



پوهنتون سلام

پوهنځی شرعیات و قانون
پروگرام ماستری فقه و قانون



دولت جمهوری اسلامی افغانستان

وزارت تحصیلات عالی

معینیت امور علمی

نظریه تصف در استعمال حق و تطبیقات آن در قانون احوال شخصی افغانستان

رساله ماستری

محصل: نادیه وردگ

استاد رهنما: داکتر رفیع الله عطا

سال: 1399 هـ ش - 1442 هـ ق



پوهنتون سلام
پوهنځی شرعیات و قانون
پروگرام ماستری فقه و قانون



دولت جمهوری اسلامی افغانستان
وزارت تحصیلات عالی
معینیت امور علمی

نظریه تعسف در استعمال حق و تطبیقات آن در قانون احوال شخصی افغانستان

رساله ماستری

محصل: نادیه وردگ

استاد رهنما: داکتر رفیع الله عطا

سال: 1399 هـ ش - 1442 هـ ق

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



پوهنتون سلام



پوهنځی شرعیات و قانون

دیارتمنت فقه و قانون

بورد ماستری

تصدیق نامه

محترمه نادیه بنت اسد الله ID: SH-MSF-96-257 محصل دور پنجم فقه و قانون که رساله ماستری خویش را زیر عنوان: نظریه تعسف در استعمال حق و تطبیقات آن در قانون احوال شخصی افغانستان به روز ۱۴۰۰/۳/۱۶ تاریخ ۱۶۰۰/۳/۱۶ هـ ش موفقانه دفاع نمود، و به اساس بررسی هیات تحکیم مستحق ۸۸ (نمره به عدد) هشتاد و هشت (نمره به حروف) گردید، موفقیت شان را از الله متعال خواهانیم.

اعضای هیات تحکیم:

ردیف	نام استاد	عضویت	امضاء
۱	دکتور فضل الرحیم بصیرت	عضو هیات	
۲	دکتور محمد یونس ابراهیمی	عضو هیات	
۳	دکتور رفیع الله عطاء	استاد رهنما و رئیس جلسه	

..... معاون علمی

..... امر بورد ماستری

سپاسگذاری

سپاس و ستایش شایسته ذاتی است که او را می ستاییم واز او یاری می طلبیم واز آفات نفسانی و انحرافات عملی خویش به او پناه می بریم درود و سلام بی پایان بر قدوه مسلمین، ناجی بشریت، رحمت عالمین رسول الله صلی الله علیه وسلم و بر اهل و خاندان پاکیزه و یاران پاک سرشت و پیروان پاک سیرت ایشان الی یوم الدین.

اظهار امتنان و شکران میکنم رب عالمیان را که برایم توفیق و فرصتی عطاء نمود تا قدمی در عرصه علوم شرعی بگذارم و اظهار سپاسگذار از کسانی هستم که سر آغاز تولد من هستند، سپاس وشکران بی پایان والدین گرامی ام را ، که همواره حامی و پشتیبان من در همه عرصه های زندگی بوده اند.

و همچنان اظهار امتنان و سپاس از همسر مهربانم که بعد از والدین بزرگترین تکیه گاه من شده و در اتمام این رساله بنده را تشویق همه جانبه نموده است.

و اظهار امتنان و سپاس بی پایان از وزارت تحصیلات عالی افغانستان، پوهنتون خصوصی سلام، اداره و بورد ماستری، پوهنخی فقه و قانون که برای ما زمینه تحصیل علوم شرعی را در محیط کاملاً اسلامی و به دور از اختلاط را مهیا ساخته تا تحصیلات خویش را به اتمام رسانیده و از جمله اشخاص هدفمند جامعه خویش محسوب گردیم .

و در تهیه و ترتیب پایان نامه ماستری ام تحت عنوان نظریه تعسف در استعمال حق و تطبیقات آن در قانون احوال شخصی افغانستان جا دارد، که از استاد گرانقدر خویش پدر معنوی ام ، محترم دکتور رفیع الله عطاء ، که با کمال فروتنی و حسن خلق و اخلاص در تهیه و ترتیب و جمع آوری اطلاعات و مطالب زحمات زیادی را به خرچ دادند اظهار امتنان نمائیم و همچنان از استادان بزرگوارم واز تمام افراد و مؤسساتی که در تکمیل پایان نامه تحصیلی ام در هر قدم همکاری کرده اند اظهار امتنان و شکران می نمایم الله منان از همه ایشان راضی واین زحمات را در جمله حسنات ایشان محسوب گردد.

و اظهار امتنان و سپاس بی پایان از اعضای خانواده ام که سختی نوشتن این رساله را با من یکجا متحمل شدند.

و در اخیر میخواهم این را بیان کنم که طبیعتاً هر محصل دچار یک سلسله اشتباهات و مشکلات در تهیه پایان نامه تحصیلی می گردد. لذا از کاستی و کمبودی که در پایان نامه تحصیلی ام وجود دارد خواهان عفو و بخشش هستم و آرزو دارم که مورد قبول قرار گیرد .

نادیه وردگ

خلاصه تحقیق

در جریان تحقیق این رساله علمی جهد به خرج داده ام تا در مورد نظریه تعسف در استعمال حق و تطبیقات آن در قانون احوال شخصی افغانستان و بیان مسائل مربوط آن به تحقیق بپردازم : این بحث را به چهار فصل تقسیم بندی نموده ام ، که فصل اول شامل مباحث مقدماتی و مفهوم شناسی بوده و در این فصل تعریف حق در لغت و اصطلاح و همچنان محاولت معاصر که جهت تعریف حق صورت گرفته بیان شده و فصل دوم شامل تعریف تعسف و مفهوم آن در فقه اسلامی و قانون وضعی بوده و فصل سوم مشتمل بر دلایل ، مویدات و معاییر نظریه تعسف در شریعت اسلامی و قانون وضعی میباشد و فصل چهارم این بحث مشتمل بر تطبیقات نظریه تعسف در استعمال حق در فقه اسلامی و در قوانین وضعی و خصوصا قانون احوال شخصی افغانستان بوده و همچنان احکام و آثار تعسف و جزاء های تعسف در استعمال حق میباشد.

و بخش اخیر این بحث شامل خاتمه یا نتایج این بحث و همچنان شامل پیشنهادات و فهارس میباشد. فقه اسلامی به حق از نقطه نظر اجتماعی نظر میکند و به همین اساس تصرف در حق را با قیود مقید ساخته تا از مقاصد شارع و حقوق افراد دیگر محافظت شود چون فقه اسلامی صفت مزدوجه دارد و تحت ساحت پوشش آن فرد و اجتماع هر دو قرار گرفته است و میان مصالح فرد و اجتماع شریعت اسلامی به اساس ضوابط عدالت توازن و تناسب ایجاد کرده است که هر گاه میان مصالح فرد و اجتماع هر دو تعارض یا تناقض واقع شود شریعت اسلامی به اساس ضوابط عدالت توازن و تناسب را میان این دو ایجاد کرده لذا این نظریه از همین جهت نزد همگان مورد اهمیت است چون در مجموع از دفع ضرر و جلب مصالح عباد بحث میکند و به همین اساسات و مبادئ نظریه تعسف در استعمال حق در فقه اسلامی بنیاد نهاده شده است.

هدفی را که از انجام این تحقیق دارم اینست که : میخواهم بیان دارم که مفهوم تعسف در استعمال حق چیست؟ و تعسف در استعمال حق در کدام حالت ها و به اساس کدام معیار ها واقع شده میتواند؟ و همچنان میخواهم صورت های رایج تعسف در استعمال حق در جامعه خویش را به معرفی بیگیرم.

و روش تحقیق که به اساس آن این تحقیق را انجام دادم قرار ذیل است :

اول : اولاً به بیان و طرح مسئله پرداخته ام.

دوم : در قدم دوم به بررسی همه جانبه موضوع بیان تعریف و معرفی آن ، و ذکر اقوال فقهاء و علماء از مراجع مربوطه آن پرداخته ام .

سوم : و بعداً موضوع مورد بحث را در قوانین دنبال و مورد بررسی قرار دادم و سپس آنرا ذکر نموده ام.

چهارم : آیات قرآن کریم را در متن و سورت و رقم آیت را در پاورقی ذکر نموده ام و در قسمت ترجمه آیات از تفسیر نور و احسن الکلام استفاده نموده ام.

پنجم: و کوشش نموده ام تا حد توان احادیث را تخریج و احکام آنها را بیان بدارم.

و اهداف بنده از انجام این تحقیق بیان و شناخت مفهوم حق و منشاء نظریه حق در فقه اسلامی و قانون وضعی بوده ، و همچنان بررسی نظریه تعسف در استعمال حق ، و بیان تکلیف فقهی و قانونی آن، و بیان دلایل ،مویدات و معاییر این نظریه برای خواننده های محترم ودر بخش دیگر جهت معلومات مزید مطالعه کننده گان محترم به بررسی و توضیح تطبیقات و بیان صورت های رایج این نظریه (نظریه تعسف در استعمال حق) پرداخته ام تا سبب از دیاد معلومات خودم و دیگران گردد.

فهرست موضوعات

1.....	مقدمه
2.....	الف : اهمیت و ضرورت تحقیق
2.....	ب : اسباب اختیار موضوع
3.....	ج : پیشینه تحقیق
3.....	و : روش تحقیق
3.....	د : اهداف تحقیق
3.....	ه : طرح مسئله و پرسش های تحقیق
4.....	خطه بحث
5.....	ی : موانع و مشکلات تحقیق

فصل اول

مباحث مقدماتی و مفهوم شناسی

8.....	مبحث اول : تعریف حق در لغت و اصطلاح
8.....	مطلب اول: تعریف حق در لغت
10.....	مطلب دوم : تعریف حق در اصطلاح
13.....	مطلب سوم : تعریف حق در اصطلاح علماء قانون
13.....	الف : تعریف اتجاه شخصی
14.....	ب : تعریف اتجاه موضوعی
15.....	ج : تعریف اتجاه مختلط
15.....	د : تعریف اتجاه حدیث (تسلط و اختصاص)
18.....	مبحث دوم : مفهوم حق و نشات آن
18.....	مطلب اول : منشاء نظریه حق و طبیعت آن در فقه اسلامی
20.....	مطلب دوم : منشاء نظریه حق در قانون وضعی
20.....	الف : نظریه حق در مذهب فردی
22.....	ب : نظریه حق در مذهب تضامن اجتماعی
24.....	مطلب سوم: مقایسه میان نشات نظریه حق در فقه اسلامی و قانون وضعی

فصل دوم

تعریف تعسف و مفهوم آن

- مبحث اول : شناخت همه جانبه تعسف 28
- مطلب اول: تعریف تعسف در لغت 29
- مطلب دوم : تعریف تعسف در اصطلاح 29
- مطلب سوم: تعریف تعسف در استعمال حق 30
- الف: تحلیل تعریف مختار..... 31
- مطلب چهارم : تمییز واژه تعسف در استعمال حق از مصطلحات دیگر 32
- الف : فرق میان تعسف در استعمال حق و تعدی 32
- ب: فرق میان تعسف در استعمال حق با اساءت یا زیان 34
- مطلب پنجم : تکلیف فقهی و قانونی نظریه تعسف در استعمال حق 36
- الف: تکلیف فقهی نظریه تعسف در استعمال حق 36
- ب: تکلیف قانونی نظریه تعسف در استعمال حق 38
- مبحث دوم: مفهوم تعسف در فقه اسلامی و قانون وضعی 40
- مطلب اول: فلسفه و مفهوم تعسف در فقه اسلامی 40
- مطلب دوم : نظریه تعسف در استعمال حق در نزد فقهاء قدیم 40
- الف: نظریه تعسف در مذهب امام ابوحنیفه رحمه الله 42
- ب: نظریه تعسف در استعمال حق در مذهب امام مالک رحمه الله 43
- ج : نظریه تعسف در مذهب امام احمد بن حنبل رحمه الله 44
- مطلب سوم : نظریه تعسف در استعمال حق در نزد فقهاء معاصر 45
- مطلب چهارم: نظریه تعسف در قوانین وضعی 47
- الف: نظریه تعسف در قانون روم 47
- ب: نظریه تعسف در قانون فرانسه 48

فصل سوم

دلایل ، مویدات و معاییر نظریه تعسف در شریعت اسلامی

- مبحث اول : دلایل نظریه تعسف در استعمال حق 52
- مطلب اول: دلایل نظریه تعسف از کتاب الله..... 52
- مطلب دوم : دلایل نظریه تعسف از سنت مطهر رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم 59
- مطلب سوم: دلایل نظریه تعسف در اقوال صحابه. 64

69.....	مبحث دوم : مویذات نظریه تعسف در استعمال حق از قواعد فقهی
69.....	مطلب اول: قاعده سد ذرایع.....
69.....	الف: مفهوم سد ذرایع.....
69.....	ب: مفهوم لغوی سد ذرایع.....
69.....	ج: تعریف اصطلاحی سد ذرایع
70.....	د: حجیت سد ذرایع
71.....	و : انواع سد ذرایع نزد امام ابن قیم جوزیه رحمه الله.....
73.....	ن : سد ذرایع و مصالح مرسله
74.....	ی : ملازمت قاعده سد ذرایع با نظریه تعسف در استعمال حق.....
75.....	مطلب دوم : قاعده الضرر الأشد یزال بالضرر الأخف(ضرر شدید به ارتکاب ضرر خفیف جبران میشود).....
77.....	مطلب سوم: قاعده یتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام (ضرر خاص برای دفع ضرر عام تحمل میشود)
79.....	مبحث سوم : معاییر نظریه تعسف در استعمال حق
79.....	مطلب اول: معاییر نظریه تعسف در استعمال حق در فقه اسلامی
79.....	الف: معیار ذاتی.....
84.....	ب : معیار مادی یا موضوعی
85.....	مطلب دوم : معاییر نظریه تعسف در استعمال حق در قانون وضعی.....
86.....	الف : معیار شخصی یا ذاتی
87.....	ب: معیار مادی یا موضوعی

فصل چهارم

تطبیقات نظریه تعسف در استعمال حق در فقه اسلامی و قوانین وضعی

90.....	مبحث اول : تطبیقات نظریه تعسف در استعمال حق در احوال شخصی افغانستان.....
90.....	مطلب اول : تعسف هنگام عدول یا انصراف از خطبه (نامزادی).....
90.....	الف : تعریف خطبه در لغت
91.....	ب: مشروعیت و حکم خطبه.....
92.....	ج: شرایط خطبه.....
93.....	خ: استرداد مهر و احکام آن در صورت عدول خطبه.....
95.....	د : اختلاف در مهر یا هدیه بودن چیزی که مرد به زن داده است.....

- 95.....ر: تعویض ضرر ناشی از برهم زدن و یا عدول خطبه.
- 96.....الف: تعویض ضرر ناشی از برهم زدن و یا عدول خطبه در فقه اسلامی قدیم.
- 97.....ب: تعویض ضرر ناشی از برهم زدن و یا عدول خطبه از نظر فقهاء معاصر.
- 99.....و: رویه و موقف قضایی در مورد جبران خسارت.
- 101.....ی: حکم استرداد تحایف و هدایا.
- 104.....مطلب دوم: تعسف در استعمال حق طلاق.
- 104.....الف: تعریف طلاق در لغت و اصطلاح و قانون مدنی افغانستان.
- 104.....ب: مشروعیت و حکم طلاق.
- 107.....ج: طلاق تعسفی یا تعسف در استعمال حق طلاق.
- 107.....اول: طلاق بدون سبب معقول.
- 109.....دوم: طلاق در هنگام بیماری مرگ.
- 110.....الف: تعسف در استعمال حق طلاق هنگام بیماری مرگ.
- 110.....ب: حکم طلاق در هنگام بیماری مرگ.
- 115.....مطلب سوم: تعسف در استعمال حق وصیت.
- 115.....الف: تعریف وصیت در لغت و اصطلاح.
- 116.....ب: مشروعیت وصیت.
- 117.....ج: حکم وصیت.
- 119.....د: ارکان وصیت.
- 119.....ر: مقدار وصیت مشروع یا مقدار (موصی به).
- 121.....و: حالت های ضرر بار وصیت و تعسف در آن.
- 121.....صورت اول: وصیت برای وارث.
- 122.....صورت دوم: وصیت نمودن به بیشتر از ثلث مال.
- 122.....صورت سوم: وصیت در حدود ثلث با قصد ضرر به ورثه.
- 125.....مبحث دوم: صورتهای تعسف در استعمال حق در بخش رضاعت و سرپرستی.
- 125.....مطلب اول: تعسف در استعمال حق سرپرستی اطفال.
- 126.....الف: تعریف یتیم در لغت و اصطلاح.
- 126.....ب: شأن نزول آیت کریمه.
- 127.....ج: وجه استدلال از آیت کریمه به منع تعسف در استعمال حق سرپرستی یتیمان.
- 128.....د: بررسی قانون سرپرستی اطفال افغانستان.

- 135..... مطالب دوم: تعسف در استعمال حق رضاعت
- 135..... الف: تعریف رضاعت در لغت و اصطلاح
- 135..... ب: وجه استدلال به آیت کریمه جهت منع تعسف در استعمال حق رضاعت
- 137..... ج: آیا شیر دادن مادر به طفل، واجب است؟
- 138..... مبحث سوم: آثار و احکام و جزاء های تعسف در استعمال حق
- 138..... مطلب اول: آثار و احکام تعسف در استعمال حق
- 139..... مطلب دوم: جزاء های دنیوی جهت تعسف در استعمال حق
- 141..... مطلب سوم: جزاء اخروی جهت تعسف در استعمال حق
- 142..... خاتمه:
- 145..... پیشنهادات:
- 146..... فهرست آیات شریف:
- 149..... فهرست احادیث:
- 152..... فهرست منابع و ماخذ:

مقدمه

إن الحمد لله نحمده، ونستعينه، ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمدا عبده ورسوله.

سپاس ذاتی را که هستی را آفرید و قرآن را نازل کرد و قوانین و ضوابط را گذاشت تا در سایه شریعت وی تمامی جن و انس خوشبخت باشند، و سلام و درود بر بهترین افراد بشر، سید و سرور ما محمد صلی الله علیه و آله و سلم و بر آل و اصحاب و پیروان راستین ایشان.

اما بعد :

بدون شک و تردید که الله متعال امت محمدی را به خصائص ویژه ی نوازش کرده است و آنرا شریعتی شامل و مکمل ادیان الهی عنوان کرده که احکام آن جوابگو همه امور و مسائل جدید و قدیم است. چون که شریعت اسلامی برای رعایت مصلحت در دو دنیا گذاشته شده است.

مبنا و اساس شریعت بر اساس حکمت و مصلحت بندگان در زندگی دنیا و آخرت است، پس شریعت به جز عدل و رحمت و مصلحت و حکمت الهی چیز دیگر نمی باشد؛ لهذا هر مسأله ای که از عدل به ستم و از رحمت به نقت و از مصلحت به مفسدت و از حکمت به بیهودگی منجر شود از شریعت نبوده و به همین اساس گفته میتوانیم که شریعت، عدل الهی بوده میان بندگان و رحمت وی در میان مخلوقاتش و سایه وی بر روی زمینش میباشد.

حقیقتاً ما باید اقرار کنیم که شریعت اسلام تنها شریعتی است که درد های مردم را کاهش میدهد و جان و عقل و آبرو و نسل و اموال ایشان را در یک نظام قانونمند کامل و هدفمند حفظ میکند و تصرف و استعمال درست حقوق و عدم تعسف در استعمال آن در هدفمند شدن و قانونمند شدن نظام خیلی رول ارزنده ای را ایفاء میکند لذا قوانین جدید مدنی در جهان معاصر به قضیه تعسف در استعمال حق توجه و اهتمام ورزیده چنانکه قوانین جهان عرب به آن توجه داشته است و احکام و نظریات آنرا در صدر قوانین قرار داده و برای آن معاییر، و قواعد خاص خود را وضع کرده است که بیانگر اهمیت و ضرورت این نظریه میباشد. لکن شریعت اسلامی در این عرصه از قوانین وضعی سبقت داشته چون احکام شریعت اسلامی به اساس ضوابط عدالت، رفق و مرحمت با مردم، رفع حرج و سختی از اجتماع، و تحقیق مصالح عامه و خاصه، و ایجاد توازن میان آنها، و درء مفسده و مضره از تمامی مجتمع را مورد هدف قرار داده و شارع این شریعت مطهر آن چنان به باریکی و احسان این شریعت را وضع کرده که اگر به صورت درست تطبیق آن صورت گیرد همه بشریت به سعادت نایل خواهد شد.

نظریه تعسف در استعمال حق اگر چی در عصر جدید تبلور پیدا نموده است ولی ریشه های آن از عصور قدیم شروع شده است چنانچه میتوان اصول آنرا در قوانین قدیم یافت چنانچه در برخی از مصادیق این قاعده در حقوق روم قدیم نیز مطرح شده است؛ چنانکه از قول اولپین نقل میشود که گفته است: اگر کسی چاهی حفر کند و آن قدر پایین رود تا ریشه های چشمه خشک شود، مسئول نیست؛ ولی اگر عمیق کردن چاه طوری باشد که عرفا دیوار همسایه سقوط میکند، مسئول است. حقوق قدیم فرانسه این موضوع را شناسایی کرده بود، اما در مقطع خاصی از تاریخ حقوق این کشور این قاعده تا حدی مسکوت ماند و پس از آن در ابتدای قرن بیستم دوباره این قاعده مورد توجه قرار گرفت.¹

الف: اهمیت و ضرورت تحقیق

الله متعال انسان را اشرف مخلوقات آفریده است و از جمله ممیزات که انسان را از دیگر مخلوقات برتری بخشیده است مختار بودن و صاحب حق و صلاحیت بودن آن میباشد ولی صاحب حق بودن به این معنا نیست که شخص هر طوری که بخواهد مطابق به میل اش در حقوق خویش تصرف نماید چون این حقوق در شریعت اسلامی دارای ضوابط و احکام می باشد و بشکل مطلق نه بلکه مقید به ضوابط میباشد و این حقوق نه باید خلاف مقاصد شارع، عدالت، مصلحت های عامه، و در کل مضر واقع شود چون این همه موارد اساسات و قواعد نظام اسلامی را تشکیل می دهد. بناء شخص میتواند در حدود که الله برایش تعیین کرده و مطابق و با در نظر داشت مقاصد اصلی شریعت صاحب صلاحیت باشد و نه باید به تعسف در استعمال حق پردازد چون اسلام ضرر رساندن و ضرر تحمل کردن را منع کرده مسلمان باید شخص نافع باشد نه مضر، پس به همین اساس نه باید کاری کند که به اساس آن و در نتیجه آن عدالت و مصالح عامه پایمال گردد و سبب به وجود آمدن مفسده ممنوعه گردد. و نظریه تعسف در استعمال حق که به اساس نظریه مقید بودن حق استوار است حایز اهمیت بی شماری بوده چون ابعاد و جوانب مصالح مطلوب که از تشریح حقوق مراد میشود را مورد بحث و تحقیق قرار می دهد تا اعراض و مقاصد شریعت موجود گردد که به اساس همین مواصفات که نظریه تعسف در استعمال حق با خود دارد فقه اسلامی را بیشتر و بیشتر غنی تر میسازد، چون این نظریه در مجال معاملات، احوال شخصی و دیگر موارد تطبیقات دارد که اساس و پایه های نظام اسلامی را تشکیل می دهد به این سبب همین تحقیق حایز اهمیت بوده و همچنان این نظریه در برگزیده و بیان کننده صفت مزدوجه حقوق است در شریعت اسلامی چون در نظام های دیگر یا فرد و یا هم مجتمع محور تمرکز حقوق میباشد ولی در شریعت اسلامی هم حقوق فرد پایمال نمی شود و نه

¹ عبدالرزاق سنهوری، الوسیط فی شرح القانون المدنی، دار احیاء التراث العربی، بیروت، ج ۱، ص ۸۴۵ و ۸۳۸.

هم حقوق مجتمع و میان این هر دو شریعت اسلامی یکنوع توازن را برقرار کرده است که به اساس همین صفات شریعت کامل و خالد شمرده میشود به اساس همین مواصفات خواستم حول این موضوع و تطبیقات آن در شریعت اسلامی و قوانین وضعی و قانون احوال شخصی افغانستان بحث نمایم.

ب : اسباب اختیار موضوع

انگیزه اسبابی که باعث آن شد که مورد این موضوع به تحقیق بپردازم در نقاط چند خلاصه میکنم :
اول : تعلق این موضوع به فلسفه تشریح اسلامی و جوهر آن و مقاصد آن که روح شریعت اسلامی را تشکیل می دهد میباشد.

دوم: شمولیت این نظریه و تطبیق آن بالای همه حقوق که تنها منحصر به حقوق ملکیت و همسایگی نبوده بلکه شامل ابواب مهم فقهی همچون فقه خانواده و احوال شخصی میباشد.

سوم : و همچنان شامل بودن این موضوع بر ستون اساسی اسلام که عبارت از برقراری عدالت و توازن اجتماعی میان همه افراد مجتمع می باشد تا از تعدی و تجاوز جلوگیری صورت گیرد و نظم اجتماع برقرار باشد.

چهارم : و همچنان سبب دیگری که باعث آن شد تا مورد این موضوع به تحقیق بپردازم اینست که طبق اطلاع که دارم در این موضوع بشکل علمی و اکادمیک در جامعه ما بحث و تحقیق صورت نگرفته ؛ لذا خواستم کوشش ابتدایی در این عرصه انجام داده باشم و در این مورد تحقیق نمایم.

ج : پیشینه تحقیق

در مورد پیشینه نظریه تعسف در استعمال حق بعداز مطالعات که انجام دادم به این نتایج دست یافتم که این نظریه در نزد فقهاء قدیم به این نام وجود نداشت و به نام های دیگر یاد شده است و از جمله فقهاء و علماء معاصر که در این مورد تحقیقات کرده اند که آنها به لسان عربی بوده و محققین به بحث در مورد تطبیقات آن در قوانین دولتهای خود پرداخته اند که از آنجمله عبارت از:

- نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ، تأليف دكتور فتحي الدريني ، بيروت ، موسسه رساله، ط: اول، 1967م .

که استاد درینی این کتاب را به دو باب تقسیم نموده است و هر کدام را به فصول و مباحث و مطالب تقسیم بندی نموده است و در این کتاب از فلسفه تعسف ، تکلیف فقهی نظریه تعسف، دلایل نظریه تعسف از کتاب الله و سنت رسول الله صلی الله علیه وسلم و از معاینه نظریه تعسف بحث نموده است.
- التعسف في استعمال الحق ، دكتور محمد شوقي السيد ، رساله ماستری.

- التعسف في استعمال الحق في التشريع الجزائري، رسالة ماستری بومنیر وهیبه میباشد و که وی از تطبیقات نظریه تعسف در استعمال حق در قانون الجزایر بحث و تحقیق نموده است. لذا خواستم این نظریه و تطبیقات آنرا در قوانین افغانستان دنبال و بررسی نمایم.

د : اهداف تحقيق

نظريه تعسف در استعمال حق يا سوء استفاده از حق در عصر امروزي از جمله نظريات مهم تلقى شده كه خيلى از جوانب حقوق اجتماعى و خصوصى را مورد بحث و پوشش قرار داده و اين نظريه و معايير تعين شده آن باعث حل و فصل خيلى از قضايا شده كه ممكن سبب بروز خيلى از مشكلات ميان افراد گرديد. لذا اهداف كه از انجام اين تحقيق دارم قرار ذيل در چند نقطه بيان ميكنم:

- 1- شناخت حق و برسى مفهوم آن در فقه اسلامى و قانون وضعى.
- 2- برسى مفهوم تعسف در استعمال حق و شناخت همه جانبه اين نظريه ، در فقه اسلامى و قوانين وضعى .
- 3- برسى دلايل و موييدات نظريه تعسف در استعمال حق.
- 4- شناخت معايير نظريه تعسف در استعمال حق .
- 5- برسى چگونگى نظريه تعسف در استعمال حق هنگام عدول يا انحراف از خطبه.
- 6- چگونگى و برسى تعسف در استعمال حق طلاق .
- 7- برسى جزاء هاى نظريه تعسف در استعمال حق.

و : روش تحقيق

با لطف و استعانت الله من در اين رساله ميخواهم در مورد نظريه تعسف در استعمال حق و تطبيقات آن در قانون احوال شخصى افغانستان بحث نمايم . و همچنان كوشش خواهم كرد كه در اين رساله احاديث بشكل كامل تخرىج گردد و همه اقوال فقهاء، و علماء، و مشايخ را بحيث امانت علمى با ذكر مصادر اصلى آن نقل گردد تا اگر كسى بخواهد براى تحقيق بيشتري به مصادر اصلى رجوع نموده و بامشكلات مواجه نگردد.

و در ترجمه آيات از تفسير نور و احسن الكلام استفاده نموده ام. و در تحقيق حاضر از روش هاى مختلف بحث نويسى استفاده نمودم كه شامل روش تحليلى، توصيفى، استدلالى، ميباشد. كه اولاً معلومات را جمع آورى و بعداً تجزيه و تحليل نموده ام ، و به اين شكل به توفيق الله متعال اين تحقيق علمى به پايان برسانم، و از الله متعال خواهانم تا سبب ازدياد علم من و ديگر خواننده ها بگردد.

وصلى الله تعالى خير خلقه محمد و على آله و اصحابه و اتباعه و اجمعين الى يوم الدين.

ه : طرح مسئله و پرسش هاى تحقيق

مى خواهم مسئله بحث را طوري مطرح بسازم كه الله متعال انسان را صاحب اختيار آفريده است تا در محدوده كه الله برايش معين کرده تصرفاتى داشته باشد و وي را صاحب حق گردانیده است ولى چرا و به اساس کدام علت ها شخص در حقوق خویش چنان تصرف میکند كه سبب رسيدن ضرر به

دیگران می‌گردد و به تعسف در استعمال حق می‌پردازد و به سوی انحراف حرکت می‌کند حق را طوری استعمال می‌کند که خلاف و مناقض قصد شارع و مقاصد شریعت می‌باشد، یا بشکل عمدی و یا هم بشکل غیر عمدی، پس آیا علت جهل است و یا هم تساهل و یا هم انحراف از حق؟ و همچنان می‌خواهم ضمناً این مسئله را نیز بیان کنم که وقت شخص به تعسف در استعمال حق پرداخت پس آیا این تصرفات وی آیا معتبر است یا مردود؟ و جایگاه شریعت اسلامی و قوانین نافذ در این مورد چیست مثلاً تعسف در حق وصیت به قصد ضرر به ورثه.

و می‌خواهم بیابم که ماهیت و مفهوم تعسف چیست و همچنان مجال تطبیقات این نظریه را کدام موارد تشکیل می‌دهد؟ آیا مصالح عام معتبر است با مصالح خاص؟ بنیاد بر اساس همین مسائل و انگیزه می‌خواهم این تحقیق را انجام بدهم تا به این موضوعات و ابعاد و جوانبمتخلف دیگر این موضوع دست بیابم.

سوالات تحقیق

- 1- مفهوم تعسف در استعمال حق چیست؟
- 2- فرق میان مفهوم حق در شریعت اسلامی و قوانین وضعی چیست؟
- 3- مؤیدات نظریه تعسف در استعمال حق در از دیدگاه شریعت اسلامی بیان شود.
- 4- مجال تطبیقات نظریه تعسف در استعمال حق کدام موارد تشکیل می‌دهد؟
- 5- آیا میان واژه های تعسف، تجاوز، و تعدی فرق وجود دارد یا خیر؟

خطه بحث

این موضوع را به مقدمه و چهار فصل که مباحث و مطالب تحت آن می‌باشد تقسیم نموده ام. مقدمه شامل اهمیت موضوع، اسباب اختیار موضوع، هدف موضوع، پیشینه تحقیق، خطه بحث، و روش تحقیق و طرح مسئله می‌باشد، خطه بحث به شکل ذیل است:

مقدمه

فصل اول

مباحث مقدماتی و مفهوم شناسی

مبحث اول: تعریف حق در لغت و اصطلاح

مبحث دوم: مفهوم حق و نشأت آن

فصل دوم

تعریف تعسف و مفهوم آن

مبحث اول: شناخت همه جانبه تعسف

مبحث دوم: مفهوم تعسف در فقه اسلامی و قانون وضعی

فصل سوم

دلایل ، مویدات و معاییر نظریه تعسف در شریعت اسلامی

مبحث اول : دلایل نظریه تعسف در استعمال حق

مبحث دوم : مویدات نظریه تعسف در استعمال حق از قواعد فقهی

مبحث سوم : معاییر نظریه تعسف در استعمال حق

فصل چهارم

تطبیقات نظریه تعسف در استعمال حق در فقه اسلامی و در قوانین وضعی

مبحث اول : تطبیقات نظریه تعسف در استعمال حق در قانون احوال شخصی

مبحث دوم : صورتهای تعسف در استعمال حق در بخش رضاعت و سرپرستی

مبحث سوم: جزاء های تعسف در استعمال حق

نتایج

پیشنهادات

فهارس

ی : موانع و مشکلات تحقیق

به مشکلات در جریان این تحقیق به آن مواجه شده ام در چند نکته خلاصه میکنم.

۱ - عدم موجودیت کتابخانه های فقهی و قانونی در کشور که دارند کتاب های علمی و پژوهشی باشند.

۲ - عدم موجودیت کتابخانه های که برای طبقه انان اختصاص داده شده باشند.

۳ - تراکم مصروفیت ها و مزاحمت های موجود در جامعه بسان نبود امنیت و فضای مناسب پژوهشی.

فصل اول

مباحث مقدماتی و مفهوم شناسی

مبحث اول : تعریف حق در لغت و اصطلاح

مبحث دوم : مفهوم حق و نشأت آن

مبحث اول: تعریف حق در لغت و اصطلاح

مطلب اول: تعریف حق در لغت

واژه حق در زبان عربی به صورت مصدر، اسم و صفت به کار رفته است. لغت دانان بزرگ عرب درباره معنای آن اتفاق نظر داشته و سخنان مشابهی را ابراز نموده اند. از جمله در لسان العرب آمده است: حق، نقیض باطل است و جمع آن حقوق و حقائق است و حق به معنای ثبوت است.¹

جوهری، حق را خلاف باطل و مفرد حقوق می داند.² وزبیدی، حق را همان موجود ثابت میداند.³ و در تعریف اصطلاحی آن جرجانی مینویسد: حق آن ثابتی است که انکار آن جایز نیست.⁴ برخی معتقدند که هر چند بعضاً معانی متعددی برای آن ذکر شده، این معانی به معنای واحدی که مفهوم ثبوت و ثابت است، برمیگردد.⁵ بنابراین میتوان گفت که حق در معنای مصدری به معنای ثبوت، و در معنای وصفی به معنای ثابت است و به همین اعتبار بر خداوند متعال اطلاق حق می شود:

(يَوْمَئِذٍ يُوقِفُهُمُ اللَّهُ دِينَهُمُ الْحَقَّ وَيَعْلَمُونَ أَنَّ اللَّهَ هُوَ الْحَقُّ الْمُبِينُ)⁶

ترجمه:

در آن روز خداوند جزای واقعی آنان را بی‌کم و کاست برای ایشان می‌دهد، و آگاه میگردند که خداوند حق آشکار است (و روز قیامت در حقیقت پروردگار شک و تردیدی برای سرسختترین لجوجان هم نمی‌ماند).⁷

زیرا ثبوت حق تعالی برترین ثبوتهاست که به تعبیر فلسفی با عدم یا عدمی اختلاط ندارد. همچنین به کلام راست، حق گفته میشود، زیرا مضمون آن در واقع ثبوت دارد و چنان ذکر است که فقهای برجسته سده اخیر نیز که مبحث حق را به دقت بررسی کرده اند، علیرغم اختلاف نظر گسترده در معنای اصطلاحی، بر اینکه حق در لغت به معنای ثبوت و ثابت است، اتفاق نظر دارند.

این امر نشان میدهد که در معنای لغوی حق اختلاف نظر خاصی وجود ندارد. و در قرآن کریم ماده حق و مشتقاتش ۲۸۷ مرتبه ذکر یافته است بشکل مصدر، صفت، فعل اسم تفضیل، اسم فاعل و غیره میباشد هر چند مفسران قرآن کریم معانی مختلفی را برای حق ذکر نموده اند، به نظر میرسد

¹ ابن منظور، لسان العرب، بیروت دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۸، ج ۳/ ۲۵۵، ۲۵۶.

² جوهری، الصحاح فی اللغة و العلوم، اعداد و تصنیف ندیم مرعشلی و اسامه مرعشلی، بیروت، دار الحضاری العربیه، ۱۹۷۴، ص ۱ / ۲۸۱.

³ زبیدی، محمدمرتضی، تاج العروس من جواهر القاموس، بیروت دار الکتب الحیاه، ۱۴۰۶، ص ۶ / ۳۷۵.

⁴ جرجانی، سیدشریف علی بن محمد، کتاب التعریفات، بیروت دار احیاء التراث العربی، ۱۴۲۴، ص ۷۲.

⁵ فیومی، احمد، المصباح المنیر، قاهره، دار المعارف، ط: دوم، ص ۱۴۸.

⁶ سوره نور رقم آیت ۲۵.

⁷ تفسیر نور، ص ۱۱۵۰.

که حق در قرآن کریم نیز به معنای لغوی اش یعنی ثبوت، ثابت و ضد باطل و وجوب به کار رفته است، از جمله آیات ذیل را میتوان ذکر کرد. (لَقَدْ حَقَّ الْقَوْلُ عَلَيَّ أَكْثَرِهِمْ فَهُمْ لَا يُؤْمِنُونَ)¹.

ترجمه: یقیناً فرمان عذاب الهی بر بیشتر آنان تحقق یافته است؛ پس لجابت می‌کنند و ایمان نمی‌آورند. که حق به معنا ثبت و وجب آمده است.

(وَقُلْ جَاءَ الْحَقُّ وَزَهَقَ الْبُطْلُ إِنَّ الْبُطْلَ كَانَ زَهُوْفًا)².

ترجمه: و بگو: حق آمد، و باطل نابود شد، بی‌گمان باطل نابود شدنی است.

(وَالْمُطَلَّقَاتُ مَتْعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَيَّ الْمُتَّقِينَ)³.

ترجمه: و برای زنان مطلقه، هدیه‌ای مناسب و شایسته لازم است که از طرف شوهر پرداخت شود تا دل شکستگی‌اش جبران گردد. اجرای این حکم، حقی است بر مردان پرهیزگار.

حق به معنای واجب آمده است.

(يَجِدُونَكُمْ فِي الْحَقِّ بَعْدَ مَا تَبَيَّنَ كَأَنَّمَا يسَاقُونَ إِلَى الْمَوْتِ وَهُمْ يَنْظُرُونَ)⁴.

ترجمه: آن‌ها پس از آن که حقیقت آشکار شد؛ درباره حق جهاد با تو مجادله می‌کنند، گویی به سوی مرگ رانده می‌شوند، و خود می‌نگرند.

(كَذَلِكَ حَقَّتْ كَلِمَتُ رَبِّكَ عَلَى الَّذِينَ فَسَقُوا أَنَّهُمْ لَا يُؤْمِنُونَ)⁵.

ترجمه: این چنین سخن پروردگارت بر کسانی که فاسق شدند؛ ثابت شده که آن‌ها ایمان نمی‌آورند.

حق در اینجا به معنای (ثبنت) ثابت شده آمده است.

مطلب دوم: تعریف حق در اصطلاح

در مورد تعریف اصطلاحی حق آنچه از فقهاء متأخر ذکر است قرار ذیل میباشد که از آنجمله استاذ (لکنوی)¹ در حاشیه اش به نام قمر الاقمار که بر نور الانوار در شرح المنار در علم اصول

¹سوره یس، رقم آیت ۷

²سوره اسراء، رقم آیت ۸۱

³سوره بقره، رقم آیت ۲۴۱

⁴سوره انفال، رقم آیت ۶.

⁵سوره یونس، رقم آیت ۳۳

فقه ، حق را چنین تعریف کرده است: (الحق هو الحكم الثابت شرعا)². حق عبارت از حکمی است که شرعا ثابت باشد.

مؤلف (فقه الاسلامی و ادلته) در انتقاد از این تعریف میگوید: این تعریف، جامع همه آن چه لفظ حق نزد فقهاء بر آن اطلاق می گردد، نیست؛ زیرا حق گاهی بر مال مملوك که از مقوله احکام نیست و بر خود ملك و یا بر وصف شرعی مانند: حق ولایت، حضانت و خیار اطلاق می گردد. همچنین حق بر مرافق مال غیر منقول مانند حق عبور و حق مجرا و یا بر آثار مرتب بر عقود مانند تعهد به تسلیم ثمن و مبیع نیز اطلاق میشود.³

تعریف دیگری که از سوی شیخ (علی خفیف)⁴ از فقهای معاصر ارایه شده ، چنین است: (الحق هو مصلحة مستحقة شرعاً). حق عبارت آن مصلحتی است که فرد شرعا مستحق آن میگردد.

استاذ مصطفی زرقاء بر این تعریف اشکالات زیر را وارد میکند:

1- این تعریف همانند تعریف استاذ لکنوی تبیین کننده ویژگی ها و خصایص حق نمیشود.

2- حق به معنای مصلحتی که استاذ علی خفیف آن را به منفعت تفسیر میکند، نیست.⁵

استاذ زحیلی نیز معتقد است که این تعریف، توجه به غایت حق دارد و تبیین کننده ماهیت و ذات حق نمی باشد بنابراین وی تعریف زیر را پیشنهاد میکند: (الحق هو علاقة اختصاصية بين صاحب الحق والمصلحة التيستفيدها منه).¹ حق عبارت از رابطه تخصصی بین دارنده حق و منافع است که از آن سود و فایده می برد.

¹ محمد بن عبدالحی بن حلیم بن محمد لکنوی هندی از جمله فقهاء حنفی مذهب بوده که در سال ۱۳۰۴ هـ وفات یافته که در عرصه علوم دینی خیلی خدمات اراخنده نموده است و ابناء الخلان بأبناء علماء هندستان، ظفر الأمانی فی مختصر جرجانی، الآثار المرفوعة فی الأخبار الموضوعه از آثار مشهور وی میباشد. (هدیه العارفین، اسماعیل باشا البغدادی، جلد ۲، صفحه ۳۸۵)

² لکنوی، حاشیه قمر الأعمار علی شرح المنار مسمی به والأنوار ، ج ۲ / ۲۱۶ و زرقاء، مصطفی احمد، المدخل الي نظرية الالتزام العامة في الفقه الاسلامي (اخراج جدید) ،، دمشق دار القلم، ۱۴۲۰ ، ق ، ص ۳ / ۲۲ .

³ وهبه زحيلي ، فقه الاسلامی و ادلته ، ج 9 / ص 18.

⁴ شیخ علی خفیف از جمله فقهاء خیلی معتمد عصر حاضر محسوب شده و وی استاذ و تربیت کننده یک نسل بزرگ محسوب شده و ایشان در منطقه شهداء مصر در سال ۱۳۰۹ هـ تولد یافته و علوم ابتدایی را همانجا به پایان رسانیده و بعدا در سال ۱۳۲۱ هـ به مصر آمد و دانشگاه الازهر پیوست و بعد از سپری نمودن سه سال به معهد سکندریه رفت در مقام قضاء هم برای چندین سال ایفاء وظیفه نموده و عضویت اجتماع بحوث اسلامی را نیز داشته و در سال ۱۳۹۸ هـ به عمر ۸۹ سالگی وفات نموده رحمه الله رحمه واسعه. بیبین جهت معلومات بیشتر کتاب: (الشیخ علی الخفیف، الفقیه المجدد)، تألیف: الدكتور محمد عثمان شبیر، دار القلم بدمشق، الطبعة الأولى، 1423 هـ - 2002

⁵ زرقاء، مصطفی احمد، المدخل الي نظرية الالتزام العامة في الفقه الاسلامي (اخراج جدید) ،، دمشق دار القلم، ۱۴۲۰ ، ق ، ص ۳ / ۲۳.

جالب است که این تعریف را استاذ مصطفی زرقاء با عبارتی مشابه دربند در انتقاد خود از تعریف استاذ علی خفیف آورده است: (الحق هو العلاقة الاختصاصية بها لصاحب الحق).² حق عبارت از رابطه اختصاصی با صاحب حق میباشد.

این امر مؤید آن است که استاذ (دکتور وهبه زحیلی)³ تعریف خود را بر اساس عبارت استاذ مصطفی زرقاء ارایه نموده است.

به هر حال، استاذ زرقاء بعد از انتقاد از تعاریف ارایه شده درباره حق به مفهوم عام آن، تعریف زیل را جهت حق ارایه کرده است: (الحق هو اختصاص يقرّ به الشرع سلطه او تكليفا)⁴. حق عبارت از اختصاصی است که شریعت به آن اقرار داشته از جهت سلطه و تکلیف.

استاذ زحیلی این تعریف را مناسب می داند؛ زیرا حقوق دینی مانند حق الهی بر بندگان مانند: نماز و روزه، حقوق مدنی مانند حق تملك، حقوق مالی مانند حق منفعت و حقوق غیر مالی نظیر ولایت بر نفس را شامل می گردد.⁵

علمای قدیم با وجود کثرت استفاده و کاربردی زیادی که کلمه حق دارد به معنای اصطلاحی آن عنایت و توجه خاص انجام نداده و به همان معنای که حق در لغت افاده می کند اکتفاء ورزیده اند و لفظ حق را به هر آنچه که شرعا ثابت شده باشد اطلاق نموده اند.

لکن بعضی از فقهای معاصر حق را چنین تعریف کرد اند: (ما ثبت بإقرار الشرع و أفضى عليه حمايته).⁶

هر آنچه به اقرار شرع ثابت شده و حمایت را نیز بر آن اضافه نموده اند.

¹ وهبه زحيلي، مرجع سابق، ج 9، ص 18.

² مصطفی زرقاء، مرجع سابق ج 3 / 23.

³ علامه وهبه مصطفی زحیلی که به عمر 83 سالگی در سال 2015 به حق پیوست از جمله علماء خیلی بزرگ اهل سنت و جماعت عصر جدید محسوب شده که در سال 2008 به آخذ جایزه بهترین و افضل ترین شخصیت اسلامی در مالیزیا نایل گردید و ایشان در منطقه عطیه در اطراف دمشق در سال 1932 تولد یافته که در اسات ابتدایی را در وطن خود فرا گرفته و بعدا به دمشق و بعدا به پوهنتون الازهر مصر پیوست در سال 1456 به درجه دوکترا در رشته الهیات اسلامی از دانشگاه الازهر مصر نایل گردید. رحمه الله رحمه واسعه. المرجع: کتاب (وهبة الزحيلي، العالم الفقيه المفسر)، تألیف: الدكتور بدیع السید اللّحام، وهو الكتاب رقم (12) في سلسلة: (علماء ومفكرون معاصرون، لمحات من حياتهم وتعريف بمؤلفاتهم) التي تصدرها دار القلم بدمشق، الطبعة الأولى، 1422 هـ - 2001 م.
⁴ همان مرجع: 19/3.

⁵ وهبه زحيلي، مرجع سابق، ج 9، ص 19.

⁶ د. عدالکریم زیدان، نظرات فی الشریعه الاسلامیه و القوانين الوضعی، بیروت، موسسه الرساله، ط/2011، ص 296.

و دكتور على خفيف در كتاب خویش (الحق والذمه) چنین بیان کرده است برای حق کدام تعریف دقیق و خاص وضع نشده است چون حق احتیاج و نیاز به تعریف ندارد.¹

وبناء از آن جهت که تعریف دقیق واضح برای حق وضع نشده به معنای خیلی زیاد اطلاق می گردد و لذا این کلمه معنا عام و شامل را برای خود اخذ نموده که شامل همه حقوق می گردد بناء از این چنین واضح میشود که کلمه حق بالای همه عین و مصالح متعلق به شخص به اساس مقتضی شرع و سلطه مطالبه اطلاق می گردد.

مطلب سوم : تعریف حق در اصطلاح علماء قانون

علماء قانون وضعی در مورد تعریف حق اختلاف نظر دارند و اساس این اختلافات به طرز نگرش ایشان به موضوع و صاحب حق منشاء گرفته که در این قسمت بحث قرار ذیل به ارایه و تحلیل تعریفات ایشان می پردازیم.²

الف: تعریف اتجاه شخصی

اصحاب این تعریف به صاحب حق نظر کرده اند و به این نتیجه دست یافتند که اراده شخص عنصر جوهری حق میباشد و حق را قدرت ارادی تعریف کرده اند که شخص آنرا در سایه و حمایت قانون استعمال می نماید. (قدرة اوسلطة ارادية يخولها القانون للشخص)³ حق عبارت از قدرت ارادی است که قانون آنرا به شخص اعطا نموده است.

و همچنان تعریف دیگری را استاذ (زیدان)⁴ برای حق نموده است که آنرا قرار ذیل بیان میکنیم : (هوسلطة او قدرة يعترف بها القانون لفرد لان يستعمل ارادته لاجراء عمل معين)⁵. پس حق نزد این گروه عبارت از : سلطه و قدرتی است که به اساس قانون جهت شخص معین به آن اعتراف شده تا اینکه شخص اراده خویش را جهت اجراء عمل معین استعمال نماید .

¹¹ علي خفيف، الحق والذمه، القاهرة، مكتبة وهبه، 1945، ص 36

² د. عبدالکریم زیدان، نظرات في الشريعة الاسلامية و القوانين الوضعية، بيروت موسسه الرساله، ط 1، 2011، ص 292.

³ عبد المنعم صده، اصول القانون، ص 275. و حسن كيرة، المدخل مرجع سابق، ص 411

⁴ شيخ علامه دكتور عبدالکریم زیدان، دانشمند و متفکر مشهور اسلامی، یکی از علمای اهل سنت عراق و یکی از پیشگامان علم اصول فقه و فقه اسلامی بود. در سال 1921م در بغداد دیده به جهان گشود. و ایشان زمان حیاتشان بست‌های علمی متعددی نیز عهده‌دار شدند، از آن جمله: استاد فقه اسلامی و رئیس بخش فقه اسلامی در دانشکده حقوق دانشگاه بغداد میباشد از تالیفات وی : أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، أصول الدعوة وغيره. این دانشمند معروف جهان اسلام، در سن 97 سالگی در سال 2014 در صنعاء پایتخت یمن دارفانی را وداع گفت.

<https://aqeedeh.com>

⁵ د. عبدالکریم زیدان، نظرات في الشريعة الاسلامية و القوانين الوضعية، ص 292-293.

انتقادات در مورد تعریف اتجاه شخصی¹

این تعریف از آن جهت به این اتجاه راجع میشود چون این گروه اراده شخص را عنصر اساسی حق دانسته و حق را قدرت ارادی تعریف کرده اند در حالیکه احياناً برای شخص حقوق ثابت می‌گردد بدون اراده و علم شخص مانند: حق ارث و میراث که شخص بدون اینکه اراده وی باشد حقوق برایش ثابت گردید و مالک آن میشود. و در همه شرائع سماوی و وضعی خیلی از حقوق به افراد ثابت شده که اراده ایشان در آن دخالت نداشته مانند مجائین ، اطفال غیر ممیز پس اگر اراده جوهر حق باشد به اندازه‌ی که صاحبان این تعریف بیان کرده اند پس اولی این بود که در همه شرائع این امر مراعات شود و این افراد از حقوق محروم میساختند در حالیکه شریعت چنین نکرده است.

انتقاد دیگری که به این تعریف برمیگردد این است صاحبان این تعریف اراده را جوهر حق دانسته و خیلی مشکل است که به حقوق اشخاص معنوی اعتراف نمایند چون مانند شخص طبیعی قدرت و اراده نداشته و دیگر این که میان استعمال حق و ثبوت حق در این نظر فرق وجود ندارد و باید فرق صورت گیرد چون حقوق بدون اراده هم ثابت می‌گردد و برای اراده بجز استعمال حق نیاز و حاجت نمی‌باشد.²

ب: تعریف اتجاه موضوعی

صاحبان این تعریف را اصحاب اتجاه موضوعی مسمی میکنند و صاحبان این تعریف به محل و موضوع حق نظر کرده اند و به صاحب حق عنایت و توجه نکرده اند و حق را چنین تعریف نموده اند: (بأنه مصلحة يحميها القانون).³ حق عبارت از مصلحتی است که قانون آنرا حمایت می‌کند.

انتقادات در مورد تعریف موضوعی

به این تعریف انتقادات وارد شده است که بشکل خلاصه آنرا بیان میکنیم:

1- این مذهب حق را به اساس جوهر و ماهیت آن تعریف نکرده بلکه هدف و غایه حق را تعریف کرده اند چون مصلحت هدفی است که به اساس ثبوت حق محقق می‌گردد ولی ذاتاً حق نمی‌باشد.

¹حسن کیره، المدخل الى القانون، مشأ المعارف اسکندیة، مصر، ۱۹۶۹، ص ۴۱۲.
²د. احمد محمود الخولي، نظرية الحق بين الفقه الإسلامي القانون الوضعي، قاهره مصر، دارالسلام، ط اول، ۲۰۰۳م، ص ۲۲-۲۳.

³حسن کیره، المدخل الى القانون، ص 415

2- انتقاد دیگری که به این تعریف برمیگردد این است که حمایت قانون را جز اساسی تعریف قرار داده پس این به این معنی است که ، حق ثابت نمی گردد مگر اینکه حمایت قانون را داشته باشد ولی اگر گفته شود که قانون حق را حمایت می کند چون حق است پس صحیح میباشد.¹

3- این اتجاها مصلحت را معیار وجود حق تلقی نموده که این درست نمی باشد چون اگر حق مصلحت باشد در آن صورت حق مصلحتی است از مصالح که در این صورت و درست نمی باشد.²

ج: تعریف اتجاها مختلط

اصحاب این نظر اساس تعریف خویش را به اساس جمع میان اراده صاحب حق و مصلحت موضوع حق گذشته اند ؛ لذا صاحبان این تعریف را اصحاب اتجاها مختلط مسمی میکنند. و در این اتجاها بعضی عنصر مصلحت را غالب می پندارند و حق را چنین تعریف کرد اند : (سلطة إرادیه يعترف بها القانون يحميها ومحلها مال أو مصلحة). حق عبارت از سلطه و قدرتی ارادی است که قانون به آن اعتراف نموده و مورد حمایت قرار داده و محل آن مال یا مصلحت می باشد.

و به این شکل در اتجاها مختلط گروهی عنصر ارادیت را غالب شمرده و این تعریف را جهت حق ذکر میکند. (بانه سلطة يقصد بها خدمة مصلحة ذات طابع الاجتماعي) حق عبارت از قدرتی است که اراده میشود بر آن جهت انجام مصلحت های که طبیعت اجتماعی دارند. و گروهی عنصر مصلحت را اقلیت³.

انتقادات در مورد تعریف اتجاها مختلط

انتقادات که به اتجاها شخصی و موضوعی وارد شد که قبلا آنرا ذکر کردیم به این تعریف هم راجع می گردد لذا این مذهب هم استمرار پیدا نکرد و سبب ظهور مذهب اختصاص و تسلط گردید.

د: تعریف اتجاها تسلط و اختصاص یا اتجاها حدیث

اساس این تعریف را تحلیل حق به دو عنصر اساسی عنصر استثنای یا اختصاص و عنصر تسلط بنام یافته است و مشکلات و نواقص که در اتجاها شخصی و موضوعی وجود داشت سبب ظهور این

¹ حسن کیره، المدخل الى القانون ، ص ۴۱۵.

² احمد محمود الخولي، نظرية الحق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، ص ۲۴-۲۵.

³ عبدالکریم زیدان، نظرات في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، ص ۲۹۳ . و عبدالمنعم بدرای، المدخل للعلوم القانونية، دارلکتاب العربي، قاهره، ط ۱، ۱۹۴۹، ص ۴۴۴.

مذهب گردید . و قبل از تعریف این اتجاه به مفهوم اختصاص یا استثنای و تسلط جهت فهم بهتر میپردازیم و آنرا بیان میکنیم:

مفهوم اختصاص یا استثنای: استثنای عبارت از ثبوت قیمت و یا ارزش برای شخص که قانون به آن اقرار داشته و این ثبوت با انتفاع ذات آن ارتباط نداشته باشد.

و یا هم استثنای عبارت از اختصاص شخص بوده بشکل افراد در شی و ارزش و قیمت آن.¹

پس صاحب حق کسی است که برای وی شی معین و ارزش معین اختصاص میابد و اختصاص به اساس این تعریف همان مصلحتی است که اتجاه موضوعی آنرا شرح نموده بودند پس مصلحت حق محسوب نمی گردد مگر تا وقتی که برای شخص در آن افراد و تخصیص ثابت نگردد.

مفهوم تسلط: عبارت از حریت و قدرت می باشد جهت تصرف در شی که موضوع و محل حق را تشکیل می دهد . و این حریت و آزادی برای فرد اختیار می دهد که در محل حق بشکل مادی و استعمال آن و یا عدم استعمال و تلف آن و یا هم بشکل قانونی تصرف نماید.²

و این سلطه حسب مضمون و ارزش های موضوع حق و همچنان حسب طبیعت اشیاء تغییر میابد. مثال در اشیاء مادی تسلط بشکل کامل صورت گرفته چون اشیاء خضوع کامل برای انسان مینماید و در حقوق دیگر مانند : حق سلامتی جسمی ، حریت ، حق حیات تسلط محدود می باشد.

و تعریفی را که اصحاب این نظر تقدیم نموده اند قرار ذیل است بیان مینمایم: (اختصاص و استثنای شخص بقیمه مالیة او أدبیه معینة یمنحها له القانون)³ حق عبارت از: اختصاص شخص به ارزشها مالی و ادبی معین که قانون آنرا به وی اعطا نموده میباشد.

و عناصر که ارتباط بسیار وثیق به حق دارد چهار دانسته که اول و دوم آن جوهر حق را تشکیل داد و سوم چهارم از مقتضیات حق محسوب می گردد .

عناصر حق عبارت از این چهار میباشد

1- استثنای و اختصاص: که قبلا آنرا تعریف کردیم که عبارت از ثبوت قیمت و یا ارزش برای شخص بوده تحت اقرار حمایت قانون که این ثبوت با انتفاع ذات آن ارتباط ندارد.

¹ عبدالکریم زیدان، نظرات فی الشریعة الاسلامیة و القوانين الوضعیة، 294 ص .

² همان مرجع

³ عبدالمنعم بدرای، المدخل للعلوم القانونیة، ص ۴۵۰.

2- تسلط : عبارت از حریت و قدرت می‌باشد جهت تصرف در شئی که موضوع و محل حق را تشکیل می‌دهد . و این حریت و آزادی برای فرد اختیار می‌دهد که در محل حق بشکل مادی و استعمال آن و یا عدم استعمال و تلف آن و یا هم بشکل قانونی تصرف نماید.

که این دو عناصر اساسی و جوهری حق محسوب شده و به خود صاحب حق راجع می‌شود ولی دو عناصر دیگر آن جهت غیر و به دیگران راجع می‌شود جهت قیام حق و عنصر چهارم هدف یا غایه حق میباشد.

3- وجوب احترام مردم برای حق و استطاعت صاحب حق که این احترام را تقاضا نماید.

4- حمایت قانونی و در صورت ضرورت صاحب حق میتواند دعوی قانونیه نماید در صورت عدم احترام دیگران به حق اش.¹

استاد صده همه این عناصر در تعریف خود گنجانیده و آنرا چنان تعریف کرده است. (ثبوت قيمة معينة لشخص بمقتضى القانون فيكون لهذا الشخص أن يمارس سلطات معينة يكفلها له القانون، بغية تحقيق مصلحة جديرة بالرعاية).²

تعیین ارزش مشخص برای یک فرد طبق قانون به طوریکه شخص بتواند از قدرت خاصی که توسط قانون تضمین شده است استفاده کند تا به منافع قابل مراقبت برسد.

و به نظر بنده اتجاه حدیث و تعریفات را که ایشان جهت حق بیان کرده اند تعریفات راجح بوده چون شامل همه جوانب حق و مواصفات آن میگردد. و تعریف که استاد صده جهت حق در این اتجاه بیان نموده است راجح تر به نظر میرسد.

¹حسن کیره، المدخل الى القانون، ص ۴۱۷-۴۲۳.

²عبدالمنعم صده، اصول القانون، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي، ۱۹۶۵، ص ۲۷۹.

مبحث دوم: مفهوم حق و نشأت آن

مطلب اول: منشاء نظریه حق و طبیعت آن در فقه اسلامی

طرز نگرش فقه اسلامی با قانون وضعی به سوی حق دارای اختلاف واضح و آشکار می‌باشد و این اختلاف ناشی از مصدریت و طبیعت حق می‌باشد چون فقه اسلامی دارای اصول و قواعد خاص خود بوده و متشکل از اجتهادات و ابتکارات عقلی نمی‌باشد که به اساس ظروف زمانی و حوادث تغییر یابد مانند قانون وضعی و بعید است اینکه احکام و ضوابط آن به حوادث و مسیرات خضوع نماید.¹

چون فقه اسلامی مظهر اراده انسانی نبوده که به اساس هوا و خواهشات، ظروف و عوامل اقتصادی و اجتماعی تغییر نماید و نه هم مصالح می‌باشد که دارای تناقضات بوده و یا مصالح جدید آنرا تعویض نماید. (فقه اسلامی فقه است که به اساس رسالت الهی بنیاد نهاده شده و مصدر آن وحی الهی بود و احکام شریعت اسلامی از قرآن کریم و سنت مطهر رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم و دیگر دلایل به اساس همین دو مصدر از لحاظ نص و یا هم معنا به آن دلالت میکند بنیاد نهاده شده است لذا منشأ حق به اساس آنچه ذکر کردیم و آنچه را علماء مقرر نموده اند عبارت از حکم شرعی بوده و حقوق افراد در فقه اسلامی حقوق طبیعی نبوده بلکه احکام شریعت اسلامی منح و اعطاء الهی بوده که به آن مصادر که از آن استنباط می‌گردد استناد داشته و حق وجود ندارد مگر آن حق که شریعت به آن اقرار داشته و به حقانیت آن دلیل موجود باشد).²

از نقطه نظر شریعت اسلامی انسان به اساس اصل انسان بودن وی مستحق حقوق نمی‌گردد بلکه این منح و موهبت الهی بالای انسان است و این از آن جهت چون شریعت اسلامی اساس حق بوده ولی حق اساس شریعت نمی‌باشد و در شریعت اسلامی نظریه حق بشکل مطلق و اطلاق وجود نداشته استمانند فکر فلسفی که فرد را کائن و منطوی از اجتماع عنوان کرده که به اساس آن حق مظهر اراده فرد آزاد می‌باشد.

چنانچه امام شاطبی رحمه الله چنین بیان میکند: حق به اثبات شرع حق ثابت می‌گردد و به اساس اصل فرد مستحق این حقوق نگردیده بلکه شرع این حقوق را برای وی بخشیده است.³

و اصل در حقوق تقیید بوده نه اطلاق چون این حقوق از جانب الله متعال که شارع همه حقوق و احکام بوده می‌باشد و بناء این حقوق به اساس قیود شارع مقید بود این تقیید از آن جهت وضع شده تا

1. مصطفی شلبي: الفقه الإسلامي بين المثالية والواقعية، بيروت، لبنان، الدار الجامعية، ط 1982، ص 14

2. محمد سلام مدكور، المدخل للفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، ط 4، 1969، ص 421.

3. الموافقات في أصول الشريعة لأبي إسحاق الشاطبي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط: اول، 2004م، ج 2، ص 446.

بالای حقوق دیگران تعدی و تعسف در استعمال حق صورت نگیرد و مصالح دیگران مراعات گردد و شخص حریت و دست باز در ضرر رساندن به دیگران نداشته باشد.¹

چون حق در ذات خود هدف و غایه نمی باشد بلکه وسیله است جهت حمایت و رعایت مقصد از مقاصد شریعت اسلامی که آن عبارت از تحقیق مصلحت میباشد، پس اگر حق هدف میبود پس شخص مطابق رغبات و خواهشات خویش هر نوع که میخواست در آن تصرف می کرد.

چنانچه عزین عبدالسلام رحمه الله چنین بیان میکند: شریعت اسلامی همه آن مصالح است پس یا مصالح را جلب میکند و یا مفسد را درء و دفع میکند.²

و ابن قیم جوزیه رحمه الله می فرماید: اساس و مبنای شریعت در حکم به اساس مصالح عباد و بندگان میباشد در معاش و معاد و همه آن عدل و مصالح است و همه آن حکمت و رحمت است.³

و از ممیزات دیگر که حق در فقه اسلامی دارد عبارت از طبیعت مزدوج حق است که حقوق فرد و اجتماع هر دو را به بهترین شکل آن ارایه کرده که حقوق و مصالح هر کدام را مقرر کرده و نه تنها فرد را محور تمرکز حقوق قرار داده و نه هم اجتماع را بلکه میان شان به مقتضی اصل عدالت و حکمت و رفع تعارض تناسب مناسب ایجاد کرده است.⁴

مطلب دوم: منشاء نظریه حق در قانون وضعی

نظریه حق با نشأت انسان و مجتمع انسانی ارتباط داشته چون اجتماع انسانی سبب به وجود آمدن حق می گردد از آن جهتی که اجتماع انسانی سازنده ارتباطات و ایجاد مصالح که گاهی میان آنها تعارض و تضارب ایجاد شده که همین باعث ظهور حق گردیده لذا وجود تشریح و قانون امر ضروری بود جهت تنظیم حقوق داخل مجتمع و جهت تنسيق روابط افراد مجتمع لذا رابطه قانون با حق رابطه مستحکم و وثیق میباشد چون قانون عبارت از مجموعه قواعد بود که جهت تنظیم سلوک روابط افراد مجتمع وضع شده و سلوک افراد را مقابل سائر افراد دیگر محدود می سازد.⁵

بناء چنان واضح میشود که وظیفه اصلی قانون فقط انشاء حقوق نبود بلکه تمکین صاحب حق جهت معرفت حق، و حدود حق، و مشروعیت و نحو استعمال آن نیز از وظایف قانون شمرده می شود تا

¹ محمد سلام مدکور، المدخل للفقہ الإسلامی، مرجع سابق، ص 42.

² العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام فی مصالح الأنام، دمشق، دارالقلم، ج 1، ص 14، 2000 م.

³ إعلام الموقعین، ریاض، دارابن الجوزی، ج 2 ص 6، ط: اول، 1423 هـ.

⁴ د. محمد عبید الکبیس، المدخل إلى دراسة الشريعة الإسلامیة، مرجع سابق، ص 277.

⁵ عبد المنعم البدر، المدخل للعلوم القانونیة، بیروت، دار النهضة العربیة، 1996، ص 431.

افراد در حق خویش تصرف تعسفی نه نماید پس از این جهت گفته می‌توانیم که حقوق و قانون دو روی یک سکه میباشد چون زمانی سخن از حقوق مطرح شود ذکر قانون حتمی و لازمی میباشد. بناء نشات و تطور نظریه حق ارتباط داشته با نشات و تبلور مراحل علم قانون و ظهور آن در طول تاریخ و فلسفه قانون از عصرهای قدیم تا حاضریه مفهوم آن ارتباط داشته است.¹

و در قانون وضعی جهت منشاء نظریه حق به دو مذهب مشهور اشاره می‌کنیم که قرار ذیل است:

الف: نظریه حق در مذهب فردی

اساس این نظریه به تقدیس و احترام فرد استوار است و به حقوق فرد اعتراف نموده تا سرحدی که از حقوق اجتماع و مصالح آنها تغافل نموده و فرد در سایه این مذهب هدف اساسی قانون بوده و مرکز اجتماع را تشکیل می‌دهد و موقعت فرد در اجتماع به مثابه مرکز دایره بوده که قانون حول آن چرخش و گردش داشته و این قانون جهت آن وضع شده که مجتمع را انتظام و نظم ببخشد و اغفال آن و مصالح خاص جواز ندارد و درست نمی‌باشد و اجتماع جهت خدمت فرد به وجود آمده نه فرد جهت خدمت اجتماع و شعار این مذهب این است که فرد جهت خدمت مجتمع هست نشده بلکه مجتمع برای فرد به وجود آمده.²

و حامیان این مذهب به این نظر هستند که قانون به اساس نظریه حقوق طبیعی به وجود آمده و فرد به اساس اصل انسان بودن صاحب حقوق می‌گردد و با تولد و پای نهادن به زمین صاحب همان حقوق گردیده و این حقوق را طبیعت جهت وی مفروض کرده و اولین آن حریت و آزادی میباشد. و قانون اساسی حق نبوده بلکه حق اساس قانون میباشد و وظیفه دولت و اجتماع و قانون حمایت حقوق فرد بوده تا فرد مستحق و صاحب حقوق خود گردد و از آن بهرمنند شود و جهت تنشيط استعدادها و مهارت‌ها ضامن و آزادی از آن استفاده نماید. و در منطق این مذهب مصالح فرد با

مصالح اجتماع در تعارض نمی‌باشد و حقوق و حریت به اطلاق قائل هستند چون ایتها بیان میکند آزادی، آزادی کار آزادی رای تجارت و تملک و غیره همه وسیله و مظهری هستند جهت آزادی مجتمع و دولت به اساس اتفاق و اتحاد و ثمره از اراده افراد آزادی به وجود آمده پس زمانیکه دولت آزادی افراد را تامین نماید جهت رشد و شکوفایی افکار ایشان زمینه محیا بساز و فرد منحصیث فرد مورد احترام و کرامت قرار گیرد پس دولت وظیفه خود را اجراء نموده است. چون

¹د. عبد الهادی یونس العطائی، ماهیة الحق فی القانون الخاص، ص 697 .

²د. عبد الکریم زیدان، نظرات فی الشریعة الإسلامیة، بیروت، موسسة الرسالة، ط 1، سنة 2000، ص 19.

وظیفه اساسی دولت همین می‌باشد و دولت در نشاط و فعالیت های فرد فقط به اندازه لزوم دخالت کند نه بیشتر از آن.¹

نقد مذهب فردی

اولین نقد که به این مذهب راجع می‌گردد این است که مصالح عامه را کاملاً رعایت نمی‌کند و در مصالح فردی و خاصه خیلی مبالغه آمیز رفتار مینمایند و به مصالح عامه هیچ توجه نداشته به مانند آنکه فرد در این اجتماع هیچ زندگی نکرده و نه نفع به وی میرساند.² و سبب عدم رعایت مصالح عامه این است که در مورد مصالح فرد و مجتمع به خطا رفتن و میگویند که مصالح فرد در نتیجه به مصالح مجتمع می‌انجامد و به تحقیق مصلحت خاص مصلحت عام بشکل تلقائیت تحقیق می‌آید. لذا مبالغه بیش از حد در مصالح و حقوق فردی نموده و مصالح و حقوق اجتماعی را کاملاً اهمال و مورد تغافل قرار داده اند.³

و از جانب دیگر این مذهب مورد نقد قرار می‌گیرد به این اساس که در حریت و آزادی فردی به اطلاق قائل نبوده و در این مورد آنقدر بسوی مبالغه رفتن که هیچ نوع تعارض در حقوق فردی را قبول نداشته و هر نوع تعارض در حقوق فردی منع می‌نمایند بخاطر اینکه نظریه حقوق طبیعی برای انسان نزد این مذهب خیلی اهمیت داشته و از آن خیلی به شدت پیروی می‌نمایند در حالیکه این نظریه یک نظریه خیالی و مثالی بوده و در حقیقت وجود حقیقی نداشته چون این نظریه زمانی درست می‌بود که انسان یک موجود می‌بود که بعید و منطوی از اجتماع استمرار حیات کرده می‌توانست در حالیکه این سخن دور از تصور است چون انسان زندگی کرده نمی‌تواند مگر در داخل اجتماع بلکه گفته می‌توانیم که زندگی نیست برای انسان مگر در داخل اجتماع و حقوق هم در جامعه مطرح می‌شود که روابط اجتماعی میان افراد وجود داشته باشد و این روابط مستلزم آن است که انسان ضرورتاً یک کائن اجتماعی باشد و به همین اساس مذهب فردی اساساً مورد نقد قرار می‌گیرد چون بنیاد و اساس آن تعلق به نظریه دارد که بیان میکند انسان بشکل فطری و منعزل و دور از اجتماع زندگی کرده می‌تواند و این دور از تصور بوده و وجود واقعی داشته نمی‌تواند.⁴

1. فتحي الدريني، الحق و مدى سلطان الدولة في تقييده، بيروت، دار الفكر للطباعة والنشر، ص4

2. عبد الكريم زيدان، نظرات في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص21

3. عبد المنعم البدر اوي، المدخل للعلوم القانونية، مرجع سابق، ص37.

4. فتحي الدريني، مرجع سابق، ص4

ب: نظریه حق در مذهب تضامن یا همبستگی اجتماعی

این نظریه به اساس تضامن و همبستگی اجتماعی استوار بود و نظریات آن برعکس و ضد مذهب فردی میباشد و این مذهب به تقدیس اجتماعی قائل بود و مصالح اجتماع را نسبت به مصالح فردی اغلیت می دهند و اجتماع و مصالح اجتماعی در نزد این مذهب در اولویت قرار داشته و جامعه و مصالح آن هدف والا این مذهب را تشکیل می‌دهد¹ و انسان را یک موجود و کائن اجتماعی دانسته که مرتبط به افراد دیگر جامعه بوده و نیازمند تضامن و تعاون اجتماعی بوده جهت تحقیق مصالح مشترک خویش و این مذهب شخص را منطوی و مستقل از اجتماع ندانسته بلکه آنرا عنصری از عناصر جامعه عنوان میکنند² و میگویند که محل قانون مجتمع و جامعه است و قانون جهت حمایت و رعایت مصالح آن وضع شده است و قانون مظهر اجتماع و جامعه ی است که به اساس عمل واقعی، تجارب، و مشاهدات به میان آمده نه به اساس طرز فکر فلسفی که فرد را کائن و موجود منطوی از اجتماع عنوان کرده اند.³

چون انسان نه میتواند که به تنهای زندگی نماید بلکه زندگی بشری خواهان تضامن و همبستگی میباشد تا بتوانند مطالبات و نیازمندی های خویش را رفع نماید لذا اساسات و قاعده تضامن اجتماعی جهت نظریه حق اینست که انسان یک موجود اجتماعی بوده استمرار حیات کرده نمی‌تواند مگر در داخل اجتماع و یک اجتماع و جامعه زنده بوده نمی‌تواند بدون تضامن اجتماعی و همبستگی اجتماعی و آنچه سلوک این مجتمع را تنظیم میکند قانون میباشد که این قانون جهت حمایت و رعایت مصالح اجتماعی و تضامن اجتماعی وضع شده میباشد.

و همچنین موظف باشد از آنچه مُخل همبستگی اجتماعی است خودداری کند، در این صورت او حق دارد هر کاری را که منجر به این همبستگی شود انجام دهد. و جلو کسی که -هرکس که باشد- مانع همبستگی اجتماعی شود را بگیرد. پس حق یک پدیده طبیعی نبود که فرد مطابق رغبت و اراده خود در آن تصرف نماید بلکه سلطه است که آنرا اجتماع به افراد اجتماع میبخشد جهت تمکین و انجام دادن واجبات که مقتضی و از مستلزمات همبستگی اجتماعی میباشد و در نتیجه به همبستگی اجتماعی منجر میگردد.⁴

¹ محمد وحید الدین سوار، النزعة الجماعية في الفقه الإسلامي وأثرها في حق الملكية، الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1980، ص11.

² عبد الكريم زيدان، نظرات في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص22-24.

³ عبد المنعم البدر اوي، المدخل للعلوم القانونية مرجع سابق، ص36

⁴ فتحي الدريني، مرجع سابق، ص45

نقد مذهب تضامن یا همبستگی اجتماعی

این مذهب همچنان مانند مذهب فردی دارای محاسن و معایب است که از محاسن آن این است که عیوب و نظریات خیالی که مذهب فردی داشت پرده برداشته و غلو و مبالغه را که به حقوق فردی قائل هستند ذکر و بیان کرده آنرا نادرست خوانده ولی این مذهب برعکس آن مصالح اجتماع را هدف اساسی خوانده و فرد را تنها و تنها جهت خدمت جامعه مسخر دانسته و به فرد من حیث یک شخص مستقل و آزاد و مسوول شخصیت قائل نشده و حقوق فردی را اهمال میکند.¹

و استاذ عبدالکریم زیدان رحمه الله می گوید: این مذهب آزادی فردی را کاملاً از بین میبرد و قبضه و سلطه دولت را بالای افراد شدت بخشیده که احیاناً این باعث استبداد در حکم گردیده و بیشتر اوقات باعث آن میشود که فرد از آزادی و حریت که در خلاف و تناقض با مصالح اجتماعی نباشد استفاده نتواند و فایده نبرد.²

و همچنان میتوان گفت اگر چه نظریه همبستگی یا تضامن اجتماعی در حق فرد را از تعسف در استعمال حق وی دور میدارد به سبب اینکه فرد حریت و آزادی کامل و مطلق نداشته چون در صورت وجود حریت و آزادی مطلق شخص میتواند به دیگران ضرر برساند ولی باوجود آن اینکه فرد را مسخر به خدمت جامعه و بشکل کلی از حقوق وی تغافل گردد این هم تعدی و تعسف در استعمال حق فرد شمرده شده چون حقوق فردی در آن کاملاً تلف گردیده و تعسف پنداشته میشود به سبب هدر رفتن همه حقوق فرد.

مطلب سوم: مقایسه نشأت نظریه حق در فقه اسلامی و قانون وضعی

بعداز اینکه نشأت نظریه حقوق را فقه اسلامی و قانون وضعی مطالعه کردیم میتوان ابراز نظر کرد که میان فقه اسلامی و قانون وضعی در مورد منشاء نظریه حق بعضی وجوه اتفاقی و اختلافی وجود دارد که بشکل خلص بیان می‌کنیم:

اولاً: (وجوه اتفاقی)

فقه اسلامی و قانون وضعی هر دو به نظریه حق اقرار کرده اند چون مطالبه طبیعت انسان است که جهت تحقیق رغبات و مطالبات خویش بکوشد و جهت بدست آوردن آن در گوشه و کنار جهان تلاش نماید یا بشکل مستقیم یا تحت تسلط دیگران.

¹د. محمد عبید الکبیری، المدخل إلى دراسة الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 276

²د. عبد الکریم زیدان، نظرات في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 25.

و دیگر آنچه نظریه حق را رسوخ میبخشد این است که فقه اسلامی و قانون وضعی هر دو در مبدا که متعلق به نظریه حق است اتفاق نظر دارند که عبارت اند از وجود قانون و تشریح میباید که باید تشریح و قانونی وجود داشته باشد جهت تنظیم روابط افراد، و تحدید مفاهیم حق، و همچنان جهت رسم و تعیین حدود آن برای محافظت مجتمع انسانی و استقرار آن؛ لذا قانون و تشریح با وجود اختلاف در مصادر خواه سماوی باشد یا وضعی ضرورتاً با حق مصاحبت و تعلق داشته و ملزم می باشد.

ثانیا: (وجوه اختلافی)

از نقطه که اتفاق میان فقه اسلامی و قانون وضعی تمام میشود از همانجا نقطه اختلاف میان ایشان آغاز گردیده که عبارت از منشأ حق و اثر آن در اثبات و تغیر اصول تشریح میباید. که قانون وضعی دو نظر ضد و نقیض را در مورد نشات حق بیان میکند چنانچه قبلاً آنرا ذکر کردیم که مذهب فردی و مذهب همبستگی اجتماعی بود.

مذهب فردی اساس این نظریه به تقدیس و احترام فرد استوار است و به حقوق فرد اعتراف نموده تا سرحدی که از حقوق اجتماع و مصالح آنها تغافل نموده و فرد در سایه این مذهب هدف اساسی قانون بوده و مرکز اجتماع را تشکیل می دهد و موقعت فرد در اجتماع به مثابه مرکز دایره بوده که قانون حول آن چرخش و گردش داشته و این قانون جهت آن وضع شده که مجتمع را انتظام و نظم ببخشد و اغفال آن و مصالح خاص جواز ندارد و درست نمی باشد و اجتماع جهت خدمت فرد به وجود آمده نه فرد جهت خدمت اجتماع و شعار این مذهب را این است که فرد جهت خدمت مجتمع هست نشده بلکه مجتمع برای فرد به وجود آمده و حامیان این مذهب به این نظر هستند که قانون به اساس نظریه حقوق طبیعی به وجود آمده.

و مذهب تضامن اجتماعی به تقدیس اجتماعی قائل بود و مصالح اجتماع را نسبت به مصالح فردی اغلیت می دهند و اجتماع و مصالح اجتماعی در نزد این مذهب در اولویت قرار داشته و جامعه و مصالح آن هدف والا این مذهب را تشکیل می دهد و انسان را یک موجود و کائن اجتماعی دانسته که مرتبط به افراد دیگر جامعه بوده و نیازمند تضامن و تعاون اجتماعی بوده جهت تحقیق مصالح مشترک خویش و این مذهب شخص را منطوی و مستقل از اجتماع ندانسته بلکه آنرا عنصری از عناصر جامعه عنوان میکنند و میگویند که محل قانون مجتمع و جامعه است.

تناقضات اختلافات این دو مذهب واضح می سازد که منشأ حق در هر دو مذهب مظهر اراده انسانی بوده که با دوافع و عوامل اقتصادی و اجتماعی تغیر نموده و قابلیت آنرا ندارد که به اساس آن

اصول و افکاری که معتبر و مورد اعتبار باشد اساس نهاده شود چون تشریح قوانین وضعی به اساس اجتهادات انسانی که با تغیر زمان و دوافع و عوامل تغیر میکند و ثابت نمی باشد.

در حالیکه فقه اسلامی ناشی از اجتهادات عقلی و انسانی نبوده بلکه فقه اسلامی فقه است که اصول و احکام آن به رسالت سماوی اتکاء داشته و اصول و قواعد آن از قرآن و سنت مطهر رسول الله صلی علیه وسلم و دیگر دلائل معتبر فقهی اخذ شده و احکام و اصول آن به خواهشات و هوی افراد خضوع نکرده و به همین اساس هیچ دین با گذشت چهارده قرن نتوانسته قانونی همانند قانون شریعت اسلامی را وضع نماید.

(وَلَوْ أَنَّ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ بِكُلِّ آيَةٍ مَا تَبِعُوا قِبْلَتَكَ وَمَا أَنْتَ بِتَابِعٍ قِبْلَتَهُمْ وَمَا بَعْضُهُمْ بِتَابِعٍ قِبْلَةَ بَعْضٍ وَلَئِنِ اتَّبَعْتَ أَهْوَاءَهُمْ مِنْ بَعْدِ مَا جَاءَكَ مِنَ الْعِلْمِ إِنَّكَ إِذَا لَمِنَ الظَّالِمِينَ)¹

ترجمه: و اگر هر نوع برهان و حجتی برای آنان که کتاب برایشان داده شده است بیاوری از قبله تو پیروی نمی نمایند، و تو از قبله ایشان پیروی نخواهی کرد، و برخی از آنان هم از قبله برخی دیگر پیروی نمی نمایند و اگر از خواست‌ها و آرزوهای ایشان پیروی کنی در این صورت تو بی‌گمان از زمره ستمکاران خواهی بود.²

(وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ وَمُهَيِّمًا عَلَيْهِ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَجَعَلَكُمْ أُمَّةً وَاحِدَةً وَلَكِنْ لِيَبْلُوَكُمْ فِي مَا آتَيْتُكُمْ فَاسْتَبِقُوا الْخَيْرَاتِ إِلَى اللَّهِ مَرْجِعُكُمْ جَمِيعًا فَيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ)³

ترجمه: کتاب را به حق بر تو نازل کردیم در حالی که تصدیق‌کننده کتاب‌های که پیش از آن است و بر آن‌ها شاهد و نگاهبان است، پس به آنچه الله نازل کرده است در میان آن‌ها حکم کن و از هوی و هوس‌های آنان به جای آنچه از حق که به تو رسیده است، پیروی نکن ما برای هر کدام از شما، آیین و طریقه روشنی قرار دادیم و اگر الله می‌خواست همه شما را یک امت قرار می‌داد، ولی الله می‌خواهد شما در آنچه به شما داده است آزمایش نماید، پس در نیکی‌ها بر یکدیگر پیشی گیرید، بازگشت همه شما به سوی الله است، آنگاه از آنچه در آن اختلاف می‌کردید به شما خبر می‌هد.

(وَلَوْ اتَّبَعَ الْحَقُّ أَهْوَاءَهُمْ لَفَسَدَتِ السَّمَوَاتُ وَالْأَرْضُ وَمَنْ فِيهِنَّ بَلْ أَنْزَلْنَاهُمْ بِنُورِهِمْ فَمِنْهُمْ مَنْ يُنِيرُهُمْ فَهُمْ عَنْ نُورِهِمْ مُعْرِضُونَ)⁴

¹سوره بقره آیت ۱۴۵

²تفسیر نور، ص 63

³سوره مائده رقم آیت 48

⁴سوره مومنون، آیت 71

ترجمه : و اگر حق از هوس‌های آن‌ها پیروی کند، آسمان‌ها و زمین و هر که در آن‌ها است، تباه شوند، بلکه برای آن‌ها پند و اندرزشان آورده‌ایم، پس آن‌ها از پندشان روی گردانند.

و توازن‌میان مصالح فرد و اجتماع بشکل اصلی و بهتر آن در فقه اسلامی تمثیل و متصور می‌گردد و قواعد حق را در تشریح اسلامی بشکل بهتر و واضح می‌توان نمایان کرد چنانچه آنرا جمع نموده مانند اصل عدل و عدلت، احسان، عفو، تواضع، تسامح، اقتضاء و اصل تعاون و منع از عدوان و تجاوز چنانچه الله متعال در کتاب خویش چنین می‌فرماید :

(وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ)¹

ترجمه : و در راه نیکو کاری و پرهیزگاری با همدیگر همکاری کنید و هرگز در راه گناه و تجاوز همکاری نکنید، و از الله بترسید، بی‌گمان الله سخت عقاب دهنده است.

¹سوره مائده ، آیت 2

فصل دوم

تعریف تعسف و مفهوم آن

مبحث اول: شناخت همه جانبه تعسف

مبحث دوم: مفهوم تعسف در فقه اسلامی و قانون وضعی

مبحث اول: شناخت همه جانبه تعسف

مطلب اول: تعریف تعسف در لغت

از معانی تعسف در لغت عبارت از انحراف، سیر بغیر هدایت، و مجرد آن در اصل العسف بود که به معنا آن است که مسافر غیر راه یا راه ناآشنا را در پیش گیرد بدون علم و کوشش و سعی. که معنا آن به ظلم و جور نقل شده چنانچه ابن منظور در لسان عرب معنا تعسف را چنین ذکر کرده است: العسف: به معنا سیر و یا رفتن به غیر هدایت میباشد (السیر بغیر هدایة) (الأخذ علی غیر الطريق) و به همین شکل تعسف و اعتساف. مثال عسف فلان عسفا، ای ظلمه و عسف السلطان.¹

(لویس معلوف)² در معجم المنجد واژه عسف را چنین تعریف کرده است: عسف، یعسف، عسفا، الطريق و عن الطريق، از راه نابلد و نا آشنا رفت. و میگویند (بات یعسف اللیل) شبانه و بدون راهنما به دنبال کار خود رفت. العسف: ظلم، ستم، بیداد. و اصل آن به این معنی بوده که مسافر از جای برود که نه راه باشد و نه نشانه ای در آن باشد که به معنای ظلم و ستم تغییر معنی داده است. العساف والعسوف و المعسف: به معنای زیاد ستمگر. العسیف: کسی که بدون راهنما به راه نا آشنا می‌رود.³

در النهاية ابن الأثیر حدیث را چنین نقل نمود و در حدیث آمده است " لا تبلغ شفاعتی إماما عسوفاً " ای جائرا أو ظلوما.

والعسف در اصل این است که مسافر راه نا آشنا و نابلد را و بدون علم پیش گیرد که معنی آن به ظلم و جور نقل یافته.⁴

و در مختار الصحاح چنین ذکر یافته است: تعسف عبارت گرفتن چیزی به طریق غیر و عسف از باب ضرب و به همین شکل تعسف و اعتساف و عسوف که به معنا ظلم می‌باشد.⁵

¹ جمال الدین ابن منظور إفريقيا، لسان العرب، دار صادر، بیروت، ط سوم، ج ۹ / ص ۲۴۵، ۱۴۱۴ هـ.

² لویس معلوف فرهنگ نویس و روزنامه نگار لبنانی بود در سال 1284ق/1867م در زحله لبنان متولد شد و ادبیات عربی و لغت را از دانشکده یسوعیه بیروت فرا گرفت و پس از شش سال از آنجا فارغ التحصیل شد. او برای تکمیل تحصیلات خود سه بار به اروپا مسافرت نمود و لویس معلوف در سال 1365ق/1946م در بیروت از دنیا رفت و برخی آثار وی المنجد فی اللغة و تاریخ آداب اللغة العربیة میباشد. زرکلی، خیرالدین، الاعلام، لبنان، بیروت، دار العلم الملائین، 1989م.

³ لویس معلوف، معجم المنجد فی اللغة و الاعلام، مترجم- محمد بندر ریگی، تهران، انتشارات تهران، ط پنجم، ۱۳۸۴، ج ۲ / ص ۱۱۲۱.

⁴ مجد الدین ابی السعادات المبارک محمد الجزری ابن الأثیر، النهاية فی غریب الحدیث والأثر، موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، قم - ایران، ط چهارم، ج ۳ / ص ۲۳۷، ۱۳۶۴.

⁵ عبدالقادر رازی، مختار الصحاح، مکتبه لبنان، ص ۱۸۱، ۱۹۸۶م.

بناء بعد از مطالعه معنی لغوی تعسف چنان نمایان شد که معنای تعسف حول ظلم ، خروج از حق ، و جور چرخش دارد.

مطلب دوم : تعریف تعسف در اصطلاح

جهت تعریف اصطلاحی تعسف فقهاء و شارحین قانون تعریفات ذیل را ارایه نموده اند که به بیان بعضی آن میپردازیم.

اول : بلحاج العربی تعسف را در اصطلاح چنین تعریف کرد است : (كل استعمال للحق بنية الضرر بالغير دون أن يكون لصاحب الحق مصلحة في ذلك)¹. همه استعمال حق به نیت الحاق ضرر به دیگران بدون اینکه به صاحب حق در آن مصلحتی باشد تعسف شمرده میشود.

دوم : منصور مصطفی آنرا چنان تعریف کرده است: (انحراف صاحب الحق في استعمال غاية الحق)². تعسف عبارت از انحراف صاحب حق در استعمال غایه و هدف حق میباشد.

سوم: (استعمال الحق على وجه غير مشروع بمعنى متجاوزة الحق حين مزاولة الإنسان له)³

تعسف عبارت از استعمال حق به صورت غیر مشروع بمعنی تجاوز از حق در هنگام ممارست آن توسط انسان.

چهارم: و فتحی الدربنی از عالمی بنام (سالی) این تعریف را نقل کرده است: (انتفاء الحق وليس إساءة استعماله)⁴ تعسف عبارت از سوء استفاده از حق نبوده بلکه انتفاء حق میباشد.

مطلب سوم : تعریف تعسف در استعمال حق

در مورد تعسف در استعمال حق تعریفات متعددی را فقهاء ذکر کرده اند که قرار ذیل آنرا بیان و تحلیل میداریم.

تعریف اول: (استعمال الإنسان لحقه على وجه غير مشروع) تعسف در استعمال حق عبارت از: استعمال حق بشکل غیر مشروع توسط انسان میباشد.

¹ بلحاج العربی، ابحاث و مذاکرات فی القانون و الفقه الاسلامی، دیوان مطبوعات الجامعیة ، الجزائر، جز اول، ص ۱۷، ۱۹۹۶.
² سعیدیه شرقی ، التعسف فی استعمال حق الملكية، مذاکره ماستری ، ص ۱۶، ۲۰۱۳.

³ محمد رافت عثمان، التعسف فی استعمال الحقوق فی الشریعه الاسلامیه و القانون مجله الشریعه و القانون، قاهره، ص ۴، بدون سال نشر.

⁴ فتحی دربنی، نظریه التعسف فی استعمال الحق فی الفقه الاسلامی، ط دوم، موسسه رسالت - لبنان، ص ۳۱۴

این تعریف را عالم بزرگ معاصر احمد فهمی ارایه کرده است که قصد وی از غیر مشروع تصرف غیر معتاد میباشد که جهت وضاحت بیشتر تعریف دیگر را نیز به تعسف در استعمال حق بیان میکند که عبارت اند از: (تصرف الإنسان فی حقه تصرفاً غیر معتاد شرعاً)¹ تعسف در استعمال حق عبارت از تصرف شخص در حق خویش به طوریکه شرعاً غیر معتاد و یا غیر معمول باشد .

ولی این تعریف را دکتور محمد فتحی مورد انتقاد قرار داده و آنرا نقد و بررسی نموده و می گویند: صاحب تعریف تعسف در استعمال حق را بر تصرف غیر معتاد حصر کرده در حالیکه تعسف در استعمال حق شامل تصرف معتاد به نظر کردن به نتایج و اهداف آن نیز می‌گردد.

مثال: شخصی چاه را نزدیک چاه همسایه حفر می نماید که در نتیجه آب چاه همسایه کم شده یا کاملاً خشک میشود، پس در این صورت تصرف معتاد باعث الحاق ضرر گردیده در حالیکه حفر چاه تصرف معتاد تلقی شده از جهت حق تصرف در ملکیت لکن به اساس لوازم و اسباب خارجی منع صورت می‌گیرد.²

استاذ حسن کیره از علماء مشهور ،تعسف در استعمال حق را چنین تعریف می کند:(أن تعسف فی استعمال الحق هو تخلف عن غایة الحق أو مناقضته).³ تعسف در استعمال حق عبارت از مناقضه و تخلف از هدف و غایه حق میباشد.

و استاذ رمضان ابو السعود تعسف در استعمال حق را چنین تعریف کرده است: (استعمال صاحب الحق سلطته المخولة قانونياً بكيفية تلحق ضرراً بالغير بمعنى أن الاستعمال فی حد ذاته مشروع لکن نتائج و اغراضه غیر مقبوله).⁴ عبارت از استعمال سلطه و قدرت که قانون به شخص اعطا نموده است به شکلی که سبب الحاق ضرر به دیگران گردیده به این معنی که استعمال حق در ذات خود مشروع بوده لکن نتایج و اهداف آن قابل قبول نمیشود.

آنچه این تعریف را مرد انتقاد قرار میدهد این است که این تعریف در بر گیرنده‌ای خیلی مفهوم واسع بوده در حالیکه به مثل این افکار خواهان تعریف دقیق است تا اینکه این فکره باعث ضیقیت افراد در حقوق ایشان نگردد، چون صاحب تعریف ضرر که مقصود است محدد و مشخص نکرده است.

¹ احمد فهمی ابو سنه، تعسف در استعمال حق، اسبوع الفقه الاسلامی، المجلس الأعلى لرعاية الفنون والآداب، دمشق، ۱۳۰۸، ص ۱۱۰.

² فتحی الدینی، نظریه التعسف فی استعمال الحق فی الفقه الاسلامی، ط دوم، موسسه رسالت - لبنان، ص ۸۵-۸۶.

³ -حسن کیره المدخل الی القانون بوجه عام - نظریه العامه للحق، منشآت المعارف، مصر، ص ۷۶۳، بدون سال

⁴ رمضان ابو السعود، المدخل الی القانون، منشورات حقوقی حلب، لبنان- بیروت ص ۳۶۱، ۲۰۰۳.

ولی تعریف مختار را دکتور محمد فتحی الدیرینی که ایشان یکی از علماء معاصر بوده ارایه کرده است که همه تعریف وی را تعریف مختار نامیده اند و عبارت اند از: (مناقضة قصد الشارع فی تصرف مأذون فیه شرعا حسب الاصل).^۱ مخالفت قصد شارع در تصرف که حسب اصل مشروع باشد و به آن اجازه داده شده است.

الف: تحلیل تعریف مختار

مناقضة قصد الشارع : مناقض، ومخالف قصد شارع به این معنا که ضد قصد شارع بوده که این مخالف خالی از دو حال نمی باشد یا بشکل عمدی وقصدی بود و یا هم بشکل غیر قصدی وغیرمقصود میباشد. پس زمانیکه مناقضه قصدی و مقصودی باشد در این صورت مکلف عمدا دست به عملی مشروع که از طرف شریعت برایش اجازه داده شده میزند که قصد شارع را در آن فعل عینا منهدم ساخته و جهت تحقیق مصلحت غیر مشروع این کار را انجام میدهد و حق را مجرد قصد ضرر استعمال می نمایند در حالیکه هدف و قصد شارع از مشروعیت آن تحقیق مصالحی بوده نه ضرر رساندن، و یا هم حق را که شرعا مشروع شده ذریعه و وسیله قرار داده جهت حلال کردن آنچه الله آنرا حرام کرده است. مانند: بیع عینه جهت توصل و رسیدن به ربا محرم.

و یا هم هبه مال بشکل صوری در نهایت سال یا قبل از پوره شدن حول، و ساختن حیلها برای اسقاط ذکات که به همین شکل همه حیلها که قصدا جهت ابطال حکم شرعی و تحقیق مصالح غیر مشروع ساخته میشود غیر مشروع و درست نمی باشد.

ولی اگر تناقض یا مناقضه مقصودی و عمدی نباشد در این صورت این شامل افعال می گردد که نتایج آن در مخالفت و تناقض اصول عام شریعت که عبارت از (جلب المصالح ودرء المفسدة) میباشد چون حقوق جهت جلب مصالح ودرء مفسدات مشروعیت یافته اند پس زمانیکه نتایج استعمال این حقوق با این اصول و قواعد در تناقض و مخالفت باشد مشروعیت آن انتها می یابد.

تصرف مأذون فیه شرعا : تصرف شرعی شامل تصرف فعلی و قولی که هر کدام به سلبی و ایجابی تقسیم گردیده اند. تصرف شرعی قولی ایجابی مانند: بیع سلاح در ایام فتنه که بالای آن ضرر عام مرتب گردیده تعسف محسوب میگردد. و تصرف شرعی قولی سلبی مانند: امتناع شخص از قبول ایجاب مثلا تاجری از بیع احتکار امتناع ورزد.

^۱فتحی دیرینی، نظریه التعسف فی استعمال الحق فی الفقه الاسلامی، مرجع سابق ص ۸۷

و تصرف شرعی فعلی ایجابی مانند: استعمال عقار جهت رساندن ضرر دیگران و یا استعمال آن طوریکه به بار آورنده ضرر باشد.

تصرف شرعی فعلی سلبی مانند: امتناع مالک از هدم دیوار حائط مائل در طریق و راه عامه، که در صورتی امتناع مالک بشکل اجباری منهدم میگردد و امتناع مالک تعسف در استعمال حق وی شمرده میشود.

مأذون فیه شرعا حسب الأصل: که با این قید افعال که ذاتا غیر مشروع است خارج میشود چون آن افعال غیر مشروع و انجام آن اعتداء و تجاوز محسوب می گردد نه تعسف در استعمال حق چون تعسف در استعمال حق فرعی از فروع حق میباشد و ذاتا مشروعیت داشته و این قید مجال تطبیق نظریه تعسف در استعمال حق را نیز مشخص میسازد.¹

مطلب چهارم: تمییز واژه تعسف در استعمال حق از مصطلحات دیگر

احیانا مصطلح تعسف با بعضی مصطلحات دیگر که با تعسف در استعمال حق معانی نزدیک را افاده میکند خلط می گردد لذا لازم است که به این اصطلاحات آشنائی پیدا نمایم و واژه تعسف در استعمال حق را از تمییز نمایم بناء جهت فهم بهتر به شرح آن میپردازیم.

الف: فرق میان تعسف در استعمال حق و تعدی یا تجاوز از حق

دکتور حمصانی اعتداء یا تجاوز از حق را چنین تعریف کرده است (انه العمل بدون حق و لا جواز شرعی).² تجاوز از حق عبارت از عمل یا کاری است بدون حق و جواز شرعی.

و دکتور محمد فتیح درینی تعسف در استعمال حق را چنین تعریف کرده است: (مناقضة قصد الشارع فی تصرف مأذون فیه شرعا حسب الأصل).³ مخالف قصد شارع در تصرف که حسب أصل شرعا به آن اجازه داده شده است.

اولین فرق که میان تعسف در استعمال حق و تعدی یا تجاوز از حق آشکار میشود این است که تعسف در استعمال حق عبارت از تصرف در دائره حق بوده که حسب اصل شرعا به آن فعل اجازه داده

¹ فتیح درینی، مرجع سابق، ص ۸۷ - ۹۱ .

² صبحی حمصانی، الموجبات و العقود، ج 1، ص 175

³ فتیح درینی، مرجع سابق، ص ۸۷ .

شده است. در حالیکه تعدی و تجاوز از حق تصرف خارج از دائره و حدود حق بوده که آن فعل در اصل مشروعیت شرعی و قانونی نمی داشته باشد.

بناء مقصود از تعسف در استعمال حق این است که شخص فعلی را انجام بدهد یا مرتکب فعلی شود که در اصل مشروع باشد به اساس مقتضی حقی که از طرف شریعت برای وی ثابت شده است یا عوض یا بدون عوض و یا به اساس اباحت و اجازه شریعت به انجام آن فعل به صورتی که ملحق به ضرر به دیگران بوده به حکمت مشروعیت در تناقض و مخالفت قرار بگیرد.

بعداز ذکر چند مثال فرق میان اعتداء و تعسف در استعمال حق را میتوان بشکل درست واضع ساخت.

اولاً: وقتی یک فرد زمین شخص دیگر را زرع نماید و یا بالای آن بنایی را بسازی نماید غاصب و معتدی شمرده می شود چون فعل وی در اصل غیر مشروع است و فعل وی بر حق استناد نداشته ولو اگر در آن به دیگران فایده باشد ولی اگر شخص در زمین خویش و محدوده دیوار بلندی را بنا نماید

که در نتیجه آن همسایه از هوا و روشنی بهرمنند نشود پس این کار وی ضرر رساننده است برای همسایه که این ضرر محسوب گردیده و ضرر فاحش بوده اگر چه در آن فایده به صاحب زمین باشد ولی این شخص متعسف شمرده شده و عمل وی تعسف در استعمال حق شمرده می شود ولی تصرف آن در اصل مشروع است چون تصرف در حق ملکیت است ولی به سبب ضرر به غیر تعسف شمرده می شود.

ثانیاً: اگر شخصی اضافه از ثلث مال خویش را وصیت نماید این فعل وی تجاوز از حدود حق وی محسوب گردیده که اساساً آنرا شریعت برایش داده است چون شریعت برایش در ثلث مال حدود را معین نموده است پس این کار و عمل وی در اصل نامشروع بود چون استناد بر حق نداشته در حالیکه تعسف فرع از فروع وجود حق است.

ولی اگر در ثلث مال وصی طوری وصیت نمایند که به اساس آن وصیت نیت و قصد ضرر ورثه را داشته و دلایل هم به این قصد وی ثابت گردد پس این عمل وی تعسف در استعمال حق شمرده شده چون اصل فعل مشروع بوده و استناد به حقی که از طرف شریعت برایش ثابت شده داشته ولی حکمت از تشریح و قصد شارع از تشریح آن رساندن ضرر به دیگران نبوده و استعمال این حق سبب از بین رفتن همان حکمت میگردد و ضرر آن رسیدن ضرر به ورثه است که این کار ممنوع میباشد.

لذا میان تعسف در استعمال حق و تعدی یا تجاوز از حق فروق اساسی وجود داشته^۱ و، وحدت وصف شرعی تعسف و مجاوزه یا تجاوز از حق اختلاف حقیقی میان این دو را نفی نمی کند این سخن درست که اعتداء و تعسف هر دو شرعا محظور هستند ولی وحدت وصف شرعی اختلافی حقیقی میان این دو را نفی نمی کند چون تعسف در استعمال حق استناد برحق دارد و فعل ابتداء مشروعیت داشته ولی به سبب تعسف در استعمال آن عیب دار شده به سبب باعث که بالای آن واقع شده پس وقتی که از آن باعث و وصف غیر شرعی جدا و بشکل مجرد درآید پس نتیجه غیر شرعی بالای آن مرتب نه شده و فعل به وصف شرعی خود باز میگردد ولی اعتداء و تجاوز از حق به این شکل نیست چون در اعتداء و تجاوز از حق فعل ذاتا غیر مشروع بوده به سبب عیب که در ذات آن فعل می باشد و استناد بر حق نداشته و در همه حالات ممنوع است مگر در حالات ضرورت.^۲

ولی حقیقت این است که نظریه تعسف در استعمال حق به حق و غایه و هدف حق تعلق داشته و یک نظریه مستقل بوده که دارای معاییر خاص خود میباشد و به معاییر تعدی یا تجاوز از حق استناد نداشته میباشد.

ب: فرق میان واژه تعسف در استعمال حق و اساءت یا ضرر و زیان

شارحین قانون و فقهاء معاصر لفظ اساءت در استعمال حق و تعسف در استعمال حق را درحالات اغلب مورد استفاده قرار میدهند پس آیا میان شان اختلافی در معنی است یا خیر؟

که در این قسمت بحث به بیان آن میپردازیم؛ لفظ تعسف در استعمال حق و اساءت در استعمال حق هر دو معنی مترادف را در استعمال حق افاده می کند و لفظ تعسف در نطق و مجال و زمانی که سخن از حقوق و استعمال آن مطرح شود مورد کاربرد قرار میگیرد ولی لفظ دوم (یعنی اساءت) که شارحین قانون اکثر آنرا در مجال اجرایی یا استعمال حق تقاضی یا استئناف خواهی مورد استفاده و کاربرد قرار میدهند ولی دوکتور عباس صراف میان تعسف در استعمال حق و میان اساءت استعمال حق به فرق قائل است و چنین می گوید: وقتی سخن وحدیث از اساءت استعمال حق مطرح شود پس واضع می گردد که تعلق به عناصر اساسی در مسوولیت تقصیری دارد و آن عبارت از خطاء می باشد پس کسی که ساختمانی را بشکل غیر سلیم و نادرست اعمار کند و در ساختمان میلان ایجاد شود و به اساس این عمل وی به جان و مال مردم خطر واقع شود پس به سبب این عمل شخص اساءت در استعمال حق خویش نموده است و این حالت از حالات خروج از حق بوده و حق اصلا وجود نداشته و این تصرف مسوولیت تقصیری محسوب می گردد ولی در تعسف در استعمال حق

^۱فتحی درینی، مرجع سابق، ص ۴۶-۴۸.

^۲فتحی درینی، مرجع سابق، ص ۴۹-۵۰.

برای صاحب حق ، حق ثابت گردیده و لکن آنرا وفق معاییر تعسف استعمال کرده با قصد ضرر به دیگران و مصلحتی که به اساس استعمال حق وی ایجاد شده غیر مشروع بوده چون با مصلحتی که مورد هدف قرار داشته یا مورد نظر بوده با تصرف صاحب حق در تناسب قرار نگرفته و ملحق ضرر به دیگران می‌گردد.¹

مطلب پنجم : تکلیف فقهی و قانونی نظریه تعسف در استعمال حق

الف : تکلیف فقهی نظریه تعسف در استعمال حق : در مورد تکلیف فقهی نظریه تعسف در استعمال حق اصولین مانند امام شاطبی رحمه الله نظریه تعسف را از باب تعدی به طریق تسبیب یا سبب شدن پنداشته² و این از آن جهتی است که در تاصیل تعسف اصل مسؤلیت بوده و مبنای آن به اساس تعدی می‌باشد و آنرا از تفصیل حالات ضرر که به اساس استعمال حق مرتب می‌گردد بیان میکند و حالات آن قرار ذیل می‌باشد:

حالت اول : استعمال حق مطلق به قصد ضرر به دیگران.

که به مجرد قصد ضرر حکم آن واضح میشود که عبارت از منع می‌باشد به اساس حق و قول رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم که می فرماید " لا ضرر ولا ضرار "³.

حالت دوم : شخص یا عامل حق را طوری استفاده می نماید که در آن قصد ضرر به دیگران و نفع رساندن به خود را هر دو داشته باشد . که نه نفع آن عام و نه هم ضرر آن یا فساد آن عام می‌باشد و باوجود آن هم حکم آن منع می‌باشد به سبب وجود قصد ضرر به دیگران و ضرر باید برداشته میشود به اساس قول رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم که می فرماید " لا ضرر ولا ضرار " .

حالت سوم : این حالت را طوری فرض میکند که شخص در حق خویش طوری تصرف نماید که در آن قصد رساندن ضرر به دیگران را نداشته باشد ولی در نتیجه این تصرف عادتاً ضرر به دیگران مرتب گردیده و به قطع و ترک آن ضرر رفع شده و به ترک آن صاحب حق متضرر نمی گردد.

¹ /د/ عباس الصراف ، المدخل إلى علم القانون (نظرية الحق) ، ط اول ، دار الثقافة - اردن ، ص 270 ، 2008 .

² امام شاطبی ، الموافقات ، ج 2 ، ص 348 .

³ أخرجه دارالقطنی (ج 4 ، ص 228) كتاب الاقضية، حديث (86). الحاکم (ج 2 ، ص 577) كتاب البيوع: باب نهی المحافله . و البيهقی ، (ج 6: ص 69-70) كتاب صلح ، لا ضرر ولا ضرار. قال الحاکم صحيح الاسناد على شروط مسلم و وافقه الذهبي. احمد بن حجر عسقلانی ، تلخیص الحبير في تخريج الاحاديث الراعى الكبير ، دارالکتب العلميه ، ط اول ، 1419 هج ، الموسوعه الشامله ، ج 4 ، 475 .

امام شاطبی رحمه الله در مورد حکم آن میگوید که حکم این حالت مبنی بر مسوولیت است و در این مورد دو نظر رایج میکند اولاً اگر قصد ضرر دیگران را داشته باشد حکم آن منع است چون شرعاً قصد ضرر به دیگران جواز ندارد ولی اگر قصد ضرر دیگران را نداشته باشد و به ضرر رسیدن دیگران علم نداشته باشد از این جهت جائز و محظور پنداشته نمی شود.¹

ولی اگر عالم بر آن باشد که این عمل ضرری به دیگران به بار میآورد در حالیکه به ترک آن خود شخص متضرر نمی شود پس در این صورت حکم آن منع بوده و اگر از همان فعل منع نشود شخص مذکور متعدی محسوب می گردد.²

و بشکل خلاصه گفته میتوانیم که امام شاطبی رحمه الله تعسف را به منزله تعدی به طریق سبب شدن تصور کرده در این نظر خود به قاعده تعدی که به نزد مقدمین فقهاء است خود را ملتزم نمیسازد که عبارت قاعده موضوعی است که به امور مادی بیرونی از قبیل غیر مشروع بودن فعل که اصلاً متکی به حق نیست میباشد بناء عناصر نسبی یا شخصی را دربر میگیرد که عبارت از نیت ضرر رساندن یا گمان ضرر رساندن یا کوتاهی کردن یا اعمال فشار گرفتن احتیاط بخاطر مانع شدن وقوع ضرر به غیرش همچنان امام شاطبی رحمه الله معیار تعدی را ذاتی میگرداند که پایه های آن عناصر نفسی از قبیل قصد ضرر رساندن یا گمان ضرر یا اعمال فشار یا کوتاهی در ادای مکلفیت بعد از آن شرط اول را در تعدی اغفال میکند که اصلاً عبارت از فعل غیر مشروع است تا که تعسف در مفهوم تعدی داخل شود و تعسف را در استعمال حق مجرد تطبیق معیار تعدی میگرداند نظر به این گفته ها نزد امام شاطبی رحمه الله نظریه ای برای تعسف نمیباشد زیرا که نظریه تعدی کافی است در کمک کردن حالات تعسف یا یافتن راه های حل ها بناء این نظر نزدیک میشود به مفکوره خطا نزد دانشمندان قانون در اعتبار آن اساس برای مسوولیت تقصیری یا به عبارت دیگر نظریه امام شاطبی رحمه الله موافق کسانی است که میگویند نظریه تعسف اساس آن خطای تقصیری است و در نظریه تقلیدی مبنای آن بر مسوولیت مدنی است و نظریه امام شاطبی رحمه الله نزدیک به نظریات کسانی است که نظریه تعسف را صورت جدیدی از اقسام خطا دانسته این نظریه در نتیجه توسعه در مفهوم خطا و پذیرش تحولات زندگی اقتصادی بمیان می آید.³

¹ امام شاطبی ، الموافقات، ج 2، ص 360.

² فتحی درینی، مرجع سابق، ص ۵۵ - ۵۷ .

³ فتحی درینی، مرجع سابق، ص ۵۹ - ۶۰ .

ب: تکلیف قانونی نظریه تعسف در استعمال حق

اغلب دانشمندان قانون در مورد تکلیف و اساس نظریه تعسف در استعمال حق را استوار به فکرة خطاء و داخل چارچوب دائره مسؤولیت تقصیری پنداشته که در این مورد آن به دو گروه تقسیم شده اند.

اتجاه اول: این گروه میان نظریه تعسف در استعمال حق *labus de droit* و میان تجاوز حق یا خروج از حق *le depassement de droit* خلط کرده اند و این اتجاه عالم فرانسوی بلانیول (*planiol*) و نظر وی این است که وقتی حق انتهاء بیابد تعسف شروع و ابتداء میکند و استعمال تعسفی وجود ندارد و این از آن جهت است که یک فعل نمی تواند در آن واحد موافق و مخالف قانون باشد.¹ پس تعسف به جز تجاوز از حدود حق چیزی دیگر نیست.

ولی با این اتجاه بطور ذیل رد صورت گرفته که استعمال حق معین است و از حدود و موضوع خویش خارج نمی شود لکن در بعضی احیان در تناقض و مخالفت با مبادئ عامه قانون قرار گرفته که در نتیجه الحاق ضرر به غیر شده و یا حق طوری استعمال گردد که مصلحت در نظر گرفته نمیشود.²

پس به این شکل میان تعسف در استعمال حق و نظریه تجاوز تمییز می گردد که در تعسف ظاهر حق و نتیجه و غرض معیب و عیب دار شده ولی ذاتا آن فعل مشروع می باشد ولی خروج از حق عیبی است که به ذات و اصل و ساخت فعل برمیگردد که آن فعل ذاتا غیر مشروع میباشد.³

اتجاه دوم: این اتجاه استعمال حق را خطاء تقصیری دانسته و زمانیکه شخص در حق خویش تصرف تعسفی نماید یعنی به دیگران ضرر برساند پس شخص مذکور تقصیرا خطاکار بود. و اگر شخص در حق خویش به عدم بصیرت تصرف نماید و یا هم حق خویش را طوری استعمال نماید که در آن اهمال و بی پروایی باشد پس در این صورت شخص خطاکار شبه تقصیری است.⁴

چون شخص نارمل در حق خویش به اساس بصیرت، توجه و اهتمام تصرف می نماید و حریص بر این میباشد که تصرف وی از غرض مشروع که جهت آن حق مشروع شده منحرف نگردد که در

¹د.حسن کیره، المدخل إلى القانون، مرجع سابق، ص758-759.

²د. عبد الناصر توفیق العطار، مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، ط2، ص544.

³د. حسن کیره، المدخل إلى القانون، مرجع سابق، ص760.

⁴د. توفیق العطار، مرجع سابق، ص545.

غیر آن شخص منحرف و خطا کار شمرده میشود خطاء که ایجاد شده و تولید شده رکن از رکن مسوولیت تقصیری می باشد.

ولی این مذهب همچنان مانند مذهب اول رد گردیده است و به همان شکل رد شده چون احیاناً تعسف در استعمال حق به وجود میاید ولو اگر مقومات خطاء موجود و متوفر هم نباشد لذا استقلال نظریه تعسف در استعمال حق از نظریه خطاء امر حتمی است چون تعسف در داخل دائره مشروعیت به وجود می آید در حالیکه خطاء تقصیری خارج از دائره واصل مشروعیت میباشد.¹

گروه دیگر از دانشمندان قانون به استقلالیت مبدأ تعسف در استعمال حق از عنصر خطاء بشکل استقلال تام قائل هستند چون نطاق و ساحه نظریه تعسف در استعمال حق وسیع تر از مسوولیت تقصیری بوده به سبب وجود انحراف سلوک مألوف و معمول ولی تعسف در استعمال حق به اساس تحریف حق از هدف و مقصد که جهت آن مشروعیت یافته است به وجود می آید. و نظریه تعسف در استعمال حق اساساً به حقیقت و تصور فکره حق ارتباط دارد در صورتیکه در روشنی هدف و مقصد آن استعمال گردد پس نظریه تعسف در استعمال حق با نظریه حق ملازمت و مکمل نظریه حق محسوب می گردد و یک رول وقایوی را اجراء می کند.²

¹د. حسن کیره، المدخل إلى القانون، مرجع سابق، ص 762-763.
²أنظر، د. حسن کیره، المدخل إلى القانون، مرجع سابق، ص 766.

مبحث دوم : مفهوم تعسف در فقه اسلامی و قانون وضعی

مطلب اول : فلسفه و مفهوم تعسف در استعمال حق در فقه اسلامی

فقه اسلامی به حق از نقطه نظر اجتماعی نظر میکند و به همین اساس تصرف در حق را با قیود مقید ساخته تا از مقاصد شارع و حقوق افراد دیگر محافظت شود چون فقه اسلامی صفت مزدوجه دارد و تحت ساحه پوشش آن فرد و اجتماع هر دو قرار گرفته است و میان مصالح فرد و اجتماع شریعت اسلامی به اساس ضوابط عدالت توازنو تناسب ایجاد کرده است که هر گاه میان مصالح فرد و اجتماع هر دو تعارض یا تناقض واقع شود شریعت اسلامی به اساس ضوابط عدالت توازن و تناسب را میان این دو ایجاد کرده یا مصالح اجتماع مقدم و اولیت داده و برای فرد عوض عادل داده میشود.

و این همه سد و موانع و وسائلی است جهت قطع راه های رساندن ضرر و الحاق آن به دیگران میباشد لذا حق در شریعت اسلامی یک منحه و هدیه الهی بوده که صفت وسیله و قصد را به خود گرفته که از استعمال و تصرف آن مصلحت مراد می گردد.

پس مصلحت در شرع مجرد منفعت و فائده ی شخص که آنرا همچون ثمره استعمال حق بدست می آورد نمی باشد بلکه مراد از آن مصالحی است که شارع آنرا جهت حق برای حق رسم و تعیین نموده و به آن اقرار نموده که این اقرار مبنی بر عدم معارضت و اختلاف مصالح دیگر نبوده و در صورتیکه در مخالفت و تعارض بامصالح دیگر باشد از آن رجوع صورت گرفته چون هر مصلحتی که باعث فوت مصالح بزرگ شود پس در این صورت مشروعیت آن غیر معتبر شمرده چون باعث افشاء و سبب مفسده و مضره میگردد چنانچه عزین عبدالسلام رحمه الله می گوید: در صورتیکه مفسده بزرگتر از مصلحت باشد در این صورت مفسده را دفع می نمایم و به فوت مصلحت توجه نمی کنیم.¹

آنچه را قبلا در مورد نظریه تعسف در استعمال حق نزد فقهاء مورد مطالعه قرار دادیم این بود که این نظریه از آن جهت نزد همگان مورد اهمیت است چون در مجموع از دفع ضرر و جلب مصالح عباد بحث میکند و از اهداف مهم دین مقدس اسلام که همانا احکام و شریعت جهت آن وضع شده را مورد پوشش قرار داده که عبارت اند از جلب مصلحت و درء مفسده میباشد و لذا تمام حقوق مشروع و ثابت هستند مقید به شرط عدم ضرر به دیگران پس کسیکه از حق ثابت شده برای وی استعمال

¹عزین عبد السلام، قواعد الأحكام، ج 1، ص 83.

غیر مشروع نماید و در نتیجه ضرر به دیگران مرتب گردد پس در صورتیکه ضرر فاحش و غیر قابل تحمل باشد صاحب حق از استعمال حق خویش منع میشود چون تصرف وی در حق به بار آورنده ضرر می گردد و به همین اساسات و مبادئ نظریه تعسف در استعمال حق در فقه اسلامی بنیاد نهاده شده است.

و لهذا مجال و نطاق تطبیق وسیع و فراخ را در فقه اسلامی تشکیل داده که معاملات ، احوال شخصی ، حقوق ارتفاق و خاصاً حقوق ملکیت جهت تطبیق این نظریه از بارزترین و وسیع ترین مجال تطبیق محسوب گردیده که ان شاء الله در فصل چهارم به توضیح آن خواهم پرداخت.

مطلب دوم : نظریه تعسف در استعمال حق در نزد فقهاء قدیم

کلمه تعسف در استعمال حق یا کلمه اساءت، ضرر و زیان در نزد فقهاء قدیم معروف نبوده و عین الفاظ نزد ایشان در کلام رد و بدل نمی شد و از این الفاظ را در تعبیرات ایشان نمیتوان یافت چون این تعبیرات و الفاظی است که با علماء قانون در غرب نمایان گردید.

که آن در زبان فرانسوی به آن *l'abus des droit* که کلمه *l'abus* به معنا اساءت یا زیان میباشد و در زبان انگلیسی *The abuse of rights* میباشد که علماء قانون عرب آنرا به تعسف در استعمال حق بکار برده اند.¹

وبعضی آنرا به کلمه اساءت هم تعبیر کرده اند و لفظ استعمال مذموم همچنان از بعضی فقهاء نقل یافته است مانند امام شاطبی رحمه الله که در صدد کلام اش در مورد استعمال مباح چنین فرموده (اصل مباح از بین نمی رود اگر چه مغمور یا مجهول باشد تحت اوصاف اکتیاب و استعمال مذموم) که استعمال مذموم فعلاً تعسف در استعمال حق می باشد یا هم ضرر و اساءت.²

و در اقوال بعضی علماء کلمه (المضارة فی الحقوق) یا الحاق ضرر نیز ذکر یافته است چنانچه امام (ابن قیم جوزیه)³ رحمه الله در معرض حدیث و بحث وی در مورد قضیه سمره بن جندب و تعسف در استعمال حق استطراق و ظلم وی در هنگام داخل شدن وی به بوستان انصاری جهت رسیدن به درختش که رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم به قلم کردن و قطع کردن آن امر کرد به سبب الحاق

¹ د. فتحي دريني ، نظرية التعسف، مرجع سابق، ص 45-46.

² الموافقات، ج 3، ص 219

³ ایشان عبدالله شمس الدین بن ابی بکر بن قیم جوزیه دمشقی که در سال ۶۹۱ هـ در دمشق تولد یافته و در سال ۷۵۱ هـ وفات یافته است ، که از جمله شاگردان شیخ الاسلام ابن تیمیه بوده و ایشان مولفات بسیار دارد که از آن جمله ، اعلام الموقعین، زاد العماد ، الطريق الحکمة میباشد.(ابن عماد حنبلی ، شذرات الذهب، جلد ۶ ، صفحه ۱۶۸)

شدن ضرر به صاحب بوستان.¹ که این قضیه اصل تاسیس نظریه تعسف در استعمال حق را در فقه اسلامی تشکیل میدهد.

و به همین شکل و مفاهیم نزدیک منع تصرف مشروع یا جائز در صورتیکه سبب افضایی ضرر به دیگران گردد و از غرض اصلی آن انحراف نماید که کلمات همچنان مفاهیم نزدیک بر اینکه مفهوم تعسف در استعمال حق را افاده کند می‌باشد و در اجتهادات، و فتاوی علماء در فروع فقهی دیده شده که در حقیقت مثال‌های برای تطبیق این نظریه می‌باشد.

و حالا نگاه زود گذری به نظریه تعسف در استعمال حق در مذاهب مدون فقهی پرداخته که در این مورد چی نظریات ارایه میکند.

الف: نظریه تعسف در مذهب امام ابوحنیفه² رحمه الله

فقه حنفی بالاخص فقه حنفی که به دست صاحبان امام محمد و ابو یوسف رحمهما الله تدوین شده در مورد نظریه تعسف در استعمال حق با مبادی که در مذهب امام مالک رحمه الله ذکر کردیم مشابهت داشته که عبارت اند از قرار ذیل میباشد:³

- (یجب استعمال الحق طبقا للغرض منه)

حق باید به همان هدف و غرض که جهت آن مراد شده استعمال گردد. مانند ولایت پدر یا ولی قاصر که این حق برای وکیل و ولی جهت هدف و غرض معین که آن عبارت از رعایت مصلحت قاصر و موکل میباشد پس زمانی که هدف ایشان از استعمال حق رعایت مصلحت قاصر و موکل نباشد عمل ایشان تعسف در استعمال حق پنداشته شده و از لحاظ قانون اثری به جای نمی‌گردد.

- استعمال حق غیر مشروع است در صورتیکه ایجاد کننده و به وجود آورنده ضرر غیر عادی گردد.

پس مالک زمین نمی‌تواند در زمین خویش طوری تصرف نماید که باعث ضرر رسیدن به همسایگان وی گردد و ضرر هم فاحش باشد که دوری و تجنب از آن ممکن نباشد به سبب استحسان مصلحت لذا اگر شخصی در خانه خویش در محل مسکونی بخواهد خبازی اعمار کند و یا

¹ ابن قیم الجوزیه، الطرق الحکمیة فی السیاسة الشرعیة، ج 1، ص 682، دار عالم الفوائد، موسسة سلیمان بن عبدالعزیز.

² از جمله فقهاء عراق بوده که اسم ایشان نعمان بن ثابت بن زوطا النیمی الکوفی میباشد که در سال ۸۰ هـ تولد یافته و از جمله امامان با تقوی و ذات ورع محسوب شده که مذهب مدون حنفی به ایشان منسوب میباشد جهت معلومات بشیرتر نظر کن: (تذکره الحفاظ، جلد ۱، ص ۱۶۸)

³ ببینید این مبادی را: د. أنور سلطان، مجلة القانون والاقتصاد، مرجع سابق، ص 85-86

هم آسیاب جور کند این کار صاحب زمین جواز ندارد چون ضرر آن ظاهر و فاحش بوده که کسی نمیتواند از آن خود را حفظ کند.¹

ب: نظریه تعسف در استعمال حق در مذهب امام مالک² رحمه الله

مذهب امام مالک به اساس نظریه وجوب حفظ توازن میان حقوق افراد و جماعت استوار بوده و ممکن اساسات و مبادئ ذیل را جهت تعسف در استعمال حق از قواعد جوهری جهت تعسف در استعمال حق عنوان کرد.³

- استعمال حق به جز از همان هدف و غرض که برایش موجود شده جواز ندارد و مثال تطبیقی آن در ولایت پدر بالای مال پسر صغیر وی تجلی یافته چون این حق ولایت برای پدر از جهت حمایت مصلحت پسر داده شده پس زمانیکه پدر از این مصلحت و غرض کنار برود در این صورت تصرف وی در حق ولایت تعسف در استعمال حق پنداشته میشود و هیچ اثر بالای فعل وی مرتب نمی گردد. چنانچه امام مالک رحمه الله در مدونة الكبرى چنین بیان کرده است: "گفتم آیا جواز دارد اینکه عقال و وصیت پدر بالای پسر صغیر وی تقسیم شود؟ در جواب امام عبدالرحمن بن قاسم جواب داد بلی نزد امام مالک رحمه الله این جائز است. وگفتم اگر طفلی در سرپرستی و حجر پدرش مالی را از مادر و یا کسی دیگر به میراث ببرد و پدر آنرا تقسیم نماید یا در شراکت و مساهمت باکسی دیگر قرار گیرد پس آیا این جواز دارد؟ عبدالرحمن گفت: امام مالک رحمه الله در این مورد چنین گفته: برای پدر جواز ندارد که مال پسر صغیر خویش را هبه، و صدقه و محابات(هدیه) و یا هم شراکتی را در آن ایجاد نماید.⁴

- استعمال حق در صورتیکه منجر بر ضرر غیر عادی گردد غیر مشروع میباشد و مثال تطبیقی این قاعده را در تنظیم روابط همسایگی میتوان بیان کرد.

که در مدونة الكبرى ذکر شده اگر شخصی در حیاط خانه خویش خبازی یا حمام بسازد و توسط همسایگان منع شود به سبب دود و دخان پس صاحب حق به سبب اینکه تصرف وی به بار آورنده ضرر است منع میگردد.⁵

¹یبین: الزیلعی، تبیین الحقائق شرح کنز الدقائق، القاهرة، دار الکتب الإسلامی، ط2، ج4، ص196.

²ایشان مالک بن انس بن ابی عامر بن عمرو بن حارث امام دارالهجرة میباشد که مذهب مالکی به ایشان منسوب شده و در سال ۱۷۹ هجری وفات یافته شده (تذکره الحفاظ جلد۱، صفحه ۲۰۸)

³د. أنور سلطان، مجلة القانون والاقتصاد، العدداول، ط17، القاهرة، 1947، ص838.

⁴مدونة الكبرى، رواية الإمام سحنون بن سعيد التتوخي، بيروت، دار صادر، ج5، ص493

⁵مدونة الكبرى، ج5، ص529

- استعمال حق در صورتیکه با تصرف در آن به صاحب حق فایده مرتب نگردیده و سبب الحاق ضرر به دیگران گردد جواز ندارد.

چنانچه در مدونة الكبرى ذکر شده: " که از امام مالک رحمه الله شنیدم که کسی از وی پرسید که اگر شخصی مالک زمینی باشد که اطراف آن زمین های زراعتی باشد و شخص بخواهد با مواشی و گله حیوانات از این زمین ها عبور کند به سوی زمین های خود پس آیا مردم حق منع او را دارند یا خیر؟ امام مالک رحمه الله در جواب گفت: در صورتیکه سبب ویران شدن و خراب شدن زرع و کشتزارها میگردد پس میتواند آنرا منع کرد.¹

ج : نظریه تعسف در مذهب امام احمد بن حنبل² رحمه الله

در این مذهب امام ابن قیم جوزیه رحمه الله نظر نسبی را در مورد حقوق بیان می کند و به ظاهر شکل تصرف اکتفاء نکرده غرض و هدف و قصد آن نیز مورد اعتبار قرار داده شده است و استعمال حق و مشروعیت آنرا به غرض و هدف از متوقف نموده اند و به این حدیث شریف استناد می کند: "انما الاعمال بالنیات و انما لكل امرئ ما نوى"³.

و در این مورد امام ابن قیم جوزیه رحمه الله چنین بیان می کند اعمال از مقاصد و سببات و نیات که در بر دارد متابعت می کند و برای بنده درست نیست که عمل و قول آن خلاف نیت وی ظاهر شود پس این نص برای این است که وقتی کسی نیت نکاح تحلیل را داشته باشد او شخصی محلل است و کسی که نیت ربا را داشته باشد به عقد بیع پس آن سودخور، مرابی محسوب میشود⁴ و همچنان می گوئید قصد و نیت روح عقد است و محل صحت و ابطال آن است پس اعتبار قصد در عقود اولی است از اعتبار الفاظ چون الفاظ مقصود لغیره هستند و مقاصد اساس ورود و طلب عقود هستند.⁵

پس به این معنا که تصرفات در شریعت به حسب مقصد غایه صاحب آن مورد اعتبار است پس اگر قصد به جز از آن مقصد که به آن مشروع شده صورت گیرد و در نتیجه فعل مفسده و مضره به آن

¹ المدونة الكبرى، ج 6، ص 194-195.

² امام احمد بن حنبل شیخ اسلام و سید مسلمین عصر خود بوده و اسم ایشان ابو عبدالله احمد بن حنبل شیبانی مروزی که در سال ۱۶۴ هـ تولد یافته و در سال ۲۴۰ هـ وفات یافته است ایشان از جمله امامان حدیث محسوب شده که کتاب مسند را صنف بندی کرد و از جمله اصحاب امام شافعی به شمار میرود و امام بخاری و امام مسلم رحمهم الله از ایشان احادیث را گرفته اند و مذهب حنبلی به ایشان منسوب گردیده است. (تذکره الحفاظ، جلد ۶، ص ۴۳۱. سیر اعلام النبلاء، جلد ۱۱، ص ۱۷۸)

³ آخره امام مسلم، صحیح مسلم، کتاب الامارة، باب انما الاعمال بالنیات، رقم حدیث 1907، ص 853.

⁴ إعلام الموقعین، ج 4، ص 522.

⁵ إعلام الموقعین، ج 4، ص 520.

مرتب گردد پس آن تصرف مشروع پنداشته نمی شود به سبب عدم مشروعیت قصد و هدف آن و این جوهر نظریه تعسف می باشد.

مطلب سوم: نظریه تعسف در استعمال حق در نزد فقهاء معاصر

این نظریه از آن جهت نزد همگان مورد اهمیت است چون در مجموع از دفع ضرر و جلب مصالح عباد بحث میکند و از اهداف مهم دین مقدس اسلام که همانا احکام و شریعت جهت آن وضع شده را مورد پوشش قرار داده که عبارت اند از جلب مصلحت و درء مفسده میباشد و لذا تمام حقوق مشروع و ثابت هستند مقید به شرط عدم ضرر به دیگران پس کسیکه از حق ثابت شده برای وی استعمال غیر مشروع نماید و در نتیجه ضرر به دیگران مرتب گردد پس در صورتیکه ضرر فاحش و غیر قابل تحمل باشد صاحب حق از استعمال حق خویش منع میشود .

و به همین منوال فقهاء معاصر تصور ایشان را از نظریه تعسف در استعمال حق ارایه نموده اند بعد از آنکه این نظریه در فقهاء قانون به مثابه یک نظریه مستقل شناخته شده و اعتماد حاصل نموده است.

ولی بعضی از فقهاء وقتی تکلیف فقهی را جهت این نظریه ذکر میکند آن را منحصراً یک نظریه مستقل ذکر نمی کند بلکه آنرا از باب تعدی به طریق تسبب و یا سبب شدن عنوان کرده و در نزد آنها تعسف یک وجه از وجوه تعدی بطریق تسبب یا سبب شدن میباشد . چنانچه استاذ محمد ابو زهره همچنان از جمله فقهای است که تعسف در استعمال حق را صورتی از صورتهای تعدی از طریق سبب شدن دانسته که گاهی مزیت و وظیفه تعدی را تعسف و گاهی تجاوز توصیف کرده و احیاناً فعلی را که اصلاً مشروع نبوده آنرا را به وصف تعسف یاد کرده است قسماً میگوید: کسی که تعدی کرد در فعلی که اصل شرعی نداشته باشد پس شخص مذکور متعسف در استعمال حق محسوب میگردد.¹

در حالیکه مثال همچون افعال بر حق هیچ استنادی نداشته و همچون افعال تعدی مجرد پنداشته شده چون تعسف در دائره افعال و اعمال که اصلاً مشروع باشد به وجود میآید که این یک حقیقت معلوم است.² و بعضی فقهاء مانند شیخ احمد ابو سنه چنین تصریح نموده اند که تعسف از باب تعدی به طریق تسبب یا سبب شدن است وقتی گفته شود که سه حالت تعسف در استعمال حق به مبنی است به اساس قاعده سد ذرائع که هرگاه فعلی مشروع باعث و وسیله عمل محظور گردد پس فعل محظور

¹ استاذ ابو زهره ، اسبوع فقه الاسلامی ، بحث شیخ ابی زهره در مورد تعسف ؛ ص 42، 86.

² د. فتحي الدريني، نظرية التعسف، مرجع سابق، ص 71.

پنداسته و اگر مباح باعث وذریعه عمل حرام گردد حرام پنداشته میشود. لذا تعسف در استعمال حق وقتی سبب شدن امر محظور گردد متعدی بطریق تسبب یا سبب شدن محسوب گردیده از جهت تقصیر در استعمال حق آن و بقصد ضرر و اغلب به سبب سعی جهت حصول مفساد و تحقیق اغراض غیر مشروع که لذا از این تقصیر مسئول محسوب میگردد.¹

ولی استاذ درینی میان تعسف در استعمال حق و تعدی فرق قائل شده و میگوید: اولین عنصری که تعدی از آن تکوین یافته تجاوز از حق میباشد و قیام به عملی میباشد که استناد به جواز شرعی نداشته بناء تعدی انجام عملی خارج از دائره مشروعیت بوده اما تعسف در استعمال حق در ذات خود ممارسه عمل مشروع بوده که به سبب قصد مناقض قصد شارع عیب دار شده که در نتیجه آن ضرر مرتب گردیده و زمانیکه آن قصد و یا وصف از آن برداشته شود فعل به مشروعیت خو برگشت کرده ولی تعدی ممارست فعل غیر مشروع بوده ذاتاً.²

لذا از این چنین ثابت می شود که نظریه تعسف از باب تعدی به طریق تسبب نبوده و معیار های تعدی بالای نظریه تعسف قابل تطبیق نمی باشد و این نظریه یک نظریه مستقل بوده که دارای مبانی و معاییر خاص خود میباشد.³

مطلب چهارم: نظریه تعسف در استعمال حق در قوانین وضعی

این نظریه در طول ادوار تاریخ از مراحل گوناگون عبور کرده که ادوار مختلف اشکال مختلف و نظریات مختلف در مورد آن داشته تا اینکه بشکل یک نظریه مستقل، استقلالیت پیدا کرده و در فقه و قانون به مانند یک نظریه شناخته شود که علماء قانون از آن جهت تحقیق مصالح استناد جویند. بناء گزر زودگزر به سیر تاریخی این نظریه در قوانین وضعی مشهور می کنیم.

الف: نظریه تعسف در قانون روم

در قانون روم قدیم نصوص صریح جهت تقرر نظریه عام تعسف در استعمال حق وجود نداشته و چیزی در مورد آن نه میتوان یافت چون شرائع قدیم روم مانند قانون رومانی ایجاد کننده نظریات نبود بلکه اساس آنرا قضایا علمی، تجربی، و مسائل حقیقی تشکیل داده بود.⁴

¹ شیخ احمد ابو سنه، اسبوع الفقه الاسلامی، ص 119

² د. فتحی درینی، مرجع سابق، ص 73 و 82.

³ د. فتحی درینی، مرجع سابق، ص 79.

⁴ د. اسماعیل غانم، محاضرات فی النظریه العامه للحق، ط ۲، ص ۱۶۰، ۱۹۶۰.

و قانون روم قدیم نظریه تعسف را بشکل خیلی ابتدایی آن می‌شناخت که عبارت از حالت قصد ضرر به دیگران می‌باشد.¹ و این از آن جهت است که قانون رومی در همه مراحل تطور تاریخی خود به مبادئ اخلاق و عدالت نزدیکی داشته و علماء به این نظر بودند که عدالت اساس قانون است و قانون متشکل از خیر و نیکی و عدالت بوده لذا ممکن نیست که نص قانون در برگیرنده چیزی باشد که متنافی به حسن ذوق ایشان باشد.

چنانچه در مسائل و اجراءات شخص خصوم قسم یاد میکرد به حسن نیت خویش که این دعوی فریب نبوده پس زمانیکه سوء نیت یکی از ایشان ظاهر می‌شد در تعسف در استعمال حق تقاضی یا دادخواهی ایشان در این صورت بالای شان عقوبت مالی و جزایی مرتب می‌گردید. در این مورد در کتاب نظم جستنیان (Justitutes) تذکر داده شده است و همچنان برای جرم و قصد ضرر به دیگران و تعسف در استعمال حق به قصد ضرر عقوبت ذکر یافته است.

مثال : اگر ملک شخصی حیوانات شخص دیگر داخل شود که به اساس آن به صاحب زمین ضرر مرتب گردد پس صاحب ملک حق طرد را داشته و میتواند آنها را براند به شرط آن که به حیوانات ضرر مرتب نگردد.²

و در موسوعات جوستنبن ذکر شده که وی بعد از امروز اجازه نمی‌دهد بدون کدام سبب مشروع به عبید و غلامان ضرر و زیان رساندن شود. و در بخش تسریح و سرزنش زوجه چنین نقل شده که هر گاه کسی بدون کدام باعث و سبب قوی نزدش بیاید مورد سرزنش و برایش جزاء تعیین خواهد کرد.³

ولی بعضی اقوال طوری نقل شده که در تنافی با نظریه تعسف در استعمال حق بود و این نظریه را نفی میکند مانند قول دیجیست در مدونه الاجتهاد که از مولفان قوانین روم بود و همچنان عالم بزرگ روم بنام گایوس (Gaius) چنین ذکر یافته که گفته اند حق به هر نوع که استعمال گردد تعدی شمرده نمی‌شود. که قول وی در تناقض و مخالفت با نظریه تعسف در استعمال حق بود و ازپولس (paulns) و عالم دیگر بنام لیبیانوس (Ulpianus) چنین نقل است استعمال حق اذیت کننده نمی‌باشد. کسی که حق اش را استعمال نمود ظلم نه نموده است.⁴

¹د. حسن کیره، المدخل إلى القانون، مرجع سابق، ص ۳۵۵.

²أنور سلطان، مجلة القانون والاقتصاد، عدد أول، ط 17، القاهرة، 1947، ص 79

³د. فتحي الدريني، نظرية التعسف، مرجع سابق، ص ۲۹۸

⁴د. فتحي الدريني، نظرية التعسف، مرجع سابق، ص ۲۹۷

ب: نظریه تعسف در قانون فرانسه

در قانون قدیم فرانسه نظریه تعسف در استعمال حق یک نظریه شناخته شده است که اکثر و یا بعضی از این نظریات از قانون رومی بشکل میراث انتقال یافته که بازنگری و احیاء آن در قرون وسطی بشکل فراخ و وسیعتر از آنکه در قانون روم بود صورت گرفت و تعسف از حالت ابتدائی (قصد ضرر به دیگران) خارج شده بلکه حالات انتفاء مصلحت یا در حالت به بار آورنده مصلحت جدید برای صاحب حق نبود نیز ممنوع قرار گرفت.¹

و تجلی این نظریه را میتوان در اقوال بعضی از فقهاء قانون به قانون که در عرصه تنظیم علاقات جوارى یا همسایگی، و مسائل مربوط به ملکیت میتوان مثال زد که شراحین قدیم قانون فرانسه جهت عدم تعسف استعمال حق ملکیت آنرا جمع آوری کرده اند مانند (پوتیر Pothier) که از وی چنین نقل است برای مالک جواز ندارد که در ملک آن تصرفاتی را نمایند که مقتضی التزامات جوار و همسایگی نباشد و عملی باشد که برای جیران رساننده ضرر باشد و در صورتیکه این طور نمایند این کار وی تعدی و تعسف در استعمال حق ملکیت شمرده شده در آن صورت مورد بازپرسی قرار خواهد گرفت.²

و (دومات Domat) در مورد تعسف چنین نظر ارای کرده است برای مالک جواز ندارد که در عمار خویش کاری را انجام دهد که سبب مضایقت افراد و ضرر آنها گردد مانند ساخت مکانی که د خان کثیف یا هم داش ها خبازی ها که دود و دخان سبب ملحق شدن ضرر به دیگران گردیده و نظریه تعسف در استعمال حق فقط حبس اقلام نبوده بلکه به محاکم و قضاء تطبیقات داشت که در آن زمان پارلمان از محاکم نیابت می کرد و فیصله ها را انجام میداد که به اساس فیصله پارلمان فیصله شده بود که شخص نمیواند به عمل و صنعتی دست بزند که باعث معطل شدن اعمال همسایگان وی گردد و یا آرامش مساکن مسکونی را برهم زند که غیر قابل تحمل باشد.³

ولی با وجود استقرار فکرة تعسف در استعمال حق در قانون فرانسه و ظهور آن در قضاء و محاکم به همین شکل طول نکشید چون بعداز انقلاب فرانسه آثار و نشانه های آن از بین رفت و در قرن

¹ د. حسن کیره، مرجع سابق، ص 755.

² د. آنور سلطان، مرجع سابق، ص 80.

³ د. محمد السعید رشدي، التعسف في استعمال الحق، أساس ونطاق تطبیقه، القاهرة، دار النهضة

العربية، ص 49 - 50.

هفدهم و هجدهم میلادی در این دو قرن مذهب فردی ظهور کرد و قانون به اساس تعالیم مذهب فردی صادر شد که به اساس آن برای فرد و حقوق وی به آزادی مطلق قائل شده¹

که این آزادی ها بدون قید و شرط باعث ظهور خیلی از ظلم ها و تعدی تحت پرده آزادی و حریت فردی صورت گرفت.²

و نظریه حق و استعمال آن یک نظر مطلق گردید و به اساس همین مذهب به را تشکل می هد و به اساس آن حقوق فرد خیلی محترم و مقدس شمرده شد، مصادر سلطه شکل اطلاق دارآمد و اربابان و اشخاص مورد باز پرس و سوال قرار نمی گرفتند در مورد استعمال حق شان اینکه در آن ضرر به دیگران مرتب و ملحق گردد و در حقوق که مرتبط به ملکیت بود کاملاً اطلاق وضع شده و آن و هر نوع تصرف در آن علامه از آزادی فردی محسوب می گردد³ ولی بعدا انقلاب صنعتی فرانسه صورت گرفت و مذهب فردی انحصار شد و فکره اطلاق حقوق فردی اهمیت خود را از دست داد و مذهب اشتراکی یا تضامن اجتماعی روی کار شد و مذهب اشتراکی شیوع پیدا کرد که مصلحت عامه را خیلی محترم و مقدس و غالب می شماردند. بناء در اواخر قرن نهم میلادی به اساس اجتهادات و محاولات محاکم فرانسه به همان مبادئ و قانون قدیم فرانسه قوانین صادر گردید که عبارت از منع استعمال حق به قصد ضرر به دیگران چون این قواعد مبادئ نزدیک به قواعد عدالت بود و به اساس همان قواعد قانون قضاء فرانسه بناء یافته است.⁴

¹د. اسماعیل غانم ، محاضرات فی النظریه العامه للحق ، مرجع سابق، ص ۵۹.

²د. أنور سلطان، مرجع سابق، ص 81

³د. أنور سلطان، مرجع سابق، ص 83.

⁴د. فتحی الدربینی، نظریة التعسف، مرجع سابق، ص ۳۰۱ - ۳۰۲.

فصل سوم

دلایل، مویدات و معاییر نظریه تعسف در شریعت اسلامی

مبحث اول: دلایل نظریه تعسف در استعمال حق

مبحث دوم: مویدات نظریه تعسف در استعمال حق از قواعد فقهی

مبحث سوم: معاییر نظریه تعسف در استعمال حق

مبحث اول: دلایل نظریه تعسف در استعمال حق

مطلب اول : دلایل نظریه تعسف از کتاب الله

اساس و قاعده شریعت اسلامی را دو مصدر اساسی و رئیسی که عبارت از قرآن و سنت است تشکیل می دهد که این هر دو بیشتر و اکثر جلب مصالح و درء مفسده و مضره قرار داده شده چي در حال باشد یا در آینده بیشترین احکام قرآنی و احادیت مطهر رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم حول آن چرخش داشته و بیشترین آن امر به حسنی و نیکویی می کند و مردم را از ظلم و تسلط تعسف بار منع قرار داده تا میان حقوق افراد عدل و توازن برقرار گردد تا دست ظالم از ظلم باز داشته شود و مظلوم مورد ظلم قرار نگیرد و در مجتمع اسلامی توازن اجتماعی برقرار گردد ولذا جهت منع تعسف در استعمال حق به استدلالات آیات کلام الهی که هر لفظ آن هدایت است بخش می پردازیم:

الف: دلیل اول: (وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وِلْدَةٌ بِوِلْدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ) ¹

ترجمه : و مادران باید فرزندان خود را دو سال تمام شیر دهند. این دستور برای کسی است که بخواهد دوران شیر خواری را تکمیل کند. و بر آن کس که فرزند برای او متولد شده یعنی پدر لازم است خوراک و پوشاک مادران را بطور شایسته در مدت شیر دادن بپردازد هیچ کس جز به اندازه توانایی اش مکلف نمی شود. نه مادر به خاطر فرزندش و نه پدر به سبب فرزندش باید زیان ببیند.

خداوند متعال هر دوی والدین را از این که سبب بچه به هم ضرری برسانند، بر حذر می دارد؛ بنابراین، برای مادر حلال نیست که به خاطر ضرر رساندن به پدر، از شیر دادن به طفل امتناع کند و مثلاً به او بگوید: دایه ی دیگری برای او بگیر و برای پدر نیز حلال نیست که با وجود رغبت مادر به شیر دادن به بچه، بچه را از مادر بگیرد و بدین وسیله و به سبب طفل، هر کدام از والدین موجبات خشم و ناراحتی دیگری را فراهم آورد.

معنای اجمالی: خداوند متعال بیان می دارد که اگر پدر و مادر بعد از مشورت و با رضایت هم و قبل از اتمام دو سال شیر خواری، خواستند طفل را از شیر بگیرد، گناه و حرجی بر آن ها نیست اگر دیدند که بچه که غذاهای دیگری می خورد و دیگر از شیر مادر بی نیاز شده است، زیرا که تعیین این مدت تنها به خاطر مصلحت کودک و دفع ضرر از او می باشد و پدر و مادر، از هر کسی به مصلحت کودک آگاه تر و داناتر هستند و نسبت به او دلسوزی بیشتری دارند. ای پدران! اگر مادر از شیر دادن ابا کرد، یا از شیر دادن ناتوان بود، یا می خواست ازدواج کند و شما به این خاطر تصمیم

¹سوره بقره ، رقم آیت ۲۳۳

گرفتید که از کسی غیر از مادر طفل بخواهید که طفلی شما را شیر دهد گناهی بر شما نیست، مشروط بر این که اجرتی را که با او بر آن توافق کرده‌اید، به او بدهید و حق او را کم نکنید، زیرا زنشیر دهنده اگر مورد اکرام واقع نشود، در مورد بچه اهتمام نکرده، به شیر دادن به او و انجام دهند. سایر امورش توجه نمی‌کند؛ پس با آن‌ها به نیکی رفتار کنید تا امور اولاد شما را به نیکی انجام دهند.¹

آیت کریمه دلالت بر آن میکند که رضاع حق مادر بود و او احق تر و اولی تر است نسبت به دیگران جهت رضاعت طفلش به سبب رفق و مهربانی که نسبت به طفل دارد اگر به همان چیزی که به زناجنبی جهت رضاعت پرداخت مینماید راضی باشد.

که امام جصاص رازی رحمه الله در تفسیر این آیت چنین بیان کرده: مادر احق تر و اولی است جهت رضاعت طفل خویش و این قول خود را با این سخن الهی تاکید بخشیده و "لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بوالده" و چنین گفته اگر مادر به آنچه که به کسی دیگر جهت رضاع دفع و پرداخته میشود رضایت داشته باشد پس برای پدر درست نیست که جهت رساندن ضرر برای مادر رضاع طفل را به کسی دیگر بپردازد. و تعلیل آن ظاهر و آشکار است چون مادر نسبت به طفل مهربان تر است از دیگران و همچنان شیر مادر جهت تغذیه و تنمیه طفل بهتر از شیر دیگران است.²

و همچنان آیت صراحت بر نهی کردن پدر از رساندن ضرر به مادر از طریق اساعت و تعسف در استعمال حق ولایت بالای پسرش داشته و لذا برای پدر جواز ندارد اینکه دور کند طفل را از مادر وقتی مادر به رضاع طفل اش بشکل مجانی رضایت داشته باشد و یا هم به آنچه که به کسی دیگر جهت رضاع دفع و پرداخته میشود رضایت داشته باشد.³

و همچنان آیت کریمه صراحت دارد بر نهی کردن مادر از تعسف در استعمال حق رضاعت طفل جهت رساندن ضرر به پدر و زمانیکه مادر مطلقه و عدت آن تمام شده باشد اینکه طلب اجره نماید جهت رضاعت و کسی دیگر جهت رضاع مجانی حاضر باشد و یا خواهان اجره بیشتر باشد و این همه از آن جهت باشد که به پدر ضرر برساند که در این حالت این کار وی شامل قصد ضرر و مضره میباشد پس جهت دفع ضرر و مضره رضاعت طفل به کسی دیگر داده میشود ولی حق حضانت از وی گرفته نمیشود اگر ازدواج نکرده باشد که در این حکم توفیق میان مصلحت طفل در تغذیه وی و مصلحت پدر در عدم الزام به اجره معین در صورتیکه زنی بشکل تبرع حاضر به رضاع موجود باشد و یا دفع اجره برای کسی که به اقل راضی شده باشد است و در این ضرر به

¹ شیخ محمد علی صابونی، تفسیر آیات احکام، مترجم دکتر فرزاد پاشا، ج 1، ص 370.

² امام ابی بکر علی رازی الجصاص، احکام القرآن، تحقیق: محمد صادق قمحوی، دارالاحیاء التراث العربی، بیروت لبنان، ج 2، ص 108، 1992م

³ احمد بن ابی بکر قرطبی، الجامع الاحکام القرآن، تحقیق: عبدالله بن عبد المحسن ترکی، موسسه الرساله، بیروت لبنان، ط اول، ج 4، ص 166، 2006م.

مادر هم نمی رسد چون طفل در حضانت وی قرار داشته پس اگر خواسته و رغبت داشته باشد میتواند به طفل شیر بدهد چون در امکانت وی این کار است.

وجه استدلال :

پس به شکل خلاصه میتوان چنین گفت که آیت کریمه هم مادر و هم پدر را منع کرده اینکه به سبب حقوق که در قبال طفل دارند به رساندن ضرر یکدیگر بپردازند و حقوق که برایشان داده شده آنرا وسیله ضرر یکدیگر قرار داده و در حقوق خویش به استعمال تعسفی بپردازد و باید مصلحت ولد همچنان از این اضرار حمایت گردد. لذا این آیه کریمه در شریعت اسلامی اصلی از اصول نظریه تعسف در استعمال حق را تشکیل میدهد .

و در قول الهی(لا تضار والده بولدها و لا مولود بولده) ولد به پدر و مادر اضافه شده است:(والده بولدها) و (مولود له بولده) و این، برای طلب شفقت و عطوفت است زیرا فرزند از والدین بیگانه نمی باشد، یکی مادر او دیگری پدرش است، پس حق دارد که بر او شفقت داشته باشند و عداوت میان آن ها، سبب ضرر رساندن به وی نشود. علامه (ابوالسعود)¹ می گوید: اضافه ی ولد به هر دوی والدین، به دلیل جلب عطوفت والدین به فرزند و تذکر این نکته می باشد که حق و شایسته آن است که والدین هر دو نسبت به مصلحت و تربیت بچه توافق و اقدام کنند و نباید که به او و یا به سبب او به هم دیگر ضرر برسانند.²

ب: دلیل دوم: (وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَّةً أَوْ امْرَأَةً وَوَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةِ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ وَصِيَّةُ مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ)³

ترجمه : و اگر مرد یا زنی که از او ارث می‌برند کلاله (بی فرزند و بی پدر) باشد، و برای او برادر یا خواهرمادری باشد؛ پس برای هر یک از آن دو یک ششم است، و اگر آن‌ها بیش از این باشند؛ در

¹ایشان عالم جلیل قدر و مجتهد محمد بن محمد بن مصطفی العمادی میباشد که در سال(898)هجری در منطقه اسکلیب نزدیک قسطنطنیه چشم به جهان گشود که از مهم ترین آثار ایشان إرشاد العقل السليم إلى مزايا القرآن الكريم ، بضاعه القاضي في الصكوك ، تهافت الأمجاد علی کتاب الجهاد، من (الهداية) للمرغنياني في الفقه الحنفي، تحفة الطلاب في المناظرة، ثواب الأنظار في أوائل منار الأنوار، (في أصول الفقه) وغيره میباشد. و بالاخره ایشان (982 هجری) در قسطنطنیه وفات یافتن. (هدية العارفين أسماء المؤلفين وآثار المصنفين " لإسماعيل باشا الباباني البغدادي ت (1399هـ)، نشر: وكالة المعارف الجليلية إستانبول (1951م) و نظر کنید : "تراجم الأعيان" (ج 1/ص 244).

²علامه ابو السعود، إرشاد العقل السليم، ج 1، ص 176.

³سوره نساء، رقم آیت ۱۲

یک سوم شریکند، پس از انجام وصیتی که به آن سفارش شده و بعد از ادای دین، به شرط آنکه زبانی به ورثه نرساند، این حکم سفارش الله است، و الله دانای بردبار است.

وجه استدلال به این آیت کریمه

آیت کریمه دلالت بر آن دارد که الله عزوجل مشروعیت وصیت را به عدم اضرار مقید کرده و آیت بشکل صریح دلالت بر نهی از ضرر رساندن ورثه از طریق وصیت داشته و لفظ " غیر مضار " به این معنی که مدخل ضرر بر ورثه نباشد که اضرار راجع به دین و وصیت هر دو برمیگردد پس مناسب نیست وصی به دین وصیت نماید و اگر به وصیت راجع شود به این معنی که بیش از ثلث مال را وصیت نماید¹. و ابن عباس رضی الله عنه میگوید ضرر رساندن در وصیت از جمله کبائر میباشد " الاضرار فی الوصیة من الکبائر " ².

و از ابوهریره رضی الله عنه نقل است که: رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم فرمود: " ان الرجل یغص لیعمل بعمل اهل الخیر سبعین سنة فاذا اوصی حاف فی وصیته فیختم له بشر عمله فیدخل النار، و ان الرجل لیعمل بعمل اهل الشر سبعین سنة فیعدل فی وصیته فیختم له بخیر عمله فیدخل الجنة " ³

ترجمه: گاه کسی هفتاد سال نیکوکاری میکند اما چون وصیت میکند در وصیت ستم می ورزد و الله کار او را به شر ختم میکند و وی به دوزخ در می آید. اما گاه کسی هفتاد سال کار بدان انجام می دهد ولی چون وصیت میکند در وصیت عدالت می ورزد و خداوند کار او را به خیر ختم میکند و وی به بهشت در می آید.

و اضرار به وصیت به تمام صورت ها آن حرام بوده چنانچه امام فخرالدین رازی در تفسیر آیت فوق ذکر میکند: بدانید که ضرر در وصیت به صورت های مختلف واقع میشود: اول اینکه وصی به بیشتر از ثلث مال خویش وصیت کند، دوم اینکه وصی قرار نماید که همه مال و یا بعضی آنرا به شخص اجنبی میدهد، سوم و یا به دینی اقرار کند که حقیقت نداشته باشد جهت دفع میراث از ورثه، چهارم یا اینکه وصی اقرار نماید که بالای فلان شخص که من دین داشتم آن برایم رسیده است در حالیکه این قولش کذب باشد، پنجم یا فروختن یک چیز به قیمت کم و یا خریدن به قیمت زیاد و این را به غرضی کم شدن حصه ورثان انجام دهد، ششم یا در ثلث مال وصیت نماید نه جهت

¹القرطبی، الجامع لأحكام القرآن، ج 5، ص 8

²امام حافظ علی بن عمر دارقطنی، سنن دارقطنی، کتاب وصایا، ج 3، ص 384، رقم حدیث 4216، دارالمعرفه، بیروت لبنان، ط اول، 2001م.

³أخرجه الترمذی، سنن الترمذی، تحقیق وتعلیق: ابراهیم عطوه عوض، کتاب الوصایا، باب ما جاء فی الضرر فی الوصیة، حدیث رقم 2117، بیروت، دار عمران، ج 4، ص 431، و حکم محدث (شیخ البانی) حدیث حسن غریب.

رضا الله بلکه جهت تنقیص و کم شدن حصه ورثه که این همه حالات ضرر در وصیت محسوب می‌گردد.¹

بناء بطور کلی وصیت که به اراده و قصد ضرر صورت می‌گیرد جهت متضرر کردن ورثه شرعاً ممنوع بوده به هر مقداری که باشد ولو که در ثلث مال هم باشد چون با قصد شارع از مشروعیت وصیت در تناقض قرار گرفته و قصد شارع ضرر به ورثه نمی‌باشد بناء این آیت اصلی از اصول نظریه تعسف در استعمال حق در فقه اسلامی حایز اهمیت است.

ج: دلیل سوم (وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَخُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوعًا وَادْكُرُوا نِعْمَتَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنْزَلَ عَلَيْكُمْ مِنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُمْ بِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ)²

ترجمه: و هنگامی که زنان را طلاق (رجعی) دادید، آنگاه به پایان عدت خویش نزدیک شدند. پس به شایستگی آن‌ها را نگه دارید و یا به نیکی و خوبی آن‌ها را رها سازید، و آنان را بخاطر زیان رساندن نگاه ندارید تا به حقوق شان تعدی و تجاوز کنید، و کسی که چنین کند قطعاً به خود ستم کرده است، و آیات الله را به مسخره نگیرید. و نعمت الله را بر خود و آنچه را که از کتاب (قرآن) و حکمت (سنت و اسرار شریعت) بر شما نازل کرده و شما را با آن پند می‌دهد، به یاد بیاورید و از الله بترسید و بدانید که الله به همه چیز داناست.

سبب نزول این آیات

۱- روایت شده که طلاق اهل جاهلیت فاقد عدد و شماره بود و مرد به هر تعداد که می‌خواست، زنش را طلاق می‌داد و هر گاه نزدیک این می‌شد که حلال شود (عده اش تمام شود و بتواند با شخص دیگری ازدوج کند)، مرد دوباره او را به نکاح خود رجعت می‌داد در زمان پیامبر صلی الله علیه وسلم مردی به زنش روی کرد و به او گفت: نه تو را پناه می‌دهم و نه می‌گذارم که حلال شوی و به زنگفت: تو را طلاق می‌دهم و هر گاه نزدیک سپری شدن عدت شد تو را رجعت می‌دهم زن نزد پیامبر صلی الله علیه وسلم شکایت کرد و الله متعال این آیه را نازل فرمود آیت: (الطَّلَاقُ مِرَّتَانِ)³

۲- امام (ابن جریر طبری)⁴ رحمه الله از ابن عباس رضی الله عنه روایت کرده که گفت: مردی زنش را طلاق می‌داد و قبل از سپری شدن عده او را رجعت می‌داد و دوباره او را طلاق می‌داد و این

¹ تفسیر فخرالدین الرازی، ج 5، ص 234

² سوره بقره، رقم آیت 231.

³ شیخ محمد علی صابونی، تفسیر آیات احکام، مترجم دکتر فرزاد پاشا، ج 1، ص 343

⁴ محمد بن جریر طبری در سال ۲۲۴ هجری قمری برابر با ۲۱۸ هجری خورشیدی در آمل چشم به جهان گشود. وی کتاب تاریخ طبری را نگاشت که در آن وقایع به ترتیب سال تنظیم شده و تا سال ۳۰۲ هجری را در برمی‌گیرد. تاریخ طبری مرجع

کار را می کرد تا به زن ضرر برساند و وی را در تنگنا و سختی اندازد؛ پس خداوند متعال این آیه را نازل فرمود: (إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ)¹

۳ - امام بخاری و ترمذی رحمهما الله از معقل بن یسار روایت کرده اند که وی در زمان پیامبر صلی الله علیه و سلم خواهرش را به عقد مرد مسلمانی در آورد. زن مدتی نزد او بود پس آن مرد یک طلاق او را واقع کرد و تا هنگامی که عده اش سپری شد، زن را رجعت نکرد. زن و مرد هر دو هواپیم کردند و مرد دوباره از طریق عده ای واسطه از زن خواستگاری کرد. معقل به وی گفت من؛ تو را با او اکرام کردم و او را به ازدواج تو در آوردم، اما تو او را طلاق دادی؛ به خدا سوگند هرگز نزد تو بر نمی گردد. راوی می گوید: خداوند نیاز آن دو به هم را دانست و این آیه را نازل فرمود: (و إذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن). هنگامی که معقل این آیه را شنید، گفت: از پروردگار خویش اطاعت می کنم و فرمان بردار او هستم! و سپس شوهر خواهرش را فرا خواند و گفت: تو را بزرگ می دارم و وی را به همسری تو درمی آورم.²

فلسفه ی تشریح

فلسفه ی تشریح طلاق را در اسلام شیخ (علی صابونی)³ رحمه الله قرارذیل بیان میدارد: اسلام طلاق را، آن هم در یک نا چاری و در شرایط نادر و استثنایی و عذاب آور و خسته کننده، مباح دانسته است و آن را بدترین حلال نزد خدا و دارو و درمانی برای رهایی از یک سیه روزی و بدبختی حتمی می داند؛ بدبختی ای که ممکن است محدود به زن و شوهر نبوده و به همه ی خانواده سرایت یافته و زندگی آن ها را تبدیل به جهنمی طاقت فرسا کرده باشد اسلام معقد است که طلاق سبب ویرانی خانواده و متلاشی شدن بنیان آن و پاره شدن زنجیر اتحاد و پیوستگی میان افراد آن شده و ضررش به فرزندان سرایت می یابد، زیر فرزندان وقتی که آغوش مادران خود قرار دارند، تحت سر

عمده تاریخ جهان از سده چهارم هجری است، همچنین این کتاب در واقع مأخذ عمده تمام کسانی واقع شده است که بعد از امام طبری به تألیف تاریخ اسلام اهتمام ورزیده اند و مهم ترین آثار و تألیفات طبری می توان از اختلاف العلماء، اللطیف القول فی احکام شرایع الاسلام، تهذیب، بصیر فی معالم الدین، الخفیف فی الفقه، آداب النفوس، آداب المناسک الحج و تهذیب الآثار نام برد و ایشان در سال ۳۱۰ هجری قمری در بغداد وفات نمودن. (سیر أعلام النبلاء، طبقه هفده هم، محمد بن جریر، جزء 14، ص 268).

¹ امام ابن جریر طبری، جامع البیان، ج 2، ص 480.

² امام ابو محمد بن اسماعیل بخاری، صحیح بخاری، کتاب تفسیر، باب اذا طلقتم النساء، رقم ح 4529، ج 5، ص 62.

³ شیخ محمد علی صابونی یکی از بارزترین علمای معاصر اهل سنت و جماعت و متخصص در علم تفسیر قرآن میباشد شیخ محمد علی صابونی در سال ۱۹۳۰ میلادی در شهر حلب سوریه چشم به جهان گشود. وی آموزش ابتدایی را در حضور پدر بزرگوارش شیخ جمیل صابونی یکی از علمای بزرگ شهر حلب شروع نمود از تألیفات مهم ایشان صفوه التفسیر، الموارث فی الشریعه الإسلامیه، روائع البیان فی تفسیر آیات الأحکام، قیس من نور القرآن الکریم، السنه النبویه قسم من الوحی الإلهی، موسوعه الفقه الشرعی المیسر (سلسله التفقه فی الدین)، الزواج الإسلامی المبکر سعاده و حصانه و غیره میباشد.

پرستیو تربیت نیکو و حمایت هستند و اگر از عطف و مهربانی مادر محروم شوند، در معرض پراکندگی قرار می گیرند؛ اما با وجود این اسلام برای رفع ضرر بزرگ تر و جذاب مصلحت بیشتر که جدا ساختن افراد متنفر از هم می باشد که خیر در جدایی آن ها، استحکام یافته در حالی که زندگی خانوادگی باید بر مبنای عشق، وفا، آرامش و استقرار باشد، جنگ و نزاع و کینه. پس اگر همه ی و سایل ایجاد صلح و سازگاری میان زن و شوهر کارگر نشد، طلاق ضرورتی ناپذیر خواهد بود نکته ی قابل ملاحظه ی دیگر، این است که اسلام برای تصحیح یک وضع به خطا رفته و حفظ کرامت خانم اقدام کرد که در زمان جاهلیت پایمال شده بود، زیرا اعراب بدون حد و حصر زنان خود را طلاق می دادند و سپس ، هر وقت که می خواستند زن را رجعت و سپس طلاق در آغاز رجعت و دوباره به همین شکل، باقی می ماند پس قرآن کریم برای این بی سروسامانی، حدی و برای این ظلم وارد شده بر زنان، قیدی قرار داد و فرمود: (الطلاق مرتان فامساک بمعروف او تسریح باحسان)¹

وجه استدلال به آیت کریمه

وجه استدلال به این آیت کریمه بر حرمت تعسف در استعمال حق اینست که رجعت زوجه حقی از حقوق زوج و شوهر محسوب میگردد ما دام که زندر عدت طلاق رجعی زوج قرار داشته باشد و الله متعال به این امر کرده که زوج این حق را بشکل مشروع آن استعمال نماید که عبارت اند از نگهداشتن زن به شایستگی و یا به نیکی و خوبی آن ها را رها کردن است، و آنان را بخاطر زیان رساندن نگاه کردن و حبس کردن تا به حقوق شان تعدی و تجاوز صورت گیرد که تعسف زوج در استعمال حق وی محسوب گیرد چون زوج حق خویش را بصورت غیر مشروع مورد استفاده قرار داده و به نگاه کردن زوجه و رها نکردن آن قصد رساندن ضرر به وی را دارد تا زن را بشکل معلقه قرار داده که نه مطلقه و نه هم متزوجه محسوب میشود.

مطلب دوم: دلایل نظریه تعسف از سنت مطهر رسول الله صلی الله علیه وسلم

الف : دلیل اول : عن ابن عباس رضی الله عنهما قال : قال رسول الله صلی الله علیه وسلم « لا ضَرَرٌ وَلَا ضِرَارَ ».²

وَعَنْ أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ " لَا ضَرَرَّ وَلَا ضِرَارَ مِنْ ضَارٍّ ضَارُّهُ اللَّهُ وَمَنْ شَاقَّ شَقَّ اللَّهُ عَلَيْهِ " ¹

¹ شیخ محمد علی صابونی، تفسیر آیات احکام، مرجع سابق ج 1، ص 365

² أخرجه دارالقطنی (ج 4، ص 228) كتاب الاقضية، حدیث (86). الحاکم (ج 2، ص 577) كتاب البيوع: باب نهی المحافله . و البيهقی، (ج 6: ص 69-70) كتاب صلح ، لاضرر و لاضرار. قال الحاکم صحيح الاسناد على شروط مسلم و وافقه الذهبي. احمد بن حجر عسقلانی، تلخیص الحبير فی تخريج الاحاديث الراعى الكبير، دارالکتب العلميه ، ط اول، 1419 هج ، الموسوعه الشامله، ج 4، 475.

ترجمه : ضرر رساندن به خود و ضرر رساندن به دیگران جایز نیست. کسیکه به مردم ضرر برساند الله متعال به او ضرر خواهد رسانید و کسیکه مردم را در مشقت اندازد الله متعال او را در مشقت خواهد انداخت.

مراد از معنی " لا ضرر ولا ضرار " شرح احادیث و اهل لغت در معنی این دو لفظ اختلاف نظر دارند بسیاری از واژه شناسان و فرهنگ نویسان ضرر و ضرار را مرادف به کار برده اند. به عنوان مثال در (الصحاح) ، ضرر خالف نفع، معنا شده و گفته است : (ضرة وضاره) نیز به یک معنا بوده و اسم آن ضرر است.² و در مصباح المنیر نیز (ضرة یضرة و أضر) را مرادف شمرده و (ضاره مضاره و ضرارا) را نیز به معنای ضرة دانسته است.³

در نهاییه ابن اثیر آمده است که ضرر ضد نفع است و معنی لاضرر این است که کسی به برادرش ضرر نزند و حقیقت را پایمال نکند. ضرار نیز مصدر دوم از باب مفاعله و به این معنا است که در مقابل ضرر، به دیگری ضرر نزند. به عبارت دیگر، ضرر کار یک نفر است و ضرار کار دو نفر و عوض دادن و مجازات کردن ضرر با ضرر. بر این اساس، معنای لاضرر این است که به کسی که به او ضرر زده است ضرر نزند، بلکه او را عفو کند.⁴

برخی از علماء از جمله علامه شوکانی گفته است ضرر این است که شخصی به دیگری زیان وارد آورد و خود از آن استفاده برد، اما ضرار به معنای ضرر زدن به دیگری بدون سود بردن از آن است و ضرار جزاء برای ضرر بوده و ضرر ابتداء میباشد.⁵

گروهی هم ضرر و ضرار را مترادف دانسته اند که برای تاکید تکرار شده است در لسان العرب.⁶ و تاج العروس⁷ نیز همین عبارت تکرار شده است.

¹ سنن دار القطنی، کتاب البیوع، ح 288، ص 370، ارشیف ملتقی اهل الحدیث، الرد علی من ضعف حدیث لاضرر و لا ضرار، المکتبه الشامله الحدیثه. (هدا حدیث صحیح الاسناد علی شروط مسلم و لم یخرجاه) مستدرک علی الصحیحین، للحاکم، کتاب البیوع، 2305، المکتبه الشامله الحدیثه.

² الصحاح، جوهری، ص 791.

³ شیخ فیومی، مصباح المنیر، ص 331.

⁴ مبارک بن محمد اثیر، النهایه فی غریب الحدیث والاثار، قم، موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، بی تا، ص 81.

⁵ امام شوکانی، نیل الاوطار، ج 5، ص 260.

⁶ ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، مصحح: احمد فارس، بیروت، دار الفکر، 1414 هج، ج 3، ص 482

⁷ زبیدی، تاج العروس: ص 122، 1414 هج.

ب: دلیل دوم : نهی از تلقی ركبان و فروش حاضر لباد و احتكار

تلقى ركبان آن است كه واسطه گران به استقبال باديه و صحرائنشینان یا مراكز تولید رفته و جنس و تولیدات آنها را پیش از آنكه به دست مصرف‌كننده برسد با قیمت نازل خریداری کرده و آن را با قیمتی كه خود تعیین کرده و به تدریج به بازار عرضه می‌كنند، به دست مصرف‌كننده برسانند؛ و بیع حاضر لباد آن است كه مراكز تولید و روستاییان، اجناس و تولیدات خود را نزد فروشندگان بگذارند تا با نوعی كنترل بازار آن را به مردم عرضه کرده و در پی آن سود بیشتری به دست آورند.¹ در حدیث كه ابن عباس رضی الله عنه آنرا روایت کرده است كه می‌فرماید: " نهی رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم أن يتلقى الركبان، و أنیبیع حاضر لباد"²

ترجمه: رسول الله صلی الله علیه و سلم نهی نموده اینكه به استقبال سواره ها روند و همچنان نهی نمودند اینكه شهرنشینان برای بادیه نشین بفروشند.

وجه استدلال: پیامبر صلی الله علیه و آله و سلم این دو كار را كه به نوعی نظم و روال طبیعی بازار را بر هم میزند و اجناس با قیمت بالای به دست مصرف‌كننده میرسد مصلحت عمومی، هرچند گروهی به سود بیشتری خواهند رسید مصلحت خاص، نهی می‌كند. بر همین مبنا فقهاء حكم به تحریم این دو معامله داده اند و برخی مذاهب چون مالکیه و حنابله این دو معامله را باطل میدانند.³

نهی از احتكار

در این مورد سعید بن مسیب از معمر بن عبدالله رضی الله عنهما از پیامبر صلی الله علیه و آله و سلم نقل نموده كه ایشان فرمود: " من احتكر فهو خاطئ"⁴.

ترجمه: احتكار كننده خالفكار است.

وجه استدلال: پیامبر صلی الله علیه و آله و سلم احتكار را به سبب اضرار به مردم و عدم دسترسی آنان باجناس مورد نیازشان با قیمت مناسب، نهی کرده است؛ از این رو هرچند محتكر

¹سبل السلام، ج 2، ص 27؛ نیل الاوطار، ج 5، ص 158؛ توضیح الاحكام من بلوغ المرام، ج 5، ص 15.

²مسلم بن حجاج القشیری، صحیح مسلم، کتاب البیوع، باب تحریم بیع الحاضر للبادی، ح 1521، ص 661.

³بدائع الصنائع، ج 5، ص 129 و 232. و مغنی المحتاج، ج 2، ص 388.

⁴مسلم بن حجاج القشیری، صحیح مسلم، کتاب البیوع، باب تحریم الاحتكار فی الاقوات، ح 1605، ص 702.

سود بیشتری نصیبش خواهد شد، چون مصلحت خاصه است مشروع نیست و مصلحت عامه بر مصلحت خاص محکوم خواهد بود.¹

ج: دلیل سوم: ما جاء عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: " لا يَمْنَعُ جَارٌ جَارَهُ أَنْ يَغْرَزَ خَشْبَةً فِي جِدَارِهِ". ثُمَّ يَقُولُ أَبُو هُرَيْرَةَ: مَالِي أَرَاكُمْ عَنْهَا مَعْرُضِينَ، وَاللَّهِ لِأُرْمِيَنَّ بِهَا بَيْنَ أَكْتَأَفِكُمْ.²

ترجمه: ابوهریره می‌گوید: رسول‌الله صلی الله علیه و آله و سلم فرمود: هیچ همسایه‌ای، همسایه‌اش را از کوبیدن میخ به دیوار مشترکشان منع نکند. سپس ابوهریره گفت: چرا شما را می‌بینم که به این حدیث، عمل نمی‌کنید؟ به الله سوگند که من، این میخ را به شانه‌هایتان می‌کوبم. کنایه از عمل به این حدیث است.

وجه استدلال به حدیث شریف

حدیث مذکور دلالت بر این دارد که اگر همسایه‌ای، قصد تعمیر سقف خانه‌اش و یا نصب شیروانی و دیوارکوب را داشته باشد، همسایه‌اش حق ندارد او را از این کار منع نماید بناءً هیچ همسایه‌ای حق ندارد همسایه‌اش را از نصب دیوارکوب چوبی و امثال آن بر خانه‌اش، منع کند. و در صورت منع حاکم باید این فعل را جبراً بالای آن انجام دهد که این نظر امام احمد³ و اسحاق ابن حبیب از مذهب امام مالک و امام شافعی رحمهم الله در مذهب قدیم وی و ابن حزم رحمه الله میباشد.⁴

و به همین شکل اگر مالک زمین از تمکین حقوق ارتفاع همسایه خویش روی بگرداند و در حالیکه همجوار و همسایه وی به حائط و این حقوق احتیاج داشته باشد این عمل وی تعسف در استعمال حق ملکیت محسوب شده و در صورت امتناع قضاءً مورد اجبار قرار می‌گیرد در حالتیکه به مالک زمین ضرر بین و آشکار مرتب نگردد لذا منع مالک گمان ضرر رساندن به همسایه را به وجود می‌آورد و قصد ضرر شرعاً ممنوع است.

و در حالتیکه به اساس تمکین حق ارتفاع به مالک زمین ضرر تافه و اندکی مرتب شده ولی ضرر که به همسایه به سبب منع حق ارتفاع میرسد بزرگ باشد و میان شان تناسب وجود نداشته در این صورت همچنان منع مالک زمین تعسف در استعمال حق ملکیت محسوب شده چون ممکن است

¹ توضیح الاحکام من بلوغ المرام، ج 4، ص 346. الفقه الاسلامی و ادلته، ج 1، ص 38؛ ج 8، ص 386..

² مسلم بن حجاج القشیری، صحیح مسلم، کتاب البیوع، باب غرر الخشبه فی جدار الجار، ح 1609، ص 703.

³ کشف القناع، ج 3، ص 342. ابن رجب، القواعد، ص 191. امام شوکانی، نیل الاوطار، ج 5، ص 260.

⁴ المحلی، ج 8، ص 242.

مرتفق این ضرر تافه و اندک را اصلاح کند ولی منع آن قرینه قصد ضرر به دیگران محسوب شده و ممنوع می‌باشد.

ولی در صورت که ضرر فاحش به مالک زمین مرتب گردد مانند سقوط دیوار پس برای مالک زمین درست نیست که ضرر فاحش را تحمل کند جهت دفع ضرر از همسایه چون در تنافی با قصد شارع از مشروعیت حق ملکیت می‌باشد چون شارع آنرا جهت مصلحت مالک مشروع کرده است نه برای جلب ضرر فاحش بناء مناقضه و مخالفت شرع محسوب شده و باطل می‌باشد.

و از جهت آنکه رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم فرموده اند " لا ضرر ولا ضرار " ¹ و در این صورت اگر همسایه پا فشاری و خواهان حق ارتفاق از مالک باشد در این حالت همسایه متعسف در استعمال حق ارتفاق محسوب شده چون تعسف به تعسف مثل آن درء و دفع نمی‌شود. ²

د: دلیل چهارم: روی ابو داود فی سننه أن جعفر بن علی زین العابدین قال: " كان لسمره بن جندب عضد فی حائط (بستان) رجل من الأنصار ومع الرجل أهله فكان سمره يدخل إلى نخله فيتأذى به الرجل ويشق عليه فشكا ذلك الأنصاري إلى رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم فقال الرسول لسمره: بعه، فأبی، قال: فاقلعه، فأبی، قال: فهبه ولك مثلها فی الجنة، فأبی، فقال رسول الله: أنت مضار، ثم قال لصاحب الحائط: " اذهب فاقلع نخله". ³

ترجمه حدیث: ابو داود در سنن ابو داود از جعفر بن علی زین العابدین چنان روایت میکند: سمره بن جندب در محوطه یکی از منزل از انصار (مردم مدینه) درخت خرمائی داشت، و برای آبیاری و رسیدگی به درخت خویش، بدون رخصت وارد منزل انصاری می‌گردید.

مرد انصاری شکایت او را نزد رسول الله برد، پیغمبر صلی الله علیه و آله و سلم به وی گفت: درخت را بفروش. گفت نمی‌فروشم! بعدا برایش گفت: آنرا بردار و بکن، سمره قبول نکرد. بعدا رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم برایش گفت آنرا برایش ببخش و هبه کن مثل آن در جنت به تو داده میشود ،

لکن سمره بن جندب قبول نکرد. و رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم فرمود: تو مرد ضرر زننده‌ای و ضرر رسان هستی، و بعد از آن دستور داد آن درخت را قطع و بردارد.

¹قبلا تخریج گردیده.

² فتحی درینی نظریه تعسف، مرجع سابق، ص ۱۵۵، ۱۵۶

³آخرجه ابو داود، سنن ابو داود، کتاب الاقضية، باب من القضاء، حدیث رقم 3636، دمشق، دارالرسالة العالمية، 2009م، ج 5، ص 478. حکم حدیث: صحیح لغیره، محدث: شعیب الارنؤوط

وجه استدلال : در تصرف صحابی سمره بن جندب رضی الله عنه هنگام رسیدگی به درخت و چین ثمر و آب دادن و غیره کارها که در اصل از حق وی محسوب میگردند ولی در استعمال حق وی اساعت و ضرر و زیان به صحابی و برادر انصاری وی مرتب شده چون طریق رسیدن به درخت از منزل انصاری بوده و این سبب اذیت و ضرر وی می گردید لذا رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم راه حل های مختلف را برای وی عرض نمود تا این ضرر برداشته و زائل گردد چنانچه در متن حدیث ذکر شده که اول فروختن آنرا برای وی عرض کرد وقتی سمره بن جندب آنرا قبول نکرد برای وی گفت که آنرا بردار ولی وی قبول نکرد و بعداً برایش گفت آنرا برایش ببخش و هبه کن مثل آن در جنت به تو داده میشود ولی سمره بن جندب آنرا قبول نکرد پس بعد از این همه حالات و طرق از آله ضرر وقتی صحابی قول رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم را قبول نکرد رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم فرمود " انما انت مضار " یعنی تو مرد ضرر زننده ای و ضرر رسان هستی، و بعد از آن دستور داد آن درخت را قطع و بردارد. و این توجیه رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم بعد از ارایه راه حل های مختلف را میباشد و اصرار صحابی دلالت بر این داشته که نیت الحاق ضرر به انصاری را داشته لذا رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم مطابق آن امر به جزاء کرد و از آله و دور کردن ضرر میباشد. و این دلالت واضح بر این دارد که هر گاه صاحب حق، حق خویش را طوری استعمال نماید که در آن ضرر به دیگران باشد و از طرق که جهت رفع و از آله ضرر وجود دارد امتناع ورزد این فعل وی قرینه جهت قصد ضرر به دیگران شمرده شده و لذا خلاف قصد وی با او معامله صورت گرفته که آن عبارت از برداشتن و از آله ضرر میباشد به سبب قول رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم که می فرماید " لا ضرر ولا ضرار " که این حدیث رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم قاعده کلی و عمومی و فیصله کننده در عرصه حریت تصرف حق و استعمال حق و امور متعلق به آنرا تشکیل میدهد.

پس هر گاه حق به شکلی استعمال شود که در آن مصلحتی وجود نداشته و ضرر مرتب شده بر دیگران خیلی بزرگ و سخت باشد نسبت به ضرر صاحب حق پس صاحب حق متعسف محسوب گردیده و فیصله رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم در قضیه سمره بن جندب بیانگر سیاست شرعی و تمثیل وجوب دفع ضرر به هر طریقه ممکن را برای ما نمایان می سازد .

مطلب سوم : ادله نظریه تعسف در اقوال صحابه

جمهور علمای اصول، صحابی را کسی می دانند که پیامبر صلی الله علیه و سلم را مشاهده نموده و به ایشان ایمان آورده و به مدتی با ایشان ملازمت و همراهی داشته باشد که عرفاً برای اطلاق لفظ صاحب بر وی کفایت کند، مانند خلفای راشدین، عبدالله بن عباس، عبدالله بن مسعود رضی الله عنهم و

کسان دیگری که به رسول الله ایمان آوردند و ایشان را یاری دادند و احکام شرعی را از ایشان شنیدند و با تعالیم ایشان هدایت یافتند خداوند تعالی در کلام ملکوتی خود در مورد فضیلت اصحاب کرام چنین میفرماید: (وَالسَّبِقُونَ الْأَوْلُونَ مِنَ الْمُهَاجِرِينَ وَالْأَنْصَارِ وَالَّذِينَ اتَّبَعُوهُمْ بِإِحْسَانٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ وَرَضُوا عَنْهُ وَأَعَدَّ لَهُمْ جَنَّاتٍ تَجْرِي تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ خَالِدِينَ فِيهَا أَبَدًا ذَلِكَ الْفَوْزُ الْعَظِيمُ) ¹

ترجمه: پیشگامان نخستین مهاجران و انصار، و کسانی که به نیکی روش آنان را در پیش گرفتند و راه ایشان را به خوبی پیمودند، خداوند از آنان خوشنود است و ایشان هم از خدا خوشنودند، و خداوند برای آنان بهشت را آماده ساخته است که در زیر (درختان و کاخهای) آن رودخانه‌ها جاری است و جاودانه در آنجا می‌مانند. این است پیروزی بزرگ و رستگاری بزرگ میباشد.

اصحاب رسول اکرم صلی الله علیه وسلم درخشان‌ترین ستاره های تابناک جهان اسلام میباشند که توسط درخشش خود تمام جهان را منور به نور اسلام گردانیده اند و این بزرگ مردان بودند که بخاطر رساندن دین حق از مال و جان و از همه خوشی های زندگی خود گذشتند، و نگذاشتند که طاغوت و پیروانش جامعه انسانی را تاریک و ظلمانی گردانند، و بهترین انسانها در روی زمین

بعد از انبیاء علیهم السلام اصحاب کرام بهترین قهرمانان رسول اکرم صلی الله علیه وسلم میباشند چنانچه خود رسول اکرم صلی الله علیه وسلم در این باره میفرماید: عَنْ عَائِشَةَ قَالَتْ: "سَأَلَ رَجُلٌ النَّبِيَّ أَيُّ النَّاسِ خَيْرٌ؟ قَالَ الْقَرْنُ الَّذِي أَنَا فِيهِ ثُمَّ الثَّانِي ثُمَّ الثَّلَاثُ" ².

ترجمه: از حضرت عائشه صدیقه روایت است که یک شخص از آنحضرت پرسید: از همه بهتر اهل کدام زمانه اند؟ آنحضرت فرمود که بهتر از همه اهل زمانه من اند، بعداً زمانه بعدی از آنها، بعداً زمانه بعدی از آنها.

حاصل تمام روایات این است که جماعت صحابه کرام بهترین همه جماعات اند مانندیکه قبلاً ذکر شد که بر افضلیت صحابه کرام اجماع تمام امت است، محدث مشهور حافظ ابو نعیم رحمه الله در کتاب خود (حلیة الاولیاء) قول حضرت عبدالله بن مسعود را به این الفاظ نقل کرده است: "ان الله نظر فی قلوب العباد فاختر محمداً فبعثه برسالته و انتخبه بعلمه ثم نظر فی قلوب الناس بعده فاختر له اصحاباً فجعلهم انصار دینه و وزراء نبیه صلی الله علیه وسلم" ³

¹سوره التوبه: 100 رقم آیت

²مسلم بن حجاج القشیری، صحیح مسلم، کتاب فضائل الصحابه، بابفضائل الصحابه ثم الذین یلونهم، رقم حدیث 2536، ص

.1112

³حیة الصحابه ج 1 ص 46 بحواله حلیة الاولیاء و الاستیعاب لابن عبدالبر

ترجمه : حضرت عبدالله بن مسعود رضی الله عنه میفرماید که خداوند بر دل‌های بنده های خود نظر انداخت در این همه مطابق علم خود حضرت محمد صلی الله علیه وسلم را برگزید و نبوت برایش داد، بعداً در مردم دیگر بعد از آنحضرت نظر انداخت، پس بعضی مردم را صحابه کرام به حیثیت خادمان دین و به حیثیت وزیران و نایبان آنحضرت انتخاب نمودند، یعنی صحابه کرام را انتخاب نموده و بهترین مردم اند که بعد از آنحضرت جماعت بهتر از صحابه کرام نیست که مددگاران دین خداوند و وزیران آنحضرت اند.

بناء در قسمت بحث خویش به استدلال عمل و اقوال ایشان که در عرصه نقل یافته پرداخته که به منع تعسف در استعمال حق دلالت نموده و آنرا بیان و تحلیل میکنیم.

الف: دلیل اول : روی مالک عن عمرو ابن یحیی المازنی عن ابيه الضحاک بن خلیفه ساق خلیجا له من العریض فاراد أن یمر به فی أرض محمد بن مسلمة فأبی محمد. فقال الضحاک: لم تمنعنی وهو لك منفعة؟ تشرب به أولاً وأخرا لا یضرك، فأبی محمد. فکلم فیہ الضحاک عمر بن الخطاب رضی الله عنه، فدعا عمر محمد بن سلمة فأمره أن یخلى سبیلہ، فقال محمد: لا، فقال عمر: والله لیمرن به ولو علی بطنك، فأمره عمر أن یمر به، ففعل الضحاک¹

امام مالک رحمه الله روایت میکند از عمرو بن یحیی مازنی از پدرش روایت میکند که ضحاک بن خلیفه در وادی مدینه بنام عریض خلیج و نهر کوچک داشت پس وی اراده کرد و میخواست که آنرا از زمین و اراضی محمد بن مسلمه عبور دهد ولی محمد بن مسلمه ابی ورزید. ضحاک برایش گفت: چرا این کار را منع میکند درحالیکه در آن برای شما هم فایده و منفعت وجود دارد و همچنان اولاد دیگران هم از آن سیرآب می شوند و از آن آب می نوشند و این کار برای شما ضرر هم نمی رساند ولی محمد بن مسلمه ابی ورزید و منع کرد، و در این مورد ضحاک بن خلیفه نزد عمر بن خطاب سخن گفت و عمر رضی الله عنه محمد بن مسلمه را نزد خود خواست و به وی امر کرد که راه را برای ضحاک خالی نماید و وی را اجازه بدهد ولی محمد بن مسلمه ابی ورزید و قبول نکرد.

عمر رضی الله عنه برایش گفت: چرا برادرت را از این کار منع میکند در حالیکه در آن کار برای شما و دیگران منفعت است و اولاد دیگران به آن سیرآب میگردند محمد بن مسلمه ابی ورزید و قبول نکرد. عمر رضی الله عنه به وی گفت: به الله قسم که آب را خواهد تیر کرد ولو اگر بالای بطن شما هم باشد و امر به عبور جوی را داد و ضحاک بن خلیفه این کار را انجام داد.

¹المنتقى شرح الموطأ، ج 6، ص 47

قضاء و فیصله عمر بن خطاب رضی الله عنه در مورد مرور آب از اراضی محمد بن مسلمه دلالت بر ثبوت حق ارتفاق میکند به صاحبان زمین‌های همجوار و همسایه و لو اگر بشکل جبری هم باشد مانند: حق عبور و مرور آب از زمین‌های دیگران، و یا عبور راه از آن و هنگامیکه صاحب و مالک زمین‌ها که این حق در زمین اوبرای همسایه اش ثابت شده امتناع ورزد این کار وی تعسف در استعمال حق ارتفاق محسوب شده و در صورتیکه ضرر بین و واضح برای مالک ملحق نگردد میتوان اجباراً هم این کار را انجام داد.^۱ و قضاوت عمر رضی الله عنه در این واقعه همانند فیصله رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم در قضیه سمره بن جندب است که متعلق به باب موازنه بین مصالح در هنگام تعارض و رفع تعارض بوده چنانچه رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم همچنان منع کرده بود مالک زمین را از تعسف در استعمال حق وی.

پس در صورتیکه صاحب حق از حقوق که به اساس همجواری در زمین وی به وی ثابت شده امتناع ورزد و در آن عمل ضرری به وی وجود نداشته این منع و تصرف وی تعسف در استعمال حق ارتفاق محسوب شده و در صورتیکه به صاحب حق فایده و منفعت باشد ولی امتناع ورزد این از مراتب اعلی تعسف در استعمال حق بوده چون مانع رسیدن خیر به خود و دیگران میگردد چون تکافل و تعاون از اصول و مبادئ اسلام محسوب میگردد و به همین خاطر قول عمر رضی الله عنه در حکم و فیصله "والله لیمرن به ولو علی بطنک" مبالغه و تشدید و استنکار برای این نوع تعسف میباشد و تاکید برای درء و دفع آن میباشد.^۲

و الزام محمد بن مسلمه بر اینکه اجازه عبور آب را از زمین‌ها خود بدهد تطبیق مبدأ درء تعسف در استعمال حق محسوب شده چون صاحب حق را از ضرری که به اساس این تصرف تعسفی مرتب می‌گردید باز نگهداشته است.

ب : دلیل دوم : اجتهاد عمر رضی الله عنه در مساله ازدواج با زنهای اهل کتاب چنانچه امام طبری در تاریخ طبری چنین روایت میکند که بعد از آنکه مسلمین در جنک قادسیه در فارس پیروز شدند در سرزمین فارس برای مردان مسلمان زنهای کافی جهت نکاح موجود نبود لذا مجبوراً و ضرورتاً مردان مسلمان با زنهای اهل کتاب ازدواج کردند ولی بعداً تعداد زنهای مسلمان در سرزمین فارس زیاد شده و این ضرورت رفع و برداشته شد، و زمانیکه عمر رضی الله عنه از ازدواج حذیفه بن یمان با زنی از اهل مدائن در حالیکه وی را به حیث نایب خلیفه یا والی به یکی از بلاد اعجم فرستاده بوده خبر حاصل نمود برایش نامه ارسال کرد و فرمود : "بلغنی أنك تزوجت امرأة من أهل المدائن من أهل

۱. فتحي الدریني، نظرية التعسف، مرجع سابق، ص ۱۶۴

۲. فتحي الدریني، نظرية التعسف، مرجع سابق، ص ۱۶۵

الكتاب وذلك مالا أَرْضَاهُ لَكَ، فَطَلَّقَهَا وَلَا تَبْقِهَا فِي عَصْمَتِكَ". فكتب إليه حذيفة: أحلال هذا الزواج أم حرام؟ ولماذا تأمرني بطلاق هذه المرأة الكتابية، لن أطلقها حتى تخبرني، فكتب إليه عمر بن الخطاب: هذا الزواج حلال، ولكن في نساء الأعاجم خلافة فإن أقبلتم عليهن غلبنكم على نساكنكم).¹

ترجمه: به من خبر رسیده است که با یکی از زنهاى اهل کتاب از مدائن ازدواج کردی و این آنچه است که من برای تو به آن راضی نیستم پس آنرا طلاق کن و آنرا در قید نکاح خویش باقی نگذار. و در جواب حذیفه بن یمان گفت: آیا این ازدواج حلال است یا حرام؟ و چرا من را به دادن طلاق این زناور می‌کنید؟ هرگز آنرا طلاق نمی‌دهم تا اینکه من را از علت و سبب خبر نماید.

عمر رضی الله عنه گفت: این ازدواج حلال است لکن زنهاى اعاجم جذابیت دارند و اگر آنها را قبول کردی بالای زنهاى شما غلبه حاصل میکند.

عمر رضی الله عنه صحابه را با ازدواج با زنهاى اهل کتاب منع کرد در حالیکه الله متعال در کتاب خویش آنرا حلال قرار داده چنانچه در سوره مائده می‌فرماید: (الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمْ الْطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسْفِحِينَ وَلَا مُتَّخِذِي أَخْدَانٍ)²

ترجمه: امروز (با نزول این آیه) برای شما همه چیزهای پاکیزه (طبع سالم پسند) حلال گردید، و (ذبائح و) خوراک اهل کتاب (جز آنچه با آیات دیگر تحریم شده است) برای شما حلال است و خوراک شما برای آنان حلال است، و ازدواج با زنان پاکدامن مؤمن، و زنان پاکدامن اهل کتاب پیش از شما، حلال است، هرگاه که مهریه آنان را بپردازید و قصد ازدواج داشته باشید و منظورتان زناکاری یا انتخاب دوست پنهانی نباشد..

منع عمر بن خطاب رضی الله عنه جهت درء مفسده عظمی و بزرگ بود که به سبب ازدواج با زنهاى اهل کتاب به وجود می‌آمد و آن این بود که زنهاى مسلمین بدون ازدواج باقی مانده و مسلمین جرئت و اقبال ازدواج با زنهاى اهل کتاب را حاصل نموده به سبب رغبت نسبت به جمال و زیبایی آنها که این یک مفسده خیلی بزرگ بود که ازدواج با کتابیات برای این هدف مشروعیت نداشته لذا اجتهاد عمر رضی الله عنه و قضاء وی در این مساله جهت دفع مضره و مفسده ی بزرگ بود که به سبب این عمل مشروع و مباح به وجود آمده چنانچه خود ایشان در تعلیل اجتهاد خویش بیان میکند که این کار را از آن جهت منع قرار داده که تا مفسده بزرگ که به اساس این امر مباح مرتب می‌گردد درء و دفع شود.

¹ تاریخ الطبری، بیروت، دار الکتب العلمیة، ط3، 1991، ج6، ص437

² سوره مائده، رقم آیت 5

پس منع وی از ازدواج با زنه‌های اهل کتاب جهت حمایت مصالح عامه و ابعاد و دور نگهداشتن نایب خلیفه از خدعه و فریب اجنبیات و همچنان دور نگهداشتن وقوع فتنه در بین زنه‌های مسلمان که روز به روز تعداد ایشان در حال افزایش بوده تا اینکه مبدا مردان مسلمان به سبب جمال کتابیات از آنها انصراف نمایند که همه این موارد ضرر به مصالح عامه می‌باشد.¹

پس این اجتهاد عمر رضی الله عنه اجتهاد در مورد نص و تعطیل حکم شرعی مباح محسوب نگردیده و نه هم نسخ آیه کریمه می‌باشد بلکه تبدل در حکم می‌باشد چون بعد از رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم نسخ احکام صورت گرفته نمی‌تواند و نکاح به زنه‌های اهل کتاب در اصل مشروع بوده لکن توقف عمل به حکم آن با نظر و نتایج آن در ظروف خاص بوده چون مشروعیت آن ذاتا مقصود نبوده بلکه به جهت مصالح که شارع از آن مراد دارد مشروع شده پس زمانیکه عمل به آن سبب ضرر عام گردد پس منع از آن فعل در این صورت از اصول و روح شریعت و مقاصد شریعت می‌باشد و زمانیکه همان ظروف خاص تغیر یابد نکاح و ازدواج با زنه‌های اهل کتاب به اصل مشروعیت خود باز گشته و ممنوعیت رفع می‌گردد.²

مبحث دوم : مویدات نظریه تعسف در استعمال حق از قواعد فقهی

مویدات نظریه تعسف در استعمال حق قاعده سد ذرایع و چند قاعده دیگر می‌باشد که تفسیر آن قرار ذیل است:

مطلب اول : قاعده سد ذرایع

الف : مفهوم سد ذرایع : سد ذرایع، داراییک ترکیب اضافی است که از دو کلمه سد و ذرایع تشکیل شده است؛ بنابراین نخست لازم است کلمات تشکیل دهنده این ترکیب را معنا کرده، سپس معنای جامع و کامل آن را بیان کنیم.

مفهوم لغوی سد: سد در لغت به معنای بستن، منع و جلوگیری کردن آمده و کتب لغت عربی، فعل سد را به مفهوم أغلق بیان کرده اند.³ برخی کتب لغت، سد را عبارت از مانعی دانسته اند که بر سر راه آب قرار می‌گیرد و به تعبیری سد را عبارت از مانع و حاجز میان دو چیز میدانند⁴

¹د. مصطفی شلیبی، تعلیل الأحكام، بیروت، دار النهضة العربية، 1981، ص43

²فتحی درینی، مرجع سابق، ص169

³احمدبن فارس بن زکریا، معجم مقاییس اللغة، تحقیق: عبدالسلام محمد هارون، بیروت، انتشارات دارالفکر، ج3، ص66

⁴المقري الفيومي، مصباح المنیر فی غریب شرح الکبیر، بیروت، المكتبة العلمیه، ج1، ص270، 1368ق.

ب: مفهوم لغوی ذرائع: ذرائع جمع ذریعه است که در لغت معانی متعددی دارد؛ ولی رایجترین معنای آن، وسیله است. ذریعه از ماده ذرع بوده که اصل آن به معنای کشیدن دست است. ذریعه غالباً به معنای وسیله به کار میرود، وقتی گفته میشود (تَذَرَعُ فُلَانٌ بِذَرِيعِهِ)؛ یعنی (توسل بوسیله)¹ صاحب الفروق نیز میگوید: (الذریعه: الوسيلة للشیء) ² بنابراین ذریعه در لغت به معنای هر چیزی است که سبب و وسیله برای رسیدن به چیز دیگری باشد.

ج: مفهوم اصطلاحی سد ذرائع

علمای اهل سنت درباره مفهوم اصطلاحی سد ذرائع دو قول اصلی دارند:

قول اول: براساس این دیدگاه ذریعه، وسیله و راه رسیدن به هر چیزی است، اعم از آنکه مشروع و مجاز باشد یا ممنوع و غیرمجاز امام قرافی، امام ابن قیم الجوزیه و استاذ ابن فرحون این دیدگاه را دارند قائلین به این نظر میگویند سد ذرائع همانگونه که گاهی واجب است، در مواردی نیز حرام، مکروه، مستحب یا مباح است؛ بنابراین همانگونه که تأمین وسیله رسیدن به حرام، حرام است، تأمین وسیله انجام واجبات نیز واجب است. از نگاه این گروه موضوعات احکام بر دو قسم است: دسته اول؛ مقاصدی که به خودی خود دربردارنده مصالح و مفاسدند و دسته دوم؛ وسایلی که ابزار و راههای رسیدن به مقاصدند؛ بنابراین تحصیل وسایل رسیدن به واجب، واجب است و کسب وسیله رسیدن به حرام نیز حکم حرمت را دارد.³ دانشمندان معاصر اهل سنت نیز عموماً این دیدگاه را دارند که وسیله حرام، حرام است همچنان که وسیله رسیدن به واجب، واجب است.⁴

امام ابن قیم جوزیه، قاعده سد ذرائع را از مهمترین قواعد در فقه دانسته، میگوید: باب سد ذرائع یکی از اقسام چهارگانه تکلیف است و امر بر دو قسم است: یا خودش مقصود و مدنظر است و دوم اینکه وسیله ای برای رسیدن به مطلوب است و نهی نیز بر دو نوع است: یا اینکه خودش فینفسه مفسده دارد و دوم اینکه وسیله ای برای مفسده است؛ بنابراین سد ذرائعی که منتهی به حرام میشود، موضوع یکی از اقسام چهارگانه تکلیف در دین (وجوب، حرمت، استحباب و کراهت) قرار گرفته است⁵ برخی دانشمندان معاصر نیز ضمن بیان این دیدگاه معتقدند، وسیله مطلوب، به میزان

¹ابراهیم مصطفی و دیگران، معجم الوسیط، بیروت، دار الاحیاء التراث العربیه، ج1، ص422، 1409ق .
²قرافی، انوار البروق فی انواء الفروق، بیروت: انتشارات دار العلم الکتب، ج2، ص1414، 194ق.

³قرافی، مرجع سابق، ج2، ص32 .

⁴محمد ابوزهره، اصول فقه، قاهره، دارالفکر العربی، ص268، 1405ق.

⁵امام ابن قیم الجوزیه، اعلام الموقعین عن رب العالمین، بیروت، دارالمکتبه العلمیه، ج3، ص126، 1410ق .

مطلوبیت آن طلب مطلوب است و وسیله حرام و آنچه به مفسده می انجامد نیز حرام و ممنوع است.¹
قول دوم: طرفداران این دیدگاه معتقدند که ذریعه به معنای وسیله رسیدن به امری ممنوع و غیرمجاز است و معروف ترین صاحب نظر در این زمینه امام شاطبی رحمه الله است.

وی میگوید: ذریعه توسل به چیزی است که نتیجه آن مفسده است، به تعبیر دیگری از او (سد ذریعه، ممنوع کردن يك امر مجاز است، بدین منظور که وسیله برای امر ممنوع دیگر قرار نگیرد).² و امام (قرطبی)³ رحمه الله نیز در تعریف ذریعه میگوید: (ذریعه عبارت است از امر غیرممنوعی که از ارتکاب آن خوف وقوع در امر ممنوع ایجاد میشود)⁴

د: حجیت سد ذرایع

درباره این امر که آیا سد ذرایع یکی از ادله مستقل در فقه اسلامی است و قاعده‌ای است که براساس آن احکام شرعی بنا میشود یا خیر؟ میان فرقه‌های مختلف اسلامی، اختلاف نظر وجود دارد. مذهب فقهای مالکی و حنبلی معتقدند، سد ذریع از ادله معتبر شرعی بوده و آن را از جمله اصولی میدانند که قانونگذاری اسلامی بر آن بنا نهاده میشود در مقابل دانشمندان حنفی، شافعی و امامیه با این دیدگاه موافق نبوده، صرفاً در بعضی تطبیقات جزئی موافقت دارند⁵ ابتدا به بررسی ادله موافقان میپردازیم: ادله قائلان به اعتبار سد ذرایع به عنوان يك قاعده طرفداران این دیدگاه به آیات، روایات اثبات مدعای خود استناد کرده‌اند.

آیات قرآن کریم

¹ حامد حسان، نظریة المصلحة فی فقه الاسلامی، قاهره، دار النهضة العربیة، ص302، 1971م.

² امام شاطبی، الموافقات، تحقیق: عبدالله دراز، دار المعرفة، ج4، ص199، 1418ق.

³ عبدالله محمد بن أحمد بن أبی بکر قرطبی اندلسی از علمای اهل سنت است که در قرن هفتم می‌زیست. تاریخ تولد او ذکر نشده، اما وفات او را سال 671ق می‌گویند آثار امام قرطبی در موضوعات مختلف بوده که مهم‌ترین و مشهورترین آنها کتاب «الجامع لأحكام القرآن» است که در تفسیر قرآن نگاشته شده است. برخی آثار دیگر امام قرطبی عبارتند از: «التذکره فی احوال الموتی و امور الآخرة»، «الأسنی فی شرح الأسماء الحسنی»، «التذکار فی أفضل الأذکار»، «شرح التقصی فی الحدیث النبوی»، و غیره میباشد (زرکلی، خیر الدین، الاعلام، ج5، ص322، بیروت، دار العلم للملایین، چاپ هشتم، 1989م. و جلال الدین سیوطی، عبد الرحمن بن أبی بکر، طبقات المفسرین العشرین، ص79، قاهره، مکتبه وهبه، چاپ اول، 1396ق. و همچنان ایازی، سید محمد علی، المفسرون حیاتهم و منهجهم، ص509، تهران، وزارت ارشاد، چاپ اول، 1373ش).

⁴ امام قرطبی، الجامع الاحکام القرآن، ج2، ص57،

⁵ امام شاطبی، مرجع سابق، ج3، ص304.

(وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ)¹

ترجمه: ای مؤمنان به معبودها و بت‌هایی که مشرکان که بجز خدا می پرستند دشنام ندهید تا آنان مبادا خشمگین شوند و جاهلانه الله را دشنام دهند.

استدلال به این آیت: اینکه بدگفتن و توهین به بت‌های کفار امری مجاز و ناشی از ایمان است؛ ولی چون باعث سب و دشنام خداوند میشود به دلیل سد ذریعه مورد نهی قرار گرفته است.

ب: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقُولُوا رَاعِنَا وَ قُولُوا انظُرْنَا و اسمعوا و للكافرين عذاب أليم).²

ترجمه: ای افراد که ایمان آوردید هنگامی که از پیامبر صلی الله علیه وسلم تقاضای مهلت برای درك آیات قرآن مکنیدنگویید: (راعنا) بلکه بگویید: (انظرنا) آنچه به شما دستور داده میشود بشنوید و برای کافران و استهزاکنندگان عذاب دردناکی است. خداوند حتی در صورتی که قصد خیر وجود داشته باشد برای سد ذریعه و احتراز از تشبه به یهود که با این لفظ پیامبر صلی الله علیه وسلم را مورد سب و دشنام قرار میدادند، استفاده از کلمه (راعنا) را نهی کرده است.

روایات نبوی

الف: عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله ﷺ قال: " من الكبائر شتم الرجل والديه!، قالوا: يا رسول الله، وهل يشتم الرجل والديه؟! قال: نعم، يسب أبا الرجل، فيسب أباه، ويسب أمه، فيسب أمه " ³.

ترجمه: از عبدالله بن عمرو بن عاص روایت شده که پیامبر اکرم صلی الله علیه وسلم فرمودند: از گناهان کبیره اینکه کسی به پدر و مادر خود فحش و دشنام دهد پرسیدند: آیا ممکن است کسی به پدر و مادر خود فحش دهد فرمود: آری! وقتی به پدر و مادر دیگری فحش گوید او نیز پدر و مادر وی را دشنام میدهد.

بنابراین، سب حتی نسبت به کسی که ممکن است مجاز باشد از باب سد ذرایع ممنوع است.

ب: عن ابو هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " لا يسيِّر أحدكم على أخيه بالسلاح، فإنه لا يدري لعل الشيطان ينزع في يده، فيقع في حفرة من النار " ⁴.

¹سوره انعام: رقم آیت 108

²سوره بقره: رقم آیت 104

³امام مسلم، صحیح مسلم، کتاب الایمان، باب الكبائر، ص54، رقم ح146.

⁴امام مسلم، صحیح مسلم، کتاب البر والصلوة، باب النهی عن الاشارة بالسلاح، رقم حدیث 2617، ص1142.

ترجمه: در روایتی دیگر که ابو هریره رضی الله عنه از پیامبر صلی الله علیه وسلم آمده است: کسی از شما با اسلحه به برادرش اشاره و نشانه گیری نکند او نمیداند شاید شیطان در دست او قرار بگیرد و تیر را رها کند و وی در حفرهای از آتش قرار گیرد.

شوخی کردن با اسلحه چه بسا منجر به ضرب و جرح یا قتل نشود؛ ولی از باب سد ذرایع منع شده است.

و: انواع سد ذرایع نزد امام ابن قیم الجوزیه رحمه الله

امام ابن قیم جوزیه، ذرایع و مقدمات حرام را بر چهار قسم تقسیم نموده و احکام آنها را بیان کرده است:

1. کارهایی که ذاتاً مفسده زاست، مانند: نوشیدن شراب که ذاتاً تباه کننده عقل است و زنا که ذاتاً موجب نامشخص شدن نسل، و هتک حرمت خانوادگی است.

2. کارهایی که ذاتاً برای مقاصد مباح قرار داده شده، اما بعضی افراد آنها را مقدمه مقاصد حرام قرار می دهند، مانند: حيله های معاملاتی برای دستیابی به ربا.

3. کارهایی که گرچه ذاتاً برای اهداف مباح بوده، اما غالباً دارای مفسده می باشد، مانند بدگویی و حرمت شکنی بت ها و معبودهای مشرکان که غالباً تحریک مشرکان برای ناسزاگویی متقابل به مقدسات اسلام است.

4. کارهایی که غالباً دارای مصلحت اند، اما گاهی وسیله ای برای گناه قرار می گیرد، و در مجموع مصلحت آنها بیش از مفسده شان می باشد، مانند نظر کردن و ملامت مخطوبه، و اقرار به کلمه حق در نزد سلطان جائر و ظالم.

امام ابن قیم ذرایع اول را حرام قطعی می شمرد و برای اثبات حرمت نوع دوم و سوم 99 دلیل و شاهد از شریعت اقامه می کند، و نوع چهارم را جایز شمرد و حکم آن گونه ذرایع را در وجوب و استحباب و اباحت را تابع مقاصد شریعت آنها می داند.¹

ن: سد ذرایع و مصالح مرسله

اصل سد ذرایع تأکیدکننده و تحکیمبخش اصل مصالح است، زیرا وسایل و اسباب منجر به فساد را ممنوع می کند و این وجهی مؤکد از وجوه مصلحت است؛ پس این اصل، متمم و مکمل اصل مصلحت است، بلکه حتی گاهی، برخی از صورت های سد ذرایع از صور مصالح مرسله به حساب می آید و به

¹. اعلام الموقعین، مرجع سابق، ج 3، ص 108-136.

همین دلیل، می‌بینیم که قایلان به اصل مصلحت و پرچمداران آن -یعنی مالکیه و پیروان آنان- قایل به سد ذرایع شده و قایل به منع ذرایع در صورت منجر شدن آن به مفسده و قایل به گشودن آن در صورت منجر شدنش به یک مصلحت راجح، شده‌اند، گرچه وسیله ذاتاً حرام هم باشد و به همین دلیل، اینان برای دولت اسلامی جایز دانسته‌اند که اگر ضعیف بود، جهت در امان ماندن از شرّ دشمن، مالی را به او بدهد و نیز، قایل به جواز دادن رشوه شده‌اند اگر رشوه تنها راه برای دفع ظلم یا معصیتی باشد که ضرر آن بیشتر از ضرر پرداخت مال است و نیز، گرچه دادن مال به دولت محارب جایز نیست، اما آنان به خاطر دفع یک ضرر بزرگتر یا جلب یک مصلحت بزرگتر، پرداخت مال به دولت محارب جهت آزادسازی اسرای مسلمانان را جایز دانسته‌اند.¹

مبدأ سد ذرایع به اساس دفع ضرر متوقع و سبب شدن به حرام و منع ممارست از فعل استوار بوده که این دور ورول وقائیوی را جهت استادگی و قیام نظریه تعسف در استعمال حق را اجراء کرده پس لهذا محروم کردن صاحب حق از ممارست حق وی به نحو که تعسف در استعمال حق را به بار بیاورد در اصل حفاظت و صیانت شخص میباشد از وقوع در ضرر و انحراف از هدف و غایه حق ولذا نظریه تعسف در استعمال حق مجال وسیعتر نسبت به نظریه تعدی در فقه اسلامی داشته² و این قاعده بیانگر آن است که تشریح اسلامی به اساس احتیاط بناء یافته است و نظریه تعسف در استعمال حق به مثابه ستون فقرات این تشریح را از خلال مبدأ سد ذرایع تشکیل می‌دهد که جانب وقائیوی را جهت مرتب شدن ضرر و مفساد را تمثیل نموده که این عمل ذاتاً دور و رول نظریه تعسف در استعمال حق را تشکیل میدهد.

چنانچه در کلام امام شاطبی رحمه الله این سخن بهتر واضح میشود که ایشان می‌فرماید: شریعت اسلامی به اساس احتیاط بناء یافته است و تحفظ و حرز از آنچه که نزدیک به منجر شدن مفسده و طریق مفسده باشد و در صورتیکه این بشکل جمله و تفصیل معلوم باشد در این حالت عمل به آن بدعت در دین شمرده نشده بلکه اصل از اصول شریعت محسوب شده و به آنچه که مکمل مقاصد ضروری یا تحسینی و حاجی میباشد راجع میشود.³

ی : ملازمت قاعده سد ذرایع با نظریه تعسف در استعمال حق

و نقطه ملازمت میان نظریه تعسف در استعمال حق و قاعده سد ذرایع از آنجا آشکار می‌شود که قاعده سد ذرایع به نتایج و ثمر تصرفات و آنچه به اساس آن از خیر و شر و مفسده و منفعت افعال

¹ الفروق، امامقرافی، ج 2، ص 32-33.

² فتحی درینی، مرجع سابق، ص 202

³ الموافقات، مرجع سابق، ج 2، ص 364.

مرتب میشود نظر کرده و آنرا مورد بحث قرار میدهد و تامل و نظر در نتایج افعال که به اساس آن ضرر ملحق شده و یا به بار آورنده منفعت است یا خیر نتیجه نظریه تعسف در استعمال حق است لذا زمانی که صاحب حق در حق خویش تصرف تعسفی نماید که به اساس و در نتیجه آن اشخاص دیگر متضرر گردیده شخص از استعمال حق وی منع گردیده تا سبب الحاق ضرر به دیگران نگردد بناءً نظریه تعسف در استعمال حق و قاعده سد ذرایع هر دو به اساس اعتبار نتایج و دوافع یا عوامل که افعال در بر دارد بناء یافته اند و هر دو منع میشود به سبب اینکه وسیله جهت تحقیق هدف و غایه غیر معتبر و مشروع شرعی می گردند.

مطلب دوم: الضرر الأثمد یزال بالضرر الأخف¹: (ضرر شدید با ارتکاب ضرر خفیف جبران میشود)

مفهوم قاعده: ضرر با ضرر مماثل دفع نمیشود مگر اینکه یکی از دو ضرر شدید و دیگری خفیف باشد، زیرا در این صورت دفع ضرر شدید با تحمل ضرر خفیف صورت گرفته و این عمل جهت تأمین مصلحت میباشد.

این قاعده در هنگام فیصله و واقع شدن تعارض میان حقوق خاصه و هنگام تعارض حقوق فردی با مصالح عامه مورد استفاده قرار گرفته و در مفهوم این قاعده قواعد دیگر هم داخل شده مانند قاعده ضرر خاص برای دفع ضرر عام تحمل میشود قاعده از دو شر آسانترین آن انتخاب میگردد.

و این قاعده اتکاء با ضابطه موازنه داشته و به تصرف که در اصل از طرف شرع به آن اجازه داده شده (مادون فیه شرعا) مرتب گردیده و که به اساس آن نفع و فایده به صاحب رسیده و ضرری که به اساس آن مرتب میشود یا به صاحب حق ملحق میشود یا هم به فرد دیگر و یا هم به جماعتی از مردم .

مانند تصرف سفیه در مال و ملکیت اش که به اساس مقتضی شرع و عقل در مال خود تصرف کرده نتوانسته و در نتیجه به خود و دیگران ضرر رسانده لذا بالای آن حجر وضع میگردد جهت دفع ضرر از خود وی اولاً و بعداً جهت مصلحت و دفع ضرر از دیگران. واصل و مثال تطبیقی این قاعده تعلق به سنت رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم داشته که رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم در قضیه سمره بن جندب رضی الله عنه امر به قطع کردن درخت سمره رضی الله عنه امر کرد که رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم برای وی راه حل های متعدد را پیشنهاد کرد ولی سمره رضی الله عنه آنرا را قبول نکرد و در آن صورت رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم امر به نزع و برداشتن آن کرد چون بقاء درخت سمره رضی الله عنه ضرر اشد بوده نسبت برداشتن آن. و ابن قیم جوزی رحمه الله تحت این قاعده چنین بیان کرده که اگر درخت در بستان باقی میماند صاحب بستان

¹احمد بن شیخ محمد زرقاء ، شرح القواعد الفقهیة ، ط: دوم ، دمشق ، دارالقلم ، 1989م ص 199

بیشتر متضرر شده و ضرر بزرگ مواجه می‌شد لهذا شارع حکیم ضرر اعظم را به ایسر و آسان آن رفع کرده است. چنانچه در حدیث این واقعه چنین روایت شده است.

روی ابو داود فی سننه أن جعفر بن علی زین العابدین قال: " كان لسمرة بن جندب عضد فی حائط (بستان) رجل من الأنصار ومع الرجل أهله فكان سمره يدخل إلى نخله فيتأذى به الرجل ويشق عليه فشكا ذلك الأنصاري إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقال الرسول لسمره: بعه، فأبى، قال: فاقطعه، فأبى، قال: فهبه ولك مثلها في الجنة، فأبى، فقال رسول الله: أنت مضار، ثم قال لصاحب الحائط: " اذهب فاقطع نخله".¹

ترجمه حدیث: ابو داود در سنن ابو داود از جعفر بن علی زین العابدین چنان روایت میکند: سمره بن جندب در محوطه یکی از منزل از انصار (مردم مدینه) درخت خرمائی داشت، و برای آبیاری و رسیدگی به درخت خویش، بدون رخصت وارد منزل انصاری می‌گردید.

مرد انصاری شکایت او را نزد رسول الله برد، پیغمبر صلی الله علیه و آله و سلم به وی گفت: درخت را بفروش. گفت نمی‌فروشم! بعدا برایش گفت: آنرا بردار و بکن، سمره قبول نکرد. بعدا رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم برایش گفت آنرا برایش ببخش و هبه کن مثل آن در جنت به تو داده میشود، لکن سمره بن جندب قبول نکرد. رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم فرمود: تو مرد ضرر زننده‌ای و ضرر رسان هستی، و بعد از آن دستور داد آن درخت را قطع و بردارد.

و این قاعده در آنجا تطبیق می‌گردد که فرد حق خود را طوری استعمال کند که برای وی منفعتی را به بار نیاورده و برای دیگران مضره مرتب گردد. مثلا شخصی ساجه یا دیوار کسی دیگر را غصب میکند و آنرا شامل بناء و اعمارت خویش مینماید در این صورت حق مالک انقطاع میابد و در صورتیکه قیمت و ارزش بناء و اعمارت بیشتر باشد و بالای شخص غاصب پرداخت قیمت همان ساجه یا دیوار الزامی شده جهت دفع ضرر اشد مرتکب ضرر اخف گردیده. ضرر اشد با ارتکاب ضرر کوچک جبران میشود.²

¹ أخرجه أبو داود، سنن أبو داود، كتاب الأفضية، باب من القضاء، حدیث رقم 3636، دمشق، دارالرسالة العالمية، 2009م، ج5، ص478. حکم حدیث: صحیح لغیره، محدث: شعيب الارنؤوط

² فتحی درینی، مرجع سابق، ص233

کاربرد قاعده در قانون مدنی افغانستان: در فقره 3 بند 2 ماده 9: تجاوز از حق در مورد آتی بوجود میاید جزئی بودن مصلحت شخص نسبت به ضرریکه به غیر وارد میسازد. " یعنی منفعت و مصلحت که به مالک میرسد نسبت به ضرریکه به غیر میرسد جزئی باشد.¹

مطلب سوم : يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام²: (ضرر خاص برای دفع ضرر عام تحمل میشود)

مفهوم قاعده: دفع ضرر با ضرر بالمثل جواز ندارد مگر در صورتیکه یکی از دو ضرر عام، و دیگری خاص باشد. که در آن صورت بخاطر مصلحت جامعه و عموم افراد، متضرر شدن فرد قابل تحمل و پذیرش است. کاربرد قاعده در قانون مدنی افغانستان: فصل سوم حوادث قانونی، قسمت اول فعل مضر، ماده 786 مورد کاربرد قرار گرفته که ضرر خاص جهت دفع ضرر عام تحمل میگردد این قاعده دلالت به استقراء احکام شارع به مثل نهی رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم از احتکار و بیع تلقی سلع، و بیع حاضر للبادی و غیره میباشد و این قاعده در امور که شرعا به آن اجازه داده شده و در اصل ماذون فیه هستند و فرد به اساس تصرف در آن مصلحتی را به خود جلب و مفسده را دفع میکند ولی زمانیکه از تصرف وی که در اصل مشروع بوده ضرر عام لازم گردد مانند الحاق شدن ضرر به عامه مسلمین یا بلدی از بلاد مسلمین و یا جماعت بزرگ از مسلمین به اساس آن متضرر شده و گمان اغلب بر این باشد که تصرف فرد به بار آورنده ضرر باشد پس در این حالت فرد از تصرف منع شده و بالای وی لازم است که ضرر خاص را جهت دفع ضرر عام تحمل نماید. بنا بر هر تصرفی که در اصل شرعا اجازه داده شده بر آن لکن به اساس مرتب شدن مفسده بر آن منع میشود چون تعسف پنداشته میشود. و در قواعد فقهی فروعاً جهت این قاعده ذکر شده که مجال را برای تطبیق نظریه تعسف در استعمال حق ایجاد میکند که عبارت از

1- منع تجار از بلند بردن اسعار و استغلال در هنگام حاجت مردم خصوصاً در موارد ضروریات مانند طعام و شراب و البسه و غیره و در این حالت ولی الامر باید اسعار را تعیین و بالای تجار جبری نمایند.

2- منع تجاران از احتکار در آن چیزهایی که مردم به آن احتیاج دارد.

¹قانون مدنی افغانستان

²احمد بن شیخ محمد زرقاء، شرح القواعد الفقهية، ط: دوم، دمشق، دارالقلم، 1989م، ص 197

3- و وضع کردن حجر بالای مفتی ماجن که برای مردم حیل ها را تعلیم میدهد و طبیب جاهل ، و کارگر مفلس و کسی که منازل و مواصلات را به تأجیر میگردند و قتی مفلس بودن وی واضح شود و بالای همه این افراد از جهت حفاظت و صیانت مصالح عام و ودرء و دفع ضرر عام از مردم در مال ، دین ، نفس ایشان حجر وضع شده.

4- نزع و برداشتن ملکیت مانند خانه یا زمین جهت توسع مسجد یا، بناء شفاخانه ، یا انشاء سرک ها و طرق عامه که همه موارد هستند مصالح اجتماعی و عام را در بر داشته و حاجت و احتیاج مردم به آن آشکارا بوده بناء به مالک تعویض عادل داده شده و ملکیت وی منهدم و برداشته میشود.

5- منع تجارت سلاح در هنگامیکه جنگ ها و اختلافات داخلی در کشور باشد تا سبب برانگیختن و شعله ور شدن فتنه نه گردد. در منع برای تاجر ضرر است ولی ضرر برانگیختن فتنه ها میگردد.¹

6- و به همین شکل دیوار مائل در راه ها و طرق عامه قرار داشته باشد مالک وی به انهدام آن مجبور کرده میشود چون در سقوط آن ضرر عام مرتب گردیده و همینطور باید خبازی ها داش ها و فابریکه های بزرگ همچون سمنت و امثال آن در محل های مسکونی اعمار نگردد چون جماعت بزرگ از آن متضرر میگردد.

¹ - فتحی درینی، مرجع سابق ، ص236

مبحث سوم: معاییر نظریه تعسف در فقه اسلامی و قانون وضعی

نظریه تعسف در استعمال حق در فقه اسلامی و قانون وضعی دارای یک سلسله معاییر بوده که قرار ذیل ذکر می‌گردد:

مطلب اول: معاییر نظریه تعسف در استعمال حق در فقه اسلامی

فقهاء شریعت اسلام کلمه تعسف را ورد زبان‌ها خود نکرده و بالای آن کلمه تعدی را اطلاق می‌کنند ولی این طلاق به این معنا نیست که حقیقت و ماهیت تعدی و تعسف با هم یکسان هستند بلکه عبرت و اعتبار ظاهر لفظ نبوده بلکه به حقیقت و طبیعت آن می‌باشد و نظریه تعسف در استعمال حق اساساً به طبیعت و غایه و هدف حق مرتبط بوده و یک نظریه مستقل است که دارای معاییر خاص خویش بوده که به اساس آن وجود تعسف و عدم آن تعیین می‌گردد لذا لازم است که معاییر این نظریه را نیز به معرفی گرفته و آنرا بشکل تفصیلی از نقطه نظر فقه اسلامی بیان خواهم کرد. و با وجود اختلاف گسترده فقهاء در ارتباط با این نظریه دو معیار اساسی را جهت تعسف در استعمال حق تعیین نموده‌اند که این دو معیار به مثابه محوری بوده که حول آن تحدید تعسف در استعمال حق می‌چرخد. و این دو معیار عبارت معیار شخصی (ذاتی) معیار مادی (موضوعی) می‌باشند.

الف: معیار ذاتی یا (شخصی)

این معیار به اساس نیت ضرر استوار بوده و متعلق به نیت می‌باشد و به اساس آن قصد ضرر در زمان استعمال حق از صاحب حق متوفر شده لذا باید قصد صاحب حق مورد بحث قرار گیرد بناء به اساس این دیدگاه فرد شکل غیر مقصود ضرر را بر دیگران برساند این عمل وی تعسف شمرده نشده چون معیار تعسف قصد و نیت ضرر بوده و آنرا در این تصرف موجود نمی‌باشد و این معیار از قدیم ترین معیاری که شرایع قدیم به آن معرفت داشته محسوب گردیده و لذا این معیار تعسف در استعمال حق را به اشکال ابتدایی آن مورد تمثیل قرار داده و تعلیل این معیار واضح و آشکار بوده و آن اینست که حقوق جهت جلب مصلحت و دفع ضرر مشروعیت یافته‌اند پس زمانیکه این حقوق طوری استفاده شود که جلب کننده شر و وسیله بغاوت و سبب وقوع ضرر و اذیت به دیگران باشد از

حقوق صفت مشروعیت آن دور شده و مبدل به تصرف غیر مشروع می گردد و این معیار عام بوده و بالای همه حقوق قابلیت تطبیق را دارد.¹

و اساسا این معیار ترکیب بیشتری بالای عواملی نفسی صاحب حق که باعث انجام دادن این تصرف شده بحث و داشته و از خلال این ماهیت قصد صاحب حق واضح می گردد که آیا فرد این کار جهت قصد اضرار و ضرر رساندن به دیگران این فعل را مرتکب شده یا قصد وی از این تصرف تحقیق مصالح غیر مشروع بوده بناء تحت این معیار دو معیار فرعی دیگر قرار گرفته که عبارت از قصد تحمض ضرر به دیگران و استعمال حق در غیر مصلحت که حق بخاطر آن مشروع شده است میباشد.

اولا : تحمض قصد ضرر به دیگران

در این معیار به عامل نفسی یا انگیزه و سبب به حرکت درآوردن صاحب حق جهت استعمال حق وی بشکل تعسف بار بحث صورت گرفته و کشف این سبب، نیت و انگیزه که متعلق به صاحب حق میباشد، کار خیلی مشکل و صعب الوصول بوده که احیانا به اساس امور ظاهری مادی و آثار، و تامل و نظر کردن به نتایج تصرف و اساس قرائن ظاهر و مشخص میگردد.

و عموما هنگامیکه صاحب حق در حق خویش طوری تصرف نماید که باعث ضرر به دیگران گردیده و برای خود فرد در نتیجه این تصرف مصلحت مرتب نگردد در این صورت تصرف وی تعسف در استعمال حق محسوب شده و این تعسف حرام بوده و صاحب حق از اینگونه تصرف منع کرده میشود و مصلحت که آن حق در بر داشته به سبب تحمض قصد ضرر به دیگران و یا قرائن قصد ضرر به دیگران منعدم گردیده و از بین میرود.²

و در مورد حکم این معیار فقهاء اتفاق به تحریم آن کرده اند چون در شریعت اسلامی قصد ضرر به دیگران شرعا ممنوع بود و در شریعت اسلامی دلایل بسیار و معتبر به حرمت آن وارد شده است که بهترین مثال تطبیقی آن در کلام الله مجید در مورد نهی ضرر به مطلقات بیان شده چنانچه الله متعال در سوره بقره می فرماید: (وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَخُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوعًا وَادْكُرُوا نِعْمَتَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنْزَلَ عَلَيْكُمْ مِنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُمْ بِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ)³

¹افتحی درینی، تعسف در استعمال حق، ص ۳۱۸.

²محمد حسین، الوجیز فی نظریه الحق بوجه عام، الجزائر، موسسه وطنیه الکتاب، ۱۹۸۵، ص ۳۱۱

³سوره بقره، رقم آیت ۲۳۱.

ترجمه: و هنگامی که زنان را طلاق (رجعی) دادید، آنگاه به پایان روزهای عده خویش رسیدند. پس به شایستگی آنها را ننگه دارید و یا به نیکی و خوبی آنها را رها سازید، و آنان را بخاطر زیان رساندن نگاه ندارید تا به حقوق شان تعدی و تجاوز کنید، و کسی که چنین کند قطعاً به خود ستم کرده است، و آیات الله را به مسخره نگیرید. و نعمت الله را بر خود و آنچه را که از کتاب (قرآن) و حکمت (سنت و اسرار شریعت) بر شما نازل کرده و شما را با آن پند می‌دهد، به یاد بیاورید و از الله بترسید و بدانید که الله به همه چیز داناست.

سبب نزول این آیات

۱- روایت شده که طلاق اهل جاهلیت فاقد عدد و شماره بود و مرد به هر تعداد که می‌خواست، زنش را طلاق می‌داد و هر گاه نزدیک این می‌شد که حلال شود (عدت اش تمام شود و بتواند با شخص دیگری ازدوج کند)، مرد دوباره او را به نکاح خود رجعت می‌داد در زمان پیامبر صلی الله علیه وسلم مردی به زنش روی کرد و به او گفت: نه تو را پناه می‌دهم و نه می‌گذارم که حلال شوی و به زنگفت: تو را طلاق می‌دهم و هر گاه نزدیک سپری شدن عده ات شد تو را رجعت می‌دهم زنزد پیامبر صلی الله علیه وسلم شکایت کرد و الله متعال این آیه را نازل فرمود آیت: (الطَّلَاقُ مِرَّتَانِ)¹

وجه استدلال به آیت کریمه

وجه استدلال به این آیت کریمه بر حرمت تعسف در استعمال حق اینست که رجعت زوجه حقی از حقوق زوج و شوهر محسوب می‌گردد ما دام که زندر عدت طلاق رجعی زوج قرار داشته باشد و الله متعال به این امر کرده که زوج این حق را بشکل مشروع آن استعمال نماید که عبارت اند از نگهداشتن زنبه شایستگی و یا به نیکی و خوبی آنها را رها کردن است، و آنان را بخاطر زیان رساندن نگاه کردن و حبس کردن تا به حقوق شان تعدی و تجاوز صورت گیرد که تعسف زوج در استعمال حق وی محسوب گیرد چون زوج حق خویش را بصورت غیر مشروع مورد استفاده قرار داده و به نگاه کردن زوجه و رها نکردن آن قصد رساندن ضرر به وی را دارد تا زنها بشکل معلقه قرار داده که نه مطلقه و نه هم متزوجه محسوب میشود.

و قول رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم که می‌فرماید: " لا ضرر ولا ضرار"².

¹ شیخ محمد علی صابونی، تفسیر آیات احکام، مترجم دکتر فرزاد پاشا، ج 1، ص 343

² قبلاً تخریج گردیده است.

و امام شاطبی رحمه الله در این مورد چنین گفته است: در منع ضرر به دیگران هیچ اشکال وجود ندارد به سبب اینکه ضرر بوده چنانچه رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم فرمود " لا ضرر ولا ضرار " ¹.

مثالها تطبیقی جهت این معیار در فروع فقہی بسیار است

مثال اول - اگر شخصی فرومایه بالای افراد اهل صلاح و طاهر دعاوی باطل را باز کند و هدف آن از این کار خراب ساختن شهرت او استاده کردن آنها در محاکم و قضاء به قصد ضرر و درد رساندن باشد در این حالت دعوی آنها قابل قبول نبوده و مدعی و مورد تأدیب قرار می گیرد. ²

مثال دوم: زوج اراده و نیت سفر بازوجه را به بلد بعید میکند و به این شکل میخواهد به زوجه ضرر رساند و وی را مورد اذیت قرار دهد و مال وی را از وی اخذ نماید پس فیصله به منع وی از سفر میشود به سبب الحاق شدن ضرر به وی. ³

مثال سوم: در مجمع الضمانات آمده است: شخصی اراده سوختاندن علف ها را در زمین خود می کند ولی بعد از شعله ور شدن آتش، آتش به زمین ها همجوار تجاوز کرده و زرع همسایه را میسوزاند پس شخص مذکور ضامن خساره نمی شود مگر اینکه قصد وی این باشد و به این علم داشته باشد که آتش سوزی تجاوز به زرع زمین ها همجوار کرده و آنها را نابود خواهد کرد در این صورت قاصد و نیت کننده به آتش کشیدن زمین های زراعتی دیگران محسوب گردیده و ضامن می باشد در آنچه که انجام داده است. و یا شخصی در زمین های خود پنبه را به آتش می کشد و در زمین های پهلو که به زمین وی چسپیده است پنبه وجود داشته و آتش از محدوده زمین های وی تجاوز کرده و زمین ها دیگران را هم آتش میگیرد پس در این حالت شخص قاصد ضرر و به آتش کشیدن قطن و یا پنبه دیگران محسوب می گردد. ⁴

دوم: استعمال حق در غیر مصلحت که حق بخاطر آن شروع شده است

معنی این معیار این است که صاحب حق بواسطه استعمال حق خویش تحقیق مصلحتی غیر مشروع را مورد هدف قرار داده و غرض با قصد که حق جهت آن حق مشروع شده در اختلاف و منافات

¹ امام شاطبی، الموافقات، ج 2، ص 493.

² ابن فرحون، تبصره الحکام فی اصول الافضیه و منهاج الاحکام ج 2 / ص 106.

³ ابن عابدین حایشه ردالمختار، ج 3 / دارالفکر، 1979، ص 147.

⁴ کتاب مجمع الضمانات، ابی محمد بغدادی، ص 161.

قرار گرفته باشد لذا در این حالت تصرف صاحب حق باطل قرار گرفته به سبب اینکه در مخالفت با قصد شارع از وضع حقوق قرار گرفته است و در این مورد میان فقهاء اختلاف وجود نداشته چون استعمال حق مانع و حائل برای مصالح قرار گرفته که شریعت اسلامی بالای آن بناء یافته است و هدم قواعد آن محسوب می گردد ولی اختلاف در وسیله که به کشف نیت، قصد صاحب حق می انجامد میان فقهاء اختلاف وجود داشته است.¹

ومثالها تطبیقی آن قرار ذیل است.

سلطه زوج بالای زوجه : یکی از حقوق زوج این است که هنگام نشوز خانم خود را تادیب نماید و این حق برای وی به اساس قول الله متعال ثابت شده است چنانچه در کتاب خویش در آیت ۳۴ سوره نساء می فرماید: (الرَّجَالُ قَوْمُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ وَالَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَأَضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا)²

ترجمه : مردان بر زنان سر پرست و نگهبانند، بخاطر آنکه الله برخی از ایشان را بر برخی برتری داده، و نیز بخاطر آنکه از اموالشان خرج می کنند. پس زنان صالح، فرمانبردارند، و به پاس آنچه الله برای آنان حفظ کرده، اسرار و حقوق شوهران خود را در غیبت آنان حفظ می کنند. و زنانی را که از نافرمانی آنها بیم دارید، پند و اندرز شان دهید، اگر فرمانبردار نشد در بستر از ایشان دوری کنید، و اگر راهی برای سرزنش و تعدی بر آنها مجوید، بدانید که الله، بلند مرتبه بزرگ است.

در آیت کریمه وسائل تادیب به ترتیب ذکر یافته است (وعظ، نصیحت، هجر، وبعدا ضرب) میباشد و زوج باید در تادیب همان تدرج را در نظر گیرد تا زندوباره به اطاعت وی راضی گردد و زمانی که همه طریقه ها و راه ها کارساز نبود فلهاذا زوج حق ضرب غیر مبرح (ضرب که اثر از آن باقی نماند) را دارد تا به اساس آن زوجه به اطاعت زوج باز گردد و این ضرب جهت تادیب و تهذیب و اصلاح زوجه میباشد و این حق را الله متعال برای زوج جهت هدف معین و تحقیق مصالح زوجین حلال کرده است.

لذا بالای زوج لازم است که حق خویش را در همین مورد مطابق حکمت استعمال نماید چون اگر زوج از این حق خود هدف دیگری را دنبال نماید و در حق تادیب بر زوجه انحراف نماید. مثلا: زوجه را به فعل معصیت اجبار نماید و یا هدف وی از تادیب زوجه اخذ انتقام و مجرد ضرر رساندن به وی و یا هم اکراه زوجه به انفاق مالش بر خلاف میل و اراده وی که همچون موارد

¹فتحی درینی، مرجع سابق، ص ۲۵۲
²سوره نساء، رقم آیت ۳۴

و حالات تصرف زوج، تعسف غیر مشروع در استعمال حق تادیب محسوب گردیده و عملکرد وی باطل شمرده شده چون در تناقض و مخالفت با قصد شارع از مشروعیت حق تادیب قرار گرفته و آن هدف عبارت اند از اصلاح و تهذیب زوجه می باشد.¹ چنانچه عزبن عبدالسلام رحمه الله می فرماید: هر تصرف که از حصول مقصود خود بازگشت و به حصول آن مقصود اهتمام نه ورزد باطل می باشد.²

و به همین شکل مثال دیگر آن بیع که به قصد ربا صورت گیرد که یک شکل آنرا بیع عینه تشکیل می دهد و همچنان نکاح تحلیل که شخصی جهت حلال کردن زنی این عقد را بشکل مؤقت بسته می کند در حالیکه هدف در نکاح و ازدواج معاشرت دایمی و ساختن خانواده و حفاظت از آن خانواده می باشد در حالیکه نکاح تحلیل عمل مؤقت مذموم در نزد الله بوده که شریعت آنرا قبول نداشته و به سنت صریح قولی رسول الله صلی الله علیه و سلم حرام قرار گرفته است.

چنانچه عبدالله بن مسعود رضی الله عنه از رسول الله صلی الله علیه و سلم روایت می کند "لعن رسول الله صلی الله علیه سلم المحلل و المحلل له".³

ترجمه: رسول الله صلی الله علیه و سلم لعن کرده محلل و محلل له هر دو را لعنت کرده است.

به همین شکل در این مطلب معیار ذاتی را بشکل عام و تحت آن دو معیار فرعی آنرا نیز بیان کردیم.

ب: معیار مادی یا موضوعی

در این معیار نوع و کیفیت تعسف بر اساس ضرر و نتایج از استعمال حق بوده بدون در نظر داشت نیت صاحب حق مورد بحث قرار گرفته لذا این نوع روابط حقوقی ارتباط به نیت نداشته خواه نیت حسنه باشد یا سیئه صاحب حق از ممارست حق تا زمانی منع می شود که به اساس تصرف وی ضرر فاحش به دیگران مرتب گردد. و فقه اسلامی این معیار را جهت تنظیم مصالح فردی در هنگام تعارض خصوصاً در روابط همجواری مقرر کرده است و در این هیچ شکی نیست که در تنظیم و ترتیب بخشیدن مصالح فردی رعایت مصالح عامه نهفته می باشد. و بعد از تحقیق در مذهب مالکی جنبلی و متأخرین احناف چنان نمایان می شود که حق مالک در تصرف ملک اش به اساس قضاء در

¹فتوحی درینی، نظریه التعسف فی استعمال الحق، ص ۲۵۵

²عز بن عبدالسلام، قواعد الاحکام، ج ۲، ص ۱۲۱.

³محمد بن عیسی ترمذی، جامع الترمذی، کتاب النکاح، باب ما جاء فی المحلل و المحلل له، رقم حدیث ۱۱۲۰، ص ۱۹۹. و فی حکم الحدیث قال ابو

عیسی (امام ترمذی) هذا حدیث حسن صحیح. محدث شیخ البانی

مورد منع ضرر فاحش از همجواری آن میباشد که آن در صورتیکه ضرر و زیان غیر مألوف میباشد ولی در صورت که ضرر مألوف باشد باید تحمل شود و در آن تسامح و گذشت صورت گیرد و در این شک نیست وقتی مالک در ملک خود طوری تصرف نماید که به سبب آن به همسایگان وی ضرر فاحش ملحق گردد که این تصرف وی باعث اخلال توازن میان مصالح فردی را ایجاد میکند و در نتیجه مصالح عامه اخلال شده که این انحراف از غایه و هدف حق میباشد و انحراف از غایه حق تعسف پنداشته می شود.¹

و استعمال حق به صورت که توازن به آن اخلال شود و تفاوت که بین مصلحت صاحب حق که خواهان آن است و مفسده که بر آن مرتب میگردد بسیار بعید باشد غیر مشروع می گردد خواه این مفسده بر فرد و یا جماعت ملحق گردد .

و این معیار ضوابط ذیل را دارد

اولا: اختلال واضع و آشکار بین مصالح افراد به طوریکه تناسب میان آنها اطلاقا وجود نداشته باشد.

ثانیا: الحاق ضرر فاحش به همسایگان در هنگام و جریان استعمال مالک از عقار.

ثالثا: الحاق ضرر عام به مجتمع اسلامی، و یا به یک محدوده جغرافیایی، و یا به یک بلد از مجتمع اسلامی یا اهل یک بلد، و یا هم جماعت عظیم و بزرگ از این مجتمع به سبب استعمال حق فردی متضرر گردند.²

و این معاییر ثلاثه را معیار اختلال توازن بین مصالح متعارضه در خود جمع می کند .

چنانچه قبلا ذکر کردیم که این معیار (موضوعی مادی) به ثمره افعال و نتایج آن نظر داشته و از اصل مستقر در فقه اسلامی مشتق شده که عبارت از نظر توجه کردن نتایج افعال میباشد.

مطلب دوم : معاییر نظریه تعسف در استعمال در قانون وضعی

بعد از آنکه نظریه تعسف در استعمال حق به مثابه نظریه متكامله شناخته شد و استقرار حاصل کرد خاصتا بعد از متلاشی و پراکنده شد مذهب فردی و از بین رفتن و انطماس فکرة مطلق حق که بالای آن تقیید وضع صورت گرفت تا باعث الحاق ضرر به دیگران نه گردد و به همین شکل قضاء و محاکم بخصوص محاکم فرانسه وفق مبادی عدالت و قواعد اخلاقی احکام خویش را صادر نمود که این همه سبب تطور و پیشرفت زندگانی مردم گردیده که در نتیجه انقلاب صنعتی در غرب صورت

¹فتحی درینی، مرجع سابق، ص ۲۶۹.

²استاذ فتحی درینی، مرجع سابق، ص 265.

گرفت که بعد از آن مفهوم حق رنگ دیگری برای خود گرفت که بعد از آن مصلحت عامه اغلیبیت حاصل نموده و توجه به تحدید به معیار و مقیاس این نظریه صورت گرفت که علماء قانون گاهی مدلول این نظریه به ضیقیت پرداخته و آنرا به جانب نیت و قصد ضرر صاحب حق حصر کرده که این معیار بنام معیار ذاتی و یا شخصی تعسف شناخته شده و گروه دیگری از علماء معیار اساسی دیگر را جهت این نظر وضع کردن اند که به اساسی نتایج ضرر وارده از اثر تصرف در حق که در اثر اختلاف با هدف از استعمال حق قرار گرفته که است و این معیار بنام معیار موضوعی یاد میشود مورد بحث قرار گرفته بنام نظریه تعسف در قانون وضعی همچنان دارای دو معیار اساسی بوده که عبارت از معیار ذاتی یا شخص ، و دوم معیار مادی یا موضوعی می باشد.

الف : معیار شخصی یا ذاتی (Le critter subjectif)

این معیار به اساس قصد ضرر رساندن که دافع و سبب و اساسی برای صاحب حق در استعمال آن محسوب می شود استوار بوده^۱ و این قصد ضرر رساندن در هنگام استعمال حق آشکار می شود و این معیار از قدیم ترین معیار تعسف محسوب شده که شرائع قدیم به آن معرفت داشته و این معیار حالت و صورت های ابتدائی ضیق تعسف را تمثیل نموده و این معیار ، یک معیار عام بوده و بالای همه حقوق تطبیق می گردد^۲ و قانوندان بنام (جوسران) این معیار را منحصیث معیار تعسف قبول نکرده به سبب اینکه وی به نظریه تقدیری بودن حقوق قایل است و این حقوق را وی حقوق تقدیری مطلق مسمی کرده و این آن حقوقی است که خاص و مجردا به تقدیر اصحاب خود خضوع می کند پس زمانی که این حقوق بغیثا و بشکل ناگهانی جهت ضرر به دیگران استفاده شود به اساس رأی وی تعسف متحقق نشده است و به این اساس مسئولیت هم به وجود نیآمده است. مانند حق طلاق فلهاذا ممکن است این حقوق به هر شکل و هدف آن استعمال شود بدون اینکه کدام مسئولیتی را به صاحب اش واجب کند.^۳ ولی از نظر شرع اسلامی حق طلاق از حقوق تقدیری مطلق محسوب نشده و بهترین دلیل آن عدم مشروعیت وصیت مضار یا این که زوج هنگام وفات زوجه را از جهت محروم کردن حق میراث طلاق داده تا از میراث محروم شود.

ولی این معیار نطابق نظریه تعسف را خیلی تنگ و ضیق کرده است چون اعتماد و استحکام آن به قصد و نیت ضرر بوده و اثبات این معیار خیلی سخت و عمل دقیق بوده به اساس همین (جوسوان) این معیار را منحصیث معیار نظریه تعسف قبول نداشته و به همین سبب علماء قانون و علماء فرانسوی

^۱ - حسن کیره ، المدخل الی القانون ، مرجع سابق ، ص ۷۶۹ ، ۷۷۰

^۲ اسماعیل غانم ، محاضرات فی النظرایه العامه للحق ، ص ۱۶۷
^۳ فتحی درینی ، نظریه التعسف ، مرجع سابق ص ۳۱۸

بشکل خاص حالات دیگری را جهت توسعه نطاق نظریه تعسف که به همین اصل و معیار باز می‌گردد بیان کرده است که حالت انتفاء منفعت و لو اگر قصد ضرر به اثبات هم نرسیده باشد که این معیار منحیت قرینه به معیار قصد ضرر دلالت نموده و از آن متابعت می‌کنند چون وقتی کسی حق خود را طوری استعمال می‌کند که برای وی منفعت بار نبوده و ایجاد مصلحت را نمی‌کند و در نفس وقت باعث الحاق ضرر به دیگران گردیده که شخص مذکور متعسف و عمل وی تعسف در استعمال حق محسوب می‌گردد چون استعمال حق در صورت عدم منفعت قرینه ی به قصد ضرر تلقی شده و شخص متضرر باید ضرر که به وی می‌رسد را ثابت کند و عدم نفع برای صاحب حق را باید ثبوت کند و نیاز به ثبوت قصد اساءت وی نمی‌باشد ولی در واقع و بعد از ملاحظه این حالت چنین دیده می‌شود که این حالت نزدیکتر و قربت به معیار مادی داشته چون نیت ضرر انتفاء منفعت خاص شده است. و در این مورد عالم بلجیمی بودان (Beudan) حالت دیگری را در ضمن این معیار اضافه نموده است که آن عبارت در استعمال حق بدون بصیرت و غفلت یا اهمال چون اگر فرد در حالت بیداری و هوشیاری و شکل معتاد حق خویش را استعمال نماید ضرر واقع نمی‌شود چون عدم توجه و اهمال و غفلت به اراده شخص تعلق داشته و هر دو صورت های سبلی وی را تشکل می‌دهد.¹

ب : معیار مادی یا موضوعی (Le crafter objectif)

صاحبان این معیار به این نظر هستند بحث از قصد و نیت و اثبات آن در استعمال حق عمل صعب الحصول است و کار بسیار دشوار می‌باشد که بناء و اتکاء این نظریه تنها به معیار ذاتی از اهمیت این نظریه کاسته و محال تطبیق این نظریه را تنگ ساخته لذا گروهی از علماء قانون معیار دیگری بنام معیار مادی یا موضوعی را وضع نموده اند و انطلاق و یا نقطه آغاز این معیار به اساس نظریه خاص بودن حقوق وضع نمودند که به این معنی که حقوق خاص بوده و بشکل هدف و غایه مشروع نشده در ذات خویش بلکه وسائل می‌باشد جهت تحقیق مصالح و لازم است که این اهداف و مصالح در حدود عامه باشد ولی در شان این معیار گروهی از فقهاء قانون وضعی اتفاق نظر ندارد مانند (سالی) که به این نظر است علت اساسی تحقیق و به وجود آمدن تعسف در استعمال حق به اثر استعمال غیر طبیعی و غیر عادی جهت حق بوده و ظروف و یا محیط و یا هم عرف که در آنجا موجود می‌باشد این را تعیین می‌کند که این استعمال عادی و یا غیر عادی می‌باشد.

وهدف آن این است هر استعمال که در منافات با غرض اجتماعی و اقتصادی قرار گیرد بدون در نظر داشت نیت صاحب آن تعسف شمرده میشود، و این رأی (جوسران joserand) نیز می‌باشد که

¹اقتحی درینی نظریه التسعف، مرجع سابق، ص ۳۲۰ - ۳۲۱

اونیز چنین بیان می کند که تعسف عبارت از استعمال حق به آن وجه و صورتی که در منافات و اختلاف با غرض اجتماعی و اقتصاد که جهت آن مشروع قرار گیرد و از این سخنان فهمیده می شود که حق در ذات خود هدف و نمایه نمی باشد بلکه حق وسیله جهت تحقیق اغراض اهداف دیگر تا حد که جوسران حق در ذات خودش وظیفه اجتماعی عنوان کرده است بخاطریکه حقوق را متفرع یا سهم از قانون دانسته لذا لازم است خاصیت های قانون در آن استشمام شود و قانون در ذات خود قاعده اجتماعی و الزامی می باشد پس حقوق همچنان در نشات و روح خود غرض و هدف خود صفت اجتماعی بودن را دارد و در صورتیکه جماعتی این حقوق را به افراد اعطاء کرده باشد و اختیاراتی را به آنها داده باشد پس باید به آن اختیارات اموری را به سر برساند که وسیله امن و صلاح جماعت گردد پس لازمی است جهت اتمام این هدف که حق به همان شکل آن استعمال شود که سبب محقق شدن همان غرض و هدف گرددو اگر صاحب حق از این هدف خارج شد متعسف محسوب گردیده به سبب اینکه با روح حق و غرض اجتماعی از آن مخالفت کرده است به طور مثال حق ملکیت بجز وظیفه اجتماعی چیز دیگر نمی باشد زیرا به فرد اختیاراتی داده نمی شود که به این حق اعمال را انجام دهد مگر اینکه ابتدا آن را وسیله ای برای تامین امنیت و آسایش جامعه قرار دهد و لازمی است بالای وی که آن حق را در محدوده منافع عمومی ممارست نماید و مخالفت آنرا نه نماید.¹

¹فتحی درینی، مرجع سابق، ص ۳۲۳

فصل چهارم

تطبیقات نظریه تعسف در استعمال حق در فقه اسلامی و در قوانین وضعی

مبحث اول: تطبیقات نظریه تعسف در استعمال حق در قانون احوال شخصی

مبحث دوم: صورتهای تعسف در استعمال حق در بخش رضاعت و سرپرستی

مبحث سوم: جزاء های تعسف در استعمال حق

مبحث اول : تطبیقات نظریه تعسف در استعمال حق در احوال شخصی

تطبیقات نظریه تعسف در استعمال حق در مجال احوال شخصی ساحه فراخی را احاطه کرده که در این مبحث با ذکر برخی آن میپردازیم که از آنجمله تعسف هنگام عدول یا انصراف از نامزادی مییاشد و قرار ذیل بیان میشود:

مطلب اول: تعسف هنگام عدول یا انصراف از خطبه (نامزادی)

شک نیست عقد نکاح از مهمترین عقود است به گونه‌ای که می‌توان آن را قرارداد سرنوشت و زندگی نامید زیرا کسی که بتواند ازدواج مناسب و شایسته‌ای بکند، قدم بزرگی در راه پیروزی خود برداشته است که این نخستین گام زمینه خوشبختی و موفقیت‌های بعدی او را نیز فراهم می‌کند و خواستگاری و نامزدی مقدمه نکاح است و با توجه به اهمیت ذی المقدمه، مقدمه مهم تلقی می‌شود.

الف : تعریف خطبه در لغت: خطبه به کسر خا به معنا مطالبه و پیشنهاد ازدواج با زنی باشد مثلاً اینکه گفته شود (خطب فلان ابنته) یعنی طلب ازدواج از او نمود.¹

در اصطلاح فقهی خواستگاری عبارت از طلب و خواهش مرد است از زنعین به ارتباط ازدواج در آینده در صورتیکه موانع شرعی میان شان وجود نداشته باشد.

در اصطلاح فقهی خواستگاری خطبه، خواستگار خاطب و زنی که از او خواستگاری به عمل می‌آید مخطوبه نامیده می‌شود.

این تعریف در کتابهای فقهی نیز دیده می‌شود: (هی اظهار الرغبة فی الزواج بأمرأه معینة و اعلام المرأة ولیها بذلک و قدیم هذه الاعلام مباشرة من الخاطب، او بواسطة اهله)² خطبه عبارت از: اظهار و نشان دادن تمایل با ازدواج با زنی معین و اطلاع دادن سرپرست خانم در این مورد و این اطلاع رسانی ممکن است بشکل مستقیم توسط خاطب و یا از طریق خانواده وی صورت گیرد.

تعریف نامزدی در قانون مدنی افغانستان: قانون مدنی افغانستان نامزدی را چنین تعریف می‌کند:

¹ مصباح المنیر ، مرجع سابق، ص 236

² هبة الزحیلی، الفقه السلامی و ادلته، دمشق، دارالفکر المعاصر، ج 9، ص 6492.

(نامزدی عبارت از وعده به ازدواج است و هریک از طرفین میتواند از آن منصرف شود.)¹

بناء خواستگاری عبارت از پیشنهاد ازدواج است که از طرف مرد نسبت به خانم یا دختری که بتواند با او ازدواج نماید، صورت می‌گیرد. خواستگاری به طور اغلب از طرف مرد پیشنهاد می‌شود، یا به صورت صریح و بی پرده یا به طور کنایه افاده می‌شود.

خواستگاری و نامزدی در متون حقوقی کشورهای اسلامی، عربی مانند حقوق افغانستان از یکدیگر تفکیک نشده است و هر دو تحت عنوان خطبه مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد.

ب: مشروعیت و حکم خطبه

حکم خطبه مستحب میباشد قبل از ازدواج و تمهیدی و زمینه سازی برای عقد ازدواج محسوب میگردد.² و مشروعیت آن به اساس کتاب الله و سنت مطهر رسول الله صلی علیه و آله وسلم ثابت می باشد. الله متعال در کتاب خویش چنین می فرماید: (وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خُطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عِلْمَ اللَّهِ أَنْكُمْ سَنَذَكَّرُوْنَهُنَّ وَلَكِنْ لَا تُؤَاعِدُوْهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَّعْرُوفًا وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا فِي أَنْفُسِكُمْ فَاحْذَرُوْهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ حَلِيمٌ)³

ترجمه : و گناهی بر شما نیست در آنچه که بطور کنایه از خواستگاری زنانی (که در عدت اند) بر زبان آورید، یا در دل‌های خود پنهان دارید. الله دانست که شما به زودی به یاد آنان خواهید افتاد، ولی پنهانی با آنها وعده ازدواج ندهید، مگر اینکه سخنی پسندیده بطور کنایه بگویید، و تصمیم به عقد ازدواج نگیرید تا مدت مقرر عده به پایان رسد، و بدانید که الله آنچه را که در دل‌های شماست می‌داند، پس از مخالفت او بترسید، و بدانید که الله آمرزنده بردبار است.

ابو هریره رضی الله عنه از پیامبر صلی الله علیه و آله وسلم چنان روایت میکند: "ولا یخطب الرجل علی خطبة أخیه حتی یترک او ینکح".⁴

ترجمه : ابو هریره رضی الله عنه از پیامبر صلی الله علیه و آله وسلم چنان روایت میکند: هیچ یک از شما خانمی را که دیگری خواستگاری می کند، خواستگاری نکنند. تا اینکه با او ازدواج کند و یا اینکه منصرف شود. اگر منصرف شد خواستگاریش بلا مانع است.

¹ قانون مدنی افغانستان ماده 64

² ابن جزی ، قوانین الفقهیه، مرجع سابق، ص 198

³ سوره بقره، رقم آیت 235

⁴ أخرجه البخاري، كتاب النكاح، باب لا یخطب علی خطبة أخیه حتی ینکح أو یدع، ج9، ص198.

و همچنان در حدیث دیگر چنین تذکر یافته است که عن أنس بن مالك أن المغيرة بن شعبة رضى الله عنه أراد أن يتزوج امرأة فقال له النبي ﷺ: "أذهب فانظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما".¹

ترجمه: از انس بن مالک روایت شده که مغیره بن شعبه (رضی الله عنه) ازدواج نماید و میخواست به خواستگاری زنی برود. رسول الله ﷺ فرمود: "به او نگاه کن، زیرا نگاه کردن به او زمینه موافقت و سازگاری را در بین شما فراهم میکند.

هدف نامزدی عبارت از معرفت و آشنایی نامزد ها به ارتباط خصوصیات، اوصاف، کرکتر و اخلاق یکدیگر است. در صورتیکه تحقق یابد انحلال رابطه زوجیت کاهش میابد.

نامزدی را از این جهت قابل اهمیت می‌دانند که چون ازدواج یک رابطه‌ای است که در طول حیات ادامه پیدا می‌کند و انحلال آن موجب اضرار طرفین و بالوسيله اولاد آنها می‌گردد، لذا قبل از تشکیل چنین عقد مهمی، باید فرصت مناسبی برای طرفین ایجاد گردد تا با استفاده از آن فکر و تحلیل دقیق نموده و دورنمای زندگی را در شکل، اعمال و خواص یکدیگر تخمین نماید.

نامزدی مدت معین ندارد، تا زمانی که یکی از زوجین این عقد را بر هم نزند ازدواج همچنان باقی است چون عقد نکاح در مورد جاری نشده، حق و امتناع به هر یک از طرفین باقی و طرف مقابل نمی‌تواند وی را مجبور به ازدواج نماید. نامزدی باعث پیدایش رابطه زوجیت نمی‌شود و صرف یک تعهد اخلاقی است، از همین لحاظ قانون به زن و مرد حق میدهد تا از نامزدی انصراف به عمل آورده و عقد ازدواج را منعقد نسازد. باید گفت که خواستگاری به پیشنهاد هر یک از طرفین صورت گرفته میتواند. که گاه بشکل ساده صورت میگیرد، و اغلبا با تشریفات و مراسم خاص انجام می شود.

ج: شرایط خواستگاری

- عدم موجودیت حرمت مؤبد و مؤقت در بین خابط و مخطوبه: بصورت عموم در مورد محرمت مؤبد و مؤقت سه عامل اساسی وجود دارد که به سبب آن حرمت بوجود می‌آید.

حرمت نسبی (قرابت به سبب نسب)

حرمت مصاهرت (قرابت به سبب دامادی)

حرمت رضاعی (قرابت به سبب شیرخوارگی)

¹ - اخرجه اصحاب السنن.

ابن ماجه، باب النظر الى المرأة إذا أراد أن يتزوجها، كتاب النكاح، ص ۵۹۹، حدیث ۱۸۶۴. ترمذی، باب ما جاء في النظر الى المخطوبة، كتاب النكاح، ص ۱۹۳، حدیث ۱۰۸۷، شیخ البانی حکم این حدیث را صحیح دانسته است.

محرمات مؤبد: عبارت از ممانعت های است که در صورت موجودیت آن شخص در حال و آینده
نمیتواند با اشخاص مورد نظر ازدواج کند.

محرمات مؤقت:- عبارت از ممانعت های است که بنا بر موجودیت یک سلسله عوامل خواستگاری و
ازدواج از اشخاص معین حرام بوده، و در صورت برطرف شدن علل، امکان ازدواج بین طرفین
ممکن شده میتواند.

- نامزد نبودن مخطوبه با شخص دیگر: رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم در مورد میفرماید "
لا یخطب الرجل علی خطبه اخیه حتی ینکح او یتزک " نظر به این حدیث در صورت انصراف از
نامزدی، باز خواستگاری جواز دارد.

- مخطوبه در حال سپری نمودن عدت نباشد: زیرا در طلاق های رجعی و باین، امکان رجعت
شوهر اولی وجود دارد. در این صورت، خواستگاری تجاوز به حق شوهر اولی محسوب میشود، و
در حالت عدت وفات، خواستگاری یک نوع بی احترامی به فامیل متوفی محسوب میگردد.¹

قانون مدنی افغانستان در این مورد چنین صراحت نموده است: "خواستگاری زندر عدت لاق رجعی
و یا باین به عبارت صریح و کنایه و در عدت وفات به عبارت صریح جواز ندارد"².

خ: استرداد مهر و احکام آن در صورت عدول از خطبه

در رابطه به پیامد های حقوقی مهر تادیه شده و تحایف هر دو طرف در دوران نامزدی، در صورت
انصراف از نامزدی، نظریات مختلف فقهی و حقوقی وجود دارد که ذیل به آن میپردازیم.

وضع مهری که پیشاپیش داده شده استچنانکه در برخی از مناطق مرسوم است، ممکن است مهر
پیشاپیش به زنتسلیم شده باشد، به هنگام فسخ نامزدی زوج می تواند مهری را که داده است استرداد
کند یا خیر؟

جمهور علمای فقه در مورد استرداد مهر اتفاق نظر دارند که در صورت انصراف از نامزدی به هر
صورت که باشد خواه فسخ تعسفی باشد یا با سبب مرد حق استرداد مهر را دارد. زیرا مهر آثار
حقوقی عقد ازدواج میباشد. و این حکم بین فقهاء اتفاقی است و قانون احوال شخصیه سوریه نیز از
همین نظر پیروی کرده است متن ماده 2 مذکور چنین است: (اذا امتنع احد الزوجین (الخاطبین) او
توفی بعد الرضا بالزواج، فان كان ما اعطاه الخاطب من اصل المهر موجودا يجوز استرداده عینا و ان

¹ وهبه زحیلی، فقه الاسلامی وادلته، ج ۷، ۱۵-۱۷.
² قانون مدنی افغانستان ماده 63

کان قد تلف استرداده بدلا) ماده 2 حقوق خانواده لبنان نیز همین حکم را دارد به گفته برخی از نویسندگان در مصر (به پیروی از مذهب حنفی) وضع چنین است.¹

قانون مدنی افغانستان نیز در مورد لزوم مهر چنین صراحت نموده است: (کل مهر با وطی، خلوت صحیحه یا وفات یکی از وزجین گرچه قبل از دخول یا خلوت صحیحه صورت گرفته باشد لازم میگردد)².

فقهاء در اینکه عدول از جانب کدام یک از نامزدها باشد فرقی نگذاشته‌اند اما به گفته برخی از نویسندگان و علماء از جمله استاذ (مصطفی السباعی)³ با در نظر گرفتن عدالت و تغییر اوضاع اجتماعی باید بین عدول مرد و زن فرق گذاشت. هر گاه عدول از جانب خواستگار باشد الزام زنبه رد مثل یا قیمت در صورت تلف مهر، ظلم است چه او غالبا پس از خواستگاری و نامزدی در مهر تصرف می‌کند و جهیزیه اعم از لباس، اثاث و مانند آن می‌خرد پس هر گاه در صورت عدول مرد، زنبه برگرداندن مثل یا قیمت مهر الزام شود در واقع، به تحمل ضرر ناشی از خرید جهیزیه و اثاث مجبور شده است در صورتی که هر گاه عدول از جانب خود زنبه باشد الزام او به تحمل این خسارات عادلانه است زیرا او خود سبب خسارت شده و راضی به آن بوده است.⁴ بنابراین قانون احوال شخصیه سوریه از اطلاق حکم فقهاء عدول کرده و بین دو حالت ذیل فرق گذاشته است: هر گاه عدول از جانب (مرد) خواستگار باشد، زن بین برگرداندن مثل وجه نقد و تسلیم جهیزیه‌ای که خریده است آزاد است و هر گاه خود زن از نامزدی عدول کند باید مهر یا قیمت آن را به مرد برگرداند.

در بند اول ماده 4 قانون احوال شخصیه سوریه می‌خوانیم: (اذا دفع الخاطب المهر نقدا و اشترت به المرأة جهازها ثم عدل الخاطب فللمرأة الخيار بین اعادة مثل النقد او تسلیم الجهاز).

د: اختلاف در مهر یا هدیه بودن چیزی که مرد به خانم داده است.

¹ محمد مصطفی شلبی، احکام الاسرة فی الاسلام، ص 67. و نیز محمد ابوزهره، الاحوال الشخصیه، ش 25، ص 35 و 38. بدران أبو العینین بدران، مرجع سابق، ص 33

² قانون مدنی افغانستان نیز ماده 98

³ شیخ مصطفی سباعی در شهر حمص سوریه در سال 1915 م چشم به جهان گشود و این مرد بزرگ در میان خانواده‌ای عالم و اصیل دیده به جهان می‌گشاید. پدر و مادرش از مسولین اهل معرفت و دانش دانشگاه شهر حمص بودند از مهم ترین تالیفات استاذ احکام الزواج، حکام الأهلیة والوصیة، احکام الموارث، الوصایا والفرائض، أخلاقنا الاجتماعیة، اشتراکیة الإسلام، السنه و مکانتها فی التشریح الإسلامی، احکام الصیام وفلسفته، نظام السلم والحرب فی الإسلام، الدین والدولة فی الإسلام میباشد سرانجام ایشان روز شنبه سوم ماه مارچ سال 1964 م دکتر سباعی در سنی که هنوز به 49 ساله گی نرسیده بود به جوار حق پیوست.

⁴ مصطفی السباعی، شرح قانون الاحوال الشخصیة، ج 1، ص 57.

ممکن است پس از فسخ نامزدی و عدول از آن در ماهیت چیزهایی که مرد به زن داده است اختلاف شود و مرد آن را مهر و زنا ترا هدیه یا هبه بداند. این اختلاف در برخی از احکام مهر، هدیه و هبه دارای فایده عملی نیز است.

هر گاه یکی از آن دو برای ادعای خود دلیل اقامه کند به نفع او حکم می‌شود و اگر هر دو بر ادعای خویش بینه بیاورند دلیل زبیر مرد ترجیح داده می‌شود چه او خلاف ظاهر را اثبات کرده است و ظاهر با زوج است ولی هدایا دین زوج است ولی هدایا دین نیست. و ظاهر این است که هر انسانی نخست تلاش می‌کند که بدهی‌های خویش را بپردازد و آنگاه اقدام به بذل و بخشش می‌کند.

هر گاه هر دو از اقامه دلیل ناتوان باشند، مطابق عرف و عادت حکم می‌شود.

اگر عرف آنرا مهر بداند در صورتیکه زوج قسم بخورد به نفع او حکم میشود ولی اگر عرف آنرا هدیه تلقی کند و زن قسم بخورد به نفع وی حکم می‌شود. هر گاه یکی از آن دو از قسم خوردن نکول کرد به نفع دیگری حکم می‌شود زیرا نکول از قسم خوردن اقرار به صحت ادعای طرف دیگر محسوب می‌شود. هر گاه عرفی در این باره وجود نداشته باشد گفته مرد با قسم پذیرفته می‌شود زیرا او دهنده مال است و بهتر از همه می‌داند مالی را که داده است مهر است یا هدیه مگر اینکه چیزی که داده شده است عرفاً مهر قرار نگیرد مانند خوردنی‌ها.¹

ر: تعویض ضرر ناشی از برهم زدن و یا عدول خطبه

مسئولیت مدنی ناشی از برهم زدن نامزدی در فقه اسلامی سابقه چندانی ندارد و این بحث پس از تدوین مقررات موضوع در کشورهای اسلامی رایج شده است.²

برخی از نویسندگان مسلمان گفته اند: نامزد پشیمان به جبران خسارت ملزم می‌شود زیرا نامزدی توافق الزام‌آوری است که هر یک از دو طرف را به اجرای عقد نهایی (ازدواج) در وقت مناسب پابند می‌کند. به همین دلیل عدول از وفای به این پیمان موجب خسارت مادی و معنوی است مگر اینکه متخلف برای عدول خویش سبب معقولی را ارایه و وجود آن را اثبات کند.³

¹ محمد مصطفی شلبی، احکام الاسرة فی الاسلام، ص 68

² محمد مصطفی شلبی، احکام الاسرة فی الاسلام، دراسة مقارنة بین فقه المذاهب السنیة و المذهب جعفری و القانون، بیروت، دار النهضة العربیة، 1379 ه.ق، 1977، م، ص 70. وهبة الزحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته، ج 9، ص 6511. مصطفی السباعی، شرح قانون الاحوال الشخصية، ج 1، ص 60 و 61؛ این نویسنده می‌گوید که حتی یک فقیه اسلامی متقدم موافق با پرداخت خسارت نیافته است، ص 60.

³ همان مرجع سابق

گروهی بر این باورند که: برهم زدن نامزدی حق ثابت و مسلم هر یک از طرفین است و به شرطی مقید نیست بنابراین کسی که از آن عدول می‌کند نباید خسارت طرف دیگر را جبران کند زیرا در مقام اجرای حق خویش است و اجرای حق مسئولیتی در بر ندارد.¹

به علاوه زیان‌دیده نیز می‌داند که طرف مقابل هر وقت بخواهد حق عدول دارد پس هر گاه برای مثال براساس خواستگاری جهیزیه فراهم کند، ضرر نتیجه اقدام و فریب خویش است و کسی او را فریب نداده است.² نظر غالب آن است که فسخ نامزدی خود به خود و بدون ارتکاب عمل زیانبار مستوجب جبران ضرر نمی‌گردد بلکه هر گاه عمل نامزد سبب ورود ضرر به دیگری شود، به به مجرد خواستگاری و عدول از آن، باید ضرر طرف مقابل را جبران کند.³ برای روشن شدن مسئله این بحث در فقه اسلامی قدیم و جدید مورد بررسی قرار می‌گیرد:

الف: تعویض ضرر ناشی از برهم زدن و یا عدول خطبه در فقه اسلامی قدیم⁴

چنانکه گفته شد، در فقه قدیم و کتابهای متقدمان درباره جبران ضرر ناشی از عدول سخنی به میان نیامده است و کسی که به جواز جبران ضرر ناشی از عدول پای‌بند باشد شناسایی و معرفی نشده است.⁵ گروهی از محققان چندین سبب برای این عقیده ابراز کرده‌اند.

1- به جبران ضرر حکم نمی‌شود مگر به سببی از اسباب تعهد و التزام مانند تخلف از قرارداد یا انجام دادن عمل زیانبار یا مانند آن و نامزدی عقد نیست و هیچ اثری بر آن مترتب نمی‌شود و وعده‌ای بیش نیست و نکول از وعده گر چه از نظر شرعی قبیح است ولی ضمانت اجرایی ندارد، چنانکه نکول مانند اتلاف عمل مادی نیست که از آن ضرر مادی ناشی شود بنابراین الزام ناکل به جبران ضرر توجیهی ندارد.

2- زواج جز با رضای مرد و زنتام نیست پس هر گاه به هنگام عدول از نامزدی حکم به جبران ضرر بشود در این عمل نوعی الزام ضمنی خواستگار با ازدواج با کسی که به او علاقه ندارد،

¹ بدران ابو العینین بدران، الفقه المقارن للاحوال الشخصية بین المذاهب الاربعة و المذهب الجعفری و القانون، الزواج و الطلاق، بیروت، 1386 ه.ق، ص 34.

² محمد مصطفی شلبی، مرجع سابق، ص 70.

³ بدران ابو العینین بدران، پیشین، ص 34، وهبة الزحیلی، پیشین، ص 6512، محمد مصطفی شلبی، پیشین، ص 71 و 72
⁴ تقسیم فقه اسلامی قدیم و جدید به اعتبار فقهاء و کتابهای فقهی قدیم و جدید است و کتابهای فقهاء معاصر جدید محسوب شده اند.

⁵ مصطفی السباعی، شرح قانون الاحوال الشخصية، المجلد الاول، الزواج و انحلاله، بیروت و دمشق و عمان، المکتب الاسلامی، 1471 ه.ق، 1997م، ص 60 و 61.

وجود دارد. و این کار نوعی اجبار غیر مستقیم است که در هیچ یک از عقد جایز نیست پس چگونه در عقد ازدواج جایز می‌شود؟

3- شأن زندگی اجتماعی در زمانهای گذشته چنان بود که در صورت عدول از نامزدی فرصتی برای اضرار طرف مقابل باقی نمی‌گذاشت اسلام روابط نامزدها را مجاز نمی‌شمارد مگر در حد نگاه کردن در حضور محارم ولی در جامعه‌ای که شیوه‌های اسلامی در آن جاری می‌شود ملاقات نامزدها جز یک یا دو بار آن هم در حضور خویشاوندان متصور نیست و زندگی زنو مرد بیگانه با هم رفت آمد و ظاهر شدن پیش مردم به عنوان زنو شوهر و ضرر ناشی از عدول از نامزدی در جوامعی که به تعالیم اسلامی عمل می‌کنند وجود ندارد و شاید به همین دلیل است که فقهاء متقدم به این موضوع نپرداخته‌اند. اما امروزه تطور زندگی اجتماعی و تأثیرپذیری آن از فرهنگ غربی و فساد اخلاق عمومی و از بین رفتن صفت مردانگی در بیشتر مردم همه از اموری به شمار می‌روند که به زیان دیدن مخطوبه در صورت عدول مخاطب منتهی می‌شوند و اینها موجب شده‌اند که فقهاء و متصدیان امر قضا بر مبنای فرموده پیامبر اسلام صلی الله علیه و آله و سلم: "لا ضرر و لا ضرار"¹ و عمل به نظریه سوء استفاده از حق به فکر جبران ضرر از زیان‌دیده بیفتند.²

ب: تعویض ضرر ناشی از برهم زدن و یا عدول خطبه از نظر فقهاء معاصر

فقهاء معاصر در این باره اختلاف دارند و سه نظر ارائه کرده‌اند:

اول: نظریه عدم جبران خسارت³

دوم: نظریه جبران خسارت به طور مطلق⁴

سوم: نظریه جبران بر مبنای تسبب این نظر، که یک نظر بین‌البین است که به شیخ (محمد ابو زهره)⁵ نسبت داده شده است.¹

¹ قبلاً تخریج گردیده است.

² مصطفی السباعی، شرح قانون الاحوال الشخصية، المجلد الاول، الزواج و انحلاله، بیروت و دمشق و عمان، المکتب الاسلامی، 1471 ه.ق، 1997 م.، ص 60 و 61.

³ این نظر را به شیخ محمد مفتی مصری که بزرگترین استادان دانشگاه الازهر است نسبت داده‌اند. مصطفی السباعی، همان، ص 61؛ عبد الرحمن الصابونی، همان، ص 47.

⁴ این نظر را به شیخ محمد شلتوت شیخ دانشگاه الازهر نسبت داده‌اند، همان، مرجع سابق.

⁵ محمد بن احمد بن مصطفی معروف به محمد ابوزهره فقیه، مورخ و متکلم، قرآن از بزرگترین فقهاء معاصر مصری قرن چهاردهم قمری، محسوب شده. و ایشان در سال 1316 ه.ق (1898 م) در شهر محله الکبری واقع در غرب مصر در به دنیا آمد که دارای تالیفات فراوانی در علوم قرآنی، فقه و غیره میباشد از جمله: المیراث عند الجعفریة، شرح قانون الوصیة، تنظیم الاسرة و تنظیم النسل، الملكية و نظریة العقد، الولاية

نظریه اول و دوم افراط و تفریط و نظریه سوم نظریه معتدل است.

بر مبنای نظریه اخیر صرف عدول از نامزدی سبب جبران خسارت نیست زیرا عدول حق است و بر اجرای حق هرگز خسارتی بار نمی‌شود. لیکن هر گاه نامزد سبب ورود خسارت به طرف دیگر را فراهم نماید و آنگاه از نامزدی عدول کند، زیان‌دیده می‌تواند برای جبران خسارت به طرف پشیمان رجوع کند به عبارت دیگر ضرر دو قسم است.

ضرری که بر مبنای دخالت نامزد ایجاد می‌شود نه به مجرد نامزدی و عدول و ضرری که بدون عمل طرف پشیمان و به صرف نامزدی و عدول ایجاد می‌شود. ضرر نوع اول قابل جبران است زیرا نوعی فریب در آن است و فریب موجب مسئولیت است در صورتی که ضرر نوع دوم قابل جبران نیست زیرا فریبی در آن نیست بلکه خود زیان دیده تن به غرور داده است و مسئولیتی برای طرف مقابل نیست.²

تفاوت این نظر با نظر پیشین آن است که بر طبق این نظر ضررهای معنوی ناشی از عدول نیز قابل مطالبه است در صورتی که بر مبنای نظر قبلی فقط ضررهای مادی جبران پذیر بود.³

برخی از شارحین قانون احوال شخصیّه سوریه دو مبنای فقهی برای جبران خسارت معرفی کرده‌اند:

1- سوء استفاده از حق

2- مبنای التزام در فقه مالکی.⁴

شرایط سه گانه جبران خسارت چنانکه از فقهاء معاصر نقل شده: عدول از نامزدی حق است و بر اجرای حق خسارت بار نمی‌شود بلکه سوء استفاده از حق یا تعسف در استعمال حق است که موجب

علی النفس، تنظیم الاسلام للمجتمع، التكافل الاجتماعي في الاسلام، محاضرات في النصرانية و الدعوة الى الاسلام. او در همان دوران کودکی قرآن را حفظ کرد و پس از آن به آموختن علوم شرعی، عربی، انسانی و تجربی پرداختاری این مرد بزرگ در میان خانواده‌ای عالم و اصیل دیده به جهان می‌گشاید. پدر و مادرش از مسوولین اهل معرفت و دانش دانشگاه شهر حمص بودند. و ایشان در سال 1394 به عمر 76 سالگی وفات نمود.

¹ به شیخ محمد ابو زهره نسبت داده شده استهمان مرجع، ص 62
² محمد ابوزهره، الاحوال الشخصية، ص 37.

³ همان مرجع سابق، و نیز عبد الرحمن الصابونی، همان، ص 48

⁴ علماء مشهور مالکی‌ها و عده مزبور را الزام آور نمی‌دانند ولی بر مبنای اوفا بالعقود و لاضرر و لاضرار فی الاسلام به جبران ضررها پای بندند، برای مطالعه بیشتر ببینید: مصطفی السباعی، همان، ص 63، 64، 65

جبران خسارت می گردد. برای جبران خسارت ناشی از عدول علاوه بر تحقق سوء استفاده از حق تحقق شرایط سه گانه ذیل لازم است:

1- باید ثابت گردد که زیان دیده سبب پشیمانی و عدول نامزدی نبوده است.

2- باید عدول از نامزدی ضرر مادی یا معنوی برای طرف مقابل ایجاد کرده باشد.

در انتقاد به این نظر می توان گفت: هر گاه وعده ازدواج الزام آور نباشد استناد به اوفوا بالعقود نیز بی مورد است.

3- نامزد زیان دیده به تمایل خویش بر ازدواج با طرف مقابل تأکید کند.¹

و : رویه و موقف قضایی در مورد جبران خسارت

دادگاه های کشورهای مسلمان در این باره به دو گروه تقسیم می شوند: گروهی به جبران خسارت بر مبنای مسئولیت مبتنی بر تقصیر و سوء استفاده از حق رأی داده اند ولی گروهی ضررهای ناشی از عدول را قابل جبران ندانسته اند. اینک آرای برخی از دادگاه ها به ویژه دادگاه های مصر را به عنوان الگوی کشورهای عربی مطالعه و بررسی می کنیم:

دادگاه های مخالف جبران خسارت

دادگاه استیناف مصر ابتدا در تاریخ 1924 سپس در 1926 و آنگاه در 1930 و بعد در تاریخ 1931 و بالاخره دادگاه استیناف زقازیق در 1924 به عدم جبران خسارت رأی داده اند.

در قسمتی از استدلال این محاکم می خوانیم : (فسخ نامزدی امر جایز و مباحی است بنابراین راهی برای تحمیل و اجبار نامزد پشیمان به جبران خسارت برای اجرای عمل مشروع وجود ندارد و رویه قضایی نیز از مقید کردن قاعده عمومی ممنوع است و این در حالی است که قانون شوهری را که همسرش را قبل از دخول طلاق می دهد به پرداخت خسارتی جز نصف مهر، که پرداخته است، الزام نمی کند پس چگونه الزام نامزد به جبران خسارت در صورت عدول از نامزدی صحیح است)²

به علاوه در برخی از آراء آمده است: نامزدی وعده نکاح است و عقد نیست و بر وعده هیچ گونه تعهدی بار نمی شود و جبرانی ندارد این دادگاه ها به رویه فقهاء اسلام در کتابهای فقهی درباره موضوع، که فقط در خصوص استرداد هدایا بحث کرده اند و جز آن به چیز دیگری نپرداخته اند،

¹ همان مرجع سابق.

² عبد الرزاق احمد السنهوری، الوسیط فی شرح القانون المدنی، نظریة الالتزام، مصادر الالتزام، ج 1، دار الاحیاء التراث العربی، بیروت، 1952، ش 550، ص 882.

استناد کرده اند و عدم بحث آنان را دلیل اباحه و عدم ترتب مسئولیت بر عدول از وعده نامزدی تلقی کرده اند. دادگاه تجدیدنظر سوریه نیز به این دلایل استناد کرده است.¹

دادگاههای موافق جبران خسارت

دادگاههای مختلط پیشین و اکثر محاکم وطنی مانند استیناف مصر در 1925 و 1931 و دادگاه اسکندریه در 1929 و 1930 و دادگاه سوهاج در 1948 و استیناف مختلط در 1930، 1932، 1935، 1936 و تعداد دیگری از محاکم به جبران خسارتی ناشی از فسخ نامزدی رأی داده اند. ولی استدلال دادگاهها یکسان نیست. برخی به استناد سوء استفاده از حق و برخی بر مبنای مسئولیت مبتنی بر تقصیر رأی داده اند. در قسمتی از این آراء می‌خوانیم: حکمت جواز عدول از نامزدی آن است که دو طرف از تن دادن به زواجی که مقصود نبوده است پرهیز و خودداری نمایند پس قوانین از عدول بی‌هدف و غیر منطقی که هیچ توجیهی ندارد حمایت نمی‌کنند.²

این رأی بر مبنای سوء استفاده از حق یا تعسف در استعمال حق انشاء شده است زیرا: (فسخ نامزدی حق مقید است و سوء استفاده از آن موجب حکم به جبران خسارت برای کسی است که سوء استفاده کرده است زیرا حق عدول مقید به حکمت و ویژه‌ای است)³ به همین دلیل است که جبران خسارت ناشی از فسخ نامزدی را به ویژه در مواردی که از روی هوسبازی باشد یا نامزدی سبب هزینه‌ها و مخارجی گزاف شده یا صورت آشکار و علنی به خود بگیرد، پذیرفته اند.⁴

برخی از محاکم نیز بر مبنای مسئولیت مبتنی بر تقصیر رأی داده اند چنانکه دادگاه فیوم مصر مقرر داشته است: (قدر مسلم آن است که از نظر قانون نکاح و وعده به آن از امور مرتبط با نظم عمومی است و نیز مسلم آن است که بر عدول از وعده هیچ گونه مسئولیتی بار نمی‌شود مگر اینکه در این عدول به یکی از دو طرف ضرر مادی یا معنوی به سبب تقصیر عدول کننده برسد).⁵ به گفته برخی از نویسندگان و شارحین قانون مدنی مصر رویه و موقف قضایی آن کشور بر پایه اصول سه‌گانه ذیل مستقر شده است:

1- نامزدی عقد الزام‌آوری نیست.

¹مجلة المحاماة، ص 11، ص 626
²عبد الرزاق احمد السنهوري؛ همان، ص 828. مصطفى السباعي، همان، ص 68.

³ مصطفى السباعي، ص 69

⁴ مصطفى السباعي، ص 69.

⁵مجلة المحاماة، ص 11، ص 181. به نقل از: الصابوني، ص 49

2- مجرد عدول از نامزدی سببی برای جبران خسارت نیست.

3- هر گاه افعال دیگری با عدول از خطبه مقترن شوند که ضرری را به یکی از نامزدها وارد می‌کنند حکم به جبران خسارت براساس مسئولیت مبتنی بر تقصیر جایز است (یعنی در اینگونه موارد مسئولیت مبتنی بر عقد ایجاد نمی‌شود).¹

دیوان تمیز مصر، شعبه مدنی مصر در سال 1939 بر پایه این اصول رأی خود را به ترتیب آتی مقرر کرده است: نامزدی چیزی جز تمهید مقدمه برای عقد ازدواج نیست و این وعده ازدواج هیچ یک از دو طرف وعده را مقید نمی‌کند. پس هر یک از آنان حق دارد هر وقت که بخواهد عدول کند. بهویژه از آنجا که عقد ازدواج در جامعه اهمیت زیادی دارد لازم است که در این عقد هر یک از دو طرف آزادی کامل داشته باشد. و این امر هنگامی که یکی از دو طرف به جبران خسارت تهدید شود برآورده نمی‌شود. لیکن هر گاه وعده ازدواج و عدول از آن، به اعتبار اینکه مجرد وعده است، با افعال مستقل دیگری که استقلال تام دارند همراه باشد و این افعال منتهی به ضرر مادی یا معنوی به یکی از دو طرف وعده شوند، کسی که مرتکب آن شده مسئول شناخته می‌شود و آن افعال زیانبار در حد ذات خود- صرف نظر از عدول مجرد موجب مسئولیت و جبران خسارت است.²

چنانکه ملاحظه شد حکم مذکور جبران خسارت را به افعال زیانبار مستقل (با استقلال تمام از وعده عدول) منحصر کرده است.

ی: حکم استرداد تحایف و هدایا

معمولاً در دوره نامزدی هدایای بین دو نامزد رد و بدل می‌گردد در رابطه به استرداد تحایف مذکور بعد از عدول و انصراف از نامزدی فقهاء نظریات مختلف دارند.

نظر مذهب احناف در این مورد اینست :- هدیه و تحفه به نامزد در حکم هبه داخل شده. تا زمانیکه موانع رجوع از هبه وجود نداشته باشد و اهب میتواند از آن رجوع کرده و موهوبه را دوباره پس گیرد. پس خاطب یا نامزاد میتواند آنچه به عنوان هدیه و تحفه به مخطوبه تقدیم نموده بعد از انصراف نامزادی دوباره آنرا مسترد کند تا زمانیکه از بین نرفته باشد و استهلاك نه گردیده باشد اما وقتی از

بین رفته و استهلاك شده باشد آنرا مسترد کرده نمی‌تواند.³ خواه این عدول از طرف خاطب باشد یا مخطوبه یکسان است. نظر مذهب مالکی در این مورد قرار ذیل است: اگر منصرف شده مرد باشد،

¹ عبد الرزاق احمد السنهوری، الوسیط فی شرح القانون مدنی الجدید؛ ج 1، ش 550، ص 830.

² عبد الرزاق احمد السنهوری، همان، ص 830. حمد مصطفی شلبی، احکام الاسرة فی الاسلام، ص 71

³ حاشیة ابن عابدین، ج 3، ص 153.

حق استرداد هدیه را ندارد، اما اگر زمنصرف شود، مرد حق استرداد تمام تحایف و هدایای خود را دارد. اگر هدیه هلاک و استهلاک شده باشد، اگر اشیای مثلی باشد مثل آن و اگر اشیای قیمتی باشد قیمت آن دوباره به هدیه دهنده مسترد میگردد.¹

حکم قانون الجزائر در این مورد: قانون الجزائر در مورد استرداد هدایا وفق مذهب ملکی فیصله کرده و نظر به جهت و طرف عدول که خاطب میباشد یا مخطوبه حکم به استرداد نموده قسمیکه در ماده پنجم قانون خانواده در فقره سوم و چهارم چنان تصریح شده است (در صورتیکه عدول از طرف خاطب یا نامزد باشد حق استرداد هیچ نوع هدیه و تحفه را که به مخطوبه داده ندارد و در صورتیکه عدول از طرف مخطوبه باشد پس بالای وی لازم است همه آنچه را که خاطب به وی داده دوباره مسترد نماید تا زمانیکه هلاک و از بین نه رفته باشد)²

حکم قانون مدنی افغانستان در مورد هدایای دوره نامزدی قرار ذیل است: (هرگاه نامزد به نامزد خود هدیه داده باشد، هدیه دهنده میتواند در صورت انصراف جانب مقابل و موجودیت هدیه، عین یا قیمت روز خرید آن را مطالبه نماید، اگر انصراف از طرف هدیه دهنده صورت بگیرد یا هدیه هلاک و یا استهلاک گردیده باشد رد آنرا به هیچ صورت مطالبه کرده نمیتواند)³.

فسخ نامزدی در بسیاری از مناطق افغانستان از نظر عرفی شرایط سخت گیرانه داشته قیودی را بالای دختر وضع می‌کند. اگر نامزدی را جانب دختر رد نماید از جانب پسر مورد تهدید قرار می‌گیرد و اگر پسر نامزدی را قطع نماید باعث از بین رفتن مناسبات آنها می‌گردد.

در برخی مناطق موافقه شفاهی آن قدر اهمیت دارد که اگر جانب دختر آن را رد کند نامزدی با شخص دیگر برای او بسیار مشکل خواهد شد، در حالی که پسر به سادگی می‌تواند با دیگری نامزد شود که این واقعیت‌ها علاوه بر این که از آداب و رسوم غلط جامعه ناشی می‌شود حقوق انسانی زن در جامعه افغانی قویاً صدمه می‌بیند که نه با قانون مدنی و سایر قوانین سازگاری دارد، و نه با فقه اسلامی.

نظر مذهب شوافع وحنابله در این مورد اینست:- برای خاطب و نامزد درست نیست که آنچه را به مخطوبه به عنوان هدیه و تحفه داده بعد از عدول خطبه دوباره آنرا مسترد نماید خواه آن هدایا موجود

¹استاذ محمد ابو زهره، عقد الزواج و آثاره، مرجع سابق، ص 60

²المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1985/12/30، ملف رقم: 39065، وملف رقم: 39289

³قانون مدنی افغانستان ماده 65

باشد یا هلاک و از بین رفته باشد و این به آن سبب که در حکم هبه داخل شده به سبب عدم رجوع در آن.¹

مطالب دوم: تعسف در استعمال حق طلاق

الف: تعریف طلاق در لغت و اصطلاح و قانون مدنی افغانستان

طلاق در لغت : طلاق در اصل به معنای رهایی از بند و زنجیر است؛ گفته میشود: (أطلقت البعير من عقاله و طلقته) یعنی شتر را بدون بند رها کردم و (طلقت المرأة) زن را طلاق دادم از آن استعاره گرفته شده است؛ مانند (خلیتها) او را رها کردم پس، زنطالق می باشد، یعنی از بند نکاح رها شده است و (طلقه المرض) یعنی بیماری او را رها کرد؛ شاعر میگوید: أطلقه طورا و طورا تراجع.² گاهی او را رها می کنی و گاهی رجعت می کنی و باز می آوری.

امام قرطبی رحمه الله میگوید: اصل طلاق، به معنای رها شدن و آزاد گذاشتن میباشد. که گفته می شود (ناقة طالق) یعنی ماده شتر رها شده که در چراگاه آزاد شده و بند و چوپانی ندارد و بر اساس همین معنا نیز، زنی که آزاد و رها شده و جلوی او را باز گذاشته اند، طالق نامیده میشود.³

طلاق در اصطلاح : به معنای گشودن گرهی نکاح است.

(هو حل قيد النكاح) طلاق به معنای حل قيد نکاح میباشد.⁴

تعریف طلاق قانون مدنی افغانستان

در قانون مدنی افغانستان طلاق را چنین تعریف کرده است: طلاق عبارت از انحلال رابطه زوجیت صحیحه در حال یا آینده، بین زوج و زوجه، بالفاظیکه وقوع طلاق صراحتاً از آن افاده شده بتواند.⁵

ب: مشروعیت و حکم طلاق

طلاق و جدایی به خاطر مراعات مصالح طرفین و از روی ضرورت و ناچارى مباح و جایز است و این جواز را قرآن، سنت رسول خداص، اجماع علماء، عقل و تدبیر مورد تأیید قرار داده اند.¹

¹ الشافعي، الأم، ج 4، ص 61-61. والمغني، ج 6، ص 316.

² المفردات في غريب القرآن، ص 306.

³ الجامع لاحكام القرآن، امام قرطبي، ج 3، ص 111.

⁴ ابن قدامة المقدسي، المغني، بيروت، دار الكتاب العربي، ج 8، ص 33، 1983.

⁵ قانون مدنی افغانستان ماده 135

قرآن در مورد طلاق و جدایی می‌فرماید: (الطَّلُقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ).²

ترجمه: طلاق رجعی دو بار است پس از آن باید زنرا به شایستگی نگاه داشتن یا به نیکی رها کردن پس اگر شوهر او را برای سومین بار طلاق داد، پس از آن برای او شوهر حلال نمی‌شود. و برای شما حلال نیست که چیزی از آنچه (مهر) برای ایشان داده‌اید بازپس بگیرید، مگر این که همسر بترسد که نتواند حدود خدا را پابرجا دارند.

وحدیث رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم که می‌فرماید: "أبغض الحلال إلى الله الطلاق".³

ترجمه: ناپسندترین امور حلال در نزد خداوند طلاق دادن است.

و در روایت از عمر رضی الله عنه ثابت شده که عملاً رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم ام المؤمنین حفصه را طلاق داد، اما دوباره او را بازگردانید.⁴

همچنین فقهای مسلمانان در این مورد اتفاق نظر دارند که براساس دو منبع قبلی (قرآن و سنت) طلاق و جدایی زنی شوهر جایز است.

و از نظر عقلی تردیدی وجود ندارد که گاهی روابط زنی شوهر به اندازه‌ای تباه و خراب می‌شود و به حدی از یکدیگر یا طرفی از دیگری متنفر می‌شود که امکان آشتی و مصالحه میان آنها وجود ندارد و تنها راه چاره و رهایی آنها از بند یکدیگر، طلاق و جدایی است و این جدایی در جهت جلوگیری از نگرانی، سرگردانی، فساد و تباهی هرچه بیشتر صورت می‌گیرد.⁵

با این همه حکمت و هدف از طلاق همچنان که گفته شد راه حل مشکلات سختی است که توسط زنی شوهر و اطرافیان آنها قابل حل و فصل نبوده و به خاطر عدم توافق اخلاقی و نفرت بیش از حد از یکدیگر یا عوامل خارجی غیرقابل تحمل برای آنها، به خاطر جلوگیری از زیان و نگرانی بیشتر چاره‌ای به جز طلاق پیش او نبوده است؛ زیرا این اصل در شریعت اسلام اصل معتبری است که: از میان دو شر و بدی آنی که زیانش کمتر است انتخاب می‌شود، اما اسلام هر یک از زنان و مردان را

¹ شمس الدین السرخسی، المبسوط، بیروت، دار الکتب العلمیة، ط 1، 1993، ج 6، ص 2.

² سوره بقره: رقم آیت 229

³ أخرجه أبو داود، کتاب الطلاق، باب فی کراهیة الطلاق، حدیث رقم 2178، ج 4، ص 506. حکم حدیث را امام ابی داود صحیح بیان کرده است.

⁴ أخرجه النسائي، کتاب الطلاق، باب الرجعة، ج 4، رقم حدیث 3560، ص 377. حکم این حدیث را شیخ البانی صحیح بیان کرده است.

⁵ استاذ و هبه زحیلی، فقه خانواده در جهان معاصر، ص 385.

بر ادامه روابط همسری و وفاداری به حقوق و مسئولیت‌های ناشی از آن که قرآن آنرا میثاق استوار می‌نامد فرامی‌خواند و آن‌ها را به تحمل و بردباری در مقابل اخلاق و رفتار همسر، ترغیب می‌کند. خداوند متعال در این باره می‌فرماید: (وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰ أَنْ تَكْرَهُنَّ شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا)¹

ترجمه: با همسران خود به طور شایسته در گفتار و کردار معاشرت نمایید و اگر از آنان به دلایلی بدتان آمد شتاب نکنید و زود تصمیم به جدایی نگیرید زیرا چه بسا از چیزی بدتان بیاید، اما خداوند خیر و منافع فراوانی را در آن قرار داده باشد.

از ابوهریره رضی الله عنه روایت است که رسول الله صلی الله علیه وسلم فرمود: "لا یفرک مؤمن مؤمنة إنکره منها خلقا رضی منها آخر".²

ترجمه: هیچ مرد مؤمنی نباید با همسرش دشمنی ورزد؛ زیرا ممکن است اخلاقی از او را نپسندد، اما از اخلاق دیگر او راضی باشد.

همچنین اسلام زنان را به صبر و بردباری دعوت نموده و آنان را به تحمل مشکلات تا فرا رسیدن تغییر در خلق و خو و وضع زندگی مرد به شکیبایی فراخوانده است. رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم فرموده است: "أیما امرأة سألت زوجها الطلاق من غیر ما بأس فحرام علیها رائحة الجنة".³

ترجمه: هر زنی که بدون سبب از شوهرش تقاضای طلاق کند، بوی بهشت بر او حرام است.

شریعت اسلام در راستای حل نزاع میان زن و شوهر آن‌ها را به استفاده از روش‌های مطلوب و دوستانه فراخوانده و بهترین و مناسب‌ترین راه را موعظه و نصیحت و تنها گذاشتن در بستر، و چنانچه زانمقصر باشد، تنبیه ساده بدنی، و در صورت بی‌نتیجه بودن و به توافق و آشتی نرسیدن آن‌ها، پا در میانی دو نفر یکی از خویشاوندان مرد و دیگری از خویشاوندان زن است.

حکم اصلی طلاق همچون نکاح مباح و جایز بودن است، اما در شرایط خاصی مانند: در عادت ماهیانه قرار داشتن خانم، یا در ایام پاک شدن که با یکدیگر همبستر شده باشند (طلاق بدعی) یا در شرایطی که اگر زن طلاق داده شود مرتکب فساد و فحشا شوند، یا عدم امکان ازدواج مجدد، در این‌گونه موارد طلاق دادن خانم حرام و نامشروع است.

¹سوره النساء: رقم آیت 19.

²رواه امام مسلم، صحیح مسلم، کتاب الرضاع- باب الوصیة بالنساء- رقم حدیث 3646، ص 626.

³امام ابن ماجه، سنن ابن ماجه، کتاب طلاق، باب کراهیة الخلع للمرأة، رقم حدیث 2055، ص 662.

اما طلاق بدون دلیل و سبب مکروه است و گاهی هم مانند ایلاء و سپری شدن چهارماه از ایلاء و زمانی که حکمین رأیشان بر جدایی میان آنها باشد، طلاق دادن واجب است و زمانی که خانم بد زبان و بدرفتار باشد و به وظایف دینی خود مانند نماز، روزه و پرهیز از دروغ، تهمت، فتنه‌گری و غیره ...، عمل ننماید، طلاق دادن او مستحب است.¹

ج: طلاق تعسفی یا تعسف در استعمال حق طلاق

قانون سوری در ماده ۱۱۷ و ۱۱۶ جهت تعسف در استعمال حق طلاق دو حالت را ذکر کرده است که یکی آن ابرام طلاق بدون سبب معقول و دیگر ابرام طلاق در هنگام مرض مرگ که بنام طلاق فرار از میراث نیز نامیده می شود². که قرار ذیل به توضیح آن خواهم پرداخت.

اول : طلاق بدون دلیل و سبب معقول

طلاق اگر چی حقی است که اختیار آن به دست شوهر بوده ، ولی با آن هم حقی است که به علل آن و اسباب آن محدود و مقید می شود ، و این برای آن است تا این که به زوجه و همسر ضرری وارد نشود و یا به اعتبار و شهرت وی آسیب رسانده نشود ، بنابراین شوهر حق ندارد طلاق را هر طور که می خواهد و هر وقت خواست وقع کند ، طلاق با محدودیت در ذات خود محدود و مقید شد تا از حکمت و قصد مشروعیت آن خارج نشود که عبارت از این است که طلاق باید به اساس یک سبب و علت ابرام گردد، و طلاق در هنگام طهر و پاکی که در آن با زنباشرت صورت نگرفته باشد واقع گردد، و دیگر اینکه طلاق از یک طلاق بیشر و اضافه نباشد.³ این محدودیت به این دلیل است که ازدواج نعمت است و طلاق برای آن قطع محسوب می شود و قطع نعمت جایز نیست مگر اینکه ویژگی و صفت نعمت بودن در آن از بین برود ، و همچنین ، ازدواج یک عهد و پیمان لازمی و ابدی است ، و قیاس اقتضا می کند که به اراده منفرد از بین نرود اما این امر فقط برای نیاز و حاجت مجاز و مشروع شده است و اگر نیازی نباشد قیاس به جای خود باقی خواهد ماند که عبارت از منع میباشد

¹ وهبه زحیلی، فقه خانواده در جهان معاصر، ص 387.

² وهبه زحیلی، فقه الاسلامی وادلته، ج 7، ص 530

³ نظر کن : حاشیة الدسوقي، ج 2، ص 361.

۱. اگر طلاق بدون دلیل و سبب معتبر و معقول از طرف شوهر واقع شود ، چه نتیجه ای دارد؟ و کدام پیامدهای دارد و بالای آن چی مرتب میگردد؟

آنچه با این نوع طلاق مرتب میگردد قرار ذیل بیان میکنیم :

اگر چنین طلاق صورت گیرد که زوج بدون نیاز و حاجت و سبب که باعث طلاق گردد خانم خویش را طلاق بدهد در این حالت طلاق واقع شده مگر شخص طلاق دهند اثم و گناهکار محسوب شده و این از آن جهت است که ممکن این حاجت مجرد تقدیر شخص بوده و یا این حاجت مخفی نگهداشتن آنچه باشد که در مدارک قضایی قابل اثبات نبوده تا جهت حفظ اعتبار و شهرت زن باید پنهان بماند تا سبب آسیب شهرت وی نگردد.²

بر این اساس وقوع طلاق بدون دلیل و نیازی از طرف شوهر بشکل خودسرانه طلاق تعسف تلقی می شود و این عمل زوج قرینه و شواهدی است بر اینکه زوج قصد ضرر و آسیب رساندن به همسرش را داشته است. و از آن جهت که این نوع طلاق، طلاق تعسفی محسوب میشود بالای زوج تعویض مادی جهت پرداخت به مطلقه وضع میگردد که شریعت اسلامی در این عرصه دفع مهر یا صداق را بشکل مؤخر ، و نفقه عدت، و متعه³ را که تعویض جهت ضرر بزرگ طلاق تلقی میشود را مقرر کرده است.⁴

و این عمل به قول الله متعال است که در کلام الله مجید چنین فرموده است: (لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَقَرِّضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدْرُهُ مَتَّعَابًا مَّعْرُوفًا حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ)⁵

ترجمه : اگر زنان را مادامی که با آنان آمیزش جنسی نکرده‌اید و مهری برایشان معین نکرده‌اید طلاق دادید؛ گناهی بر شما نیست، و در این حالت آن‌ها را با هدیه‌ای مناسب بهره‌مند سازید، بر توانگر به‌اندازه توانش، و بر تنگدست به‌اندازه توانش هدیه‌ای شایسته است و این حکم بر نیکوکاران الزامی است.

¹ ابو زهرة، الأحوال الشخصية، القاهرة، دار الفكر العربي، ص ۲۸۴.

² وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج 7، ص 401.

³ متعه : مال ، لباس و یا کالایی است که شوهر به عنوان کمک، اکرام و دفع وحشتی که به خاطر طلاق بر زن وارد شده، به وی می دهد و تعیین مقدار آن اجتهادی است. صابونی ، روائع البیان، مرجع سابق، ج 1، ص ۴۰۲.

⁴ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج 7، ص 401.

⁵سوره بقره، رقم آیت ۲۳۶

موضع قانون الجزایری در مورد این طلاق.

قانون الجزایری در این در مورد در ماده 52 قانون خانواده به این فیصله رسیده است که ، باید به زن مطلقه که تعسف زوج وی در استعمال حق طلاق ثابت شود جبران خسارت و تعویض داده شود . چنانچه در 1 و 2 در این مورد چنین تصریح شده است: " زمانی که برای قاضی این مسئله آشکار شود که از طرف زوج در استعمال حق طلاق تعسف صورت گرفته لذا حکم به تعویض ضرر و آسیب که مطلقه رسیده است میکند و در صورتیکه که زن ولی و سرپرستی نداشته باشد در این صورت شوهر باید مکان سکونت را مطابق به توانایی شوهر به زن آماده نماید.¹

زمانیکه این مسئله برای قاضی آشکار شد که طلاق بدون سبب معقول واقع شده و زوج در استعمال حق طلاق تعسف نموده است و زنبه اساس آن متضرر و آسیب دیده است برای قاضی جواز دارد که مطابق حالت و درجه تعسف به تعویض عادل جهت مطلقه حکم نماید و تعیین و تقدیر آن به صلاحیت قاضی واگذار میشود که به اساس سلطه تقدیری مطابق به حالت مالی زوج حکم نماید.²

از انواع طلاق تعسفی یک آن طلاق در هنگام مرض مرگ است که در این قسمت بحث به توضیح آن خواهم پرداخت.

دوم : طلاق در هنگام بیماری مرگ

بیماری مرگ ناشی از بیماری است که صاحب آن از ایجاد واداء مصالح و منافع خود باز داشته و منع کرده اغلب در آن بیماری مرگ به سراغ صاحبش رسیده و میمیرد.³

وبه مرض مرگ از آن جهت مسمی شده چون مرگ به اساس همین بیماری به شخص متصل میشود بناء مرض مرگ مرضی است که مرگ صاحب آن انجامیده و صاحب خویش را از بعضی تصرفات منع قرار می دهد و عموماً مرض مرگ که مریض را از بعضی تصرفات منع قرار می دهد باید واجد این دو امر باشد .

- اینکه بیماری باشد که غالباً به اساس آن مرگ میر رخ میدهد و منجر به مرگ میشود.

- اینکه شخص بالفعل به مرگ متصل شود.⁴

تعریف مرض موت در مجله احکام العدلیه

¹قانون الجزایری، المحكمة العلیا، غرفة القانون الخاص، 1969/05/29

². بلحاج العربی، الوجیز فی شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 235

³ابن عابدین، حاشیة رد المحتار علی الدر المختار، ج 4، دار الفکر، بیروت، ط 0، 2616م، ص 383.

⁴محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد فی الشريعة الاسلامیة، دار الفکر العربی، القاهرة، ص 314.

شرح مجله الأحكام مرض موت را چنین تعریف و بیان نموده است : مرض موت آن است که در اغلب اوقات خوف مرگ مریضی در آن متصور باشد و آن حالتی است که هرگاه مریض اگر از جمله مردها باشد، از انجام کارها و مصالح خویش در خارج منزل عاجز گردد و در صورتیکه مریض از زمره زنها باشد، از رویت و انجام مصالح خود در داخل منزل به عجز گردیده و به همان حالت قبل از مرور یکسال بمیرد، خواه مریض حالت مریضی را در بستر بگذراند و یا خارج از بستر سپری نماید و اگر مرض او دوام کند و سالی بالای آن بگذرد، چنین مریض تا آنکه مرض او شدت پیدا نکند و حالت و تغییر نیابد ، حکم انسان سالم را دارد و تصرفاتش مانند تصرفات شخص سالم و عادی به حساب می آید و اگر حالت او متغییر گردید و مرض او شدت پیدا نمود و بعد از آن حالت وفات کرد ، از زمان تغییر حالت تا ساعت فوتش حالت مرض موت را بخود میگیرد.¹

الف: تعسف در استعمال حق طلاق هنگام بیماری مرگ

تعیف در استعمال حق طلاق از طرف زوج از قصد ضرر وی به زوجه مشخص میشود که با سپری نمودن تمام عمر و تحمل همه رنجهای مشترک زندگی وقتی بیماری و مرگ به سراغ اش میرسد جهت فرار از میراث و یا هم جهت آسیب رساندن و ضرر به زن او را طلاق میدهد که این کار بعید و به دور از مروت محسوب شده بناء طلاق هنگام فرا رسیدن بیماری مرگ، و طلاق هنگام حیض و ابرام سه طلاق به یک لفظ همه انواع طلاق های هستند که قصد ضرر و آسیب رساندن زوج به زوجه در آن بشکل واضح و آشکار نمایان میشود که یا هدف وی حرمان زوجه از میراث و یا هم عامل و انگیزه دیگری همچون اخذ انتقام ، بدبینی ، کینه ، نفرت باشد چون در واقع شدن همچون طلاق ها هیچ مصلحتی و منفعت را نمیتوان یافت.

در حالیکه هدف و غرض شارع از مشروعیت طلاق رساندن ضرر به زوجین نه بلکه جهت حفظ مصالح مشترک ایشان میباشد و در حالات ضرورت و حاجت خیلی شدید و سبب معقول مشروعیت یافته است بناء تعسف در استعمال حق طلاق ناقض قصد شارع جهت حفاظت از نسل، و استقرار زندگی مشترک زوجین، هدم و از بین رفتن وفاء، و حسن معاشرت که اسلام مردان را به آن توصیه میکند میباشد و در حالات به نظر می رسد که زوج فقط قصد آسیب رساندن داشته است و آسیب در همه اشکال آن حرام است و توجیهاات آن هرچه و هر نوع که باشد.

ب: حکم طلاق در هنگام بیماری مرگ

¹ علی حیدر ، درر الحکام فی شرح مجلة الاحکام، الماده (1595) مرض الموت، ج 4، ص 136 ، المكتبة الشاملة الحديثه.

علماء در مورد واقع شدن طلاق شخص مریض که به بیماری مرگ گرفتار باشد اتفاق نظر دارند که هرگاه شخص که به بیماری و مرض مرگ گرفتار باشد زن خود را طلاق دهد طلاق آن واقع شده هم مانند طلاق صحیح و برابر است که این طلاق رجعی باشد یا بائن چون در واقع شدن و نفاذ طلاق صحیح، صحت مطلق شرط نمی باشد¹

و در این مسئله نیز علماء اتفاق نظر دارد که زن مطلقه ی که برایش طلاق رجعی داده شده باشد از زوج میراث میبرد در هنگام که در عدت باشد و شوهر به سبب بیماری وفات نماید ولی در مورد طلاق بائن هنگام بیماری مرگ میان علماء اختلاف وجود داشته لذا وقتی زوج زن خود را در هنگام بیماری مرگ طلاق بائن بدهد و بعدا وفات نماید اینکه زن مستحق میراث می گردد و یا از میراث شوهر محروم میشود اختلاف نظر وجود داشته گروهی به مستحق شدن میراث زوجه نظریات و دلایل ارایه کرده اند و گروهی به منع میراث زوجه نظریات و دلایل مطرح نموده اند که در این قسمت بحث قرار ذیل آنرا شرح میکنم.

گروه اول: نظر قائلین ارث مطلقه در بیماری مرگ

این مذهب جمهور فقهاء (احناف، مالکی، و مذهب حنبلی) است که هنگامیکه به زن طلاق بائن از طرف زوج که در بیماری مرگ به سر میبرد داده شود و در طی آن وفات نماید زن از زوج ارث میبرد.²

ولی جمهور در اجل و زمان ارث میان هم اختلاف نظر داشته که در این مورد سه قول وجود دارد. **قول اول:** فقهای احناف گفته اند، اگر کسی، در بیماری مرگ زنش را طلاق بائن بدهد و بمیرد زن اش از او ارث می برد. و اگر بعد از انقضای عده بمیرد زن ارث نمی برد. و اگر شوهر بنا بدرخواست زن، او را طلاق دهد برای زن در این حالت میراث نمی باشد.³

¹ امام ابن جزئی، القوانین الفقهية، مرجع سابق، ص 233. و شیخ عیش، منح الجلیل ج 4، ص 15، 1988. امام نووی، منهاج الطالبین، ص 233، 1989. امام شربینی، مغنی المحتاج، ج 3، ص 294. امام بهوتی، کشاف القناع، ج 4، ص 480، 1990. امام رحیبانی، مطالب أولی النهی، ج 4، ص 653. شیخ بابرتی، العنایة، ج 4، ص 145، 1987. امام ابن رشد، بدایه المجتهد، ج 2، ص 81.

² استاذ وهبه زحیلی، فقه اسلامی و ادلته، ج 7، ص 453.

³ الشیخ نظام، الفتاوی الهندیة فی مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة، بیروت، دار صادر، طبعة 1991، ج 1، ص 462. امام السرخسی، المبسوط، ج 6، ص 156.

فرق بین این دو صورت اینست که در صورت اولی شوهر بدین جهت زنش را طلاق می‌دهد تا او را از حق ارث محروم نماید، و برخلاف نیت او با وی رفتار می‌گردد چون این حق را الله به وی داده است لذا این حق او بجای خود باقی است و این طلاق را طلاق فرار از حق نامیده‌اند.

ولی در صورت دوم طلاق به منظور فرار از حق نیست، زیرا زن خود آن را برگزیده و بدان راضی شده و آن را خواسته است.

و احناف ارث در عدت را بخاطر معتبر می‌شمارند که می‌گویند وقتی زندر عدت باشد بعضی از احکام زوجیت تا آن زمان باقی می‌باشد که از آنجمله حق ارث می‌باشد و بعد از انقضای عدت هیچ اثر و احکام زوجیت باقی نمی‌ماند و زوجین مانند دو اجنبی می‌گردند حقوق و آثار زوجیت با انتهای عدت انتهای می‌یابد.¹

قول دوم: طرف دارن این قول به این نظر هستند که زن مطلقه ی که برایش طلاق بائن هنگام بیماری مرگ داده شده باشد بشکل مطلق از شوهر ارث میبرد خواه عدت وی سپری شده و یا در عدت باشد و خواه ازدواج مجدد کرده باشد یا نکرده باشد بشکل مطلق از شوهر ارث میبرد. و این نظر به مذهب مالکی ها راجع می‌شود.² واستدلال به این میکنند که عثمان بن عفان رضی الله عنه حکم به ارث بردن مطلقه عبدالرحمن بن عوف کرد. و میراث برایش تقسیم نمود و اصحاب کرام مخالفت عثمان بن عفان رضی الله عنه را در تطبیق این حکم نکردن بناء این فعل ایشان اجماع ایشان محسوب می‌شود.³

قول سوم: کسی که در بیماری مرگ زن اش را طلاق بائن بدهد و بمیرد زن اش از او ارث می‌برد. بعد از انقضای عده اش مادام که با دیگری ازدواج نکرده باشد پس هنگامیکه با کسی دیگر ازدواج نماید در آن صورت حق وی در میراث ساقط می‌شود. و این قول از امام احمد رحمه الله به شهرت رسیده که به این نظر بوده است.⁴

واستدلال ایشان به حدیث عبدالرحمن بن عوف رضی الله عنه که در هنگام مرض زن خود را طلاق داد و بعدا وفات نمود که عثمان رضی الله عنه به خانمش با وجود انقضای عدت وی حکم به آخذ میراث کرد.

¹ و هبه زهلی، فقه الاسلامی وادلته، ج ۷، ص ۴۵۴.
² امام مالک، مدونه، ج ۲، ص ۱۳۲. امام ابن رشد، بدایه المجتهد، ج ۲، ص ۸۳. امام ابن جزی، القوانین الفقهیه، ص ۲۳۳

³ شیخ الباجی، المنتقی، ج ۴، ص ۸۵. امام مالک، مدونه، ج ۲، ص ۱۳۳-۱۳۴.

⁴ امام ابن قدامة، المغنی، ج ۷، ج ۹، ص ۲۱۹. امام ابن رجب، القواعد، مرجع سابق، ص ۲۲۱. امام ماوردی، الانصاف، ج ۷، ص ۳۵۵.

و دیگر اینکه به این سبب ارث بردن زوجه مطلقه را واجب می‌دانند که علت اساس طلاق را اتهام شوهر به فرار از حق میراث تفسیر کرده‌اند که بعد از انقضای عدت این سبب و علت از بین رفته و چون شخص قصد کرده قصدی فاسدی را پس به نقیض قصد وی برایش جزاء و عقوبت داده میشود مانند قاتلی که جهت استعجال در آخذ میراث قصد به قتل مورث نموده که در نتیجه جزاء و عقوبت وی حرمان از میراث میباشد.¹

و تقید میراث به عدم ازدواج مجدد زن از آن جهت شرط بردن ارث می‌داند که زن به سبب عقد مجدد ازدواج و به موجب عقد زوجیت ورثه میشود بدین سبب است که همه مسلمین اجماع دارند بر اینکه يك زن نمی‌تواند در يك زمان از دو شوهر ارث ببرد.²

گروه دوم: رأی مانعین از ارث بعد از طلاق

این مذهب امام شافعی رحمه الله میباشد که ایشان به این نظر قائل هستند که کسی که در طول بیماری به همسرش طلاق باین داده باشد و زوج وفات نماید در این حالت زن از زوج میراث نمیبرد. چنانچه امام شافعی رحمه الله می‌فرماید: هر زوج که عاقل و مغلوب عقلش نباشد ابرام طلاق آن درست است خواه مریض باشد یا سالم لذا اگر مردی سه مرتبه زن خود را طلاق دهد طلاق دیگری نخواهد داشت و یا او را لعان نماید در حالیکه مریض باشد پس حکم آن واقع شده و آن تحریم زوجه میباشد و به همین شکل شخصی همسرش را قبل از دخول یک طلاق دهد تحت همین حکم قرار گرفته و در این همه فرقه یا تفریق شوهر حق بوده و اختیار رجعت را ندارد.³

و امام شافعی رحمه الله این حکم را به اساس مذهب عبدالله بن زبیر رضی الله عنه اختیار نموده است چنانچه در کتاب (الام) خویش چنین بیان میکند: عبدالله بن زبیر رضی الله عنه در مورد شخصی پرسیده شد که خانم خود را طلاق باین داده باشد و بعدا بمیرد و زن در عدت باقی بماند ایشان فرمودند: عبدالرحمن بن عوف رضی الله عنه زن خود تماضر بنت اصبع کلبیه را طلاق باین داد و بعدا وفات نمود و زنش در عدت باقی ماند که عثمان بن عفان رضی الله عنه حکم کرد که او از

¹ امام ابن قدامه، المغنی، ج ۷، ص ۲۱۸-۲۱۹.

² شیخ ابن عبد البر، الاستنکار لمذاهب علماء الأمصار وعلماء الأقطار فیما تضمنه الموطأ من معانی الرأی والأثار، بعناية: عبد المعطي القلعجي، حلب، القاهرة، دار الوعی، ط 1، 1993، ج 17، ص 267.

³ محمد بن إدريس الشافعی، الام، ج 5، دار الفکر، ط 2، 2612، ص 145 یا 254

عبدالرحمن بن عوف ارث ببرد. و عبدالله بن زبیر رضی الله عنه می‌گوید اما نظر من این است که مبنوته میراث نمیبرد.¹

و این مذهب به این هم استدلال نموده اند که مطلقه در مرض مرگ از آن جهت صاحب میراث نه میشود که سبب میراث که عبارت از رابطه زوجیت بود به سبب طلاق زایل و از بین رفته و لذا از ارث شوهر محروم میشود چون ارث و توریث بدون سبب و نسبت لازم نمی‌شود.²

موقف قانون مدنی افغانستان در مورد این نوع طلاق

در قانون مدنی در مورد طلاق در مرض موت چنین بیان نموده است (هر گاه زوج در حال مرض موت، زوجه خود را به طلاق باین طلاق نماید، این طلاق مانع حق ارث زوجه در صورتیکه عدت او قبل از وفات تکمیل نشده باشد، نمی‌گردد، مشروط بر اینکه مطلقه از وقوع طلاق تا وفات به سبب دیگری از حق میراث محروم نگردد دهی باشد).³

سبب اختلاف میان فقهاء

امام ابن رشد رحمه الله مرجع اختلافات در مورد به ارث بردن مطلقه به طلاق باین که زوج وی در بیماری مرگ به سر میبرد وفات نماید را در (بدایه المجتهد) چنین واضح کرده است: این اختلاف از اینجا ناشی می‌شود که آیا عمل به (سد ذرایع) پیشگیری از ضرر و زیان، واجب است چون بیمار برای فرار از حق ارث زنو محروم کردن او از سهمیه ارثش، او را طلاق می‌دهد، کسانی که سد ذرایع را واجب می‌دانند برای جلوگیری از ضرر و زیان ارث بردن زن را واجب می‌دانند. و کسانی که سد ذرایع را واجب نمی‌دانند و طلاق و حکم آن را واجب می‌دانند، ارث زنبعد از طلاق در آن حال را واجب نمی‌دانند.⁴

این دسته می‌گویند: اگر طلاق معتبر است و واقع می‌شود، باید همه احکام آن بدنبال آن بیاید لذا می‌گویند: اگر زنبعد از این طلاق بمیرد، شوهرش از او ارث نمی‌برد. و اگر طلاق معتبر نیست و واقع نمی‌شود، پس پیوند زوجیت با احکامش باقی است. بهر حال مخالفان این نظریه باید از دو جواب یکی را برگزینند. چنانچه امام ابن رشد رحمه الله می‌گوید: برآستی دشوار است که گفته شود در شرع نوعی طلاق هست، که بعضی از احکام طلاق را بدنبال دارد و بعضی از احکام ازدواج و زوجیت

¹ سنن الکبری، بیهقی، باب خلع و طلاق، رقم ۱۵۱۲۴. الأم، ج ۵، ص ۲۵۴

² امام السیوطی، الأشباه والنظائر، ص ۱۵۳.

³ قانون مدنی افغانستان ماده ۱۵۵

⁴ امام ابن رشد، بدایة المجتهد، ج ۲، ص ۸۶.

را نیز بدنبال دارد. و دشوارتر آنست که فرق بگذارند که این صحیح است یا صحیح نیست، زیرا این نوع طلاق، طلاقی است که حکم آن موقوف است باینکه صحیح باشد یا صحیح نباشد. برآستی همه این اقوال در شرع بسیار دشوار است.¹

و وجه تعسف در ابرام این طلاق اینست که حق طلاق برای زوج از این جهت مشوروعیت نه یافته که آنرا وسیله ضرر زوجه قرار دهد و زنها از حق میراث وی محروم کند و اگر باعث و انگیزه یا سبب طلاق حرمان زوجه از آخذ میراث باشد با زوج خلاف قصد وی معامله صورت می‌گیرد تا از حقوق زوجه حفاظت صورت گرفته جهت دفع ظلم و جور تا ظلم واقع نه شود و طلاق هنگام بیماری مرگ تا حدی زیاد گمان آور قصد ضرر به زوجه را به بار می‌آورد.²

مطلب سوم: تعسف در استعمال حق وصیت

اسلام به همه ابعاد و مراحل زندگی بشر توجه داشته و برای آن دستوراتی ارایه کرده است تا انسان و جامعه در پرتو عمل به آن، به سعادت و کمال نهایی دست یابد. در تعالیم دینی به منظور آمادگی برای رویارویی با مرگ، توصیه های فراوانی شده که از آن جمله، توصیه به وصیت کردن است. از قانون ارث، تنها بعضی از بستگان بهرهمند میشوند، در حالی که شاید عده دیگری از فامیل و بعضی دوستان نزدیک، نیاز مبرمی به کمک های مالی داشته باشند. درباره وارثان نیز گاه مبلغ ارث، پاسخگوی نیاز بعضی از آنها نیست. جامعیت قوانین اسلامی، این خلاها را پر کرده و در کنار قانون ارث، قانون وصیت را قرار داده است که به فرد اجازه میدهد درباره یکسوم از اموال خود برای بعد از مرگ خویش تصمیم بگیرد و وصیت، وظیفه‌های است که به موجب شرع برای فرد مسلمان مقرر شده و دارای پیامدهای اجتماعی، اخلاقی و اقتصادی است. برقراری عدالت، حمایت از نیازمندان، پیشگیری از بروز اختلاف، وفاء به عهد، استحکام پیوندهای خانوادگی، جبران کوتاهی ها در طول حیات، آمادگی برای مرگ، تدبیر امور بعد از مرگ و تداوم اعمال صالح، اصلاح مجاری اقتصادی، کاهش فاصله طبقاتی، پرداخت دیون مالی و ایجاد امنیت اقتصادی، از جمله این پیامدهاست.

الف: تعریف وصیت در لغت و اصطلاح

وصیت در لغت از وصی و اوصی بالشیء لفلان گرفته شده است که به معنای گرفتن از او و به او سپردن است و وصی فلان به معنای قرار دادن او به عنوان وصی که در کارها و اموالش و بعد از مرگش در مورد خانوادهاش تصرف کند و وصی بالشیء فلانا به معنای امر کردن او به آن و فرض

¹ همان مرجع سابق.

² استاذ فتحی درینی، نظریه التعسف فی استعمال الحق، ص 172.

کردن کاری بر او است. و وصیت این است که انسان کاری را در زمان زندگی یا بعد از مرگ خودش از دیگری بخواهد که انجام دهد. و این وصیت به معنای مصدری است اما گاهی به معنی موصی به (چیزی که به آن وصیت شده) است مثلاً وقتی که می گویند این مال وصیت است یعنی موصی به است و در استعمالات مردم بسیار متداول است.

وصیت در اصطلاح به معنای تملیک اضافی است که به بعد از مرگ تعلق دارد و گفته اند بخش شی است که به بعد از مرگ تعلق دارد و گفته اند که عهد خاصی است که به بعد از مرگ تعلق دارد.¹

ب: مشروعیت وصیت

دلایل زیادی در مورد مشروعیت وصیت وجود دارد از جمله کلام خداوند متعال: (كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ)²

ترجمه: بر شما نوشته شده هنگامی که به یکی شما را مرگ فرا رسد، اگر مالی از خود به جای گذاشته، برای پدر و مادر و خویشاوندان به نیکی وصیت کند این حقی است بر پرهیزگاران.

در اینجا اختلافاتی در مورد نسخ این آیه وجود دارد که ابن عباس رضی الله عنه با سندش روایت می کند که قرار ذیل است: عن ابن عباس رضی الله عنه قال: "كان المال للولد، و كانت الوصية للوالدين، ففسخ الله من ذلك ما احب، فجعل للذكر مثل حظ الانثيين".

ترجمه: مال برای فرزندان است و وصیت برای والدین، پس خداوند آن را نسخ کرد و برای مذکر دو برابر مؤنث قرار داد.³

و امام ابن حجر عسقلانی رحمه الله بعد از آوردن نظرات بسیاری از علما در مورد نسخ این آیه می گوید: این آیه تخصیص داده شده است چون نزدیکان از اینکه وارث باشند عامتر هستند و وصیت برای تمام آنها (والدین و نزدیکان) واجب است، پس آیه به کسانی که سهم مشخصی در ارث ندارند تخصیص داده شد. و پیامبر صلی الله علیه و آله و سلم می فرماید: وصیتی برای وارث نیست و وصیت به عنوان حقی برای نزدیکانی که وارث نیستند باقی ماند.⁴

¹تحفة الاحوذی بشرح جامع الترمذی، مبارکفوری، ج ۹، ص ۳۰۰.

²سوره بقره: رقم آیت ۱۸۰

³به روایت امام بخاری، صحیح بخاری، کتاب الوصایا باب لا وصیة لوارث، شماره 2747، ج 3، ص 313.

⁴فتح الباری، ج ۵، ص ۴۳۹.

و در حدیث دیگری که امام بخاری و امام مسلم و امام مالک و امام ابوداود و امام ترمذی و دیگران با سند خود از عبدالله بن عمر رضی الله عنه روایت کرده‌اند که پیامبر صلی الله علیه و آله و سلم فرمود: " ما حق امرئ مسلم له شیء یرید أن یوصی فیه، بیبیت لیلتین، إلا ووصیته مکتوب عنده".¹

ترجمه: حق هر مسلمانی است که وصیت خود را به صورت مکتوب نزد خود داشته باشد و نباید دو شب بدون این وصیت بخوابد.

و حدیث دیگری که به مشروعیت وصیت دلالت میکند قرار ذیل مییابد که حدیث مذکور از سعد بن ابی وقاص رضی الله عنه روایت است که می فرماید: جاء النبی صلی الله علیه و آله و سلم یعودنی و أنا بمکة و هو یکره أن یموت بالأرض التي هاجر منها، قال: "یرحم الله ابن عفرأ"، قلت یا رسول الله أوصی بمالی کله؟ قال: لا، قلت: فالشطر؟ قال: لا، قلت: الثالث؟ قال: فالثالث، والثالث کثیر، إنک إن تدع ورتک اغنیاء خیر من أن تدعهم عالیة یتکفون الناس فی أیدیهم، و إنک مهما أنفقت من نفقة فإنها صدقة، حتی اللقمة التي ترفعها إلی فی امرأتک، و عسی الله أن یرفعک فینتفع بک ناس و یضربک آخرون، ولم یکن له یومئذ إلا ابنة".²

ترجمه: از سعد بن ابی وقاص رضی الله عنه روایت است که می فرماید در مکه بودم که پیامبر صلی الله علیه و سلم به عیادت من آمد، او دوست نداشت در سرزمینی که از آن هجرت کرده است بمیرد، فرمود: خداوند ابن عفرأ را رحمت کند، گفتم ای رسول خدا! آیا می توانم تمام دارایی ام را وصیت کنم؟ فرمود خیر، گفتم پس نصف؟ فرمود خیر، گفتم پس یک سوم؟ فرمود: یک سوم، هر چند یک سوم هم زیاد است، چون اگر وارثان خود را بعد از خودت بی نیاز گردانی بهتر از آنست که آنان را مستمند رها کنی و دست نیاز به سوی مردم دراز کنند. هر چیزی را که انفاق می کنی صدقه است حتی لقمه ای که به همسرت می دهی، امید است که خداوند تو را شفا دهد تا کسانی به واسطه تو نفع ببرند (مسلمانان از غنایمی که به دست تو از مشرکین گرفته می شود بهره ببرند) و کسانی دیگر نیز از تو ضرر ببینند (مشرکانی که به دست تو هلاک می شوند)، سعد بن ابی وقاص در آن روز بجز یک دختر (وارث دیگری) نداشت".

که این همه آیات و احادیث که بیان شد به مشروعیت وصیت دلالت میکند.

ج: حکم وصیت

¹ امام مسلم، صحیح مسلم، کتاب الوصیة، باب وصیة الرجل مکتوبه عنده، حدیث رقم 1627، ص 713.

² امام بخاری، صحیح بخاری، کتاب وصایا، باب ان یتربک ورتته اغنیاء خیر من ان یتکفوا الناس، حدیث رقم 2742، ص 310.

علما در مورد حکم وصیت نظرات زیر را آورده اند:

۱-وجوب: وصیت به دلیل آیه "کتب علیکم" و "حقاً علی المتقین" دلالت بر فرض و اینکه در آیات ارث زیاد تکرار شده است، واجب میباشد¹.

و نیز به دلیل حدیث قوله صلی الله علیه وسلم: "ما حق امرئ مسلم له شیء یرید أن یوصی فیه یبیت لیلتین إلا ووصیته مکتوبة عنده"²

ترجمه " حق هر مسلمانی است که وصیت خود را به صورت مکتوب نزد خود داشته باشد و نباید دو شب بدون این وصیت بخوابد" .

۲- مندوب: صاحب(الهدایة) این حکم را به جمهور نسبت داده است³.

به دلیل اینکه پیامبر صلی الله علیه و آله و سلم به چیزی وصیت نکرد و به دلیل آنچه که امام ترمذی رحمه الله با سند خود از عبدالله بن ابی اوفی روایت کرد که از او سؤال شد: آیا پیامبر صلی الله علیه و آله و سلم به چیزی وصیت کرده بود؟ گفت: خیر...⁴ .

و این گروه معتقدند که آیه وصیت با آیات ارث منسوخ شده است، همچنان که به این حدیث استناد میکنند که (او حق دارد که در اموال خود وصیت کند) پس اگر واجب بود به اراده شخص بستگی نداشت.

۳- کراهت: وقتی که وصیت از ثلث بیشتر باشد ولی قصد ضرر زدن به وارثان با آن نباشد، مکروه است و این بنابر قول پیامبر صلی الله علیه و آله و سلم که وصیت بیشتر از ثلث مال را برای سعد بن ابی وقاص رضی الله عنه نپذیرفته است. حتی امام بخاری رحمه الله با سند خود از ابن عباس رضی الله عنه روایت کرده که گفت: شاید مردم را به ۴/۱ دعوت کرده باشد، چرا که رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم فرمود: ۳/۱ و ۳/۱ نیز زیاد است⁵.

4- حرام: درحالیهای زیر وصیت حرام است.

¹ ابن حجر العسقلانی، فتح الباری: شرح صحیح البخاری، ج 5، ص 358.

² امام مسلم، صحیح مسلم، کتاب الوصیة، باب وصیة الرجل مکتوبة عنده، حدیث رقم 1627 ، ص 713 .

³ امام المرغینانی، الهدایة ج 4 ، ص 231. ابن قدامه ، الکافی ، ج 4 ، ص 474.

⁴ امام ابن ماجه ، سنن ابن ماجه ، کتاب الوصایا ، باب هل اوصی رسول الله صلی الله علیه وسلم ، رقم حدیث 2696 ، ص 900.

⁵ همانمرجع ، باب الوصیة ، رقم ۲۷۴۳ .

الف- وقتی که قصد ضرر زدن به وارثان را داشته باشد، چنانچه از ابن عباس رضی الله عنه آمده است که فرمود اند: "الإضرار بالوصية من الكبائر".¹

ترجمه: ضرر زدن به وارثان به وسیله وصیت جزء گناهان کبیره است.

و این هنگامی است که شخص عمداً بخواهد به وارثان ضرر برساند و این به دلیل دشمنی میان او با آنها باشد، پس وصیت می کند تا به آنها ضرر برساند و رغبتی برای رسیدن به اجر و ثواب در آن وجود ندارد.

ب- وقتی که وصیت به چیز حرام و معصیت باشد²، مثل کسی که به اموال رشوه یا دزدی یا اراضی غضب شده وصیت کند یا به چیز حرامی وصیت کند مثل کسی که به مالی برای دیگری وصیت میکند، تا او نیز انتقام او را با کشتن فرد دیگری بگیرد یا در مقابل یک عمل غیر مشروع او را آزاد کند. یا مثل کسی که به خرابی ساختمانهای دیگر وصیت کند که سهم دیگران در آن ساختمان است. حقیقت این است که وصیت واجب است، وقتی که در مقابل یکی از دیون پرداخت نشده خداوند باشد، مثل زکات، حج، نذر، یا در مقابل پراخت حقی از حقوق بندگان باشد مثل: دیونی که ننوشته و بر عهده او بوده یا برای پاک کردن اموالی که احتمال حرام بودن آنها وجود دارد، مثل کسی که پولش را در بانکهای سودی می گذارد، پس به مقداری از اموالش وصیت می کند.

د: ارکان وصیت

رکن عبارت است از چیزی که وجود امری به آن تعلق دارد، و آن چیز جزئی از حقیقت آن امر است و ارکان وصیت همان طور که امام ابن رشد رحمه الله بیان کرده عبارت است از: موصی، موصی له، موصی به، صیغه وصیت.³

ر: مقدار وصیت مشروع یا مقدار (موصی به)

در اینجا در مورد مقدار موصی به صحبت میکنیم مقداری را شریعت جهت وصیت قید نموده تلت مییاشد و علماء در این مورد اتفاق نظر دارند که وصیت بیشتر از تلت مال جواز ندارد.⁴

و آیاتی که در سوره نساء آمده اند مطلق هستند، مثل آیه: (من بعد وصية يوصي بها أو دين)¹.

¹ امام حافظ علی بن عمر دارقطنی، سنن دارقطنی، کتاب وصایا، ج3، ص384، رقم حدیث 4216، دارالمعرفه، بیروت لبنان، ط اول، 2001م.

² امام کاسانی، البدائع، ج7، ص314.

³ بدایه المجتهد، ج2، ص334.
⁴ همان مرجع سابق، ص338

ولی احادیث این اطلاق را تخصیص داده اند به طوری که نباید از آن ثلث (۳/۱) بیشتر باشد.

و دیگر اینکه مقدار وصیت از این سخن این رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم ۳/۱ و ۳/۱ هم زیاد است به سعد بن ابی وقاص رضی الله عنه گفت وقتی که میخواست به بیشتر از اموالش وصیت کند. مقدار وصیت را مشخص می کند چنانچه در این حدیث از سعد بن ابی وقاص رضی الله عنه روایت است: جاء النبی صلی الله علیه و آله و سلم یعودنی و أنا یمکة و هو یکره أن یموت بالأرض التي هاجر منها، قال: "یرحم الله ابن عفرأ"، قلت یا رسول الله أوصی بمالی کله؟ قال: لا، قلت: فالشطر؟ قال: لا قلت: الثالث؟ قال: فالثالث، والثالث کثیر، إنک إن تدع ورثتک أغنیاء خیر من أن تدعهم عالة یتکفون الناس فی أیدیهم، و إنک مهما أنفقت من نفقة فإنها صدقة، حتی اللقمة التي ترفعها إلی فی امرأتک، و عسی الله أن یرفعک فینتفع بک ناس و یضربک آخرون، ولم یکن له یومئذ إلا ابنة

2»

ترجمه: در مکه بودم که پیامبر صلی الله علیه وسلم به عیادت من آمد، او دوست نداشت در سرزمینی که از آن هجرت کرده است بمیرد، فرمود: خداوند ابن عفرأ را رحمت کند، گفتم ای رسول خدا! آیا می توانم تمام دارایی ام را وصیت کنم؟ فرمود خیر، گفتم پس نصف؟ فرمود خیر، گفتم پس یک سوم؟ فرمود: یک سوم، هر چند یک سوم هم زیاد است، چون اگر وارثان خود را بعد از خودت بی نیاز گردانی بهتر از آنست که آنان را مستمند رها کنی و دست نیاز به سوی مردم دراز کنند. هر چیزی را که انفاق می کنی صدقه است حتی لقمه ای که به همسرت می دهی، امید است که خداوند تو را شفا دهد تا کسانی به واسطه تو نفع ببرند (مسلمانان از غنایمی که به دست تو از مشرکین گرفته می شود بهره ببرند) و کسانی دیگر نیز از تو ضرر ببینند (مشرکانی که به دست تو هلاک می شوند)، سعد بن ابی وقاص در آن روز بجز یک دختر (وارث دیگری) نداشت.³

در واقع وصیت به بیشتر از ثلث به وارثان ضرر میرساند و در حالیکه الله متعال امر کرده است که موصی با وصیتش به وارثان ضرر نرساند.

امام نووی رحمه الله در مورد وصیت به ثلث گفته است: این امر رعایت عدل میان وارثان و وصیت است، اصحاب ما و علما گفته اند: اگر وارثان ثروتمند باشند، مستحب است که به ثلث اموال در جهت

¹سوره النساء: رقم آیت 12-

²در صفحات قبلی تخریج گردیده است.

³أنظر الحدیث فی صحیح البخاری، کتاب مناقب الأنصار، باب 49، حدیث رقم 3936، ج 7، ص 269.

تبرع به آنها وصیت کرد، و اگر فقیر باشند مستحب است که از ثلث کمتر باشد پس ذکر کرده که اجماع وجود دارد بر اینکه کسی که وارثی ندارد وصیتش جز با اجازه او به بیشتر از ثلث نافذ نمیشود.¹

ولی جمهور معتقدند که وصیت به بیشتر از ثلث مال جز با اجازه وارثان جایز نیست.²

امام ابن حزم اندلسی و ظاهریه معتقدند که وصیت بر بیشتر از ثلث صحیح نیست و ابن حزم رحمه الله می گوید: وصیت به بیش ثلث جایز نیست، هر چند که موصی وارث داشته باشد یا نداشته باشد و هر چند که وارثان اجازه بدهند یا اجازه ندهند. چون این اجازه باطل است ولی اگر دوست داشتند آن را در مورد اموال خود جایز بدانند، می توانند.³

از این بحثها برای ما روشن شد که نظر علما در مقدار وصیت به شکل زیر می باشد.

- اصل این است که وصیت به بیشتر از ثلث جایز نیست و اگر اتفاق افتاد به اجازه وارثان جایز میشود.

- بهتر این است که وصیت مطلقا کمتر از ثلث باشد.

- بهتر این است که اگر وارثان ثروتمند باشد وصیت به ثلث باشد و اگر فقیر باشند وصیت به کمتر از ثلث باشد.

و: حالت های ضرر بار وصیت و اثر تعسف در آن

صورت اول : وصیت برای وارث

یکی از صورت های تعسف در استعمال حق وصیت ، وصیت نمودن به وارث میباشد.

ترمذی و ابوداود و دیگران از ابی امامه روایت کرده اند که از پیامبر صلی الله علیه وسلم شنیدم که در خطبه حجه الوداع می فرمود: " إن الله قد أعطی کل ذی حق حقه، فلا وصیة لوارث".⁴

ترجمه: به راستی خداوند حق هر صاحب حقی را داده است، لذا وصیتی برای وارث نیست.

¹ شرح النووی علی صحیح المسلم ج ۵، ص ۱۵۹. المغنی، ابن قدامه، ج ۸، ص ۴۰۴

² ابن جزی قوانین الفقہیة، ص ۴۱۱.

³ الملحی، ابن حزم، ج ۹، ص ۳۱۷-۳۲۰، مسأله شماره ۱۷۵۳.

⁴ أخرجه الترمذی، کتاب الوصایا، باب ما جاء لا وصیة لوارث، حدیث رقم 2120، ص 351. و شیخ البانی در مورد حکم آن گفته که حدیث حسن صحیح میباشد.

مبنی بر این حدیث ابن رشد بیان کرده که اجماع در این مورد وجود دارد که وصیت برای وارث جایز نیست وقتی که وارثان اجازه ندهند. و مزنی و ظاهریه معتقدند که حتی اگر وارثان جایز بدانند، جایز نیست.¹

امام دارقطنی نیز از ابن عباس رضی الله عنه به طریق مرفوع روایت کرده است که فرمود:

" لا تجوز الوصية لوارث الا أن يشاء الورثة"².

ترجمه: وصیت برای وارث جایز نیست مگر اینکه که ورثه بخواهند.

حافظ ابن کثیر رحمه الله در تفسیر القرآن العظیم میگوید هرگاه اقرار به خودی خود درست و مطابق واقع باشد این اختلاف نظر در باره اش جاری است. اما هرگاه این اقرار حيله ای و وسیله ای برای زیادتز کردن یا کمتر کردن سهم برخی از وارثان باشد به اجماع فقهاء و نیز به نص آیه (من بعد وصية يوصي بها أو دين غير مضاره) حرام است³

حقیقت این است که وصیت برای وارث منجر به کینه و دشمنی میان فرزندان میشود مخصوصاً وقتی که بعضی از وارثان آن را در نزدیکی سایر وارثان هزینه کند.

و استاذ فتی درینی در این مورد چنین نظر دارد: که این صورت ذاتاً باطل بوده (وصیت بر ورثه) و در نطق نظریه تعسف در استعمال حق داخل نشده چون نظریه تعسف در استعمال حق چنانچه معلوم است که اتکاء و معتمد بر حق داشته تا صفت تعسف را به خود بگیرد در حالیکه وصیت بر وارث باطل بوده و حق اصلاً در آن وجود ندارد.⁴

صورت دوم: وصیت نمودن به بیشتر از ثلث مال

این که به ثلث یا کمتر از ثلث برای بیگانهای وصیت کند اما هدفش از این وصیت نه تقرب به الله بلکه کاستن از سهم ارث وارثان باشد. در این صورت شخص وصی متعسف در استعمال حق وصیت شمرده شده ولی اگر هدف وی قصد ضرر نبوده چنانچه قبلاً ذکر کردیم نافذ شدن این حکم متوقف به اجازه ورثه میباشد اگر آنها به سبب تبرع و تنازل از بعضی حق شان تنازل کند این حکم درست شده

¹ ابدایة المجتهد، ابن رشد، ج ۲، ص ۳۳۴، الام، شافعی، ج ۴، ص ۱۰۸.

² امام حافظ علی بن عمر دارقطنی، سنن دارقطنی، کتاب وصایا، ج ۳، ص ۳۸۴، رقم حدیث ۴۲۱۸، دارالمعرفه، بیروت لبنان، ط اول، ۲۰۰۱م

³ امام ابن کثیر، تفسیر القرآن العظیم، ج ۲، ص ۲۱۹.

⁴ فتی درینی نظریه التعسف در استعمال الحق، ص ۱۰۷

و چنانچه اجازه ورثه نباشد در این صورت این حالت خروج از حق تلقی شده و در نطاق نظریه تعسف در استعمال حق اصلا داخل نمی شود¹.

صورت سوم : وصیت در حدود ثلث با قصد ضرر به ورثه

و این حالت از صورت های بارز تعسف شمرده میشود که ممکن موصی وصیت را به شروط موضوعی مقید سازد که از حدود مشروعیت وصیت را خارج نسازد در حالیکه قصد ضرر به ورثه در استعمال حق وصیت میداشته باشد بنیاء ولین اثر که به اساس این تصرف تعسفی مرتب می گردید اثم و مواخذه میباشد به سبب اینکه مرتکب عمل محرم شده است چنانچه در احادیث و روایات ثابت است. ابوهیره نقل کرده است که: رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم فرمود: " ان الرجل یغص لیعمل بعمل اهل الخیر سبعین سنة فاذا اوصی حاف فی وصیته فیختم له بشر عمله فیدخل النار، و ان الرجل لیعمل بعمل اهل الشر سبعین سنة فیعدل فی وصیته فیختم له بخیر عمله فیدخل الجنة"²

ترجمه: گاه کسی هفتاد سال نیکوکاری میکند اما چون وصیت میکند در وصیت ستم می ورزد و الله کار او را به شر ختم میکند و وی به دوزخ در می آید. اما گاه کسی هفتاد سال کار بدان انجام می دهد ولی چون وصیت میکند در وصیت عدالت می ورزد و خداوند کار او را به خیر ختم میکند و وی به بهشت در می آید.

چنانچه از ابن عباس رضی الله عنه روایت شده است که می فرماید: "الاضرار فی الوصیة من الكبائر"³.

رسول الله صلی الله علیه و سلم هم وصیت به بیش از ثلث میراث را برای غیر وارث منع فرموده، و وصیت برای وارث را نیز به هر مقدار که باشد ممنوع کرده است، مگر آن که وارثان به چنین وصیتی راضی باشند.

و گروهی از فقهاء به این نظر هستند که هنگامیکه انگیزه و باعث در تصرفات و وصیت اعتداء و انگیزه اساس شخص از ابرام چنین وصیت محض قصد ضرر به دیگران و ورثه باشد وصیت وی باطل میگردد. چنانچه امام ابن قیم جوزیه رحمه الله می فرماید: مقاصد و اعتقادات مدار اعتبار هستند قسمیکه در تصرفات و عبادات معتبر هستند در قربات و عادات نیز معتبر هستند بناء این قاعده شرعی است که هدم و برهم زدن آن جواز ندارد پس قصد و نیت و اعتقاد است که یک شی را

¹فتحی درینی، نظریه التعسف فی استعمال الحق، ص ۱۰۶.

²قبلا تخریج گردیده است.

³قبلا تخریج گردیده است.

حلال ، و حرام، و صحیح، و فاسد می‌گرداند . و دلیل این قاعده تفوق حصر است چنانچه الله متعال در کتاب خویش چنین می‌فرماید " من بعد وصیة یوصی بها أو دین غیر مضار " ¹.

که الله متعال متقدم و پیش کرده وصیت را بر میراث و قتی موصی قصد ضرر را نداشته باشد پس زمانیکه قصد وی ضرر به ورثه باشد وصیت وی باطل شمرده شده و تنفیذ نه می‌گردد. ²

گاهی شخص در وصیت دست به حیله سازی میزند که ظاهرشان فرمانبری و هدف از آنها گناه و ستم ورزیدن است چنانچه امام (فخرالدین رازی) ³ در تفسیر خود به آن اشاره نموده است منها:

۱- این که شخص در قالب اقراری دروغین به عقدی پیشین چون بیع و هبه و قرض و همانند آنها برای وارث وصیت کند.

۲- این که شخص در قالب اقراری دروغین به همین ترتیب برای غیر وارث به مقداری افزون بر ثلث وصیت کند.

۳- این که به ثلث یا کمتر از ثلث برای بیگانهای وصیت کند، اما هدفش از این وصیت نه تقرب به خداوند، بلکه کاستن از سهم ارث وارثان باشد.

۴- این که مثلاً برای پسر دختر خود وصیت کند تا بدین وسیله سهم دخترش را از آنچه خداوند برایش تعیین کرده است بیشتر سازد.

۵ - این که به وجود وارثی اجنبی اقرار کند تا بدین وسیله از سهم ارث وارثان بکاهد یا برخی را از ارث محروم سازد. ⁴

اینها همه حیله هایی هستند که ظاهرشان فرمانبری و هدف از آنها گناه و ستم ورزیدن است و خداوند حکم را بر حقیقت حیله بار کرده و برای هر که حیله کند یا کاری دیگر که حقیقتش حیله است عذابی سخت قرار داده، گرچه در دنیا بسته به قراین و بینه ها باشد.

¹سوره النساء، رقم آیت ۱۲
²اعلام الموقعین، ج ۳، ص ۹۵ - ۹۶.

³ابو عبد الله، محمد بن عمر بن الحسین بن الحسن، فخر الدین مشهور به امام رازی در سال 544 هـ ق چشم به جهان گشود و دروس ابتدایی را نزد پدر بزرگوار خود شیخ ضیاء الدین فرا گرفت. و از مولفات مشهور ایشان
البیان والبرهان فی رد اهل الزيغ والطغیان، نهایت العقول، المطالب العالیه، المحصول، المعالم، الملخص می باشد
سرانجام این خورشید علم و عمل در سال 606 هجری قمری وفات یافت. (وفیات الأعیان (248/4)، وسیر أعلام النبلاء (500/21)،
والوافی بالوفیات (175/4).

⁴امام رازی، تفسیر الفخر الرازی، ج 5، ص 234

نتیجه و خلاصه اینست که الله متعال حق وصیت را در حدود ثلث مال مشروع کرده تا وسیله از وسائل بر و نیکی و ثواب برای شخص گردد نه اینکه آنرا منحصراً وسیله ضرر به دیگران و ورثه قرار دهد که در این صورت شخص مرتکب معصیت شده چون حدود الهی را در حکم وصیت مراعات نکرده و مختلف مقاصد شارع را در استعمال حق وصیت مراعات نمی کند و به این شکل مرتکب جرم و کار ممنوع شده.

مبحث دوم : صورتهای تعسف در استعمال حق در بخش رضاعت و سرپرستی

مطلب اول : تعسف در استعمال حق سرپرستی اطفال

یکی از مهم ترین محاسن اخلاقی، سرپرستی ایتم و شفقت و محبت نسبت به آنان است. از این رو پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله و سلم که پیام آور رحمت است و خود نیز طعم تلخ یتیمی را چشیده نسبت به این موضوع شدیداً توصیه کرده و با بیانات مختلف در مناسبت های گوناگون، مسلمانان را در تکریم یتیمان ترغیب و تشویق فرموده اند و مردم را به سرپرستی آنها امر کرده و خود نیز عملاً عهده دار نگهداری و سرپرستی از یتیمان بوده است چنانچه ایشان می فرماید: "أنا وكافل الیتیم فی الجنة كهاتین" ¹ وأشار بأصبعیه یعنی : (السَّبَابَةُ والوسطی).

ترجمه : کسی که یتیمی را سرپرستی کند و عهده دار نفقه و مخارج او گردد، من و او در بهشت پهلوی یکدیگر هستیم. سپس انگشت سبابه و انگشت وسطی را پهلوی هم گذاشت و فرمود: مانند این دو که پهلوی یکدیگر هستند.

ولی قبل از اسلام بسیاری از مردم دختران یتیم را به عنوان تکفل به خانه خود برده و بعد با آنها ازدواج می کردند و اموالشان را تصاحب می کردند. اگر ناراحتی از آنها پیدا می کردند آنها را از خانه بیرون می کردند. ولی بعد از ظهور دین مقدس اسلام همه مردم از این کار منع شدن و دستور داد تا با یتیمان به عدالت رفتار صورت گیرد. در آیه سوم سوره (نساء) الله متعال می فرماید :

(وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مِمَّنِّي وَتِلْكَ أَرْبَعٌ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةٌ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ بَدَلُ الْإِلْحَادِ لِئَلَّا تَعْدِلُوا)²

¹ امام ترمذی، جامع ترمذی، کتاب البر والصله، باب ما جاء فی رحمه الیتیم و کفاله، رقم حدیث 1918، ص 323، حکم محدث (شیخ البانی) حدیث حسن صحیح.

² سوره نساء: رقم آیت 3

ترجمه : و اگر می ترسید که به هنگام ازدواج با دختران یتیم، عدالت را رعایت نکنید، پس از ازدواج با آنان چشم پوشی کنید و با زنان پاک دیگر ازدواج نمائید، دو یا سه یا چهار همسر؛ و اگر می ترسید عدالت را رعایت نکنید یک همسر بگیرید، و یا از زنانی که مالک آنها هستند استفاده کنید. این کار، از ظلم و ستم بهتر جلوگیری می کند.

مناسبت میان ذکر یتیمان و نکاح زنان در قول الهی (وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَّةَ وَرُبُعَ) در این است که زنان از لحاظ ضعف مانند یتیمان هستند. از جهت دیگر هم، گاهی دختر یتیم تحت سرپرستی ولی خود قرار دارد و ولی به مال و زیبایی او رغبت پیدا میکند و می خواهد که با او ازدواج کند بدون این که در پرداخت مهر عدالت را رعایت کند.¹ به همین دلیل از آن نهی شد و بعد تر در شان نزول به حدیث حضرت عایشه رضی الله عنها- نیز که در این مورد است، اشاره خواهد کرد.

چنانچه مفسر بزرگ ابو السعود رحمه الله میگوید: ترجیح امر نکاح با زنان در آیت (وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ) بر نهی از نکاح یتیمان، با وجودی که نکاح یتیمان مقصود ذاتی می باشد، لطف بیشتری در منصرف ساختن آنها از آن دارد، چون نفس انسان چنان آفریده شده که بر آنچه از آن منع شده، حریص است.²

الف : تعریف یتیم در لغت و اصطلاح

یتیم : در لغت به معنای مفرد و یکتا از هر چیز است، و در اصطلاح به کودکی که پدرش وفات کرده باشد، اطلاق می گردد.³

(الیتامی): جمع یتیم است و یتیم، کسی است که پدرش را از دست داد و باشد و مشتق از (يُتِمُّ) به معنای انفراد می باشد و (الدرّة الیتیمه) به معنای مروارید بی نظیر و گران بها نیز از همین ماده است: یتیم کسی است که پدرش می میرد و عجبی کسی است که مادرش می میرد و لطیم کسی است که پدر و مادرش می میرند. فرد تا زمانی یتیم به حساب می آید که به سن بلوغ برسد و هرگاه بالغ گشت، اسم یتیم از او زایل می گردد.⁴

ب: شأن نزول آیت کریمه

روی عن ابن شهاب قال: أخبرني عروة بن الزبير: أنه سأل عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم عن قول الله تبارك وتعالى: " وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ "، قالت: يا

¹ شیخ محمد علی صابونی، تفسیر آیات احکام، ج ۱، ص ۴۵۱.

² ابو السعود، ج ۱، ص ۳۱۴.

³ عمید حسن، فرهنگ عمید، واژه یتیم، چاپ نخست، ۱۳۸۹ش

⁴ شیخ محمد علی صابونی، تفسیر آیات احکام، ج ۱، ص ۱۵۹

ابن اُختی، هذه الیتیمه، تكون في حجر وليها تُشاركه في ماله، فيعجبه ماله وجمالها. فيريد وليها أن يتزوَّجها بغير أن يُقسط في صداقها، فيعطيها مثل ما يعطيها غيره، فنهوا أن ينكحوا إلا أن يقسطوا لهن، وبلغوا بهن أعلى سننهن في الصداق، وأمروا أن ينكحوا ما طاب لهم من النساء سواهن.

قال: عروة قالت عائشة: ثم إن الناس استفتوا رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بعد هذه الآية فأنزل الله: (وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ فِي يَتِمَى النِّسَاءِ الَّتِي لَا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ) ¹

ترجمه: از ابن شهاب روایت شده که از عروة بن زبیر روایت کرده است که گفت: در مورد آیه ی (وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الَّتِي مَتَّي) از حضرت عایشه رضی الله عنها. سؤال کردم. وی گفت: ای خواهر زاده! این دختر یتیم، کسی است که تحت سرپرستی ولی خود قرار دارد و در مال وی شریک است و ولی، از مال و زیبایی ی دختر خوشش می آید و میخواهد که با او ازدواج کند، بدون این که در مورد مهریه ی وی عدالت را رعایت کند و به او مثل مهریه ای را بدهد که به غیر او میدهد؛ به همین دلیل بود که چنین کسانی از این کار نهی شدند، مگر این که در حق آنها عدالت را رعایت کنند و بیشترین مقدار مهریه ی امثالشان را به آنها بدهند و امر شدند که با زنان دیگری غیر از آن یتیمان که از آنها خوششان می آید ازدواج کنند. بعد از نزول این آیت، مردم از پیامبر صلی الله علیه وسلم استفتا کردند و خدای متعال این آیه را نازل فرمود: (وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ فِي يَتِمَى النِّسَاءِ الَّتِي لَا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ)

ترجمه: از تو درباره زنان سؤال می کنند و نظر می خواهند. بگو: خداوند درباره آنان به شما پاسخ می گوید، و برای شما روشن می سازد آنچه را که در قرآن در زمینه میراث ایشان تلاوت می گردد؛ و نیز درباره زنان یتیمی سخن میراند که به خاطر مال یا جمال می خواهید با ایشان ازدواج کنید؛ ولی چیزی را که الله برای ایشان واجب نموده است (و مهریه نام دارد) برایشان نمی پردازید. ²

ج : وجه استدلال از آیت کریمه به منع تعسف در استعمال حق سرپرستی یتیمان

آیه فوق در این زمینه نازل شده که به سرپرستان ایتم دستور داده تا در صورتی با دختران یتیم ازدواج کنند که عدالت را به طور کامل درباره آنها رعایت نمایند، و در غیر این صورت از آنها چشم پوشی کرده و همسران خود را از زنان دیگر انتخاب نمایند.

¹ امام حافظ شهاب الدین احمد بن علی بن حجر عسقلانی، فتح الباری بشرح صحیح البخاری، ج ۸، باب شركة الیتم وأهل الميراث، ص 74، رقم حدیث 2494، دار الرسالة العالمية، بیروت، ط: اول، 2013م.

²سوره نساء : رقم آیت 127

پس آیت کریمه دلالت بر منع تعسف در استعمال حق سرپرستی یتیمان داشته و در اسباب نزول که در مورد این آیت نازل شده است بهتر و خوبتر این مسئله را بیان نموده لذا ولی و سرپرست یتیم اگر چی حق تزویج کسی را که در سرپرستی وی قرار دارد را داشته لکن در صورتیکه در این حق انحراف صورت گیرد و بر آن هدفی که حق ولایت مشروعیت یافته برآورده نشود ولی از تصرف منع میشود و اگر میخواست که با دختر یتیمی که در سرپرستی وی قرار دارد ازدواج نماید و از مال و زیبایی وی متأثر شده باشد پس باید در این صورت در پرداخت مهر وی اصل عدالت را در نظر گیرد و اگر مهر وی را پوره پرداخته نمیتواند از نکاح و ازدواج با آن منع شده و میتواند از خانم های دیگری که برای وی نکاح با آنها حلال است ازدواج نماید .

و در این همه حالات که انحراف در تصرف ولی یا سرپرست یتیمه نمایان شود حکم آن منع میباشد چون این مسؤولیت بر عهده ولی به شرط مصلحت یتیمه یا خانم ، و جلب منافع برایشان ، و رسیدن به حقوق ایشان و جهت دفاع و تحقیق عدل در حق ایشان به ولی سپرده شده است پس زمانیکه تصرف ولی در حقوق ایشان منجر به ازار و اذیت و وسیله سلب حقوق ایشان قرار گیرد و نتایج این تصرف ظلم و تعدی باشد پس منع بخاطر دفع ضرر و دفع ظلم از یتیمه میباشد.

که این صورت از صورتهای تعسف در استعمال حق بوده و تطبیق جهت قاعده (لاضرر ولا ضرار)¹ و (دفع مضره مقدم است بر جلب منفعت)².

و همچنان در قسمت دیگر این آیت اشاره به جواز نکاح دوم و سوم و چهارم به شرطه برقراری عدالت میان آنها صورت گرفته است و قسمیکه برای به ازدواج دادن یتیمه اصل عدالت شرط گذاشته شده بود به همان شکل برای جواز تعدد زوجات اصل عدالت شرط گذاشته شده است و اگر شخص با بیشتر از یک خانم ازدواج نماید ولی میان آنها عدالت را برقرار نتواند و در حق یکی از آنها کوتاهی نماید شخص مذکور گنجهکار شمرده شده اگر چی نکاح وی صحیح هم باشد.

بناء شریعت اسلامی نکاح با بیشتر از یک خانم یا تعدد زوجات را مشروع کرده و برای شخص اجازه داده تا بیشتر از یک خانم داشته باشد لکن این حق را مقید به قید عدالت و مساوات میان آنها ساخته پس در صورتیکه صاحب حق در استعمال حق خویش اصل عدالت را در نظر نه گیرد و از حق انحراف نماید در این صورت تا حد ممکن شخص مجبور به عدل کرده میشود چون هدف شارع از مشروعیت نکاح ایجاد مهر و مودت ، سکون و آرامش ، و زیادت و بقاء نسل میباشد پس زمانیکه از واقع شدن نکاح این اهداف شارع برآورده نشود و منجر به ظلم و جور ، جدال و وحشت گردد در این صورت در تصرف حق از غرضی که جهت آن مشروعیت یافته است انحراف به وجود آمده و در

صورت جهت برقراری عدالت و دفع ضرر شخص از ازدواج و تعدد زوجات منع شده و یا جهت برقراری عدالت مجبور کرده میشود.

د: بررسی قانون سرپرستی اطفال افغانستان

قانون سرپرستی اطفال در افغانستان، در ماه‌های پایانی ۱۳۹۲ پس از بحث‌ها و بررسی‌های اعضای مجلس سنای افغانستان و انجام برخی اصلاحات، سرانجام با ۱۱۷ رای موافق و هفت رأی مخالف به تصویب رسید. بر اساس این قانون سرپرستی کودکان فقط از طریق دادگاه‌های دولتی به خانواده‌ها واگذار خواهد شد. این در حالی است که تا پیش از تصویب این قانون، خانواده‌ها برای گرفتن سرپرستی به زایشگاه‌ها یا اماکن نگهداری از کودکان بی‌سرپرست مراجعه می‌کردند یا کودک را مستقیماً از خانواده‌هایی که توانایی سرپرستی آن را ندارند، تحویل می‌گرفتند. ثبت نشدن این روند در دادگاه و رسمی نبودن آن، سبب ایجاد زمینه‌هایی برای سوءاستفاده از کودکان شده بود. و به این طریق دولت تلاش کرده تا قانونی را به تصویب برساند که جلو چنین سوءاستفاده‌هایی از کودکان گرفته شود.

این قانون^۱ در بیست و هفت ماده و پنج فصل به تصویب رسیده است که حامد کرزی رئیس جمهوری پیشین جمهوری اسلامی افغانستان آنرا در سال 1392 به امضاء رسانیده است که قرار ذیل میباشد. فصل اول شامل احکام عمومی، هدف، مبنا، اصطلاحات میباشد. ماده اول: این قانون در روشنی حکم ماده پنجاه و چهارم قانون اساسی افغانستان وضع گردیده است. ماده دوم: اهداف این قانون عبارت اند از:

۱ - حمایت و کمک به اطفال یتیم و بی سرپرست و تأمین منافع مادی و معنوی آنها.

۲ - فراهم نمودن زمینه رشد، تربیت سالم، تعلیم و آموزش اطفال یتیم و بی سرپرست.

۳ - تأمین معیشت، صحت و سلامت جسمی و روحی اطفال یتیم و بی سرپرست.

۴ - تعیین سرپرست برای اطفال یتیم و بی سرپرست.

ماده سوم: اصطلاحات آتی در این قانون معانی ذیل را افاده می نماید:

۱ - سرپرستی طفل: تعهدی است که به منظور نگهداری، تعلیم، تربیت و تأمین مایحتاج مادی و معنوی طفل یتیم و بی سرپرست مطابق احکام این قانون صورت می گیرد.

^۱ رئیس جمهوری اسلامی افغانستان در مورد توشیح، قانون سرپرستی اطفال شماره: (۱۳۵) تاریخ: ۳/۱۲/۱۳۹۲ به تأسی از حکم فقرة (۶۱) ماده (۶۴) قانون اساسی افغانستان، قانون سرپرستی اطفال را که بر اساس فیصله شماره (۱۰۹) مورخ ۳۰/۱۰/۱۳۹۲ هیئت مختلط مجلسین شورای ملی بداخل (۵) فصل و (۲۷) ماده به تصویب رسیده است، توشیح نموده. این فرمان همراه با قانون و فیصله هیئت مختلط مجلسین شورای ملی در جریده رسمی نشر گردد.

۲- سرپرست: شخصی است که بصورت داوطلبانه تأمین و واریسی امور مندرج جزء (۱) این ماده را در مورد یک یا چند طفل یتیم و بی سرپرست مطابق احکام این قانون از طریق محکمه بعهده می گیرد.

۳- طفل بی سرپرست: طفلی است که یکی از والدین وی فوت یا غایب و یا هم ولی وی طبق حکم محکمه با صلاحیت فاقد شرایط حضانت اعلام شده باشد.

۴- طفل مجهول الهویه: طفلی است که نسب وی معلوم نباشد.

ماده چهارم: (۱) سرپرستی، حق ارث، نسب و محرمیت شرعی را ببار نمی آورد.

(۲) هر گاه طفل در دوره شیرخوارگی تحت سرپرستی قرار گرفته و یکی از اعضای خانواده

سرپرست به او شیر بدهد، در مورد وی حکم ماده (۲۳۵) قانون مدنی تطبیق می گردد.

فصل دوم این قانون شامل شرایط، حقوق و وجایب سرپرست میباشد که قرار ذیل است.

ماده پنجم: (۱) زوجین واجد شرایط ذیل می توانند سرپرستی طفل را بعهده بگیرند:

۱- مسلمان باشند.

۲- سن (۳۰) سالگی را تکمیل نموده باشند.

۳- از توانایی مالی برخوردار باشند.

۴- به جرایم اخلاقی و ضد حقوق بشری محکوم نگردیده باشند.

۵- از طرف محکمه از سرپرستی و نگهداری طفل ممنوع نگردیده باشند.

۶- از طرف محکمه به حجر محکوم نگردیده باشند.

۷- به امراض ساری و روانی مصاب نباشند.

۸- معلول نباشد، مگر اینکه معلولیت آنها مانع سرپرستی طفل نگردد.

۹- به مواد مخدر و الکول معتاد نباشند.

۱۰- به فساد اخلاقی مشهور نباشند.

۱۱- کسب اجازه ولی یا وصی در صورت موجودیت.

(۲) تبعه غیرمسلمان افغانستان می تواند سرپرستی طفل غیرمسلمان کشور را به اجازه محکمه

مطابق احکام این قانون به عهده بگیرد.

ماده ششم: طفل واجد شرایط ذیل تحت سرپرستی قرار گرفته می تواند:

۱- به سن رشد نرسیده باشد.

۲- ولی و وصی شرعی نداشته یا ولی و یا وصی وی فاقد توان سرپرستی بوده و یا به حکم محکمه

فاقد صلاحیت اعلام شده باشد.

۳- محارم شرعی طفل دختر علاوه بر حالت مندرج جزء (۲) این فقرة، از قبول سرپرستی وی ابراء ورزد.

۴- طفلی که والدین وی در حبس و یا توقیف قرار دارند.

۵- نگهداری طفل مجهول الهویه و یتیم فاقد ولی و وصی که در حدود احکام این قانون تحت سرپرستی اشخاص قرار نگیرد، به عهده دولت می باشد.

۶- وزارت کار و امور اجتماعی شهدا و معلولین مکلف است طفل شیرخوار مجهول الهویه و اطفال مندرج فقره‌های ماده را در یکی از پرورشگاه های دولتی یا مؤسسات خیریه ثبت شده تحت سرپرستی قرار داده و همزمان راپور آنها جهت تثبیت هویت به اداره ثبت احوال نفوس وزارت امور داخله ارسال نماید.

ماده هفتم: (۱) حقوق و وجایب متقابل سرپرست و طفل از لحاظ نگهداری آداب معاشرت، احترام و شفقت، شبیه حقوق و وجایب دینی و قانونی بین والدین و اولاد است.

(۲) سرپرست، مطابق احکام این قانون، مسئولیت ولی و وصی را داشته، در مسایل مدنی از مصالح طفل تحت سرپرستی خویش حمایت و از الحاق ضرر به وی اجتناب و دفاع می کند.

(۳) سرپرست نمی تواند طفل را مورد لت و کوب یا تعذیب جسمی یا روانی قرار داده و یا بکارهای غیرمجاز یا شاقه بگمارد.

(۴) سرپرست مکلف است زمینه تعلیم و تحصیل یا آموزش های فنی و حرفوی را برای طفل فراهم نماید.

(۵) سرپرست طفل می تواند دارائی منقول یا غیرمنقول خود را مطابق احکام قانون به طفل تحت سرپرستی خود اهدا یا هبه نماید.

ماده هشتم: سرپرست نمی تواند در مورد عمد نکاح طفل تحت سرپرستی خود قبل از رسیدن وی به سن قانونی ازدواج و رضایت کامل او، تصمیم اتخاذ نماید.

ماده نهم: (۱) زوجین واجد شرایط مندرج ماده پنجم این قانون می توانند، درخواست خود را جهت سرپرستی یک و یا چند طفل به محکمه با صلاحیت ارایه نمایند.

(۲) هر گاه درخواست دهنده مندرج فقرة (۱) این ماده قبلا با طفل مورد نظر شناسائی داشته یا یکی از اقارب وی باشد، مشخصات طفل را درج درخواست نماید.

(۳) درخواست دهنده مکلف است، اسناد مثبتة عواید و دارائی خود را که مبین توانائی مالی او باشد، ضمیمه درخواست نماید.

ماده دهم: در صورت تعدد درخواست کنندگان، محکمه می تواند با نظر داشت احکام این قانون و منافع و مصلحت طفل به ترتیب ذیل به درخواست کنندگان، حق تقدم بدهد:

- ۱- اقارب نسبی طفل از عصابات با رعایت درجه قرابت.
 - ۲- اقارب طفل از ذوی الارحام با رعایت درجه قرابت.
 - ۳- زوجین ی که اولاد ندارند.
 - ۴- زوجین ی که قبلا طفلی دیگری را طور موفقانه سرپرستی کرده اند.
- ماده یازدهم: والدین ی که توانائی تأمین نفقه طفل را نداشته باشند، می توانند به یکی از اقارب یا زوجین که متمایل به سرپرستی طفل باشند، مطابق احکام این قانون طفل خود را تحت سرپرستی قرار دهند.
- فصل سوم این قانون شامل اجراءات قضایی و تصمیم محکمه میباشد.
- ماده دوازدهم: محکمه بعد از دریافت درخواست سرپرستی طفل، شرایط درخواست کننده سرپرستی طفل را طبق حکم مندرج ماده پنجم و وضعیت طفل را مطابق حکم مندرج ماده ششم این قانون تشخیص و تثبیت نموده و در مورد تصمیم اتخاذ می نماید.
- ماده سیزدهم: (۱) درخواست کننده سرپرستی طفل، مکلف است موارد ذیل را تعهد نماید:
- ۱- عدم سوء استفاده یا بهره کشی از طفل.
 - ۲- رعایت احکام شریعت، آداب و اخلاق اسلامی قوانین در خصوص طفل تحت سرپرستی.
 - ۳- تعهد مبنی بر واری و مواظبت از طفل در حدود احکام این قانون.
 - ۴- ارائه گزارش سالانه و عندالضرورت از وضعیت طفل به محکمه.
- (۲) سرپرست تعهد می کند که در هیچ صورت در امر سرپرستی طفل اهمال و غفلت نکرده بدون استیذان محکمه از ایفای تعهدات خود صرف نظر نمی نماید.
- ماده چهاردهم: (۱) محکمه در هر حالت منفعت و مصلحت طفل را متقدم شمرده و می تواند علاوه بر شرایط مندرج این قانون، سرپرست را ملزم به رعایت شرایط دیگری نیز نماید.
- (۲) محکمه شکایات اقارب طفل را استماع نموده و در زمینه از سرپرست توضیحات مطالبه و مطابق مصالح طفل، تصمیم مقتضی اتخاذ می نماید.
- ماده پانزدهم: محکمه می تواند در صورت لزوم قرار مبنی بر سرپرستی طفل را برای یک دوره آزمایشی، الی مدت شش ماه صادر نماید.
- ماده شانزدهم: (۱) محکمه می تواند بعد از اخذ معلومات و گزارش سرپرست در پایان بررسی های لازم، دوره آزمایشی را تمدید و یا قرار سرپرستی را الی رسیدن طفل به مرحله رشد، صادر نماید.
- (۲) محکمه مکلف است، قرار سرپرستی در مورد طفل مجهول الهویه را به اداره ثبت احوال نفوس و بررسی امور خارجیان وزارت امور داخله به منظور ثبت ارسال نماید.

ماده هفدهم: سرپرست نمی تواند طفل را به خارج از کشور با خود ببرد، مگر اینکه اجازه محکمه با صلاحیت را در مورد کسب نموده باشد.

(۱) محکمه حین صدور اجازه مصلحت طفل را در نظر می گیرد.

(۲) در صورت اجازه مبنی بر خروج طفل از کشور، سرپرست مکلف است، گزارش خود را در مورد اوضاع و احوال طفل در سال یکبار به نمایندگی سیاسی یا قونسل افغانستان ارایه نماید.

(۳) نمایندگی سیاسی یا قونسل افغانستان مکلف است، در صورتیکه مصالح طفل به خطر مواجه باشد، موضوع را از طریق وزارت امور خارجه به محکمه مربوط ارایه نماید.

فصل چهارم شامل همچون قضایا انصراف و فسخ سرپرستی بوده که قرار ذیل میباشد:

ماده هجدهم: سرپرست و اولیای طفل تحت سرپرستی می توانند درخواست خویش را مبنی بر انصراف یا فسخ تعهد به محکمه با صلاحیت، ارایه نماید.

ماده نوزدهم: (۱) هر گاه سرپرست، تقاضای فسخ قرار سرپرستی طفل را نماید، محکمه با نظرداشت مصلحت و منافع طفل و دلایل درخواست کننده، قرار سرپرستی طفل را فسخ می نماید.

(۲) طفل می تواند در حال صحت جسمی و روانی بعد از اكمال سن مندرج جزء (۲) ماده ششم این قانون به دوام زندگی خود همراه با سرپرست یا پایان دادن به آن، در حضور محکمه توافق نماید.

(۳) در صورت فسخ قرار سرپرستی، موضوع به اطلاع اقارب طفل رسانیده شده محکمه راجع به سرنوشت آینده طفل تصمیم لازم اتخاذ می نماید.

ماده بیستم: (۱)، هر گاه سرپرست یکی از شرایط مندرج ماده پنجم این قانون را از دست بدهد یا فوت نماید، محکمه قرار سرپرستی را فسخ و طفل را به پرورشگاه دولتی یا مؤسسه خیریه ثبت شده، تسلیم می نماید.

(۲) هر گاه رابطه زوجیت سرپرست منحل گردد، محکمه با نظرداشت اصل تقدم منفعت و مصلحت طفل می تواند، طفل را به یکی از آنان یا سرپرست دیگری که واجد شرایط باشد یا به پرورشگاه یا مؤسسه خیریه ثبت شده، تسلیم نماید.

ماده بیست و یکم: محکمه می تواند قرار سرپرستی طفل را که مطابق احکام مندرج این قانون صادر گردیده است در موارد ذیل لغو و سرپرست را طبق احکام قانون مجازات نماید.

۱- در صورت بد رفتاری، لت و کوب، تعذیب جسمی یا تهدید.

۲- در صورت عدم رعایت احکام مندرج ماده هفتم این قانون.

۳- در صورت سوء استفاده از طفل یا معتاد نمودن وی، به مواد مخدر و الکول.

۴- در صورت اجبار طفل به عمل گدایی یا کار شاقه و یا بهره کشی جنسی و تهیه فلم و تصاویر منافی اخلاقی و امثال آن.

۵- در صورت تشویق طفل به همکاری در باندها یا فعالیتهای جنایتکارانه، قاچاق انسان، مواد مخدر یا گروه های تروریستی و تشویق به فحشا و سایر اعمال غیر قانونی.

فصل پنجم که شامل احکام نهائی و منع مطالبه مصارف سرپرستی و غیره مسائل میباشد.

ماده بیست و دوم: سرپرستی طفل داوطلبانه و تبرعی و مجانی بوده، سرپرست نمی تواند مصارف دوره سرپرستی طفل را مطالبه نماید.

ماده بیست و سوم: (۱) هر گاه فرار طفل نزد سرپرست متصور باشد او مکلف است، به محکمه مربوط اطلاع دهد.

(۲) محکمه می تواند در حالت مندرج فقره (۱) این ماده با در نظر داشت مصلحت و منفعت طفل قرار سرپرستی طفل را فسخ و قرار تسلیمی وی را به یکی از پرورشگاه های دولتی یا مؤسسات خیریه ثبت شده، صادر نماید.

(۳) محکمه مکلف است نقل کاپی قرار سرپرستی طفل را که به پرورشگاه دولتی یا مؤسسه خیریه ثبت شده صادر می نماید، به وزارت کار و امور اجتماعی، شهدا و معلولین ارسال نماید.

۴- وزارت کار و امور اجتماعی، شهدا و معلولین مکلف است وقتاً فوقتاً از اطفال تحت سرپرستی پرورشگاه های دولتی یا مؤسسات خیریه ثبت شده، نظارت نموده و گزارش آنرا به محکمه مربوط ارایه نماید.

ماده بیست و چهارم: اشخاصی که قبل از انفاذ این قانون، اطفالی را تحت سرپرستی گرفته اند و واجد شرایط مندرج ماده پنجم این قانون باشند، مکلف اند در خلال مدت یکسال بعد از انفاذ این قانون درخواست سرپرستی خویش را به محکمه مربوط ارایه نمایند.

ماده بیست و پنجم: قرار محکمه مبنی بر سرپرستی طفل در وثیقه که شکل و محتوای آن از طرف ستره محکمه تصویب می گردد، درج می شود و یک نقل وثیقه جهت آگاهی به وزارت کار و امور اجتماعی، شهدا و معلولین فرستاده می شود.

ماده بیست و ششم: وزارت کار و امور اجتماعی شهدا و معلولین می تواند به منظور تطبیق بهتر احکام این قانون، مقرره ها را پیشنهاد و لوایح و طرز العمل ها را وضع نماید.

ماده بیست و هفتم: این قانون یکماه بعد از نشر در جریده رسمی نافذ می گردد^۱.

نظر باحثه: باید گفت که وضع همچون قوانین که مواد و محتوی آن خلاف مقاصد شریعت و اغراض شریعت اسلامی نباشد و در محدوده شریعت باشد اقدام نیک بود تا دست خلاف کاران و سوء استفاده کاران و ظالمان را قطع و کوتاه کند و اطفالی که از مهر و محبت خانواده محروم هستند تحت سرپرستی افراد نیکو قرار گیرند و انسان های هدفمند به جامعه تقدیم گردند.

^۱قانون سرپرستی اطفال،

مطالب دوم: تعسف در استعمال حق رضاعت

خداوند متعال هر دوی والدین را از این که سبب طفل به هم ضرری برسانند، بر حذر می دارد؛ بنابراین، برای مادر حلال نیست که به خاطر ضرر رساندن به پدر، از شیر دادن به طفل امتناع کند و مثلاً به او بگوید: دایه ی دیگری برای او بگیر و برای پدر نیز حلال نیست که با وجود رغبت مادر به شیر دادن به طفل، طفل را از مادر جدا نماید و به این وسیله و به سبب طفل، هر کدام از والدین موجبات خشم و ناراحتی دیگری را فراهم سازند. چنانچه الله متعال در کتاب خویش چنین می فرماید: (وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَمِّمَ الرِّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وِلْدَةٌ بِوَالِدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ)¹

ترجمه: و مادران باید فرزندان خود را دوسال تمام شیر دهند. این دستور برای کسی است که بخواهد دوران شیر خوارگی را تکمیل کند. و بر آن کس که فرزند برای او متولد شده یعنی پدر لازم است خوراک و پوشاک مادران را بطور شایسته در مدت شیر دادن بپردازد هیچ کس جز به اندازه توانایی اش مکلف نمی شود. نه مادر به خاطر فرزندش و نه پدر به سبب فرزندش باید زیان ببیند.

الف: تعریف رضاعت در لغت و اصطلاح

در لغت: مکیدن (و نوشیدن) شیر از پستان.

در شرع: مکیدن شیر از پستان زن توسط بچه در وقت مخصوص، یا رسیدن شیر به معده کودک. رضاعت از زمان تولد کودک تا پایان دوره شیرخواری او (دوسالگی) ادامه دارد، و یک کودک در صورتی فرزند رضاعی یک زن میشود که در همان دو سال اول عمرش از پستان او شیر خورده باشد.

ب: وجه استدلال به آیت کریمه جهت منع تعسف در استعمال حق رضاعت

آیت کریمه دلالت بر آن میکند که رضاع حق مادر بود و او احق تر و اولی تر است نسبت به دیگران جهت رضاعت طفلش به سبب رفق و مهربانی که نسبت به طفل دارد اگر به همان چیزی که به زن اجنبی جهت رضاعت پرداخت می نماید راضی باشد.

که امام جصاص رازی رحمه الله در تفسیر این آیت چنین بیان کرده: مادر احق تر و اولی است جهت رضاعت طفل خویش و این قول خود را با این سخن الهی تاکید بخشیده و "لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بوالده" و چنین گفته اگر مادر به آنچه که به کسی دیگر جهت رضاع دفع و پرداخته میشود رضایت داشته باشد پس برای پدر درست نیست که جهت رساندن ضرر برای مادر رضاع طفل را

¹سوره بقره، رقم آیت ۲۳۳

به کسی دیگر بپردازد. و تعلیل آن ظاهر و آشکار است چون مادر نسبت به طفل مهربان تر است از دیگران و همچنان شیر مادر جهت تغذیه و تنمیه طفل بهتر از شیر دیگران است.¹

و همچنان آیت صراحت بر نهی کردن پدر از رساندن ضرر به مادر از طریق اساعت و تعسف در استعمال حق ولایت بالای پسرش داشته و لذا برای پدر جواز ندارد اینکه دور کند طفل را از مادر وقتی مادر به رضاع طفل اش بشکل مجانی رضایت داشته باشد و یا هم به آنچه که به کسی دیگر جهت رضاع دفع و پرداخته میشود رضایت داشته باشد.²

و همچنان آیت کریمه صراحت دارد بر نهی کردن مادر از تعسف در استعمال حق رضاعت طفل جهت رساندن ضرر به پدر و زمانیکه مادر مطلقه و عدت آن تمام شده باشد اینکه طلب اجره نماید جهت رضاعت و کسی دیگر جهت رضاع مجانی حاضر باشد و یا خواهان اجره بیشتر باشد و این همه از آن جهت باشد که به پدر ضرر برساند که در این حالت این کار وی شامل قصد ضرر و مضره میباشد پس جهت دفع ضرر و مضره رضاعت طفل به کسی دیگر داده میشود ولی حق حضانت از وی گرفته نمیشود اگر ازدواج نکرده باشد که در این حکم توفیق میان مصلحت طفل در تغذیه وی و مصلحت پدر در عدم الزام به اجره معین در صورتیکه زنی بشکل تبرع حاضر به رضاع موجود باشد و یا دفع اجره برای کسی که به اقل راضی شده باشد است و در این ضرر به مادر هم نمی رسد چون طفل در حضانت وی قرار داشته پس اگر خواسته و رغبت داشته باشد میتواند به طفل شیر بدهد چون در امکانت وی این کار است.

پس به شکل خلاصه میتوان چنین گفت که آیت کریمه هم مادر و هم پدر را منع کرده اینکه به سبب حقوق که در قبال طفل دارند به رساندن ضرر یکدیگر بپردازند و حقوق که برایشان داده شده آنرا وسیله ضرر یکدیگر قرار داده و در حقوق خویش به استعمال تعسفی بپردازد و باید مصلحت ولد همچنان از این اضرار حمایت گردد. لذا این آیه کریمه در شریعت اسلامی اصلی از اصول نظریه تعسف در استعمال حق را تشکیل میدهد.

و در قول الهی (لا تضار والده بولدها و لا مولود بولده) ولد به پدر و مادر اضافه شده است: (والده بولدها) و (مولود له بولده) و این، برای طلب شفقت و عطوفت است زیرا فرزند از والدین بیگانه نمی باشد، یکی مادر او دیگری پدرش است، پس حق دارد که بر او شفقت داشته باشند و عداوت میان آن ها، سبب ضرر رساندن به وی نشود. علامه ابوالسعود می گوید: اضافه ی ولد به هر دوی

¹ امام ابی بکر علی رازی الجصاص، احکام القرآن، تحقیق: محمد صادق قمحوی، دار الاحیاء التراث العربی، بیروت لبنان، ج2، ص108، 1992م.

² احمد بن ابی بکر قرطبی، الجامع الاحکام القرآن، تحقیق: عبدالله بن عبد المحسن ترکی، موسسه الرساله، بیروت لبنان، ط اول، ج4، ص166، 2006م.

والدین، به دلیل جلب عطوفت والدین به فرزند و تذکر این نکته می باشد که حق و شایسته آن است که والدین هر دو نسبت به مصلحت و تربیت بچه توافق و اقدام کنند و نباید که به او و یا به سبب او به هم دیگر ضرر برسانند.¹

ج: آیا شیر دادن مادر به طفل، واجب است؟

بعضی از علما معتقدند که با توجه به ظاهر آیت: (وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ) شیر دادن مادر به طفل، واجب است، زیرا این جمله، امر است که با صیغه ی خبری بیان شده است؛ یعنی باید مادران به بچه های خود شیر بدهند.

مذهب امام مالک این است: رضاع و شیر دادن در حال زوجیت، بر مادر واجب می باشد، چرا که رضاع حقی بر مادر است، اگر زوجه باشد، یا بچه شیر خانم دیگری را نخورد، یا پدر معدوم باشد. اما با استناد به عرف، خانم شریف و با اصل و نسب را استثناء کرده اند. اما خانمی که مطلقه ی بائن باشد، رضاعی بر او راجب نیست و رضاع بر عهده ی شوهر می باشد، مگر این که خانم مطلقه بخواد که خودش به بچه اش شیر بدهد که در این صورت وی مستحق تر است و البته، حق دریافت اجرت المثل هم دارد.²

اما جمهور فقها معتقدند که امر وارد شده در این جا بر مستحب بودن آن دلالت دارد و بر مادر واجب نیست که بچه اش را شیر دهد، مگر اینکه خود او به عنوان دایه ی شیرده تعیین شود؛ یعنی بچه پستان خانم دیگری را نگیرد، یا پدر قادر به اجیر کردن دایه ای برای شیر دادن به بچه نباشد، یا این که پدر قادر باشد ولی دایه ای پیدا نکند. اینها به قول الله متعال استناد میکنند که می فرماید: (وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمْ فَمَشْرُوعٌ لَهُ أُخْرَى)³ و اگر شیر دادن واجب می بود، شرع وی را به آن مکلف می ساخت و به این دلیل شیر دادن برای مادر مستحب می باشد که شیر مادر برای طفل بهتر است و شفقت و دلسوزی مادر بر او بیشتر می باشد.⁴

¹ علامه ابو السعود، ارشاد العقل السليم، ج 1، ص 176.

² قرطبی، الجامع لأحكام القرآن، ج 3، ص 161.

³ سوره طلاق: رقم آیت 6

⁴ شیخ محمد علی صابونی، تفسیر آیات احکام، ج 1، ص 357.

مبحث سوم: آثار و جزاء های تعسف در استعمال حق

مطلب اول: آثار واحکام تعسف در استعمال حق

تعیف در استعمال حق تحت فعل مضار که یکی از مصادر حق محسوب شده درج می‌گردد که به اساس تعسف در استعمال حق یک سلسله حقوق و آثار واحکام نشأت می‌یابد که قرار ذیل است:

۱- ازاله و رفع کردن ضرر عینا . مانند منهدم کردن بنا یا تعمیری که بشکل ملاصق با همسایه قرار داشته و مانع و سد نور و هواء بوده و یا هم بند کردن کلکین که صاحبش آنرا بطرف صحن و حویلی همسایه باز کرده باشد و در نتیجه باعث ضرر و مزاحمت به همسایه گردد.

۲- تعویض ضرر هنگامیکه به اثر تعسف تلف شده باشد خواه مال باشد یا عضو و یا نفس.

۳- ابطال تصرف که به اساس تعسف استعمال حق مرتب گردیده باشد. مانند ابطال نکاح تحلیل، و بیع عینه، و وصیت مضار یا ضرر رساننده به ورثه.

۴- منع شدن از ممارست حق در صورت وجود تعسف در استعمال حق. مانند منع شدن زوجه از سفر با زوج در صورتیکه زوج قصد ضرر رساندن زوجه را به اساس این سفر کرده باشد.

۵- معین شدن تعزیر . مانند دعاوی که جهت تشهیر و خراب کردن شهرت افراد با نفوس و با شرف باز می‌گردد.

۶ - اجباری نمودن یک فعل . مانند اجبار کردن تجاران به خرید و فروش به نرخ و قیمت معین و یا اجبار کردی کارگران به انجام کار به اجره مثلی.¹

¹ و هبه زهیلی، فقه الاسلامی وادلته، ج ۹، ص ۴۷

مطالب دوم: جزاء های دنیوی جهت تعسف در استعمال حق

شریعت اسلامی جهت هدایت و رهنمایی بشریت فرستاده شده که از ویژگی ها این شریعت این است که گاهی به اساس ترغیب پیروان خویش را جهت رسیدن به فوز و کامیابی و حصول رضی الله ترغیب کرده و هنگام مخالفت صورت گیرد الله متعال برایشان به شیوه ترهیب بیان میکند تا اینکه رستگار گردد. و تعسف در استعمال حق نیز همین امور محسوب میشود چنانچه

در جریان بحث به این مسئله پی بردم که تعسف امر ممنوع بوده هم در شرع و هم در قانون با توجه با هدفی که حقوق برای آن قانونگذاری شده مغایرت دارد و ویژگی و صفت مشروعیت را از حق میگیرد چون متعسف در استعمال حق در جایگاه و موقعیتی قرار میگیرد که قانون از وی حمایت و محافظت نمی کند و زمانی که تعسف شخص در استعمال حق ثابت شود به گونه ای که منجر به آسیب رساندن به دیگران به طور فردی شود و یا گروهی مجازات می شوند، چه در شرع و چه در قانون باشد یعنی اینکه شخص مسئولیت کار و رفتار خود را بر عهده خواهد گرفت و سرزنش می شود زیرا این مسئولیت به وجه عام در حالتی است که فرد مورد سرزنش و تنبه قرار میگیرد به سبب عمل خویش.

جزاء های دنیوی

اولا: جزاء عینی

جزاء عینی را به دو قسم تقسیم میکنم

1- جزاء عینی در تصرفات قولی

2- جزاء عینی در تصرفات فعلی

الف- جزاء عینی در تصرفات قولی: و مراد از این عقود تعسفی بوده مانند نکاح تحلیل، و بیع عینه، و وصیت مضار یا ضرر رساننده به ورثه، و هبه صوری در نهایت سال جهت اسقاط زکات. که جزاء همه آن ابطال میباشد. و گاهی ممکن جزاء فرد اجبار به انجام یک فعل شود مانند محترک که به بیع به ثمن مثل و معین اجبار کرده میشود جهت دفع تعسف و متضرر شدن اجتماع. و به همین شکل حرمان سفیه از تصرف در مالش جهت حمایت مصلحت وی.

ب: جزاء عینی در تصرفات فعلی: و آن به این شکل صورت میگیرد که قبل از وقع ضرر بشکل مباشر سبب ضرر منع کرده میشود، و یا اینکه بعد از وقوع ضرر جهت برداشتن ضرر و یا قطع سبب ضرر اقدام صورت میگیرد تا از استمرار ضرر در مستقبل منع صورت گیرد بناء بشکل فعلی شخص از استعمال حق اش منع کرده میشود.

پس زمانیکه شخصی در ملک خود اقدام به ساختن حائط یا دیواری را کند که سبب منع انتفاع همسایگان وی بشکل معتاد گردد طوریکه گرمای آفتاب و مانع وزیدن هواء گردد در این صورت حائط و یا دیوار به اندازی که این ضرر برداشته میشود منهدم میشود تا اینکه ضرر فاحش از بین برود.

و به همین طور اگر شخصی چاه را در زمین خود حفر کند و به سبب آن آب چاه همسایه وی خشک شود در این صورت امر به ردم بند کردن آن میشود جهت رفع و دفع ضرر.¹

ثانیا: جزاء مالی یا جزاء (تعویضی)

زمانیکه ضرر مادی فعلا واقع شود بالای متسبب لازم است که این ضرر را درک و یافت کند و به ازاله آن بپردازد چون ضرر بقرر امکان دفع میشود و اگر ازاله و از بین بردن آن عینا ممکن نبوده پس باید در این صورت به تعویض مالی عادل پرداخته شود و قبلا هم بیان کردیم که سبب آن قطع میشود و منع از آن جهت صورت میگیرد تا ضرر استمرار نیابد در مستقبل.²

بناء تعویض برای کسانی که در حق ایشان تصرف تعسفی صورت گرفته ثابت میشود خواه این ضرر مادی باشد یا معنوی مثلا کسی که زمین زراعتی همسایه خود و یا مال وی را تلف کند و در آن قصد ضرر به همسایه را داشته باشد بالای متعسف تعویض مالی لازم شده چون سبب الحاق ضرر به دیگران شده است .

اما ضرر معنوی و ادبی عبارت از آن ضرری است که بر شخص در امور و حقوق غیر مالی و یا در مصلحت غیر مالی ملحق شده و عموما این ضرر بر کرامت ، شعور ، و اعتقادات دینی شخص مرتب میشود.³

و برای این نوع ضرر تعویض مالی محدد وجود نداشته به سبب مشکل بودن ضبط تقویم آن و شریعت از اینکه در مقابل این نوع ضرر مال دفع شود منع صورت نگرفته و فیصله همچون قضایا را به تقدیر و سلطه قاضی سپرده که مطابق و مناسب فیصله کند.⁴

ثالثا : جزاء تعزیری

جزاء های تعزیری آنست که اختیار تعیین آن به ولی الامر سپرده شده پس برای او لازم است تا عقوبت تعزیری را جهت معصیت که در شان آن شریعت حدی را مقرر نکرده فیصله نماید که این تعزیرات به اساس اشخاص و ظروف ایشان فرق میکند.¹

¹فتحی درینی، نظریهالتعسف فی استعمال الحق، ص ۲۸۸-۲۸۹.

²فتحی درینی، نظریهالتعسف فی استعمال الحق، ص ۲۹۰.

³د بلحاج العربی، مرجع سابق، ج ۱، ص ۷۲.

⁴مجیدی العربی، نظریهالتعسف فی استعمال الحق، بحث متقدم لنیل درجه الماجستر، ۲۰۰۲، ص ۱۱۵

مطلب سوم: جزاء اخروی جهت تعسف در استعمال حق

از امتیازات شریعت اسلامی که آنرا متمایز از دیگر شرائع میسازد اینست که بر بواعث و انگیزه های ، و نیات غیر مشروع جزاء های اخروی را مرتب ساخته است و قصد ضرر به دیگران و حائل واقع شدن بین احکام شریعت گناهی و اثم است که بر علاوه جزاء دنیوی، جزاء اخروی نیز به آن مرتب می گردد بلکه جزاء اخروی اصل میباشد چون شریعت اسلامی ترکیب بیشتر و بیشتر به ساختن عقیده دینی دارد قسمیکه به فکره حلال و حرام اولویت داده و بعد از آن قواعد که ملزم آن است آنرا وضع کرده است لذا نظام اسلام نظام روحی و مدنی هر دو است

خاتمه

خاتمه تحقیق خویش را در چند نقطه بشکل خلاصه بیان میدارم:

- 1- حق عبارت از اختصاصی است که شریعت به آن از جهت سلطه و تکلیف اقرار داشته.
 - 2 - علماء قانون وضعی در مورد تعریف حق اختلاف نظر داشته و به چهار مذهب در این مورد تقسیم شده اند که مذهب راجع مذهب حدیث یا اتجاه تسلط و اختصاص میباشد. و تعریف را که اصحاب این مذهب تقدیم نموده اینست که : حق عبارت از اختصاص و استثنای شخص به ارزشهای مالی و ادبی معین که قانون آنرا به فرد اعطاء نموده میباشد.
 - 3 - منشاء نظریه حق را در فقه اسلامی به اساس رسالت الهی بنیاد نهاده شده و مصدر آن وحی الهی میباشد.
 - ولی منشاء حق در قوانین وضعی با نشات انسان و مجتمع انسانی ارتباط داشته چون اجتماع انسانی به وجود آورنده و سبب نشات نظریه حق گردیده است و در قانون وضعی جهت منشاء نظریه حق دو مذهب وجود دارد مذهب فردی و مذهب تضامن یا همبستگی اجتماعی.
 - 4 - تعسف عبارت از استعمال حق به نیت الحاق ضرر به دیگران بدون اینکه به صاحب حق در آن مصلحتی موجود باشد تعسف نامیده میشود.
- تعیین در استعمال حق عبارت اند از: مخالفت قصد شارع در تصرف که حسب اصل شرعا به آن اجازه داده شده است.

¹فتوحی درینی، نظریه تعسف فی استعمال حق، ص ۲۹۰.

5- فرق میان تعسف در استعمال حق و تجاوز و تعدی از حق اینست که تعسف در استعمال حق شامل تصرفاتی می‌گردد که در ذات خود مشروع بوده و در دایره حق داخل می‌باشد در حالیکه تعدی و تجاوز خارج از دایره حق بوده که آن فعل در اصل مشروعیت شرعی نمی‌داشته باشد.

6 - و تکلیف فقهی نظریه تعسف در استعمال حق را اصولین مانند امام شاطبی رحمه الله از باب تعدی به طریق تسبب شدن پنداشته است.

7 - و تکلیف قانونی نظریه تعسف در استعمال حق اغلب علماء قانون در مورد تکلیف و اساس نظریه تعسف در استعمال حق را استوار به فکره خطاء و داخل چارچوب دائره مسؤولیت تقصیری پنداشته اند.

8 - نظریه علماء معاصر در مورد نظریه تعسف اینست که:

نظریه تعسف از باب تعدی به طریق تسبب نبوده و معیار های تعدی بالای نظریه تعسف قابل تطبیق نمی‌باشد و این نظریه یک نظریه مستقل بوده که دارای مبانی و معاییر خاص خود می‌باشد.

9 - عدم مشروعیت تعسف در استعمال حق و ضرر رساندن به دیگران به اساس دلایل قرآنی، احادیث مطهر رسول الله صلی الله علیه وسلم، اقوال صحابه رضی الله عنهم، و قواعد فقهی توضیح و بیان گردیده است.

10 - فقهاء اسلامی و علماء قانون در ارتباط با این نظریه دو معیار اساسی را جهت تعسف در استعمال حق تعیین نموده اند که این دو معیار به مثابه محوری بوده که حول آن تحدید تعسف در استعمال حق می‌چرخد. و این دو معیار عبارت معیار شخصی (ذاتی) و دوم معیار مادی (موضوعی) می‌باشد.

11- مجال تطبیق نظریه تعسف در استعمال حق خیلی وسیع بوده که احوال شخصی، معاملات، و حق ملکیت از جمله بارزترین آنها تشکیل می‌دهد.

12- نامزدی توافق و عهد جایز جهت تعهد برای انعقاد عقد نکاح در آینده می‌باشد که طرفین، حق انحلال و فسخ آن را در هر شرایطی دارا می‌باشند و در هنگام عدول جمهور علمای فقه در مورد استرداد مهر اتفاق نظر دارند که در صورت انصراف از نامزدی به هر صورت که باشد خواه فسخ تعسفی باشد یا با سبب مرد حق استرداد مهر را دارد. زیرا مهر آثار حقوقی عقد ازدواج می‌باشد و جبران خسارت مسؤولیت مدنی ناشی از برهم زدن نامزدی در فقه اسلامی سابقه چندان ندارد و این بحث پس از تدوین مقررات در کشورهای اسلامی رایج شده است.

برخی از نویسندگان مسلمان گفته اند: نامزد پشیمان به جبران خسارت ملزم می‌شود زیرا نامزدی توافق الزام آوری است که هر یک از دو طرف را به اجرای عقد نهایی (ازدواج) در وقت مناسب

پای‌بند می‌کند. به همین دلیل عدول از وفای به این پیمان موجب خسارت مادی و معنوی است مگر اینکه متخلف برای عدول خویش سبب معقولی را ارایه و وجود آن را اثبات کند.

13 - از ساحه تطبیقات دیگری این نظریه را تعسف در استعمال حق وصیت تشکیل داده که حالت های ضرر بار وصیت و اثر تعسف در آن زمانی آشکار میگردد که شخص برای وارث خویش وصیت نماید. صورت دیگر آن وصیت نمودن به بیشتر از ثلث مال میباشد و صورت سوم آن وصیت در حدود ثلث با قصد ضرر به ورثه میباشد و این حالت از صورت های بارز تعسف شمرده میشود که ممکن موصی وصیت را به شروط موضوعی مقید سازد که از حدود مشروعیت وصیت را خارج نسازد در حالیکه قصد ضرر به ورثه در استعمال حق وصیت میداشته باشد.

14- ودر شریعت اسلامی برای تعسف در استعمال حق جزاء های دنیوی و اخروی مقرر شده که جزاء های دنیوی شامل جزاء های دنیوی مانند جزاء های عینی ، جزاء های مالی یا جزاء (تعویضی) و جزاء های تعزیری میباشد.

و در آخر از تمام آن افرادی که در نوشتن این تحقیق مرا همکاری نمودند سپاس گذاری میکنم.
الحمد لله أولا و آخرا و الصلاة على سيدنا محمد و على آله و صحبه اجمعين. و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

پیشنهادات

آنچه مانند آفتاب آشکار است اینست که هیچ تغییری در جهان و تمدنها به وجود نیامده مگر اینکه اهل آن سرزمین ها گامی به سوی تغییر برداشته باشند و برای بدست آوردن آنچه میخواهند تلاش کرده اند بذل و جهد به خرچ دادن تا به اوج آسایش و رفاهیت رسیده اند لذا قدرت قلم و جهد آنچه است که باعث ساخت مدنیت ها شده لذا برای همه افراد اهل علم و خبره و خصوصا خواهرانم که صاحب علمیت و قدرت قلم هستند پیشنهاد میکنم تا جهت به غنی سازی ذخایر علمی فقه اسلامی بپردازند و به زبان های مادری خویش جهت دسترس بیشتر افراد به نگرش و ترجمه کتب اسلامی بپردازند.

و به قوه مقننه که وظیفه تقنین قوانین را به دوش دارد پیشنهاد میکنم تا در عرصه جابجا کردن نظریه تعسف در استعمال حق یا سوء استفاده از حق در قوانین کشور بپردازد مانند قوانین کشورهای الجزایر و مصر که موقف های خیلی واضح و آشکار را بر تعسف در استعمال حق در قوانین خویش وضع نموده اند.

و پیشنهاد میکنم به افراد یکه علاقمندی جهت تحقیق این نظریه را دارند که این نظریه (نظریه تعسف در استعمال حق) نظریه ای خیلی وسیع و مجال تطبیق خیلی فراخ داشته که به نسبت مشکلات بنده نتوانسته همه آنرا مورد بحث و تحقیق قرار بدهد بنام میتوانی ابعاد مختلف این موضوع را مورد بررسی قرار داد.

فهرست آیات شریف

شماره	آیت	شماره آیت	صفحه
1	(يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقُولُوا رَاعِنَا وَ قُولُوا أَنْظِرْنَا واسمعوا و للکافرین عذاب الیم)	سوره بقره: ۱۰۴	71
2	(وَلَيْنَ أَنْتِ الْذِيْنَ أَوْتُوا الْكِتَابَ بِكُلِّ آيَةٍ مَا تَبِعُوا فِي بِلَادِكُمْ وَمَا أَنْتِ بِتَابِعٍ فَبَلَّتْهُمُ وَمَا بَعْضُهُمْ بِتَابِعٍ فَبَلَّتْ بَعْضٌ وَلَيْنَ اتَّبَعْتَ أَهْوَاءَهُمْ مِّنْ بَعْدِ مَا جَاءَكَ مِنَ الْعِلْمِ إِنَّكَ إِذَا لَمِنَ الظَّالِمِينَ)	سوره بقره: ۱۴۵	25
3	(كَتَبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُنْفِقِينَ)	سوره بقره: ۱۸۰	116
4	(وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ)	سوره بقره: ۲۳۱	80،
5	(وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ	سوره بقره: ۲۳۳	135،52

		وَكَسَوْتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تَكْلَفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارُّ وِلْدَةٌ بِوِلْدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوِلْدِهِ	
105	سوره بقره: ٢٢٩	(الطَّلُقُ مَرَّتَانِ فَاِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ اَوْ تَسْرِيحُ بِاِحْسَنِ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ اَنْ تَاْخُذُوْا مِمَّا ءَاتَيْتُمُوْهُنَّ شَيْئًا اِلَّا اَنْ يَخَافَا اَلَّا يَقِيْمَا حُدُوْدَ اللّٰهِ فَاِنْ خِفْتُمْ اَلَّا يَقِيْمَا حُدُوْدَ اللّٰهِ)	6
91	سوره بقره: ٢٣٥	(وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ اَوْ اَكْتَنَنْتُمْ فِيْ اَنْفُسِكُمْ عِلْمَ اللّٰهِ اَنَّكُمْ سَتَذَكَّرُوْنَهُنَّ وَلٰكِنْ لَا تُؤَاعِدُوْنَ سِرًّا اِلَّا اَنْ تَقُولُوْا قَوْلًا مَّعْرُوفًا وَلَا تَعْرِمُوْا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتّٰى يَبْلُغَ الْكِتٰبُ اَجَلَهُ وَاَعْلَمُوْا اَنَّ اللّٰهَ يَعْلَمُ مَا فِيْ اَنْفُسِكُمْ فَاَحْذَرُوْهُ وَاَعْلَمُوْا اَنَّ اللّٰهَ عَفُوْرٌ حَلِيْمٌ)	7
108	سوره بقره: ٢٣٦	(لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ اِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوْهُنَّ اَوْ تَفْرِضُوْا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوْهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِيْنَ)	8
9	سوره بقره: ٢٤١	(وَالْمُطَلَّقَاتُ مَتَّعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِيْنَ)	9
58،119،123	سوره نساء: 12	(من بعد وصية يوضي بها أو دين	10
106	سوره نساء: 19	(وَعَاشِرُوْهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَاِنْ كَرِهْتُمُوْهُنَّ فَعَسٰى اَنْ تَكْرَهُوْا)	11
83	سوره نساء: 34	(الرِّجَالُ قَوَّموُنَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللّٰهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا اَنْفَقُوْا مِنْ اَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحٰتُ قٰنِنٰتٌ حٰفِظٰتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللّٰهُ وَالَّتِي تَخَافُوْنَ نُشُوْزَهُنَّ فَعِظُوْهُنَّ وَاَهْجُرُوْهُنَّ فِي الْمَضٰجِعِ وَاَضْرِبُوْهُنَّ فَاِنْ اَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوْا عَلَيْهِنَّ سَبِيْلًا اِنَّ اللّٰهَ كَانَ عَلِيْمًا كَبِيْرًا)	12

127	سوره نساء: 127	(وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ فَلِ اللَّهِ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ فِي يَتِمَىٰ النِّسَاءِ الَّتِي لَا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَن تَنْكِحُوهُنَّ)	13
27	سوره مائده: 2	(وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ)	14
71	سوره مائده: 5	(الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ	15
71	سوره انعام: 108	(وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ)	16
9	سوره انفال: 6	(يَجِدَلُونَكَ فِي الْحَقِّ بَعْدَ مَا تَبَيَّنَ كَأَنَّمَا يُسَاقُونَ إِلَى الْمَوْتِ وَهُمْ يَنْظُرُونَ)	17
64	سوره توبه: 100	(وَالسَّابِقُونَ الْأَوَّلُونَ مِنَ الْمُهَاجِرِينَ وَالْأَنْصَارِ وَالَّذِينَ اتَّبَعُوهُمْ)	18
9	سوره اسراء: 18	(وَفَلَّ جَاءَ الْحَقُّ وَزَهَقَ الْبَطْلُ إِنَّ الْبَطْلَ كَانَ زَهُوقًا)	19

فهرست آحادیث شریف

شماره	متن حدیث	کتاب	راوی	درجه حدیث	صفحه
1.	"اذهب فانظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما"	سنن ترمذی	انس بن مالک	حدیث صحیح	91
2.	"أبغض الحلال إلى الله الطلاق"	سنن ابو داود	عبدالله بن عمر	صحیح	105
3.	"أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة"	سنن ابن ماجه	ثوبان	حدیث صحیح	106

55،118،123		ابن عباس	سنن دارقطنى	4. "الإضرار بالوصية من الكبائر"
121	حسن صحيح	ابى امامه	سنن ترمذى	5. " إن الله قد أعطى كل ذى حق حقه، فلا وصية لوارث "
55	حسن غريب	ابوهريره	سنن ترمذى	6. " ان الرجل يغص ليعمل بعمل اهل الخير سبعين سنه فاذا اوصى حاف فى وصيته فيختم له بشر عمله فيد خل النار "
117،120	حديث صحيح	سعد بن ابى وقاص	صحيح بخارى	7. جاء النبى صلى الله عليه و آله و سلم يعودنى و أنا بمكة و هو يكره أن يموت بالأرض التى هاجر منها، قال: "يرحم الله ابن عفراء"، قلت يا رسول الله أوصى بمالى كله؟ قال: لا، قلت: فالشطر؟ "
	حديث صحيح	عايشه	صحيح مسلم	8. "سَأَلَ رَجُلٌ النَّبِيَّ أَيُّ النَّاسِ خَيْرٌ؟ قَالَ الْقَرْنُ الَّذِي أَنَا فِيهِ ثُمَّ الثَّانِي ثُمَّ الثَّلَاثُ"
63،75	صحيح لغيره	جعفر بن على	سنن ابى داود	9. كان لسمره بن جندب عضد

		زين العابدين		<p>في حائط (بستان) رجل من الأنصار ومع الرجل أهله فكان سمره يدخل إلى نخله فيتأذى به الرجل ويشق عليه فشكا ذلك الأنصاري إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقال الرسول لسمره: بعه، فأبى، قال: فاقلعه، فأبى، قال: فهبه ولك مثلها في الجنة، فأبى، فقال رسول الله: أنت مضار، ثم قال لصاحب الحائط: " اذهب فاقلع نخله "</p>
	حديث صحيح	ابن عباس	صحيح بخارى	<p>10 " كان المال للولد ، و كانت الوصية للوالدين ، فنسخ الله من ذلك ما احب ، فجعل للذكر مثل حظ الانثيين "</p>
116	حديث صحيح	ابو هريره	صحيح مسلم	<p>11 " لا يَمْنَعُ جَارٌ جَارَهُ أَنْ يَغْرِزَ خَشْبَةً فِي جِدَارِهِ ". ثُمَّ يَقُولُ أَبُو هُرَيْرَةَ : مَالِي أَرَاكُمْ عَنْهَا مَعْرُضِينَ ، وَاللَّهِ لَأُرْمِينَ بِهَا بَيْنَ</p>

				أَكْتَفِكُمْ.	
62،81،97	حديث صحيح	ابن عباس	سنن دارقطني	" لا ضرر ولا ضرار "	12
59	حديث صحيح	ابى سعيد خدرى	سنن دارقطني	" لا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ مَنْ ضَارَّ ضَارَهُ اللَّهُ وَمَنْ شَاقَّ شَقَّ اللَّهُ عَلَيْهِ "	13
121		ابن عباس	صحيح مسلم	" لا تجوز الوصية لو ارث الا أن يشاء الورثة "	14
106	حديث صحيح	ابو هريره	صحيح مسلم	" لا يفرک مؤمن مؤمنة إنكره منها خلقا رضى منها آخر "	15
73	حديث صحيح	ابو هريره	صحيح مسلم	" لا يشير أحدكم على أخيه بالسلاح، فإنه لا يدري لعل الشیطان ينزع فى يده، فيقع فى حفرة من النار "	16
84	حسن صحيح	عبدالله بن مسعود	جامع ترمذى	" لعن رسول الله صلى الله عليه سلم المحلل و المحلل له . "	17
91،93	حديث صحيح	سنن دارقطني	سنن دارقطني	" ولا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يترك او ينكح "	18

116	حديث صحيح	عبدالله بن عمر	صحيح مسلم	19 " ما حق امرئ مسلم له شيء يريد أن يوصي فيه، يبيت ليلتين، إلا ووصيته مكتوب عنده "
61	حديث صحيح	معمر بن عبدالله	صحيح مسلم	20 " من احتكر فهو خاطئ "
71	حديث صحيح	عبدالله بن عمرو	صحيح مسلم	21 " من الكبائر شتم الرجل والديه!، قالوا: يا رسول الله، وهل يشتم الرجل والديه؟! قال: نعم، "
60	حديث صحيح	ابن عباس	صحيح مسلم	22 " نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يتلقى الركبان، وأن يسبح حاضر لباد "

فهرست منابع و ماخذ

*قرآنكريم

1. ابن منظور إفريقي ، جمال الدين، لسان العرب، دارالصادر، بيروت، ط: سوم، ج ٩، 1414هـ.
2. ابن حجر عسقلاني ، أمام حافظ شهاب الدين احمد بن على بن حجر عسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخارى، دار الرسالة العالمية،بيروت، ط: اول، 2013م
3. ابن نجيم ، زين الدين ابن نجيم الحنفي ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، تحقيق: زكريا عمير ت ، دار الكتب العلمية ، سنة النشر: 1418 - 1997م.
4. ابن جرير الطبري، محمد بن جرير بن يزيد الطبري، تاريخ الطبري تاريخ الرسل والملوك، محقق: محمد أبو الفضل إبراهيم ، ط: دوم ، دار المعارف ،سال نشر: 1387 - 1967م
5. ابن حجر عسقلاني ، أمام حافظ شهاب الدين احمد بن على بن حجر عسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخارى، دار الرسالة العالمية،بيروت، ط: اول، 2013م
6. ابن رجب حنبلي ، القواعد في الفقه الإسلامي، بيروت ، دار الكتب العلمية، ط:اول، 1992.
7. ابن ماجه ، حافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني ،سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فواد عبدالباقي، قاهره ، دار الكتب العربية.
8. ابن حزم ، ، علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي أبو محمد، المحلى بالآثار تحقيق: عبد الغفار سليمان البنداري، ناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، ج8.
9. ابن رشد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد ، بيروت دار القلم ، ط: اول، 1988م.
10. ابن عبد البر، الاستذكار لمذاهب علماء الأمصار و علماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأى و الآثار، بعناية، عبد المعطى القلعجي، حلب، قاهره، دار الوعي ، ط: اول، 1993م.
11. ابي داود ، امام حافظ ابي داود سليمان بن الاشعث السجستاني ، تحقيق شعيب الأرنؤوط و محمد كامل قره بللي ، بيروت ، دار الرسالة العالمية، ط: اول، 2009م.
12. ابن كثير؛ إسماعيل بن عمر بن كثير بن ضو بن درع القرشي البصري ثم الدمشقي، أبو الفداء، عماد الدين ، تفسير القرآن العظيم تحقيق سامي بن محمد السلامة، ط: دوم دار طيبة، ج ٢، 1420 - 1999م.
13. ابو سنه، احمد فهمى، نظرية الحق ، بحث منشور ضمنالكتاب (الفقه الإسلامي أساس التشريع) ناشر: مجلس أعلى جهت شئون اسلامى، كتاب اول، 1971م.

14. ابو الفتح، احمد ، المعاملات في الشريعة الإسلامية و القوانين المصرية، ج ١
15. ابن جزى، القوانين الفقهية، الجزائر، مكتبة الشركة الجزائرية.
16. ابن قدامة ،عبد الله بن محمد بن قدامة الجماعلي المقدسي ، المغني ، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي - عبد الفتاح الحلو ، الناشر: دار عالم الكتب ، ط: سوم: 1417 - 1997 ،
17. ابن أثير ، مجد الدين ابى السعادت المبارك محمد الجزرى، النهاية في غريب الحديث و الأثر، مؤسسه مطبوعاتى اسماعيليان، قم.
18. ابو السعود، رمضان، المدخل الى القانون ، منشورات حقوقى حلب، لبنان - بيروت، 2003م.
19. ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين ،تحقيق: مشهور بن حسن آل سلمان، رياض، دار ابن الجوزى، ط: اول، 1423.
20. ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية، تحقيق: نايف بن احمد الحمد، دارعالم الفوائد، مؤسسه سلمان بن عبدالعزيز.
21. ابو زهرة، محمد، الحوال الشخصية، قاهره دار الفكر العربي.
22. ابن عماد الحنبلي ، شذرات الذهب فى أخبار من ذهب ،بيروت ،دار الكتب العلمية.
23. ابو زهرة، اسبوع فقه الاسلامى، بحث استاذ زهره در مورد تعسف
24. ابو زهرة، محمد ، اصول الفقه ، دارالفكر العربي، 1405ق.
25. ابن فرحون، تبصرة الحكام فى اصول الافضية و منهاج الاحكام، ج2 ، مراجعة : طه عبدالرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، ط: اول 1986.
26. ابن عابدين، حاشية رد المختار، دارالفكر، ج3، 1979م.
27. اندلسى، المنتقى شرح الموطا، ابى الوليد الباجى الاندلسى، ط: اول ، مطبعة السعادة.
28. بدران، ابو العينين بدران، الفقه المقارن للاحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة و المذهب الجعفرى و القانون، بيروت، دار النهضة العربية ، 1386.
29. بدرأوى، عبدالمنعم، المدخل للعلوم القانونية ، دارالكتاب العربى، قاهرة، ط: اول، 1949م.
30. بغدادى، غياث الدين أبو محمد بن غانم بن محمد البغدادي ، مجمع الضمانات في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان ، محقق: محمد أحمد سراج ، ط: اول ، سنة النشر: 1420 - 1999 م .

31. بخاري ، أمام ابو محمد بن اسماعيل بخارى، صحيح بخارى، با ترجمه فارسى: عبدالعلى نور احرارى.
32. البيهقي ،احمد بن الحسين بن علي، أبو بكر البيهقي الكبرى) محقق: محمد عبد القادر ، الناشر: دار الكتب العلمية،ط: سوم ، 1424 - 2003م
33. توفيق العطار، عبدالناصر، مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية، قاهره، دار النهضة العربية، ط: دوم .
34. التتوخي، امام سنحون بن سعيد، المدونة الكبرى للإمام مالك ، بيروت، دار صادر، ج5.
35. ترمذي،أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة، جامع الترمذي، تحقيق: شيخ الباني، اعتنى به فريق : بيت الأفكار الدولية.
36. جرجاني، سيد شريف على بن محمد ، كتاب التعريفات، بيروت ، دار الاحياء التراث العربى ، 1424.
37. جوهرى ، الصحاح فى اللغة والعلوم ، اعداد و تصنيف : نديم مرعشلى و اسامه مرعشلى، بيروت ، دار الحضارة العربييه ، 1974م.
38. جصاص، ابى بكر على رازى، احكام القرآن، تحقيق: محمد صادق قمحاوى، دار الاحياء التراث العربى، بيروت - لبنان، ج2، 1992م.
39. حسين، محمد ، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، مؤسسه وطنية الكتاب، 1985م.
40. حمصاني، د. صبحى، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية ، ج1، بيروت ،دار العلم للملايين ،ط: سوم، 1983م.
41. خفيف ، علي، الحق و الذمة ، قاهره، مكتبة وهبة ، 1945.
42. خلاف ، عبدالوهاب ، علم أصول الفقه، الجزائر، مؤسسه: الزهراء ، ط : اول ، 1990م.
43. خولي، احمد محمود ، نظرية الحق بين الفقه الإسلامى و القانون الوضعى ، قاهره مصر ، دار السلام، ط: اول ، 2003م.
44. رازى ، عبدالقادر ، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، 1986م.
45. رازي ، فخر الدين ، تفسير فخر الرازى، ج5، بيروت، دار الفكر، 1995.
46. رشدي، محمد السعيد، التعسف في استعمال الحق اساس و نطاق تطبيقه، قاهره، دار النهضة العربية.

47. زبيدي ، محمد مرتضى ، تاج العروس من جواهر القاموس، ج ٦، بيروت ، دارالكتب الحياة 1406.
48. زرقاء، مصطفى احمد، المدخل إلى نظرية الإلتزام العامة في فقه الإسلامي ، (إخراج جديد) دمشق دار القلم، 1420 هجري قمري.
49. زحيلي، وهبه مصطفى ، الفقه الإسلامي و أدلته، ج ٤.
50. زحيلي ، مصطفى وهبة، فقه خانواده در جهان معاصر .
51. زكريا، احمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة ، تحقيق: عبدالسلام محمد هارون، بيروت، انتشارات دارالفكر، ج3.
52. زيدان، عبد الكريم، نظرات في الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعي، بيروت، موسسه الرسالة، 2011م.
53. الزيلعي ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، قاهره، دارالكتاب الاسلامي، ط: دوم
54. دريني، فتحي، الحق و مدى سلطان الدوله في تقييده ، بيروت ، دار الفكر.
55. دريني ، فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق ، موسسه الرسالة، بيروت ، ط: اول، 1967م .
56. الدسوقي ، محمد عرفة ،حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، تعليق: محمد عليش، بيروت ، دارالفكر.
57. دار القطنى ، امام على بن عمر، سنن دار قطنى، دارالمعرفة، بيروت - لبنان، ط: اول، 2001م.
58. ذهبي ، شمس الدين ، تذكرة الحفاظ ، بيروت دار الكتب العلمية.
59. الشوكاني، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار ، محقق: محمد صبحي بن حسن حلاق، ط: اول، الناشر: دار ابن جوزي ، 1427
60. شبلى، مصطفى، احكام الاسرة في الاسلام ، بيروت، دار النهضة العربية 1977م
61. شبلى، مصطفى، الفقه الاسلامي بين المثالية والواقعية، بيروت لبنان، دارالجامعية ، 1982.
62. شبلى، مصطفى، تحليل الأحكام، بيروت، دار النهضة العربية، 1981م.
63. شاطبي ،أبى اسحاق، الموافقات في اصول الشريعة ،دارالكتب العلمية، لبنان، ط: اول، 2004م.
- شاطبي ،أبى اسحاق، الموافقات في اصول الشريعة، با تعليقات شيخ عبدالله دراز، در چهار جلد ،مطبعه رحمانيه.

64. شرقي، سعديه، التعسف في استعمال الحقوق في الشريعة الاسلامية و القانون مجلة الشريعة والقانون، قاهره، بدون سال نشر.
65. شافعي ، محمد بن ادريس، الام، ج 4، بيروت، دارالمعرفة.
66. سلطان، انور، مجلة القانون و الاقتصاد، عدد اول، ط: 17، قاهره، 1947.
67. سنهورى ، عبدالرزاق ، الوسيط في شرح القانون المدني ، بيروت، دار حياء التراث العربي، ج 1، 1952م.
68. سوار، محمد وحيد الدين، النزعة الجماعية في الفقه الاسلامي وأثرها في حق الملكية، الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1980م.
69. السباعي، مصطفى، شرح قانون الاحوال الشخصية، ج1بيروت و دمشق، المكتب الاسلامي، 1997م.
70. سرخسي، شمس الدين، المبسوط، بيروت، دار الكتب العلمية، ط : اول، 1993، ج6
71. صراف، عباس، المدخل الى علم القانون(نظرية الحق) ط: اول، دارالثقافة اردن، 2008م.
72. صابوني، سيخ محمد على، تفسير آيات احكام، مترجم: داکتر فرزاد، ج 1.
73. صدة ، عبدالمنعم ، أصول القانون، مطبع مصطفى الباي، 1965م.
74. عبادي ، عبدالسلام، الملكية في الشريعة الإسلامية، مطبع وزارت أوقاف، عمان ، ط : اول، 1964م.
75. العربي، مجيدي، نظرية التعسف في استعمال الحق، بحث متقدم لنيل درجة الماجستير، 2002م.
76. عز بن عبدالسلام ، قواعد الاحكام في مصالح الأنام، تحقيق : دكتور نزيه كمال حماد و دكتور عثمان ،دمشق ،دارالقلم ،ط:اول، 2000م .
77. عطائي، عبدالهادي يونس، ماهية الحق في القانون الخاص .
78. العربي، بلحاج، ابحاث و مذاكرات في القانون و الفقه الاسلامي، ديوان مطبوعات الجامعية، الجزائر، ج اول، 1996.
79. غانم، اسماعيل، محاضرات في النظرية العامة للحق، ط: دوم، 1960م.
80. الكبيسي، محمد عبيد، و السمراي، محمد عباس ، و الزيلعي ، مصطفى ، المدخل الى دراسة الشريعة الاسلامية، دار المعرفة، ط : اول، 1980.

81. كيرة، حسن ، المدخل الى القانون، مصر ، منشأة المعارف اسكندرية،ط: بنجم، 1974م.
82. لكنوي، عبدالحى، حاشية قمر الأقمار على شرح المنار مسمى به والأنوار .
83. معلوف ، لويس، معجم المنجد في اللغة و الاعلام، مترجم: محمد بندر ريگى، تهران، انتشارات تهران،ط: بنجم، ج 2، 1384.
84. مروزي، قاضي ابو على حسين ، طريقة الخلاف بين الشافعية والحنفية ، دار الكتب المصرية.
85. مكاشفي، ، الحق و الذمة و الإلتزام، ط: اول تاريخ نشر: 1409هـ، 1989م .
86. مدكور، محمد سلام ، المدخل للفقہ الاسلامي، دارالنهضة العربية، ط: چهارم، 1969م.
87. مصطفى، ابراهيم و ديگران، معجم الوسيط، بيروت ، دارالاحياء التراث العربية، ج1، 1409ق.
88. مباركفوري، تحفة الاحوذى بشرح جامع الترمذى، ج 9 .
89. نظام الدين، الفتاوى الهندية في مذهب الامام الأعظم أبى حنيفة، بيروت، دار صادر، 1991م.
90. النيشاپورى ، امام أبى حسين مسلم ابن حجاج بن مسلم القشيري، صحيح مسلم، دارالسلام - رياض، ط: دوم، 2000 م.
91. فيومى ، احمد بن محمد بن على الفيومى المقرئ ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، تحقيق : محمد العظيم الشناوي، قاهره ، دار المعارف، ط: دوم .
92. قرطبي، احمد بن ابى بكر، الجامع الاحكام القرآن ، تحقيق: عبدالله بن عبد المحسن تركى، مؤسسه الرسالة، بيروت - لبنان، ط اول، 2006م.
93. قرافي، انوار البروق في انوار الفروق ، بيروت، انتشارات دار العلم ،ج2، 1414 ق.
94. قانون مدنى افغانستان
95. قانون سرپرستى اطفال
96. كاسانى، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،بيروت ، دار الكتاب العربي، ط: دوم

Summary

A short Summary and conclusion of my research:

1- Right is a special phenomenon that the Shari'a law has acknowledged in terms of domination and duty.

2- The scholars of law disagree on a special definition of the right and they are divided into four sections in this regard, among them the section of the hadith is mostly accepted and has domination.

The definition given by the followers of this section claims that: The right is the allocation and subordination of certain financial and literary values that the law has granted to a person.

3- The origin of the theory of right in Islamic jurisprudence is based on the divine prophetic mission and the source it is divine revelation. But the origin of the right in legislative laws is related to human happiness and human society because human society has created and caused the genuine of the theory of right and in the legislative law for the origin of the theory of right there are two religious sector, individual and social solidarity.

4- Abuse of the right is the use of a right with the intention of adding harm to others without any benefit to the holder of the right. Abuse of the right in the exercise of the right are: Opposing the intention of the Shari'ah to possess it, or going beyond the limits which has been allowed according to the rules and principles of Shari'a.

5-The difference between abuse of the right and transgression and violation of the right is that abuse of the right in the exercise of the right includes possessions that are inherently legitimate and within the scope of the right, while violation and transgression of the right are outside the scope of the right and does not have legitimacy according to sharia.

6- The duty of jurisprudential theory of abuse of the right has been considered by principles such as Imam Shatibi, may God have mercy on him, as causation of transgression.

7- The legal obligation of the theory of abuse of the right according to most scholars of law have considered the duty and the basis of the theory of abuse of the right in exercising the right to be based on the idea of error and within the framework of the shortcoming responsibility.

8-The Idea of contemporary scholars about the theory of abuse of the right is that: The theory of abuse of the right from the perspective of transgression is not through causation and the criteria of transgression cannot be applied by the theory of abuse of the right, and this theory is an independent theory that has its own principles and criteria.

9- The abuse of the and harming others has been explained and expressed on the basis of Quranic reasons, the pure hadiths of the Messenger of Allah, peace be upon him, the sayings of the Companions and the rules of jurisprudence.

10- Islamic jurists and scholars of law in connection with this theory have determined two basic criteria for abuse of the right these are main criteria and these two criteria are personal (intrinsic) criteria and the second is material (thematic) criteria.

11- The scope of application of the theory is very wide, of which personal status, economic transactions and deals, and where the property rights are among the most obvious.

12- Engagement is an agreement and a covenant is permissible for the commitment to conclude a marriage contract in the future, the parties have the right to dissolve and terminate it in any circumstances. In case, whether engagement is terminated, most of scholars are agree to return

the Mahr. In any case, when the engagement is dissolved the man has the right to receive the Mahr back. Because the Mahr is the legal effect of marriage and compensation for civil liability for disrupting the engagement has little history in Islamic jurisprudence, and this debate has become common in Islamic countries after the creation of regulation. Some Muslim writers have said that a remorseful fiancé is required to pay compensation because the fiancée is a binding agreement that binds both parties to perform the final contract (marriage) at the appropriate time. For this reason, deviating from fulfilling this agreement causes material and spiritual damage, unless the offender provides a logical reason for proving his deviation.

13. Another scope for the application of this theory consists of abuse of the right in exercising the right of will, in which the harmful states of will and the effect of regret become apparent when a person makes a will for his heir. The other way is to make a will for more than one third of the property. And the third form of the will is about one-third with the intention of harming the heir, and this case is considered as an obvious form of abuse of the right that the testator may bind the will to the subject conditions that do not go beyond the limits of legitimacy of the will while the intention to harm the heir in use Has the right to make a will.

14- And in Islamic law, abuse of the right has worldly and otherworldly punishments, it is prescribed that worldly punishments such as objective punishments, financial punishments or punishments (substitution).

Finally, I would like to thank all those who persuade me and helped me



Salam University

Faculty of Sharia and Law

Master Program in

Jurisprudence & Law



Islamic Republic of Afghanistan

Ministry of Higher Education

DM of academic Affairs

Theory of “Abuse of the Right in the Use of Right” and Implementation of it in the “Personal Status Law”

Master Thesis

Student: Nadia Wardak

Supervisor: Dr. Rafiullah Atta

Year: 2021