

نگرشی انتقادی به سیاست سخت گیرانه نهاد غصب و لزوم درجه بندی مسئولیت (بر پایه کیفیت دخالت عنصر درون ذاتی حُسن یا سوءنیت)

محمد رضا کیخا^۱ - علیرضا آبین^۲

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۸/۱۲ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۲/۱۷

چکیده

احترام به اموال از قواعد مسلم است و استیلا نامشروع یا اضرار ناروا به آن سبب تحقق ضمان قهری فرد خاطی می گردد. نگاه مقاصدی و اهمیت صیانت از حقوق مالی افراد جامعه و تضمین حقوق ایشان از این ناحیه موجب شده تا قانون گذار، سیاست های سخت گیرانه ای را در این زمینه اعمال کند که از جمله در قاعده «الغاصبُ یُؤخَذُ بِأَشَقِّ الْأَحْوَالِ» تبلور یافته است. در خصوص اعتبار این قاعده (نسبت به متصرف جاهل یا عالم)، در فقه امامیه، اهل سنت و حقوق ایران لاقلاً دو جریان رقیب مطلقاً قابل شناسایی است: در یک نگاه این قاعده مطلقاً فاقد اعتبار بوده و در نگاه مقابل، اعتبار این قاعده از مسلمات فقهی و حقوقی بوده و ضرورت های اجتماعی پشتوانه اش می باشد. این پژوهش ضمن شناسایی نهاد غرامت تنبیهی در حقوق اسلام، نشان می دهد که در تحلیل این قاعده باید راهی میانه را برگزید و بر پایه وجود یا فقدان عنصر درون ذاتی حُسن نیت در متصرف غیرمجاز، مجرای مناسب و معقول جهت جریان قاعده جست. پدیده ای که در فقه اهل سنت، رگه هایی از آن قابل اصطیاد بوده و از آن به تمایز حکمی میان غاصب ذوشبهه و غاصب غیرذوشبهه یاد کرده اند. از این رو پیشنهاد ما درجه بندی مسئولیت مدنی از حیث شدت و ضعف است.

واژگان کلیدی: غصب، شبه غصب، درجه بندی مسئولیت مدنی، خسارت (غرامت) تنبیهی، مسئولیت شبه کیفری یا تنبیهی.

۱. دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات، دانشگاه سیستان و بلوچستان، سیستان و بلوچستان، ایران.

kaykha@hamoon.usb.ac.i

نویسنده مسئول

۲. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات، دانشگاه سیستان و بلوچستان، سیستان و بلوچستان، ایران.

Alireza_abin@theo.usb.ac.ir

مقدمه

اصولاً قاعده «الغاصب یؤخذ بأشقّ الاحوال» ذیل این فرع فقهی مطرح می‌شود که «چنانچه در اثر عمل و فعالیت غاصب، ارزش اقتصادی مال غصبی فزونی یابد، آیا زیادت ارزش به غاصب تعلق گرفته یا همراه با عین مغصوبه به مالک باز می‌گردد»؟ باید توجه داشت که ارزش زیاده‌ای که در مال غصبی بر اثر فعالیت غاصب به وجود می‌آید به سه گونه قابل تصویر است: گاه اثر محض است، مانند ساختن مجسمه‌ای زیبا از تخت سنگ غصب شده؛ گاه عین است، مانند کاشتن دانه غصبی و تبدیل آن به درخت و گاه، صفتی است که با مال غصب شده ترکیب یافته، نظیر رنگ کردن پیراهن غصبی.^۱ مشهور فقهای امامیه^۲ و نیز فقه جمهور^۳ و به تبع آن‌ها، برخی حقوقدانان^۴ و رویه قضایی ایران^۵ به استناد ماده ۳۱۴ ق.م. قائل به اعتبار سیاست سخت گیرانه اخذ به اشقّ احوال شده‌اند؛ با وجود این برخی از فقها و حقوق دانان معاصر به کلی اتخاذ هر گونه سیاست سخت گیرانه را فاقد اعتبار تلقی کرده و معتقدند که این قاعده مخالف اصول بنیادین حقوق مسئولیت مدنی از جمله اصل جبران کامل خسارت و جلوگیری از دارا شدن ناعادلانه (استفاده بلاجهت) یکی از طرفین دعوا می‌باشد. این اندیشمندان نه تنها اعمال سیاست مزبور را در خصوص شبه غاصب جاهل و با حسن نیت تجویز نمی‌کنند، بلکه پا را فراتر نهاده و بر این عقیده‌اند که اتخاذ چنین رویکردی در مورد غاصب با سوءنیت (عدوان) نیز خلاف منطق حقوقی است.^۶

در خصوص این قاعده علاوه بر کتب فقهی، به ویژه دو مقاله قابل اعتناء به رشته تحریر درآمده است؛ یکی مقاله «الغاصب یؤخذ بأشقّ الاحوال» نگاشته دکتر عبدالله خدابخشی که به

۱. رشتی، میرزا حبیب‌الله، کتاب الغصب، (تصحیح و تحقیق: حسن قاسمی)، تهران: انتشارات مدرسه عالی شهید مطهری، ۱۳۸۸، ل ۲۵۲.

۲. همان، ۲۵۲ به بعد - نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی توبه الجدید، چاپ اول، ج ۱۹، قم: موسسه دائره المعارف طبقا لمذهب اهل‌البیت، ۱۴۳۶ (ه.ق)، ل ۹۵ به بعد.

۳. الخفیف، علی، الضمان فی الفقه الاسلامی، القاہرہ: دارالفکر العربی، ۱۹۹۷ (م)، ل ۲۱۰ به بعد.

۴. بهرامی احمدی، حمید، ضمان قهری (مسئولیت مدنی) با مطالعه تطبیقی در فقه مذاهب اسلامی و نظام‌های حقوقی، چاپ اول، تهران: نشر دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۹۱، ل ۴۲۱ به بعد.

۵. حسینی، سید محمدرضا، قانون مدنی در رویه قضایی، چاپ چهارم. تهران: نشر مجد، ۱۳۸۷: ۱۰۸.

۶. صفایی، سید حسین و حبیب‌الله رحیمی، مسئولیت مدنی، چاپ پنجم، تهران، نشر سمت، ۱۳۹۲، ل ۳۰ - کاتوزیان، ناصر، الزام‌های خارج از قرارداد، چاپ هشتم، ج ۲، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۶، ل ۲۲۸ - میرشکاری، عباس، در پیشگاه قاضی (تحلیل رویه قضایی در زمینه مسئولیت مدنی)، تهران: نشر جنگل، ۱۳۹۳، ل ۷۲ و ۷۳.

سال ۱۳۹۰ در شماره ۶۱ مجله فقه اهل بیت چاپ شده و مقاله دوم تحت عنوان «نقد و بررسی آرای فقهی در باب قاعده الغاصب یوخذ باساق الاحوال و قلمرو مصداقی آن»، نگاشته دکتر ابوالفضل علیشاهی قلعه‌جوقی است که در سال ۱۳۹۱ در شماره ۸۹، مجله مطالعات اسلامی: فقه و اصول به چاپ رسیده است. علی‌رغم اهمیت و یافته‌های درخور و قابل اعتناء این دو مقاله ارزنده، لیکن وجه فارق اساسی و بنیادین آن‌ها با نوشتار پیش‌رو، در این است که پژوهش حاضر به صورت موجه جزئی (فی‌الجمله)، به مطالعه انتقادی قاعده صرفاً از زاویه کیفیت دخالت یا عدم دخالت عنصر روانی و درون‌ذاتی سوء و حسن نیت پرداخته است؛ وانگهی ما در این پژوهش به تبیین ابعاد نظریه جالب و مترقی «غاصب ذوشبهه» در فقه اهل سنت و نیز حقوق مصر پرداخته و رنگ و بوی مطالعه تطبیقی در حقوق اسلامی را چاشنی کار کرده‌ایم؛ همچنین کوشش شده تا ردّ پایی از نظریه خسارت تنبیهی در حقوق اسلام را یافته و در نهایت اصل سلسله مراتبی بودن مسئولیت متصرف غیرقانونی را پیشنهاد دهیم.

به‌هرروی پس از طرح محل نزاع، ابتدا به تجزیه و تحلیل نظریه عدم اعتبار قاعده پرداخته و پس از آن، نظریه اعتبار قاعده را از نظر خواهیم گذراند و در نهایت، دیدگاه خویش (نظریه تعدیل یافته) را ارائه خواهیم نمود.

۲-۱. تبیین چالش فرا روی

صرف نظر از اختلافات فقهای امامیه و عامه در تبیین حقیقت ماهوی غضب،^۱ اما در حقوق اسلام، اصل عام اولی این است که استیلا بر حق دیگری، به ناروا غضب به شمار رفته و ضمان آور تلقی می‌گردد، چه مستند این التزام به تضمین مدنی، علاوه بر ادله حرمت مال و روایت «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ»^۲؛ همچنین مقصدانگاری صیانت از مال در قبال اعمال نامشروع، به‌عنوان یکی از مقاصد اصلی و کلان شریعت است.^۳

۱. الخفیف، پیشین: ۱۰۹ به بعد - بروجردی، سید حسین، *تقریرات ثلاث*، مقرر: علی پناه اشتهاردی، چاپ اول، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۳ (ق.ه)، ل ۱۵۰ به بعد و ۱۶۰.

۲. زحیلی، وهبه، *نظریه الضمان او احکام المسوولیه المدنیه و الجنایه فی الفقه الاسلامی: دراسه مقارنه*، چاپ نهم، بیروت: ثقافه الاختلاف - دارالفکر، ۱۴۳۳ (ق.ه)، ل ۱۹۴ و ۱۹۵.

۳. الریسونی، احمد، *نظریه المقاصد عند الامام الشاطبی*، بیروت: مؤسسه الجامعه الدراسات، ۱۴۱۲ (ق.ه)، ل ۱۹ به بعد - علوانی، طه جابر، *مقاصد الشریعه (مقاصد های شریعت)*، مترجم: سید ابوالقاسم حسینی، چاپ اول، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۸، ل ۱۸۳ به بعد.

جمهور فقیهان بر این عقیده‌اند که برای تحقق غضب، لاقل تحقق سه رکن ضرورت دارد: (۱) تحقق واقعه‌ای مادی که از آن به استیلا تعبیر می‌گردد؛ (۲) تعدی و عدوان بر حق غیر؛ (۳) محل و طبیعت این عدوان که غضب را از همتای کیفری خود، یعنی سرقت تمیز می‌دهد.^۱ تحقق این ارکان سه‌گانه لاقل دو اثر در پی دارد، یکی اثر وضعی است که همان ضمان مدنی شخص مستولی است و دیگری، اثر تکلیفی خواهد بود که همان گناه شخص خاطی و استحقاق عقاب اخروی است، مشروط بر آنکه اهلیت خطاب جنایی (کیفری) را دارا بوده و مکلف باشد.^۲ در میان این ارکان، آنچه در ارتباط مستقیم با نوشتار حاضر است، رکن دوم می‌باشد که توضیح آن در پی می‌آید.

در میان فروع متنوع ناظر به حوزه غضب، مسئله محوری نوشتار حاضر، ناظر به موردی است که افزایش قیمت و ارزش عین مغضوبه در نتیجه کار و فعالیت غاصب یا شبه‌غاصب (چه با سوءنیت و چه با حسن نیت) باشد.^۳ در این خصوص چند فرض قابل تصور است؛ الف) گاه صرف عمل غاصب سبب افزایش قیمت عین مغضوبه می‌شود که بر دو گونه است: (۱) در برخی موارد عمل غاصب جنبه معنوی داشته و اثر مادی ندارد، لیکن وجود جنبه معنوی موجب افزایش قیمت می‌گردد، مانند جایی که به حیوان غضب‌شده هنری بیاموزد؛ (۲) در پاره‌ای اوقات نیز عمل غاصب جنبه مادی داشته، به این صورت که عملش موجب زوال اسم مال مغضوب‌شده و عین مغضوبه عرفاً تبدیل ماهیت می‌یابد، مثلاً غاصب گندم را غضب و آن را آسیاب کرده و تبدیل به آرد نماید یا اینکه سنگ کم‌ارزشی را غضب نموده و از آن تندیس زیبا بسازد یا نقره و طلا را غضب کرده و از آن جواهری بی‌بدیل یا سکه سازد؛ (۳) گاه عمل غاصب تنها موجب افزایش ارزش مادی مال می‌شود، بدون اینکه در عین مغضوبه تغییر ماهوی رخ دهد. نظیر موردی که صندلی دیگری را غضب می‌کند و سپس با تزیین و تعمیر آن موجب افزایش قیمت

۱. سراج، محمد احمد، *ضمان العدوان فی الفقه الاسلامی: درسه مقارنه باحکام المسئولیه التفسیریه فی القانون*، القاہرہ: دارالثقافہ للنشر و التوزیع، ۱۴۱۰ (ه.ق)، ل ۲۶۳. محل عدوان در غضب، شامل منقولات، منافع، غیر منقولات، اختصاصات و... می‌گردد، اما سرقت و حراہ به اموال منقول اختصاص دارد؛ وانگهی در سرقت، عمد و استتار و ارتکاب عملیات مخفیانه شرط است اما در غضب چنین نیست (سراج، همان، ل ۲۶۹ و ۲۷۰).

۲. همان، ۲۷۴ و ۲۷۵.

۳. محل بحث شامل موردی که افزایش قیمت و ارزش عین مغضوبه مربوط به نوسانات بازار یا... بوده و ربطی به فعالیت غاصب ندارد، نمی‌باشد؛ چه در این فرض عین مغضوبه همراه با ارزش افزوده‌اش به مالک آن بازگردانده می‌شود. در این حکم میان فقها و حقوقدانان اختلاف نظری به چشم نمی‌خورد.



آن می‌شود. ب) گاه غاصب بر عین مغضوبه مالی دیگر، از خویش یا شخص ثالثی، افزوده و سبب افزایش عینی آن می‌شود که خود بر دو نوع قابل تصویر است: یکی اینکه عین اضافه‌شده قابل انفکاک از عین مغضوبه باشد؛ و دیگر آنکه عین اضافه‌شده قابل انفکاک از عین مغضوبه نباشد.^۱ در خصوص حالت «الف» (زیادت قیمت مال مغضوب^۲ در اثر عمل غاصب بدون ایجاد زیادت عینی در مال غضبی است)، صدر ماده ۳۱۴ ق.م.ا^۲ اطلاق داشته و تمامی شقوق این فرض را دربرمی‌گیرد. مشهور فقها بر این عقیده‌اند که در این حالت، غاصب هیچ‌گونه حقی نسبت به زیاده و ارزش افزوده نخواهد داشت و در نتیجه عین مغضوبه به همراه ارزش مالی و اقتصادی افزایش یافته آن به مالک مسترد می‌گردد. فقها در این زمینه استدلال‌های متنوعی را ابراز داشته‌اند که همگی مؤید اعتبار قاعده «الغاصب یؤخذ بأشق الاحوال» می‌باشد و خود بیانگر اعمال سیاست سخت‌گیرانه بر غاصب است.^۳ با وجود این برخی فقها و حقوق‌دانان در دیدگاهی مخالف معتقدند که زیاده باید به غاصب مسترد گردد یا معادل ارزشی آن به وی داده شود. این دیدگاه قاعده فوق را مخدوش و فاقد اعتبار جلوه می‌دهد.^۴ به نظر می‌رسد که وجه تشابه هر دو نظریه در اطلاق آن دو است.

در خصوص حالت «ب» (افزایش زیادت عینی به مال غضبی توسط غاصب) نیز ذیل ماده ۳۱۴ ق.م.ا^۵ به تبع مشهور فقیهان امامیه اشعار دارد در صورتی که عین [مال مادی] اضافه‌شده قابل انفکاک از عین مغضوبه باشد بایستی حکم به استرداد عین به غاصب [یا شخص ثالث] داد؛^۶ استادان حقوق نیز همین عقیده را داشته و در موردی که غاصب طلا را به انگشتر بدل کرده و نگینی به آن بیفزاید، عین افزوده‌شده را متعلق به غاصب انگاشته‌اند^۷

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

۱. ر.ک: میرشکاری، پیشین، ل ۶۹ تا ۷۵.
۲. «...در اثر نتیجه عمل غاصب، قیمت مال مغضوب زیاد شود، غاصب حق مطالبه‌ی زیادی را نخواهد داشت».
۳. رشتی، پیشین، ل ۲۵۲ به بعد - نجفی، پیشین، ج ۱۹، ل ۹۵ به بعد؛ بهرامی احمدی، پیشین، ص ۴۲۱ به بعد - حسینی، پیشین، ل ۱۰۸.
۴. خوئی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهه (مکاسب)، ج ۶ (تقریرکننده محمدعلی توحیدی) (بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا)، ل ۳۹۲ - کاتوزیان، پیشین، ج ۲، ل ۲۲۸.
۵. «... مگر اینکه آن زیادتی عین [مال مادی] باشد که در این صورت عین زائد متعلق به خود غاصب است».
۶. نجفی، پیشین، ل ۹۵ به بعد - رشتی، پیشین، ل ۵۵۲ به بعد.
۷. صفایی و رحیمی، پیشین، ل ۳۰.

و چنانچه در اثر انفکاک آن، نقصانی پدید آید، بر عهده غاصب خواهد بود،^۱ اما ماده فوق به صورتی که امکان انفکاک نباشد اشاره ای نکرده است. باین وجود به نظر می رسد حکم به شرکت مزجی میان غاصب و مالک با مبانی فقهی و منطق حقوقی هم خوانی بیشتری داشته باشد؛ زیرا فقها نیز قائل به ایجاد شرکت مزجی قهری میان مالک با غاصب [یا شخص ثالث] شده اند.^۲ فقها از این مورد عمدتاً ذیل عنوان «حکم ما لو غصب دهننا فخلطه بمثله او بأدون او بأجود» بحث نموده و معتقدند که مالک با غاصب [یا شخص ثالث] حقیقتاً یا حکماً شریک می شوند؛ زیرا معتقدند که سبب شرکت، یعنی مزج حاصل شده است. حکم شرکت بر آن بار می شود؛ زیرا در تحقق مزج فرقی نمی کند که مزج به صورت اختیاری تحقق یافته باشد و یا اتفاقی یا غصبی صورت گرفته باشد^۳ و جالب اینکه در اینجا حکم به ذی حق بودن غاصب نموده و هیچ گونه استدلالی به قاعده «الغاصب یؤخذ بأشق الاحوال» به چشم نمی خورد. نتیجه آنکه حالت اخیر و شقوق آن، خروج تخصصی از محل بحث داشته و به عنوان مصداقی برای جریان قاعده «یؤخذ الغاصب بأشق الاحوال» تلقی نشده اند؛ زیرا سیاست سختگیری در جایی مصداق واقعی و ملموس می یابد که غاصب از فایده ناشی از فعالیتش و ارزش افزوده مال غصبی بی بهره ماند؛ بنابراین حالت اول و شقوق آن، محل بحث ما است و آنچه در پی می آید مختص تحلیل ها و جریان های رقیب مطلق گرا یا نسبی گرای ناظر به این فرض خواهد بود.

۲. نظریه های فقیهان امامیه، اهل سنت و حقوق دانان ایرانی

از مطالعه کتب فقهی و حقوقی، لاقلاً دو جریان رقیب در قبال قاعده «الغاصب یؤخذ بأشق الاحوال» قابل استنباط به نظر می رسد؛ یکی رویکردی است که اعتبار قاعده مزبور را به کلی مخدوش دانسته و علاوه بر نفی سیاست سخت گیرانه قاعده، همچنین عنصر روانی سوء و حسن نیت را به کلی دخیل ندانسته است؛ رویکرد دیگر بر اعتبار و صحت این قاعده مهر تأیید زده، اما بازهم عنصر روانی سوء و حسن نیت را در سیاست سخت گیرانه قاعده دخیل ندانسته است. آنچه در پی می آید تبیین استدلال های هر دو نظریه مزبور است.

۱. میرشکاری، پیشین، ل ۷۴.

۲. همان.

۳. ر.ک: نجفی، پیشین، ص ۱۰۳ تا ۱۰۷ - رشتی، پیشین، ل ۲۷۵ به بعد.

۱-۲. نظریه عدم اعتبار مطلق سیاست‌های سخت‌گیرانه

برخی از فقها و حقوق‌دانان در گرایشی منتقدانه، اتخاذ هرگونه سیاست سخت‌گیرانه نسبت به غاصب را فاقد اعتبار و مستندی موجه دانسته و جریان آن را در خصوص غاصب یا شبه‌غاصب عالم و با سوءنیت (عدوان) و به‌ویژه شبه‌غاصب با حسن‌نیت (جاهل) را با مبانی فقهی و منطق حقوقی منطبق ندانسته‌اند. تا جایی که برخی از استادان فقید حقوق در دفاع از حق غاصب و شبه‌غاصب با سوءنیت و شبه‌غاصب با حسن‌نیت معتقدند که بایستی قانون‌گذار به اصلاح ماده ۳۱۴ ق.م. پرداخته و رویه قضایی نیز به غاصب یا شبه‌غاصب با سوءنیت و شبه‌غاصب با حسن‌نیت اجازه دهد که بر مبنای «اکل مال به باطل» یا «استفاده بدون جهت» علیه صاحب مال اقامه دعوی کرده و زیادتی را که در مال غضب شده ایجاد کرده، استرداد نماید.^۱

وانگهی گذشت که جمهور فقیهان عامه بر این عقیده‌اند که برای تحقق غضب، لااقل تحقق سه رکن شرط است: ۱) تحقق واقعه‌ای مادی که از آن به استیلا تعبیر می‌گردد؛ ۲) تعدی و عدوان بر حق غیر؛ ۳) محل و طبیعت این عدوان که غضب را از سرقت تمیز می‌دهد.^۲ فقیهان در خصوص اینکه مقصود از تعدی چیست، اختلاف نظر دارند. عده‌ای با تفسیر درون‌ذاتی آن، تعدی را به سوءنیت بازگردانده و معتقدند که وجود رکن روانی عمد و علم سبب تحقق ضمان ید می‌گردد؛^۳ از این رو تصور ضمان ید در خصوص صغار و مجانین غیرممیز معقول نخواهد بود؛ رویکردی که از تعابیر برخی از فقیهان برجسته امامیه نیز قابل استفاده است؛ زیرا این عده وجود تمیز و ادراک را شرط تحقق ضمان ید و صدق عنوان اخذ و استیلا انگاشته‌اند.^۴

طبیعی است که نتیجه منطقی چنین رویکردی، لااقل امکان اتخاذ تمایز میان حسن‌نیت و سوءنیت را هموار می‌سازد؛ زیرا به نظر آنگاه که فقدان قصد و تمیز سبب انتفای کامل ضمان ید می‌گردد، پس به طریق اولی، فقدان سوءنیت باید بتواند سیاست سخت‌گیرانه علیه مستولی جاهل

۱. کاتوزیان، پیشین، ل ۲۲۸.

۲. سراج، پیشین، ص ۲۶۳. محل عدوان در غضب، شامل منقولات، منافع، غیر منقولات، اختصاصات و... می‌گردد، اما سرقت و حرا به اموال منقول اختصاص دارد؛ وانگهی در سرقت، عمد و استتار و ارتکاب عملیات مخفیانه شرط است، اما در غضب چنین نیست (سراج، همان، ل ۲۶۹ و ۲۷۰).

۳. همان، ل ۲۶۸ و ۲۶۹.

۴. «و من هنا كان المتجه صحة الاستدلال به علی ضمان الصغير بل المجنون اذا لم يكن يدهما ضعيفه لعدم التمييز والشعور». مرتضی، کتاب المکاسب، چاپ اول، ج ۳، (قم: مجمع الفکر الاسلامی، قم، ۱۴۱۵ هـ.ق). ل ۱۸۱.

را منتفی ساخته یا لااقل تعدیل نماید، بی آنکه اصل تضمین و التزام مدنی او نسبت به استرداد عین یا بدل (مثل یا قیمت) را تحت الشعاع خویش قرار دهد. به هر روی مهم ترین استدلال‌های پیروان نفی مطلق قاعده «اشق احوال» به شرح ذیل است:

الف- عدم وجود دلیل بر اعتبار قاعده

برخی از فقهای معاصر بر این عقیده‌اند که در کتاب و سنت، هیچ گونه دلیلی که دلالت بر مفاد قاعده «الغاصب یؤخذ باشق الاحوال» کند وجود نداشته؛ در نتیجه قاعده مزبور فاقد مستند بوده و قابل استناد نیست.^۱ در جای دیگر این احتمال داده شده است که مراد علما از قاعده مزبور این باشد که در صورت تلف عین، ضمان غاصب به مثل یا قیمت عین مغضوبه تبدیل می‌شود.^۲

ب- اکل مال به باطل مالک

هدف از ایجاد مسئولیت مدنی برای غاصب یا شبه‌غاصب، جبران خسارت زیان دیده (صاحب مال) است نه دارا کردن ناعادلانه او؛ بنابراین دارا شدن زیان دیده در این فرض، با قاعده منع استفاده بلاجهت به معنای عام آن ناسازگار است.^۳

ج- مغایرت با هدف و مقصد جعل قاعده

هدف و مقصود از جعل قاعده «الغاصب یؤخذ باشق الاحوال»، تضمین حق مالک و جلوگیری از ایراد ضرر به وی است و این هدف زمانی تأمین می‌شود که جبران ضرر مالک از طریق استرداد عین مغضوبه صورت پذیرد؛ بنابراین همین مقدار که اصل مال به مالک باز گردد، هدف قاعده مزبور یعنی جبران ضرر مالک صورت می‌پذیرد؛ پس استناد به قاعده فوق جهت اینکه زیادت ناشی از عمل غاصب نیز باید به مالک داده شود استنادی بی‌معنا بوده و موجب ایجاد ضرری ناروا به غاصب و انتفاعی نامشروع و بدون جهت عاید مالک می‌شود و این دو امری است که با منطبق قاعده محل بحث و با منطق مسئولیت مدنی در تضاد کامل است.^۴

۱. خوئی، پیشین، ل ۳۹۲.

۲. همان، ل ۱۳۹ - قمی گیلانی، ابوالقاسم بن محمدحسن، جامع الشتات فی أجوبه السؤالات، چاپ اول، جلد دوم، تهران: مؤسسه کیهان، ۱۴۱۳ (ه.ق)، ل ۲۶۰.

۳. صفایی و رحیمی، پیشین، ل ۳۰ - کاتوزیان، پیشین، ل ۲۲۸.

۴. میرشکاری، پیشین، ل ۷۲ و ۷۳.



د- عدم توجه قاعده به ارزش کار

قاعده مورد بحث فقط توجه به ارزش مال مادی غضب‌شده نموده است و متأسفانه هیچ ارزشی برای عمل و فعالیت غاصب قائل نشده است.^۱ از سویی همان‌طور که اثر زیادت و منفعتی که از عمل غاصب حاصل شده اگر منفصل باشد به غاصب باز می‌گردد. در اینجا نیز زیادت ناشی از عمل وی باید به او باز گردد؛ زیرا فرقی میان زیادت متصل ناشی از عمل و زیادت منفصله وجود ندارد؛ وانگهی غاصب عرفاً مالک میزان مالیت عمل خویش است.^۲

ه- عدوان از اسباب انتقال مال نیست

برخی بر این عقیده‌اند که هیچ‌گونه دلیلی مبنی بر اینکه زیادت به صاحب مال انتقال یابد وجود ندارد؛ زیرا صرف وجود عدوان از ناحیه غاصب، باعث انتقال زیادتی که در مال بر اثر عمل غاصب حادث شده، نیست و از سویی مال بدون سبب قابل انتقال نیست.^۳

و- عدل و انصاف مقتضی عدم مالکیت مالک بر زیادت ناشی از فعل غاصب

اعمال این قاعده به نوعی مصادرهٔ اموال غاصب است که نیازمند دلیل می‌باشد درحالی که چنین دلیلی وجود ندارد؛ زیرا منافع و زیادت حاصله، شرعاً مال مغضوب شده و مقتضای رعایت حق الناس این است که به غاصب باز گردد؛ چون ادله‌ای که در مورد غاصب وارد شده تنها دلالت بر حرمت غضب و ردّ عین مغضوبه و جبران خسارت آن دارند؛^۴ بنابراین برخی معتقدند که مقتضای عدل و انصاف را باید بین حق مالک و غاصب جمع نمود، به این صورت که عین مغضوبه به مالک باز گردد و معادل قیمت زیادتی ناشی از عمل غاصب داده شود؛ زیرا که غضب اصل عین، موجب از بین رفتن مالیت مال غاصب نمی‌شود.^۵

۱. صفایی؛ رحیمی، پیشین، ل ۳۰.

۲. الدرایتی، احمد، مستند قانون مدنی، چاپ اول، ج ۳، تهران: دایره المعارف حقا، ۱۳۹۱، ل ۱۸۷.

۳. نجفی کاشف العطاء، عباس بن حسن بن جعفر، الفوائد الجعفریه، بی جا، موسسه کاشف العطاء، بی تا، ل ۶۵.

۴. الدرایتی، پیشین، ۱۸۶ و ۱۸۷.

۵. سبزواری، سید عبدالاعلی، مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام، چاپ چهارم، ج ۲۱، (قم: موسسه المنار، ۱۴۱۳.ه.ق)، ل ۳۳۴.

ط - تغییر ماهوی عین مغضوبه

این انتقاد مربوط به موردی است که عین مغضوبه بر اثر فعالیت، اولاً تغییر شکل دهد و ثانیاً به اندازه‌ای افزایش قیمت یابد که قیمت قبل آن، عرفاً ناچیز محسوب شود، مانند مواردی که مجسمه‌سازی از سنگ مغضوب، کاری هنری و باارزش سازد^۱ یا آرد را تبدیل به خمیر نماید یا چوب را تبدیل به میز یا صندلی گران قیمت کند. در این حالت نیز اگرچه مشهور قریب به اتفاق فقهای امامیه، به استناد ادله‌ی مختلفی از جمله «الغاصب یؤخذ باشق الاحوال» قائل به عدم استحقاق غاصب شده‌اند، ولی برخی از فقهای امامیه نظیر شیخ طوسی در کتاب مبسوط، عین مغضوبه را از آن غاصب دانسته؛ زیرا مال را بر اثر فعالیت غاصب به منزله (در حکم) تلف شده دانسته و مالک را ملزم به تحویل بدل نموده است^۲ و برخی فقهای عامه^۳ و نیز برخی از حقوق‌دانان معاصر بر این عقیده‌اند که در اینجا به قاعده مزبور نمی‌توان استناد نمود و در نتیجه معتقدند که عین مغضوبه به غاصب داده می‌شود و بدل (قیمت یا مثل آن) به مالک مسترد می‌گردد؛ زیرا اولاً استرداد عین مغضوبه به مالک آن علاوه بر اینکه ضرر قابل ملاحظه‌ای به غاصب می‌زند، همچنین موجب دارا شدن ناعادلانه مالک نیز می‌گردد.^۴ ثانیاً این فرض را می‌توان در حکم تلف دانست؛^۵ یعنی وقتی عین با عمل غاصب تغییر یابد، باید آن را حکماً تلف شده دانست؛^۶ بنابراین عین مغضوبه را باید به غاصب داد و مالک ملزم به پذیرش بدل آن (مثل یا قیمت) است؛ بنابراین اجرای قاعده «الغاصب یؤخذ باشق الاحوال» فاقد مجرا می‌باشد.^۷

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
 رمال جامع علوم انسانی

۱. صفایی و رحیمی، پیشین، ل ۳۱.
۲. عاملی کرکی، علی بن حسین (محقق ثانی)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، چاپ دوم، ج ۶، قم: موسسه آن‌ال‌بیت (ع)، ۱۴۱۴ (ه.ق)، ل ۲۹۳.
۳. هدایه فی شرح بدایه المبتدی، ج ۴، ل ۱۵ به نقل از: میرشکاری، پیشین، ل ۷۳.
۴. صفایی و رحیمی، پیشین، ص ۳۱ - کاتوزیان، پیشین، ل ۱۷۵/۲۰۵.
۵. صفایی و رحیمی، پیشین، ل ۳۰.
۶. میرشکاری، پیشین، ل ۷۳.
۷. ر.ک: درایتی، پیشین، ل ۱۵۱ تا ۲۱۹.

۲-۲. نظریه اعتبار مطلق سیاست‌های سخت‌گیرانه

مشهور فقیهان امامیه^۱ و به تبع آن‌ها برخی از حقوق‌دانان^۲ و قانون مدنی (م ۳۱۴) و نیز برخی آرا موجود در رویه قضایی ایران^۳ در جایی که عمل غاصب موجب افزایش ارزش عین مغضوبه می‌شود بر این عقیده‌اند که عین مغضوبه و ارزش افزوده آن به مالک مسترد می‌شود و غاصب هیچ‌گونه حقی ندارد. این گروه ادله‌ای را ذکر می‌کنند که همگی مؤید و دلیلی بر صحت و پذیرش قاعده «الغاصب یؤخذ باشق الاحوال» بوده و بیانگر نوعی سیاست‌گذاری از جانب شارع مبنی بر اعمال حداکثر سخت‌گیری بر فرد غاصب است. قائلین به این نظریه بر این عقیده‌اند که قاعده فوق‌الطلاق داشته و غاصب، مفرد مُحَلّی (زینت داده‌شده) به الف و لام جنس بوده^۴ و دلالت بر طبیعت استیلائی ناروا بر مال غیر دارد؛ در نتیجه در هر جایی که استیلا یا تصرف بدون مجوز قانونی بر مال غیر صورت پذیرد، اعمال می‌شود، خواه مستولی یا متصرف، غاصب یا شبه‌غاصب با سوءنیت و عالم (عدوان) باشد و خواه شبه‌غاصب با حسن نیت (جاهل).

در فقه عامه نیز رویکرد غالبی که کاملاً عینی‌گرا و مادی‌گراست، از رکن دوم غضب یعنی عنصر تعدّی و عدوان، تفسیری نوعی ارائه داده و فقدان مجوز قانونی یا شرعی را سبب صدق تعدّی می‌داند، خواه شخص مستولی، واجد تمیز باشد یا فاقد آن و خواه ممیز با حسن نیت باشد یا با سوءنیت. این عده با تمیز «عدوان» مدنی از همتای کیفری خود، صدق عنوان تعدّی و عدوان را استیلا به «غیرحق» انگاشته و بر این عقیده‌اند که فقدان عنصر روانی سوءنیت یا تمیز، صرفاً سبب عدم ارتکاب گناه و عدم عقاب اخروی می‌گردد، بی‌آنکه اصل ضمان را مخدوش سازد. درحالی که وجود سوءنیت هر دو اثر وضعی (ضمان مدنی) و تکلیفی (گناه و عقاب اخروی) را

۱. نجفی، پیشین، ص ۹۵ به بعد - رشتی، پیشین، ص ۲۵۲ به بعد - سبزواری، محمد، کفایه الاحکام، چاپ اول، ج ۲، اصفهان: انتشارات مهدوی، بی‌تا، ص ۶۴۹ - حلی، یحیی بن سعید، الجامع للشرایع، چاپ اول قم، مؤسسه سید الشهداء العلمیه، ۱۴۰۵ (ق.ه)، ص ۳۴۷ - عاملی کرکی، پیشین، ل ۲۹۳.

۲. بهرامی احمدی، پیشین، ل ۴۲۱ به بعد.

۳. حسینی، پیشین، ل ۱۰۸.

۴. خراسانی، محمد کاظم، کفایه الاصول، تحقیق و تعلیق: عباسعلی زارعی سبزواری، چاپ ششم، ج ۲، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۳۰ (ق.ه)، صص ۲۰۶ و ۲۰۷ - حسن الجواهری، القواعد الاصولیه، چاپ اول، ج ۲، بیروت-لبنان، العارف للمطبوعات، ۱۴۳۱ (ق.ه)، ل ۲۳۹ تا ۲۴۱.

ره آورد خویش دارد.^۱ بر همین پایه است که قانون‌گذار مصری در ماده ۹۶۵ ق.م. جدید مصر با رویکردی کاملاً عینی، مادی و موضوعی، استیلا بر مال غیر از روی حسن نیت را سبب انتفای ضمان نمی‌داند، مگر آنکه جهل و حسن نیت ناشی از خطای فاحش (خطاء جسیم) باشد که در این صورت، آثار متصرف با سوء نیت در موردش جاری خواهد شد.^۲

مهم‌ترین استدلال‌های این گروه که طرف‌دار اعتبار مطلق قاعده «اشق احوال» اند، از قرار ذیل است:

الف - حدیث لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ

مهم‌ترین دلیل این دیدگاه، روایت « لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ » است،^۳ روایتی معروف که مستند فقها در کتب مختلف فقهی در طول تاریخ فقه امامیه واقع شده و این روایت، دو گونه معنا شده است: «ریشه ظالم حقی ندارد»^۴ یا «ریشه درخت ظالم، ذی حق نیست».^۵ مورد روایت نیز در خصوص سؤالی است که از امام (ع) شده، پیرامون اینکه اگر درختی در زمین غصبی بروید، صاحب زمین باید چه کند؟ امام علی (ع) در پاسخ فرموده‌اند: ریشه (درخت) ظالم، حقی ندارد و در نتیجه درخت را قطع نمایید (ببرید). محقق رشتی بر این عقیده است که مورد روایت (درخت کاشته شده در زمین غصبی)، مخصّص آن نیست، بلکه امام (ع) با این تعلیل در مقام بیان یک قاعده کلی هستند، مبنی بر اینکه فرد ظالم (غاصب) مالک منفعت عملی که همراه با عدوان و سوء نیت انجام داده نمی‌شود و اصطلاح «عرق» نیز کنایه از هر چیزی است که به صورت عدوان در ملک دیگری توسط ظالم (غاصب) حادث می‌شود؛^۶ بنابراین نسبت به اموال غاصب ظالم، احترام و ضمانتی وجود ندارد. در نتیجه روایت مزبور در مقام بیان یک قاعده کلی است به این مضمون که «میان عمل عدوانی و با سوء نیت و استحقاق عامل آن (ظالم غاصب)،

۱. سراج، پیشین، ل ۲۶۹.

۲. همان؛ السنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسیط فی شرح قانون المدنی الجدید، ج ۹، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۹۹۵ (م)، ل ۸۶۳.

۳. حرّ عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، چاپ اول، ج ۲۵، (قم: موسسه آل البیت (ع)، ۱۴۰۹ ه.ق). ص ۳۸۸؛ زحیلی، پیشین، ل ۱۹۵.

۴. بهرامی احمدی، پیشین، ل ۴۲۲.

۵. محقق داماد، سید مصطفی، ایقاع اخذ به شفعه، چاپ اول، (تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۲۶ ه.ق). ل ۲۵۴.

۶. رشتی، پیشین، ل ۲۵۴.

نفی علاقه شده یعنی عامل عدوانی به هیچ وجه مستحق استفاده از اثر و مزایای عملش نمی‌باشد و این مساوی با سلب حقوق از عمل ناشی از عدوان و سوءنیت است^۱ و امام (ع) با این روایت، حق عامل ظالم را کالعدم دانسته و وی را به منزله‌ی فردی اجنبی (بیگانه) انگاشته که هیچ‌گونه کاری نکرده و گویا فرض قانونی را بر این گذارده که آن زیادتی که در عین مغضوبه ایجاد شده است از جانب خداوند بوده بدون اینکه عامل ظالم در آن نقشی داشته باشد.^۲ با وجود چنین روایتی جای تعجب است که برخی از قائلین به نظریه بطلان قاعده، معتقدند که روایات باب غضب تنها دلالت بر حکم تکلیفی حرمت آن و رد عین یا بدلش دارد. با این وجود با استدلالی که پیرامون روایت «لا حق لعرق الظالم» مطرح شد، فساد آن مدعا مشخص می‌شود.

ب- عدم احترام عمل غاصب

در اندیشه محقق رشتی، قاعده‌ای در فقه وجود دارد مبنی بر اینکه اگر عملی بدون درخواست یا بدون اذن صورت گیرد، لغو و بی‌فایده (هدر) است؛ بنابراین هنگامی که غاصب بدون اذن صاحب مال، روی عین مغضوبه عملی انجام دهد که ارزش آن را بالا برد، چون بدون اذن مالک چنین کرده، احترام و حرمت عمل خویش را سلب نموده^۳ و مستحق اجرتی بابت عملش نیست؛ زیرا وی در ملک دیگری فعالیت کرده نه در ملک خویش و از سویی اجرت گرفتن [غالباً] مختص اعمالی است که همراه با اذن، اجازه، امر، عقد یا... صورت گیرد که نحوه‌ای توافق در آن‌ها وجود دارد؛ در حالی که عمل غاصب مصداق هیچ‌یک از این‌ها نیست، پس وی مستحق دریافت اجرت یا مابازائی نمی‌باشد؛ چون عملش بدون اذن است احترام و حرمتی ندارد و طبیعتاً سلب احترام از عمل موجب می‌شود که آن عمل، کالعدم محسوب شده و در نتیجه اثری بر آن بار نشود؛^۴ پس اینکه در اثر عمل غاصب عین مغضوبه از دیاد قیمت یافته، امری غیر محترم بوده و اثری بر آن بار نمی‌گردد.^۵ وانگهی برای عمل حرام، هیچ‌گونه اجرتی وجود ندارد.^۶ همچنین

۱. همان.

۲. همان، صص ۲۵۴ و ۲۵۵.

۳. رشتی، پیشین، ل ۲۵۲.

۴- همان، ل ۲۵۳.

۵- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم، حاشیه‌ی المکاسب، تحقیق: شیخ عباس محمد آل سیاح القطیفی، چاپ دوم، ج ۱، قم: مؤسسه طبعه لاحیاء التراث، ۱۴۲۹ (ه.ق)، ص ۱۸۰؛ الدرایتی، پیشین، ل ۸۳.

۶- سبزواری، پیشین، ل ۳۴۳.

برخی بر این مطلب استدلال کرده‌اند که زیاده در مال غیر حاصل شده نه در مال غاصب، پس وی هیچ‌گونه استحقاقی ندارد؛ زیرا، زیاده تابع اصل است.^۱

ج- قاعده اقدام

اقدام یکی از قواعد فقهی مورد استناد فقها امامیه است که گاه موجب ضمان است و گاه دیگر مسقط آن محسوب می‌شود. اقدام بر دو گونه قابل تصویر است: گاه، اقدام به ضرر و گاهی اقدام به ضمان.^۲ آنچه اکنون محل بحث ماست، اقدام به عنوان مسقط ضمان صاحب مال نسبت به عمل غاصب است؛ زیرا غاصب با عمل خویش، احترام عملش را از بین برده و به ضرر خویش اقدام نموده است و به عبارتی، وی مرتکب تقصیر و تعدی شده و به دلیل وجود این تجاوز در مال غیر، عملی که انجام داده ارزشی ندارد و در واقع به ضرر خویش اقدام نموده است.^۳ علاوه بر این وی اقدام به عمل حرام (تصرف در مال غیر) نموده و به عمل حرام اجرتی تعلق نمی‌گیرد؛ بنابراین به دلیل اقدام وی به ضررش، ضمانی بر عهده صاحب مال در مقابل غاصب وجود ندارد.

۳. نظریه برگزیده؛ رویکردی میانه و تعدیل یافته بر پایه درجه بندی مسئولیت

اینک که با مبانی استدلالی دو رویکرد معارض و رقیب در خصوص اعتبارسنجی سیاست سخت گیرانه در تصرفات غیرقانونی (ضمان ید) آشنا شدیم بایسته است که به تبیین نظریه برگزیده خود که قائل به تفکیک میان حکم مسئله در فرض وجود یا فقدان عنصر درون ذاتی و روانی سوء نیت است، پردازیم. گفتنی است که شیوه نگارنده در تبیین نظریه مختار و مبانی آن، از رهگذر نقد مبانی استدلالی دیدگاه‌های پیش گفته و طرح تفسیری متفاوت از ادله متنوع شرعی است.

۳-۱. مطالعه تحلیلی-انتقادی جریان‌های معارض؛ در مسیر تبیین تفسیری متفاوت

از ادله

۱. وجدانی فخر، قدرت‌الله، الجواهر الفخریه فی شرح الروضه البهیة، چاپ پنجم، ج ۱۳، قم، سماء قلم، ۱۳۹۱، ل ۵۵۹.
 ۲. ر.ک: سبحانی، جعفر، ایضاحات السنیه للقواعد الفقهیه، ج ۱، قم: مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۳۵ (ه.ق)، ل ۳۵۴ به بعد؛ مصطفوی، محمد کاظم، القواعد (مائه قاعده فقهیه معنی و مدرکات و موارد)، چاپ نهم، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۳۴ (ه.ق)، ل ۵۷ به بعد.

۳. درایتی، پیشین، ل ۱۵۱ تا ۲۱۹؛ سبزواری، پیشین، ل ۶۵۱.

۱-۳-۱. نقد اهمّ ادله نظریه عدم اعتبار مطلق سیاست‌های سخت‌گیرانه؛ گامی

به‌سوی شناسایی خسارت یا غرامت تنبیهی در حقوق اسلام

همان‌گونه که پیش‌تر گفتیم مهم‌ترین دلیل نظریه عدم اعتبار مطلق سیاست‌های سخت‌گیرانه از منظر حقوق‌دانان، دارا شدن ناعادلانه صاحب مال بوده که آن را با اصل جبران کامل خسارت و اصل منع استفاده بلاجهت (به معنای عام) که از اصول بنیادین مسئولیت مدنی است، در تضاد دیده و در نتیجه حکم به بطلان قاعده داده‌اند. در نقد این دلیل می‌توان گفت: این زاویه از دید گرچه در حقوق مسئولیت مدنی نوین، دیدگاهی پسندیده و قابل پذیرش باشد، اما در ماهیت غضب و شبه‌غضب همراه با سوءنیت، به دلیل وجود عنصر عدوان از یک سو و اهمیت شارع به حفظ اموال مردم که روایات عدیده حکایت از آن دارد و مقصدی از مقاصد شریعت محسوب شده از سوی دیگر، ناگزیر باید قائل به ماهیت مختلط این دو نهاد حقوقی شد، ماهیتی مرکب از جنبه مدنی و جنبه تنبیهی یا لاقفل شبه کیفری قضیه. همین اختلاط در ماهیت، بالتبع آثار مدنی و شبه کیفری را نیز به دنبال خواهد داشت و این خود نمونه‌ای بارز از اختلاط مسئولیت مدنی و کیفری در سیستم حقوق اسلام است. پس چه اشکال دارد که ضمان مدنی غاصب یا شبه‌غاصب با سوءنیت را به معنای مسئولیت مدنی او در ردّ عین یا بدل آن بدانیم و ضمان شبه کیفری آن دو را در محرومیت از زیاده ناشی از عملش در عین مغضوبه محسوب نماییم. البته واضح است که چنین کیفری جنبه خصوصی داشته و با هدف بازدارندگی می‌باشد و از این رو، تعزیر مالی نیست که به دولت (حاکم) داده شود، بلکه هدف اصیل، بازدارندگی و تنبیه مضاعف غاصب است که با تحلیل اقتصادی مسئولیت مدنی که هدف اولیه اش بازدارندگی است نیز سازگار می‌نماید.^۱

به نظر می‌رسد که با چنین تفسیری، ایراد دارا شدن ناعادلانه صاحب مال نسبت به زیاده ناشی از عمل غاصب یا شبه‌غاصب با سوءنیت، ایرادی صحیح به نظر نمی‌رسد؛ چه این ایراد از منظر قواعد محض مسئولیت مدنی ناشی شده و حال آنکه به نظر می‌رسد غضب همراه با عدوان ماهیتی مرکب و مختلط داشته باشد؛ زیرا محرومیت غاصب از زیاده ناشی از عملش به نوعی مسئولیت شبه کیفری و غرامت ناشی از عنصر سوءنیت و عدوان اوست که نقشی بازدارنده دارد.

۱. کریمی، عباس و علیرضا آیین و خدیجه شیروانی، نظریه عمومی عدالت در علم حقوق، چاپ اول، تهران: انتشارات دادگستر، ۱۳۹۶، ل ۱۱۰ تا ۱۱۲.

نگارندگان نمونه جالب دیگری نیز از این نوع اختلاط ماهیات مدنی و کیفری در حقوق اسلام یافته‌اند. امیرالمؤمنین (ع) نیز در مواردی که ایراد خسارت همراه با عنصر روانی و درون‌ذاتی سوءنیت بوده، علاوه بر جبران زیان، نوعی مجازات تعزیری و تنبیهی برای زیان‌زننده پیش‌بینی کرده و می‌فرماید: «هر کس حیوانی را بیهوده بکشد یا درختی را (بیهوده) قطع کرده یا زراعتی را از بین ببرد یا خانه‌ای را تخریب کند یا چاه آب یا نهری را از کار بیاندازد، ملزم است که قیمت (یعنی خسارت) آنچه را که از بین برده پردازد و (اگر از روی سوءنیت و عمد ایراد خسارت کرده باشد علاوه بر جبران خسارت) از باب تنبیه چند ضربه تازیانه نیز می‌خورد، اما اگر بدون سوءنیت و در اثر بی‌احتیاطی خسارت وارد کرده باشد، تنها ملزم به جبران خسارت است بدون آنکه (مسئولیت کیفری اعم از) حبس و تنبیه داشته باشد و اگر به حیوانی آسیب رسانده باشد باید نقص بهای آن را پردازد».^۱ به نظر می‌رسد که در این روایت به خوبی میان دو مقوله جرم مدنی و شبه‌جرم مدنی تفکیک شده است. در مواردی که جرم مدنی رخ داده و فرد با سوءنیت اقدام به ایراد خسارت نموده، علاوه بر مسئولیت مدنی همچنین مسئولیت کیفری (و شاید شبه کیفری از باب خسارت تنبیهی) نیز برای شخص زیان‌زننده پیش‌بینی شده است، اما در مواردی که شبه‌جرم مدنی رخ داده و فرد بدون سوءنیت و در اثر بی‌احتیاطی (به معنای عام) ایراد خسارت کرده باشد تنها ملزم به جبران خسارت است.

وانگهی، در جایی که عین مغضوبه تغییر ماهوی و افزایش ارزش زیاد و معتابه مالی در اثر فعالیت غاصب پیدا کند، مانند تبدیل تکه سنگ غضبی به تندیس با ارزش، در این موارد پاره‌ای از حقوق دانان قائل به تلف حکمی عین مغضوبه شده و صاحب مال را ملزم به پذیرش بدل کرده‌اند؛ زیرا موجب دارا شدن ناعادلانه صاحب مال می‌شود. به نظر می‌رسد که این استدلال نیز با توجه به دید تک‌بعدی ناشی از مسئولیت مدنی مطرح شده و حال آنکه ماهیت غضب و شبه غضب با سوءنیت، ماهیات و اعتباراتی مرکب بوده و ردّ تندیس ساخته‌شده به صاحب مال، نوعی مجازات شبه تعزیری و بازدارنده علیه غاصب بوده که با هدف حفظ اموال مردم از این دست حوادث و حفظ نظام معاش مردم می‌باشد. علاوه بر این، به نظر می‌رسد که روایت «لا

۱. عن امیرالمؤمنین علی علیه السلام: انه قضی فی من قتل دابه عبثاً أو قطع شجراً أو افسد زرعاً أو هدم بیتاً أو عور بئراً أو نهراً، ان یغرم قیمه ما استهلک و افسد و یضرب جلدات نکالاً و ان اخطا و لم یتعمد ذلك فعليه الغرم و لا حبس علیه و لا ادب و ما اصاب من بهیمه فعليه ما نقص من ثمنه. نوری، میرزاحسین، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، چاپ اول، ج ۱۷، بیروت: مؤسسه آل‌البیت، ۱۴۰۸ (ق.ه)، ل ۹۵، ح ۲۰۸۴۲-۶.

حق لعرق الظالم^۱ نیز به درستی بیانگر سیاست‌گذاری شارع در این زمینه است. چه صدق عنوان ظلم - که جزء مستقلات عقلی است - عقلاً و عرفاً متفرع بر وجود عنصر درون‌ذاتی عدوان و سوءنیت در زیان‌زننده است.

در نتیجه به نظر می‌رسد که اعمال قاعده «الغاصب یؤخذ باشق الاحوال» بیانگر جنبه تنبیهی، بازدارنده و شبه کیفری است که غالباً معیار اجرای آن، وجود عنصر عدوان و سوءنیت است؛ پس در مورد غاصب یا شبه‌غاصب با سوءنیت هم مسئولیت مدنی و هم مسئولیت شبه کیفری (اشق احوال) جریان دارد. در حقوق سایر کشورها نظیر انگلیس یا ایالات متحده نیز تأسیسی مشابه با عنوان غرامت تنبیهی به چشم می‌خورد که غالباً ناظر به مواردی است که شخص با سوء نیت و عمد خسارتی به بار آورده یا حتی مواردی که پزشک یا وکیل دادگستری مرتکب خطای شغلی و حرفه‌ای می‌شود و هدف آن اعمال مجازات کیفری بیش از مسئولیت مدنی فاعل زیان به جهت بازدارندگی جامعه از چنین اعمالی است.^۲

توضیح آنکه یکی از روش‌های تفسیر متون، تفسیر زمینه گراست. بر پایه این شیوه از تفسیر، متن به مثابه مظلوفی است که در ظرفی خاص تولید شده و راز فهم آن متن، شناخت ظرف محیطی، فرهنگی و تولید آن مظلوف (متن) است.^۳ به تعبیر یکی از اساتید فقید حقوق، مطالعه تاریخی، رازهای نهفته را بیش از تعقل می‌گشاید و مفاهیم و اهداف از تأسیس آن‌ها را روشنی می‌بخشد.^۴

۱- حرّ عاملی، پیشین، ل ۳۸۸.

2. Paul, C. Nelson, "Punishment for Profit: An Examination of the Punitive Damage Award in Strict Liability", *The Forum (A.B.A.)*, vol. 18, No. 3, 1983, p.377-394.

۳. ر.ک: نوبهار، رحیم، اصول فقه: مباحث الفاظ و قواعد تفسیر متن، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۵، ص ۲۷ به بعد - عابدی سرآسیا، علیرضا، هرمنوتیک و اصول فقه (درآمدی بر قصدی‌گرایی)، چاپ اول، مشهد، بنیاد پژوهش‌های اسلامی آستان قدس رضوی، ۱۳۹۶، ص ۳۶۹ تا ۳۹۲ - آیین، علیرضا، درآمدی بر روش‌شناسی حقوقی استاد دکتر جعفری لنگرودی، تهران، گنج دانش، ۱۳۹۸، ص ۱۱۷ به بعد - ربانی، محمدحسن، مکاتب فقهی: بررسی و تحلیل مکاتب فقهی شیعه از عصر غیبت تا دوره معاصر، مشهد، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ۱۳۹۵، ل ۱۹۶ و ۱۹۷ - اکبرنژاد، محمدتقی، منطق تفسیر متن، چاپ دوم، قم، انتشارات دارالفکر، ۱۳۹۵، ۳۱۶ به بعد (ارتکازات طرفین و آسیب‌شناسی آن).

And see for example: c.f.nelson.caleb. "what is textualism?" *Virginia law review*, Vol. 19. 2005. p. 347.

۴. کاتوزیان، ناصر، شیوه تجربی تحقیق در حقوق، چاپ اول، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۹، ل ۶۷.

بنابراین به نظر می‌رسد که برای فهم درست متون روایی ناظر به نهاد غضب، باید شرایط صدور آن را لحاظ داشت تا تفسیری مجرد از شرایط ارائه ندهیم.^۱ این نصوص در فضایی تولید شده‌اند که حکومت از حیث سازمان حاکمیتی ضعیف بوده و فاقد سازمان‌های تقنینی، اداری-اجرایی و قضایی منسجم، منفک و نظام‌مند به شکل مرسوم امروزی بوده است تا جایی که بسیاری از فعالیت‌هایی که امروزه مربوط به بخش عمومی و حاکمیتی است، عمدتاً (نه کاملاً) در اختیار بخش خصوصی بوده است، نظیر قضاوت.^۲ در چنین فضایی به نظر می‌رسد که کنترل مقوله تصرف در مال غیر بسیار دشوار باشد، به‌ویژه در اموال غیر منقول که بیشترین توجه غاصبین را به خود معطوف داشته بود؛^۳ زیرا به جهت ضعف سازمان‌های حاکمیتی و نبود نظام‌های منسجم ثبتي در آن دوران، بسیاری از زورگويان، با دست‌وپا کردن امارهٔ ید؛ یعنی صرف تصرف در مال یا ملک غیر، آن‌ها را تصاحب می‌کردند. در چنین فضایی بی‌گمان حکومت فاقد ساختار قدرتمند، از راه ایجاد ضمانت اجراهای قوی و خشن‌تر می‌کوشد (حتی در حوزه حقوق خصوصی) بازدارندگی را به جبران اضافه کند؛ بنابراین طبیعی است که روایتی از امیرالمؤمنین علی (ع) آن‌هم در دورهٔ حکومت‌داری ایشان، نظیر «الحجر المغصوب (او الغصیب) فی الدار رهن علی خرابها»^۴ (اگر سنگ غضبی در خانه‌ای به کار رود، باید آن خانه تخریب شود تا سنگ به صاحبش بازگردد)؛ در آن فضا تولید شود تا با ارباب بیشتر، ضعف سازمان حاکمیتی (که اجتناب‌ناپذیر بود) جبران گردد؛ بنابراین، هدف از سخت‌گیری زیاد، علاوه بر اعادهٔ وضع سابق (هدف مدنی) ارباب و تنبیه و بازدارندگی هم بوده است (هدف شبه کیفری). همچنین، روایت دیگری از امام علی (ع) که در گذشته بیان کردیم و در آن، به‌خوبی میان دو مقوله جرم مدنی و شبه جرم مدنی تفکیک شده بود را نیز باید در همان شرایط حاکمیتی تحلیل نمود. به‌ویژه آنکه در گذشته، شیوهٔ مرسوم حکومت‌ها برای ایجاد اطاعت‌پذیری و

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، رنسانس فلسفه (روش تحقیق عمومی)، چاپ دوم، تهران، گنج دانش، ۱۳۹۸، ص ۱۰۵، ش ۱۹۶ و ل ۱۰۷، پانوش ۱.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، اندیشه و ارتقاء (یک‌صد و یک مقاله در علم ماهیت‌شناسی حقوقی)، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۷، ش ۲۳ و ۲۴ - و نیز ر.ک: همو، علم حقوق در گذر تاریخ، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۷، ص ۲۱ به بعد، ۲۹ به بعد و ۳۵ به بعد - همو، رنسانس فلسفه، پیشین، ج ۳، ش ۲۳۱ و ۳۲۷ به بعد.
۳. نهاد‌های فضولی و عقد اکراهی نیز از منظری، ریشه در همان ضعف سازمان اداری دارند. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، اندیشه و ارتقاء (یک‌صد و یک مقاله در علم ماهیت‌شناسی حقوقی)، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۷، ل ۹ تا ۱۱.
۴. وَقَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: الْحَجَرُ الْعَصِيبُ فِي الدَّارِ، رَهْنٌ عَلَى خَرَابِهَا (حکمت ۲۴۰ از نهج البلاغه).

سرپوش نهادن یا جبران ضعف اجتناب‌ناپذیر سازمان‌های حاکمیتی آن‌ها، شیوه ایجاد حساسیت در مخاطب، ترس و تسلیم (منفی یا مثبت) بوده است.^۱

جالب اینکه برخی پیشکسوتان حقوق و تاریخ حقوق نیز معتقدند که در گذشته نهاد غضب ماهیتی کیفی داشته و از این حیث با شبه‌غضب متفاوت بوده است. این استاد حقوق در دیدگاهی منحصر به فرد معتقد است که غضب، در تاریخ حقوق اسلام به ویژه صدر اسلام که موطن اولیه نصوص دینی بوده، ماهیتی جزایی داشته؛ بدین معنا که غضب را جرم انگاری کرده بودند و مجازاتش مجموع دو امر بود: (۱)، تعزیر و (۲)، شدت عمل در استرداد عین مغضوبه و شدت عمل در ضمان مالی غاصب. فلسفه این شدت عمل در نگاه او، جلوگیری از زیاده‌خواهی غریزی و غالبی مردم در دست‌اندازی به اموال سایرین است. وی تصریح می‌کند که در همان دوران، مقنن بین غضب حقیقی (همراه با سوءنیت متصرف است) با غضب حکمی (تصرف همراه با سوءنیت و عمد نیست) تمایز داده و حتی نویسندگان دوره‌های کهن فقهی نیز تصریحی به یکسان‌نگاری و تساوی کامل و مطلق غضب حقیقی و حکمی از حیث آثار نکرده؛ بلکه (بر حسب همان ارتکاز وجود فرق بین این دو نهاد) موضوع را به سکوت گذاشته‌اند. متأسفانه در دوره‌های بعدی تاریخ حقوق اسلام، رفته‌رفته این تمایز به دست فراموشی سپرده شد و در کتب فقهی انعکاس ویژه‌ای نیافت؛ چه یکی از آسیب‌های موجود در فقه مرسوم، ضعف یا فقدان مطالعات تاریخ حقوق است.^۲ این عدم توجه تاریخی در سال ۱۳۰۷ خورشیدی وارد قانون مدنی ایران نیز گردید و قانون‌گذار ایرانی در رویکردی ابداعی در مواد ۳۰۸ و ۳۱۱ ق.م.ا.گ. اثر تعزیری غضب را حذف نمود، اما ابداعاً آثار حقوقی مترتب بر غضب حقیقی و حکمی را مطلقاً یکسان انگاشت و بالملازمه، اعمال سیاست‌های سخت‌گیرانه و شدت عمل در ضمان مالی غاصب را که رنگ جزایی خفیفی دارد را تجویز نمود.^۳

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *رئیس‌فلسفه*، پیشین، ج ۳، ص ۲۳۱ و ۳۲۷ به بعد.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *وسیط در ترمینولوژی حقوق*، چاپ پنجم، تهران، گنج دانش، ۱۳۹۸، ذیل واژه فقه.

۳. این استاد حقوق دو راه حل برای خلاصی از اعمال ناعادلانه شدت عمل علیه غاصب حکمی پیشنهاد می‌دهد (۱) نخست آنکه ماده ۳۱۱ ق.م.ا.گ. چنانکه از ظاهرش برمی‌آید اختصاص به غاصب با سوءنیت یابد؛ (۲) دوم اینکه ذیل ماده ۳۰۸ ق.م.ا.گ. (غضب حکمی را همانند غضب حقیقی دانسته) را وارد مورد اغلب تلقی کرده و با استمداد از این فن تفسیری، آن مقدار از مسئولیت غاصب که طعم جزایی و شدت عمل دارد را محصور به غاصب حقیقی بدانیم و سرایت به مورد غضب حکمی

به نظر می‌رسد چنین دیدگاهی نیز می‌تواند لاقلاً مؤیدی مناسب در راستای شناسایی رگه‌هایی از پذیرش خسارت تنبیهی در حقوق اسلام باشد؛ بنابراین این تصور را باید از ذهن زدود که ماهیت غضب یا شبه‌غضب همراه با سوءنیت ماهیتی صرفاً مدنی است؛ بلکه حسب تحقیق، ماهیت مزبور (حتی اگر ماهیتی مختص سیستم حقوق اسلام باشد) مرگب از جنبه مدنی و شبه کیفری بوده که بالتبع آثار مدنی و شبه کیفری (تنبیهی-بازدارنده‌ی مضاعف) را نیز به همراه خواهد داشت.

به‌هرروی تحلیل‌های برگزیده در راستای اثبات پیشینه خسارت تنبیهی در حقوق اسلام، اگرچه ممکن است عاری از نقد نباشد، اما می‌تواند روزنه‌ای (هرچند کوچک) به سوی شناخت دقیق‌تر نصوص و تفسیر پویای آن با در نظر گرفتن فضای حقوق جدید بگشاید، یا دست کم شرایط تأمل بیشتر را فراهم آورد.

۲-۱-۳. نقد اهم ادله نظریه اعتبار مطلق سیاست‌های سخت‌گیرانه

همانگونه که پیش‌تر گذشت عمده مبانی استدلالی این نظریه، روایت «لا حق لعرق الظالم» است،^۱ روایتی که به نظر می‌رسد که به‌درستی بیانگر سیاست شارع در اعمال مجازات شبه کیفری، تنبیهی، بازدارنده و شبه تعزیری علاوه بر مسئولیت مدنی در خصوص متصرف بدون مجوز در مال غیر است و همین امر قاعده «الغاصب یؤخذ باشق الاحوال» را که وسیله‌ای جهت نیل به این اهداف است را تأیید می‌نماید. با وجود این اگر بخواهیم قاعده مزبور را در تمامی مصادیق قاعده ضمان ید اعم از غضب و شبه‌غضب با سوءنیت و شبه‌غضب با حسن نیت اجرا کنیم، امری است که نه تنها عقل سلیم، منطق عرفی و حقوقی نمی‌پذیرد، همچنین با اهداف شارع و عدالت و انصاف نیز سر سازگاری ندارد؛ چه آنکه درنگی در الفاظ روایت و به‌ویژه قید «ظلم» در آن ظهور در احترازی و تأسیسی بودن دارد (نه توضیحی) و بیانگر این حقیقت است که علت منحصره‌ی عدم حقانیت ظالم نسبت به ماحصل عملش، وجود عنصر «ظلم» در اوست و این عنصر به معنای عدوان و به تعبیری سوءنیت است. پس به نظر می‌رسد که روایت مزبور، دال بر اعمال سختگیری (اشق احوال) بر غاصب و شبه‌غاصب با سوءنیت بوده و اشاره به مسئولیت

ندهیم. ر.ک: جعفری لنگرودی، محمدجعفر، تاریخ حقوق ایران (از انقراض ساسانیان تا آغاز مشروطه)، تهران، انتشارات

کانون معرفت، بی تا، صص ۳۳۶ و ۳۳۷، ش ۶۱۱ تا ۶۱۴ و نیز ر... صص ۳۱۳ و ۳۱۴، ش ۵۵۹ و ۵۶۰.

۱. حر عاملی، پیشین، ج ۲۵، ل ۳۸۸.

مضاعف آن‌ها علاوه بر مسئولیت مدنی دارد؛ بنابراین به نظر می‌رسد متصرف یا شبه‌غاصب با حسن‌نیت، خروج تخصصی از این روایت داشته و بالطبع اعمال سخت‌گیری «اشق الاحوال» در مورد او بی‌وجه می‌نماید؛ پس وی تنها متعهد به ردّ عین بوده و مستحق دریافت معادل ارزش ناشی از عملش است. در مورد دو دلیل دیگر این نظریه؛ یعنی عدم حرمت عمل غاصب و اقدام وی، می‌توان این دو دلیل را در یک راستا دانست و هر دو را فرع بر وجود علم و آگاهی غضب یا شبه‌غاصب به تصرف بدون مجوزشان در مال غیر بدانیم؛ به بیانی دیگر این دو دلیل را نیز بایستی فرع بر وجود عنصر عدوان و سوءنیت صحیح دانسته و شبه‌غاصب با حسن‌نیت را به استناد خروج تخصصی از حیطه این ادله خارج بدانیم؛ بنابراین در مورد غاصب یا شبه‌غاصب با سوءنیت علاوه بر مسئولیت مدنی، مسئولیت مضاعف «اشق الاحوال» هم اعمال می‌شود چه آنکه اجرای مسئولیت کیفری یا شبه‌کیفری (غالباً) فرع بر وجود عنصر و رکن معنوی یعنی سوءنیت است و چون این عنصر در مورد شبه‌غاصب با حسن‌نیت موجود نیست، وی تنها مسئولیت مدنی دارد. وانگهی از روایاتی که دلالت بر ردّ عین مغضوب به مالکش دارند و تحت عنوان «المغضوب مردود»^۱ به کار رفته‌اند نیز می‌توان در مورد شبه‌غاصب با حسن‌نیت (جاهل) تفسیری متفاوت ارائه داد و آن را ناظر به ردّ مثل یا مبلغ اسمی و معادل عین مغضوب در هنگام غضب دانست؛ بدین معنا که مال غضبی که در اثر فعالیت شبه‌غاصب با حسن‌نیت افزایش ارزش پیدا کرده و این زیادتى قابل انفصال از آن نیست را به او داده و در مقابل وی را ملتزم به دادن مثل یا مبلغ اسمی و معادل عین مغضوب در هنگام غضب به مالک اصلی می‌کنیم. وانگهی به نظر می‌رسد که حدیث «علی الید ما اخذت حتی تودیة»^۲ نیز علاوه بر ایرادی سندی، از حیث محتوایی، همان‌طور که برخی فقهای معاصر متذکر شده‌اند، قید اخذ منصرف به تصرف همراه با قهر و غلبه و عدوان است، نه مطلق استیلا.^۳

۲-۳. جمع‌بندی از نظریه برگزیده؛ «نظریه تعدیل یافته یا میانه»

۱. حر عاملی، پیشین، ج ۹، ل ۵۲۴ و ج ۲۵، ل ۳۸۶.

۲. احسائی، ابن ابی جمهور، محمد بن علی، *عوالی اللئالی العزیزیه*، جلد اول، قم، دار سیدالشهداء للنشر، ۱۴۰۵ (ه.ق)، ل ۳۸۹.

۳. لنکرانی، محمد فاضل موحدی، *القواعد الفقهیه*، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا، ل ۸۳.

اگرچه مشهور است که اصولاً در حقوق مسئولیت مدنی نوین معیارها رو به عینی شدن گراییده و عناصر درون ذاتی کمتر در عملیات مادی خسارت آفرین نقش ایفاء می کنند، اما در صحت یا اطلاق این دیدگاه باید تشکیک نمود.^۱ از نقدهایی که بر هر دو جریان رقیب بیان داشتیم، مشخص شد که مبانی و مستندات این دو جریان فکری، خالی از نقد و تأمل نیست. به ویژه اینکه در حقوق اسلام، اندیشه های مطرح است که کوشیده اند راهی میانه را اتخاذ کرده و میان غاصب دارای شبهه و غاصب عالم تمایز حکمی قائل شوند. در میانه این دو رویکرد و نحله فکری مطلق گرای مزبور، عده ای راه میانه را پیموده و با گرایش به نسبی گرایی، وجود و فقدان سوء نیت را علاوه بر اثرگذاری بر مقوله تکلیفی گناه (إثم) و عقاب، در درجه مسئولیت و ضمان نیز مؤثر دانسته اند. این عده معتقدند باید میان شخصی که از روی حسن نیت و جهل، صاحب مالی از طریق حیازت، خریداری، ارث، هبه، وصیت تملیکی و... شده با فردی که با علم به مستحق لگیری بودن مال یا حق اقدام به استیلا و تصرف نموده لا اقل از حیث درجه مسئولیت فرق نهاد. چنین گرایشی، برای تمیز این دو حالت، دو اصطلاح «الغاصب ذوالشبهه» و «الغاصب لاشبهه له» را جعل کردند. مقصود از غاصب دارای شبهه کسی است که استیلا و تصرف بر مال دیگری به ناحق داشته بی آنکه مطلع از ماوقع باشد (مرادف اصطلاح متصرف با حسن نیت در حقوق کنونی است).^۲ قانون گذار مصری در دوره جدید قانون گذاری خود، ضمن مواد ۹۸۳ و ۹۸۴ ق.م، صریحاً میان متصرف با حسن نیت و با سوء نیت از نظر ضمان نسبت به منافع و زوائد عین مغضوبه تفاوت قائل شده و تصریح می کند که در فرض سوء نیت متصرف، وی علاوه بر ضمان نسبت به اصل عین مغضوبه یا بدلش، همچنین باید از عهده نقص و نیز منافع مستوفات و غیر مستوفات آن برآید هر چند که این نقصان یا تلف اصل یا منفعت، ناشی از قوه قاهره باشد؛ این در حالی است که متصرف با حسن نیت صرفاً نسبت به اصل عین مغضوبه یا عوضی که در قبال آن دریافت کرده و موجود است ضامن می باشد، اما نه نسبت به نقصان عین مغضوبه، هر چند این نقص ناشی

۱. آیین، علیرضا، مسئولیت مدنی محجورین غیر ممیز (مطالعه تطبیقی)، رساله دکتری، تهران: دانشگاه شهید مطهری، ۱۳۹۶، ل ۵ به بعد. در حقوق مسئولیت مدنی انگلیس (tort law) نیز برخی خطاهای مدنی مشروط به وجود عناصر درون ذاتی عمد و قصد اضرار سبب مسئولیت می گردند نظیر فرم های حمله کردن و هجوم آوردن (Assault)، ضرب و جرح (Battery) و توقیف ناروا که در هر سه، وجود عمد و سوء نیت شرط است

Birmingham. Vera. *Tort in a nutshell*. 7 ed. (London. Sweet & Maxwell. 2005), p.1.

۲. ر.ک: مواد ۹۶۵ و ۹۶۶ ق.م جدید مصر.

از تصرفات او باشد و نیز نسبت به زوائد و منافع مستوفات یا غیرمستوفات مسئولیتی ندارد تا جایی که حتی فراتر از این‌ها، اگر تلف اصل عین مغضوبه بر اثر قوه قاهره به معنای عام و نیز ناشی از غیرخطای متصرف باشد، متصرف با حسن نیت هیچ‌گونه مسئولیتی در قبال مالک اصلی نخواهد داشت، مگر آنکه شرکت بیمه یا شخص ثالث زیان‌زننده، مبلغی بابت نقص یا تلف کالاً به متصرف بپردازد که در این صورت، این مبالغ به مالک اصلی تعلق می‌گیرد.^۱

به نظر می‌آید که این‌ها همه حکایت از تفاوت در درجه مسئولیت مدنی بر پایه وجود یا فقدان حسن نیت بوده و نوعی نقض آشکار «اعمال مطلق سیاست سخت‌گیرانه» نسبت به مسئولیت بر مال غیر است. به بیانی ساده‌تر، التزام عملی به یکسان‌انگاری شخص با حسن نیت و با سوء نیت در تحمیل اصل ضمان و درجه مسئولیت خود سبب بی‌عدالتی آشکاری می‌گردد؛ امری که مقنن مصری را مجاب کرده تا در دوره جدید قانون‌گذاری‌اش بدان پای‌بند نباشد و عدالت ماهوی را فدای عدالت اصلاحی و صوری محض ننماید، چه آنکه یکسان‌انگاری اشخاص در موقعیت‌های نابرابر اگرچه صورتی عادلانه دارد، اما ماهیتاً نقض عدالت و جعل امور در جایگاه واقعی‌شان می‌باشد.

در میان فقیهان مالکی مذهب و نیز حنفی، هستند گرایش‌هایی که در پی تخفیف در درجه مسئولیت مدنی غاصب با حسن نیت هستند: فقهای مالکی بر وی اصطلاح «غاصب ذوشبهه» اطلاق کرده و فقهای حنفی عنوان «متصرف در مال غیر به تصور مالکیت یا انعقاد قرارداد»^۲ صحیح را بر وی جعل کرده‌اند، اما هردو گرایش مزبور مسئولیت چنین کسی را به مراتب آسان‌تر و تعدیل‌شده‌تر از غاصب با سوء نیت انگاشته و عملاً با رویکرد مطلق‌انگاری در تحمیل شدت عمل بر غاصب مناقشه کرده‌اند. مستند فقهای مالکی در این مسئله، قاعده «عدم جمع بین ضمان عین (الرقبه) و منفعت (الغله)» نسبت به غاصب با حسن نیت است؛ مختصر توضیح آنکه اگر مالی که مستحق للغير است از طریق هبه، بیع یا سایر اسباب ناقله ارادی یا قهری به شخصی جاهل منتقل گردید و سپس هم خود عین و هم منافع آن، تلف گردد، مالک اصلی تنها مخیر بین اخذ قیمت عین یا اخذ قیمت منفعت است؛ زیرا جمع بین قیمت عین و قیمت منفعت در مورد غاصب ذی‌شبهه پذیرفته شده نیست. همچنین اگر با مرگ غاصب، عین مغضوبه به ورثه

۱. السنهوری، پیشین، ص ۹۷۹ به بعد - سراج، پیشین، ل ۲۸۰.

۲. «الحائز لمال غیره بتاویل مال او عقد».

او برسد نیز همین دو فرض در خصوص رابطه مالک اصلی و ورثه با حسن نیت صادق است.^۱ در مقابل اگر غاصب و ورثه وی آگاه به مستحق للغير بودن مال بوده‌اند هم باید اصل مال یا قیمت آن را بپردازند و هم سود و منفعت حاصل از آن را.^۲

پاره‌ای از احناف نیز معتقدند اگر غاصب با حسن نیت باشد، بنا بر قاعده الخراج بالضمنان^۳ ضمان نسبت به عین مغضوبه و منافع آن قابل جمع نبوده و وی تنها نسبت به اصل عین مغضوبه و بدل آن، ضامن است و هیچ‌گونه مسئولیتی بابت منفعت بهره‌وری شده ندارد، مگر در جایی که عین مغضوبه وقفی بوده و یا مال یتیم باشد که در این صورت، حساسیت شارع نسبت به این دو نهاد، اقتضاء ضمان مطلق نسبت به عین و منافع را دارد، خواه غاصب ذی‌شبهه بوده و یا عالم باشد.^۴

به‌عنوان جمع‌بندی می‌توان گفت به‌نظر می‌رسد که پیروان هر دو نظریه مطلق‌گرای پیشین، در استدلال‌های خویش جانب احتیاط را نادیده انگاشته و همه مصداق را به یک چوب رانده‌اند. این در حالی است که سیاق و ظاهر ادله شرعی و عقلی از امری دیگر حکایت دارد؛ زیرا اعمال سیاست سخت‌گیرانه شارع در جهت مجازات متصرف بدون مجوز، مناطی واحد داشته و آن، عنصر روانی و درون‌ذاتی «عدوان یا سوءنیت یا ظلم» است که صرفاً در دو مصداق قاعده ضمان ید، یعنی غصب و شبه‌غصب با سوءنیت که می‌توان آن دو را به ترتیب «غصب بدوی و غصب استمراری» نامید، منحصر است. به دیگر سخن در این دو مورد، شارع به دلیل وجود عنصر عدوان، علاوه بر مسئولیت مدنی، مسئولیت شبه کیفری یا گرامتی تنبیهی نیز بر متصرف متصور شده که به هیچ‌وجه به معنای دارا شدن ناعادلانه ذی‌حق «صاحب مال» نبوده، بلکه اهدافی تنبیهی، بازدارنده، شبه تعزیری و شبه کیفری بر پایه تنبیه و تحمیل گرامت مدنی بر مرتکب استوار است؛ چنانکه از ادله نیز همین قابل استنباط بود. علت اینکه مجازات اضافی را شبه کیفری و شبه تعزیری

۱. البته فقهای مالکیه قاعده عدم اجتماع ضمان قیمت و غله را مقید به قیدی احترازی کرده و معتقدند که این قاعده زمانی در مورد ورثه پیاده می‌شود که مورث ذی‌شبهه (با حسن نیت) مدیون نباشد. پس اگر ورثه در عین مغضوبه عملیات تجاری کرده و مال‌الارث را به ۶۰۰ دینار برسانند، آنگاه به‌طور ناگهانی (طاری) مشخص شود که مورث مدیون بوده و به اندازه ۶۰۰ دینار مقروض است، این غله و سود به گرماء داده می‌شود، چه از ابتدا این سود متعلق حق ایشان بوده است (سراج، همان، ل ۲۸۱).

۲. ر.ک: سراج، پیشین، ل ۲۸۱ و ۲۸۲.

۳. زحیلی، پیشین، ل ۱۸۵.

۴. ر.ک: سراج، پیشین، ل ۲۸۲ تا ۲۸۴.

می‌دانیم این است که جنبه تنبیهی داشته و تحت عنوان غرامت به مالک زیان‌دیده اعطاء می‌شود نه دولت.

بنابراین در مواردی که ملاک مزبور منتفی شود، تنها ضمان قهری و مدنی فرد خاطی حاکم است و آن منحصر به متصرف یا شبه‌غاصب با حسن نیت و جاهل می‌باشد که خروج تخصصی از ادله ادعایی قاعده «اشق الاحوال» دارد.^۱ بنابراین به نظر می‌رسد در خصوص متصرف همراه با حسن نیت، اعمال قواعد سخت‌گیرانه‌ای نظیر عدم لزوم رابطه سببیت میان زیان و زیان‌زننده، عدم ممنوعیت دارا شدن ناعادلانه مالک و... نه تنها با ادله شرعی هم‌خوانی ندارد، همچنین موافق با منطق، عدالت ماهوی و انصاف به نظر نمی‌رسد.

حتی شاید بتوان از این هم فراتر رفت؛ زیرا اگر انصراف عرفی، عقلی و عقلایی ادله شرعی -نظیر «علی الید»،^۲ «لیس لعرق ظالم حق» و...- به موارد تصرف همراه با عدوان و سوءنیت را بپذیریم، لاقلاً این فایده ملموس حقوقی را خواهد داشت که وجود رابطه سببیت عرفی نیز در تحقق مسئولیت مدنی متصرف جاهل شرطیت یابد.^۳ این حداقل یقینی (قدر متیقن) در مورد متصرف همراه با حسن نیت صادق بوده و موارد جهل و حسن نیت متصرف، خروج تخصصی از ماده ۳۱۵ ق.م. یافته و مسئولیت وی نسبت به تلف عین یا نقص و عیب آن منوط به تحقق ارکان سه‌گانه مسئولیت مدنی (ضرر، فعل زیان‌بار و رابطه استنادی) خواهد گردید که به استناد قواعد دیگری نظیر اتلاف و تسبیب و... قابل اثبات است، نه به صرف استناد به قاعده ضمان ید و تصرف غیرمجاز.

از این رو همگام با برخی جریان‌های موجود در حقوق اسلام، پیشنهاد می‌شود که مقنن در ساحت تقنین و نیز دادرسان و دکترین، در مقام داورزی و تفسیر قانون، اصل سلسله مراتبی

۱. زیرا اعمال مجازات کیفری و به تعبیری تحقق مسئولیت کیفری علاوه بر وجود عناصر قانونی و مادی، غالباً نیازمند عنصر معنوی سوءنیت است و در تحقق عنصر معنوی وجود تقصیر جزائی به معنای عام، چه تقصیر همراه با قصد مجرمانه و سوءنیت (عام یا خاص) و چه خطای جزائی در جرایم شبه عمد یا خطایی (م ۱۴۵ ق.ج.م.ا) شرط است. سلیمی، صادق، چکیده حقوق جزائی عمومی، چاپ ششم، تهران: انتشارات جنگل، جاودانه، ۱۳۹۴، ل ۱۱۵.

۲. دیلمی، احمد، حسن‌نیت در مسئولیت مدنی، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۹، ل ۱۷۶.

۳. سبحانی، پیشین، ص ۲۳۶؛ مصطفوی، پیشین، ص ۱۷۵؛ مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهیه، چاپ پنجم، ج ۲، قم، مدرسه امام امیرالمؤمنین (ع)، ۱۳۸۰، ل ۲۴۰.

بودن و درجه بندی مسئولیت مدنی (به معنای عام) را در تمایز میان متصرف با سوءنیت و با حسن نیت، اعمال و تئوریزه نمایند.

نتیجه گیری

شرط تحقق قاعده ضامن ید به عنوان زیربنای احکام حقوقی حاکم بر نهاد غضب و شبه غضب، وجود مناطی واحد تحت عنوان «تصرف بدون مجوز قانونی یا شرعی بر مال یا حق مالی غیر» است. این ملاک در تمامی اقسام و مصادیق قاعده جاری و ساری است، منتهی می توان اقسام و مصادیق قاعده را به دو گروه عمده تقسیم نمود: در یک گروه، متصرف واجد عنصر معنوی عدوان و سوءنیت (عام یا خاص) است که خود، دو شعبه دارد، یکی غضب و دیگری شبه غضب همراه با سوءنیت که از آن ها می توان به «غضب بدوی» و «غضب استمراری» یاد نمود و در گروه مقابل، شاهد صرف استیلا و تصرف غیر مجازیم بدون هر گونه عدوان و سوءنیتی.

نگاه مقاصدی و اهمیت صیانت از حقوق مالی افراد جامعه و تضمین حقوق ایشان از این ناحیه موجب شده تا قانون گذار، سیاست های سخت گیرانه ای را در این زمینه اعمال کند که یکی از نمودهای آن در قاعده «الغاصب یؤخذ باشق الاحوال» تبلور یافته است. در خصوص اعتبار این قاعده (نسبت به متصرف جاهل یا عالم)، در فقه امامیه، اهل سنت و حقوق ایران لااقل دو جریان رقیب مطلق گرا قابل استنباط است: در یک دیدگاه، این قاعده مطلقاً فاقد اعتبار بوده و با اصول نوین مسئولیت مدنی در تعارضی آشکار است، اما در نگاه مقابل، اعتبار این قاعده از مسلمات فقهی و حقوقی بوده و ضرورت های اجتماعی پشتوانه اش می باشد. با وجود این، به نظر می رسد که در تحلیل این قاعده باید راهی میانه را برگزید و بر پایه وجود یا فقدان عنصر درون ذاتی حسن نیت در متصرف غیر مجاز، مجرای مناسب و معقول جهت جریان قاعده جست. پدیده ای که در فقه اهل سنت و حقوق مصر، رگه هایی از آن قابل اصطیاد بوده و از آن به تمایز حکمی میان غاصب ذوشبهه و غاصب غیر ذوشبهه یاد کرده اند. از این رو پیشنهاد ما درجه بندی یا رتبه بندی مسئولیت از حیث شدت و ضعف است: پس در هر جا، متصرف غیر مجاز واجد عنصر معنوی سوءنیت باشد، قاعده مزبور جریان یافته و وی هم زمان هم مسئولیت مدنی داشته و هم با اهداف تنبیهی و پیشگیرانه، مسئولیت شبه کیفری، شبه تعزیری و سخت گیرانه گریبانگیر او می شود، اما وجود حسن نیت در متصرف، مانع از اجرای قاعده شده و وی در قبال صاحب مال، صرفاً مسئولیت یا ضامن مدنی (به رد عین یا

بدل) خواهد داشت. دیدگاه میانه بر پایه درجه‌بندی مسئولیت که به نظر می‌رسد رد پای آن را می‌توان در اتلاف و تسبیب (مسئولیت مدنی به معنای خاص) در متون کهن فقهی-روایی نیز مشاهده کرد و تمهیدات اعمال آن را در نظام حقوقی، بر پایه مستندات فقهی پیش‌بینی نموده یا لااقل امکان‌سنجی کرد. از این رو همگام با برخی جریان‌های موجود در حقوق اسلام و نیز گرایش‌های کثرت‌گرا و نسبی‌گرا در حقوق پست‌مدرن^۱ و نیز رویکردهای ناظر به منطق فازی،^۲ پیشنهاد می‌شود که مقنن در ساحت تقنین و نیز دادرسان و دکتین، در مقام دادورزی و تفسیر قانون، اصل سلسله مراتبی بودن و درجه‌بندی مسئولیت مدنی (به معنای عام) را در تمایز میان متصرف با سوءنیت و با حسن‌نیت، مراعات نمایند.



۱. حقوق پست‌مدرن، نوعی گذار از حقوق مدرن و مؤلفه‌های آن است، یکی از مؤلفه‌های حقوق سنتی و مدرن نوعی اطلاق‌گرایی در نظریه‌پردازی بوده است، مثلاً برخی مکاتب سنتی قائل به ایستایی حقوق بوده (تزی یا وضع نخستین)، حقوق مدرن قائل به پویایی کامل و بریده از گذشته حقوق بوده (آنتی‌تزی یا برابر نهاد) و حقوق پست‌مدرن با ترکیب دو نظریه قبل، قائل به این است که گذشته و آینده، دو نیم از یک حقیقت‌اند (سنتز). امروزه حقوق نسبی‌گرا شده و دست از اطلاق‌گویی بی‌حد و حصر شسته است؛ همچنین انحصار در مبانی، اهداف و مبانی حقوق که در گذشته بوده، فرو ریخته و با نگاهی کثرت‌گرایانه، حصرها درهم‌شکسته و گزینه‌های متنوعی در سطوح مبانی، اهداف و منابع برای نظم‌های حقوقی ترسیم شده است. پترسون، دنیس، «پست‌مدرنیسم»، مندرج در مکاتب معاصر فلسفه حقوق، مترجم: الهه کرامتی، تهران، انتشارات مترجمان، ۱۳۹۵، ص ۳۰۹ به بعد - تاماناها، برایان زی، «حقوق و جامعه»، مندرج در مکاتب معاصر فلسفه حقوق، مترجم: امیرحسین نیکوی بندری، تهران، انتشارات مترجمان، ۱۳۹۵، صص ۳۰۳ و ۳۰۴. در محل بحث نیز، نه قائل به نفی مطلق قاعده الغاصب یوخذ باشق الحوالیم و نه قایل به اثبات مطلق آن، بلکه با نگاهی نسبی‌گرایانه و کثرت‌گرا، دو گزینه متصرف با حسن‌نیت را از متصرف با سوءنیت تفکیک نموده و برای هر یک مسئولیتی مجزا قائلیم و این همان درجه‌بندی کردن مسئولیت در نوشتار حاضر است.

۲- مقصود از منطق فازی که نوعی منطق ریاضی است این است که دیگر قضایا به صورت صفر و یک نگاه نمی‌شود بلکه بین صفر و یک هم چندین عدد است؛ در حوزه حقوق می‌توان از این نگاه استفاده کرد و قواعد را مطلق ننگریست، بلکه اقدام به درجه‌بندی قواعد متناسب با شرایط مصداق آن نمود نظیر درجه‌بندی مسئولیت در نوشتار حاضر.

منابع

الف - فارسی

- اکبرنژاد، محمد تقی، *منطق تفسیر متن*، چاپ دوم، (قم، انتشارات دارالفکر، ۱۳۹۵).
- بهرامی احمدی، حمید، *ضمان قهری (مسئولیت مدنی) با مطالعه تطبیقی در فقه مذاهب اسلامی و نظام‌های حقوقی*، چاپ اول، (تهران: نشر دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۹۱).
- پترسون، دنیس، *پست مدرنیسم*، مندرج در *مکاتب معاصر فلسفه حقوق*، مترجم: الهه کرامتی، چاپ اول، (تهران، انتشارات مترجمان، ۱۳۹۵).
- تاماناها، برایان زی، *حقوق و جامعه*، مندرج در *مکاتب معاصر فلسفه حقوق*، مترجم: امیرحسین نیکوی بندری، چاپ اول، (تهران، انتشارات مترجمان، ۱۳۹۵).
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *رساناس فلسفه (روش تحقیق عمومی)*، چاپ دوم، (تهران، گنج دانش، ۱۳۹۸).
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *اندیشه و ارتقاء (یک‌صد و یک مقاله در علم ماهیت‌شناسی حقوقی)*، چاپ اول، (تهران، گنج دانش، ۱۳۸۷).
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *علم حقوق در گذر تاریخ*، چاپ اول، (تهران، گنج دانش، ۱۳۸۷).
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *اندیشه و ارتقاء (یک‌صد و یک مقاله در علم ماهیت‌شناسی حقوقی)*، چاپ اول، (تهران، گنج دانش، ۱۳۸۷).
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *وسیط در ترمینولوژی حقوق*، چاپ پنجم، (تهران، گنج دانش، ۱۳۹۸).
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *تاریخ حقوق ایران (از انقراض ساسانیان تا آغاز مشروطه)*، چاپ اول، (تهران، انتشارات کانون معرفت، بی‌تا).
- حسینی، سید محمدرضا، *قانون مدنی در رویه قضایی*، چاپ چهارم، (تهران: نشر مجد، ۱۳۸۷).
- دیلمی، احمد، *حسن‌نیت در مسئولیت مدنی*، چاپ اول، (تهران: نشر میزان، ۱۳۸۹).
- ربانی، محمدحسن، *مکاتب فقهی: بررسی و تحلیل مکاتب فقهی شیعه از عصر غیبت تا دوره معاصر*، چاپ اول، (مشهد، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ۱۳۹۵).
- سلیمی، صادق، *چکیده حقوق جزائی عمومی*، چاپ ششم، (تهران: انتشارات جنگل، جاودانه، ۱۳۹۴).
- صفایی، سید حسین و حبیب‌الله رحیمی، *مسئولیت مدنی*، چاپ پنجم، (تهران: نشر سمت، ۱۳۹۲).
- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم، *حاشیه المکاسب*، (تحقیق: شیخ عباس محمد آل سیبغ القطیفی)، چاپ دوم، جلد اول، (قم: موسسه طیبه لایحیاء التراث، ۱۴۲۹).
- عابدی سرآسیا، علیرضا، *هرمنوتیک و اصول فقه (درآمدی بر قصدی‌گرایی)*، چاپ اول، (مشهد، بنیاد پژوهش‌های اسلامی آستان قدس رضوی، ۱۳۹۶).

کاتوزیان، ناصر، *الزام‌های خارج از قرارداد*، چاپ هشتم، جلد دوم، (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۶).

کاتوزیان، ناصر، شیوه تجربی تحقیق در حقوق، چاپ اول، (تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۹).
کریمی، عباس و علیرضا آیین و خدیجه شیروانی، *نظریه عمومی عدالت در علم حقوق*، چاپ اول، (تهران: انتشارات دادگستر، ۱۳۹۶).

محقق داماد، سید مصطفی، *ایقاع اخذ به شفعه*، چاپ اول، (تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۲۶).
میرشکاری، عباس، *در پیشگاه قاضی (تحلیل رویه قضایی در زمینه مسئولیت مدنی)*، (تهران: نشر جنگل، ۱۳۹۳).

نوبهار، رحیم، *اصول فقه: مباحث الفاظ و قواعد تفسیر متن*، چاپ اول، (تهران، نشر میزان، ۱۳۹۵).

ب- عربی

احسائی، ابن ابی جمهور، محمد بن علی، *عوالی اللئالی العزیزیه*، چاپ اول، جلد اول. (قم: دار سید الشهداء للنشر، ۱۴۰۵ ه.ق).

انصاری، مرتضی، *کتاب المکاسب*، چاپ اول، جلد سوم، (قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۵ ه.ق).
بروجردی، سید حسین، *تقریرات ثلاث*، مقرر: علی پناه اشتهاردی، چاپ اول، (قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۳ ه.ق).

الجواهری، حسن، *القواعد الاصولیه*، چاپ اول، ج ۲، (بیروت-لبنان: المعارف للمطبوعات، ۱۴۳۱ ه.ق- ۲۰۱۰ م).

حر عاملی، محمدبن حسن، *وسائل الشیعه*، چاپ اول، جلد نهم و جلد بیست و پنجم (قم: مؤسسه آل البیت (ع)، ۱۴۰۹ ه.ق).

حلی، یحیی بن سعید، *الجامع للشرایع*، چاپ اول، (قم: مؤسسه سید الشهداء العلمیه، ۱۴۰۵ ه.ق).
الخفیف، علی، *الضمان فی الفقه الاسلامی*، (القاهره: دارالفکر العربی، ۱۹۹۷ م).
خراسانی، محمد کاظم، *کفایه الاصول*، تحقیق و تعلیق: عباسعلی زارعی سبزواری، چاپ ششم، ج ۲، (قم: مرسسه نشر اسلامی، ۱۴۳۰ ه.ق).

خوئی، سید ابوالقاسم، *مصباح الفقاهه (مکاسب)*، (مقرر: محمدعلی توحیدی)، (بی‌جا: بی‌نا، بی‌تا).
الدرایتی، احمد، *مستند قانون مدنی*، چاپ اول، جلد سوم، (تهران: دایره المعارف حقا، ۱۳۹۱ ه.ش).
رشتی، میرزا حبیب‌الله، *کتاب الغصب*، (تصحیح و تحقیق: حسن قاسمی)، چاپ اول، (تهران: انتشارات مدرسه عالی شهید مطهری، ۱۳۸۸ ه.ش).

الریسونی، احمد، *نظریه المقاصد عند الامام الشاطبی*، (بیروت: مؤسسه الجامعه الدراسات، ۱۴۱۲ ه.ق).

- زحیلی، وهبه، نظریه الضمان او احکام المسئولیه المدنیه و الجنایه فی الفقه الاسلامی: درسه مقارنه، چاپ نهم، (بیروت: ثقافه الاختلاف- دارالفکر، ۱۴۳۳ هـ ق (۲۰۱۲ م)).
- سبحانی، جعفر، ایضاحات السنیه للقواعد الفقهیه، جلد اول، (قم: مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۳۵ هـ ق). سبزواری، سید عبدالاعلی، مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام، چاپ چهارم، جلد بیست و یکم (قم: مؤسسه المنار، ۱۴۱۳ هـ ق).
- سبزواری، محمد، کفایه الاحکام، چاپ اول، جلد دوم (اصفهان: انتشارات مهدوی، بی تا).
- سراج، محمد احمد، ضمان العدوان فی الفقه الاسلامی: درسه مقارنه باحکام المسئولیه التفصیریه فی القانون، (القاهره: دارالثقافه للنشر و التوزیع، ۱۴۱۰ هـ ق / ۱۹۹۰ م).
- السنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسیط فی شرح قانون المدنی الجدید، جلد نهم، (بیروت: داراحیاء التراث العربی، ۱۹۹۵ م).
- عاملی کرکی، علی بن حسین (محقق ثانی)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، چاپ دوم، جلد ششم، (قم: مؤسسه آن البیت (ع)، ۱۴۱۴ هـ ق).
- علوانی، طه جابر، مقاصد الشریعه (مقصدهای شریعت)، مترجم: سید ابوالقاسم حسینی، چاپ اول، (تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۸ هـ ش).
- غروی نائینی، میرزا محمد حسین، المکاسب و البیع، (مقرر: شیخ محمد تقی آملی، چاپ اول، جلد یکم، (قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۳ هـ ق).
- قمی گیلانی، ابوالقاسم بن محمد حسن، جامع الشتات فی أجوبه السؤالات، چاپ اول، جلد دوم، (تهران: مؤسسه کیهان، ۱۴۱۳ ه ق).
- لنکرانی، محمد فاضل موحدی، القواعد الفقهیه، (بی جا، بی نا، بی تا).
- مصطفوی، محمد کاظم، القواعد (مائه قاعده فقهیه معنی و مدرکا و مورد)، چاپ نهم، (قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۳۴ هـ ق).
- مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهیه، چاپ پنجم، جلد دوم، (قم: مدرسه امام امیرالمؤمنین (ع)، ۱۳۸۰ هـ ش).
- نجفی کاشف العطاء، عباس بن حسن بن جعفر، الفوائد الجعفریه، (بی جا، مؤسسه کاشف العطاء، بی تا).
- نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی ثوبه الجدید، چاپ اول، جلد نوزدهم، (قم: مؤسسه دائره المعارف طبقا لمذهب اهل البیت، ۱۴۳۶ هـ ق).
- نوری، میرزا حسین، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، چاپ اول، جلد هفدهم، (بیروت: مؤسسه آل البیت، ۱۴۰۸ هـ ق).

وجدانی فخر، قدرت الله، الجواهر الفخریه فی شرح الروضه البهیة، چاپ پنجم، جلد سیزدهم، (قم: سماء قلم، ۱۳۹۱ هـ.ش).

پ - انگلیسی

- Bermingham. Vera. *Tort in a nutshell*. 7 ed. (London. Sweet & Maxwel. 2005.)
Paul, C. Nelson, *Punishment for Profit: An Examination of the Punitive
Damage Award in Strict Liability*, The Forum (A.B.A.), vol. 18, No. 3.
(Spring 1983).
C.f.nelson. Caleb. what is textualism?. Virginia law review. Vol.19. April
2005.

