آورد.

۱. فِيمَا رَحِمَةٍ مِنَ اللَّهِ لَنْتَ لَهُمْ ۖ وَلَوْ كُنْتَ فَظًّا غَلِيظَ الْقَلْبِ لَانْتَضَوُا مِنْ حَوْلِكَ ۗ فَاعْتِزْ بِهِمْ وَاسْتَعِينُوا بِهِمْ ۚ وَأَشْرِكُوا لَهُمْ ۚ وَسَآوَاهُمْ فِي الْأُمْرِ ۚ فَاذًا عَزَمْتَ ۚ فَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ ۚ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَوَكِّلِينَ.
۲. وَالَّذِينَ اسْتَجَابُوا لِرَبِّهِمْ وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَأَمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ وَمِمَّا رَزَقْنَاهُمْ يُنْفِقُونَ.

در مشاوره‌های روان‌شناختی هر دو گونه خسارت مادی و معنوی در خطای مشاور متصور و ممکن است (نقیی، ۱۳۸۸، ص ۳۰)؛ لکن پرداختن به خسارت‌های معنوی به جهت گستردگی و زوایای متعددی که دارد (نقیی، ۱۳۸۸، ص ۵۵) رسالت نگاشته حاضر نبوده و پژوهش مستقلی را می‌طلبد.

خدمات مشاوره‌ای به گونه‌های مختلفی ارائه می‌گردد؛ گاهی مشاوران به صورت فردی و یا در قالب مراکز و مؤسسات رسمی، خدمات تبرعی و بدون دریافت اجرت مشاوره‌ای ارائه می‌دهند و گاهی نیز مشاور در ازای ارائه خدمات مشاوره خود اجرت دریافت می‌نماید. خطای این گونه مشاوره‌ها عمدتاً در چهارچوب «مسئولیت مدنی» مورد بررسی فقهی و حقوقی قرار می‌گیرد (رحمانی و کارگران، ۱۳۹۸). هدف پژوهش حاضر بررسی فقهی خطای مشاور در مشاوره‌های روان‌شناختی غیرتبرعی است که موجب خسارت مادی برای مراجع گردیده است.

احکام اسلامی به طور کلی از مصالح عموم مردم در زمینه‌های مختلف دنیوی و اخروی حمایت و جانب‌داری می‌کند و از مجموع مقررات اسلامی برمی‌آید که حقوق اسلامی، ضمن حمایت از جان، مال، آبرو و تمامی حقوق شهروندان، همه را نیز به رعایت این حقوق مکلف کرده است؛ یعنی علاوه بر حکم تکلیفی که موضوع آن فعل یا ترک مکلف است و حرمت ضرررساندن به دیگران، در صورت ایراد زیان، به ثبوت اعتباری زیان‌های وارده در ذمه فاعل زیان حکم کرده است. در فقه اسلامی از این امر با عنوان «ضمان» بحث شده است (بهرامی احمدی، ۱۳۹۳).

بحث از ضمان در موضوعات مختلف قابل طرح و بررسی فقهی است، لکن همان‌طور که بیان شد، آنچه رسالت اصلی پژوهش حاضر می‌باشد، بررسی فقهی ضمان خطایی است که توسط مشاوران در مشاوره‌های روان‌شناختی رخ می‌دهد. با بررسی اجمالی مباحث فقهی و حقوقی، این گونه به نظر می‌رسد که نزدیک‌ترین بحثی که قرابت قابل توجهی با موضوع مذکور دارد، مجموعه تلاش‌هایی بوده که پیرامون ضمان طیب صورت گرفته است. منابع روایی نیز به طور مستقیم و غیرمستقیم به این موضوع اشاره داشته‌اند.

از جمله مباحث دیگری که در منابع روایی و آرای فقها و همچنین دیدگاه‌های حقوقی می‌توان نزدیک به مسئله پژوهش حاضر دانست، مباحثی است که از آن با نام «ضمان کارشناس» یاد شده است. شاید بتوان گفت مهم‌ترین و مبسوط‌ترین اثر متأخر که مستقیماً موضوع ضمان طیب را از زاویه‌های مختلف مورد بررسی قرار داده، کتاب المبسوط فی فقه مسائل المعاصره؛ المسائل الطبیه (فائینی، ۱۳۸۲) است. رحمانی و کارگران (۱۳۹۸) نیز در پژوهشی با «عنوان مسئولیت مدنی ناشی از خطا در مشاوره علمای مذهبی»، تلاش نموده‌اند با نگاهی حقوقی-فقهی وضعیت ضمان و عدم ضمان چنین خطایی را بررسی نمایند.

علی‌رغم وجود همه موضوعات کم و بیش مرتبط اما غیرمستقیم با مسئله پژوهشی حاضر، لکن بررسی‌های اولیه هیچ پژوهش و مطالعه‌ای را در خصوص ضمان خطای مشاوره در مشاوره‌های روان‌شناختی گزارش نکرد. از این رو با توجه به گسترش روزافزون مشاوره‌های روان‌شناختی و پیامدهای خطای مشاور در این گونه مشاوره‌ها، پرداختن به این مسئله ضرورت پیدا می‌کند. به بیانی دیگر، سؤال اصلی پژوهش حاضر این است که «آیا خطای مشاور در مشاوره‌های روان‌شناختی غیرتبرعی که موجب خسارت مادی برای مراجع می‌گردد ضمان آور است؟» از این رو مواردی از قبیل مشاوره‌های غیرتبرعی که مستلزم خسارت معنوی بوده یا مشاوره تبرعی که موجب خسارت مالی شده، از محل بحث این پژوهش خارج است. از این رو به منظور پاسخ‌دادن به سؤال اصلی پژوهش، ابتدا برخی از مفاهیم مرتبط با محل نزاع را بررسی و مفهوم‌شناسی می‌نماییم. سپس با روشی اجتهادی به طرح اقوال متصور در مسئله و قول مختار خواهیم پرداخت.

## ۱. مفهوم‌شناسی

### ۱-۱. خطا

خطا به معنای «سهو و اشتباه» (دهخدا، ۱۳۷۷، ج ۱۵، ص ۶۲۳) و در اصطلاح حقوقی مقابل عمد، و عبارت است از وصف عملی که فاعل آن دارای قوه تمیز بوده و به علت غفلت یا

نسیان یا جهل یا اشتباه یا بی‌مبالاتی و عدم احتیاط، عملی را که مخالف موازین اخلاقی، قانونی و فقهی است مرتکب شده باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۳، ص ۶۲۳). گاهی خطا به معنای تقصیر نیز به کار می‌رود. تقصیر تخلف عمدی و یا غیر عمدی از یک تعهد ناشی از عقد یا از یک الزام قانونی است؛ خواه مستلزم تحقق خسارت بشود و یا اینکه به دنبال آن خسارتی به وجود نیامده باشد (رحمانی و کارگران، ۱۳۹۸). برخی تأکید می‌کنند که خطا به معنای تقصیر اعم از بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی است (رحمانی و کارگران، ۱۳۹۸)؛ بنابراین مواردی بر پایه مسامحه، غفلت، عدم دقت لازم و... نیز از مصادیق خطا به معنای تقصیر است.

در مشاوره‌های روان‌شناختی نیز زمینه‌های زیادی برای بروز خطا در مراحل مختلف تشخیص، درمان و ارتباط با مراجع وجود دارد. خطا در فرایند مشاوره نیز می‌تواند زمینه مشکلات و پیامدهای منفی و زیان‌بار مادی و معنوی را فراهم سازد. از این رو است که خطای مشاور که موجب خسارت مادی برای مراجعه‌کننده داشته است، وارد در محل نزاع می‌گردد.

## ۱-۲. خسارت

خسارت در لغت فارسی به معنای زیان و ضرر است (دهخدا، ۱۳۷۷، ج ۲۰، ص ۵۲۳؛ عمید، ۱۳۷۴، ص ۱۰۱۷). به تعبیر دیگر، خسارت به مطلق زیان و آسیب وارده بر چیزی اطلاق می‌شود؛ اعم از اینکه زیان مادی یا معنوی باشد (معین، ۱۳۸۳، ج ۱، ص ۱۴۱۹)، لکن در لغت عربی به معنای نقصان استفاده شده است (زبیدی، ۱۳۰۷ق، ج ۳، ص ۳۴۹) که با معنای فارسی آن دارای تقارب است و بلکه می‌توان ادعا نمود که مترادف‌اند؛ زیرا تصویر زیان و ضرر در چیزی بدون نقصان بی‌معنا خواهد بود.

در خطای مشاور در مشاوره‌های روان‌شناختی، هر دو نوع خسارت مادی و معنوی متصور است. گاهی خطای مشاور باعث خسارت‌های مادی قابل توجهی برای مراجع می‌گردد؛ از باب مثال، چنانچه مشاور به جهت خطا در تشخیص، تجویز به طلاق کند و مراجع به این جهت متحمل هزینه‌های متعدد در پیگیری فرایند طلاق شود، یا به تجویز

مشاور، مراجع امکانات و ابزارآلاتی را برای خود فراهم سازد، یا به جهت حل مشکل روحی خود به شهر دیگری نقل مکان کند، همه این موارد مستلزم هزینه‌هایی خواهد بود که چنانچه به استناد خطای مشاور باشد، وارد در محل نزاع می‌گردد. قید استناد فعل مراجع به تجویز مشاور از قیود لازمه است که در ادامه بحث بدان پرداخته خواهد شد. لکن در بحث حاضر مراد از خسارت، هزینه‌هایی است که به موجب خطای مشاور به مراجع تحمیل می‌شود.

یکی از استعمال‌های متعارف خسارت در زبان عربی و ادبیات حقوقی و فقهی برای بیان نقصان و زیان، کلمه «ضرر» است (نقیبی، ۱۳۸۸). لغویان نوعاً ضرر را به معنای «ضد النفع» می‌دانند (ابن‌منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص ۴۸۲) و برخی آن را به معنای نقصان می‌دانند (فراهیدی، ۱۴۰۸ق، ج ۷، ص ۶).

در اصطلاح فقهی، غالب فقها ذیل قاعده لاضرر به معنای اصطلاحی ضرر پرداخته و دو معنای اصطلاحی برای ضرر بیان شده است. ضرر به هر نقصی در مال و آبرو و جان فرد دیگر اطلاق می‌شود، ولی ضرر در مال و نفس استعمال بیشتری دارد و درباره احترام و آبرو کمتر استعمال می‌شود (خوانساری نجفی، ۱۳۷۳ق، ج ۲، ص ۱۹۸).

### ۳-۱. ضمان

ضمان در لغت از ماده ضمن، مشتق، و به معنای کفالت از چیزی (ابن‌منظور، ۱۴۱۴ق) و قراردادن چیزی در شیئی دیگر به صورتی که آن را در بر داشته باشد اطلاق می‌گردد (ابن‌فارس، ۱۴۰۴ق، ج ۳، ص ۳۷۲).

ضمان در اصطلاح فقها در سه معنا به کار برده شده است؛ گاهی مراد از آن عقد ضمان و به معنای انتقال ذمه و تعهد از مضمون‌عنه به ذمه ضامن است (کراجکی، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ص ۵۶۸؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۱۷۱). در اصطلاح دوم، ضمان تعهدی است که به سبب قرارداد یا معاوضه‌ای رخ می‌دهد (امامی، ۱۳۹۷، ج ۲، ص ۲۱۲). در اصطلاح سوم نیز ضمان عقد خاص نیست، بلکه با تعبیر ضمان قهری از آن یاد می‌شود و به معنای مسئولیت انجام امری و یا جبران زبانی است که کسی در اثر عمل خود به دیگری وارد

آورده است. مسئولیت مزبور از آن جهت که در اثر عمل قضایی و بدون قرارداد و عقد حاصل می‌شود، ضمان قهری خوانده می‌شود (امامی، ۱۳۹۷، ج ۱، ص ۳۶۱).

از آنجا که ضمان قهری به سبب عقد نیست، باید دارای اسبابی باشد که سبب ایجاد این مسئولیت باشد. مهم‌ترین موجبات ضمان طبق مبانی فقه و حقوق اسلامی، شامل چهار سبب غصب، اتلاف، تسبیب و استیفا می‌شود (طاهری، ۱۳۹۲، ج ۲، ص ۲۹۴). با توجه به آنچه بیان گردید و اهمیت نوع ارتباط بین تجویز مشاور و عمل مراجع، از میان اسباب و موجبات ضمان عمدتاً تسبیب بیشترین ارتباط را با مسئله پژوهشی حاضر خواهد داشت.

تحقق ضمان قهری معلول ایجاد ضرر و زیان است؛ زیرا اگر زیانی در کار نباشد، صحبت از ضمان بی‌معنا خواهد بود. در مشاوره‌های روان‌شناختی نیز در مصادیق متعدد وجود ضرر زیان‌بار مادی و معنوی متصور است، اما نکته اساسی که جای تأمل دارد، تحقق سببیت بین فعل یا قول مشاور و ضرر به وجود آمده برای مراجع است.

طبق قواعد کلی حقوقی، صرف وقوع خطا از طرف مشاور پزشکی و غیرپزشکی و ورود ضرر و زیان به فرد جهت احراز مسئولیت و تحقق ضمان کفایت نمی‌کند، بلکه باید بین وقوع خطا و ورود ضرر، رابطه سببیت وجود داشته باشد تا به حکم مقتضی در زمینه ضمان قهری دست یافت.

با این حال، اثبات سببیت بین خطای مشاوران و روان‌شناسان درباره پزشکانی که مستقیماً در امر درمان دخالت دارند، بسیار دشوارتر است؛ چراکه عموماً اسباب دیگری نیز به غیر راهنمایی اخذشده از مشاور در این موارد در بروز خسارت نقش داشته است. اثبات اینکه علت اصلی زیان موجود خطایی بوده است که از سوی مشاوره ایجاد شده، کار دشواری است.

بر اساس اصول مسئولیت مدنی نیز صرف راهنمایی و مشاوره از طرف شخصی منجر به مسئولیت او در صورت بروز خسارت نمی‌گردد. پیش شرط اولی برای حکم خسارت، اتکا و اعتماد شخص بر مشاور است (بهرامی احمدی، ۱۳۹۳)؛ بنابراین یکی از نکات اساسی،



تصور تحقق سببیت بین فعل یا قول مشاور با ضرر به وجود آمده خواهد بود. این مسئله ذیل بررسی قول به ضمان مورد بررسی قرار می گیرد.

## ۲. استناد ضرر مراجع به تجویز مشاور

استناد خسارت مراجع به تجویز مشاور یکی از قیود لازم مسئله حاضر است. بیان مطلب اینکه به طور کلی استناد خسارت به مشاور مستلزم دو شرط است: اولاً مشاور مشاوره خود را به صورت تجویزی و نه مطلق توصیه کرده باشد، و ثانیاً مراجع با تکیه بر دستور مشاور و انجام آن متحمل خسارت شده باشد. فقها در باب ضمان طیب و شمول آن درباره غیرمباشر، به این نکته اشاره می کنند که در صورتی که طیب امر به مصرف دارویی به خصوص مریض خودش نمود و به خطا رفت، بحث از ضمان قابل طرح است؛ لذا اگر طیبی به طور کلی و نه به صورت تجویزی در خصوص فواید دارویی صحبت کرد، از محل بحث خارج است؛ مثل اینکه بگوید عرق نعناع برای دل درد مفید است، یا بگوید برای فلان درد فلان دارو اثر دارد، بدون اینکه مستقیماً مراجع خود را به مصرف آن دارو توصیه نماید. در چنین مواردی، رابطه استنادی بین خسارت و تجویز پزشک برقرار نیست (سبزواری، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص ۶۶۲؛ اشتهاردی، ۱۴۱۷ق، ج ۲۷، ص ۱۶۸؛ خوانساری، بی تا، ص ۳۶۹). برخی فقها ذیل بحث مذکور اقدام طیب بر نوشتن نسخه به صورت متعارف را نیز در حکم امر و تجویز و داخل در محل نزاع دانسته اند؛ زیرا که در این صورت نیز بدین گونه است که طیب درد را به مریض بیان نموده و می گوید مریضی تو این است و درمان آن این داروها است که در این صورت نیز رابطه استنادی وجود دارد (موسوی، ۱۴۲۷ق، ص ۴۸۴؛ بهجت، ۱۴۲۳ق، ص ۵۴۸). شروط مذکور در رابطه بین مراجع و مشاور، در مشاوره روان شناختی نیز وجود دارد. از این رو قید استناد خسارت به تجویز مشاور، یکی از قیود مؤثر در مسئله حاضر است.

بنابراین در صورتی که مشاور امر یا توصیه به انجام امری بدهد و مراجعه کننده با تکیه بر آن عملی انجام دهد که مستلزم خسارت گردد، عرفاً این خسارت مستند به تجویز مشاور بوده و وارد در محل نزاع بود، می توان گفت ادله ضمان طیب شامل مشاور نیز می شود.

### ۳. جایگاه عنوان مشاور در ادله و قول فقها

#### ۳-۱. تعمیم عنوان کارشناس به مشاور (دسته اول روایات)

یکی از موضوعاتی که باید در این نگاشته مورد بررسی قرار گیرد، این نکته اساسی است که با بررسی اجمالی ادله و نظرات فقها در کتب فقهی به نظر می‌رسد مستقیماً به «مشاور» و «خطای مشاور» اشاره نشده است. بر همین اساس در نگاه اول بهره‌گیری از منابع فقهی و ادله روایی دچار چالش است، اما به نظر می‌رسد این چالش اولیه با وجود سه دسته روایات و ادله، به راحتی قابل رفع بوده و بهره‌گیری از منابع فقهی و ادله روایی را توجیه‌پذیر می‌نماید.

در احادیث اهل بیت علیهم‌السلام و به تبع در متون فقهی، فقها از ضمان متخصصان در امور مختلف، همانند قصار و ختان و نجار و... بحث کرده و به تناسب ادله موجود قائل به ضمان شده‌اند. تأمل در دسته اول از روایات نشان می‌دهد که مراد امام علیه‌السلام مطلق کارشناس است و نمونه‌های بیان شده از باب مثال است و الا در نظر عرف هیچ فرقی بین قصار و خیاط و صباغ با مشاور از این جهت که همه کارشناس در حیطه خویش بوده و به سبب تسلط بر حیطه کاری خودشان مورد مراجعه مردم قرار می‌گیرند، نیست. دلیل این ادعا این است که بعضی از فقها ذیل روایاتی که دال بر ضمان ختان و صباغ و... هستند، این گونه بیان می‌کنند: «وتقریب الاستدلال أن یقال إن هذه الأحادیث عامّة وشاملة للطیب والیطار والختان وجميع أرباب التخصص» (مکارم، ۱۴۲۲ق، ص ۳۰۸؛ مکارم، ۱۴۱۹ق، ص ۴۸). این بیان به صراحت نشان می‌دهد که ذکر طیب و ختان و... همه از باب مثال بوده و قاعده فوق ناظر به صورتی است که فرد مورد مراجعه، متخصص در فن خویش بوده و در آن جهت به او مراجعه شده باشد.

دومین قرینه اینکه فقها در باب اثبات ضمان برای «صناع»، از روایات ضمان طیب استفاده نموده و همچنین برای اثبات ضمان مطلق اجیر، به روایات مذکور تمسک کرده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۷، ص ۳۲۳؛ بهبهانی، ۱۴۱۷ق، ص ۵۱۲؛ جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۳ق، ج ۴، ص ۳۰۴؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۱۹، ص ۱۴۲). این استدلال نشان‌گر آن است که نزد فقهای فوق‌الذکر مسلم بوده است که در روایت ضمان طیب، خصوص طیب موضوعیت

نداشته و از باب ذکر مثال یا به جهت تناسب سؤال سائل بیان شده است. بنابراین این دسته از روایات شامل تمامی متخصصانی می‌شود که در تخصص خویش مورد مراجعه هستند.

قرینه دیگر مؤید این تعمیم، بیانی است که فقها ذیل قاعده «من اخذ الأجرة علی أن یصلح فأفسد فهو ضامن» مطرح نموده‌اند. فقها با ضمیمه کردن این قاعده فقهی به روایاتی که به موضوعات یا عناوین و مصادیق خاص اشاره دارند، تعمیم روایات را توجیه‌پذیر و ذکر مصادیق خاص را حمل بر بیان موارد از باب مثال می‌دانند (این روایات به تفصیل در بیان ادله قول اول روایات عامه بیان خواهد شد).

### ۲-۳. تعمیم عنوان طیب به مشاور (دسته دوم از روایات)

به نظر می‌رسد عنوان طیب در روایات، عنوانی عام است که شامل طبابت جسم و روح می‌شود؛ بنابراین می‌توان از عنوان طیب در روایات ضمان طیب، الغای خصوصیت نموده و آن را شامل مشاور دانست که طیب روح و روان است. بر همین اساس ادله طیب شامل طبابت روح و روان نیز می‌شود که رسالت اصلی مشاوره‌های روان‌شناختی است. از این رو رابطه عنوان طیب و مشاور رابطه عام و خاص مطلق خواهد بود.

از سویی دیگر، اشکال اینکه طبابت امری مباشری و مشاوره امری غیرمباشری است و این سبب فرق بین دو عنوان و عدم امکان شمول عنوان طیب به مشاور است نیز قابل پاسخ می‌باشد. این اشکال به نحو دیگری ذیل خود روایات باب طیب مطرح گردیده است. برخی بر این باورند که «روایات باب طیب ناظر به فعل مباشری طیب است و در صورت عدم مباشرت طیب، روایات شامل آن نخواهد بود.» بسیاری از علما به اشکال مذکور این گونه پاسخ داده‌اند که حمل روایات بر طبابت مباشری از قبیل حمل بر فرد نادر است؛ زیرا طبابت در عصر ائمه علیهم‌السلام نوعاً به صورت غیرمباشری و در قالب دستور و توصیه درباره استفاده از دارو بوده است (یزدی، ۱۴۱۹ق، ج ۵، ص ۶۷؛ موسوی، ۱۴۲۷ق، ص ۴۸۳؛ قاینی، ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۹۰). متعارف بودن این امر در عصر محقق عاملی (عاملی، بی‌تا، ج ۱۹، ص ۷۹۹)

و اردبیلی (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۰، ص ۷۲) نیز گزارش شده؛ چه اینکه در زمان حاضر نیز این امر متعارف (حسینی روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۱۹، ص ۱۴۴؛ آل‌راضی، ۱۴۱۸ق، ص ۱۴۱) و حتی به تمامی عصرهای گذشته نیز نسبت داده شده است (موسوی، ۱۴۲۷ق، ص ۴۸۳). جدای از ادعای ندرت طبابت مباحثی، مسلم این است که روایات طبابت شامل طبابت غیرمباحثی نیز می‌شود (عاملی، بی‌تا، ج ۱۹، ص ۷۹۹؛ سبزواری، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص ۶۶۲؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۰، ص ۷۲؛ خوانساری، بی‌تا، ص ۳۶۹؛ رشتی، ۱۳۱۱ق، ص ۳۳۹).

حال که طبابت به مباشرت امری نادر است، حمل روایات به آن صورت، حمل بر مورد نادر است (موسوی، ۱۴۲۷ق، ص ۴۸۳) و حمل دلیل بر فرد نادر صحیح نیست (عاملی، ۱۴۱۱ق، ج ۱، ص ۱۳۳؛ عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۲، ص ۴۶۰؛ بهبهانی، ۱۴۲۴ق، ج ۷، ص ۱۴۴؛ حائری، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۲۸۴). لذا آنچه مورد مناقشه بود و به‌عنوان فارغ بین طبابت و مشاوره مطرح گردید، قابل پاسخ و مردود است.

آنچه در این بین اهمیت ویژه دارد این است که فقها درباره روایت ضمان طیب و شمول آن به طبابت غیرمباحثی معیاری بیان کرده‌اند که در فهم تعمیم روایات طیب و شمول آن به مشاور، بسیار راهگشا است و می‌توان الغای خصوصیت از طیب و شمول آن بر مشاور را درک نمود.

برخی فقها در بیان علت اینکه چرا طیب در طبابت غیرمباحثی ضامن است، این گونه بیان می‌کنند که در هر حال آنچه به‌عنوان ملاک برای ضمان مهم است، اثبات استناد عرفی افساد است و در عصر حاضر این استناد در طبابت‌های غیرمباحثی که به‌صورت نوشتن نسخه است وجود دارد (یزدی، ۱۴۱۹ق، ج ۵، ص ۶۷؛ بهجت، ۱۴۲۳ق، ص ۵۴۸؛ موسوی، ۱۴۲۷ق، ص ۴۸۴؛ خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص ۴۷۱؛ خمینی، ۱۴۰۴ق، ص ۱۵۶؛ اشتهازدی، ۱۴۱۷ق، ج ۲۷، ص ۱۶۸؛ یزدی، ۱۴۱۹ق، ج ۵، ص ۶۷؛ فاضل، ۱۴۲۱ق، ص ۶۳۰). این معنا از اطلاق روایت «من تطیب...» نیز فهمیده می‌شود (حسینی روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۱۹، ص ۱۴۴؛ موسوی، ۱۴۲۷ق، ص ۴۸۳). حال که معیار بیان‌شده استناد عرفی بوده و اطلاق روایات نیز مؤید آن است، طبعاً هرگاه این عنوان باشد، ضمان نیز مطرح خواهد بود و در مشاور نیز این معیار به‌وضوح وجود دارد؛ لذا طرح بحث ضمان در مشاوره مؤید فقهی خواهد داشت.

### ۳-۳. خطای فقها در فتوا (دسته سوم روایات)

دسته سوم از روایات که می‌تواند زمینه را برای بهره‌گیری از ادله روایی در محل نزاع فراهم کند، روایات دال بر ضمان مجتهد است (حسنی، ۱۳۹۴). از این رو عمده فقها معتقدند که اگر مجتهد بعد از صدور فتوایی متوجه خطای خود گردد و برای مقلد به سبب عمل به آن ضرر مالی به دنبال آورده باشد، ضامن است (ر.ک به: محقق داماد، ۱۴۰۱ق، ج ۳، ص ۸۰۰؛ لنگرودی، ۱۴۱۲ق، ج ۲، ص ۳۰۸؛ صافی گلپایگانی، ۱۴۳۰ق، ج ۱، ص ۱۸۸؛ خوئی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۳۱۵). لذا از آنچه به تفصیل در تعمیم روایات کارشناس و طیب به مشاور بیان شد، حکم این صورت نیز مشخص می‌شود؛ زیرا در این صورت نیز ما به فهم عرفی قطعی، خصوصیتی نداریم، غیر از اینکه مجتهد متخصص در فقه است و عرف به جهت تخصصش به او مراجعه کرده است. بنابراین این دسته از روایات هم‌سو با دو دسته قبل، و مؤید ادعای مورد نظر است.

از آنچه در تحلیل اجمالی سه دسته روایات و مباحث فقهی مرتبط با آن گذشت، می‌توان این نتیجه را ملاک کار پژوهشی حاضر دانست که اساساً آنچه در روایات باب طیب و کارشناس و خطای فقها مطرح شده، قابل استفاده در مسئله ضمان خطای مشاور در مشاوره‌های روان‌شناختی نیز است.

### ۴. بررسی اقوال متصور در مسئله

پس از بیان مفاهیم اولیه و شرایط تحقق ضمان، بررسی امکان بهره‌مندی از ادله روایی و منابع فقهی را در محل نزاع مورد بررسی قرار دادیم. در این بخش دو قول متصور در مسئله مطرح شده، و مورد نقد و بررسی قرار می‌گیرد.

#### ۱-۴. قول به ضمان

عده‌ای از فقها در صورت مراجعه شخصی به طیب و ایجاد خسارت در فرد مراجعه‌کننده، طیب را مسئول جبران خسارت ایجادشده می‌دانند و عمده دلیل ایشان

برای اثبات ضمان، روایات ائمه علیهم السلام است (قاینی، ۱۳۸۲؛ کاظمی، ۱۳۸۹). مهم ترین ادله قائلان ضمان، ادله روایی و بنای عقلا است.

ادله دال بر ضمان را در دو دسته کلی می توان تقسیم بندی نمود:

#### ۱-۴-۱. روایات

##### الف. روایات عامه

روایات متعددی وجود دارد که مضمون واحد آن دلالت بر ضمان شخصی دارد که به جهت اصلاح امری اجرتی دریافت نموده، لکن سبب افساد آن شیء گشته است. از این مورد در لسان فقها، با تعبیر «من اخذ الاجرة على ان يصلح فافسد فهو ضامن» یاد می شود (فاضل موحی لنگرانی، ۱۳۸۱). قاعده مزبور از آنجا که اولاً مستفاد از روایات است و ثانیاً امری کلی بوده و مصادیق متعدد دارد، از آن تعبیر به روایات عامه می شود.

به عنوان نمونه به چند روایت اشاره می شود:

الف. عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَّادٍ عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: سُئِلَ عَنِ الْقَصَارِ يُفْسِدُ قَالَ كُلُّ أَجِيرٍ يُعْطَى الْأَجْرَ عَلَى أَنْ يُصْلِحَ فَيُفْسِدُ فَهُوَ ضَامِنٌ (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۲۳۱)؛ حلبی گوید: از امام صادق عليه السلام درباره خیاطی پرسیده شد که کار را به ضرر و با خسارت انجام بدهد، فرمود: هر کسی که به او اجرتی داده می شود تا کاری را به نفع انسان انجام بدهد ولی آن را خراب کند، ضامن خسارت است.

ب. رَوَى حَمَّادٌ عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام فِي الرَّجُلِ يُعْطَى الثَّوْبَ لِيَصْبِغَهُ فَيُفْسِدُهُ فَقَالَ كُلُّ عَامِلٍ أُعْطِيَتهَ أَجْرًا عَلَى أَنْ يُصْلِحَ فَأَفْسَدَ فَهُوَ ضَامِنٌ (ابن بابویه، ۱۴۰۴ق، ج ۳، ص ۲۵۳)؛ حلبی گوید: امام صادق عليه السلام درباره مردی که لباسی را برای رنگ کردن پذیرفته و آن را خراب کرده است، فرمود: هر سازنده ای که برای کارش اجرت می ستاند که آن را اصلاح کند، اگر آن را خراب و تباه کند ضامن است.

در دو روایت فوق با وجود اینکه سؤال جناب حلبی از امام صادق علیه السلام درباره «قصار» است، لکن ایشان در جواب با بیان کبرایی کلی قاعده‌ای را به وی می‌آموزند که «هرگاه شخصی اجرتی برای اصلاح امری دریافت نماید و سبب افساد آن امر شود، ضامن خواهد بود.» این قاعده با توجه به کلیتی که دارد، شامل محل نزاع پژوهش حاضر، یعنی مراجعه بیمار به روان‌شناس و مشاور نیز می‌شود؛ زیرا فرد در قبال مشاوره خویش اجرتی دریافت می‌نماید.

ج. عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ النَّوْفَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام أَنَّ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ عليه السلام رُفِعَ إِلَيْهِ رَجُلٌ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا لِيُضْلِحَ بَابَهُ فَضَرَبَ الْمَسْمَارَ فَأُضْدَعَ الْبَابُ فَضَمَّنَهُ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ (كلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۲۴۳)؛ فردی که مردی را برای درست کردن در [خانه] خود اجیر نموده بود و در را با فرو کردن میخی شکسته بود، برای شکایت به امیرالمؤمنین مراجعه نمود و آن حضرت مرد اجیر را ضامن دانست.

روایت فوق نیز مصداقی از مصادیق قاعده و کبرای کلی فوق است.

د. عَنْهُ بِهِذَا الْإِسْنَادِ عَنْ جَعْفَرٍ عَنْ أَبِيهِ عليه السلام أَنَّ عَلِيًّا عليه السلام كَانَ يَقُولُ لَا ضَمَانَ عَلَى صَاحِبِ الْحَمَامِ فِيمَا ذَهَبَ مِنَ الثِّيَابِ لِأَنَّهُ إِنَّمَا أَخَذَ الْجُعْلَ عَلَى الْحَمَامِ وَلَمْ يَأْخُذْ عَلَى الثِّيَابِ (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۶، ص ۳۱۴)؛ امام علی علیه السلام همیشه می‌فرمودند که بر صاحب حمام ضمانتی نیست در قبال ازین رفتن لباس‌های مراجعان؛ زیرا پول دریافتی در قبال حمام است و آن را در قبال نگاه‌داری لباس‌ها نگرفته است.

روایات فوق نیز به‌صراحت دلالت دارد که ضمان در حیطه اخذ اجرت در قبال عمل قابل‌تصور است و درباره آنچه مقارن با اصل حمام‌رفتن است و در مقابلش اجرتی دریافت نمی‌شود، ضمانی وجود ندارد. ازاین‌رو است که صاحب حمام درباره البسه افراد واردشده در حمام هیچ مسئولیتی نخواهد داشت؛ زیرا اجرت مأخوذه در قبال استفاده از حمام بوده است. در بحث ما نیز مشاور پس از ارتکاب خطا به‌جهت اخذ اجرت از سوی فرد مراجعه‌کننده در معرض ضمان به‌سبب قاعده و روایات فوق خواهد بود.

شاید در مقام اشکال به این روایات بیان شود که روایات و قاعده فوق با قاعده «الامین لا یضمن» (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۲، ص ۲۲۰؛ ابن براج، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص ۶۵) در تعارض است؛ زیرا قاعده «الامین لا یضمن» دلالت بر عدم ضمان فرد امین دارد و در مثال‌های بیان شده در روایات فوق، فرد اجیر امین درباره مالی است که در اختیارش قرار داده می‌شود و طبیعتاً باید طبق قاعده «الامین لا یضمن»، ضامن نباشد.

در جواب باید بیان کرد که رابطه بین این دو قاعده، عموم و خصوص مطلق است؛ زیرا قاعده عدم ضمان امین مطلق بوده و شامل فرض اخذ و عدم اخذ اجرت می‌شود، در حالی که قاعده ضمان اجیر در صورت افساد، شامل صورت اخذ اجرت است و طبیعتاً قاعده عدم ضمان امین حمل بر صورت عدم اخذ اجرت خواهد شد (قاینی، ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۴۹).

#### ب. روایات خاصه

در موثقه سکونی چنین آمده است:

عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ النَّوْفَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ قَالَ  
أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عَلَيْهِ السَّلَامُ مَنْ تَطَبَّبَ أَوْ تَبَيَّطَرَ فَلْيَأْخُذِ الْبِرَاءَةَ مِنْ وَلِيِّهِ وَ إِلَّا فَهُوَ لَهُ ضَامِنٌ  
(کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۶۴)؛ کسی که طبابت یا بیطاری می‌کند باید قبلاً از ولی

بیمار و صاحب حیوان برائت حاصل نماید وگرنه ضامن خواهد بود.

روایت فوق اولاً دال بر این است که طیب در صورت اخذ برائت از مریض در معرض ضمان و مسئولیت نیست و طبیعتاً در صورتی که اخذ برائت صورت نگیرد، در معرض ضمان و مسئولیت خواهد بود. لازم به ذکر است که موضوع اخذ برائت مقوله جداگانه‌ای است که در این مقاله بدان اشاره نکرده‌ایم. به عبارتی فرض در مسئله پژوهشی حاضر این نیست که مشاور قبل از انجام مشاوره از مراجع خود اخذ برائت کرده باشد.

#### ۱-۴-۲. بنای عقلا

می‌توان ادعا نمود که بنای عقلا بر این امر استوار است که شخص جانی و مسبب



ایجاد خسارت در دیگری را ضامن و مسئول ادای این خسارت می‌دانند. در همین راستا، روایات باب تسبیب و قاعده اتلاف در راستای تأیید بنای فوق است (قائمی، ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۸۱)؛ با پذیرش بنای عقلای فوق که هیچ ردعی از آن از سوی شارع -الاروایات قول دوم که مورد نقد و بررسی خواهد گرفت- وارد نشده است. در فرض بحث ما نیز در صورت ایجاد خسارت مادی توسط مشاور در شخص مراجعه‌کننده به سبب خطای مشاور، به استناد بنای عقلا که از سوی شارع نیز امضاء شده است، مشاور ضامن خواهد بود.

#### ۱-۴-۳. نقد و بررسی

تأمل در روایات فوق آشکار می‌سازد که طیب (جسم و روح) در فعل خویش در صورت عدم اخذ برائت در معرض ضمان است. پرواضح است که قول به ضمان در صورتی است که رابطه سببیت بین فعل طیب و خسارت ایجاد شده وجود داشته باشد و الا به صرف وقوع خسارت در فرد، طیب ضامن ادای خسارت نخواهد بود؛ بنابراین با وجود پذیرش تعمیم عنوان طیب در روایات فوق به مشاور و همچنین تعمیم قاعده ضمان اجیر به مشاور، می‌توان حکم به ضمان مشاور نمود، اما توجه به دو نکته مهم است:

۱. چون نوعاً کار مشاور امری غیرمباشری بوده و حیثیت مشاوره‌ای دارد، باید درباره تحقق عنوان سببیت توجه ویژه داشت؛ زیرا عنصر سببیت است که یا مثبت و یا نافی ضمان خواهد بود. با بیان فوق شاید درباره ایجاد عنوان تسبیب و سببیت در امر مشاوره تشکیک وجود داشته باشد؛ زیرا شخص مراجع به اختیار خویش به مشاور مراجعه نموده و مشاور نیز هیچ اجباری بر تمکین از تصمیمات و توصیه‌های خویش بر فرد ندارد و طبیعتاً تمامی افعال پسینی مستند به خود شخص خواهد بود.

در جواب این اشکال باید بیان کرد که فقها در باب ضمان صاحبان داروخانه فرضی مطرح نموده‌اند که اگر شخص بیمار به واسطه اعتماد به تبحر و تجربه صاحب داروخانه و نیز توصیه و تجویز او اقدام به مصرف دارویی نماید و به این سبب خسارتی بر او وارد

شود، قول به ضمان موجه است؛ زیرا صرف اعتماد به متصدی داروخانه و مصرف دارو در اثر این اعتماد، محقق عنوان تسبیب و سببیت است و لزوماً این عنصر نیازمند جبر و عدم اختیار بیمار و مراجع نیست (قاینی، ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۱۴۰).

۲. مباشرت و عدم مباشرت در ایجاد خسارت، تأثیری در حکم به ضمان ندارد؛ زیرا حکم به ضمان مشاور در صورت وجود عنصر سببیت است و مباشرت و عدم آن از عناوین دخیل در ضمان به نحو استقلالی نیست. شاهد بیان فوق این است که فقها در باب ضمان صاحبان داروخانه در صورتی که ایجاد خسارت در فرد به سبب دارو و مشاوره و توصیه این دارو به فرد مورد نظر باشد و فرد به سبب قول صاحب داروخانه اقدام به مصرف این دارو نماید و عنصر تسبیب در بین باشد، ضامن خسارت ایجادشده خواهد بود؛ زیرا فرد مراجع به سبب اعتماد به او اقدام به مصرف دارو نموده است؛ بنابراین عنصر تسبیب با این میزان از تاثیر نیز محقق می گردد (قاینی، ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۱۴۰).

#### ۲-۴. قول به عدم ضمان

عده قلیلی از فقها نیز قائل به عدم ضمان طیب در باره خسارت ایجادشده به سبب فعل خویش در بیمار هستند. ادله این دسته از فقها روایات است (ابن ادریس، ۱۴۱۰ق).

#### ۲-۴-۱. روایات

۱. مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ الْجَعْفَرِيِّ عَنْ حَمْدَانَ بْنِ إِسْحَاقَ قَالَ: كَانَ لِي ابْنٌ وَ كَانَ نُصِيْبُهُ الْخَصَاةُ فَقِيلَ لِي لَيْسَ لَهُ عِلَاجٌ إِلَّا أَنْ تَبْطِئَهُ فَبَطَّئْتُهُ فَمَاتَ فَقَالَتِ الشَّيْعَةُ شَرِكْتَ فِي دَمِ ابْنِكَ قَالَ فَكَتَبْتُ إِلَى أَبِي الْحَسَنِ الْعَسْكَرِيِّ عَلَيْهِ السَّلَامُ يَا أَحْمَدُ لَيْسَ عَلَيْكَ فِيمَا فَعَلْتَ شَيْءٌ إِنَّمَا التَّمَسَّتِ الدَّوَاءُ وَ كَانَ أَجَلُهُ فِيمَا فَعَلْتَ (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۶، ص ۵۳)؛ حمدان بن اسحاق گوید: پسر من به بیماری سنگ مثانه مبتلا شد، اطبا به من گفتند: درمان او فقط پاره کردن مثانه است. من به چنین عملی تن دادم و مثانه فرزندم را پاره کردند، اما پسر من از دنیا رفت. شیعیان گفتند: تو در خون پسر شریکی. من در نامه ای این جریان را به

امام عسکری علیه السلام نوشتم. امام علیه السلام نوشت: ای احمد! به خاطر کاری که انجام داده‌ای چیزی بر گردن تو نیست؛ همانا تو خواستار درمان او بودی، ولی مرگ پسرت در کاری که تو انجام دادی قرار داشت.

در روایت فوق، سائل از امام علیه السلام در این باره می‌پرسد که من به سبب تداوی فرزند خویش کاری را انجام داده‌ام که به سبب آن او مرده است و در این حال مردم به من می‌گویند که تو در خون او سهیم هستی و قاتل او محسوب می‌شوی. ایشان این مسئله را از امام عسکری علیه السلام در قالب مکاتبه‌ای می‌پرسند و امام در جواب او می‌فرمایند که هیچ چیزی بر عهده تو نیست.

این جمله به روشنی نشان می‌دهد که شخصی که به سبب فعل خویش در بیمار آسیبی ایجاد کرده است، مسئول جبران خسارت نیست.

۲. عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ يُونُسَ بْنِ يَعْقُوبَ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام الرَّجُلُ يَشْرَبُ الدَّوَاءَ وَ يَقَطُّعُ الْعُرْقَ وَ رَبَّمَا انْتَفَعَ بِهِ وَ رَبَّمَا قَتَلَهُ قَالَ يَقَطُّعُ وَ يَشْرَبُ (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۸، ص ۱۹۴)؛ به امام صادق علیه السلام عرض کردم مردی دوايي می‌نوشد و رگ را می‌برد و شاید از این کار انتفاعی ببرد و شاید هم کشته شود. امام فرمودند ببرد و بنوشد.

روایت فوق ناظر بر انجام امور پزشکی است و موردی را که تداوی طیب منجر به قتل فرد می‌شود نیز در بر می‌گیرد. جواز انجام امری که منجر به قتل می‌شود، بدون اینکه درباره احتمال ضامن بودن به شخص توجه و تذکر داده شود، حاکی از عدم ضمان طیب درباره افعال خویش خواهد بود.

۳. مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ خَالِدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَخِيهِ الْعَلَاءِ عَنْ إِسْمَاعِيلَ بْنِ الْحَسَنِ الْمُتَطَبِّبِ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام إِنِّي رَجُلٌ مِنَ الْعَرَبِ وَ لِي بِالطَّبِّ بَصَرٌ وَ طَبِّي طَبُّ عَرَبِيٍّ وَ لَسْتُ آخِذٌ عَلَيْهِ صَفْدًا فَقَالَ لَا بَأْسَ قُلْتُ إِنَّا نَبِطُ الْجُرْحَ وَ نُكْوِي بِالنَّارِ قَالَ لَا بَأْسَ قُلْتُ وَ نَسْقِي هَذِهِ السُّمُومَ الْأَسْمَحِيْقُونَ وَ الْعَارِيْقُونَ قَالَ لَا بَأْسَ قُلْتُ إِنَّهُ رَبَّمَا مَاتَ قَالَ وَ إِنْ مَاتَ (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۸، ص ۱۹۳)؛ به امام صادق علیه السلام عرض کردم که مردی از عرب

هستم و اطلاعاتی از طب عربی دارم و برای درمان پول نمی گیرم. امام فرمود اشکالی ندارد. عرض کردم زخم ایجاد می کنیم و با آتش داغ می کنیم. فرمود اشکالی ندارد. عرض کردم از زهرهای اسحققون و غاریقون به بیماران می دهیم. امام علیه السلام فرمود اشکالی ندارد. عرض کردم چه بسا بیمار بمیرد، فرمود هر چند بمیرد.

روایت فوق نیز دال بر عدم ضمان طیب است؛ زیرا امام علیه السلام تداوی منجر به موت را نیز جایز دانسته و حرفی از ضمان نمی زنند که نشان از عدم ضمان دارد.

## ۲-۴-۲. نقد و بررسی

به نظر می رسد ادله فوق جمعاً مخدوش است، زیرا:

روایت اول ناظر به فعل ولی است و از محل بحث خارج است (قائمی، ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۸۸۴؛ مدنی کاشانی، ۱۴۰۸ق، ص ۵۲). روایت دوم نیز چون ناظر به فعل شخص در نفس خویش است، ارتباطی به بحث ما که طبابت فردی برای دیگری است ندارد (مدنی کاشانی، ۱۴۰۸ق، ص ۵۲). روایت سوم مضافاً بر ضعف سندی به واسطه مجهول بودن اسماعیل بن حسن، صرفاً دال بر جواز معالجه است و اساساً ناظر به بحث ضمان نیست، و چون از این جهت در مقام بیان نیست، نمی توان به اطلاق آن اخذ نمود (مدنی کاشانی، ۱۴۰۸ق، ص ۵۲). البته بعضی از فقها روایات فوق را حمل بر عدم مباشرت طیب در طبابت نموده اند و به سبب اشتراط مباشرت در حکم به ضمان، قائل به عدم تعارض بین این روایات و روایات مثبت ضمان هستند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۳، ص ۴۹).

در اشکال بر مطلب فوق می توان گفت که اولاً عنصر مباشرت و عدم آن اساساً هیچ تأثیری در ضمان و عدم آن ندارد و هرگاه عنصر تسبیب باشد، ضمان خواهد بود، ولو این عنصر بدون مباشرت تحقق یابد. همچنین حمل روایات فوق بر عدم مباشرت خلاف ظاهر است، زیرا در تعابیر روایات عبارت هایی همچون «نبط، نسقی نکوی، فبططه» آمده است که ظهور در مباشرت دارند. در همین راستا می توان با نگاهی حقوقی به برخی از قوانین مجازات اسلامی مبنی بر تحقق ضمان اشاره نمود. طبق ماده

۳۱۹ قانون مجازات اسلامی، «هرگاه طیبی گرچه حاذق و متخصص باشد، در معالجه‌هایی که شخصاً انجام می‌دهد یا دستور آن را صادر می‌کند، هرچند به اذن مریض یا ولی او باشد، باعث تلف جان یا نقص عضو یا خسارت مالی شود، ضامن است» (بهرامی احمدی، ۱۳۹۳). وجود این گونه قوانین نیز حاکی از مخدوش بودن قول به عدم ضمان است.

### نتیجه‌گیری

بر اساس آنچه بیان شد، مسئله پژوهش حاضر با تکیه بر روایات باب کارشناس، ضمان طیب و خطای مجتهد در فتوا به عنوان مسئله‌ای فقهی-روان‌شناختی، از پشتوانه ادله و قواعد فقهی در منابع فقهی برخوردار است. با توجه به گستره بحث و فروض مختلف قابل طرح در این موضوع، تنها بررسی فقهی ضمان خطای مشاور در مشاوره‌های روان‌شناختی غیر تبرعی که موجب خسارت مادی به مراجع می‌گردد، مورد بررسی قرار گرفت و سایر موارد در پژوهشی مستقل مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

نتایج به دست آمده از تحلیل سه دسته روایات نشان داد که از سویی واژه کارشناس و طیب شامل مشاور در مشاوره‌های روان‌شناختی می‌شود و از سویی دیگر، بررسی روایات باب خطای مجتهد در فتوا، زمینه را برای طرح موضوع ضمان مشاور فراهم می‌آورد. یافته‌های پژوهش در بررسی اقوال متصور در مسئله حاکی از آن است که دو وجه ضمان و عدم ضمان، هر دو قابل طرح و دفاع ضمنی است، لکن نقد و بررسی اقوال متصور در مسئله، به‌ویژه بهره‌گیری از امکان تحقق «قاعده سببیت»، مطابق با دیدگاه آیت‌الله بروجردی، به نظر می‌رسد قول به ضمان قابل دفاع و از قوت بیشتری برخوردار است. باید توجه داشت که قول به ضمان مشروط با اخذ قیودی در مسئله پابرجا و معتبر خواهد بود؛ بدین معنا که اولاً مشاور در حیطة تخصص خود حاذق باشد، یعنی عنوان «کارشناس» در مشاوره‌های روان‌شناختی بر او قابل تطبیق باشد، ثانیاً مراجع به اعتماد و تکیه به قول مشاور کاری انجام دهد؛ یعنی توصیه و دیدگاه مشاور تنها علت رخداد زیان به وجود آمده باشد، ثالثاً این اعتماد منجر به خسارت مالی شود، و رابعاً مشاور در

قبال مشاوره هزینه دریافت کند. قید چهارم از این جهت اهمیت پیدا می‌کند که حداقل خسارت ممکن همان هزینه‌ای باشد که مراجع پرداخته کرده، ولی به واسطه خطای مشاور به نتیجه مطلوب نرسیده است. در مجموع، با در نظر گرفتن آنچه از نقد و بررسی ادله مطرح گردید، یافته اصلی پژوهش حاضر آن است که قول به ضمان، در صورتی که خسارت مادی مستند به خطای مشاور در مشاوره‌های روان‌شناختی غیر تبرعی باشد، اقوی در مسئله مذکور است.

## فهرست منابع

\* قرآن کریم

۱. آل راضی، محمد هادی. (۱۴۱۸ق). مسؤولية الطبيب و ضمانه. فقه أهل البيت، ش ۶-۵، صص ۱۵۰-۱۲۸.
۲. ابن ادریس حلی، محمد. (۱۴۱۰ق). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. قم: انتشارات جامعه مدرسین.
۳. ابن بابویه، محمد بن علی. (۱۴۰۴ق). من لا یحضره الفقیه. قم: انتشارات جامعه مدرسین.
۴. ابن براج، عبدالعزیز. (۱۴۰۶ق). المذهب فی الفقه. قم: انتشارات جامعه مدرسین.
۵. ابن فارس، احمد بن فارس. (۱۴۰۴ق). معجم مقاییس اللغة. قم: نشر مکتب الإعلام الإسلامی.
۶. ابن منظور، محمد بن مکرم. (۱۴۱۴ق). لسان العرب (۱۵ جلد). بیروت: نشر دار صادر.
۷. اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۳ق). مجمع الفائدة والبرهان فی شرح إرشاد الأذهان (چاپ اول، ج ۸). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۸. اشتهاودی، علی پناه. (۱۴۱۷ق). مدارک العروه (چاپ اول، ج ۶). تهران: دار الأسوة للطباعة والنشر.
۹. امامی، سید حسن. (۱۳۹۷). حقوق مدنی (چاپ دهم). تهران: کتابفروشی اسلامیة.
۱۰. بهبهانی، محمد باقر. (۱۴۲۴ق). مصابیح الظلام (چاپ اول). قم: مؤسسه العلامة المجدد الوحید البهبهانی.
۱۱. بهبهانی، محمد باقر. (۱۴۱۷ق). حاشیة مجمع الفائدة والبرهان (چاپ اول). قم: مؤسسه العلامة المجدد الوحید البهبهانی.
۱۲. بهجت فومنی، محمد تقی. (۱۴۲۳ق). وسیلة النجاة (چاپ دوم). قم: انتشارات شفق.
۱۳. بهرامی احمدی، حمید. (۱۳۹۳). ضمان قهری؛ مسئولیت مدنی (چاپ دوم). تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق علیه السلام.
۱۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۸۳). ترمینولوژی حقوق. تهران: انتشارات گنج دانش.

۱۵. جمعی از پژوهش‌گران. (۱۴۲۳ق). موسوعة الفقه الإسلامی طبقاً لمذهب أهل البيت علیهم‌السلام (چاپ اول، زیر نظر سید محمود هاشمی شاهرودی، ج ۱۱). قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه.
۱۶. حائری، سید علی بن محمد. (۱۴۱۸ق). ریاض المسائل (چاپ اول، ج ۲، ۹، ۱۳ و ۱۵). قم، مؤسسه آل البيت علیهم‌السلام.
۱۷. حرانی، ابن شعبه. (۱۳۸۲). تحف العقول عن آل الرسول صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم. قم: نشر آل علی.
۱۸. حسنی، ابوالحسن. (۱۳۹۴). مسئله خطا در اجتهاد. مجله حقوق اسلامی، ۱۲(۴۵)، صص ۱۰۷-۱۲۴.
۱۹. حسینی روحانی، سید صادق. (۱۴۱۲ق). فقه الصادق علیه‌السلام (چاپ اول، ج ۱۸). قم: دار الكتاب- مدرسه امام صادق علیه‌السلام.
۲۰. خوانساری نجفی، موسی. (۱۳۷۳ق). منیة الطالب فی حاشیه مکاسب. تهران: نشر المكتبة المحمدیه.
۲۱. خوانساری، آقا جمال‌الدین. (بی تا). التعليقات علی الروضة البهیة (چاپ اول). قم: انتشارات مدرسه الرضویه.
۲۲. خوئی، سید ابولقاسم. (۱۴۱۳ق). موسوعة الامام الخوئی (چاپ اول). قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی علیه‌السلام.
۲۳. دهخدا، علی اکبر. (۱۳۳۷). لغت‌نامه دهخدا. تهران: انتشارات دانشگاه تهران: دانشکده ادبیات و علوم انسانی.
۲۴. رحمانی منشادی، مهدی؛ کارگران بافقی، احسان. (۱۳۹۸). مسئولیت مدنی ناشی از خطا در مشاوره علمای مذهبی. مجله علم و کالت، ۲(۱)، صص ۱۰۶-۸۷.
۲۵. رشتی، میرزا حبیب‌الله. (۱۳۱۱ق). کتاب الاجاره (چاپ اول). بی جا: بی نا.
۲۶. زبیدی، محمد مرتضی. (۱۳۰۷ق). تاج العروس من جواهر القاموس. مصر: نشر المطبعة الخیریه.
۲۷. سبزواری، محمدباقر. (۱۴۲۳ق). کفایة الأحکام (چاپ اول، ج ۱). قم: دفتر انتشارات اسلامی.



۲۸. شفیع آبادی، عبدالله. (۱۳۸۳). راهنمایی و مشاوره تحصیلی و شغلی. تهران: انتشارات سمت.
۲۹. شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۳ق). مسالک الافهام فی شرح شرائع الاسلام (چاپ اول). قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
۳۰. صافی گلپایگانی، علی. (۱۴۳۰ق). ذخیره العقبی فی شرح العروة الوثقی (چاپ اول). قم: گنج عرفان.
۳۱. طاهری، حبیب الله. (۱۳۹۲). حقوق مدنی. قم: انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۲. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم. (۱۴۱۹ق). العروة الوثقی (چاپ اول، محشی: سید محمد رضا گلپایگانی). قم: دفتر انتشارات.
۳۳. طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق). المبسوط فی فقه الإمامیه (چاپ سوم). تهران: نشر المكتبة المرتضویة.
۳۴. طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق). تهذیب الاحکام (چاپ چهارم). تهران: دار الکتب الاسلامیه.
۳۵. عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۱۹ق). استقصاء الاعتبار (چاپ اول). قم: انتشارات آل البيت علیه السلام.
۳۶. عاملی، محمد بن علی موسوی. (۱۴۱۱ق). مدارک الاحکام (چاپ اول). بیروت: انتشارات آل البيت علیه السلام.
۳۷. عاملی، سید جواد حسینی. (بی تا). مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه (چاپ اول). بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۳۸. عمید، حسن. (۱۳۷۴). فرهنگ عمید. تهران: انتشارات امیر کبیر.
۳۹. فاضل موحدی لنکرانی، محمد. (۱۳۸۱). تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله. قم: نشر مرکز فقهی ائمه اطهار علیه السلام.
۴۰. فاضل موحدی لنکرانی، محمد. (۱۴۲۱ق). تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله: اجاره (چاپ اول). قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیه السلام.

۴۱. فراهیدی، خلیل بن احمد. (۱۴۰۸ق). العین. بیروت: نشر مؤسسة الأعلمی للمطبوعات.
۴۲. قاینی، محمد. (۱۳۸۲). المبسوط فی فقه المسائل المعاصره: المسائل الطیبه. قم: انتشارات مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.
۴۳. کاظمی، محمود. (۱۳۸۹). تحقیقی پیرامون سیر اندیشه ضمان طیب در فقه امامیه. فصلنامه حقوق: مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۴۰(۱). صص ۲۹۵-۲۷۵.
۴۴. کراچکی، محمد بن علی. (۱۴۱۶ق). کنز الفوائد. قم: انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴۵. کلینی، محمد بن یعقوب بن اسحاق. (۱۴۰۷ق). الکافی. تهران: انتشارات اسلامی.
۴۶. کیانی، اردشیر. (۱۳۹۱). اخلاق حرفه‌ای مشاوران (چاپ اول). تهران: انتشارات و رای دانش.
۴۷. لنگرودی، سیدمحمدحسن. (۱۴۱۲ق). الدر النضید فی الاجتهاد (چاپ اول). قم: مؤسسه انصاریان.
۴۸. محقق داماد، سیدمحمد. (۱۴۰۱ق). کتاب الحج (چاپ اول). قم: چاپخانه مهر.
۴۹. مدنی کاشانی، رضا. (۱۴۰۸ق). کتاب الدیات (چاپ اول). قم: انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۵۰. معین، محمد. (۱۳۸۳). فرهنگ معین. تهران: انتشارات امیرکبیر.
۵۱. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۱۹ق). المسائل المستحدثه فی الطب. مجله فقه اهل‌البت، ۱۰، صص ۲۵-۵۵.
۵۲. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۲ق). بحوث فقهیه هامه (چاپ اول). قم: انتشارات مدرسه امیرالمومنین علیهم السلام.
۵۳. موسوی خلخالی، سیدمحمد مهدی. (۱۴۲۷ق). فقه الشیعه: کتاب الاجاره (چاپ اول). تهران: انتشارات منیر.
۵۴. موسوی خمینی، سیدروح‌الله. (۱۴۲۱ق). کتاب البیع (چاپ اول). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر امام خمینی علیه السلام.

۵۵. موسوی خمینی، سیدروح‌الله. (۱۴۰۴ق). زبدة الأحكام (چاپ اول). تهران: سازمان تبلیغات اسلامی.
۵۶. نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام (چاپ هفتم، ج ۲۴، ۲۵ و ۳۸). بیروت: دار إحياء التراث العربي.
۵۷. نقیعی، سیدابوالقاسم. (۱۳۸۸). خسارت معنوی در حقوق اسلام، ایران و نظام‌های حقوقی معاصر (چاپ دوم). تهران: انتشارات امیرکبیر.
۵۸. نیک‌فرجام، زهره. (۱۳۹۲). جبران خسارت معنوی در فقه و حقوق. مجله مبانی فقهی حقوق اسلامی، ۶(۱۱)، صص ۱۲۷-۱۰۵.
۵۹. واشیان، عباس‌علی. (۱۳۹۷). مسئولیت پزشکی (چاپ اول). قم: انتشارات فانوس اندیشه.
۶۰. وکیلان، منوچهر؛ کرباسی، منیژه. (۱۳۸۶). مقدمات راهنمایی و مشاوره (چاپ دوم). تهران: انتشارات پیام نور.

## References

\* The Holy Qur'an

1. A group of researchers. (1423 AH). *Encyclopedia of Islamic jurisprudence according to the religion of the Ahl al-Bayt*. (1<sup>st</sup> ed., under the supervision of Seyyed Mahmoud Hashemi Shahroudi, vol. 11). Qom: Encyclopedia of Fiqh Institute. [In Arabic]
2. Ale Radhi, M. H. (1418 AH). Medical responsibility and guarantee. *Fiqh of Ahl al-Bayt*, No. 5-6, pp. 128-150. [In Arabic]
3. Ameli, M. (1411 AH). *Madarik al-Ahkam*. (1<sup>st</sup> ed.). Beirut: Alulbayt Publications. [In Arabic]
4. Ameli, M. (1419 AH). *Istifsa' al-Itebar*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Alulbayt Publications. [In Arabic]
5. Ameli, S. J. H. (n.d.). *Miftah al-Karamah fi Sharh Qawa'id al-Allamah*. (1<sup>st</sup> ed.). Beirut: Dar Ihya al-Toras al-Arabi.
6. Amid, H. (1374 AP). *Amid dictionary*. Tehran: Amirkabir Publications. [In Persian]
7. Ardebili, A. (1403 AH). *Majma' al-Fa'idah va al-Burhan fi Sharh Irshad al-Adhan*. (1<sup>st</sup> ed., vol. 8). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
8. Bahrami Ahmadi, H. (1393 AP). *Coercive guarantee; Civil Liability*. (2<sup>nd</sup> ed.). Tehran: Imam Sadegh University Publications. [In Persian]
9. Behbahani, M. B. (1417 AH). *Hashieh Majma' al-Fa'idah va al-Burhan*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Al-Alamah Al-Wajid Al-Behbahani Institute. [In Arabic]
10. Behbahani, M. B. (1424 AH). *Masabih al-Zalam*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Al-Alamah Al-Wahid Al-Behbahani Institute. [In Arabic]
11. Behjat Foumani, M. T. (1423 AH). *Wasilah al-Najat*. (2<sup>nd</sup> ed.). Qom: Shafaq Publications. [In Arabic]
12. Dehkhoda, A. A. (1337 AP). *Dehkhoda dictionary*. Tehran: University of Tehran Press: Faculty of Literature and Humanities. [In Persian]
13. Emami, S. H. (1397 AP). *Civil Law*. (10<sup>th</sup> ed.). Tehran: Islamiyeh Bookstore. [In Persian]

14. Eshtehardi, A. (1417 AH). *Madarik al-Urwah*. (1<sup>st</sup> ed., Vol. 6). Tehran: Dar Al-Uswat le al-Taba'ah va al-Nashr. [In Arabic]
15. Farahidi, K. (1408 AH). *Al-Ain*. Beirut: Mu'asisah al-A'alami le al-Matbuat Publications. [In Arabic]
16. Fazel Movahedi Lankarani, M. (1381 AP). *Tafsil al-Shariah fi Sharh Tahrir al-Wasilah*. Qom: Publication of the Jurisprudential Center of the Imams. [In Persian]
17. Fazel Movahedi Lankarani, M. (1421 AH). *Tafsil al-Shari'ah fi Sharh Tahrir al-Wasilah: Ijareh*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Jurisprudential Center of the Imams. [In Arabic]
18. Haeri, S. A. (1418 AH). *Riyadh al-Masa'il*. (1<sup>st</sup> ed., Vols. 2, 9, 13 & 15). Qom, Alulbayt Institute. [In Arabic]
19. Harani, I. S. (1382 AP). *Tuhaf al-Uqul an Ale al-Rasoul*. Qom: Ale Ali Publications. [In Persian]
20. Hassani, A. (1394 AP). The issue of error in ijtihad. *Journal of Islamic Law*, 12(45), pp. 107-124. [In Persian]
21. Hosseini Rouhani, S. S. (1412 AH). *Fiqh al-Sadiq*. (1<sup>st</sup> ed., vol. 18). Qom: Dar Al-Kitab-Imam Sadegh School. [In Arabic]
22. Ibn Babewaiyh, M. (1404 AH). *Man la yahzar al-Faqih*. Qom: Teachers Association Publications. [In Arabic]
23. Ibn Baraj, A. (1406 AH). *Al-Muhadab fi al-Fiqh*. Qom: Teachers Association Publications. [In Arabic]
24. Ibn Faris, A. (1404 AH). *Mujam Maqa'ees al-Loqah*. Qom: Maktab al-A'alam al-Islami Publications. [In Arabic]
25. Ibn Idris Heli, M. (1410 AH). *Al-Sarair Al-Hawi le Tahrir al-Fatawa*. Qom: Teachers Association Publications. [In Arabic]
26. Ibn Manzur, M. (1414 AH). *Lisan al-Arab*. (15 Vols.). Beirut: Dar Sader Publications. [In Arabic]
27. Jafari Langroudi, M. J. (1383 AP). *Legal terminology*. Tehran: Ganj-e-Danesh Publications. [In Persian]

28. Karajaki, M. (1416 AH). *Kanz al-Fawa'id*. Qom: Islamic publications affiliated with the Qom Seminary Teachers Association. [In Arabic]
29. Kazemi, M. (1389 AP). Research on the course of the idea of guaranteeing a doctor in Imami jurisprudence. *Law Quarterly: Journal of the Faculty of Law and Political Science*, 40(1). pp. 275-295. [In Persian]
30. Khansari Najafi, M. (1373 AH). *Minya al-Talib fi Hashiah al-Makasib*. Tehran: Al-Maktabah Al-Muhammadiyah Publications. [In Arabic]
31. Khansari, A. (n.d.). *Al-Ta'aliqat ala Al-Rawdah Al-Bahiya*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Razaviyeh School Publications.
32. Khoei, S. A. (1413 AH). *Mawsu'at al-Imam Al-Khoei*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Imam Al-Khoei Works Revival Institute. [In Arabic]
33. Kiani, A. (1391 AP). *Professional Ethics of Consultants*. (1<sup>st</sup> ed.). Tehran: Varaye Danesh Publications. [In Persian]
34. Koleyni, M. (1407 AH). *Al-Kafi*. Tehran: Islamic Publications. [In Arabic]
35. Langroudi, S. M. H. (1412 AH). *Al-Dor al-Nazid fi al-Ijtihad*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Ansarian Institute. [In Arabic]
36. Madani Kashani, R. (1408 AH). *Kitab al-Diyat*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Islamic publications affiliated with the Qom Seminary Teachers Association. [In Arabic]
37. Makarem Shirazi, N. (1419 AH). Al-Masa'il al-Mustahdasah fi al-Tib. *Journal of Fiqh al-Ahlulbayt*, 10, pp. 25-55. [In Arabic]
38. Makarem Shirazi, N. (1422 AH). *Bohouth fiqhiyah Hamah*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Amir Al-Momenin School Publications. [In Arabic]
39. Moein, M. (1383 AP). *Moein Dictionary*. Tehran: Amirkabir Publications. [In Persian]
40. Mohaghegh Damad, S. M. (1401 AH). *Kitab al-Hajj*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Mehr Printing House. [In Arabic]
41. Mousavi Khalkhali, S. M. M. (1427 AH). *Fiqh al-Shia: Kitab al-Ijarah*. (1<sup>st</sup> ed.). Tehran: Munir Publications. [In Arabic]

42. Mousavi Khomeini, S. R. (1404 AH). *Zobdat al-Ahkam*. (1<sup>st</sup> ed.). Tehran: Islamic Propaganda Organization. [In Arabic]
43. Mousavi Khomeini, S. R. (1421 AH). *Kitab al-Bay'e*. (1<sup>st</sup> ed.). Tehran: Institute for Publications and Preparation of Imam Khomeini's Works. [In Arabic]
44. Najafi, M. H. (1404 AH). *Jawahir al-Kalam fi Sharh Shara'e al-Islam*. (7<sup>th</sup> ed., vols. 24, 25 & 38). Beirut: Dar Ihya al-Toras al-Arabi. [In Arabic]
45. Naqibi, S. A. (1388 AP). *Moral Damage in Islamic Law, Iran and Contemporary Legal Systems*. (2<sup>nd</sup> ed.). Tehran: Amirkabir Publications. [In Persian]
46. Nikfarjam, Z. (1392 AP). Compensation for moral damages in jurisprudence and law. *Journal of Jurisprudential Principles of Islamic Law*, 6(11), pp. 105-127. [In Persian]
47. Qayeni, M. (1382 AP). *Al-Mabsut fi Fiqh al-Masa'il al-Mu'asirah: al-Masa'il al-Tayebah*. Qom: Publications of the Jurisprudential Center of the Imams. [In Persian]
48. Rahmani Manshadi, M., & Kargaran Bafqi, E. (1398 AP). Civil liability for errors in the advice of religious scholars. *Journal of Ilme Vekalat*, 2(1), pp. 87-106. [In Persian]
49. Rashti, M. H. (1311 AH). *Kitab al-Ijarah*. (1<sup>st</sup> ed.). [In Arabic]
50. Sabzewari, M. B. (1423 AH). *Kifayah al-Ahkam*. (1<sup>st</sup> ed., vol. 1). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
51. Safi Golpayegani, A. (1430 AH). *Zakhirah al-Uqba fi Sharh al-Urwat al-Wosqa*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Ganje Erfan. [In Arabic]
52. Shafi'abadi, A. (1383 AP). *Academic and career guidance and counseling*. Tehran: Samt Publications. [In Persian]
53. Shahid Thani, Z. (1413 AH). *Masalak al-Afham fi Sharh Sharia al-Islam*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Mu'asisah al-Ma'arif al-Islamiyah. [In Arabic]
54. Tabatabaei Yazdi, S. M. K. (1419 AH). *Al-Urwat al-Wosqa*. (1<sup>st</sup> ed., Golpayegani, S. M. R, Ed.). Qom: Publishing Office. [In Arabic]

55. Taheri, H. (1392 AP). *Civil Rights*. Qom: Islamic publications affiliated with the Qom Seminary Teachers Association. [In Persian]
56. Tusi, M. (1387 AH). *Al-Mabsut fi Fiqh al-Imamiyah*. (3<sup>rd</sup> ed.). Tehran: Publication of Mortazavi Library. [In Arabic]
57. Tusi, M. (1407 AH). *Tahdhib al-Ahkam*. (4<sup>th</sup> ed.). Tehran: Dar al-Kotob al-Islamiyah. [In Arabic]
58. Vakilian, M., & Karbasi, M. (1386 AP). *An Introduction to guidance and counseling*. (2<sup>nd</sup> ed.). Tehran: Payame Noor Publications. [In Persian]
59. Vashian, A. A. (1397 AP). *Medical Responsibility*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Fanoos Andisheh Publications. [In Persian]
60. Zobeidi, M. M. (1307 AH). *Taj al-Arous min Jawahir al-Qamous*. Egypt: Nashr al-Matba'ah al-Kheiriyah. [In Arabic]





## **Research Article** **Inheritable Financial Rights in Imamiyah Jurisprudence and Iranian Law**

**Mohammad Soltanieh<sup>1</sup>**

**Azizollah Fahimi<sup>2</sup>**

**Received: 03/07/2021**

**Accepted: 17/03/2022**

### **Abstract**

The property of the person goes to his heir after his death, but the financial rights of the deceased will also be inherited or not? To answer, the source of the financial rights must be determined, whether it is a contract between the parties, such as a right of pre-emption, or an Iqa' (Unilateral act), such as a right of Tahjir (Revival of property), or a law, such as a right of copyright. The criteria for distinguishing financial rights from non-financial rights are the tradability of these rights and the ability of converting them to money. Some rights, including pre-emption rights, options and copyright, are transferred to the heir unanimously, such as the deceased's property. However, for rights such as benefit and tolerance, there is disagreement between jurists and legal experts that whether they

---

1. Assistant Professor, Department of Social Sciences, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad (Corresponding Author). m.soltanieh@razavi.ac.ir.

2. Associate Professor, Department of Private Law, Faculty of Law, Qom University, Qom, Iran. aziz.fahimi@yahoo.com.

---

\* Soltanieh, M., & Fahimi, A. (1401 AP). Inheritable Financial Rights in Imamiyah Jurisprudence and Iranian Law. *Journal of Fiqh*, 29(109), pp. 171-198. Doi: 10.22081/jf.2022.61304.2320.

---

Copyright © 2021, Author (s). This is an open-access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution-Non Commercial 4.0 International License (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>) which permits copy and redistribute the material just in noncommercial usages, provided the original work is properly cited.

can be passed to the heir or not. The most important reason for inheriting these rights is the reason. This present study, which has been compiled with the aim of understanding the view of Imamiyah jurisprudence and Iranian law on inheritable financial rights, has been done in a descriptive-analytical method and data has been collected through a library filing method. Another issue is whether the transfer of some financial rights to the heirs is accepted, should all the heirs together exercise this right or can some of them exercise this right? Given the multiplicity of viewpoints, the financial right is apparently a single right and will be enforceable if all the heirs request it.

**Keywords**

Financial rights, inheritance, association or individual heirs, source of financial rights.



### مقاله پژوهشی

## حقوق مالی قابل ارث در فقه امامیه و حقوق ایران

عزیزالله فهیمی<sup>۲</sup>

محمد سلطانیه<sup>۱</sup>

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۲/۲۶

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۴/۱۲

### چکیده

اموال اشخاص بعد از وفات، به ورثه وی می‌رسد، اما حقوق مالی متوفی نیز به ارث می‌رسد یا خیر. برای پاسخ، باید منشأ حقوق مالی مشخص شود که یا قرارداد بین طرفین است، مثل حق شفعه، یا ایقاع است، مثل حق تحجیر، و یا قانون است، مثل حق تألیف. ضابطه تشخیص حقوق مالی از حقوق غیرمالی، قابل دادوستد بودن این حقوق و قابلیت تقویم (تبدیل به پول شدن) است. برخی از حقوق مثل حق شفعه، خیار و تألیف به اتفاق نظر، مثل اموال متوفی به ورثه منتقل می‌شود، اما درباره حقوقی مثل انتفاع و ارتفاق، بین فقها و حقوق‌دانان اختلاف است که به‌عنوان ماترک متوفی به ورثه می‌رسد یا خیر. مهم‌ترین دلیل به‌ارث رسیدن این حقوق بنای عقلا است. این پژوهش که با هدف فهم دیدگاه فقه امامیه و حقوق ایران درباره حقوق مالی قابل ارث تدوین شده، به‌صورت توصیفی-تحلیلی انجام شده و جمع‌آوری اطلاعات با روش فیش‌برداری کتابخانه‌ای است. مسئله دیگر آن است که در صورت پذیرش انتقال برخی از حقوق مالی به ورثه، آیا اعمال این حق باید توسط تمام وراثت یک‌جا شکل گیرد یا برخی از آنان می‌توانند این حق را اعمال کنند. با توجه به تعدد اقوال، ظاهراً حق مالی حق واحد است و چنانچه تمام وراثت اعمالش را بطلبند، قابل اعمال خواهد بود.

### کلیدواژه‌ها

حق مالی، ارث، اجتماع یا انفراد ورثه، منشأ حقوق مالی.

۱. استادیار گروه علوم اجتماعی دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد (نویسنده مسئول). m.soltanieh@razavi.ac.ir

۲. دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه قم، قم، ایران. aziz.fahimi@yahoo.com

\* سلطانیه، محمد؛ فهیمی، عزیزالله. (۱۴۰۱). حقوق مالی قابل ارث در فقه امامیه و حقوق ایران. فصلنامه علمی - پژوهشی فقه، ۲۹(۱۰۹)، صص ۱۷۱-۱۹۸.

Doi:10.22081/jf.2022.61304.2320.

## مقدمه

بر اساس قواعد، اموال هر کسی بعد از وفات او به ورثه‌اش می‌رسد. این اموال نیز بر اساس قواعد خاص خود بر اساس اولویت بین طبقات مختلف ورثه قابلیت تقسیم دارد. حال سؤال این است که فقط اموال متوفی باید تقسیم شود یا حقوق مالی به‌جای‌مانده از وی هم قابل تقسیم است. به عبارتی آیا این حقوق مالی مثل حق التالیف، حق خیار، حق شفعه نیز بعد از وفات مورث، به ورثه منتقل می‌شود یا خیر. اگر پاسخ این سؤال مثبت باشد، باید در گام بعدی، کیفیت بهره‌مندی ورثه و من جمله زوجة متوفی از این حقوق مالی مورد بررسی قرار گیرد. ضرورت پرداختن به این مسئله هم وجود منازعات بین مردم و اختلافات ناشی از توریث این حقوق است.

در خصوص این مسئله نیز تاکنون پژوهش منسجمی انجام نشده است و بحث مجزایی هم در خصوص کیفیت استیفا، انتقال و اسقاط این حقوق انجام نشده است. البته می‌توان به این مقالات اشاره کرد:

- قواعد و شرایط ارث حق در فقه امامیه و حقوق ایران با تکیه بر آرای امام خمینی. نویسندگان: درافشان و موسی‌آبادی، پژوهش‌نامه متین، سال بیستم، زمستان ۱۳۹۷، شماره ۸۱.

- بررسی فقهی و حقوقی ارث رد و اجازه در معاملات غیرنافذ. نویسندگان: ادریسی و حیدری، فصل‌نامه پژوهش حقوق خصوصی، دوره ۳، شماره ۸، پاییز ۱۳۹۳.

- بررسی فقهی و حقوقی ترکه پس از فوت متوفی. نویسندگان: سیدمهدی درافشان و سید هادی درافشان، مطالعات حقوقی معاصر، دوره ۴، شماره ۷، پاییز و زمستان ۱۳۹۲.

- وصیت و ارث نسبت به حقوق مادی اثر ادبی و هنری. نویسندگان: ناهید جوانمردی و وحید نظری، پژوهش حقوق خصوصی، سال پنجم، شماره ۱۶، پاییز ۱۳۹۵.

حوزه موضوعی همه این موارد، متفاوت از تحقیق پیش رو است و ما را مستغنی از پرداختن به این پژوهش نمی‌کند. نوآوری پژوهش پیش رو در پرداختن به حقوق مالی صرف است و این حقوق به‌صورت جزئی مورد اشاره قرار گرفته است. مسئله بعدی هم پرداختن به

آثار حقوق مالی قابل ارث است که در هیچ‌یک از موارد فوق بدان پرداخته نشده است.

## ۱. مفاهیم

برای بررسی حقوق قابل ارث، باید تعریف چند واژه را بررسی کرد، سپس اموری که منشأ تحقق حقوق مالی است را توضیح داد و سپس ضابطه تشخیص حقوق مالی و غیرمالی را بیان و انواع حقوق مالی را مورد بررسی قرار داد.

### ۱-۱. حق

در کتب لغت، حق را ضد باطل (الْحَقُّ خِلافُ الْباطِلِ) (جوهری، ۱۴۰۷ق، ج ۴، ص ۱۴۶۰) و راست کردن سخن، درست کردن وعده و تعیین نمودن چیزی (دهخدا، ۱۳۷۷، ج ۶، ص ۹۱۴۳) معنا نموده‌اند. از نظر اصطلاحی نیز حق به سلطنت معنا شده است و برخی آن را نوعی سلطنت دانسته‌اند که امور آن به دست کسی است که حق به نفع او باشد (خویی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۳۳۳). برخی نیز گفته‌اند که حق یعنی توانایی و سلطه فعلی که اختلاف ذاتی و جوهری با ملک ندارد (انصاری، ۱۴۱۱ق، ج ۱، ص ۲۸۰)، اما در فرق حق و ملک آورده‌اند که حق بر خلاف ملک سلطنتی است که قائم به دو طرف است و با فرض یک طرف قابل تصور نیست (اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۳۸)، اما مرحوم نائینی معتقد است که ملکیت از امور اضافی است و چون ملکیت استقلالی ندارد و تابع مضاف‌الیه خود است، بنابراین ملکیت مراتب ندارد؛ یعنی اگر مضاف‌الیه دچار شدت و ضعف نگردد، امر اضافی هم متصف به شدت و ضعف نمی‌شود؛ یعنی وجود مالک و مملوک دارای شدت و ضعف نیست (نائینی، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۴۱). مرحوم محقق یزدی هم حق را مرتبه ضعیفی از ملک دانسته و صاحب حق را مالک چیزی دانسته که اختیار آن چیز در دست او است؛ مثل مالکیت بر عین و منفعت (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۵۴).

### ۲-۱. مال

معنای لغوی مال، در زبان عرب از ماده «م و ل»، جمع آن اموال، و به معنای شتر

است؛ چون بیشترین دارایی اعراب شتر بوده است (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۱۱، ص ۶۳۵). برخی نیز مال را نزد بادیه به معنای چهارپا، دارایی، خواسته و آنچه که ارزش مبادله داشته باشد معنا نموده‌اند (معین، ۱۳۶۳، ج ۳، ص ۳۷۰۸).

در اصطلاح فقهی نیز مال به چیزی گفته می‌شود که ارزش مبادله اقتصادی داشته باشد (خویی، ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۳۰۲)؛ کما اینکه برخی مال را به معنای امری معنا نموده‌اند که دارای ارزش عقلایی، و برخاسته از غرض و اعتبار رغبت مردم به آن است (حکیم، بی‌تا، ج ۲، ص ۳۲۵). مرحوم امام خمینی نیز مال را چیزی دانسته که مورد تقاضا واقع شود و عقلاً میل و رغبت به آن داشته و در مقابل آن بهایی پردازند (موسوی خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۲۰). از مجموع تعاریف چنین به دست می‌آید که مال آن چیزی است که ارزش اقتصادی داشته و مورد رغبت عقلاً باشد. در اصطلاح حقوقی نیز مال را چیزی دانسته‌اند که دارای ارزش اقتصادی باشد (شهبیدی، ۱۳۸۶، ص ۲۸۴)؛ بنابراین ارزش دادوستد داشتن، شاخصه اصلی مال محسوب می‌شود.

### ۳-۱. حق مالی

حق مالی به عنوان اصطلاحی حقوقی، حقی است که برای صاحبش ایجاد نفعی نماید که بتوان آن را مانند حق دین به پول تقویم نمود (امامی، ۱۳۹۰، ج ۱، ص ۱۶۲). این حق اعم از حقوق عینی و حقوق دینی است. البته عین و دین در اصطلاح فقهی، متفاوت از حق عینی و دینی است؛ چون عین و دین در فقه موضوع رابطه حقوقی است، نه خود رابطه (نعمت‌اللهی، ۱۳۸۹، ص ۱۱۲). برخی از حقوق‌دان‌ها نیز حق مالی را امتیازی مالی دانسته‌اند که حقوق هر کشور به منظور تأمین نیازهای مادی اشخاص به آنها می‌دهد. هدف از ایجاد حق مالی، تنظیم روابطی است که به لحاظ استفاده از اشیاء بین اشخاص وجود دارد. این دسته از حقوق قابل مبادله و قابل تقویم به پول است؛ مانند حق مالکیت، حق انتفاع و حق مطالبه مبلغی پول با انجام دادن کاری معین (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۲۵۸). برخی نیز حق مالی را حقی دانسته‌اند که «متعلق آن مال باشد، خواه عین باشد یا دین، خواه منفعت باشد و خواه حق، مانند حق تحجیر» (جعفری نگرودی، ۱۳۷۷، ص ۲۲۶). در

مجموع وجود دو شاخصه در حق مالی ضروری است؛ ایجاد نفع برای صاحبش و قابل تقویم بودن به پول.

#### ۱-۴. ارث

ارث در لغت یعنی چیزی که از مال مرده به وارث می‌رسد که با الفاظی مثل ترکه، متروکات، بازمانده، میراث، وامانده، تراث و ماترک از آن یاد می‌شود (دهخدا، ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۱۶۵۵). وقتی گفته می‌شود فلانی وارث فلانی است، یعنی فلان شخص وقتی بمیرد، درائی او به آن شخص می‌رسد (عمید، ۱۳۶۳، ص ۹۹؛ معین، ۱۳۶۳، ج ۱، ص ۱۹۴)؛ کما اینکه آمده است: «یقال وَرِثْتُ فَلَانًا مَالًا، أَرِثُهُ وَرِثًا وَوَرِثًا، إِذَا مَاتَ مُورِثُكَ فَصَارَ مِيرَاثُهُ لَكَ» که همان مضمون مذکور را می‌رساند (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۲۰۰). در اصطلاح فقهی نیز ارث به معنای حقی است که به محض تحقق موت، از مرده حقیقی یا حکمی به زنده حقیقی یا حکمی منتقل می‌شود (نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص ۲۶۸؛ حسینی عاملی، بی‌تا، ج ۴، ص ۸). بنابراین ارث دارایی و حقوقی است که فرد با مرگ دیگری، یا آنچه در حکم مرگ است (مثل ارتداد) مستحق آن می‌گردد.

#### ۱-۵. حق غیرمالی

این حق در مقابل حقوق مالی است که هدف آن رفع نیازهای عاطفی و اخلاقی انسان است. موضوع این حق، روابط غیرمالی اشخاص است و ارزش دادوستد ندارد، مانند حق زوجیت، ولایت و حضانت. البته بر بیشتر این حقوق آثار مالی بار می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۲۵۸).

#### ۱-۶. ضابطه تشخیص حقوق مالی

فرق حقوق مالی و غیرمالی آن است که حقوق غیرمالی مربوط به روابط غیرمالی افراد جامعه است و ارزش دادوستد ندارد؛ به طوری که مستقیم قابل ارزیابی نیست. برخی از این حقوق قابل زوال است، مثل حق زوجیت که با فسخ نکاح و طلاق منحل می‌شود

و برخی از این حقوق هم ابدی و غیرقابل زوال است، مثل ابوت، و برخی هم قابل اسقاط است، مثل حق خیار (امامی، ۱۳۹۰، ج ۴، ص ۴).

حق مالی به حق عینی و دینی تقسیم می‌گردد؛ حق عینی حق شخص بر عین خارجی است که کامل‌ترین آن حق مالکیت است، چه بر عین یا منفعت. حق دینی، حتی است مالی که شخص بر دیگری دارد و می‌تواند ایفای آن را از او بخواهد و مدیون نیز مکلف به ادای آن است (امامی، ۱۳۹۰، ج ۵، ص ۴؛ امامی، ۱۳۹۰، ج ۱، ص ۱۲۶).

## ۲. انواع حقوق مالی قابل ارث

در این قسمت انواع حقوق مالی قابل ارث در ضمن حقوق ناشی از قرارداد و حقوق ناشی از ایقاع و حقوق ناشی از قانون مورد بررسی قرار می‌گیرد.

### ۲-۱. حقوق ناشی از قرارداد

این حقوق که ناشی از عقد و قرارداد است، از حقوق قابل ارث شمرده می‌شود که علاوه بر مالی بودن، قائم به شخص و اراده مورث نیز نیست، مثل حق شفعه. این گروه از حقوق را ذیلاً بررسی می‌نماییم.

#### ۲-۱-۱. حق خیار

خیار را «اختیار فسخ عقد و انجام عقد و اختیار اقرار عقد و عدم اختیار آن» دانسته‌اند (خویی، ۱۳۷۷، ج ۶، ص ۱۵). این حق را در فقه و حقوق مورد بررسی قرار می‌دهیم.

#### ۲-۱-۱-۲. ارث خیار از نگاه فقه

از دیدگاه فقهی، به ارث رسیدن خیار اجماعی است که برخی از آن با «بلاخلاف» (انصاری، ۱۴۱۱ق، ج ۶، ص ۱۰۹) و برخی با عبارت «عندنا» که حاکی از مقبولیت آن نزد اصحاب امامیه است، یاد نموده‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص ۱۴۲). برخی نیز فرقی بین به ارث رسیدن مال و خیار قائل نشده‌اند (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۱۷، ص ۲۲۸) و برخی نیز آن را



اختلافی دانسته‌اند و غیرمضر به حال اجماع مذکور (امامی خوانساری، بی‌تا، ص ۵۰۸). برخی نیز صریحاً لفظ اجماع را به کار برده‌اند، مگر مانعی از ارث‌بودن مثل قاتل‌بودن وارث در کار باشد (اراکي، ۱۴۱۴ق، ص ۵۴۰). امام خمینی علیه السلام نیز در به‌ارث‌رسیدن حق خیار تردیدی روا نداشته‌اند (موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۱، ص ۵۳۱). در بین اهل سنت نیز به‌ارث‌رسیدن خیار اجماعی است، به‌جز شافعی که چون موت را به‌نوعی فراق از مجلس عقد می‌داند، وراثت خیار را نپذیرفته است (خویی، ۱۳۷۷، ج ۷، ص ۴۰۹).

### ۲-۱-۱-۲. ارث خیار در نگاه حقوق

طبق ماده ۴۴۵ ق.م، کلیه خیارات به‌جز دو مورد ذیل قابل‌وراثت است:  
اول: طبق ماده ۴۴۶ ق.م، موردی که خیار شرط به‌قید مباشرت اختصاص به شخص مشروط‌له داده شده باشد.

دوم: طبق ماده ۴۴۷ ق.م، موردی که خیار برای شخصی غیر از متعاملان اختصاصی داده شده باشد.

### ۲-۱-۳. ادله اثبات ارث خیار

از ادله اربعه برای اثبات ارث خیار استفاده شده است که اختصاراً به آن اشاره می‌کنیم.

#### اول: کتاب

از اطلاق دو آیه ذیل، به‌ارث‌رسیدن خیار را می‌توان استفاده کرد:  
الف. «لِلرَّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ» (نساء، ۷)؛ از کلمه «مِمَّا» استفاده شده که چون از موصولات است، شامل مال و حقوق هر دو می‌شود. بنابراین همان‌طور که مال به وارث می‌رسد، حقوق نیز به ارث می‌رسد (موسوی خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص ۳۷۹).

ب. «أُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ» (انفال، ۷۵)؛ برخی از «أُولُوا الْأَرْحَامِ» بر دیگری مقدم هستند. امام خمینی در استدلال به آیه فرموده‌اند که اطلاق این آیه بیانگر آن

است که آنچه از میت به ورثه می‌رسد، اعم از مال و حقوق است (موسوی خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص ۳۷۹). مرحوم شیخ انصاری نیز دو قید برای به‌ارث‌رسیدن خیار ذکر کرده‌اند که عبارتند از اینکه اولاً خیار حق باشد، ثانیاً قابل انتقال باشد (انصاری، ۱۴۱۱ق، ج ۶، ص ۱۱۰). مرحوم سید مصطفی خمینی نیز از طریق اطلاق این آیه به‌ارث‌رسیدن مال و حق را قابل اثبات می‌داند (موسوی خمینی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۲۷۳).

### دوم: سنت

سه روایت مورد استناد فقها قرار گرفته است:

الف. «مَنْ مَاتَ وَتَرَكَ مَالًا فَلِوَرَثَتِهِ» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۱۶۸)؛ یعنی آنچه که از میت به‌جا می‌ماند برای وارث او است که به‌صورت عام شامل مال و حق است.  
 ب. روایت دوم از طریق اهل سنت است که می‌گوید: «مَنْ تَرَكَ مَالًا فَلِوَرَثَتِهِ» (ابن حنبل، ۱۴۱۶ق، ج ۲۸، ص ۴۳۲)؛ یعنی آنچه میت اعم از حق یا مال به‌جای می‌گذارد، از آن وراثت خواهد بود.

ج. در روایت سوم، به‌حق تصریح شده است که در ذیل ادله مرحوم صاحب جواهر برای اثبات به‌ارث‌رسیدن خیار شرط بیان کرده‌اند که فرموده‌اند: «إِذَا مَاتَ مِنْ لَهِ الْخِيَارِ انْتَقَلَ إِلَى الْوَارِثِ مِنْ أَيِّ أَنْوَاعِ الْخِيَارِ كَانَ... لِلنَّبِيِّ الْمُنْجِبِ بِالْعَمَلِ "مَا تَرَكَ الْمَيْتَ مِنْ حَقِّ فَهُوَ لَوَارِثِهِ"» (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۳، ص ۷۴؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۴، ص ۲۶۴).  
 از اطلاق روایت اول و دوم استفاده می‌شود که علاوه بر مال، حق نیز به‌ارث می‌رسد. اما درباره روایت سوم، به‌صورت خاص، از به‌ارث‌بردن حق نیز سخن گفته شده است. اما اشکال عمده روایت سوم آن است که در مجامع روایی وجود ندارد؛ ولو که بنا بر اذعان حر عاملی، صاحب جواهر معتقد است که مضمون این روایت در روایات شیعه وجود دارد (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۳، ص ۷۵). از همین رو ممکن است شهرت روایی را دال بر حجیت این خبر بدانیم. البته با وجود آیاتی که از کتاب نقل کردیم، نیازی به چنین تمسکی به شهرت وجود ندارد.

### سوم: اجماع

برخی از فقها ادعای اجماع کرده‌اند که حق خیار به‌ارث می‌رسد (سبزواری، ۱۴۱۳ق،

ج ۱۷، ص ۲۳۸. شیخ انصاری با عدم الخلاف در عبارت «الخيار مورث بانواعه بلاخلاف بين الاصحاب» (انصاری، ۱۴۱۱ق، ج ۶، ص ۱۰۹) این دلیل را تبیین کرده است. علامه حلی با تعبیر «عندنا»، ادعای اجماع کرده است که «ان الخيار عندنا مورث لانه من الحقوق كالشفعة والقصاص فی جميع انواعه» (حلی، ۱۳۸۸، ج ۱، ص ۳۵۶). سید یزدی ارث برخی خيارات را فی الجمله قبول کرده است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص ۱۴۲). امام خمینی هم دلیل به ارث رسیدن خيار را بعد از تسالم اصحاب و عدم نقل خلاف، اجماع دانسته و گفته‌اند که در تذکره و غنیه، ادعای اجماع آمده است (موسوی خمینی، ۱۳۷۹، ج ۵، ص ۳۷۵). مرحوم سید مصطفی خمینی نیز علت به ارث رسیدن خيار را شهرت محققه دانسته است (موسوی خمینی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۲۶۹). اما حق آن است که با وجود روایت، این اجماع مدرکی است و چندان حجیتی ندارد و به‌عنوان مؤید می‌توان از آن بهره برد.

#### چهارم: بنای عقلا

برخی بنای عقلا را حاکی از حجیت وراثت در حقوق می‌دانند که مخالفی از طرف شرع هم با آن صورت نگرفته است و چنین بنایی را می‌توان حجت دانست. مقصود از بنای عقلا آن است که عقلا در مواجهه با اتفاق‌های خاص، روش مشخصی در پیش می‌گیرند و صرف نظر از دین و مذهب، در این مواقع یکسان عمل می‌کنند؛ مانند عمل عمومی عقلا به ظواهر کلام و محدود شدن به نصوص یقینی (حکیم، ۱۳۹۴، ج ۱، ص ۱۹۱)، لکن در اینکه بنای عقلا درباره مشکوک هم اجرا می‌شود یا فقط در برخی خيارات خاص اجرا می‌شود، محل کلام است. این مسئله نیاز به اثبات ملازمه دارد که بنای عقلا بتواند بعد از حجیت، موارد مشکوک را هم در بر گیرد که چنین ملازمه‌ای ثابت نشده است (موسوی خمینی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۲۷۳).

#### ۲-۱-۲. حق شفعه

حق شفعه که در اموال غیرمنقول اجرا می‌شود، عبارت از آن است که مال غیرمنقولی بین دو نفر مشترک باشد و یکی از آنها سهم خود را به دیگری بفروشد که در این صورت شریک دوم حق دارد با مداخله در معامله مذکور، با دادن مبلغ به خریدار

جدید، سهم شریک را از آن خود نماید. حال موضوع بحث اینجا است که اگر شریک دوم قبل از اعمال حق شفعه بمیرد، آیا این حق به ورثه او منتقل می‌گردد یا خیر.

مرحوم ابن ادریس حلی، حق شفعه را حق مالی دانسته که قابل وراثت است (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۳۸۷). برخی نیز در وراثت حق شفعه تردیدی ندارند، ولی بیان آنها آن است که گفته‌اند حق شفعه «کالمال یحتمل ان یکون...» که احتمال دارد چگونگی به‌ارث رسیدن - و نه حق مالی بودن - آن محل بحث باشد (عاملی کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۶، ص ۴۷۷). در بین حقوق دانان نیز برخی این حق را قابل وراثت می‌دانند (امامی، ۱۳۹۰، ج ۳، ص ۳۷)، اما با اینکه ابن ادریس به‌ارث رسیدن حق شفعه را قول اظهر بین فقها بیان نموده که دلیل آن هم عموم آیات است (حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۳۹۱)، مرحوم خوانساری هم وراثت در حق شفعه را به مشهور نسبت می‌دهند (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۶، ص ۳۳۱). البته اگرچه ذکر از مخالفان نشده، ولی از قول اظهر در بیان ابن ادریس حلی می‌توان این مخالفت را فهمید. برخی از فقها نیز درباره شیوه به‌ارث بردن حق شفعه به برخی اختلافات اشاره نموده‌اند (خویی، ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۷۸). در حقوق ایران نیز ماده ۸۲۳ ق.م بیان می‌دارد: «حق شفعه بعد از موت شفیع به وارث یا وراث او منتقل می‌شود». مرحوم امامی نیز دلیل این ماده را انتقال عموم اموال و حقوق متوفی به ورثه می‌داند (امامی، ۱۳۹۰، ج ۳، ص ۳۸).

ممکن است گفته شود وقتی سهم ورثه از اموال میت به ورثه منتقل می‌شود، آنان حق شفعه پیدا می‌کنند، نه اینکه حق شفعه میت به آنان ارث رسیده باشد. این ادعا صحیح نیست؛ چون اگر ورثه مستقلاً دارای این حق گردند، این حق اصلاً از بین می‌رود. حق شفعه چون فقط برای اموال میت است، واحد تلقی می‌شود و منتقل می‌گردد.

## ۲-۱-۲-۱. ادله موافقان وراثت حق شفعه

موافقان به‌ارث رسیدن حق شفعه ادله‌ای اقامه نموده‌اند؛ از جمله آیات ارث، مثل آیه «لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ» (نساء، ۷)؛ برای مردان از آنچه از پدر و مادر و خویشاوندان از خود بر جای می‌گذارند حقی است.

طریق استدلال به آیه آن است که از کلمه (مما ترك) می توان فهمید که «ما»ی موصول شامل کلیه اموال و حقوق است. آیه کریمه «لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ» (نساء، ۱۱۰) نیز به همین شیوه استدلال به عنوان دلیلی دیگر نقل شده است.

برخی نیز به قاعده لاضرر استدلال کرده اند؛ وجه استدلال این است که تأسیس حق شفعه برای دفع ضرر از متوفی بوده و همین مصلحت باید در وراثت متوفی نیز اعمال گردد (عاملی کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۶، ص ۴۴۷). در اثبات این قاعده نیز به روایت نبوی در خصوص شراکت زمین بین شرکا از طریق قاعده لاضرر استناد شده است که حضرت فرمودند: «قَضَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ بِالشُّفْعَةِ بَيْنَ الشُّرَكَاءِ فِي الْأَرْضَيْنِ وَالْمَسَاكِينِ وَقَالَ لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ وَقَالَ إِذَا رُقَّتِ الْأَرْفُ وَحُدَّتِ الْحُدُودُ فَلَا شُفْعَةَ» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۲۸۰). مرحوم خوانساری وجود حق شفعه برای ورثه را به خاطر دفع ضرر می داند: «ثبت لدفع الضرر» (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۶، ص ۳۳۱). مرحوم حلی هم با توجه به عبارت «ثابت لدفع الضرر عن المال فيورث» همین نظر را دارند (حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۵، ص ۳۴۸).

همچنین روایت «الشُّفْعَةُ جَائِزَةٌ فِي كُلِّ شَيْءٍ لِأَنَّ الشُّفْعَةَ تَثْبُتُ لِأَجْلِ الضَّرَرِ بِالْمُشَارَكَةِ» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۲۸۱؛ حلی، ۱۳۸۸، ج ۱، ص ۵۵۸) مورد استناد قرار گرفته است و نمایان گر وجود این حق به خاطر وقوع ضرر است. دلیل دیگر آنان همانندی حق شفعه به سایر حقوق است و در این باره برخی از فقها گفته اند همان طور که حق خیار به ارث می رسد، حق شفعه هم به ارث می رسد (جعی عاملی، ۱۴۱۰ق، ج ۴، ص ۴۱۲؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۶، ص ۴۴۸).

## ۲-۱-۲. ادله مخالفان وراثت حق شفعه

در بین فقها افرادی نیز حق شفعه را قابل وراثت نمی دانند. شیخ طوسی می گوید: «المنصوص لأصحابنا ان الشفعه لا تورث»؛ یعنی بین اصحاب امامیه تصریح بر عدم وراثت حق شفعه شده است (طوسی، ۱۴۰۷ق الف، ج ۶، ص ۳۳۲). مرحوم ابن حمزه نیز در الوسیله همین

سخن را گفته است (ابن حمزه، ۱۴۰۸ق، ج ۱، ص ۴۵۹). مرحوم شیخ طوسی دلیل مخالفت با وراثت حق شفعه را برخی روایات از جمله روایت طلحة بن زید از امام علی علیه السلام می‌داند که فرموده‌اند: «الشُّفْعَةُ لَا تَكُونُ إِلَّا لِشَرِيكٍ» (طوسی، ۱۴۰۷ق الف، ج ۷، ص ۱۶۷). دلالت این روایت شاید دچار اشکال نباشد، ولی سند روایت به خاطر وجود طلحه دچار اشکال است؛ چون امثال علامه حلی، طلحة بن زید را به خاطر عقیده (بتری) ضعیف می‌دانند. وی وابسته به قومی است که فقط تا خلیفه سوم را به حق می‌دانند و از این رو فاسدالعقیده و غیر معتبر تلقی شده است (حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۵، ص ۳۴۹). فقهای دیگر هم مثل (عاملی کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۶، ص ۴۴۷) و (عاملی، ۱۴۱۷ق، ج ۳، ص ۳۷۴) طلحة بن زید را ضعیف شمرده‌اند.

برخی نیز ملکیت مجدد ورثه در حق شفعه را از جمله اشکالات وارد بر پذیرش توریث حق شفعه دانسته‌اند؛ یعنی با فوت، حق شفعه متوفی نیز از بین می‌رود و قائل شدن به ذی‌حق بودن ورثه، یعنی ایجاد مالکیت مجدد برای متوفی. از جمله این قائلان، مرحوم شیخ طوسی است (طوسی، ۱۴۰۷ق ب، ج ۳، ص ۴۳۶). مرحوم خوانساری درباره این دلیل شیخ طوسی می‌گوید که با ازدنیارفتن مالک، وارث حق او را به ارث می‌برد و تجدد ملک منافاتی با گرفتن حق ورثه ندارد (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۶، ص ۳۳۲). مرحوم کرکی نیز همین استدلال را آورده‌اند (عاملی کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۶، ص ۴۴۷). اما درباره تعدد شرکا، گرچه بزرگانی مثل سید مرتضی می‌گویند که حق شفعه تا زمانی است که شراکت بین دو نفر باشد (شریف مرتضی، ۱۴۱۵ق، ص ۴۵۱)، ولی محقق حلی در پاسخ ایشان می‌فرماید: «آنچه در خصوص ورثه مطرح است، تعداد نصیب آنان است نه تعداد افراد؛ چون هر کدام از ورثه به تنهایی صاحب حق شفعه نیست و مجموع آنان یک حق دارند و اعتباری هم در شراکت نیست» (حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۵، ص ۳۵۴).

مرحوم شیخ طوسی دلیل دیگری که می‌آورد آن است که حق شفعه اگر بخواهد به ارث برسد محتاج نص است و دلیل بر آن نداریم (طوسی، ۱۴۰۷ق ب، ج ۳، ص ۴۳۶). در پاسخ شیخ طوسی نیز باید گفت ادله‌ای که قائلان به وراثت حق شفعه بر شمرده‌اند، خود دلیل کافی بر وراثت این حق است و در مجموع نظر قائلان به وراثت حق شفعه منطقی تر به نظر می‌رسد.

## ۲-۱-۳. حق راهن و مرتهن در برابر مرهونه

این حق زمانی است که کسی مال معینی را نزد مرتهن به رهن بسپارد و پول بگیرد و قبل از ادای دین فوت کند. مرتهن درباره عین، حق مالی دارد و نیز ورثه راهن درباره عین، حق مالی دارند که با پرداخت بدهی مرتهن آن را آزاد می‌نمایند. قول به حق مالی بودن و قابل وراثت بودن آن در مرهونه در فقه و حقوق، قول قابل قبول است.

امام خمینی علیه السلام عقد رهن را با موت راهن یا مرتهن باطل نمی‌داند؛ بلکه می‌گوید این حق به ورثه راهن یا مرتهن منتقل می‌گردد (موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۲، ص ۹). نظر مرحوم آقای خویی نیز همین است (خویی، ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۱۷۶). مرحوم صاحب جواهر نیز در این مورد ادعای اجماع می‌نماید (نجفی، ۱۴۲۲ق، ج ۲۵، ص ۲۵۸). برخی نیز ضمن پذیرش این حق که به وراثت می‌رسد، از کیفیت آن سخن گفته‌اند (جعی عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۷۲). در بین حقوق دانان نیز با استناد به ماده ۷۸۸ ق.م که می‌گوید «به موت راهن یا مرتهن، رهن منفسخ نمی‌شود»، یا ماده ۷۸۹ که «رهن در ید مرتهن امانت محسوب می‌شود و پس از فوت او مالک می‌تواند آن را نزد دیگری به امانت می‌گذارد»، این حق به ارث می‌رسد. ماده ۷۸۹ ضمن تأکید بر انتقال این حق به ورثه، این حق را به راهن می‌دهد که مال با توافق او نزد ثالث قرار گیرد تا دین ادا شود. مرحوم امامی نیز وجود این حق را به خاطر آن می‌داند که مرتهن حق استفاده شخصی از مرهونه را ندارد؛ بر خلاف عین مستأجره که چنین حقی وجود دارد (امامی، ۱۳۸۶، ج ۲، ص ۳۵۹).

## ۲-۱-۳. حق انتفاع

مراد از حق انتفاع، حقی است که به موجب آن شخص می‌تواند از مالی که ملک دیگری است یا مالک خاصی ندارد استفاده کند. این حق پنج قسم دارد که عبارتند از «عمری، سکنی، رقبی، وقف و حبس مطلق». حق انتفاع حقی مالی است. نکته محل بحث این است که آیا همه انواع آن به ارث می‌رسد یا خیر. برخی قائلند که فقط حق سکنی قابل ارث است (عاملی کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۹، ص ۱۴۲). امام خمینی علیه السلام نیز همین مطلب را تأیید نموده‌اند (موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۳، ص ۱۵۷). نظر حقوق دانان نیز آن است که حق انتفاع

حقی مالی است و می‌توان آن را به دیگری واگذار نمود؛ مگر آنکه هنگام واگذاری حق انتفاع، مباشرت در آن شرط شده باشد، مثل حقی که به نظر همه فقها برای شخص مباشر در نظر گرفته می‌شود (صفایی، ۱۳۹۸، ج ۱، ص ۲۴۹)، ولی در حال طبیعی واگذاری حق انتفاع به غیر بلامانع است (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۲۱۸).

#### ۲-۱-۴. حق ارتفاق

این حق عبارت است از «حقی برای شخصی در ملک دیگری». از آنجا که در انتقال حق ارتفاق به ورثه، سخن فراوان گفته شده است، می‌توان استفاده کرد که این حق مالی قابل وراثت به غیر است. این حق حقی دائمی است (موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۱، ص ۱۵۸) که قابل انتقال بودن آن مورد تأکید واقع شده است (امامی، ۱۳۹۰، ج ۱، ص ۱۱۰؛ صفایی، ۱۳۹۸، ج ۱، ص ۲۶۳).

#### ۲-۱-۵. حق تحجیر

منشأ این حق، ایقاع است؛ یعنی کسی با چیدن سنگ و غیره اراده خود را درباره احیای زمین، چاه و... ابراز نماید. اکثر فقها تحجیر را حق مالی می‌دانند (همدانی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۱، ص ۲۷؛ خوبی، ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۴۲). برخی از فقها می‌گویند چون حق تحجیر فقط اولویت می‌آورد نه ملکیت؛ بنابراین قابل فروش به غیر نیست ولی به ارث می‌رسد، ثمن معامله نیز واقع می‌شود و همچنین قابل نقل به صلح و... است؛ چون حق مالی است (موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۲، ص ۲۰۵). در بین حقوق‌دانان نیز این حق را حق قابل صلح و قابل وراثت به ورثه دانسته‌اند (امامی، ۱۳۹۰، ج ۱، ص ۱۴۵).

#### ۲-۲. حقوقی ناشی از قانون

در این قسمت از حقوقی سخن خواهیم گفت که منشأ آن نه قرارداد است و نه ایقاع؛ بلکه منشأ آن حکم قانون‌گذار است. این حقوق را می‌توان در حقوق مالکیت فکری و معنوی خلاصه کرد که عبارتند از حق تألیف، تصنیف، شعر، معماری، و



اختراع. در ماده ۴ قانون حمایت از حقوق مؤلفان و محققان و هنرمندان آمده است: «حقوق معنوی پدیدآورنده، محدود به زمان و مکان نیست و غیرقابل انتقال است.» حقوق معنوی در این ماده غیرقابل انتقال تلقی گردیده است، اما غیرقابل انتقال بودن آن منافاتی با به‌ارث‌رسیدن آنها ندارد. حمایت از شخصیت پدیدآورنده ربطی به زمان حیات او ندارد، بلکه حتی اقتضا دارد که بعد از مرگ پدیدآورنده نیز از آن حمایت شود. ثانیاً لطمه به شخصیت پدیدآورنده بعد از فوت لطمه به شخصیت بازماندگان است. ثالثاً این ماده، حمایت را محدود به زمان ندانسته که اقتضای آن حمایت از حقوق پدیدآورنده بعد از مرگ توسط بازماندگان است. رابعاً دادن عنوان شاکی خصوصی طی ماده ۲۶ قانون مذکور<sup>۱</sup> به وزارت ارشاد، نشان‌گر آن است که وزارت ارشاد از حقوق کسانی حمایت نماید که حق مادی در این اثر معنوی دارند و وزارت ارشاد به‌عنوان قائم‌مقام پدیدآورنده برای حفاظت از حقوق معنوی او اقدام خواهد نمود.

برخی از حقوق‌دانان نیز با اجرای اصل عملی خواسته‌اند بگویند که با تحقق حق معنوی برای مؤلف، اگر دلیل خاصی بر انتقال موجود باشد، حکم به انتقال می‌دهیم و الا اصل بر عدم انتقال حق معنوی است (گرجی، ۱۳۸۷، ص ۳۳). برخی نیز حق معنوی را قابل انتقال از طریق قرارداد بین زندگان طبق ماده ۴ قانون مذکور می‌دانند که بعد از فوت متوفی نیز از طریق ارث و وصیت، به ورثه منتقل می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۷، ج ۶، ص ۲).

از آنجا که ادله صریحی برای به‌ارث‌رسیدن حقوق مالکیت فکری و معنوی نداریم، باید از طریق ملاک احکام مشابه، حکم این موارد را به دست بیاوریم. حق سرقفلی، حق کسب و پیشه و علائم تجاری، از جمله حقوق مشابه است که در صورت وجود ملاکات مشترک می‌توان به‌ارث‌رسیدن حقوق معنوی را حکم کرد. مراد از حق سرقفلی حقی است که به‌موجب آن مستأجر متصرف در محل کسب خود، بر دیگران

۱. ماده ۲۶ - نسبت به متخلفان از مواد ۱۷ - ۱۸ - ۱۹ - ۲۰ این قانون در مواردی که به سبب سپری شدن مدت حق پدیدآورنده استفاده از اثر با رعایت مقررات این قانون برای همگان آزاد است. وزارت فرهنگ و هنر عنوان شاکی خصوصی را خواهد داشت.

مقدم شمرده می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۶۲). حق کسب و پیشه نیز حقی است برای مستأجران بازرگان و پیشه‌ور و مطلق کسانی که از طریق اجاره مکانی، کسب معاش کنند، ولو آنکه بازرگان نباشند (قانون مالک و مستأجر، مصوب ۱۳۳۹). ماده ۴۹۷ ق.م می‌گوید «اگر موجر فقط برای مدت عمر خود، مالک منافع عین مستأجره بوده است، اجاره به فوت موجر باطل می‌شود و اگر شرط مباشرت مستأجر شده باشد، به فوت مستأجر باطل می‌گردد.» ماده فوق در موارد کسب و پیشه در سال ۱۳۵۶، طی قانون موجر و مستأجر تخصیص خورده و آمده است که اگر رابطه موجود بین موجر و مستأجر محل کسب استیجاری باشد، با فوت هیچ‌یک از آنها منتهی نمی‌شود و کلیه حقوق ایشان به وراثت منتقل می‌گردد (کشاورز، ۱۳۸۷، ص ۱۱). در همین راستا مؤید مطلب فوق، ارث بردن زوجه از حق کسب و پیشه‌ای است که قبل از فوت شوهرش به شوهر تعلق می‌گرفته، با اینکه زوجه از اموال غیر منقول زوج ارث نمی‌برد (نوبخت، ۱۳۶۶، ص ۵۴). البته در این مورد نظر مخالف هم وجود دارد.

در خصوص به‌ارث‌رسیدن علائم تجاری باید گفت که تبصره ۲ ماده ۱۳۹ آئین‌نامه اجرای قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری بیان می‌کند که انتقال قهری علامت، با رعایت مقررات این ماده توسط ورثه و با ارائه رونوشت مصدق گواهی انحصار ورثه وراثت با تعیین سهم الارث به ملکیت می‌رسد. ماده ۳ قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان اشعار می‌دارد که حقوق معنوی، غیر قابل انتقال است، اما به نظر گروهی از حقوق دانان، مقصود از غیر قابل انتقال بودن این حقوق، انتقال به موجب قرارداد بین زندگان است، نه غیر قابل انتقال بودن از طریق ارث و وصیت (صفایی، ۱۳۸۳، ص ۸۷).

### ۳. آثار حقوق مالی قابل ارث

#### ۳-۱. احکام و آثار حقوق مالی قابل ارث

سؤالی که طرح می‌شود آن است که اگر میت دارای دین مستقر است، آیا ورثه خیار را به ارث می‌برند یا خیر. شاید به ذهن بیاید که چون اصل مال متعلق به دیگران است، خیار مربوط به آن نیز به ورثه نمی‌رسد، اما نظر شیخ انصاری آن است که با وجود دین

مستغرق متوفی، ورثه حق فسخ معامله متوفی را دارند که در نتیجه مال به اموال متوفی برمی گردد و بین طلب کاران تقسیم می گردد (انصاری، ۱۴۱۱ق، ج ۳، ص ۶۵). سؤال دیگر درباره ارث بردن زوجه از زمین متعلق به زوج است که قبل فوت آن را فروخته است. حال با اینکه زوجه از زمین ارث نمی برد، آیا از خیار مربوط به آن ارث می برد؟ نظر فقها این است که زوجه در این قسمت ارث می برد و ربطی به اصل زمین ندارد (انصاری، ۱۴۱۱ق، ج ۳، ص ۶۱).

سؤال دیگر درباره حق شفعه ای است که به چند نفر ارث رسیده است که اگر فقط یک وارث اعمال شفعه نماید تکلیف چیست. در این مورد گفته اند که این فرد باید تمام مبلغ را به خریدار پردازد و تبعیض در قیمت ممکن نیست (جعی عاملی، ۱۴۱۰ق، ج ۴، ص ۴۱۲). در حقوق نیز همین مطلب جاری شده است (امامی، ۱۳۹۰، ج ۳، ص ۴۰). در عقد رهن نیز با فوت مرتهن حق نسبت به عین، به وراثت منتقل می شود و اگر راهن، وراثت را امین نداند، باید کسی را به عنوان امین انتخاب نماید و الا مال باید نزد حاکم بماند تا امین پیدا شود (جعی عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۷۲).

### ۳-۱-۱. در حق خیار

در خصوص آثار حق خیار که از حقوق قابل ارث است، این سؤال مطرح است که اگر ورثه متعدد بودند و حق خیار را به ارث بردند، آیا مجموعاً باید اعمال خیار نمایند یا هر یک به تنهایی حق اعمال خیار را دارد. در این مورد چهار قول وجود دارد:

- قول اول (قول مختار): تمام ورثه فقط یک خیار دارند که باید آن را با هم استفاده نمایند و تک تک آنها حق اعمال خیار ندارند (جعی عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۷۲).
- قول دوم: هر یک از ورثه به تنهایی می توانند تمام خیار را اعمال نمایند. این قول منتسب به علامه حلی است (انصاری، ۱۴۱۱ق، ج ۳، ص ۶۵).
- قول سوم: هر کدام از وراثت فقط در حد سهم خود حق اعمال خیار دارد که به همان نسبت معامله فسخ یا ابرام می شود (انصاری، ۱۴۱۱ق، ج ۳، ص ۶۵).
- قول چهارم: این حق به طبیعت وراثت تعلق می گیرد و هر یک از ورثه انفراداً حق

اعمال خیار دارد؛ چون مصداق طبیعت، ورثه است. البته اگر یکی از ورثه عقد را اجازه داد، بقیه هم باید متابعت نمایند و اگر فسخ کرد همه باید تبعیت نمایند (انصاری، ۱۴۱۱ق، ج ۳، ص ۶۵). شیخ انصاری معتقد است که علاوه بر اینکه دلیلی بر این قول نداریم، این قول مخالف ادله ارث نیز است؛ زیرا مفاد ادله ارث می گوید که فقط یک خیار به همه ورثه به ارث رسیده است. نتیجه اینکه فقط یک حق وجود دارد که تمام ورثه می توانند آن را رد یا قبول نمایند.

### ۳-۱-۲. در حق شفعه

اعمال خیار باید از طرف تمام ورثه باشد و انفراداً ممکن نیست. در ماده ۸۲۴ قانون مدنی نیز آمده است: «هرگاه یک یا چند نفر از وراث حق خود را استفاده کنند، باقی وراث نمی توانند آن را فقط نسبت به سهم خود اجرا نمایند. به عبارتی یا باید از آن صرف نظر نمایند یا نسبت به کل اجرا نمایند.»

### ۳-۱-۳. در حق کسب و پیشه

زمانی که شخصی چند سال در محلی کاسبی نموده است و از دنیا می رود، اموال او به ورثه منتقل می شود؛ حق مالی او درباره کسب و پیشه نیز به تمامی ورثه منتقل می شود. اگر برخی از ورثه بخواهند از این حق استفاده کنند، باید وکالت از جانب بقیه وراث داشته باشند و یا تمام وراث به یک نفر نمایندگی دهند که با استفاده از این محل، کسب را اداره نماید. اما اگر ورثه به توافق نرسند، آیا برخی از ورثه می توانند حق مالی خود را درباره مغازه مذکور که حق بر منافع است، افراز نموده و به شخص ثالث منتقل نمایند؟

نظر مخالف آن است که افراز منافع منوط به افراز عین است که مغایر ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستأجر است؛ لذا متقاضی انتقال باید حق انتقال کامل داشته باشد یا از دادگاه جواز انتقال سهم خود از منافع را بخواهد (نویخت، ۱۳۶۶، ص ۵۴). البته نظر اقلیت کمیسیون قضایی این است که چنانچه مدت اجاره باقی مانده باشد، متقاضی حق

واگذاری سهم خود از عین مستاجر به غیر را دارد و اگر مدت اجاره سپری شده باشد، چنین حقی ندارد. نظر گروه دیگری از اعضای این کمیسیون این است که دادگاه با حکم به فروش حق کسب و پیشه، سهم متقاضی را خواهد داد. راهکار عملی و قابل قبول این نظر این است که طبق ماده ۳۱۷ قانون امور حسبی، وراثت متقاضی الزام سایر ورثه به فروش را از دادگاه بخواهد و همزمان دعوی دیگری علیه ماجر تقدیم نماید که او را به انتقال حق مستاجر غیر الزام نماید که طبق ماده ۱۰۳ آ.د.م رسیدگی توأمان صورت خواهد گرفت. طبق نظریه ۳۳۰/۷ مورخ ۱۲/۱۲/۱۳۷۷ اداره کل حقوقی قوه قضاییه، حق کسب و پیشه جزو حقوق مالی، و جزو اموال منقول و قابل ارث است و زوجه متوفی نیز از آن ارث می‌برد.

انتقال این حق از طریق وصیت نیز قابل بررسی است. طبق نظریه شماره ۶۴۰۵/۷ مورخ ۱۲/۱۲/۱۳۷۷ اداره کل حقوقی قوه قضاییه، چنانچه شخصی در زمان حیات خود، حق کسب و پیشه خود را به فرزندش منتقل نمایند، این مورد از موارد انتقال به غیر تلقی می‌گردد. اما اگر از طریق وصیت تملیکی منتقل شود، چون بعد از فوت موصی، مال خودبه‌خود به ورثه او منتقل می‌گردد و این انتقال قهری است، انتقال به غیر تلقی نمی‌گردد و نمی‌توان مواد ۱۴ و ۱۹ قانون ماجر و مستاجر سال ۱۳۵۶ را درباره فرزند متوفی تلقی نمود. بنابراین آنچه که از حق کسب و پیشه با ارث به فرزند متوفی منتقل شود و یا با وصیت صورت گیرد، مالک حق تقاضای تخلیه عین مستاجر را ندارد (کشاوری، ۱۳۸۷، صص ۱۸۹-۱۸۶).

### ۲-۳. چگونگی انتقال و اسقاط حقوق مالی به ورثه

#### ۱-۲-۳. در حق خیار

کیفیت انتقال آن است که جز در مواردی که برخی از ورثه از ارث محروم باشند، ارث خیار به تمامی ورثه منتقل می‌شود. کیفیت اسقاط نیز بدین صورت است که در ورثه‌ای که خیار به او منتقل شده، می‌تواند خیارش را با گفتار ساقط کند و یا با تصرف در عوض خیار او ساقط گردد (انصاری، ۱۴۱۱ق، ج ۳، ص ۷۲).

### ۲-۲-۳. در حق شفعه

این حق به صورت حق مالی واحد به تمام ورثه منتقل می‌شود و چنانچه برخی از ورثه حق خود را بیخشند، در اسقاط حق شفعه بقیه ورثه اشکال وجود دارد (جعی عاملی، ۱۴۱۰ق، ج ۴، ص ۴۱۲) که البته ممکن است اثبات با قول یا فعل باشد. همین‌طور در اسقاط حق مالی رهن، حق انتفاع و ارتفاق همین قاعده اعمال می‌گردد. اما درباره اسقاط حق مالی مربوط به علائم تجاری، ممکن است گاهی این حق ابطال شود؛ مثل انصراف از مالکیت علامت تجاری یا عدم بهره‌برداری طی پنج سال یا زوال آن به دلیل استحاله یا ابطال آن از طریق ثبت.

### نتیجه‌گیری

- جاذبه حقوق مالی قابل ارث کمتر از جاذبه خود اموال مورد وراثت نیست که منشأ بسیاری از منازعات بین ورثه است و پرداختن به آن خالی از وجه نیست.
- منشأ این حقوق ممکن است قرارداد یا ایقاع و یا قانون باشد که تقریباً در تمام موارد محل گفتگوی فقها و حقوق‌دانان است و حتی درباره حق خیار و حق شفعه نیز سخن خالی از وجه نیست و تلاش شد که نظر مشهور در این موارد بیان گردد.
- از جمله مباحث درباره حق مالی قابل ارث، اعمال این حقوق از ناحیه برخی از ورثه است که نظر قابل قبول آن است که توافق همه ورثه برای اعمال آن کافی است.
- از جمله مباحث حقوق مالی قابل ارث، وراثت زوجه از خیار مربوط به زمین باقی‌مانده از متوفی است که در زمان متوفی مورد معامله قرار گرفته، با اینکه زوجه از اصل زمین ارث نمی‌برد که به نظر مشهور، زوجه از خیار مربوط به فروش زمین به عنوان حق مالی ارث می‌برد.
- مطلب دیگر درباره ارث‌بردن خیار مربوط به اموال متوفایی است که دین مستغرق دارد که به نظر مشهور، چنین وراثتی قابل قبول است.

## فهرست منابع

۱. ابن ادريس حلي، محمد بن منصور بن احمد. (۱۴۱۰ق). السرائر الحاوي لتحرير الفتاوي. قم: دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم.
۲. ابن حمزه، ابو جعفر محمد بن علي. (۱۴۰۸ق). الوسيلة الى نيل الفضيله. قم: منشورات كتابخانه مرعشي نجفي رحمته الله.
۳. ابن حنبل، احمد بن محمد. (۱۴۱۶ق). مسند الامام احمد بن حنبل. بيروت: مؤسسة الرسالة.
۴. ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم. (۱۴۱۴ق). لسان العرب (چاپ سوم). بيروت: دار الفكر.
۵. اراكي، محمد علي. (۱۴۱۴ق). الخيارات (چاپ اول). قم: مؤسسه در راه حق.
۶. اصفهانی، محمد حسين. (۱۴۱۸ق). رسالة في تحقيق الحق والحكم (چاپ اول). قم: أنوار الهدى.
۷. امامي خوانساري، محمد. (بی تا). الحاشية الأولى على المكاسب. قم: بی نا.
۸. امامي، سيد حسن. (۱۳۹۰). حقوق مدني (چاپ سی و دوم). تهران: انتشارات اسلاميه.
۹. انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امين. (۱۴۱۱ق). المكاسب المحرمة والبيع والخيارات (اول). قم: منشورات دار الذخائر.
۱۰. جبعی عاملی (شهيد ثانی)، زين الدين بن علي. (۱۴۱۰ق). الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقيه (چاپ اول). قم: كتابفروشی داوری.
۱۱. جبعی عاملی (شهيد ثانی)، زين الدين بن علي. (۱۴۱۳ق). مسالك الأفهام إلي تنقيح شرائع الإسلام (چاپ اول). قم: مؤسسه المعارف الإسلاميه.
۱۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۷۷). ترمینولوژی حقوق (چاپ نهم). تهران: گنج دانش.
۱۳. جوهری، ابو نصر اسماعيل بن حماد الجوهری الفارابی. (۱۴۰۷ق). الصحاح تاج اللغة و صحاح العربيه (چاپ چهارم). بيروت: بی نا.

۱۴. حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعه (چاپ اول). قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام.
۱۵. حسینی عاملی، سیدجواد بن محمد. (بی‌تا). مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه (چاپ اول). بیروت: دارإحیاء التراث العربی.
۱۶. حکیم، سیدمحمدتقی. (۱۳۹۴). اصول العامة للفقہ المقارن. تهران: مجمع جهانی تقریب مذاهب اسلامی.
۱۷. حکیم طباطبایی، سیدمحسن. (بی‌تا). نهج الفقاهه. قم: انتشارات ۲۲ بهمن.
۱۸. حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. (۱۳۸۸). تذکره الفقهاء. قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام.
۱۹. حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. (۱۴۱۳ق). مختلف الشیعه فی أحكام الشریعه (چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۰. خوانساری، سیداحمد بن یوسف. (۱۴۰۵ق). جامع المدارک فی شرح مختصر النافع (چاپ دوم). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۱. خویی، سیدابوالقاسم. (۱۳۷۷). مصباح الفقاهه (چاپ اول). قم: انتشارات داوری.
۲۲. دهخدا، علی‌اکبر. (۱۳۷۷). لغت‌نامه (چاپ دوم). تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
۲۳. سیزواری، سیدعبدالاعلی. (۱۴۱۳ق). مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام (چاپ چهارم). قم: مؤسسه المنار.
۲۴. شریف مرتضی، علی بن حسین موسوی. (۱۴۱۵ق). الانتصار فی انفرادات الإمامیه (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۵. شهیدی، مهدی. (۱۳۸۶). تشکیل قراردادهای و تعهدات (چاپ ششم). تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.
۲۶. صفایی، سیدحسین. (۱۳۸۳). مسائل حقوقی حمایت از مالکیت ادبی و هنری در ایران: مجموعه سخنرانی‌ها و مقالات همایش ملی بررسی حقوق مالکیت ادبی و هنری. تهران: خانه کتاب ایران.
۲۷. صفایی، سیدحسین. (۱۳۹۸). دوره مقدماتی حقوق مدنی (ج ۱). تهران: نشر میزان.



۲۸. طباطبایی یزدی، سیدمحمد کاظم. (۱۴۲۱ق). حاشیه المکاسب (چاپ دوم). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۹. طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق الف). الخلاف (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۰. طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق ب). تهذیب الأحکام (چاپ چهارم). تهران: دارالکتب الإسلامیه.
۳۱. عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی. (۱۴۱۷ق). الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیه (چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۲. عاملی کرکی، علی بن حسین. (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد (چاپ دوم). قم: مؤسسه آل‌البتیة.
۳۳. عمید، حسن. (۱۳۶۳). فرهنگ عمید (چاپ اول). تهران: مؤسسه انتشارات امیرکبیر.
۳۴. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۹). مقدمه علم حقوق (چاپ هفتادوپنجم). تهران: شرکت سهامی گنج انتشار.
۳۵. کشاورز، بهمن. (۱۳۸۷). سرفقلى و حق کسب و پیشه و تجارت در حقوق ایران و فقه اسلام. تهران: کشاورز.
۳۶. کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق). الکافی (چاپ هشتم). تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۳۷. گرجی، ابوالقاسم. (۱۳۸۷). مفاهیم بنیادین حقوق مدنی و جزایی. تهران: انتشارات طاعتی.
۳۸. معین، محمد. (۱۳۶۳). فرهنگ فارسی (چاپ ششم). تهران: مؤسسه انتشارات امیرکبیر.
۳۹. موسوی بجنوردی، میرزا حسن. (۱۴۱۹ق). القواعد الفقہیة (چاپ اول). قم: الهادی.
۴۰. موسوی خمینی، سیدروح‌الله. (۱۴۲۱ق). کتاب البیع (چاپ اول). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۴۱. موسوی خمینی، سیدروح‌الله. (بی تا). تحریر الوسیله (چاپ اول). قم: مؤسسه مطبوعاتی دارالعلم.

۴۲. موسوی خمینی، سیدمصطفی. (۱۳۷۹). کتاب البیع (چاپ اول). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۴۳. موسوی خمینی، سیدمصطفی. (۱۴۱۸ق). الخيارات (چاپ اول). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۴۴. نائینی، میرزا محمدحسین غروی. (۱۳۷۳). منية الطالب في حاشية المكاسب (چاپ اول). تهران: المكتبة المحمدية.
۴۵. نجفی کاشف الغطاء، حسن بن جعفر بن خضر. (۱۴۲۲ق). أنوار الفقاهة. نجف: مؤسسه کاشف الغطاء.
۴۶. نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام (چاپ هفتم). بیروت: دار إحياء التراث العربي.
۴۷. نراقی، احمد بن محمد مهدی. (۱۴۱۵ق). مستند الشيعة في احكام الشريعة. قم: آل البيت علیهم السلام.
۴۸. نعمت‌اللهی، اسماعیل. (۱۳۸۹). تحلیل فقهی حق عینی و حق دینی و مفاهیم مرتبط. مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۲(۳)، صص ۱۰۹-۱۳۲.
۴۹. نوبخت، یوسف. (۱۳۶۶). مجموعه نظرات قضات دادگاه‌های حقوقی تهران. تهران: دادگستری جمهوری اسلامی.
۵۰. همدانی، آقا رضا بن محمد هادی. (۱۴۱۶ق). مصباح الفقیه (چاپ اول). قم: مؤسسه الجعفریة لإحياء التراث-مؤسسة النشر الإسلامي.

## References

1. Ameli (Shahid Awal), M. (1417 AH). *Al-Durus al-Shariah fi Fiqh al-Imamiyah*. (2<sup>nd</sup> ed.). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Qom Seminary Teachers Association. [In Arabic]
2. Ameli Karaki, A. (1414 AH). *Jame' al-Maqasid fi Sharh al-Qawa'id*. (2<sup>nd</sup> ed.). Qom: Alulbayt Institute. [In Arabic]
3. Amid, H. (1363 AP). *Farhang-e Amid*. (1<sup>st</sup> ed.). Tehran: Amirkabir Publishing Institute. [In Persian]
4. Ansari Dezfuli, M. (1411 AH). *al-Makasib al-Muharamah va al-Bay'e va al-Khiarat*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Manshurat Dar al-Zakha'ir. [In Arabic]
5. Araki, M. A. (1414 AH). *Al-Khiarat*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: On the path of the Right Institute. [In Arabic]
6. Dehkhoda, A. A. (1377 AP). *Dictionary*. (2<sup>nd</sup> ed.). Tehran: Institute of Publishing and Printing, University of Tehran. [In Arabic]
7. Emami Khansari, M. (n.d.). *Al-Hashiah al-Awla ala al-Makasib*. Qom.
8. Emami, S. H. (1390 AP). *Civil Law* (32<sup>nd</sup> ed.). Tehran: Islamiyeh Publications. [In Persian]
9. Esfahani, M. H. (1418 AH). *Resalat fi Tahqiq al-Haq va al-Hokm*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Anwar al-Huda. [In Arabic]
10. Gorji, A. (1387 AP). *Basic concepts of civil and criminal law*. Tehran: Ta'ati Publications. [In Persian]
11. Hakim Tabatabaei, S. M. (n.d.). *Nahj al-Faqahah*. Qom: 22 Bahman Publications.
12. Hakim, S. M. T. (1394 AP). *Usul al-Amah le Fiqh al-Muqarin*. Tehran: World Assembly for Proximity of Islamic Religions. [In Persian]
13. Hamedani, A. (1416 AH). *Mesbah al-Faqih*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Mu'asisah al-Jafariyah le Ihya al-Torath- Mu'asisah al-Nashr al-Islami. [In Arabic]
14. Heli, H. (1388 AP). *Tadkirah al-Foqaha*. Qom: Alulbayt Institute. [In Persian]

15. Heli, H. (1413 AH). *Mukhtalaf al-Shia fi Ahkam al-Sharia*. (2<sup>nd</sup> ed.). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Society of Teachers of the Seminary of Qom. [In Arabic]
16. Hor Ameli, M. (1409 AH). *Wasa'il al-Shia*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Alulbayt Institute. [In Arabic]
17. Hosseini Ameli, S. J. (n.d.). *Miftah al-Kiramah fi Sharh Qawa'id al-Allamah*. (1<sup>st</sup> ed.). Beirut: Dar Ihya al-Toras al-Arabi.
18. Ibn Hamzah, A. (1408 AH). *Al-Wasilah ila Nil al-Fadilah*. Qom: Marashi Najafi Library Publications.v
19. Ibn Hanbal, A. (1416 AH). *Musnad al-Imam Ahmad Ibn Hanbal*. Beirut: Mu'asisah al-Risalah. [In Arabic]
20. Ibn Idris Heli, M. (1410 AH). *Al-Sarair Al-Hawi le Tahrir al-Fatawa*. Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Qom Seminary Teachers Association. [In Arabic]
21. Ibn Manzur, J. (1414 AH). *Lisan al-Arab*. (3<sup>rd</sup> ed.). Beirut: Dar al-Fikr. [In Arabic]
22. Jaba'ei Ameli (Shahid Thani), Z. (1410 AH). *Al-Rawdah Al-Bahiyya fi Sharh Al-Luma'a al-Dameshghiyah*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Davari Bookstore. [In Arabic]
23. Jaba'ei Ameli (Shahid Thani), Z. (1413 AH). *Masalik al-Afham ila Tanqih Shara'e al-Islam*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Al-Ma'arif al-Islamiyah Institute. [In Arabic]
24. Jafari Langroudi, M. J. (1377 AP). *Legal Terminology*. (9<sup>th</sup> ed.). Tehran: Ganje Danesh. [In Persian]
25. Johari, A. (1407 AH). *Al-Sahah Taj Al-Lugha va Sahah Al-Arabiya*. (4<sup>th</sup> ed.). Beirut. [In Arabic]
26. Katozian, N. (1389 AP). *An Introduction to Law*. (75<sup>th</sup> ed.). Tehran: Ganj Publishing Company. [In Persian]
27. Keshavarz, B. (1387 AP). *Goodwill and the right of business and profession in Iranian law and Islamic jurisprudence*. Tehran: Keshavarz. [In Persian]
28. Khansari, Sayyid Ahmad ibn Yusuf. (1405 AH). *Comprehensive evidence in a brief description of the benefits* (2<sup>nd</sup> ed.). Qom: Esmaeilian Institute. [In Arabic]

29. Khoei, S. A. (1377 AP). *Mesbah al-Fiqahah*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Davari Publications. [In Persian]
30. Koleyni, M. (1407 AH). *Al-Kafi*. (8<sup>th</sup> ed.). Tehran: Dar al-Kotob al-Islamiyah. [In Arabic]
31. Moein, M. (1363 AP). *Persian Dictionary*. (6<sup>th</sup> ed.). Tehran: Amirkabir Publishing Institute. [In Persian]
32. Mousavi Bojnourdi, M. H. (1419 AH). *al-Qawa'id al-Fiqhiyah*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Al-Hadi. [In Arabic]
33. Mousavi Khomeini, S. M. (1379 AP). *Kitab al-Baye*. (1<sup>st</sup> ed.). Tehran: Institute for Publications and Preparation of Imam Khomeini's Works. [In Persian]
34. Mousavi Khomeini, S. M. (1418 AH). *Al-Khiarat*. (1<sup>st</sup> ed.). Tehran: Institute for Publications and Preparation of Imam Khomeini's Works. [In Arabic]
35. Mousavi Khomeini, S. R. (1421 AH). *Kitab al-Baye*. (1<sup>st</sup> ed.). Tehran: Institute for Publications and Preparation of Imam Khomeini's Works. [In Arabic]
36. Mousavi Khomeini, S. R. (n.d.). *Tahrir al-Wasila*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Dar Al-Ilm Press Institute.
37. Naeini, M. M. H. (1373 AP). *Maniyah al-Talib fi Hashiyat al-Makasib*. (1<sup>st</sup> ed.). Tehran: Al-Maktabah al-Muhammadiyah. [In Persian]
38. Najafi Kashif al-Ghitta ', H. (1422 AH). *Anwar al-Fiqahah*. Najaf: Kashif Al-Ghitta Institute. [In Arabic]
39. Najafi, M. H. (1404 AH). *Jawahir al-Kalam fi Sharh Shara'e al-Islam*. (7<sup>th</sup> ed.). Beirut: Dar Ihya al-Toras al-Arabi. [In Arabic]
40. Naraqi, A. (1415 AH). *Mustanad al-Shia fi Ahkam al-Sharia*. Qom: Alulbayt. [In Arabic]
41. Nematollahi, E. (1389 AP). Jurisprudential analysis of objective law and religious law and related concepts. *Studies of Islamic jurisprudence and law*, 2(3), pp. 109-132. [In Persian]

42. Nobakht, Y. (1366 AP). *Collection of opinions of judges of Tehran legal courts*. Tehran: Justice of the Islamic Republic. [In Persian]
43. Sabzevari, S. A. (1413 AH). *Muhadab al-Ahkam fi Bayan al-Halal va al-Haram*. (4<sup>th</sup> ed.). Qom: Al-Manar Institute. [In Arabic]
44. Safaei, S. H. (1383 AP). *Legal Issues in the Protection of Literary and Artistic Property in Iran: A Collection of Lectures and Proceedings of the National Conference on the Study of Literary and Artistic Property Rights*. Tehran: Iran Book House. [In Persian]
45. Safaei, S. H. (1398 AP). *The Elementary course of legal rights* (Vol. 1). Tehran: Mizan Publications. [In Persian]
46. Shahidi, M. (1386 AP). *Formation of Contracts and Obligations*. (6<sup>th</sup> ed.). Tehran: Majd Scientific and Cultural Association. [In Persian]
47. Sharif Morteza, A. (1415 AH). *AL-Intisar fi Inferadat al-Imamiyah*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Qom Seminary Teachers Association. [In Arabic]
48. Tabatabaei Yazdi, S. M. K. (1421 AH). *Hashiyah al-Makasib*. (2<sup>nd</sup> ed.). Qom: Esmailian Institute. [In Arabic]
49. Tusi, M. (1407 AH). *Al-Khalaf*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Qom Seminary Teachers Association. [In Arabic]
50. Tusi, M. (1407 AH). *Tahdhib Al-Ahkam*. (4<sup>th</sup> ed.). Tehran: Dar al-Kotob al-Islamiyah. [In Arabic]



**Research Article**  
**The Jurisprudential Solution to Resolve Conflicts of Interest in the Implementation of Environmental Protection Laws and Regulations**

Hossein Shahbeik<sup>1</sup>

Mohammad Javad Heidari<sup>2</sup>

Mohammad Nozari Ferdowsieh<sup>3</sup>

Received: 02/08/2021

Accepted: 21/03/2022

**Abstract**

According to most experts of the environment, a major part of the environmental crisis in Iran is due to the failure of some environmental laws and regulations, which has created a conflict of interest in the implementation of environmental laws and regulations. In the meantime, in the light of the content of Article 2 of the Environmental Protection Law, some government organizations are considered as one of the main interested parties in the conflict of interests in the implementation of environmental protection laws against the national interests of the

---

1. PhD student in Jurisprudence and Fundamentals of Law, Faculty of Theology, Qom University, Qom, Iran (Corresponding Author). Shahine1342@yahoo.com.

2. Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Law, Faculty of Theology, Qom University, Qom, Iran. dr.mjheydari@gmail.com.

3. Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Law, Faculty of Theology, Qom University, Qom, Iran. abasaleh.s@gmail.com.

---

\* Shahbeik, H., & Heidari, M. J., & Nozari Ferdowsieh, M. (1401 AP). The Jurisprudential Solution to Resolve Conflicts of Interest in the Implementation of Environmental Protection Laws and Regulations. *Journal of Fiqh*, 29(109), pp. 201-227. Doi: 10.22081/jf.2022.61544.2343.

---

Copyright © 2021, Author (s). This is an open-access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution-Non Commercial 4.0 International License (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>) which permits copy and redistribute the material just in noncommercial usages, provided the original work is properly cited.

country since they are themselves in charge of environmental protection and are permanent members of the High Council for Environmental Protection and are the highest oversight and decision-making authority as well as the undisputed power of policy-making in all aspects of environmental affairs. In this descriptive-analytical study, the most appropriate, least costly and fastest solution for this crisis, which is caused by the failure of some formal environmental laws, is examined, including Article 2, which has provided the basis for selective and discriminatory implementation of laws and regulations. Thus, according to the jurisprudential rule of "La Zarar (no harm)", which is also the content of Article 40 of the Constitution, by reviewing the content of Article 2 of the Law on Environmental Protection, the position of the Supreme Council for Environmental Protection has been upgraded from an internal administrative council to a supranational council. The result is the elimination of conflicts of interest in the implementation of environmental laws and regulations and the proper management of the environmental crisis in the country.

**Keywords**

Solution, jurisprudence, conflict of interests, laws, environment.





مقاله پژوهشی

راهکار فقهی رفع تعارض منافع در اجرای قوانین و مقررات حفاظت محیط زیست

حسین شاه‌بیک<sup>۱</sup> محمدجواد حیدری<sup>۲</sup> محمد نوذری فردوسی<sup>۳</sup>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۵/۱۱ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۱/۰۱

چکیده

به اعتقاد اکثر صاحب نظران حوزه محیط زیست، بخش عمده‌ای از بحران زیست محیطی در کشور ناشی از نقص برخی از قوانین و مقررات محیط زیست است که زمینه تعارض منافع در اجرای قوانین و مقررات محیط زیست را فراهم کرده است. در این میان برخی دستگاه‌های دولتی که خود متولی حفاظت از محیط زیست و از اعضای ثابت شورای عالی حفاظت محیط زیست بوده و عالی ترین مقام ناظر و تصمیم گیر، و قدرت بلامنازع سیاست گذاری در همه شئون امور محیط زیست‌اند، در سایه مفاد ماده ۲ قانون حفاظت محیط زیست، از عمده ترین طرف های ذی نفع تعارض منافع در اجرای قوانین حفاظت محیط زیست در قبال مصالح ملی کشور محسوب می شوند. در این پژوهش توصیفی-تحلیلی، مناسب ترین، کم هزینه ترین و سریع ترین راهکار برون رفت از این بحران که معلول نقص برخی از قوانین شکلی محیط زیست بررسی می شود؛ از جمله ماده ۲ که زمینه اجرای گزینشی و تبعیض آمیز قوانین و

۱. دانشجوی دکترای رشته فقه و مبانی حقوق دانشکده الهیات، دانشگاه قم، قم، ایران (نویسنده مسئول).

Shahine1342@yahoo.com

۲. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق دانشکده الهیات، دانشگاه قم، قم، ایران. dr.mjheydari@gmail.com

۳. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق دانشکده الهیات، دانشگاه قم، قم، ایران. abasaleh.s@gmail.com

\* شاه‌بیک، حسین؛ حیدری، محمدجواد و نوذری فردوسی، محمد. (۱۴۰۱). راهکار فقهی رفع تعارض منافع در اجرای قوانین و مقررات حفاظت محیط زیست. فصلنامه علمی - پژوهشی فقه، ۲۹(۱۰۹)، صص ۲۰۱-۲۲۷.

Doi:10.22081/jf.2022.61544.2343.

مقررات را فراهم نموده است؛ بدین ترتیب با استناد به قاعده فقهی «لا ضرر» که همچنین مفاد اصل چهارم قانون اساسی است، با بازنگری در مفاد ماده ۲ قانون حفاظت محیط زیست، جایگاه شورای عالی حفاظت محیط زیست از شورای اداری درون قوه‌ای به شورای فراقوه‌ای (قوای سه‌گانه) و حاکمیتی ارتقا یافته و نتیجه آن رفع تعارض منافع در اجرای قوانین و مقررات محیط زیست و مدیریت صحیح بحران زیست محیطی در کشور است.

### کلیدواژه‌ها

راهکار، فقهی، تعارض منافع، قوانین، محیط زیست.

## مقدمه

از آنجا که محیط‌زیست سرمایه‌ای ملی و متعلق به نسل‌ها است و آسیب‌رساندن به آن از سوی هر کس و هر نهادی که صورت گیرد، زیان‌زدن به کل ملت و نسل‌های آینده است. اما این سرمایه ملی در کشور به دلیل بحران زیست‌محیطی در کشور به شدت مورد تهدید است. بخش قابل توجهی از این بحران به نقص قوانین شکلی و ساختاری قانون حفاظت محیط‌زیست مربوط است که زمینه تعارض منافع در اجرای قوانین و مقررات محیط‌زیست را فراهم نموده است. برای پیش‌گیری از خسارات بیشتر بر کشور ضروری است با به‌کارگیری قاعده «لا ضرر» (اصل چهارم قانون اساسی) این تعارض از طریق بازنگری در ماده ۲ قانون حفاظت محیط‌زیست که زمینه‌ساز تعارض منافع است برطرف شود و در نهایت، بحران محیط‌زیست را در کشور مدیریت و کنترل نمود.

این در حالی است که از لحاظ پیشینه بحث، برخی از کارشناسان محیط‌زیست، اگرچه علت اصلی بحران را عدم اجرای صحیح قوانین و مقررات حفاظت محیط‌زیست به دلیل تعارض منافع دانسته‌اند، اما برای حل این مشکل مسیر دیگری را پیموده‌اند و معتقدند تجدیدنظر در ماده ۱ قانون حفاظت محیط‌زیست و خروج این سازمان از تحت‌اشراف قوه مجریه، بهترین راه‌حل بحران است (مرادحاصل و مزینی، ۱۳۸۷، صص ۲۴-۱۱). اما با توجه به ارتباط مستقیم و گسترده بخش‌های مختلف دولت با امور محیط‌زیست و مدیریت اجرایی آن، خلع‌ید کامل دولت منطقی به نظر نمی‌رسد.

دیدگاه دیگر راه‌چاره را در تبدیل سازمان به وزارت‌خانه جستجو می‌کند و معتقد است با افزایش قدرت تشکیلاتی حفاظت محیط‌زیست در درون دولت می‌توان تا حدود زیادی از وضعیت بحرانی موجود فاصله گرفت (عبداللهی و فریادی، ۱۳۸۹، صص ۱۴۳-۱۸۰). مشکل این نظریه آن است که نه تنها مشکل تعارض منافع را حل نمی‌کند، بلکه قدرت اجرایی دولت را در روند کنونی افزایش می‌دهد و لذا این طرح در مجلس رد شد. برخی صاحب‌نظران، تغییر و تجدیدنظر در قوانین ماهوی قوانین حفاظت محیط‌زیست را برای رفع موانع و چالش‌های زیست‌محیطی پیشنهاد می‌کنند و قدیمی‌بودن قوانین فعلی را اصلی‌ترین علت بحران زیست‌محیطی موجود می‌دانند، اما

واقعیت آن است که اگر منصفانه قضاوت کنیم، اگر قوانین ماهوی موجود به طور کامل اجرا می شدند، قطعاً کشور در گیر بحران موجود نبود، زیرا اکثر قوانین ماهوی مترقی بوده و از جامعیت مطلوب برخوردارند. اما تمایز دیدگاه این پژوهش با سایر دیدگاهها این است که این دیدگاه با ارائه ادله و مستندات، مناسب ترین و سریع ترین راهکار برون رفت از بحران زیست محیطی و رفع تعارض منافع در اجرای قوانین و مقررات زیست محیطی را بازنگری در ماده ۲ این قانون می داند.

اهمیت و ضرورت این پژوهش از آنجا آشکار می شود که پس از پیروزی انقلاب اسلامی، برنامه های توسعه اقتصادی کشور، دولت های ادوار مختلف نظام را به سمت وسویی کشاند که به زعم توسعه و پیشرفت اقتصادی کشور در کوتاه مدت یا میان مدت، بسیاری از خطوط قرمز پروتکل های زیست محیطی را نادیده گرفته و با توجیه شکوفایی اقتصاد کشور، تعارض منافع شکل گرفت، و در نتیجه اجرای برخی قوانین و مقررات محیط زیست متوقف شد. بنابراین برای جلوگیری از خسارات بیشتر ضروری است این بحران با ارائه راهکار منطقی کنترل و مدیریت شود.

## ۱. نقش قاعده «لا ضرر» در رفع تعارض منافع در اجرای قوانین و مقررات محیط زیست کشور

یکی از قواعدی که نقش محوری در اعمال حاکمیت نظام اسلامی در حفاظت از محیط زیست دارد، قاعده لا ضرر است که مفاد آن در اصل چهلم قانون اساسی مورد تأکید قرار گرفته است. برای شناخت و درک صحیح از گستره و میزان تاثیر این قاعده (خصوصاً طبق دیدگاه امام خمینی) در حل بحران زیست محیطی، لازم است به طور اختصار نقش و کارایی فقه، خصوصاً قاعده حکومتی لا ضرر در حل این معضل جامعه اسلامی تبیین شود.

### ۱-۱. نقش فقه حکومتی در حل معضلات زیست محیطی

در فقه حکومتی، نظامات اجتماعی و فردی که برگرفته از احکام اولیه و ثانویه و

قواعد فقهی است، با اعمال حاکمیت حاکم اسلامی عینیت پیدا می‌کند. فقه حکومتی نه به‌عنوان بخشی از فقه، بلکه به‌معنای نگرش حاکم بر کل فقه بوده و استنباط‌های فقهی می‌بایست در راستای مدیریت نظام حکومتی بوده و تمامی ابواب فقه ناظر به اداره کشور باشد. در این میان یکی از موضوعات محوری که در نظام حکومتی نقش بسزایی در رشد و توسعه و سلامت روحی و روانی و بهداشت محیط زندگی مردم دارد، موضوع محیط‌زیست است. فقه حکومتی به‌عنوان تعیین‌کننده خط‌مشی رفتار فردی و اجتماعی جامعه اسلامی، با تکیه بر احکام و قواعد فقهی، بستر مناسب برای تضمین اجرای قوانین و مقررات مربوط به حفاظت از محیط‌زیست را فراهم می‌نماید. در این بین، قاعده لا ضرر به‌عنوان ابزاری بی‌بدیل، با برطرف‌نمودن تعارض منافع در حوزه محیط‌زیست، نقش محوری در اعمال حاکمیت نظام اسلامی در حفاظت از محیط‌زیست ایفا می‌کند.

### ۲-۱. مفاد قاعده لا ضرر از دیدگاه فقها

قاعده لا ضرر از مشهورترین قواعد فقهی است که در ابواب مختلف فقه و حقوق دارای آثار فراوانی است و فقهای امامیه در مباحث مختلف فقهی، از عبادات گرفته تا معاملات به آن استناد کرده‌اند. این قاعده براینده ادله متقن سندی از کتاب (بقره، ۱۷۳، ۱۹۶، ۲۳۰، ۲۳۳، ۲۸۲؛ طلاق، ۶) و سنت (عاملی، ۱۴۱۶ق، ج ۲۵، ص ۴۲۰) گرفته تا دلیل عقل و سیره عقلا است.

مفهوم لغوی ضرر و ضرار اگرچه مهم است، اما مهم‌تر از آن مفاد اصطلاحی و دلالتی ضرر و ضرار است؛ زیرا بر اساس مفاد این قاعده، گستره و دامنه شمول آن در موضوعات شکل می‌گیرد. از دیدگاه بسیاری از فقها از جمله امام خمینی علیه السلام بر اساس آیات و روایات، قاعده لا ضرر صرفاً مربوط به امور مالی افراد نیست، بلکه ضررهای اجتماعی و فرهنگی و اخلاقی را هم شامل می‌شود. کما اینکه عبارت «لا ضرر ولا ضرار فی الاسلام» مربوط به هر نوع ضرری است، اعم از آنکه از ناحیه اشخاص حقیقی و حقوقی و حتی حکومتی باشد؛ لذا برای اثبات جایگاه ویژه این قاعده، همین کافی است

که به صورت گسترده مورد نظریه پردازی فقها و حقوق دانان قرار گرفته است و اختلافات چشم گیری به چشم می خورد که در برخی موارد اختلافات مبنایی و در برخی بنایی است.

برخی از دیدگاه ها درباره قاعده لا ضرر:

الف. مرحوم شیخ انصاری در تبیین مفاد حدیث سمره بن جندب که از منابع اصلی قاعده لا ضرر است می فرماید: با عنایت به اینکه «لا» در حدیث، نفی جنس حقیقی نیست، بلکه حکمی است (چون ضرر واقعاً در خارج موجود است)، بنابراین مفاد حدیث و بالتبع مضمون قاعده لا ضرر این است که از ناحیه شارع مقدس حکم ضرری برای مکلفان جعل و صادر نمی شود. به عبارت دیگر، هر حکمی که مستلزم ضرر باشد یا از اجرای آن ضرری بر آن مترتب گردد، طبق قاعده لا ضرر برداشته می شود (انصاری، ۱۴۱۶ق، ص ۱۷۲).

ب. آخوند خراسانی در تبیین نظریه خود، «لا» در قاعده را نفی جنس قلمداد کرده و نفی ضرر حکم را به لسان نفی موضوع تلقی کرده است؛ بدین معنا که ایشان قاعده لا ضرر را در ناحیه موضوع، حاکم بر سایر احکام و قواعد می داند؛ کما اینکه در دلیل کثیرالشک (لا شک لکثیر الشک) چنین است. در این مبنا، مفاد حدیث این است که موضوعاتی که دارای احکامی هستند، اگر عناوین اولیه آنها باعث ضرر شوند حکم شان برداشته می شود (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۲۶۷).

ج. امام خمینی در تفسیر قاعده لا ضرر مسیر دیگری را پیموده اند که از نظر مبنا، تفاوت قابل توجهی با سایر دیدگاه ها دارد؛ به طوری که این نظر مبتنی بر مقدمه ای است و آن اینکه باید تفکیک بین وظایف متعددی که رسول اکرم ﷺ داشته است قائل شد. از دیدگاه امام خمینی، رسول اکرم ﷺ دارای سه نوع مقام است و در هر مورد باید فرامین و احکام ایشان با توجه به آن مقام سنجیده شود؛ مقام اول رسول خدا ﷺ نبوت است و در این مقام، پیام آور و وحی الهی است، نظر شارع مقدس از زبان او بیان می گردد و ایشان فقط نقش سخن گو و مبلغ دارند و چیزی از خود بیان نمی کنند. مقام دوم رسول خدا ریاست و تصدی امر سیاست یا -به اصطلاح- مقام اجرایی است. در این مقام رسول

خدا ﷺ به عنوان رئیس امت است، و اطاعت از او امر پیغمبر در این مقام نیز بر امت بر اساس نص بسیاری از آیات واجب است. مقام سوم رسول اکرم ﷺ قضاوت است؛ یعنی پیغمبر علاوه بر وظایف پیامبری و اجرایی، در مواجهه با خصومات و مراعات بین مردم نیز به قضاوت می نشست.

امام خمینی پس از ذکر مقدمه تصریح می کنند: «حدیث لا ضرر ولا ضرار قطعاً در مقام اول و سوم نبوده است. بنابر تعریفی که از قضا شده است درمی یابیم که حکم مذکور یک حکم قضایی به معنای فقهی کلمه نیست، بلکه حکم مذکور از جمله احکام حکومتی و اجرایی رسول اکرم ﷺ محسوب می شود» (خمینی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۵۱).

### ۳-۱. تبیین جایگاه قاعده لا ضرر در حل بحران زیست محیطی

جایگاه قاعده لا ضرر، خصوصاً در ناحیه مصالح عامه جامعه، از جمله حفاظت محیط زیست، مبتنی بر تعیین حد و قلمرو این قاعده است؛ به طوری که نخست باید رتبه اصولی قاعده لا ضرر نسبت به سایر قواعد فقهی و همچنین ادله احکام اولی به لحاظ تقدم -از نوع تخصیص یا حکومت و یا حکم حکومتی- مشخص گردد، سپس با ملاحظه مبنای اتخاذ شده در قاعده، به موارد و مصادیق تقدم قاعده لا ضرر در قوانین موضوعه پرداخته شود تا بتوان به پرسش هایی همچون نحوه تعامل در تعارض مصالح عمومی اهم جامعه که در قالب قوانین و مقررات حکومتی عینیت پیدا می کند، با مصالح عمومی مهم و یا مصالح شخصی که بر اساس قوانین دیگر و همچنین قواعد و احکام فقهی -مانند قاعده تسلیط- ظهور و بروز پیدا می کند پاسخ داده شود.

می دانیم دیدگاه های گوناگونی در تبیین و تحدید مفاد قاعده لا ضرر وجود دارد و هریک از فقها به فراخور تفسیری که از احادیث این باب دارند، به خصوص در حدیث مربوط به ماجرای سمرة بن جندب و مرد انصاری (عاملی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۷، ص ۳۴۰)، تحلیل خاصی از این قاعده ارائه کرده اند. البته هر دیدگاهی آثار متفاوتی را در بر دارد که می تواند نتایج شگرفی در امور جامعه خصوصاً در تعارضات بین منافع عمومی و مصالح عمومی و همچنین منازعات اشخاص حقیقی و حقوقی با دستگاه های حکومتی در پی

داشته باشد. بنابراین بررسی و کشف دقیق چگونگی کاربرد این قاعده در مقام تعارض با برخی از قوانین و مقررات در میان برداشت‌های متنوع، و انتخاب مناسب‌ترین دیدگاه‌ها در مفاد قاعده لا ضرر برای کارایی بیشتر آن امری اجتناب‌ناپذیر است؛ چراکه نمی‌توان با تکیه بر برداشت‌های متعدد و متنوع در این قاعده، جامعه را اداره کرد و جامعه به نظام واحد نیازمند است. لذا در مقام عمل نظری می‌تواند راه‌گشا باشد که منعطف به دیدگاه ولی فقیه حاکم بر جامعه اسلامی باشد؛ زیرا عملاً نظر ولی فقیه حاکم بر جامعه اسلامی، در حل اختلافات نهادهای حاکمیتی جامعه اسلامی فصل الخطاب است. بنابراین هدف ما تبیین جایگاه برتر قاعده لا ضرر در چارچوب حکومت علی‌الاطلاق این قاعده نسبت به سایر قواعد و احکام فقهی و قوانین و مقررات دولتی، بر اساس دیدگاه ولایت مطلقه فقیه است، تا از این طریق بتوان راهکار مناسبی برای حل مشکلات محیط‌زیست ارائه نمود. بر اساس این دیدگاه، قاعده لا ضرر هیچ‌گاه با احکام اولیه تعارض پیدا نمی‌کند؛ زیرا قاعده لا ضرر قاعده فقهی-حکومتی است که در صورت تزامم مصالح اهم جامعه اسلامی با منافع عمومی و یا مصالح و منافع شخصی، ابزاری قوی در اعمال حاکمیت اسلامی است.

**۲. استناد به قاعده لا ضرر جهت رفع تعارض منافع در اجرای قوانین و مقررات محیط‌زیست**  
برای تبیین ارتباط و نحوه کاربرد و میزان کارآمدی قاعده لا ضرر در حل معضلات محیط‌زیست، از جمله میزان کارآمدی قاعده در رفع تعارض منافع در اجرای قوانین محیط‌زیست باید نقش و جایگاه این قاعده تبیین گردد.

**۱-۲. نقش قاعده لا ضرر در قبال تعارض منافع در اجرای قوانین و مقررات محیط‌زیست**  
در خصوص نقش قاعده لا ضرر در مواجهه با مشکل تعارض منافع در اجرای قوانین و مقررات محیط‌زیست که زمینه‌ساز خسارات جبران‌ناپذیر به کشور شده است، پرسش مهمی مطرح است و آن اینکه با توجه به مفاد این قاعده، راهکار فقهی رفع تعارض منافع در اجرای قوانین و مقررات محیط‌زیست به‌منظور رفع بحران زیست‌محیطی



موجود و بهینه‌سازی و ایجاد توسعه پایدار محیط‌زیست در کشور چیست؟ برای پاسخ به این پرسش کلیدی لازم است نکاتی مورد توجه قرار گیرد.

نکته نخست اینکه قواعد فقهی، خصوصاً قاعده لا ضرر، صرفاً جنبه فردی و شخصی ندارند، بلکه در موارد مصالح عمومی، راهکار حکومتی برای حل معضلات جامعه اسلامی محسوب می‌شوند و در صورت تعارض و یا تزامم حقوق و منافع فردی با مصالح عمومی جامعه، با استناد به این قاعده و در چهارچوب حکم حکومتی، مصالح عمومی مقدم خواهند بود.

نکته دوم اینکه مقصود از احکام حکومتی، اختیارات حاکم اسلامی و نمایندگان او در امر حکومت و دستورات و مقرراتی است که به‌عنوان حاکم اسلامی و در مقام اجرای احکام شرع و اداره جامعه وضع و صادر کرده‌اند.

نکته سوم اینکه حکم حکومتی متفاوت از احکام اولی و ثانوی است؛ به طوری که حکم حکومتی نه از نوع و سنخ احکام اولی است و نه از احکام ثانوی، بلکه مبین اختیارات و قدرت اجرایی حاکم اسلامی در اداره امور جامعه اسلامی است.

نکته چهارم این است که حاکم یا نایب‌مناب او نمی‌تواند بدون ضابطه تکلیف جدیدی بر مردم تحمیل کند، بلکه باید بر اساس مصالح عامه اقدام به صدور احکام حکومتی نماید؛ از جمله این ضوابط، انطباق صدور حکم با قاعده لا ضرر است. لذا بر اساس این مبنا، حاکم می‌تواند برای از بین بردن عسر و حرج یا ضررهای نوعی و اجتماعی، قوانین و مقررات جدیدی وضع کند. از جمله مصادیق این نکته، می‌توان به اجازه امام خمینی علیه السلام به مجلس شورای اسلامی در خصوص وضع قوانین مورد نیاز جامعه استناد نمود. طبق همین مجوز، مجلس شورای اسلامی در مرداد ۱۳۶۰ قانونی را از تصویب گذراند که بر اساس آن، سلطه مالکان زمین محدود می‌شد. در پی اعلام مغایرت این مصوبه با موازین شرع از سوی شورای نگهبان، مجلس در جستجوی راه‌حل این مشکل، از امام درخواست اعلام نظر کرد و امام خمینی پاسخ دادند: «آنچه در حفظ نظام جمهوری اسلامی دخالت دارد که فعل یا ترک آن موجب اختلال نظام می‌شود و آنچه ضرورت دارد که ترک آن یا فعل آن مستلزم فساد است و آنچه فعل یا

ترک آن مستلزم حرج است، پس از تشخیص موضوع به وسیله اکثریت و کلای مجلس شورای اسلامی مجازند در تصویب و اجرای آن» (خمینی، ۱۳۷۸، ج ۱۵، ص ۲۹۷). از دیدگاه امام خمینی، امام یا حاکم جامعه اسلامی و یا نایب‌مناب از جانب حاکم اسلامی، مانند مجلس شورای اسلامی، حق دارد در امور مختلف جامعه اسلامی دخالت و تصمیم‌گیری کند و آنچه را که به صلاح مسلمین است انجام دهند و با استناد به عنصر مصلحت با حدود و ضوابط شرعی، احکام و مقررات جدیدی وضع کند.

با توجه به نکات مذکور، کاربرد قاعده لا ضرر به‌عنوان یکی از مهم‌ترین مرجع حکم حکومتی در مواجهه با حل معضلات جامعه اسلامی و گره‌گشایی از مشکلات ناشی از تعارض یا تراحم مصالح و منافع کشور، غیرقابل‌انکار است؛ زیرا بر فرض آنکه نقش تعیین‌کننده قاعده لا ضرر در تعارض ضررها ی هم‌عرض و هم‌رتبه مانند تعارض در ناحیه مصالح کشور مورد تردید قرار گیرد، اما قطعاً در مصادیق تراحم که معیار رفع تراحم ملاحظه قاعده اهم و مهم است، مسلماً «مصالح» نسبت به «منافع» اهم محسوب شده و مقدم بر منافع است (محقق داماد، ۱۳۸۹، ج ۱، ص ۱۵۱).

این در حالی است که از مصادیق قطعی تعارض منافع با مصالح اهم کشور، حوزه حفاظت محیط‌زیست است، اما برخی از دستگاه‌های دولتی با هدف جلب منافع اقتصادی کوتاه‌مدت در بخش صنایع، مسکن، آب و... موجب آلودگی هوا، توسعه نامتوازن مسکن در شهرها، از بین رفتن سفره‌های زیرزمینی آب، توسعه کویر و... شده‌اند که نتیجه اجرای گزینشی و تبعیض‌آمیز قوانین حفاظت محیط‌زیست بوده و خسارات جبران‌ناپذیری بر منابع طبیعی کشور وارد کرده است. در این میان، نکته تأسفبار آن است که زمینه‌ساز این عملکرد، مفاد ماده ۲ قانون حفاظت محیط‌زیست است که تمام اختیارات و سیاست‌گذاری‌ها را در انحصار دولت قرار داده و تمام اعضای ثابت این شورا از قوه مجریه هستند و نتیجه این انحصار، نقض قوانین و مقررات محیط‌زیست از ناحیه برخی دستگاه‌ها و شرکت‌های بزرگ دولتی، از طریق شکل‌گیری تعارض منافع بین منافع برخی دستگاه‌های دولتی و بین منافع ملی بوده است. بنابراین با وجود تحمیل خسارات غیرقابل‌جبران بر کشور که ناشی از سیاست‌های اقتصادی دولت است، با استناد

به اصل چهلم قانون اساسی (که همان مفاد قاعده لا ضرر است)، از طریق بازنگری در مفاد ماده ۲ و با هدف شکستن انحصار دولت در تصمیم‌گیری‌های حوزه محیط‌زیست، می‌توان از خسارات بیشتر جلوگیری نمود.

## ۲-۲. شواهد وجود بحران محیط‌زیست در کشور و خسارات و ضررهای ناشی از آن

از آنجا که ارزیابی عملکرد محیط‌زیست یکی از مهم‌ترین شاخص‌های سنجش میزان تحقق اهداف محیط‌زیست محسوب می‌شود، با بررسی عملکرد مقامات مسئول محیط‌زیست در کشورمان می‌توان در نوع عملکرد و آثار آن قضاوت نمود. در گزارش مراکز بین‌المللی ارزیابی شاخص عملکرد محیط‌زیستی در طی سال‌های گذشته، طبق شاخص‌های بین‌المللی، وضعیت محیط‌زیست کشورمان دارای رتبه قابل‌قبولی نیست، و بخش قابل‌توجهی از این روند نامطلوب، معلول نقض قوانین و سیاست‌های دستگاه‌های ذی‌ربط است که موجب کسب رتبه پایین در شاخص عملکرد محیط‌زیست (موسوم به EPI) ایران در بین کشورها شده است؛ به طوری که جمهوری اسلامی ایران در رده‌بندی EPI ۲۰۲۰، با کسب رتبه ۶۷ در بین کشورها و کسب امتیاز ۴۸ از امتیاز ۱۰۰، در رتبه نامطلوبی قرار گرفته است. از جمله علل این نابسامانی و رخداد بحران زیست‌محیطی در کشور، عملکرد ضعیف مقامات مسئول در حوزه محیط‌زیست است که نتایج ذیل را به دنبال داشته است:

### ۱-۲-۲. نابودی منابع طبیعی

تشدید بحران کم‌آبی: در حال حاضر خطری که از جانب بحران قریب‌الوقوع محیط‌زیست ایران احساس می‌شود، به مراتب بیش از خطر دشمنان خارجی و منازعات سیاسی داخلی است. با توجه به قرار گرفتن ایران در یکی از مناطق خشک و نیمه‌خشک و وجود محدودیت منابع آبی، قسمت اعظم مناطق کشور همواره با محدودیت آب مواجه است و این وضعیت در بخش‌های مرکزی، جنوبی، جنوب شرق و جنوب غرب کشور بیشتر قابل مشاهده است. از سوی دیگر، امکان انتقال آب از مناطق پرآب کشور

به مناطق خشک و کم آب نیز بیشتر از میزان فعلی امکان پذیر نبوده و امکان جابه جایی آب بین حوزه های آبی وجود ندارد. این روند موجب شده است ایران جزو کشورهای دارای بحران آبی محسوب گردد. در این میان سیاست های غلط برخی دستگاه های دولتی، خصوصاً وزارت نیرو در زمینه منابع آبی کشور با سوء استفاده از ضعف نظارتی سازمان حفاظت محیط زیست، موجب تشدید این بحران در کشور شده است.

از جمله اقداماتی که محدودیت منابع آب را در ایران تشدید و بحرانی کرده است، سیاست های اقتصادی وزارت نیرو است که با صدور مجوز برای برداشت بی رویه از منابع آب زیرزمینی، باعث ازدست دادن غیر قابل برگشت سفره های آب زیرزمینی شده است و عدم مدیریت صحیح مصرف آب به ویژه در بخش های کشاورزی و شرب، و عدم توجه به میزان کسری دریافتی هر سال و عدم اعمال سیاست صرفه جویی متناسب با کاهش دریافت سالانه، منجر به وقوع کاهش سطح آب زیرزمینی، کاهش رطوبت سطحی زمین، از بین رفتن پوشش گیاهی و رشد سریع وسعت مناطق تولید کننده گرد و غبار می گردد. طبق گزارش سازمان جنگل ها، مراتع و آبخیزداری ایران، بیش از دو- سوم خاک ایران (در حدود ۱۱۸ میلیون هکتار) به سرعت در حال تبدیل شدن به بیابان است. به عنوان نمونه، بهره برداری از آب های زیرزمینی برای مالکان چاه ها با مجوز دولتی آزاد است و سالانه ۴ میلیارد متر مکعب از آب های زیرزمینی غیر قابل بازگشت ایران، به سطح زمین پمپاژ می شود. علاوه بر اینکه وزارت کشاورزی با تخصیص یارانه های دولتی برای مصرف کنندگان، تنها بخشی از هزینه های واقعی مصرف انرژی لازم برای پمپاژ آب به سطح را مصرف کنندگان می پردازند. با روند کنونی و با نرخ کنونی مصرف بی رویه آب در ایران، در ۱۲ استان از ۳۱ استان کشور، ظرف ۵۰ سال آینده ذخایر آبی به پایان خواهد رسید (کلاتری، ۳۰ دی ۱۳۹۶).

## ۲-۲-۲. ایجاد آلودگی محیط زیست

آلودگی هوا یکی از علل اصلی تأثیر گذار بر تهدید سلامت جامعه است و بالاترین رقم بیماری های ناشی از عوامل محیطی را به خود اختصاص داده است؛ به طوری که

دومین عامل اصلی مرگ‌های ناشی از بیماری‌های غیرواگیر محسوب می‌شود (ندافی و همکاران، ۱۳۹۸، ص ۱۵۱). سه عامل مهم در طبیعت وجود دارد که می‌تواند آثار تخریبی بر محیط‌زیست ایجاد کند: آلودگی هوا، آلودگی آب و آلودگی خاک. از جمله آلودگی‌های محیطی که اثرات پیدا و پنهان زیادی بر جسم و روان شهروندان دارد، آلودگی هوا است که طبق اظهارات رئیس گروه سلامت هوا و تغییر اقلیم مرکز سلامت محیط و کار وزارت بهداشت، آلودگی هوا در کشور به‌طور متوسط در سال منجر به مرگ بیش از ۴۱ هزار نفر بر اثر بیماری‌های قلبی-عروقی و تنفسی می‌شود. همچنین نتایج مطالعات نشان می‌دهد که بین آلودگی هوا و عفونت ویروس کرونا (کوید ۱۹) رابطه آماری معناداری وجود دارد (شاهسونی، ۲۷ دی ۱۳۹۹) و بنابر سخنان رئیس مرکز تحقیقات آلودگی هوا در پژوهش کده محیط‌زیست دانشگاه علوم پزشکی تهران، بر اساس آخرین گزارش در سال ۱۳۹۷ مرگ ۳۴۴۷ نفر در سنین ۳۰ و بالاتر از آن در تهران به‌علت مواجهه با ذرات معلق کمتر از ۲.۵ میکرون ثبت شده که هزینه اقتصادی آن ۱۳ میلیارد دلار برآورد شده است (شاهسونی، ۲۷ دی ۱۳۹۹).

اکنون بالغ بر ۲۰ سال از زمان بحرانی شدن آلودگی هوا در پایتخت سپری می‌شود و سهم مهمی از آن را آلاینده‌های صنایع بزرگ به خود اختصاص داده‌اند که عمدتاً متعلق به شرکت‌های بزرگ دولتی هستند. با وجود ابلاغ سیاست‌های کلی نظام در حوزه محیط‌زیست توسط مقام معظم رهبری و همچنین تقدیم لایحه هوای پاک به مجلس دهم از طرف دولت یازدهم و تصویب آن در سال ۱۳۹۶ و تأیید شورای نگهبان که تبدیل به قانون شد؛ قانونی که در آن ۲۰ دستگاه مسئول کاهش آلودگی هوا و رسیدگی به این مشکل شده‌اند و باید طبق قانون، با انجام اقداماتی در حوزه‌های مسئولیتی خویش درباره رفع یا کاهش مشکل آلودگی هوا در کلان‌شهرها کمک کنند، اما متأسفانه در مقام اجرای این قانون، هنوز مسئولان مربوطه به جهت ملاحظات سیاسی و منافع اقتصادی، در یافتن علت اصلی این آلاینده‌گی و نحوه رسیدگی به تخلفات محیط‌زیستی با یکدیگر اختلاف نظر دارند و عملاً این قانون کارگشا نبوده است.

## ۲-۲-۳. جلوگیری از توسعه پایدار

در کشورهای کمتر توسعه یافته از جمله ایران، به جهت قانون‌گریزی دولت‌ها، این رابطه منطقی برقرار نمی‌شود؛ در حالی که از الزامات توسعه پایدار این است که محیط‌زیست و منابع طبیعی به عنوان میراث جمعی بشریت به گونه‌ای محافظت شود که علاوه بر پاسخ‌گویی به نیازهای نسل حاضر، ظرفیت پاسخ‌دهی به نیازهای نسل‌های آینده را نیز داشته باشد. بنابراین توسعه را زمانی پایدار می‌خوانیم که مخرب نباشد و امکان حفظ منابع را برای آیندگان فراهم آورد (پوراصغر سنگاچین و همکاران، ۱۳۹۲، ص ۴۶). از سوی دیگر، افزایش جمعیت، رشد اقتصاد، فعالیت‌های صنعتی و پیشرفت‌های حاصل از فناوری‌ها موجب شده تا سیاست‌گذاران بخش اقتصاد، جهت رفع نیازهای بی‌انتهای خود اقدام به تخریب طبیعت و محیط‌زیست نمایند. به همین دلیل الگوی نامناسب استفاده از سرزمین و تغییرات شدید آن منجر به پیدایش بحران‌های زیست‌محیطی شده است.

از آنجا که سلامت جامعه از مهم‌ترین اجزای سنجش توسعه است، از محیط‌زیست تأثیر می‌پذیرد؛ از این رو افزایش ملاحظات زیست‌محیطی، منجر به بالارفتن میزان سلامت افراد جامعه و در نهایت افزایش بهره‌وری آنها شده و به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم می‌تواند بر سطح توسعه‌یافتگی اقتصادی پایدار کشور اثر گذارد (خوشنویس و پژویان، ۱۳۹۱، ص ۳۹). بنابراین تأثیر متقابل اقتصاد و محیط‌زیست بر یکدیگر واقعیتی غیرقابل‌انکار است؛ به گونه‌ای که هر تصمیم اقتصادی مستقیماً بر محیط‌زیست تأثیر می‌گذارد و سیاست‌های زیست‌محیطی نیز اقتصاد را متأثر می‌کند. این در حالی است که در کشور ما هنوز ارزش منافع غیرمستقیم منابع طبیعی که نقش محوری در توسعه پایدار دارد، مدنظر قرار نمی‌گیرد و این اهمال‌تبعات بسیار زیادی، چه از لحاظ توسعه اقتصادی بلندمدت و چه از جنبه حفظ محیط‌زیست به‌همراه خواهد داشت. به‌عنوان نمونه، از نظر وضعیت جنگل‌ها، سهم سرانه هر ایرانی از مجموع جنگل‌های کشور به یک هکتار هم نمی‌رسد که این رقم کمتر از یک‌چهارم سرانه جهانی است. از نظر وضعیت آلودگی هوا نیز وضعیت آلودگی بر اساس مفاد گزارش جامع هوای سازمان

بازرسی کل کشور، ضرر و زیان ناشی از آلودگی هوا در ایران میلیاردها دلار برآورد شده است و بر اساس جدیدترین گزارش بانک جهانی، خسارت سالیانه آلودگی هوا در ایران تا سال ۲۰۱۶ به حدود ۱۳ میلیارد دلار می‌رسد که عاملی موثر در جلوگیری از توسعه پایدار است. از نظر وضعیت فرسایش خاک، میزان فرسایش خاک در جهان حدود ۷۵ میلیارد تن است که سهم ایران از آن بیش از دو میلیارد تن بوده که حدود سه برابر متوسط آسیا است و ارزش اقتصادی خسارت سالیانه فرسایش خاک در کشور قریب ۱۲ هزار میلیارد ریال معادل تخریب یک میلیون هکتار زمین کشاورزی برآورد شده است (وبسایت مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، مرداد ۱۴۰۰). این آمار و موارد بسیار زیادی از موارد مشابه، شاهدهی انکارناپذیر بر مغایرت سیاست‌های اقتصادی کوتاه‌مدت دولت با توسعه اقتصادی پایدار در کشور است که با انگیزه جلب منافع مقطعی و با دورزدن قوانین و مقررات محیط‌زیست انجام می‌شود.

## ۲-۲-۴. تهدید امنیت ملی

سلامت محیط‌زیست ارتباط مستقیم با امنیت محیط زندگی انسان‌ها و همچنین تأمین توسعه پایدار دارد، و رخداد هر نوع اختلال بر محیط‌زیست، آثار زیان‌باری بر امنیت حیات انسانی می‌گذارد؛ زیرا واژه امنیت در حوزه محیط‌زیست، در قرن حاضر نمی‌تواند تابع تعاریف کلاسیک و قدیمی خود باشد و صرفاً بر پایه اقتدار سیاسی یک دولت یا ملت ارزیابی شود. به عبارت دیگر، توجه ویژه به امور محیط‌زیست در راستای طراحی یک تعریف جامع از امنیت ملی است که فراتر از اقتدار سیاسی یک دولت و یا ملت است. بنابراین تلاش برای تأمین امنیت محیط‌زیست که بخش جدایی‌ناپذیر امنیت ملی است، در تدوین برنامه‌های راهبردی ملی، منطقه‌ای و جهانی از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است. به‌عنوان نمونه، طبق گزارش بانک مرکزی در سال ۱۳۹۷ سهم بخش کشاورزی در تولید ناخالص ملی ۱۰ درصد بوده است و این آمار در سال ۱۳۹۹ حدود ۱۱ درصد تولید ناخالص داخلی ایران را که حاصل فعالیت بخش کشاورزی است شامل می‌شود که نزدیک به یک‌چهارم نیروی کار ایران را نیز در استخدام خود دارد؛

کما اینکه بخش کشاورزی از امنیت غذایی ملی نیز پشتیبانی می‌کند. در این شرایط، وجود اختلال در سیستم منابع آبی کشور و برداشت غیرمتعارف از این منابع و همچنین ادامه شیوه‌های برداشت سنتی از منابع آبی که محصول بی‌تدبیری دستگاه‌های ذی‌ربط با هدف جلب منافع کوتاه‌مدت است، زمینه را برای تهدید امنیت غذایی در کشور فراهم نموده است؛ زیرا بخش کشاورزی با اختصاص ۹۲ درصد از کل مصرف آب کشور به خود، تنها در حدود ۶۶ درصد نیاز غذایی جمعیت ایران را تولید می‌کند و با تشدید تنش آبی، خطر کاهش بیشتر تولید بخش کشاورزی دور از انتظار نیست که به‌نوبه خود منجر به افزایش هزینه واردات و وخیم‌تر کردن شرایط اقتصادی کشور می‌شود.

بنابراین میزان خسارات ناشی از بحران آب و بیابان‌زایی در بلندمدت می‌تواند منجر به ایجاد مشکلات بزرگی برای امنیت اقتصادی و سیاسی کشور شود و شاهد این مدعا این است که طبق برآورد بانک جهانی، هزینه سالانه تخریب محیط‌زیست در ایران هم‌اکنون نیز به میزان ۵ تا ۱۰ درصد تولید ناخالص داخلی رسیده است. این در حالی است که با سهل‌انگاری دستگاه‌های مسئول دولتی و عدم پاسخگویی آنها، در سایه عدم نظارت بر عملکردشان، بهره‌برداری نادرست از منابع آب کشور به‌ویژه در بخش کشاورزی سبب شده است که سطح آب سفره‌های زیرزمینی کشور حدود ۱۸ متر کاهش یابد که این به‌معنای تهدید جدی برای منابع غذایی کشور است (محمدجانی و یزدانیان، ۱۳۹۳، ص ۱۲۶).

### ۳-۲. عدم اجرای مطلوب قوانین و مقررات محیط‌زیست زمینه‌ساز بحران کنونی

مهم‌ترین مشکل در حفظ محیط‌زیست، عدم اجرای مطلوب قانون است؛ کما اینکه اکثر موضوعات و مشکلات در جامعه در ابتدا به‌دلیل عدم اجرای قانون به وجود آمده است (رضایی، ۱۴ اسفند ۱۳۹۵). این جمله کوتاه که «مهمترین مشکل در حفاظت محیط‌زیست را عدم اجرای مطلوب قانون» معرفی می‌کند، حقیقت تلخی است که معاون سابق قوانین مجلس با صراحت به آن اذعان نموده است. در همین راستا رئیس فراکسیون محیط‌زیست و توسعه پایدار مجلس شورای اسلامی نیز، مشکلات



محیط‌زیست را ناشی از عدم‌اجرای قوانین و مقررات حفاظت محیط‌زیست ارزیابی کرده و هشدار داده است که در صورت ادامه روند کنونی و عدم‌عزم جزم برای حل بحران‌های حادث‌شده در عرصه محیط‌زیست کشور، خصوصاً آلودگی هوا و فرسایش خاک، آلودگی و تقلیل منابع آب و کاهش تنوع زیستی، بیم آن می‌رود که این مشکلات در آینده نزدیک تبدیل به بحران‌های سیاسی و امنیتی شود. این در حالی است که اصل پنجاهم قانون اساسی در این خصوص بر حفاظت محیط‌زیست و جلوگیری از تخریب آن تأکید دارد و طبق اصل چهل و پنجم قانون اساسی نیز بسیاری از عرصه‌های طبیعی در اختیار حکومت است تا بر اساس منافع ملی درباره آن‌ها اقدام کند. در واقع از نظر قوانین عادی نیز در همه برنامه‌های توسعه محیط‌زیست، قوانین (ماهوی) نسبتاً خوبی وجود دارد (تابش، ۵ خرداد ۱۳۹۵).

شاهد دیگر بر این ادعا، گزارش دفتر مطالعات زیربنایی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی درباره معرفی عوامل مهم نگران‌کننده در حفظ محیط‌زیست کشور از قبیل تخریب جنگل‌ها و مراتع، آلودگی آب‌ها، آلودگی و تخریب خاک، آلودگی هوا و سایر موارد که منجر به بروز بحران در محیط‌زیست و ورود آسیب فراوان به زیست‌بوم کشور شده‌اند را ناشی از عدم‌اجرای مطلوب قوانین و مقررات حفاظت محیط‌زیست دانسته است (وبسایت مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۲۶ خرداد ۱۳۹۷).

#### ۲-۴. ریشه‌یابی رخداد تعارض منافع در اجرای قوانین ماهوی حفاظت محیط‌زیست

پرسش مهم این است که چرا برخی از دستگاه‌های دولتی و شرکت‌های تابع آن‌ها از قبیل وزارت صمت، نفت و کشاورزی و... تمایلی به اجرای کامل قوانین و مقررات محیط‌زیست در حوزه استحقاقی خود ندارند و با وجود اینکه خود از اعضای ثابت شورای عالی محیط‌زیست هستند، اما این قوانین را به‌صورت کاملاً گزینشی اجرا می‌کنند؟ پاسخ به این سؤال با مطالبی که ذکر شد کاملاً روشن است و آن تعارض منافع این دستگاه‌ها با مصالح عمومی زیست‌محیطی است که برای جلب منافع اقتصادی خود توجهی به قوانین آمره محیط‌زیست نمی‌کنند و در سایه مفاد ماده ۲ که همه اختیارات را

به قوه مجریه تفویض کرده است، به راحتی قوانین را دور می‌زنند؛ به طوری که آمار و ارقام و مستندات موجود در عملکرد دستگاه‌های دولتی، خصوصاً وزارت صنعت و معدن و تجارت و وزارت نیرو در حوزه محیط‌زیست، نشان‌گر اولویت دادن به منافع اقتصادی کوتاه‌مدت در برابر مصالح عمومی کشور است و پیامدهای چنین اقداماتی بروز آلودگی‌های مختلف و تخریب و تهی‌سازی شدید منابع طبیعی در کشور بوده است.

دلیل این مدعا، اظهارات رئیس سازمان حفاظت محیط‌زیست درباره عملکرد زیست محیطی برخی از دستگاه‌های دولتی است: «اگر بخواهیم قوانین محیط‌زیست را اجرا کنیم و به آن عمل نماییم، بیش از ۸۰ درصد صنایع کشور را باید تعطیل کنیم» (کلاتری، ۱۸ مرداد ۱۳۹۷). با توجه به اینکه هدف نهایی از حفاظت محیط‌زیست دستیابی به توسعه پایدار در قالب برنامه‌های اقتصادی هماهنگ با اصول حفاظت از محیط‌زیست و ممانعت از تخریب و تهی‌سازی منابع طبیعی تجدیدشونده و غیرقابل تجدید است. از این رو برای حل بنیادی مشکلات بحرانی محیط‌زیست، هرگونه سیاست‌گذاری و برنامه‌ریزی‌های توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی آینده کشور باید بر شالوده حفاظت محیط‌زیست، منابع طبیعی و بهره‌وری خردمندانه از این منابع با نگرش ایجاد تعادل و تناسب بین قانون‌مندی‌های محیط‌زیست و توسعه پایدار صورت گیرد؛ و این مهم جز با برطرف نمودن نقص قانونی برخی از قوانین ساختاری محیط‌زیست محقق نمی‌شود.

## ۲-۵. راهکار رفع تعارض منافع در اجرای قوانین محیط‌زیست طبق مبنای امام خمینی علیه السلام

بر اساس نظریه امام خمینی علیه السلام مفاد قاعده لا ضرر، حکم حکومتی است (خمینی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۵۱)، و احکام حکومتی در سایه قوانین شریعت و بر حسب مصلحت زمان و مکان از ناحیه حاکم اسلامی اعمال می‌شوند (عمید زنجانی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص ۲۲۵). با توجه به اینکه احکام حکومتی از دیدگاه ولایت مطلقه فقیه ناظر بر همه شئون اداره جامعه اسلامی اعم از امور سیاسی، اجتماعی و اقتصادی است و صرفاً ناظر بر امور حسیه

نیست، از این منظر بر دیگر احکام اولی و ثانوی شرع مقدس نیز تقدم رتبی دارد و در مقام تعارض یا تراحم، این قواعد حاکم بر سایر احکام شرعی هستند؛ تا جایی که برتری احکام و قواعد حکومتی نظیر قاعده لا ضرر که ابزار حاکم اسلامی در تقدم و ترجیح مصالح عامه جامعه اسلامی بر منافع خصوصی و حتی عمومی است، ضامن حفاظت از منافع بلندمدت نسل حاضر و نسل‌های آینده است.

در این راستا، حاکم جامعه اسلامی یا منصوبان وی، می‌توانند به قائم‌مقامی از او عمل کرده و آنچه را که وظیفه او است از باب ولایت انجام دهند (محقق داماد، ۱۳۸۳، ج ۳، ص ۲۰۲). این قاعده، توان اعمال در تمام ابعاد اداره جامعه را دارا است و نمی‌توان آن را محدود به بعدی خاص از آن دانست (مهریزی، ۱۳۷۹، ص ۴۴). بنابراین با توجه به مستندات و شواهد قطعی و غیرقابل انکار، در تمام ادوار دولت‌ها در سال‌های گذشته، برخی از اعضای ثابت شورای عالی سیاست‌گذاری، از جمله وزارت کشاورزی و نیرو، به لحاظ تعارض منافع این دستگاه‌ها با مصالح زیست‌محیطی، با هدف جلب منافع کوتاه‌مدت و عملکرد گزینشی خود، از ناقضان اصلی قوانین و مقررات محیط‌زیست بوده‌اند و در نتیجه خسارات و ضررهای سنگینی بر کشور وارد نموده‌اند. در شرایط کنونی، مجلس شورای اسلامی به‌عنوان نائب‌مناب و نماینده حاکم اسلامی، با احراز تهدیدهای زیست‌محیطی و خسارات ناشی از آن، با تکیه بر دیدگاه امام خمینی درباره کارایی و قلمرو گسترده حکومتی قاعده لا ضرر، قادر است با بازنگری در مفاد ماده ۲ و شکستن انحصار دولت در سیاست‌گذاری‌های زیست‌محیطی و با ارتقای شورای عالی حفاظت محیط‌زیست از شورای اداری دولتی به شورای هماهنگی فوای سه‌گانه در امور محیط‌زیست، به ادامه وضع تأسف بار موجود خاتمه داده و زمینه توسعه پایدار زیست‌محیطی در کشور را فراهم نماید.

### نتیجه‌گیری

بحران زیست‌محیطی در کشور متأثر از عوامل مختلفی است. بررسی‌ها نشان می‌دهد تعارض منافع در حوزه محیط‌زیست به‌عنوان مهم‌ترین عامل تأثیرگذار در ایجاد بحران و

چالش‌های کنونی زیست‌محیطی کشور، و زمینه‌ساز نقض قوانین و مقررات محیط‌زیست است. مطابق نتایج این پژوهش، اهمال در مقابله با تخلفات برخی از دستگاه‌های دولتی، در سایه انحصار و سیطره قوه مجریه بر مهم‌ترین نهاد نظارتی زیست‌محیطی کشور و با تکیه بر مفاد ماده ۲ قانون حفاظت محیط‌زیست، و همچنین تبعیض و فقدان ضمانت کافی قانونی در مقابله با متخلفان و ناقضان قوانین حفاظت محیط‌زیست در سایه ضعف قوانین شکلی آئین دادرسی جرائم زیست‌محیطی، با وجود بستر مناسب فقهی و حقوقی، خسارت و زیان‌های جبران‌ناپذیری را بر ملت و مملکت وارد کرده است. از عوامل اصلی و تأثیرگذار در ایجاد بحران و چالش‌های کنونی زیست‌محیطی کشور می‌توان به مواردی همچون رخداد تعارض منافع در حوزه محیط‌زیست در سایه تخلفات فاحش و نقض قوانین و مقررات محیط‌زیست، عدم ضمانت قضایی در برخورد با متخلفان و تخریب‌کنندگان بزرگ محیط‌زیست، عدم وجود بستر مناسب برای کارایی قواعد حقوقی و فقهی مانند قاعده لا ضرر، قاعده منع اختلال نظام، و قاعده اتلاف (خصوصاً بر اساس نظریات فقهی و حکومتی امام خمینی)، برای جلوگیری از تحمیل خسارات زیست‌محیطی بر کشور اشاره کرد.

با بهره‌مندی از راهکار ارائه‌شده، نتایج زیر را برای مدیریت بخشی از بحران زیست‌محیطی می‌توان انتظار داشت:

۱. تقویت شورای عالی محیط‌زیست با ایجاد ساختارهای نظارتی بخشی و فرابخشی آن از طریق ارتقای جایگاه حقوقی شورای عالی حفاظت محیط‌زیست به‌عنوان متولی اصلی نظارت، سیاست‌گذاری و حفاظت و به‌سازی محیط‌زیست، از شورای اداری دولتی و نهاد کاملاً وابسته به قوه مجریه، به شورای عالی فراقوه‌ای و نهاد حاکمیتی مقتدر، در مواجهه با مجرمان و متخلفان قوانین محیط‌زیست.

۲. هماهنگ‌سازی فرآیندهای اجرا، نظارت و قانون‌گذاری، و کارآمدسازی شورای عالی حفاظت محیط‌زیست در تصمیمات مهم و کلیدی امور زیست‌محیطی با تغییر ترکیب شورای عالی محیط‌زیست از طریق عضویت ثابت حقوقی قوای قضاییه و مقننه در این شورا.

۳. جلوگیری از تصویب قوانین، برنامه‌ها، طرح‌ها و پروژه‌های مخالف با پروتکل‌ها و سیاست‌های محیط‌زیست.
۴. اجرای بدون تبعیض قوانین محیط‌زیست بر پایه منافع و مصالح بلندمدت کشور با رفع تعارض منافع طرف‌های ذی‌نفع.
۵. الزام دولت در ترسیم سیاست‌های اقتصادی خود در چارچوب قوانین حفاظت از منابع طبیعی و محیط‌زیست.
۶. پیگرد و صدور حکم حکومتی علیه تخریب‌کنندگان بزرگ زیست‌محیطی، با تکیه بر قواعد حاکمیتی فقهی و حقوقی مندرج در فتاوای مراجع عظام و منابع و اسناد قانونی بالادستی.

## فهرست منابع

\* قرآن کریم

۱. آخوند خراسانی، محمد کاظم. (۱۴۰۹ق). کفایة الاصول (ج ۲). قم: مؤسسه آل البیت لإحیاء التراث.
۲. انصاری، مرتضی. (۱۴۱۶ق). فوائد الاصول. قم: انتشارات جامعه مدرسین.
۳. پوراصغر سنگاچین، فرزما؛ صالحی، اسماعیل و دیناروندی، مرتضی. (۱۳۹۲). مقایسه روش‌های سنجش توسعه پایدار منطقه‌ای با استفاده از شاخص‌های ترکیبی. فصلنامه پژوهش‌های محیط‌زیست، ۴(۷)، صص ۴۵-۵۸.
۴. تابش، محمدرضا. (۱۳۹۵). حل مشکلات زیست‌محیطی نیازمند همکاری‌های بین‌المللی است/ ۱.۶ میلیارد دلار خسارت سالانه آلودگی هوا در ایران. بازیابی شده در ۵ خرداد ۱۳۹۵، از <https://www.icana.ir/Fa/News/299752>.
۵. خوشنویس، مریم؛ پژوهان، جمشید. (۱۳۹۱). بررسی تأثیر آلودگی محیط‌زیست بر شاخص توسعه در کشورهای توسعه‌یافته. فصلنامه اقتصاد مالی، ۶(۲۰)، صص ۳۹-۶۸.
۶. رضایی، امیدوار. (۱۳۹۵). عدم‌اجرای قانون مشکل اصلی در حفاظت از محیط‌زیست/ ابهام در قوانین محیط‌زیستی از معاونت قوانین مجلس استعلام شود. بازیابی شده در ۱۴ اسفند ۱۳۹۵، از: <https://www.icana.ir/Fa/News/326366>.
۷. شاهسونی، عباس. (۱۳۹۹). آلودگی هوا سبب مرگ زودرس سالانه ۴۱ هزار نفر در کشور است. بازیابی شده در ۲۷ دی ۱۳۹۹، از: [irna.ir/xjCBDL](http://irna.ir/xjCBDL).
۸. عاملی، محمد. (۱۴۱۶ق). وسائل الشیعه: کتاب احیاء موات. قم: انتشارات مؤسسه آل البیت لإحیاء التراث.
۹. عبداللهی، محسن؛ فریادی، مسعود. (۱۳۸۹). چالش‌های حقوقی سازمان حفاظت محیط‌زیست ایران. فصلنامه علوم محیطی، ۷(۴)، صص ۱۸۰-۱۴۳.

۱۰. عمید زنجانی، عباسعلی. (۱۴۲۱ق). فقه سیاسی (چاپ چهارم، ج ۲). تهران: انتشارات امیرکبیر.
۱۱. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.
۱۲. قانون برنامه پنج‌ساله ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران.
۱۳. قانون حفاظت و به‌سازی محیط‌زیست.
۱۴. کلانتری، عیسی. (۱۳۹۶). ۳۰ سال دیگر ایران به کشور ارواح بدل می‌شود/ذخایر آب ۱۲ استان، در ۵۰ سال آینده به پایان خواهد رسید. بازیابی شده در ۳۰ دی ۱۳۹۶، از <http://www.didbaniran.ir/fa/tiny/news-39464>
۱۵. کلانتری، عیسی. (۱۳۹۷). اجرای قوانین محیط‌زیست ۸۰ درصد صنعت کشور را تعطیل می‌کند. بازیابی شده در ۱۸ مرداد ۱۳۹۷، از: [irna.ir/xjqthG](http://irna.ir/xjqthG)
۱۶. محقق داماد، سیدمصطفی. (۱۳۸۳). قواعد فقه (ج ۳، چاپ دوازدهم). تهران: انتشارات مرکز نشر علوم اسلامی.
۱۷. محقق داماد، سیدمصطفی. (۱۳۸۹). قواعد فقه: بخش مدنی ۱ (ج ۱). تهران: انتشارات مرکز نشر علوم اسلامی.
۱۸. محمدجانی، اسماعیل؛ یزدانیان، نازنین. (۱۳۹۳). تحلیل وضعیت بحران آب در کشور و الزامات مدیریت آن. فصلنامه روند، ۲۱(۶۶-۶۵)، صص ۱۱۷-۱۴۴.
۱۹. مرادحاصل، نیلوفر؛ مزینی، امیرحسین. (۱۳۸۷). ارزیابی نقش دولت در چالش‌های زیست‌محیطی ایران. مجله علوم و تکنولوژی محیط‌زیست، ۱۰(۴)، صص ۱۱-۲۴.
۲۰. موسوی خمینی، سیدروح‌الله. (۱۳۷۸). صحیفه امام خمینی (ج ۱۵). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۲۱. موسوی خمینی، سیدروح‌الله. (۱۴۱۰ق). الرسائل (ج ۱). قم: انتشارات مؤسسه اسماعیلیان.
۲۲. مهریزی، مهدی. (۱۳۷۹). فقه‌پژوهی. تهران: انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۲۳. ندافی، کاظم؛ حسونند، محمدصادق و فریدی، ساسان. (۱۳۹۸). مروری بر مطالعات کیفیت هوای آزاد و اثرات آن بر سلامت در ایران. سلامت و محیط‌زیست، ۱۲(۱)، صص ۱۵۱-۱۷۲.

۲۴. وبسایت مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی. (۱۳۹۵). نگاهی کلی بر بخش محیط‌زیست در مجلس دهم. بازیابی شده در ۵ خرداد ۱۳۹۵، از: <https://rc.majlis.ir/fa/news/show/970329>

۲۵. وبسایت مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی. (۱۴۰۰). آسیب‌شناسی بخش محیط‌زیست به‌منظور دستیابی به محورهای برنامه هفتم توسعه. بازیابی شده در مرداد ۱۴۰۰، از: <https://rc.majlis.ir/fa/report/download/1667950>



## References

\* The Holy Qur'an

1. Abdullahi, M., & Faryadi, M. (1389 AP). Legal Challenges of the Environmental Protection Organization of Iran. *Journal of Environmental Sciences*, 7(4), pp. 143-180. [In Persian]
2. Akhund Khorasani, M. K. (1409 AH). *Kifayat al-Usul*. (Vol. 2). Qom: Mu'asisah Alulbayt le Ihya al-Torath. [In Arabic]
3. Ameli, M. (1416 AH). *Wasa'il al-Shia: Kitab Ihya Mawat*. Qom: Publications of Alulbayt le Ihya al-Torath Institute. [In Arabic]
4. Amid Zanjani, A. A. (1421 AH). Political jurisprudence. (4<sup>th</sup> ed., vol. 2). Tehran: Amirkabir Publications. [In Arabci]
5. Ansari, M. (1416 AH). *Fawa'id al-Usul*. Qom: Teachers Association Publications. [In Arabic]
6. Kalantari, I. (1396 AP). *In 30 years Iran will become a ghost country / The water reserves of 12 provinces will be exhausted in the next 50 years*. December 20, 2017, from <http://www.didbaniran.ir/fa/tiny/news-39464>. [In Persian]
7. Kalantari, I. (1397 AP). *Enforcement of environmental laws closes 80% of the country's industry*. August 18, 2016, from: [irna.ir/xjqthG](http://irna.ir/xjqthG). [In Persian]
8. Khoshnevis, M., & Pajouyan, J. (1391 AP). Investigating the effect of environmental pollution on the development index in developed countries. *Journal of Financial Economics*, 6(20), pp. 39-68. [In Persian]
9. Law of the Sixth Five-Year Plan for Economic, Social and Cultural Development of the Islamic Republic of Iran.
10. Law on Environmental Protection and Improvement.
11. Mehrizi, M. (1379 AP). *Fiqh Studies*. Tehran: Ministry of Culture and Islamic Guidance Publications. [In Persian]
12. Mohaghegh Damad, S. M. (1383 AP). *Rules of Islamic Jurisprudence*. (Vol. 3, 12<sup>th</sup> ed.). Tehran: Islamic Sciences Publishing Center Publications. [In Persian]

13. Mohaghegh Damad, S. M. (1389 AP). *Rules of Islamic jurisprudence: Civil section 1* (Vol. 1). Tehran: Islamic Sciences Publishing Center Publications. [In Persian]
14. Mohammadjani, E., & Yazdani, N. (1393 AP). Analysis of the water crisis in the country and its management requirements. *Ravand*, 21(65-66), pp. 117-144. [In Persian]
15. Moradhasil, N., & Mazini, A. H. (1387 AP). Assessing the role of government in Iran's environmental challenges. *Journal of Environmental Science and Technology*, 10(4), pp. 11-24. [In Persian]
16. Mousavi Khomeini, S. R. (1378 AP). *Sahifa of Imam Khomeini* (vol. 15). Tehran: Institute for Publications and Preparation of Imam Khomeini's Works. [In Persian]
17. Mousavi Khomeini, S. R. (1410 AH). *Al-Rasa'il*. (vol. 1). Qom: Esmailian Institute Publications. [In Persian]
18. Nadafi, K., & Hassanvand, M. S., & Faridi, S. (1398 AP). A review of open air quality studies and their effects on health in Iran. *Health and the Environment*, 12(1), pp. 151-172. [In Persian]
19. Poorasghar Sangachin, F., & Salehi, E., & Dinarvandi, M. (1392 AP). Comparison of methods for measuring regional sustainable development using combined indicators. *Journal of Environmental Research*, 4(7), pp. 45-58. [In Persian]
20. Rezaei, O. (1395 AP). *Non-implementation of the law The main problem in environmental protection / Ambiguity in environmental laws should be inquired from the Deputy Minister of Parliamentary Law*. March 5, 2017, from: <https://www.icana.ir/Fa/News/326366>. [In Persian]
21. Shahsoni, A. (1399 AP). *Air pollution causes premature death of 41,000 people annually in the country*. December 17, 2016, from: [irna.ir/xjCBDL](http://irna.ir/xjCBDL). [In Persian]
22. Tabesh, M. R. (1395 AP). *Solving environmental problems requires international cooperation / \$ 1.6 billion Annual air pollution damage in Iran*. June 25, 2016, from <https://www.icana.ir/Fa/News/299752>. [In Persian]

23. The Constitution of the Islamic Republic of Iran.
24. Website of the Research Center of the Islamic Consultative Assembly. (1395 AP). *An overview of the environmental sector in the tenth parliament*. June 25, 2016, from: <https://rc.majlis.ir/fa/news/show/970329>. [In Persian]
25. Website of the Research Center of the Islamic Consultative Assembly. (1400 AP). *Pathology of the environmental sector in order to achieve the axes of the Seventh Development Plan of Iran*. August 2021, from <https://rc.majlis.ir/en/report/download/1667950>. [In Persian]

## **Editorial Board**

### **Abdorreza Eizadpanah**

Board of Trustees Member of Islamic Propagation Office

### **Reza Esfandiari (Islami)**

Associate Professor, Islamic Sciences and Culture Academy

### **Sayyed Ahmad Hosseini**

Member of the Assembly of Leadership Experts and member of Iranian Guardian Council

### **Mohammad Zarvandi Rahmani**

Associate Professor, Al-Mustafa International University

### **Sayyed Abbas Salehi**

Assistant Professor, Islamic Sciences and Culture Academy

### **Seifollah Sarrami**

Associate Professor, Islamic Sciences and Culture Academy

### **Ahmad Moballeghi**

Member of the Assembly of Leadership Experts

### **Sayyed Ziya Mortazavi**

Associate Professor, Islamic Sciences and Culture Academy

### **Mohammad Sadegh Mazinani**

Fourth Level Researcher at Qom Seminary

### **Mohammad Hassan NajafiRad**

Assistant Professor, Islamic Sciences and Culture Academy



### **Reviewers of this Volume**

Mohammad Rasul Ahangaran, Asadollah Rezaei, Taha Zargarian, Adel Sarikhani, Mohammad Jafar Sadeghpour, Seifollah Sarrami, Hassanali AliAkbarian, Mahdieh Qanizadeh, Sayyed Ziya Mortazavi, Mohsen Malek Afzali Ardakani.



*!Fiqh*

A Quarterly Scientific\_Research Journal

**Vol. 29, No. 1, Spring 2022**

**109**

Islamic Propagation Office, Qom Seminary  
Islamic Sciences and Culture Academy  
(Research Center for Jurisprudence and Law)  
[www.isca.ac.ir](http://www.isca.ac.ir)

**Director.in.Charge:**  
**Abdorreza Eizadpanah**

**Editor.in.Chief:**  
**Reza Esfandiari (Islami)**

**Executive Director:**  
**Abdul Samad Aliabadi**

---

**Tel.:+ 98 25 31156912 ☐ ✉ P.O. Box. 37185.3688**

**Jf.isca.ac.ir ☐ Feqh.osul@gmail.com**



## راهنمای اشتراک مجلات تخصصی دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم



### ضمن تشکر از حسن انتخاب شما

مرکز توزیع مجلات تخصصی دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم عهده دار توزیع و اشتراک مجلات ذیل می باشد. لطفاً پس از انتخاب مجله مورد نظر، فرم ذیل را تکمیل کرده و به نشانی ارسال فرمایید.

### فرم اشتراک

حوزه	فقه	نقد و نظر	آینه پژوهش	جستارهای فقهی و اصولی
یک سال اشتراک ریال ۸۰۰/۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۱/۴۰۰/۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۱/۴۰۰/۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۹۶۰/۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۸۰۰/۰۰۰
پژوهشهای قرآنی	اسلام و مطالعات اجتماعی	علوم سیاسی	تاریخ اسلام	آیین حکمت
یک سال اشتراک ریال ۱/۴۰۰/۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۱/۴۰۰/۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۳۲۰/۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۳۲۰/۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۳۲۰/۰۰۰

نام پدر:	نام و نام خانوادگی:	نام:
میزان تحصیلات:	تاریخ تولد:	نهاد:
		شرکت:

کد اشتراک قبل:	کد پستی:	استان:
پیش شماره:	صندوق پستی:	شهرستان:
تلفن ثابت:	رایانامه:	خیابان:
تلفن همراه:		کوچه:
		پلاک:

هزینه های بسته بندی و ارسال به عنوان تخفیف محاسبه شده است.

قم، چهارراه شهدا، ابتدای خیابان معلم، نشر پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی  
 کد پستی: ۳۷۱۵۶-۱۶۴۳۹      تلفن: ۰۲۵-۳۷۱۱۶۶۶۷  
 شماره پیامک: ۳۰۰۰۲۷۰۲۵۰۰۰۰۰      رایانامه: magazine@isca.ac.ir

شماره حساب سیبایانک ملی ۰۱۰۹۱۴۶۰۶۱۰۰۵      نشر پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی