

صاحب امتیاز: **فصلنامه علمی پژوهشی**
مدیر مسئول: سیدحسن وحدتی شبیری
سر دبیر: محمد امامی

اعضای هیئت تحریریه (به ترتیب حروف الفبا):

دکتر محمد امامی (دانشیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی)
دکتر احمد باقری (استاد دانشگاه تهران)
دکتر محسن جهانگیری (دانشیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی)
دکتر محمدحسن حائری (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
دکتر حسین صفایی (استاد دانشگاه علوم اسلامی رضوی)
دکتر محمدتقی فخلعی (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
دکتر محمدصادق موسوی (دانشیار دانشگاه شهید مطهری)
دکتر سیدابوالقاسم نقیبی (دانشیار دانشگاه شهید مطهری)



مشاوران علمی این شماره (به ترتیب حروف الفبا):

حجة الاسلام دکتر علی جلائیان / دکتر سعید خردمندی / حجة الاسلام علی
رحمانی / حجة الاسلام دکتر سیدعلی رضوی / حجة الاسلام مصطفی رفسنجانی
مقدم / حجة الاسلام دکتر سیدعلی سجادی زاده / دکتر محمدعلی سعیدی /
حجة الاسلام دکتر ابوالفضل علیشاهی قلعه جوقی / دکتر محمدتقی فخلعی /
حجة الاسلام دکتر حسین فرزانه / حجة الاسلام دکتر سیدمحمدتقی قبولی
درافشان / دکتر سیدمحمد مهدی قبولی درافشان / دکتر سیدمحمد هادی قبولی
درافشان / حجة الاسلام دکتر محمدباقر گرایلی / دکتر حجت مبین / حجة الاسلام
دکتر غلامرضا یزدانی



تأییدیه علمی پژوهشی:

«مجله آموزه های فقه مدنی» بر اساس مجوز کمیسیون بررسی نشریات کشور
(وزارت علوم، تحقیقات و فناوری) در تاریخ ۱۳۹۱/۵/۱۸ و به شماره ۱۳۳۹۲۱ از
بهار و تابستان ۱۳۸۹ دارای درجه «علمی - پژوهشی» گردیده است.

این فصلنامه در وبگاه های زیر قابل دسترسی است:
www.sid.ir و www.noormags.ir و www.magiran.com/razavi
و www.civilica.com و www.isc.gov.ir

«ترتیب مقالات بر اساس حروف الفبای نویسنده اول می باشد.»

«آرای نویسندگان مقالات لزوماً دیدگاه مجله نیست.»

«نقل مطالب مجله با ذکر مأخذ بلامانع است.»

آموزه های فقه مدنی

بهار - تابستان ۱۳۹۹، شماره ۲۱



مسئول اجرایی
محمدامین انسان

کارشناس اجرایی
علی برهان زهی

نحوه انتشار
به صورت الکترونیکی در وبگاه
www.razavi.ac.ir

ارتباط با کارشناس
«تماس با ما» در سامانه نشریات

نشانی پستی
مشهد، ص پ ۹۱۷۳۵-۴۶۱

رایانامه
razaviunmag@gmail.com

Specialized Journal of Razavi University of Islamic Sciences

Civil Jurisprudence Doctrines

No. 21

Spring & Summer 2020



Proprietor:

Razavi University of Islamic
Sciences

Managing Director:

S. H. Vahdati Shobeiri

Editor -in- Chief:

M. Imami

Executive Chief:

M. A. Ensan

Editorial Board:

A. Bagheri (*Prof. at University of Tehran*)

M. T. Fakhlaei (*Prof. at Ferdowsi University of
Mashhad*)

M. H. Haeri (*Prof. at Ferdowsi University of Mashhad*)

M. Imami (*associate professor at Razavi University
of Islamic Sciences*)

M. Jahangiri (*associate professor at Razavi University
of Islamic Sciences*)

M. S. Mousavi (*associate professor at Shahid Motahari
University*)

S. A. Naghibi (*associate professor at Shahid Motahari
University*)

H. Safaei (*Prof. at Razavi University of Islamic Sciences*)

Address: Iran, Mashhad, P.O. Box: 91735-461

Web Site: www.razavi.ac.ir

E.mail: razaviunmag@gmail.com

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فهرست مطالب

- مبانی فقهی ماده ۲۳ قانون حمایت خانواده از دریچه فقه مقارن / محمد امامی و سیدعلی رضوی و سیدمحمد رضوی ۳
شرایط و آثار انتقال قرارداد اجاره به مستأجر جدید در فقه و حقوق ایران
- آزیتا امینی و سیامک جعفرزاده و رضا نیکخواه سرنقی و سلمان علی‌پور قوشچی ۳۵
مفهوم و مبنای نظریه عمومی ارش در قراردادها با تأکید بر تحلیل اقتصادی آن با مطالعه تطبیقی
- حمیدرضا بهروزی‌زاد و نجادعلی الماسی و جلیل فتوائی ۶۵
بررسی فقهی و حقوقی اثر فسخ نسبت به قراردادهای سابق / مهدی چگنی و سعید سیاه‌بیدی کرمانشاهی ۹۵
اجاره معاطاتی از منظر فقه و حقوق ایران / سعید خردمندی ۱۱۳
تأملی بر نظریه سبب متناسب با بررسی حقوق ایران و حقوق کامن‌لا / سیامک رهپیک و نادر ولائی ۱۳۹
تعیین قلمرو اصل آزادی قراردادی در پرتو تئوری حق و حکم / علی مختاری چهاربری و علی‌اکبر فرحزادی ۱۶۷
مطالعه تطبیقی امتناع از پذیرش حق در حقوق ایران، فقه امامیه و اصول حقوق قراردادهای اروپایی
- سیدمهدی موسوی و امیر صادقی نشاط ۱۹۱
بازخوانی انتقادی قاعده الزام / زینب میرزایی صفی‌آباد و مهدی موحدی محب ۲۲۱
تأملی در خیار تأخیر ثمن / علی نصرتی ۲۵۳
تحلیل فقهی حقوقی برخی اسباب معافیت از مسئولیت مدنی در قرآن
- حسین هوشمند فیروزآبادی و میثم خزائی و حسین جاویر و ایوب امرائی ۲۷۵
صحت شرط پرداخت از مال معین در عقد ضمان / غلامرضا یزدانی ۳۰۳

ترجمه حکم‌الایها

- ترجمه عربی (موجز المقالات) / کامل اسماعیل ۳۲۱
ترجمه انگلیسی (Abstracts) / محمدحسین گلپاری ۳۴۶

راهنمای تدوین مقالات

- مقالات باید علمی - پژوهشی، مستند و دارای نوآوری باشند.
- مقاله ارسالی بین ۶۰۰۰ تا ۹۰۰۰ کلمه حروف چینی شده باشد.
- تیرهای اصلی با شماره‌های ۱، ۲، ۳ و ... و زیرمجموعه آن‌ها با ۱-۱، ۲-۱، ...، ۱-۲، ۲-۲ و ... مشخص شود.
- چکیده مقاله که آئینه تمام‌نما و فشرده بحث است، به سه زبان فارسی، عربی و انگلیسی، حداکثر در ده سطر ضمیمه باشد و واژگان کلیدی مقاله (سه تا هفت واژه) به دنبال هر چکیده بیاید.
- ارجاعات در متن مقاله بین پراکنش به صورت (نام خانوادگی، سال انتشار: شماره صفحه یا شماره جلد/صفحه) نوشته شود.
- اگر ارجاع بعدی بلافاصله به همان مأخذ باشد از (همان یا همان: شماره جلد/صفحه) و اگر به مأخذ دیگری از همان نویسنده باشد (همو، سال انتشار: صفحه) استفاده شود.
- منابع لاتین، به صورت لاتین و از سمت چپ در بین پراکنش (صفحه/جلد: سال انتشار، نام خانوادگی) و در ارجاع بعدی اگر بلافاصله باشد (Ibid.) نوشته شود.
- ترتیب منابع:
- کتاب: نام خانوادگی، نام (نویسنده / نویسندگان)، نام کتاب، نام مترجم، محقق یا مصحح، نوبت چاپ (در صورتی که چاپ نخست باشد نیاز نیست)، محل نشر، نام ناشر، تاریخ انتشار.
- مقاله: نام خانوادگی، نام (نویسنده / نویسندگان)، «عنوان مقاله داخل گیومه»، نام نشریه، دوره / سال، شماره جلد، تاریخ انتشار.
- نام کامل نویسنده، رتبه دانشگاهی یا عنوان علمی و نام مؤسسه متبوع وی به دو زبان فارسی و انگلیسی قید شود و همراه با نشانی پستی، شماره تلفن و نشانی الکترونیکی ارسال گردد.
- مجله در ویرایش مقالات آزاد است.
- ارسال و دریافت مقالات صرفاً از طریق سامانه مدیریت نشریات به نشانی <www.razavi.ac.ir> انجام می‌گیرد.
- ارتباط با مدیریت مجله از طریق رایانامه <razaviunmag@gmail.com> امکان‌پذیر است.
- اصول اخلاقی مجله**
- فهرست نام نویسندگان نشان‌دهنده همکاری آن‌ها در تدوین مقاله است و لذا تعیین نام مسئول مقاله و نیز رعایت عدم وجود اسامی غیر مرتبط ضروری است.
- نویسنده مسئول فردی است که در تهیه، آماده‌سازی و ... مقاله، سهم عمده را بر عهده دارد و نیز مسئولیت هر گونه ایراد قانونی و رعایت ضوابط بر عهده وی می‌باشد.
- حقوق نویسندگان و داوران**
- اطلاعات شخصی نویسندگان برای عوامل اجرایی و اعضای تحریریه مجله محرمانه بوده و از آن محافظت می‌شود.
- داوری مقالات توسط داوران، بدون اطلاع از نام نویسندگان انجام می‌گردد.
- نام داوران مقاله، محفوظ است و به هیچ عنوان در اختیار نویسندگان قرار داده نمی‌شود.
- قانون کپی‌رایت**
- مقالات ارسالی نباید کپی‌برداری از آثار چاپ‌شده یا ترجمه آثار باشد و قبلاً در نشریه دیگری چاپ شده یا برای نشریه دیگری به طور همزمان ارسال شده باشد.
- در صورت تخلف نویسندگان، مطابق با ماده ۳ از فصل دوم قانون حمایت از حقوق پدیدآورنده (تأییدشده در وزارت علوم، تحقیقات و فناوری) رفتار خواهد شد.
- همپوشانی مقالات چاپ‌شده نویسنده یا نویسندگان تا ۱۰ درصد قابل قبول است و بیشتر از آن شامل قانون کپی‌رایت می‌گردد.

مبانی فقهی ماده ۲۳ قانون حمایت خانواده از دریچه فقه مقارن*

- محمد امامی^۱
- سیدعلی رضوی^۲
- سیدمحمد رضوی^۳

چکیده

بر اساس ماده ۲۳ قانون حمایت خانواده ۱۳۹۱، زوجین می‌بایست قبل از ازدواج ضمن انجام آزمایش‌های پزشکی، گواهی لازم در خصوص بیماری‌های مسری و خطرناک را ارائه نمایند. در فقه مذاهب اسلامی، در خصوص حکم فقهی این گونه آزمایش‌ها میان فقیهان اختلاف نظر وجود دارد. برخی به استناد دلایلی چون روایات منقول از معصومان علیهم‌السلام، قاعده لاضرر، لزوم اطاعت از قوانین حکومت اسلامی، سیره عقلا و... قائل به لزوم انجام آن می‌باشند. در مقابل، عده‌ای دیگر بآرد دیدگاه فوق و استناد به توقیفی بودن عقد نکاح و

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۴/۱ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۹/۲۹.

۱. دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه علوم اسلامی رضوی (dr.imami@razavi.ac.ir).

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی (نویسنده مسئول)

(razavi1515@gmail.com)

۳. استادیار دانشگاه بیرجند (razavi1213@birjand.ac.ir)

شروط صحت آن و برخی روایات، عدم وجوب آن را ترجیح داده‌اند. بر اساس یافته‌های نوشتار حاضر که به شیوه تحلیلی - توصیفی صورت گرفته، می‌توان نتیجه گرفت که گرچه به دلیل فقدان نص صریح، نمی‌توان وجوب انجام چنین آزمایش‌هایی را به عنوان حکم اولی پذیرفت، در صورت احساس نیاز در مورد بیماری‌های خطرناکی چون ایدز و... که موجب سرایت و هلاک شخص و سلامت افراد جامعه می‌گردد، انجام آزمایش‌های مزبور در موارد مشکوک، به جهت رعایت مصالح اجتماعی، از باب حکم ثانوی واجب است، لیکن در سایر موارد هرچند انجام آزمایش ارجح است، اما از نظر شرعی واجب نیست.

واژگان کلیدی: ازدواج، آزمایش پزشکی، بیماری خطرناک، بیماری مسری، ماده ۲۳ قانون حمایت خانواده.

مقدمه

در جهان‌بینی اسلامی، خانواده از ارزش و اهمیت شایانی برخوردار است. خانواده بنیادی‌ترین نهاد اجتماعی است که در نتیجه عقد نکاح بین زن و مرد بر اساس شرایط مقرر در شرع و قانون شکل می‌گیرد. از این رو، شارع اهتمام ویژه‌ای نسبت به نحوه شکل‌گیری و سلامت اعضای آن مبذول داشته است. قرآن کریم به عنوان منبع اصلی احکام فقهی در آیات متعدد به تبیین احکام مربوط به حوزه خانواده پرداخته است. در روایات منقول از معصومان علیهم‌السلام نیز اهمیت ویژه‌ای برای تشکیل، حفظ خانواده و حسن معاشرت اعضای آن در نظر گرفته شده است.

هرچند هدف اصلی ازدواج، دستیابی به کمال و پیدایش آرامش روانی و سکون نفس دانسته شده (روم/ ۲۱)، اما باید توجه داشت که استمرار نسل بشر و تولید مثل نیز در زمره آثار مهم ازدواج به شمار می‌آید و در روایات اسلامی، به انتخاب همسر بارور و دارای سلامت جنسی تأکید شده (کلینی، ۱۴۲۹: ۵۹۴/۱۰) و فقدان برخی از اوصاف مرتبط با این حوزه، از جمله مصادیق عیب موجب ثبوت حق فسخ برای طرف مقابل به شمار رفته است.

یکی از مباحثی که امروزه دامنگیر بسیاری از افراد و جوامع بشری است، شیوع بیماری‌های واگیردار و غیر قابل درمان و یا صعب‌العلاج است که به سلامت روانی و

حسن تعامل اعضای خانواده صدمه وارد می‌کند. همچنین تولد نوزادی با امراضی نظیر تالاسمی ماژور آن گونه که ادعا شده، علاوه بر مشکلات پزشکی، اجتماعی و اقتصادی زیادی که برای بیمار و والدین ایجاد می‌کند، بار فراوانی را بر سیستم بهداشتی درمانی جامعه تحمیل خواهد کرد (شایان‌مهر و همکاران، ۱۳۹۴: ۹۰۳).

امروزه با پیشرفت‌های به دست آمده در حوزه پزشکی، این امکان برای بشر فراهم شده که با بررسی نقائص و بیماری‌های موجود در هر یک از زوجین، تا حدود زیادی از تولد فرزندان دارای مشکلات جسمی و بیماری‌های مزمن پیشگیری نموده و مانع سرایت بیماری به طرف مقابل گردد. بر این اساس در بسیاری از نظام‌های حقوقی کشورهای مختلف، انجام برخی از آزمایش‌های پزشکی برای زوجین قبل از ازدواج اجباری شده است (عثمان، ۲۰۰۹: ۴۲۶).

قانون‌گذار ایران نیز از اهمیت این موضوع غافل نبوده و در ماده ۲۳ قانون حمایت خانواده ۱۳۹۱ این گونه مقرر داشته است:

«وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی مکلف است ظرف یک ماه از تاریخ لازم‌الاجرا شدن این قانون، بیماری‌هایی را که باید طرفین پیش از ازدواج علیه آن‌ها واکنش‌ها شوند و نیز بیماری‌های واگیردار و خطرناک برای زوجین و فرزندان ناشی از ازدواج را معین و اعلام کند».

بند دوم این ماده نیز دفاتر رسمی ازدواج را مکلف به مطالبه گواهی انجام آزمایش‌های مقرر در این قانون نموده است.

با توجه به اینکه هیچ نص صریح شرعی در خصوص لزوم یا عدم لزوم آزمایش‌های پزشکی پیش از ازدواج در دست نیست، باید دید حکم مقرر در ماده ۲۳ قانون حمایت خانواده، تا چه میزان با ضوابط فقهی همخوانی دارد؟ به بیان دیگر آیا می‌توان از منظر فقهی، انجام آزمایش‌های مزبور را امری واجب تلقی نمود؟ وجوب مزبور حکم اولی شرعی است یا حکم ثانوی؟

برای ارائه پاسخ مناسب به این سؤالات لازم است به بررسی دیدگاه‌های موافقان و مخالفان لزوم انجام آزمایش‌های مزبور در فقه مذاهب اسلامی پرداخته و با توجه به اصول کلی مستنبط از منابع شرعی، حکم قضیه را تبیین نماییم. شایان ذکر است که در

خصوص اصل مشروعیت انجام آزمایش‌های پزشکی قبل از ازدواج، اختلافی بین فقیهان مذاهب مختلف اسلامی به چشم نمی‌خورد (مرکز التمییز البحتی، ۲۰۱۴: ۲۴۱؛ فاضل موحدی لنگرانی، بی‌تا: ۲۴۳؛ جمعی از مؤلفان، بی‌تا: ۱۰۴/۱۵)، بلکه اختلاف نظر عمده در بحث وجوب یا عدم وجوب شرعی انجام آن می‌باشد.

شایان توجه است که عدم انجام آزمایش‌های مزبور، هیچ تأثیری در صحت شرعی نکاح نخواهد داشت و در صورتی که طرفین، سایر شرایط قانونی و شرعی را دارا باشند، نکاح ایشان از منظر شرعی با مانعی روبه‌رو نخواهد بود و عدم تمکین نسبت به حکم قانون، تنها موجب عدم ثبت ازدواج یا مجازات‌های مقرر در قوانین خاص خواهد شد. در خصوص حکم فقهی آزمایشات مزبور به دلیل فقدان نص صریح شرعی، رویکرد واحدی وجود ندارد. برخی آن را واجب دانسته و برخی قائل به عدم وجوب آن هستند. در کلمات برخی نیز عباراتی وجود دارد که می‌توان قبول هر یک از دو دیدگاه را به ایشان نسبت داد. دیدگاه سومی که با جمع‌بندی ادله مطرح شده و توسط طرفداران هر یک از دو دیدگاه مزبور به آن دست یافته‌ایم، این است که انجام آزمایش‌های مزبور به دلیل ضرورت‌های فردی و اجتماعی و مصالح جامعه مسلمانان از باب حکم ثانوی در مواردی که خطر جدی سلامت زوجین یا نسل آینده را تهدید می‌کند، واجب خواهد بود.

۱. مفهوم‌شناسی

۱-۱. مفهوم آزمایش پزشکی قبل ازدواج

با توجه به نوپیدا بودن آزمایش‌های پزشکی پیش از ازدواج که در نتیجه پیشرفت دانش پزشکی و امکان پیشگیری از برخی بیماری‌ها به وجود آمده، در آثار فقیهان متقدم و بسیاری از متأخران در خصوص تعریف، مبانی و حدود آن، مطلبی یافت نمی‌شود. در ماده ۲۳ قانون حمایت خانواده و آیین‌نامه اجرایی این قانون نیز تعریفی از آزمایش پزشکی ارائه نشده است. از این رو شایسته است ابتدا در اینجا به تبیین مفهوم آزمایش‌های پزشکی پیش از ازدواج پردازیم و سپس حکم شرعی آن را تبیین نماییم.

آزمایش در لغت به معنای امتحان و سنجش به کار رفته است و در اصطلاح فقهی، یکی از راه‌های شناخت موضوعات است که فقیهان از آن در ابوابی مانند اجتهاد و تقلید، طهارت، تجارت، حجر، قضاء و دیات به مناسبت سخن گفته‌اند (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۶: ۱۲۲/۱). در کتب فقهی از اصطلاح «فحص» به جای آزمایش استفاده شده که معنای لغوی آن با آزمایش یکسان بوده و از دید دانشمندان لغت به معنای جستجو می‌باشد (جوهری، ۱۴۱۰: ۱۰۴۸/۳؛ ابن فارس، ۱۴۰۴: ۴/۴۷۷). معنای اصطلاحی فحص نیز با معنای لغوی آن یکی بوده و آن گونه که برخی گفته‌اند، مترادف با جست‌وجو و به معنای تلاش برای یافتن چیزی به کار رفته است (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۶: ۸۸/۳).

پزشکی نیز همان طبابت است که در فقه به آن اشاره شده است (همان: ۲/۲۶۱). در تبیین معنای طبابت نیز گفته شده است:

«طبابت، فن درمان بیماران است که در عرف از آن تحت عنوان طب یاد می‌شود» (مشکینی، بی‌تا: ۳۵۵).

در ترکیب «آزمایش پزشکی» نیز این دو کلمه از معنای لغوی خود دور نشده و به همان معنای سنجش و امتحان یا جست‌وجویی که با رویکرد تشخیص و درمان بیماری‌ها صورت می‌گیرد، به کار رفته‌اند. در اصطلاح فقهی نیز آزمایش‌های پزشکی پیش از ازدواج عبارت است از:

«مجموعه‌ای از بررسی‌های کارشناسی و تخصصی که انجام آن پیش از انعقاد پیمان ازدواج، با هدف ارائه مشاوره و راهنمایی لازم جهت دستیابی به زندگی سعادت‌مند و فرزندان سالم و حفظ سلامت خانواده و به تبع آن سلامت اجتماع، به طرفین نکاح توصیه می‌شود» (کیلانی، ۲۰۱۱: ۲۱).

عقیده برخی نیز در مورد آزمایش‌های پزشکی پیش از ازدواج چنین است:

«مجموعه‌ای از بررسی‌های کارشناسی و آزمایشگاهی - پزشکی است که در جهت تشکیل خانواده سالم و زندگی زناشویی موفق با حفظ سلامت زوجین انجام گرفته و به وسیله آن، قابلیت‌های جسمی و ژنتیکی ایشان شناسایی شده و امکان ایجاد ارتباط زناشویی بدون خطر و تولید نسل سالم و خالی از امراض مسری مورد بررسی

قرار می‌گیرد» (همان: ۲۲).

به نظر، تعاریف مزبور به همان معنای عرفی آزمایش‌های قبل از ازدواج اشاره دارد و در تعاریف مزبور به ویژه تعریف دوم، تلاش شده تمامی آثار احتمالی چنین آزمایشی احصا گردد. به عقیده ما بهتر است در تعریف آزمایش‌های قبل از ازدواج این گونه بگوییم:

«آزمایش‌های پزشکی قبل از ازدواج عبارت است از بررسی‌های آزمایشگاهی و تخصصی که در مراکز ذی‌صلاح و در موارد مصرح قانونی، نسبت به هر دو طرف نکاح، پیش از انعقاد عقد و ثبت آن، با هدف کشف بیماری‌های احتمالی طرفین و خطرهایی که ممکن است نسل آینده ایشان را تهدید کند و ارائه مشاوره لازم در جهت حفظ سلامت زوجین انجام می‌گیرد».

۲-۱. مفهوم ازدواج

ازدواج که در برخی روایات و لسان فقیهان از آن تعبیر به سنت پیامبر صلی الله علیه و آله شده است (مجلسی، ۱۴۱۰: ۴۲۰/۱۰۰؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۲/۲۹)، در اصطلاح، «همسر گرفتن مرد یا زن است که به سبب عقد ازدواج همراه با شرایط آن تحقق می‌یابد» (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۶: ۳۶۳/۱). بیشتر فقیهان به جای ازدواج از اصطلاح نکاح استفاده کرده‌اند.

صرف نظر از اختلافی که در خصوص حقیقت یا مجاز بودن کلمه نکاح در معنای عقد ازدواج وجود دارد (عبدالرحمن، بی‌تا: ۴۴۰/۳)، تعاریف زیر درباره نکاح بیان شده‌اند:

- «نکاح از منظر شرعی عبارت است از ارتباط و علقه خاص اعتباری بین زن و مرد که قابل جعل و انشاء به وسیله لفظ و شبه لفظ می‌باشد» (مشکینی، بی‌تا: ۵۴۶).
- «نکاح عبارت است از عقد بین زن و شوهر که سبب حلیت و طی می‌شود» (ابوجیب، ۱۴۰۸: ۳۶۰).
- «عقدی است که سبب حلیت استمتاع مرد از زنی که خالی از موانع شرعی باشد، می‌گردد» (همان).

در فقه امامیه و به تبع آن حقوق مدنی ایران، عقد نکاح به دو قسم نکاح دائم و موقت تقسیم شده است:

«عقد ازدواج یا برای مدتی معین منعقد می‌شود یا برای همیشه، که از اولی به متعه یا

ازدواج موقت و از دومی به ازدواج دائم تعبیر می‌شود» (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۶: ۳۶۳/۱).

بر اساس ماده ۲۱ قانون حمایت خانواده:

«نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران در جهت محوریت و استواری روابط خانوادگی، نکاح دائم را که مبنای تشکیل خانواده است، مورد حمایت قرار می‌دهد».

با وجود این، نکاح موقت نیز در ادامه همین ماده بر اساس موازین شرعی، پذیرفته شده و در مواردی ثبت آن الزامی دانسته شده است.

مسئله‌ای که شایسته است در اینجا به آن اشاره شود این است که آیا مقررات ماده ۲۳ قانون حمایت خانواده صرفاً ناظر به ازدواج دائم است یا ازدواج موقت را نیز در بر می‌گیرد؟ در پاسخ به این سؤال ممکن است در بدو امر چنین اظهارنظر نمود که چون این ماده ناظر به ثبت ازدواج است و دفاتر رسمی ازدواج را مکلف به مطالبه گواهی‌های مزبور نموده و در نکاح موقت علی‌الاصول نیازی به ثبت ازدواج نیست، پس این مقرر شامل ازدواج موقت نخواهد بود و انجام چنین آزمایش‌هایی در ازدواج موقت لازم نیست. پیشینه تاریخی آزمایش‌های پزشکی پیش از ازدواج نیز این برداشت را تأیید می‌کند.

با وجود این، به نظر نگارندگان نباید این برداشت ظاهری را تأیید نمود؛ چرا که اولاً از منظر اجتماعی و آسیب‌های متعدد فردی و اجتماعی که انتقال بیماری‌ها می‌تواند در پی داشته باشد، تفاوتی بین نکاح دائم و موقت نیست، چون در صورت ابتلای یکی از زوجین به بیماری مهلک و مسری، دائم یا موقت بودن نکاح، تغییری در احتمال سرایت به طرف مقابل ایجاد نخواهد کرد. ثانیاً در مواردی، بر اساس قانون حمایت خانواده، ثبت نکاح موقت نیز الزامی است که با توجه به اطلاق ماده ۲۳ می‌توان نکاح موقت را نیز داخل در بحث دانست:

«دفاتر رسمی ازدواج باید پیش از ثبت نکاح گواهی صادرشده از سوی پزشکان و مراکز مورد تأیید وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی دال بر عدم اعتیاد به مواد مخدر و عدم ابتلا به بیماری‌های موضوع این ماده و یا واکسینه شدن طرفین نسبت به بیماری‌های مذکور را از آنان مطالبه و بایگانی کنند».

۲. بررسی دیدگاه‌های مطرح در خصوص حکم شرعی آزمایش‌های

پیش از ازدواج

در خصوص لزوم یا عدم لزوم انجام آزمایش‌های پزشکی پیش از ازدواج، از دو منظر می‌توان به بررسی مسئله پرداخت. ابتدا باید حکم اولی حاکم بر انجام چنین آزمایش‌هایی مورد بررسی قرار گیرد و سپس در صورتی که بر اساس ادله احکام اولیه، وجوب انجام چنین آزمایش‌هایی را نپذیرفتیم، باید به سراغ ادله احکام ثانویه رفته و ببینیم که آیا می‌توان قائل به وجوب چنین عملی به عنوان حکم ثانویه شد یا چنین امکانی وجود ندارد؟ از این رو در ابتدا به تبیین حکم اولی پرداخته و دو فرض وجوب و عدم وجوب را به همراه ادله هر دیدگاه مورد بررسی قرار خواهیم داد و در ادامه به بررسی حکم ثانوی مسئله خواهیم پرداخت.

۱-۲. لزوم انجام آزمایش‌های پزشکی قبل از ازدواج به عنوان حکم اولی

برای اثبات وجوب شرعی انجام آزمایش‌های پزشکی پیش از ازدواج می‌توان به دلایلی از کتاب و سنت استناد نمود که مورد بررسی قرار می‌گیرند.

۱-۱-۲. قرآن کریم

۱-۱-۲-۱. آیه ۱۹۵ سوره بقره^۱

در این آیه شریفه، خداوند مسلمانان را از اینکه خود را در معرض هلاکت قرار دهند، نهی کرده است. به نظر می‌رسد این فقره از آیه مبارکه به عنوان یک گزاره کلی می‌تواند مبنای استنباط بسیاری از احکام شرعی گردد. از این رو با توجه به اینکه امروزه به دلیل پیشرفت دانش پزشکی می‌توان با انجام برخی از آزمایشات قبل از ازدواج از سرایت بسیاری از بیماری‌های مهلک و خطرناک به نسل آینده جلوگیری کرد، عدم اقدام به این کار حداقل در مواردی که احتمال خطر وجود دارد، یا به دلیل قابلیت انتقال، تهدیدی کلی در اذهان بشریت ایجاد کرده است (احمدنژاد، الهام و همکاران، ۱۳۸۵: ۸۱)، نوعی در معرض هلاکت قرار دادن خود و نسل آینده محسوب می‌شود که توسط

۱. «وَلَا تَلْقُوا بَأْدَیْكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ».

آیه مبارکه از آن نهی شده است (مصطفوی، ۱۴۲۱: ۳۲۷).

نقد و بررسی

در نقد این استدلال می‌توان گفت که اولاً در خصوص تفسیر آیه مبارکه اختلاف نظر زیادی در میان فقیهان وجود دارد و برخی آن را ناظر به دفاع مشروع (طوسی، ۱۳۸۷: ۱۰/۲) یا فروعیات جهاد (ابن براج طرابلسی، ۱۴۰۶: ۳۰۴/۱؛ طوسی، ۱۴۰۷: ۱۳۴۶/۵؛ محقق حلّی، ۱۴۰۸: ۲۸۲/۱) دانسته و عده‌ای آن را ناظر به عدم جواز بخشش تمام دارایی در مقام انفاق دانسته‌اند (کلینی، ۱۴۰۷: ۵۳/۴). ثانیاً در صورتی که دلالت آیه بر بحث حاضر را بپذیریم، تنها در مواردی می‌توان به آیه مزبور استناد کرد و حکم به لزوم انجام آزمایشات پزشکی نمود که خطر یقینی یا قریب به یقین، متوجه هر یک از زوجین یا نسل آینده باشد، و الاً استناد به این آیه برای اثبات مطلق آزمایش‌های پزشکی تمام نیست.

۲-۱-۱-۲. آیه ۳۸ سوره آل عمران^۱

بر اساس این آیه، انسان تا حد امکان باید از خداوند متعال درخواست نسلی سالم و طیب داشته باشد؛ چرا که وجود چنین نسلی، لازمه بقای نوع بشر و تداوم عبودیت خداوند در زمین به شمار می‌رود (شاطبی، بی‌تا: ۱۰/۲). از آنجا که انجام آزمایشات پزشکی، مقدمه‌ای برای دستیابی به چنین نسلی به شمار می‌رود، امری مشروع و لازم تلقی می‌شود (عارف قره‌داغی، ۱۴۱۹: ۱۲۳). علاوه بر این، فرزندان که در نتیجه تداخل ژنتیکی یا بیماری‌های ارثی که با انجام آزمایش قابل کشف و پیشگیری است، به دنیا می‌آیند، فی‌الجمله نمی‌توانند مایه «روشنی چشم» (ر.ک: فرقان/ ۷۴؛ سجده/ ۱۷) و مصداق ذریه طیبه به شمار روند (بوخاله، ۱۴۳۱: ۳۰۳).

نقد و بررسی

هرچند بر اساس این آیه شریفه، طلب ذریه طیبه از خداوند امری نیکو و پسندیده است و ذریه طیبه شامل فرزندان صالح و سالم جسمی نیز خواهد بود، اما نمی‌توان از

۱. «هُنَالِكَ دَعَا زَكَرِيَّا رَبَّهُ قَالَ رَبِّ هَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ ذُرِّيَّةً طَيِّبَةً إِنَّكَ سَمِيعُ الدُّعَاءِ».

مفهوم طیبه، تفسیری محدود ارائه نمود و فقط سلامت جسمی یا روانی و صالح بودن را داخل در آن دانست، بلکه این امکان وجود دارد که فرزندی علی‌رغم ابتلا به بیماری، از منظر قرآنی بر اساس اعمال صالح خود، ذریه طیبه به شمار آید و نمی‌توان به صراحت به طیبه نبودن فرزندان که دچار مریضی یا بیماری جسمی هستند، قائل شد. به بیان دیگر، در طیبه بودن ذریه انسان، عوامل متعددی نقش‌آفرین هستند که یکی از آن‌ها می‌تواند سلامت جسمانی باشد، اما سلامت جسمانی تمام ملاک و معیار برای طیبه تلقی شدن فرزند متولد از زوجین نیست. قدر متیقن این است که چنانچه فرزندی سالم و صالح باشد، مصداق ذریه طیبه به شمار خواهد آمد. علاوه بر این، بر فرض پذیرش استدلال به آیه فوق، این آیه تنها در خصوص آزمایش‌های پزشکی جهت ممانعت از انتقال بیماری‌های موروثی به نسل‌های آینده کارایی خواهد داشت و در خصوص بیماری‌های مسری به هر یک از زوجین نمی‌توان از آن حکمی برداشت نمود.

۳-۱-۲. راهنمایی قرآن مبنی بر استفاده از راه‌های طبیعی

بعد از آنکه حضرت لوط ع‌ا‌ی‌ا‌ل‌ی‌ا سال‌هایی متمادی قومش را دعوت به یکتاپرستی کرد و آن‌ها را ارشاد و هدایت نمود، ولی قومش بر لجاجت و نافرمانی خودشان اصرار می‌ورزیدند، تا کار را به جایی رساندند که مستحق عذاب الهی شدند. قبل از نزول عذاب، خداوند به حضرت لوط ع‌ا‌ی‌ا‌ل‌ی‌ا دستور خروج از بین قومش را صادر نموده و در ضمن یادآور می‌شود که از وسیله و سبب استفاده نماید. قرآن کریم می‌فرماید:

«در این هنگام فرشتگان گفتند: ای لوط ما فرستادگان پروردگار تویم. آنان هرگز به تو دست نمی‌یابند و نمی‌توانند گزندت به تو برسانند. پس در پاسی از این شب، با خانواده‌ات از این دیار کوچ کن و هیچ یک از شما نباید روی بگرداند و به پشت سرش بنگرد. اما همسرت را با خود مبر؛ زیرا غذایی که به دیگران می‌رسد، به او نیز خواهد رسید» (هود/ ۸۱؛ صفوی، بی‌تا: ۲۳۰).

این فرمان (خروج از شهر در شب) خودش نوعی دستور استفاده از اسباب و وسیله است؛ یعنی می‌گوید شب را وسیله قرار بده و از تاریکی آن استفاده نما و از شهر خارج شو.

در دنیای کنونی نیز که وسایل پیشگیری از بیماری‌ها و تولد نسل معیوب و مریض، بیش از پیش در اختیار بشر قرار گرفته است، شایسته است که انسان بر اساس آموزه‌های قرآنی برای حفظ سلامت خود و نسل‌های آینده، به وسایل مزبور تمسک جسته و آن‌ها را برای نیل به این هدف به کار گیرد.

نقد و بررسی

در نقد این استدلال می‌توان گفت با وجود اینکه توصیه قرآن به استفاده از ابزار و وسایل متعارف، امری مقبول و مورد پذیرش ماست، با وجود این، بین مقبولیت و وجوب، تفاوت وجود دارد. تقریر استدلال فوق به نحوی است که نمی‌توان از آن وجوب انجام آزمایش‌های پزشکی را برداشت نمود، بلکه می‌توان با استفاده از آن، جواز شرعی و بهتر بودن تمسک به این شیوه‌ها را استفاده نمود؛ در حالی که مستدل در مقام اثبات وجوب انجام آزمایش‌های پزشکی به عنوان حکم اولی شارع است.

۲-۱-۲. روایات

۱-۲-۱. روایات دال بر لزوم انتخاب همسر برخوردار از سلامت جسمی

معصومان علیهم‌السلام در روایات زیادی مسلمانان را به انتخاب همسری شایسته، سالم از نظر جسمی و اخلاقی و متدین ترغیب کرده‌اند. در اینجا به برخی از روایات مزبور که می‌تواند اهمیت سلامت جسمی زوجین و وجود نسل سالم را نشان دهد، اشاره می‌شود. امام صادق علیه‌السلام می‌فرماید:

«قَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: اخْتَارُوا لِنُطْفِكُمْ، فَإِنَّ الْخَالَ أَحَدُ الضَّجِيعِينَ» (کلینی، ۱۴۰۷: ۳۳۲/۵)؛

پیامبر صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فرمود: برای نطفه‌های خویش بهترین جایگاه را برگزینید؛ چرا که دایی نیز یکی از دو فرد تأثیرگذار بر فرزندان است.

در این روایت تأکید شده است که برای نسل خود جایگاه مناسبی انتخاب نمایید و به خانواده همسر از جمله برادران همسر خود توجه نمایید؛ چرا که صفات ایشان نیز به فرزند شما انتقال خواهد یافت. روایت مزبور عام است و می‌تواند خصوصیات جسمی از جمله مبرا بودن از بیماری‌های ارثی را نیز در بر گیرد.

در روایت دیگری چنین آمده است:

«تَخَيَّرُوا لِنُطْفِكُمْ فَإِنَّ الْعِرْقَ دَسَّاسٌ» (طبرسی، ۱۳۷۰: ۱۷۹)؛ برای نطفه‌های خود بهترین جایگاه را برگزینید؛ چرا که عرق [خصوصیات ژنتیکی] سرایت می‌کند [به نسل‌های آینده].

مراد از روایت این است که بسیاری از صفات، وراثتی است و از طریق ارث به فرزندان شخص نیز منتقل می‌شود (گوهری و همکاران، ۱۳۹۵: ۱۸۲). بر این اساس ممکن است شخص حامل برخی از بیماری‌های پنهان باشد که به فرزندان وی نیز منتقل شود و در ایشان ایجاد بیماری‌های خطرناک و مزمن نماید که از طریق آزمایش پیش از ازدواج قابل شناسایی و پیشگیری باشد.

علاوه بر دو روایت مزبور، روایات متعدد دیگری نیز وارد شده است که می‌توان از آن‌ها این گونه برداشت کرد که انسان برای ازدواج باید به تمامی ملاک‌های برتری و کمال از جمله سلامت جسمی توجه نماید؛ برای نمونه، حضرت رسول ﷺ در روایتی می‌فرماید:

«دختران خود را به کفو ایشان تزویج کنید و خودتان نیز از هم کفو خود همسر برگزینید و برای نطفه‌های خود بهترین جایگاه را انتخاب کنید» (کلینی، ۱۴۲۹: ۵۹۱/۱۰).

و یا در روایت دیگری آمده است: «برای نطفه خود بهترین جایگاه را انتخاب کنید؛ چرا که زنان، فرزندان همانند برادران و خواهران خود به دنیا می‌آورند» که به صراحت، دلالت بر همسانی بین فرزندان و خانواده همسر دارد که می‌تواند شامل بیماری‌ها و معایب پنهان و پیدای جسمانی و ژنتیکی نیز باشد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ۱۷/۱).

باید توجه داشت که هرچند خطاب در روایات مزبور بیشتر متوجه مردان است، اما زنان نیز از این قاعده مستثنا نبوده و ایشان نیز بر اساس آموزه‌های دینی باید کلیه ملاک‌های مزبور را در انتخاب همسر در نظر بگیرند. از آنجا که آشنایی کامل با صفات اخلاقی و وضعیت سلامت شخص در بسیاری از موارد، جز از راه مشاهده رفتار شخص و بررسی‌های آزمایشگاهی به دست نمی‌آید، انجام آزمایشات قبل از

ازدواج در کنار نقش درمانی، به عنوان مقدمه‌ای برای پیشگیری از ضعف نسل آینده و انتقال بیماری‌ها به ایشان، امری لازم و ضروری خواهد بود؛ چرا که در بسیاری از موارد ممکن است با ازدواج دو شخصی که بیماری مشترکی را به صورت پنهان دارند، فرزندی بیمار به دنیا آید، در صورتی که با ازدواج هر یک از ایشان با یک انسان سالم، چنین چیزی اتفاق نخواهد افتاد.

در روایات دیگری نیز امر به فرار از کسانی شده است که مبتلا به بیماری‌های مهلک و واگیردار هستند؛ برای نمونه، پیامبر صلی الله علیه و آله می‌فرماید:

«از شخص مبتلا به جذام فرار کن، همان گونه که از شیر درنده فرار می‌کنی» (صدوق، ۱۴۱۳: ۵۵۷/۳).

بر اساس این قبیل روایات که مضامین آن‌ها به کزات و به تواتر معنوی تکرار شده، مراقبت و پیشگیری از ابتلا به بیماری‌های واگیردار و مهلک از دید روایات، امری لازم و ضروری است (عبدالصمد، ۱۴۱۷: ۱۶۵).

نقد و بررسی

مضمون روایات مورد اشاره، صرف‌نظر از صحت یا ضعف سند آن‌ها، رجحان و برتری انجام امور مزبور است و دلالتی بر وجوب شرعی ندارد. دلیل این امر آن است که در هیچ یک از موارد مذکور در این دسته روایات، حکم به وجوب اجتناب یا حرمت ازدواج نشده و فقیهان نیز فتوا به چنین امری نداده‌اند؛ برای نمونه، هیچ فقیهی فتوا به وجوب اجتناب از ازدواج با شخصی که از معلولیت جسمی برخوردار است، نداده و آن را امری نامشروع تلقی نکرده است. نهایت چیزی که از این دسته روایات می‌توان برداشت نمود، آن است که انجام چنین آزمایش‌هایی، مشروع تلقی می‌گردد و از نظر شارع نه تنها انجام آن‌ها ممنوع نیست، بلکه بر اساس روایات رجحان دارد. اما با این روایات نمی‌توان وجوب آن‌ها را به عنوان حکم اولی شارع اثبات نمود.

۲-۲-۱-۲. حکمت مستفاد از روایات دال بر جواز نظر به بدن زن در هنگام خواستگاری

توضیح اینکه در شرع مقدس اسلام بر اساس اصل اولیه، نگاه به بدن زن نامحرم جز در موارد استثنایی، امری حرام و مستوجب عقوبت اخروی است (بحرانی، ۱۴۰۵: ۵۲/۲۳).

انصاری، ۱۴۱۵: ۴۱). با وجود این، فقیهان به استناد روایات (کلینی، ۱۴۲۹: ۶۷۸/۱۰؛ طوسی، ۱۴۰۷ الف: ۴۳۵/۷) در امر ازدواج استثنا قائل شده و به مردی که قصد ازدواج با زنی دارد، با رعایت حدود مقرر شرعی، اجازه نظر به بدن وی جز عورت را داده‌اند (طوسی، ۱۴۰۷ ب: ۲۴۷/۴؛ انصاری، ۱۴۱۵: ۴۰؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۱۲۳). حکمت این امر از جانب برخی فقیهان، آگاهی از معایب و محاسن زوجه دانسته شده است (سبحانی، بی‌تا: ۱۱/۱) که نشان می‌دهد از منظر شرع مقدس اسلام تنها زیبایی ظاهری و ویژگی‌های اخلاقی، ملاک برای ازدواج نیست، بلکه سلامت و قوت جسمی طرفین نیز مورد توجه گرفته است.

در حقیقت، بررسی مزبور نوعی آزمایش سلامت مرسوم در آن زمان بوده که در دسترس افراد جامعه قرار داشته است و به وسیله آن می‌توانسته‌اند از عیوب ظاهری طرف مقابل خود و بیماری‌های جسمی وی آگاه گردند. امروزه که راه حل‌های بهتر و دقیق‌تری برای تشخیص بیماری‌ها و عیوب جسمی افراد در دسترس قرار دارد، به استناد این دسته از روایات، استفاده از آن امری مشروع و معتبر تلقی خواهد شد و طرفین عقد می‌توانند با اطلاع از نتایج بررسی‌های مزبور، با دقت و آگاهی لازم، اقدام به اتخاذ تصمیم در خصوص انتخاب همسر نمایند. حتی می‌توان گفت که وقتی شارع مقدس، مجوز نظر با کیفیت مخصوص را در اموری صادر کرده که نسبت به برخی از امراض در درجه اهمیت بسیار پایین‌تری قرار دارند، امور مهم‌تر که در نسل آینده نیز تأثیرگذارند، باید به طریق اولی مجاز شمرده شوند.

نقد و بررسی

علی‌رغم پذیرش دیدگاه جواز نظر به بدن زن در هنگام خواستگاری با رعایت موازین مقرر در شرع، نمی‌توان به دلایل مزبور برای اثبات حکم وجوب انجام آزمایش‌های پزشکی به عنوان حکم اولی شارع استناد نمود؛ زیرا آن گونه که اشاره شد، روایات مزبور دلالت بر جواز چنین امری دارند و نه وجوب آن. به بیان دیگر، هیچ یک از روایات مورد اشاره، نظر به بدن زن در هنگام خواستگاری را امری واجب ندانسته‌اند و فقیهان نیز به استناد چنین روایاتی تنها به جواز نظر با رعایت حدود مقرر شرعی فتوا

داده‌اند و کسی قائل به وجوب آن نشده است. بر این اساس نمی‌توان به استناد این روایات صرف‌نظر از صحت یا ضعف سند آن‌ها، قائل به وجوب شرعی انجام آزمایش‌های پزشکی شد، بلکه نهایت چیزی که از این دلایل برداشت می‌شود، اصل جواز چنین اعمالی است.

۳-۲-۱۲. روایات ترغیب‌کننده به ازدواج با بیگانه و دوری از ازدواج با خویشان

از آنجا که در شریعت مقدس اسلام، ازدواج تنها راه مشروع برای تشکیل خانواده و تداوم نسل بشر به شمار می‌رود، این دین مقدس در مراحل تشکیل خانواده، طرفین را به انتخاب زوجی مناسب از نظر اخلاقی، اعتقادی و سلامت ترغیب و تشویق نموده است. بر این اساس در آموزه‌های معصومان علیهم‌السلام به عبارات مختلف، اشخاص از ازدواج با خویشاوندان بر حذر داشته شده‌اند و ترغیب به ازدواج با افراد غیر خویشاوند شده است که از نظر ژنتیک با یکدیگر متفاوت هستند (علامه حلی، ۱۳۸۸: ۵۶۹؛ گروه محققان، ۱۴۲۹: ۶۰/۱؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۸: ۷۵۲/۲). البته روایت کراهت ازدواج با خویشان از طریق عامه نقل شده است، لکن از جهت سندی، آن گونه که برخی فقیهان بیان کرده‌اند، ضعیف محسوب نمی‌شود و روایاتی به همین مضمون نیز توسط برخی از امامیه نقل شده است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ۱۲/۱).

حکمتی که در روایات منقول از معصومان علیهم‌السلام برای این حکم نقل شده، آن است که ازدواج با خویشان، منجر به ایجاد نسلی ضعیف و تولد فرزندان معیوب و بیمار می‌شود (ابن سعید حلی، ۱۴۰۵: ۴۵۶). هرچند در روایات مزبور از عبارت «لا تنکحوا» استفاده شده که دلالت بر نهی دارد و نهی نیز ظهور در حرمت شرعی چنین اقدامی دارد، اما به عقیده برخی فقیهان، روایات مزبور دلالت بر کراهت ازدواج با خویشاوندان نزدیک دارند (همان). از این روایات، اهمیت و جایگاه پیشگیری از انتقال امراض و بیماری‌های موجب ضعف و هلاکت نسل آینده از منظر شریعت اسلام مشخص می‌گردد و حکم مزبور، اختصاص به خویشان و نزدیکان شخص ندارد و می‌توان با توجه به حکمت آن، حکم مزبور را در تمامی مواردی که احتمال خطر وجود دارد، ساری و جاری دانست و اقدام به چنین ازدواجی را حداقل مکروه شمرد. به همین دلیل

است که برخی فقیهان مراعات توصیه پزشک در این مورد را بلا مانع دانسته‌اند (تبریزی، بی تا: ۳۲۸/۲).

انجام آزمایش‌های پیش از ازدواج نیز یکی از ابزارهای لازم برای پیشگیری از چنین نتیجه‌ای است و می‌تواند مانع ضعف و سستی نسل آینده باشد. در حقیقت با تعمیم علت مذکور در روایات، یعنی ضعف نسل و تولد فرزندان معیوب، به تمامی مواردی که ممکن است چنین اثری داشته باشد، می‌توان ضرورت انجام آزمایش‌های پزشکی را پیش از اقدام به ازدواج از منظر شرع مقدس اسلام نتیجه گرفت.

نقله و بررسی

با وجود اینکه آزمایش‌های پزشکی با شناسایی امراض مخفی موجود در جسم شخص می‌تواند به درمان وی و پیشگیری از ابتلای نسل آینده به چنین امراضی مفید باشد، اما نمی‌توان به استناد این دسته از روایات، حکم به وجوب شرعی آن نمود؛ چرا که بر فرض صحت سند و تمامیت دلالت این روایات، نهایت دلالت آن‌ها این است که انجام ازدواج در فرضی که ممکن است فرزندی ضعیف و بیمار متولد شود، مکروه است. آن گونه که پیداست، هرچند ترک مکروه از نظر شرعی رجحان دارد، اما انجام آن از منظر شرعی با مانعی مواجه نبوده و شخص بر انجام مکروه عقاب نخواهد شد (عبدالرحمن، بی تا: ۳۴۲/۳). بر این اساس اگر قائل به تعمیم علت مذکور در روایات به محل بحث نیز باشیم، نهایت چیزی که می‌توان از این روایات استفاده کرد، حکم به کراهت ازدواج بدون انجام آزمایش‌های لازم است و نمی‌توان از آن‌ها حرمت ازدواج بدون آزمایش را برداشت نمود یا حکم به وجوب انجام این آزمایش‌ها نمود.

۳-۱-۲. قواعد فقهی

برخی فقیهان برای اثبات لزوم انجام آزمایش‌های قبل از ازدواج، به قواعدی نظیر وجوب دفع ضرر محتمل، لاضرر و امثال آن استناد کرده‌اند.

۱-۳-۱-۲. قاعده وجوب دفع ضرر محتمل

قاعده وجوب دفع ضرر محتمل، یکی از قواعد عقلی است که فی الجمله مورد

پذیرش قرار گرفته است (آخوند خراسانی، ۱۴۲۷: ۵۱/۳) و فقیهان در ابواب مختلف فقه و علم اصول برای اثبات برخی از دیدگاه‌های خویش به آن استناد کرده‌اند. مضمون قاعده مزبور، که به وجوه مختلف تقریر شده است، این است که عقل انسان حکم به وجوب دفع ضررهای احتمالی می‌کند و اگر انسان نسبت به ورود ضرر به خویش در خصوص امری بیمناک باشد، عقل حکم به وجوب دفع ضرر مزبور می‌کند. از آنجا که قاعده مزبور یک قاعده عقلایی است، مراد از وجوب در آن نیز وجوب ناشی از حکم عقل خواهد بود. هرچند به عقیده برخی وجوب دفع ضرر محتمل صرفاً اختصاص به ضررهای اخروی دارد (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۳۳۴/۷؛ آخوند خراسانی، ۱۴۲۷: ۴۲/۳)، اما از دید بسیاری دیگر از فقیهان، این قاعده در ضررهای دنیوی نیز جریان دارد (شیرازی، ۱۴۱۲: ۲۰۵/۱؛ نراقی، ۱۴۲۲: ۳۲۴/۲).

نیز فقیهان در ابواب مختلف فقهی چون ولایت عدول مؤمنین (بهجت فومنی، ۱۴۲۶: ۳۵۶/۳)، حرمت تدوین و نشر کتب ضلال (منتظری، ۱۴۲۹: ۱۴۷)، وجوب ازدواج در صورت خوف ابتلا به معصیت (زنجانی، ۱۴۱۹: ۳۳/۱)، حرمت نظر به اجنبیه (همان: ۵۰۵/۲)، عدم جواز اضرار به نفس (جمعی از مؤلفان. بی‌تا: ۶۰/۲۱) و اثبات حق شفعه برای شریک (محقق داماد، ۱۴۲۶: ۸) به این قاعده استناد کرده‌اند.

از آنجا که در ازدواج، بدون انجام آزمایش‌های مرسوم پزشکی نیز خوف ضرر وجود دارد و شخص احتمال می‌دهد که بدون اطلاع از سلامت دیگری و بدون انجام بررسی‌های لازم، خود یا نسل وی دچار خطر شوند، عقل حکم می‌کند که انجام آزمایش‌های مزبور واجب و لازم است و شخص باید اقدامات پیشگیرانه لازم را پیش از اقدام به انعقاد عقد نکاح انجام دهد.

۱-۲-۳. قاعده «ما لا یتّم الواجب إلّا به فهو واجب»

در فقه اهل سنت برای اثبات برخی از احکام شرعی، به این قاعده تمسک شده است (صویغ، ۱۴۲۲: ۱۷)، اما در مذهب امامیه بیشتر در دانش اصول فقه و در بحث از وجوب یا عدم وجوب شرعی انجام مقدمه واجب، به این قاعده پرداخته می‌شود (فانی اصفهانی، ۱۴۰۱: ۲۸/۲). مقدمه واجب عبارت است از هر آن چیزی که واجب بدون آن،

تمام و کمال نمی‌یابد (محمدی، بی‌تا: ۱۱۶/۱).

کیفیت استدلال به این قاعده بدین نحو است که چون حفظ و بقای نسل مسلمانان بر تک تک افراد جامعه واجب است و ایشان باید اهتمام لازم را در جهت حفظ و تداوم نسل خویش مبذول دارند (کیلانی، ۲۰۱۱: ۱۳۲) و این امر نیز متوقف بر سلامت خود و همسر می‌باشد، مقدمه آن یعنی انجام آزمایشات پزشکی به منظور آگاهی از سلامت و صحت جسمی و عدم وجود بیماری‌هایی که موجب ضعف نسل یا هلاکت فرزندان می‌شود نیز از دید فقیهان اهل سنت به استناد قاعده مزبور، و از دید فقیهان شیعه از باب مقدمه واجب، امری لازم و ضروری خواهد بود.

نقد و بررسی

در نقد این استدلال می‌توان گفت که وجوب حفظ و بقای نسل مسلمانان بر تک تک افراد جامعه، ادعای صرف است و مستدل برای اثبات این مقدمه که استدلال وی بر پایه آن استوار است، دلیلی ارائه نداده و نگارنده نیز چنین دلیلی نیافته که بتوان برای اثبات لزوم حفظ نسل مسلمانان و وجوب تکلیفی آن بر همه افراد جامعه، به آن استناد نمود. بر این اساس، استدلال فوق محدودش و غیر قابل پذیرش خواهد بود.

۲-۲. عدم لزوم مطلق انجام آزمایش‌های پزشکی قبل از ازدواج

دیدگاه دیگری که در خصوص آزمایش‌های پزشکی مطرح شده، این است که حکومت اسلامی نباید اقدام به وضع قانون و اجباری کردن انجام آزمایش‌های مزبور نماید؛ بلکه این امر باید به اختیار خود زوجین باشد و در صورت تمایل خود، اقدام به انجام آن نمایند و نباید ثبت نکاح مشروط به ارائه گواهی‌های مقرر در قانون باشد. برای این دیدگاه می‌توان به برخی از روایات، توقیفی بودن عقد نکاح و عدم همخوانی آزمایش‌های پزشکی با مقاصد شارع به دلیل ایجاد مانع در روند تشکیل خانواده استناد کرد.

۱-۲-۲. روایات

الف) امام رضا (علیه السلام) در روایتی می‌فرماید:

«به خداوند حسن ظن داشته باش؛ چرا که خداوند متعال می‌فرماید: من همان گونه هستم که بنده مؤمنم گمان می‌کند» (کلینی، ۱۴۰۷: ۱۸۴/۳؛ مجلسی، ۱۴۰۶: ۱۳/۱۹۳؛ بخاری، ۱۴۰۱: ۱۷۱/۸).

در این روایت که از طریق شیعه و اهل سنت نقل شده است، خداوند متعال از بندگان خود خواسته است که نسبت به وی حسن ظن داشته باشند؛ چرا که خداوند با ایشان به همان نحوی که توقع دارند، تعامل خواهد کرد و اگر از خداوند توقع خیر داشته باشند، او به ایشان عطا خواهد کرد. به عقیده برخی از فقیهان اهل سنت، انجام آزمایشات پزشکی قبل از ازدواج در حقیقت به معنای سوءظن به خداوند و عدم امید به رحمت وی است؛ از این رو امری مشروع و پسندیده نخواهد بود (اشقر، ۱۴۲۰: ۹۲). به عقیده ایشان، انسان مؤمن باید در چنین اموری با توکل و حسن ظن به خدا حرکت کند و نیازی به انجام آزمایش‌های مزبور نیست. به علاوه، آزمایش‌های مزبور در بسیاری از موارد، نتیجه درستی به دست نمی‌دهد (همان). روایاتی که سلامت طفل را در فرض رعایت برخی امور بهداشتی نظیر تغذیه تضمین می‌کند، می‌تواند مؤید دلیل فوق باشد؛ برای مثال، امام صادق علیه السلام سلامت طفلی را که پدر و مادرش سویق می‌خورند، تضمین کرده است (مجلسی، ۱۴۱۰: ۲۷۸/۶۳).

نقد و بررسی

انجام آزمایش‌های پیش از ازدواج نه تنها سوءظن به خداوند و ناامیدی از رحمت وی نیست، بلکه حسن ظن به پروردگار به شمار می‌رود؛ چرا که انسان از ابزارهایی که خداوند متعال در اختیار وی قرار داده است، در جهت حفظ سلامت خود و نسل آینده مسلمانان، بهترین و کامل‌ترین استفاده را می‌برد (عبدالله، ۲۰۰۷: ۱۰۸). به علاوه، عقل انسان که یکی از حجت‌های الهی بر وی به شمار می‌رود (حز عاملی، ۱۴۰۹: ۱۵/۲۰۷)، حکم می‌کند که توسل به وسایل و ابزارهای موجود، امری لازم بوده و هیچ منافاتی با حسن ظن به خداوند ندارد.

به علاوه اگر این دیدگاه را بپذیریم، باید انسان کار و تلاش را رها کرده و برای درمان تمامی بیماری‌ها و مشکلات شخصی و اجتماعی صرفاً حسن ظن به خداوند

داشته باشد. در حالی که این دیدگاه در آموزه‌های اسلامی مردود است و توصیه شده است که از ابزار طبیعی برای پیگیری امور استفاده شود. ربیع بن عبدالله از امام صادق علیه السلام نقل می‌کند که فرمود:

«خداوند از اینکه اشیاء و امور را بدون اسباب آن اجرا نماید، ابا دارد. بلکه وی برای هر چیزی سببی قرار داده است...» (کلینی، ۱۴۲۹: ۱/۴۴۸).

نیز در روایتی آمده است:

«زمانی حضرت موسی علیه السلام بیمار شد. برخی از بنی اسرائیل که به عیادت او رفته و بیماری او را تشخیص دادند، گفتند: اگر از فلان دارو استفاده کنی، بهبودی خواهی یافت. موسی علیه السلام با توجه به توکلی که به خداوند داشت، گفت: من از هیچ دارویی بهره نمی‌گیرم تا خداوند مرا شفا دهد! اما بیماری‌اش طولانی شد. باز به او گفتند: داروی این بیماری، معروف است و ما با آن مداوا می‌کنیم، باز موسی علیه السلام گفت: من از دارو استفاده نمی‌کنم! و بیماری‌اش ادامه یافت. سرانجام خداوند به او وحی فرستاد: "به عزت و جلالم سوگند که بهبودی به تو نمی‌دهم، مگر اینکه از دارویی که به تو گفته‌اند، استفاده کنی!". موسی علیه السلام گفت: آن دارو را برای او بیاورند و از آن استفاده کرد و بهبودی یافت. در این هنگام در دل موسی علیه السلام وسوسه‌ای پیدا شد. [شاید وسوسه این بود که چرا خداوند تنها با توکل مرا رهایی نبخشید.] در این هنگام، خداوند به او وحی فرستاد: "تو می‌خواهی با توکل خود، حکمت و سنت مرا باطل کنی؟! مگر منافع داروها را کسی جز من در آن‌ها قرار داده است" (جزایری، بی تا: ۸۲).

روایات دیگری نیز مشابه این روایت در سایر منابع وارد شده است (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۶۳/۲). به علاوه، این دیدگاه با مصالح اجتماعی جامعه اسلامی نیز در تضاد است و نمی‌توان با چنین استدلالی، سلامت نسل‌های بعدی مسلمانان را به خطر انداخت (همان: ۱۰۸/۲-۱۰۹).

صرف احتمالی بودن نتایج حاصل از بررسی‌های پزشکی نیز نمی‌تواند نافی اصل ضرورت انجام آن باشد؛ زیرا با مشاهده میزان صحت نتایج بررسی‌های مزبور و در نظر گرفتن خطرات احتمالی ناشی از انتقال بیماری به نسل‌های آینده یا یکی از زوجین، حداقل از باب احتیاط که در شریعت اسلامی جایگاه ویژه‌ای دارد، می‌باید اقدام به

انجام آن کرد (عارف قره‌داغی، ۱۴۱۹: ۱۲۴). حتی برخی فقیهان در فرض احساس خطر ابتلا به تالاسمی مینور برای طفل متولد شده، جلوگیری مادام‌العمر از استیلاد را مجاز دانسته‌اند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۹: ۹۶).

ب) رسول اکرم صلی الله علیه و آله بر اساس روایتی فرمود:

«هر گاه شخصی که دین و امانتداری وی مورد تأیید شماست، به خواستگاری دخترتان آمد، خواستگاری وی را بپذیرید؛ در غیر این صورت، عمل شما فتنه‌انگیزی در زمین و فساد بزرگ خواهد بود» (مجلسی، ۱۴۱۰: ۳۷۲/۱۰۰).

به عقیده برخی در این روایت و روایات همسان آن، که در کتب فقهی اهل سنت آمده است (ترمذی، ۱۳۸۲: ۲۵۶/۱)، امر به قبول خواستگاری فردی شده که از منظر دینی و امین بودن، مورد تأیید می‌باشد و شرط دیگری برای پذیرش خواستگاری مقرر نشده و حضرت نفرموده است که وی باید سالم و خالی از بیماری‌های مسری یا خطرناک برای نسل‌های آینده باشد؛ چرا که اصل بر صحت و سلامت انسان است و نیازی به انجام آزمایش برای اثبات آن نمی‌باشد (قاسم، ۲۰۱۷: ۱). علاوه بر این در روایت مزبور صریحاً ممانعت از قبول خواستگاری چنین شخصی، افساد بزرگ و فتنه‌انگیزی در زمین دانسته شده است که مستوجب عقاب می‌باشد.

نقد و بررسی

در روایت مزبور، پیامبر صلی الله علیه و آله در مقام بیان لزوم انتخاب همسر صالح بوده و ویژگی‌ها و صفاتی چون ایمان و امانتداری که در روایت آمده است، تنها ویژگی‌های یک شخص صالح به شمار نمی‌رود و جنبه حصری ندارد؛ بلکه سلامت جسمی و عدم ابتلا به امراض وراثتی نیز یکی از صفات شخص صالح به شمار می‌رود (همان). علاوه بر این، از برخی عبارات فقیهان استفاده می‌شود که توانایی مالی برای پرداخت نفقه زن نیز یکی از شروط صحت نکاح به شمار می‌رود (ابن فهد حلی، ۱۴۰۷: ۳/۳۰۱؛ ابوجیب، ۱۴۰۸: ۳۲۰) و شخص ناتوان، کفو زن به شمار نرفته و در صورتی که بعد از عقد معلوم شود که مرد توان پرداخت نفقه زن را نداشته است، نکاح مزبور به دلیل فقدان شرط کفویت باطل خواهد بود (کاظمی، بی‌تا: ۱۷۶/۳) یا حداقل برای زن حق فسخ به استناد خیار تدلیس

(امامی، بی‌تا: ۴/۴۹۶) یا تخلف شرط (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱/۲۹۰) به وجود خواهد آمد. از آنجا که سلامت به مراتب امری مهم‌تر از تمکن مالی به شمار می‌رود، باید گفت همان‌گونه که بسیاری از فقیهان گفته‌اند، فقدان این وصف در یکی از طرفین در موارد معین می‌تواند موجب ثبوت خیار برای طرف مقابل گردد (سبحانی، بی‌تا: ۲/۱۱۱). با توجه به موارد فوق می‌توان گفت که در روایت مزبور، پیامبر خدا در مقام بیان تمام ویژگی‌های همسر صالح نبوده و تنها مهم‌ترین صفات مزبور را که امانتداری و ایمان است، ذکر فرموده است. بر این اساس، استدلال فوق پذیرفتنی نبوده و نمی‌تواند مبنای دیدگاه مستدل باشد.

همچنین از پاسخی که به این استدلال داده شد، معلوم می‌شود که درخواست یکی از زوجین برای انجام برخی آزمایشات خاص و غیر اجباری پزشکی، امری مشروع بوده و مخالفتی با روایت فوق ندارد.

۲-۲-۲. توقیفی بودن عقد نکاح

عقد نکاح یکی از عقود معینی است که ریشه در تاریخ بشر دارد و از زمان خلقت آدم تا کنون وجود داشته است. هرچند در شریعت اسلام برخی شرایط و آثار آن دچار تحول شد، اما باز هم از زمان تشریح این قواعد، بیش از ۱۴ قرن گذشته است و نمی‌توان گفت که این عقد یک عقد نوپیدا است. بنابراین از آنجا که ارکان و شرایط عقد نکاح در فقه مذاهب مختلف اسلامی به صورت مبسوط مطرح و معین شده است و شرط انجام آزمایش‌های پزشکی در میان آن‌ها به چشم نمی‌خورد، نمی‌توان لزوم چنین عملی را پذیرفتن و پذیرفتن دیدگاه لزوم انجام آزمایشات پزشکی برای صحت ازدواج، امری خلاف شرع و غیر قابل قبول می‌باشد (عارف قره‌داغی، ۱۴۲۱: ۷۵۸).

نقد و بررسی

هیچ یک از فقیهان اسلامی یا قوانین مربوط به احوال شخصیه و مواد قانون مدنی در خصوص شرایط انعقاد نکاح، انجام آزمایش‌های پزشکی پیش از ازدواج را جزء شروط صحت آن به شمار نیاورده‌اند. بلکه انجام آزمایشات مزبور به عنوان یکی از شروط کمال و در جهت دستیابی به مقاصد حقیقی اسلام از ازدواج یعنی آرامش و کمال

بشری در کنار تداوم نهاد خانواده و تولید نسلی قوی برای آینده جهان اسلام می‌باشد؛ چرا که زندگی افرادی که از سلامت کامل جسمانی برخوردارند و نسلی قوی را تولید می‌کنند، به مراتب از دوام بیشتری برخوردار خواهد بود و با مقاصد شرع مقدس اسلام همخوانی بیشتری خواهد داشت (همان).

۲-۳. ایجاد مانع بر سر راه ازدواج که مطلوب شارع است

به عقیده این دسته از فقیهان، الزام به انجام آزمایش‌های پزشکی و صبغه شرعی دادن به آن باعث خواهد شد که به دلیل مصلحت‌اندیشی‌های غیر واقعی، یکی از مهم‌ترین آموزه‌های اسلامی به نام تشکیل خانواده و ازدواج که در دین مقدس اسلام تأکید زیادی بر اهمیت آن شده، تعطیل یا با مانع مواجه شود. نمی‌توان احکام شرعی چون ازدواج را به دلیل امکان تولد فرزند معیوب یا امثال آن، با مانع مواجه کرد. در حقیقت این اقدام، دفع مفسده ناشی از تولد فرزندان معیوب یا سرایت بیماری به یکی از همسران به وسیله مفسده‌ای به مراتب قوی‌تر یعنی سختگیری در ازدواج خواهد بود و باعث خواهد شد که جوانان به دلیل ترس از آثار روانی ناشی از افشای ابتلا به مرض خاص، از ازدواج خودداری نمایند (عثمان، ۲۰۰۹: ۴۲۷). این در حالی است که چنین چیزی در فقه اسلامی مردود دانسته شده است (شریف، بی‌تا: ۳۳۱/۱).

نقد و بررسی

در صورتی که قائلان به لزوم انجام آزمایشات پزشکی، صحت شرعی عقد را متوقف بر انجام آن می‌دانستند و یا اقدام به ازدواج را به صرف احتمال تولد فرزندان معیوب، حرام شرعی می‌دانستند، می‌توانستیم اشکال مزبور را فی‌الجمله بپذیریم، اما در حال حاضر بر اساس ماده ۷ آیین‌نامه اجرایی قانون حمایت خانواده، با رضایت طرفین بر وقوع ازدواج با وجود بیماری‌های مزمن و انجام مراقبت‌های لازم برای ممانعت از سرایت بیماری‌های خطرناک مسری به هر یک از زوجین یا نسل آینده، امکان ثبت ازدواج برای این افراد فراهم شده و ازدواج ایشان شرعی و قانونی خواهد بود. علاوه بر این، انجام آزمایشات مزبور، مفسده مورد نظر مستدل را به دنبال ندارد؛ زیرا آن گونه که اشاره شد، مانع صحت عقد نکاح به شمار نمی‌رود. گرچه می‌توان ادعا نمود که

مصلحت موجود در آزمایشات مزبور، به مراتب بالاتر از مفاسد آن است؛ زیرا تنها مفسده‌ای که می‌توان برای آن تصور نمود، صرف هزینه و وقت طرفین عقد است، اما کشف بیماری‌های واگیردار و قابل انتقال به طرف مقابل یا نسل آینده و درمان آن در صورت امکان یا به کارگیری سایر طرق موجود برای جلوگیری از انتشار یا انتقال بیماری به نسل‌های آینده، مصلحت به مراتب قوی‌تری در پی دارد؛ چرا که این کار موجب افزایش آرامش ناشی از ازدواج بوده و نیز مانع صرف هزینه‌های هنگفت توسط طرفین عقد و مراجعات مکرر به مراکز درمانی برای درمان مریضی‌های مزبور در آینده می‌شود (شیر، ۱۴۱۶: ۳۳۶/۱).

۲-۳. نظریه وجوب انجام آزمایش‌های پزشکی به عنوان حکم ثانوی ناشی از ضرورت اجتماعی

با توجه به عدم کفایت دلایل ارائه شده برای اثبات وجوب انجام آزمایش‌های پیش از ازدواج به عنوان حکم اولی، باید دید آیا می‌توان انجام چنین آزمایش‌هایی را از باب احکام ثانویه یا حکم حکومتی بر طرفین عقد نکاح واجب دانست؟ برخی فقها ازدواج بین افرادی را که از نظر پزشکی همخوانی ندارند، امری نامناسب قلمداد کرده و انجام آن را توصیه نکرده‌اند (بهجت فومنی، ۱۴۲۸: ۹/۴). بعضی نیز انجام برخی امور حرام همچون استمناء را برای به دست آوردن نمونه برای انجام آزمایش قبل از ازدواج در صورت ضرورت، مشروع تلقی کرده‌اند (فاضل موحدی لنگرانی، بی‌تا: ۲۴۳). این در حالی است که اگر آزمایش مزبور را غیر شرعی تلقی می‌کردند، قطعاً از انجام آن نهی می‌کردند.

شیوع بیماری‌های واگیردار و درمان‌ناپذیر و یا صعب‌العلاج، به سلامت روانی و حسن تعامل اعضای خانواده صدمه وارد می‌کند. همچنین تولد نوزادی با امراضی نظیر تالاسمی ماژور آن گونه که ادعا شده، علاوه بر مشکلات پزشکی، اجتماعی و اقتصادی زیادی که برای بیمار و والدین ایجاد می‌کند، بار فراوانی بر سیستم بهداشتی درمانی جامعه تحمیل خواهد کرد (شایان‌مهر و همکاران، ۱۳۹۴: ۹۰۳)؛ به طوری که بخش عمده‌ای از هزینه‌های درمانی و بودجه‌های مربوط به حوزه سلامت، به درمان بخشی از

بیماری‌های مزمن و صعب‌العلاج که جنبه وراثتی داشته یا عواملی همچون اختلاط دو ژن حامل بیماری در ایجاد آن نقش داشته‌اند، اختصاص می‌یابد (کربمی و همکاران، ۱۳۹۰: ۹۸۵). بر این اساس، اعمال محدودیت‌هایی از قبیل لزوم انجام برخی از آزمایش‌های پزشکی در صورت شیوع نوعی خاصی از بیماری مزمن و صعب‌العلاج در یک منطقه می‌تواند تا حدود زیادی به پیشگیری از انتقال چنین بیماری‌هایی به نسل‌های آینده یا یکی از زوجین کمک کرده و موجب کاهش هزینه‌های ناشی از درمان در حوزه فردی و به ویژه حوزه اجتماعی نماید و این امکان را فراهم سازد که سرمایه‌های کشور در بخش‌های ضروری‌تر صرف گردد.

در فقه امامیه، استناد به ضرورت‌های اجتماعی بی‌سابقه نیست و در موارد متعددی فقیهان برای اثبات یک حکم شرعی به آن استناد کرده‌اند؛ برای نمونه، برخی در خصوص کنترل جمعیت از طریق کنترل تولید مثل این گونه اظهار عقیده می‌کنند:

«در صورتی که اهل خیره و کارشناسان متدین، مسئله کنترل و محدود ساختن موالد را یک ضرورت اجتماعی تشخیص دهند، شرعاً می‌توان به طور موقت با آن موافقت کرد» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷: ۴۶۲/۱؛ همو، ۱۴۲۹: ۷۳).

در باب فروش اموال شخص محترک نیز فقیهان به ضرورت اجتماعی استناد کرده و جواز فروش اموال احتکارشده را از باب ضرورت اجتماعی مجاز دانسته‌اند (موسوی خلخالی، ۱۴۲۲: ۵۱۸). در ابواب فقه جزایی نیز این نظریه مورد استناد قرار گرفته و برخی تعیین قیمت دیه را توسط حاکم شرع با وجود تخییر در انتخاب آن، به استناد ضرورت اجتماعی ممکن دانسته‌اند (مرعشی، ۱۴۲۷: ۲۰۱/۱).

بر این اساس باید گفت در صورتی که ضرورت اجتماعی اقتضا نماید، مثلاً شیوع یک بیماری خاص در کشور گسترش یابد یا در ازدواج برخی از افراد، خطری معتدبه برای نسل آینده وجود داشته باشد که هزینه‌های مادی و معنوی زیادی برای جامعه یا خود این افراد در پی داشته باشد، قانون‌گذار می‌تواند با وضع قانون، انجام آزمایش‌های پزشکی را در جهت پیشگیری از بیماری‌های مزبور الزامی نماید. بدیهی است الزام مزبور به حکم اولی نخواهد بود، بلکه چنین حکمی از مصادیق احکام ثانویه به شمار خواهد آمد.

۲-۴. نظریه وجوب انجام آزمایش‌های پزشکی به عنوان حکم حکومتی

به عقیده برخی فقهای اهل سنت، حاکم شرع و ولی امر مسلمین می‌تواند بر اساس مصالح جامعه اسلامی، اقدام به وضع قانون در خصوص لزوم انجام برخی آزمایش‌های قبل از انعقاد عقد نکاح نماید و این امر منافاتی با قواعد شرعی نخواهد داشت (عبدالله، ۲۰۰۷: ۱۱۱). به عقیده طرفداران این نظریه، وضع چنین مقرراتی توسط حاکم جامعه اسلامی به دلیل رعایت مصالح اجتماعی است و با آزادی افراد در چارچوب مقررات حاکم بر جامعه منافاتی نخواهد داشت (صابونی، ۱۹۸۷: ۲۳۷). به بیان دیگر می‌توان گفت وجوب چنین عملی تنها در صورت اقتضای مصالح فردی و اجتماعی، امری پذیرفته شده خواهد بود. از دیگر سو، التزام به احکام حکومتی به استناد آیاتی از قرآن کریم مانند: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾ (نساء/ ۵۹) واجب و اجتناب‌ناپذیر است. خداوند در این آیه مبارکه، مسلمانان را امر به اطاعت از خود، پیامبر و حاکمان واجد صلاحیت کرده است. بر این اساس، مسلمانان ملزم هستند از دستورات و تدابیری که حاکم شرع به جهت رعایت مصالح اجتماع مسلمانان اتخاذ می‌کند، پیروی کنند (طبری، ۱۴۰۵: ۱۸۲/۷؛ انصاری قرطبی، ۱۴۲۷: ۱/۵؛ ۲۶۰). بر این اساس در صورتی که حاکم اسلامی به جهت رعایت مصالح جامعه از جمله کاهش ابتلا به برخی از بیماری‌های موروثی و واگیردار، انجام آزمایشات معینی را قبل از ازدواج لازم بداند، افراد جامعه ملزم به اطاعت از وی می‌باشند؛ هرچند نص صریحی بر وجوب انجام چنین آزمایش‌هایی در میان روایات و آیات قرآنی وجود نداشته باشد (ماء‌العینین، ۱۹۹۸: ۹۵۶). از دید فقیهان امامی نیز اطاعت از قوانین و مقررات جامعه اسلامی که توسط مراجع صالح و بر اساس ضوابط قانونی به تصویب رسیده باشند، واجب شرعی است (فاضل موحدی لنکرانی، بی‌تا: ۲۲۶؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۷: ۱/۲۳؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۲: ۳/۵۴۱). ماده ۲۳ قانون حمایت خانواده نیز از این قاعده کلی مستثنا نخواهد بود و در نتیجه، زوجین موظف خواهند بود در موارد مصرح در قانون، اقدام به انجام آن آزمایش‌ها نمایند.

نقد و بررسی

استدلال طرفداران نظریه مزبور را تنها در موارد مصرح قانونی که جنبه حصری

دارد، می‌توان پذیرفت و جز در همان موارد خاص، نمی‌توان حکم به وجوب شرعی نمود. به عبارت دیگر، دلیل مورد نظر تنها در موارد خاص و بیماری‌های خطرناک مصرح در قانون پذیرفته خواهد بود. علاوه بر این، هرچند اطاعت از قوانین جاری کشور بر اساس این نظریه واجب تلقی می‌شود، اما این نظریه برای اثبات مدعای ما کارایی نخواهد داشت؛ چرا که ما در پی اثبات مبانی فقهی مقرر مزبور هستیم که مربوط به مرحله وضع قانون یا به تعبیر برخی (دانش‌پژوه، ۱۳۹۲: ۱۲) حقوق‌گذاری می‌باشد، در حالی که این نظریه بیشتر ناظر به مرحله حقوق‌ورزی یا اجرای قوانین (همان) است.

نتیجه‌گیری

با توجه به اینکه فقه مذاهب مختلف اسلامی، خالی از هر گونه نص صریح دال بر لزوم یا عدم لزوم انجام چنین آزمایش‌هایی به عنوان حکم شرعی می‌باشد، حکم مسئله مزبور را باید بر اساس کلیات و قواعد معتبر در فقه استنباط نمود. بر این اساس باید بین حکم اولی و ثانوی تفاوت گذاشت و وجوب یا عدم وجوب انجام آزمایش‌های پزشکی را در هر یک از دو فرض به صورت مجزا بررسی کرد. در بررسی دلایل قائلان به وجوب و عدم وجوب چنین آزمایش‌هایی به عنوان حکم اولیه می‌توان گفت دلایل هیچ یک از دو دیدگاه مزبور را به صورت کامل نمی‌توان پذیرفت؛ زیرا به نظر نگارندگان، از یک سو ادله و مبانی بیان‌شده توسط قائلان به لزوم شرعی انجام آزمایش‌های پزشکی، از قدرت و صراحت لازم برای اثبات وجوب شرعی آن برخوردار نیست و از سوی دیگر، دلایلی که توسط مخالفان نیز ارائه شده است، با ضعف و گاه خروج موضوعی از مسئله مواجه است.

در نتیجه باید اذعان نمود که اگر بیماری خاصی در یک منطقه شیوع پیدا کند و معلوم شود که ازدواج افراد دارای بیماری مزبور، موجب ایجاد خطر برای جامعه و ضعف در نسل آینده ایشان خواهد شد و هزینه زیادی برای جامعه در پی خواهد داشت، بر اساس مصالح نوعی و ضرورت اجتماعی، این امکان وجود دارد که مراجع ذیصلاح با وضع قانون، از باب حکم حکومتی انجام آزمایش‌های قبل از ازدواج را

امری لازم و واجب اعلام نمایند. علاوه بر این در مواردی که به دلیل وجود خویشاوندی نزدیک و وجود بیماری‌های همسان در یک خانواده، احتمال خطر وجود دارد نیز این امر متصور است. هرچند آن گونه که در ماده ۷ آیین‌نامه اجرایی قانون حمایت خانواده اشاره شده و برخی از اندیشمندان نیز گفته‌اند، حتی در فرضی که انجام آزمایش مزبور اجباری باشد، عدم انجام آن خللی به صحت نکاح وارد نخواهد کرد و تنها مجازات‌های مقرر در قانون را برای متخلفان در پی خواهد داشت (اشقر، ۱۴۲۰: ۹۷). اما در غیر این صورت و عدم وجود ضرورت اجتماعی یا مصالح نوعی، علی‌رغم قبول ارجحیت انجام آزمایش‌های مزبور نمی‌توان قائل به وجوب شرعی آن‌ها شد.

کتاب‌شناسی

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، *کفایة الاصول*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۷ ق.
۲. ابن براج طرابلسی، قاضی عبدالعزیز بن نحریر، *المهذب*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۳. ابن سعید حلّی، یحیی بن احمد، *الجامع للشرائع*، قم، مؤسسه سیدالشهداء العلمیه، ۱۴۰۵ ق.
۴. ابن فارس، ابوالحسین احمد، *معجم مقانیس اللغة*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۴ ق.
۵. ابن فهد حلّی، جمال‌الدین احمد بن محمد اسدی، *المهذب البارع فی شرح المختصر النافع*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۶. ابوجیب، سعدی، *القاموس الفقهی لغة واصطلاحًا*، دمشق، دار الفکر، ۱۴۰۸ ق.
۷. احمدنژاد، الهام و همکاران، «بررسی باورها و رفتارهای رایج دختران (۱۱-۱۸) ساله در مورد ایدز در شهر ارومیه»، *فصلنامه اصول بهداشت روانی*، شماره‌های ۳۱-۳۲، پاییز و زمستان ۱۳۸۵ ش.
۸. اشقر، اسامه عمر سلیمان، *مستجدات فقهیه فی قضایا الزواج و الطلاق*، اردن، دار الفتا، ۱۴۲۰ ق.
۹. امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، تهران، اسلامی، بی تا.
۱۰. انصاری، مرتضی بن محمدامین، *کتاب النکاح*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۱۱. انصاری قرطبی، ابوعبدالله محمد بن احمد بن ابی بکر، *الجامع لاحکام القرآن*، بیروت، مؤسسه الرساله، ۱۴۲۷ ق.
۱۲. بحرانی (آل عصفور)، یوسف بن احمد بن ابراهیم، *الحقائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۱۳. بخاری، ابوعبدالله محمد بن اسماعیل، *صحیح البخاری*، بیروت، دار الفکر للطباعة و النشر، ۱۴۰۱ ق.
۱۴. بوحالة، طیب، *الفحوصات الطبّیة قبل الزواج؛ دراسة مقارنة*، مکتبه المدینه، دار الفکر و القانون، ۱۴۳۱ ق.
۱۵. بهجت فومنی، محمدتقی، *استفتائات*، قم، دفتر معظم له، ۱۴۲۸ ق.
۱۶. همو، *جامع المسائل*، قم، دفتر معظم له، ۱۴۲۶ ق.
۱۷. تبریزی، جواد بن علی، *استفتائات جدید*، قم، بی تا، بی تا.
۱۸. ترمذی، ابوعیسی محمد بن عیسی بن سوره، *الجامع الصحیح؛ سنن الترمذی*، قاهره، مطبعة مصطفی البابی الحلبي و اولاده، ۱۳۸۲ ق.
۱۹. جزایری، سید عبدالله بن نورالدین، *التحفة السنیة فی شرح النخبة المحسنیه*، بی تا، بی تا.
۲۰. جمعی از مؤلفان، *فصلنامه فقه اهل بیت (علیهم السلام)*، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم السلام)، قم، بی تا.
۲۱. جوهری، اسماعیل بن حماد، *الصحاح، تاج اللغة و صحاح العربیه*، بیروت، دار العلم للملایین، ۱۴۱۰ ق.
۲۲. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة*، قم، مؤسسه آل البیت (علیهم السلام) لاحیاء التراث، ۱۴۰۹ ق.
۲۳. دانش‌پژوه، مصطفی، *مقدمه علم حقوق با رویکرد به حقوق ایران و اسلام*، چاپ نهم، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۲ ش.
۲۴. سیحانی، جعفر، *نظام النکاح فی الشریعة الاسلامیة الغراء*، قم، بی تا، بی تا.
۲۵. شاطبی، ابراهیم بن موسی، *المواقفات فی اصول الشریعة*، بیروت، دار المعرفه، بی تا.
۲۶. شایان‌مهر، محرم و همکاران، «غریبالگری پیش از ازدواج بتا تالاسمی در شهرستان ارومیه در سال

- ۱۳۹۳: یک گزارش کوتاه»، مجله دانشگاه علوم پزشکی رفسنجان، دوره چهاردهم، شماره ۱۰، دی ۱۳۹۴ ش.
۲۷. شبیر، محمد عثمان، «موقف الاسلام من الامراض الوراثية»، مجله الحکمه، بریطانیا، شماره ۶، صفر ۱۴۱۶ ق.
۲۸. شبیری زنجانی، سید موسی، کتاب نکاح، قم، رای پرداز، ۱۴۱۹ ق.
۲۹. شریف، محمد عبدالغفار، «الكشف الاجبارى عن الامراض الوراثية»، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، شماره ۲۲، بی تا.
۳۰. شیرازی، میرزا محمدتقی، حاشیه المکاسب، قم، الشریف الرضی، ۱۴۱۲ ق.
۳۱. صابونی، عبدالرحمن، احکام الزواج فی الفقه الاسلامی، کویت، مکتبه الفلاح، ۱۹۸۷ م.
۳۲. صدوق، محمد بن علی بن حسین بن موسی بن بابویه قمی، من لایحضره الفقیه، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۳۳. صفوی، سیدمحمدرضا، ترجمه قرآن بر اساس المیزان، قم، معارف، بی تا.
۳۴. صویغ، عبدالمحسن عبدالعزیز، «ما لا یتّم الواجب الا به فهو واجب»، ریاض، جامعة الملك سعود، ۱۴۲۲ ق.
۳۵. طباطبایی زدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، العروة الوثقی مع التعليقات، قم، مدرسة الامام علی بن ابی طالب (علیه السلام)، ۱۴۲۸ ق.
۳۶. طبرسی، حسن بن فضل، مکارم الاخلاق، قم، شریف رضی، ۱۳۷۰ ش.
۳۷. طبری، ابوجعفر محمد بن جریر، جامع البیان فی تفسیر القرآن، بیروت، دار الفکر، ۱۴۰۵ ق.
۳۸. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، الخلاف، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق. (ب)
۳۹. همو، المسبوط فی فقه الامامیه، تهران، المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ ق.
۴۰. همو، تهذیب الاحکام، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق. (الف)
۴۱. عارف قره داغی، عارف علی، «الاختبار الجینی و الوقایه من الامراض الوراثية من منظور اسلامي»، مجلة التجديد، سال سوم، شماره ۵، ۱۴۱۹ ق.
۴۲. همو، قضايا فقهية فی الجینات البشرية من منظور اسلامي، اردن، دار النفائس، ۱۴۲۱ ق.
۴۳. عبدالرحمان، محمود، معجم المصطلحات و اللفاظ الفقهیه، بی جا، بی نا، بی تا.
۴۴. عبدالصمد، محمد کامل، الاعجاز العلمی فی الاسلام، لبنان، دار المصرية اللبنانية، ۱۴۱۷ ق.
۴۵. عبدالله، حسن صلاح الصغیر، مدى مشروعیة الالتزام بالفحص الطبّی قبل الزواج؛ دراسة مقارنة، اسکندریه، دار الجامعة الجدیده، ۲۰۰۷ م.
۴۶. عثمان، محمد رأفت، المادة الوراثية الجینوم؛ قضايا فقهیه، قاهره، مکتبه وهبه، ۲۰۰۹ م.
۴۷. علامه حلّی، جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تذکرة الفقهاء، قم، مؤسسة آل البيت (علیهم السلام)، ۱۳۸۸ ق.
۴۸. فاضل موحدی لنکرانی، محمد، جامع المسائل، قم، امیر قلم، بی تا.
۴۹. فانی اصفهانی، علی، آراء حول مبحث اللفاظ فی علم الاصول، قم، نشر رضا مظاهری، ۱۴۰۱ ق.
۵۰. قاسم، عبدالرشید، «الفحص الطبّی قبل الزواج»، در: <<https://saaaid.net/mkatarat/alzawaj/75.htm>>، بازدید در ۲۳/۱۰/۲۰۱۷.
۵۱. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی؛ خانواده، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵ ش.

۵۲. کاظمی (فاضل جواد)، جواد بن سعد اسدی، *مسالك الافهام الى آيات الاحكام*، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.
۵۳. کریمی، سعید، مرضیه جواد، و فاطمه جعفرزاده، «بار اقتصادی و هزینه‌های سلامت ناشی از بیماری‌های مزمن در ایران و جهان»، *نشریه مدیریت اطلاعات سلامت*، ویژه‌نامه اقتصاد سلامت، دوره هشتم، شماره ۷، ۱۳۹۰ ش.
۵۴. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، *الکافی*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۵۵. همو، *الکافی*، قم، دار الحدیث للطباعة و النشر، ۱۴۲۹ ق.
۵۶. کیلانی، فاطمه بوعلی، *الفحوصات الطبیة للزوجین قبل ابرام عقد الزواج، اسانیدها و مقاصدها؛ دراسة مقارنة*، اردن، دار النفائس، ۲۰۱۱ م.
۵۷. گروه محققان، *موسوعة احکام الاطفال و ادلتها؛ مقارنة تفصیلیة بین مذهب الامامیة و المذاهب الاخری*، ترتیب و تنظیم قدرت‌الله انصاری، با اشراف محمدجواد فاضل لنکرانی، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم‌السلام، ۱۴۲۹ ق.
۵۸. گوهری، مریم، حمیدرضا بصیری، و سیدمحمد اکرمی، «تشخیص هویت انسان از منظر قرآن کریم، روایات معصومین علیهم‌السلام و دانش ژنتیک»، *دوفصلنامه فقه پزشکی*، سال هشتم، شماره‌های ۲۶-۲۷، بهار و تابستان ۱۳۹۵ ش.
۵۹. ماء‌العینین، حمداتی، «الامراض التي يجب أن يكون الاختیار الوراثی فیها اجباریًا»، ندوة الوراثة و الهندسة الوراثیة و الجینوم البشری و العلاج الجینی؛ روية اسلامیة، مجمع المنعقد فی کویت، ۱۳ و ۱۴ اکتبر، سلسله المطبوعات للمنظمة الاسلامیة للعلوم الطبیة، ۱۹۹۸ م.
۶۰. مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی، *بحار الانوار الجامعة لدرر اخبار الائمة اطهار علیهم‌السلام*، چاپ دوم، بیروت، مؤسسة الطبع و النشر، ۱۴۱۰ ق.
۶۱. مجلسی، محمدتقی، *روضه المتقین*، قم، کوشانپور، ۱۴۰۶ ق.
۶۲. محقق حلی، نجم‌الدین جعفر بن حسن هذلی، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۶۳. محقق داماد، سیدمصطفی، *ایقاع؛ اخذ به شفعه*، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۲۶ ق.
۶۴. محمدی، علی، *شرح اصول استنباط*، قم، دار الفکر، بی‌تا.
۶۵. مرعشی، سیدمحمدحسن، *دیدگاه‌های نو در حقوق*، چاپ دوم، تهران، میزان، ۱۴۲۷ ق.
۶۶. مرکز التمییز البحثی، *الموسوعة المیسرة فی القضایا المعاصرة*، ریاض، مکتبه ملک فهد الوطنی، ۲۰۱۴ م.
۶۷. مشکینی، میرزاعلی، *مصطلحات الفقه*، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.
۶۸. مصطفوی، سیدمحمدکاظم، *مائة قاعدة فقهیة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۱ ق.
۶۹. مکارم شیرازی، ناصر، *احکام پزشکی*، قم، مدرسه الامام علی بن ابی‌طالب علیه‌السلام، ۱۴۲۹ ق.
۷۰. همو، *استفتائات جدید*، قم، مدرسه الامام علی بن ابی‌طالب علیه‌السلام، ۱۴۲۷ ق.
۷۱. همو، *انوار الفقاهة - کتاب النکاح*، قم، مدرسه الامام علی بن ابی‌طالب علیه‌السلام، ۱۴۲۵ ق.
۷۲. همو، *کتاب النکاح*، قم، مدرسه الامام علی بن ابی‌طالب علیه‌السلام، ۱۴۲۴ ق.
۷۳. منتظری، حسین علی، *حکومت دینی و حقوق انسان*، قم، ارغوان دانش، ۱۴۲۹ ق.
۷۴. موسوی بجنوردی، سیدحسن بن آقابزرگ، *القواعد الفقهیة*، قم، الهادی، ۱۴۱۹ ق.
۷۵. موسوی خلخالی، سیدمحمد مهدی، *حاکمیت در اسلام یا ولایت فقیه*، ترجمه جعفر الهادی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۲ ق.

۷۶. موسوی خمینی، سیدروح الله، استفتانات، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۲ ق.
۷۷. نجفی، محمدحسن بن باقر، جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۷۸. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، رسائل و مسائل، قم، کنگره نراقیین، ۱۴۲۲ ق.
۷۹. هاشمی شاهرودی، سید محمود، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، ۱۴۲۶ ق.

شرایط و آثار

انتقال قرارداد اجاره به مستأجر جدید

در فقه و حقوق ایران*

- آزیتا امینی^۱
- سیامک جعفرزاده^۲
- رضا نیکخواه سرنقی^۳
- سلمان علی‌پور قوشچی^۴

چکیده

موقعیتی که از قرارداد برای طرفین قرارداد حاصل می‌شود، در برخی موارد قابل انتقال است؛ به طوری که یکی از طرفین قرارداد، موقعیت خود را به شخص ثالثی واگذار می‌کند و خود از قرارداد کنار می‌رود و مقصود این است که انتقال‌گیرنده، جانشین طرف قرارداد شود و از تمام حقوق و تعهداتی که از قرارداد برای طرف عقد حاصل گشته، برخوردار شود. از جمله عقود که

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۳/۱۵ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۱۰/۲۱.

۱. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه ارومیه (نویسنده مسئول)
(amini_lawyer73@yahoo.com).

۲. استادیار دانشگاه ارومیه (jafarzadeh_siamak@yahoo.com).

۳. استادیار دانشگاه ارومیه (r.nikkhah@urmia.ac.ir).

۴. استادیار دانشگاه ارومیه (s.alipoor@hotmail.fr).

قانون‌گذار، انتقال قرارداد را در آن پیش‌بینی کرده است، عقد اجاره می‌باشد. هنگامی که مستأجر، قرارداد اجاره را به غیر منتقل می‌کند، حقوق و تعهدات حاصل از قرارداد به منتقل‌الیه (مستأجر جدید) منتقل می‌شود و وی قائم‌مقام مستأجر می‌گردد. راجع به انتقال قرارداد، قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۷۶ نیز به تبعیت از قانون مدنی، دیدگاهی مشابه دارد. اما در قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۵۶ مقرراتی خلاف آنچه در قانون مدنی پیش‌بینی گردیده، مورد نظر مقنن بوده است؛ به نحوی که انتقال قرارداد اجاره به مستأجر جدید را منوط به تصریح این حق در قرارداد و اجازه مالک دانسته و سکوت قراردادی را مورد اجازه و اباحه چنین اقدامی نمی‌داند. فقها بر این عقیده‌اند که اگر صراحتاً اذنی از موجر برای واگذاری یا انتقال منافع به مستأجر داده نشده باشد و شک داشته باشیم که در این حال، مستأجر می‌تواند منافع مورد اجاره را به غیر واگذارد یا نه، همین مقدار که شرط استیفای منفعت نشده باشد، ظاهر این است که خلافی در جواز نقل نباشد. مهم‌ترین اثر انتقال عقد اجاره، قائم‌مقامی منتقل‌الیه است که در این صورت حقوق و تعهدات عقد اجاره اصلی به او تسری می‌یابد. بنابراین دو اثر مهم عقد اجاره، یکی انتقال حقوق و اختیارات و دیگری تعهدات ناشی از عقد اجاره می‌باشد.

نوشتار حاضر به بررسی شرایط و همچنین آثاری که این انتقال بر روابط موجر، مستأجر و مستأجر جدید می‌گذارد، پرداخته و این امر را بر مبنای موقعیت قراردادی امکان‌پذیر دانسته و برای آن ماهیت حقوقی مستقلی در نظر گرفته است.

واژگان کلیدی: انتقال قرارداد اجاره، موقعیت قراردادی، آثار، قائم‌مقامی مستأجر جدید.

مقدمه

عقد اجاره به عنوان یکی از رایج‌ترین قراردادها در بین مردم، از جایگاه و اهمیت ویژه‌ای در نظام حقوقی ایران و سایر کشورها برخوردار است. در حقوق ایران، از جمله قراردادهایی که قانون‌گذار انتقال قرارداد را در آن پیش‌بینی کرده، عقد اجاره است. به نظر برخی از حقوق‌دانان، اجاره عبارت از این است که شخصی از مال یا حیوان یا خدمت دیگری منفعت ببرد و در مقابل این منفعت، کرایه یا اجاره‌بها به صاحب مال

پردازد (امامی، ۱۳۶۴: ۳۱/۱) و طبق ماده ۴۶۶ قانون مدنی نیز اجاره عقدی است که به موجب آن، مستأجر مالک منافع عین مستأجره می‌شود. اجاره‌دهنده را موجر و اجاره‌کننده را مستأجر و مورد اجاره را عین مستأجره می‌گویند. در حقوق ما، اجاره عقدی تملیکی است و بر اثر آن، مستأجر مالک منافع عین مستأجر می‌شود و تحت این عنوان می‌تواند منافع مورد اجاره را به غیر منتقل کند. قانون مدنی هم در ماده ۴۷۴، اصل انتقال‌پذیری منافع را توسط مستأجر مورد تأیید قرار داده است. این حق را باید از شقوق مالکیت دانست؛ زیرا مستأجر مالک منفعت است و می‌تواند هر گونه دخل و تصرفی در آن بکند. به همین علت لازم نیست که فقط مالک عین بتواند آن را اجاره دهد، بلکه مستأجر نیز می‌تواند منفعت را به دیگری منتقل کند. انتقال قرارداد در فقه و حقوق موضوعه ایران در مواردی پیش‌بینی شده است؛ برای مثال، در فقه در خصوص عقد مزارعه گفته شده است:

«ظاهر جواز انتقال مزارعه از سوی عامل به غیر است؛ به گونه‌ای که انتقال‌گیرنده طرف مالک باشد...» (طباطبایی یزدی، بی‌تا: ۷۲/۲).

یا ماده ۵۴۵ قانون مدنی درباره عقد مساقات می‌گوید: «... عامل نمی‌تواند بدون اجازه مالک، معامله را به دیگری واگذار نماید». در خصوص تسلیم عین مستأجره به مستأجر دوم، برخی تسلیم عین مستأجره را به مستأجر دوم، منوط به اجازه مالک عین می‌دانند (حسینی عاملی، ۱۳۸۳: ۵۷/۷)؛ زیرا مالک منافع اگرچه حق انتقال منافع ملک خود را دارد، ولی این امر مستلزم تسلیم عین به غیر نمی‌باشد و عین مستأجره در دست مستأجر امانت است و جهت استیفاء منافع از طرف مالک به او سپرده شده و تصرف دادن آن به غیر بدون اجازه مالک، تجاوز از حدود اجازه و موجب ضمان می‌باشد.

قول دیگری که به نظر می‌رسد با قواعد حقوقی مطابقت بیشتری دارد و عرف و اطلاق عقد اجاره نیز مؤید آن می‌باشد، جواز تسلیم عین مستأجره بدون اجازه مالک به مستأجر دوم می‌باشد؛ زیرا طبق قاعده عقلی اذن در شیء، اذن در لوازم آن است، و اجازه قانون به انتقال منافع به دیگری، مستلزم اجازه در تسلیم عین مستأجره به منتقل‌الیه می‌باشد و در صورتی که مالک می‌خواهد عین مستأجره به تصرف دیگری داده نشود، شرط عدم انتقال به غیر را در اجاره می‌نمود (امامی، ۱۳۷۵: ۷/۲).

در قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۵۶، قانون‌گذار تحت عنوان انتقال منافع، به نوعی به انتقال ارادی اشاره نموده و در مواد ۴۹۷ و ۴۹۸ قانون مدنی نیز به ترتیب به دو قسم دیگر انتقال قرارداد یعنی انتقال قهری و تبعی تصریح شده است. موضوعی که از لحاظ نظری به تازگی مطرح شده است این است که آیا خود قرارداد نیز می‌تواند مورد انتقال قرار گیرد. به بیان دیگر، آیا می‌توان حالتی را فرض کرد که قرارداد از یکی از طرفین (از مستأجر به مستأجر جدید) منتقل شود؟ بدیهی است که این موضوع علاوه بر جنبه نظری، دارای آثار عملی نیز می‌باشد.

البته بدیهی است که موضوع بحث حاضر، مربوط به انتقال ارادی قرارداد می‌باشد؛ هرچند که انتقال قهری (یعنی انتقال قرارداد به حکم قانون که در عقود لازم قابل تصور است) و قضایی نیز در عقد اجاره قابل تصور است.

سؤالات پژوهش: شرایط اعتبار این انتقال در قرارداد اجاره چیست؟ آیا این انتقال باید حتماً در قالب عقد اجاره باشد یا با عقود دیگر نیز حق چنین کاری متصور است؟ آیا واژه انتقال منافع مورد اجاره در قانون روابط موجر و مستأجر، به معنای انتقال قرارداد اجاره است؟ آیا انتقال در قراردادهای اجاره امکان‌پذیر است؟ و اینکه این انتقال چه آثاری را به همراه دارد؟

اهداف پژوهش: شناخت جایگاه و آثار انتقال قرارداد سبب می‌شود که روابط میان موجر و مستأجر تنظیم و تعدیل گردد و از مشکلات و کشمکش‌هایی که ممکن است در اثر انتقال قرارداد اجاره توسط مستأجر برای مالک (موجر) به وجود آید، جلوگیری شود و قانون معین و مشخص بر روابط آنان حاکم گردد.

اهمیت و ضرورت پژوهش: نظر به اینکه انتقال قرارداد توسط مستأجر به دیگری و اختلافات ناشی از آن، از جمله مسائلی است که مالکان املاک تجاری و مستأجران این املاک با آن سروکار دارند و قانون‌گذار نسبت به بسیاری از مسائل مورد اختلاف، پیش‌بینی خاصی نکرده و سکوت اختیار کرده است؛ از این رو ضروری به نظر می‌رسد که برای روشن شدن این ابهامات، بررسی و تحقیق به عمل آید. پژوهش حاضر نیز در جهت نیل به این هدف می‌باشد.

فرضیات پژوهش: با توجه به سؤالات ذکرشده، فرضیات زیر به ترتیب متصور است:

۱. در قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۵۶، اصل بر عدم انتقال به غیر است، مگر اینکه به صراحت حق انتقال برای مستأجر ایجاد گردد. اما در قانون مدنی همانند قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۷۶، اصل بر وجود حق انتقال به غیر است، مگر اینکه این حق از مستأجر سلب شده باشد.

۲. انتقال منافع مورد نظر قانون‌گذار در قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۵۶، به معنای انتقال قرارداد به کار رفته است.

۳. انتقال قرارداد اجاره به دیگری با شرایطی از جمله داشتن حق انتقال به غیر در قرارداد اجاره و... امکان‌پذیر است.

۴. در انتقال قرارداد اجاره، مستأجر جدید از هر حیث قائم‌مقام مستأجر سابق می‌شود و حقوق و تعهدات قرارداد اولیه به مستأجر جدید منتقل می‌شود.

پیشینه پژوهش: در زمینه پژوهش کنونی، مطالعات کمی صورت گرفته است. کاتوزیان در کتاب عقود معین، یک گفتار کوتاه را به اثر سلب حق انتقال به غیر اختصاص داده و فقط به این مورد اشاره کرده است که انتقال سرقفلی و منافع، مشروط بر این است که حق انتقال به غیر از مستأجر سلب نشده باشد و هیچ‌گونه اشاره‌ای به مسئله پژوهش ننموده است.

شعاریان در کتاب *انتقال قرارداد*، به بررسی انتقال عقد اجاره در موردی که مستأجر، مالک منفعت مغازه گردیده و سپس به دیگری انتقال داده، پرداخته است.

در زمینه پژوهش حاضر، دو مقاله با عناوین «بررسی انتقال موقعیت قراردادی مستأجر در عقد اجاره» (قیم‌اصغری، ۱۳۸۳) و «بررسی تحلیلی انتقال مورد اجاره توسط مستأجر در فقه و حقوق ایران و نگاهی تطبیقی به حقوق مصر و انگلستان» (صادقی، ۱۳۸۱) به رشته تحریر درآمده است.

جستار حاضر از جهت دامنه شمول و جامعه مورد مطالعه گسترده‌تر است و در آن سعی شده است تا با تحقیق و کنکاش به سؤالات مبهم پاسخ داده شود.

همچنین در این پژوهش، به بررسی حقوقی و فقهی مبنای جواز مستأجر در انتقال عقد اجاره به مستأجر جدید، و نیز شرایط و آثاری که این انتقال بر روابط موجر، مستأجر و مستأجر جدید می‌گذارد، پرداخته شده است.

گفتار اول: مفهوم و ماهیت انتقال قرارداد اجاره

الف) مفهوم انتقال قرارداد

انتقال قرارداد، مرکب از دو جزء «انتقال» و «قرارداد» می‌باشد. انتقال در لغت به معنای جابه‌جا شدن، نقل کردن، واگذاری چیزی از مال خود به دیگری، جابه‌جاشدگی و درک آمده است و قرارداد نیز مرادف عهد، اتفاق دو یا چند تن در امری و پیمانی می‌باشد (معین، ۱۳۷۸: ۳۶۵/۱ و ۲۶۵۲/۲؛ عمید، ۱۳۶۹: ۲۳۹/۱ و ۱۵۷۲/۲). انتقال قرارداد حالتی است که به موجب آن، شخص ثالثی جانشین یکی از طرفین عقد می‌گردد. به بیان دیگر، در انتقال قرارداد هدف این است که موقعیت قراردادی یکی از طرفین همراه با تمامی حقوق و تعهدات ناشی از آن، به شخص ثالثی منتقل گردد (مقدم، ۱۳۸۶: ۲۳۰)؛ برای مثال، مالکی تعهد می‌کند که ملک خود را در برابر مبلغی به دیگری بفروشد و طرف قرارداد این حق تملک را به دیگری انتقال می‌دهد و او را جانشین خود می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۳۹۳/۳؛ Carbonnier, N. 324; Aubert et al., 1999: N. 396). انتقال قرارداد یا عقد، دارای مفهومی ویژه است که در قوانین و مقررات موضوعه ایران، موارد و مصادیق متعددی از آن ملاحظه می‌شود، ولی تعریفی از آن در قوانین ما به عمل نیامده است و در مورد امکان و شرایط انتقال عقد نیز قانون مدنی ایران حکمی ندارد. در فقه اسلامی نیز عنوان خاصی برای انتقال عقد دیده نمی‌شود. به نظر یکی از اساتید حقوق، انتقال قرارداد و به تعبیری انتقال موقعیت قراردادی، یک عمل حقوقی مرکب از انتقال طلب و دین است؛ چنان که صاحب قولنامه‌ای که در آن تعهد به بیع و پرداخت ثمن شده است، با موافقت طرف دیگر، قرارداد خود را به شخص ثالث انتقال می‌دهد و با این انتقال، شخص ثالث جایگزین انتقال‌دهنده در حقوق و تعهدات وی می‌گردد و طرف دیگر قرارداد اصلی می‌تواند اجرای تعهدات ناشی از قرارداد را از انتقال‌گیرنده بخواهد (صفایی، ۱۳۹۵: ۲۷۶/۲). انتقال قرارداد در مفهوم حقوقی خود، چنین تعریف شده است:

«انتقال به معنای زوال مالکیت مالک نسبت به مال یا اموال معین به نفع مالک جدید که بد وی متلقای از مالک نخستین می‌باشد و خود دو قسم است: انتقال مسبوق به

نقل مانند بیع، و انتقال غیر مسبوق به نقل مانند ترکه، که معمولاً اولی را نقل و دومی را انتقال می‌گویند» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۸۸).

انتقال قرارداد عبارت است از حالتی که به موجب آن، شخص ثالثی جانشین یکی از طرفین عقد می‌گردد. به بیان دیگر در انتقال قرارداد، موقعیت قراردادی یکی از طرفین همراه با تمامی حقوق و تعهدات ناشی از آن، به شخص ثالثی منتقل می‌گردد و او را در این رابطه قائم‌مقام خود می‌کند.

ب) مفهوم انتقال قرارداد اجاره

در بیان مفهوم انتقال قرارداد اجاره نیز می‌توان گفت که هر گاه مستأجر «با داشتن حق انتقال به غیر»، قرارداد اجاره را به دیگری واگذار نماید، به طوری که دیگری از هر حیث جانشین مستأجر شود، انتقال قرارداد اجاره مصداق پیدا می‌کند. ذکر عبارت «با داشتن حق انتقال به غیر» به آن جهت است که در انتقال قرارداد اجاره بر خلاف انتقال منافع، اصل ممنوعیت انتقال قرارداد اجاره می‌باشد. با در نظر گرفتن مفهوم «انتقال عقد»، «قائم‌مقام» و «انتقال موقعیت قراردادی» می‌توان گفت که مفهوم انتقال عقد اجاره به این معناست که عقد اجاره با تمام آثار حقوقی خود اعم از حقوق و تعهدات، قابل انتقال به دیگری می‌باشد.

فقه‌های مشهور امامیه بر این عقیده‌اند که اگر منافع مورد اجاره به طور مقید منتقل نشود و یا شرط استیفاء منافع برای خود مستأجر نشده باشد، وی می‌تواند منافع را آزادانه به دیگری واگذار کند؛ از جمله، محقق حلی در کتاب *المختصر النافع فی فقه الامامیه* می‌فرماید: «وللمستأجر أن یؤجر إلا أن یشرط علیه استیفاء المنفعه بنفسه». ^۱ با عنایت به نمونه برگزیده می‌توان دریافت که چنانچه اجاره عاری از هر گونه قید و شرط باشد، خواه در قرارداد به مستأجر حق انتقال داده شده باشد و خواه قرارداد در این خصوص ساکت باشد، مستأجر از حق مزبور برخوردار است؛ یعنی صرف نبودن قید محدودکننده در عقد، برای امکان انتقال به غیر کفایت می‌کند (صادقی، ۱۳۸۱: ۹۴-۹۵). در میان فقهای متأخر نیز همین نظر پذیرفته شده است؛ از جمله میرزای قمی در کتاب *جامع الشتات*

۱. ماده ۷۲۲ قانون مدنی عراق و ماده ۴۶۶ قانون مدنی ایران.

بیان داشته است:

«اگر صراحتاً اذنی از موجر برای واگذاری یا انتقال منافع به مستأجر داده نشده باشد و شک داشته باشیم که در این حال، مستأجر می‌تواند منافع مورد اجاره را به غیر واگذارد یا نه، همین مقدار که شرط استیفای منفعت نشده باشد، ظاهر این است که خلافی در جواز نقل نباشد» (۱۳۷۱: ۴۸۴/۳).

حال جهت تشخیص مصادیق انتقال به غیر و آشنایی با رویه عملی، نمونه‌ای از رأی دیوان عالی کشور را می‌آوریم. در خصوص انتقال مورد اجاره توسط مدیر شرکت به شرکت، هیئت عمومی دیوان عالی کشور مقرر داشته است:

«اگر در سند اجاره، حق انتقال به غیر از مستأجر سلب شده و او مورد اجاره را ولو به شرکتی که خود مدیر آن است، واگذار کند، انتقال به غیر محسوب می‌شود» (سلیمی، ۱۳۹۵: ۲۴).

با انتقال قرارداد اجاره، جایگاه هر یک از موجر، مستأجر و منتقل‌الیه، دچار تغییراتی می‌گردد. پس از انتقال قرارداد، یکی از طرفین اصلی قرارداد (مستأجر) از رابطه استیجاری خارج و مستأجر جدید جایگزین وی می‌شود که این انتقال در هر یک از قوانین مدنی، روابط موجر و مستأجر مصوب ۵۶ و ۷۶ شرایط و آثار خاص خود را دارد. ماده ۱۰ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۵۶ در مورد اجاره محل کسب، اصل را بر عدم حق انتقال به غیر قرار داده است. اما قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۷۶ با قانون مدنی همسوست و اصل مذکور را احیا نموده است (ماده ۶ قانون روابط موجر و مستأجر ۷۶). در ماده ۱۰، دو واژه «انتقال دادن» و «واگذار نمودن» با حرف «یا» از هم جدا شده و آمده است که هر گاه مستأجر، عین مستأجره را به غیر اجاره دهد، مالک می‌تواند در صورت انقضای مدت یا فسخ درخواست تنظیم اجاره با مستأجر جدید را بنماید که معلوم می‌شود مقصود این است که اگر مستأجر در این مدت معامله کند، این انتقال اجاره است و اگر مدت در بین نباشد و معامله کند، این را قانون‌گذار نه انتقال اجاره - که اصطلاح برای مورد خاص است - بلکه واگذار کردن نامیده است.

بند اول: انتقال قرارداد اجاره در فقه

به نظر برخی فقها، در فرضی که مستأجر، عقد اجاره با شخص ثالث منعقد می‌کند، این اجاره ارتباطی به عقد اول پیدا نمی‌کند و رابطه‌ای شخصی بین مستأجر اول و دوم خواهد بود. ولی در حالتی که مستأجر، قرارداد اجاره را به غیر واگذار می‌کند، عمل او به دو حواله دین و طلب تحلیل گردیده است؛ یعنی مستأجر همزمان کلیه حقوق و تعهدات ناشی از اجاره را به ثالث واگذار می‌نماید. فرض انتقال قرارداد در اجاره، تنها در صورت انتقال عقد میسر است و در فرض انتقال منفعت، عقد منتقل نمی‌گردد. در واقع رابطه مستأجر و انتقال‌گیرنده مبتنی بر انتقال دین و طلب می‌باشد و اجاره محسوب نمی‌گردد؛ زیرا مستأجر قصد انعقاد اجاره نکرده، بلکه هدف او واگذاری حقوق و تعهدات بوده است. بنابراین طبق این نظر، انتقال اجاره، ماهیتی مستقل ندارد، بلکه مبتنی بر حواله دین و طلب است (سنه‌وری، ۱۹۵۷: ج ۶-المجلد الاول/۶۶۳). از نظر تحلیلی، واقعیت این است که آنچه متعلق قصد طرفین واقع می‌گردد، انتقال خود عقد است و نه حواله دین و طلب. آنچه که در عمل اتفاق می‌افتد نیز فراتر از انتقال دین و طلب است، بلکه کلیه حقوق و تعهدات ناشی از اجاره و به عبارت دقیق‌تر خود عقد، به منتقل‌الیه منتقل می‌گردد و او قائم‌مقام مستأجر در عقد می‌گردد. نهایتاً آنچه در واگذاری اجاره واقع می‌شود، انتقال نفس عقد اجاره است. برخی بیان می‌دارند که در انتقال قرارداد، هدف این نیست که دین یا طلب ناشی از عقد به دیگری واگذار شود، بلکه مقصود این است که انتقال‌گیرنده، جانشین طرف قرارداد شود و از تمام ویژگی‌های «موقعیت قراردادی» بهره‌مند باشد. اینان انتقال قرارداد را مترادف با انتقال موقعیت قراردادی می‌دانند که موضوع بحث حاضر است (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۱۷۵). در میان فقهای معاصر، برخی انتقال اجاره را در موردی که مستأجر، مالک منفعت مغازه گردیده و سپس به دیگری انتقال داده است، به رسمیت شناخته و افزوده‌اند که در چنین حالتی، انتقال‌گیرنده بر اساس همان عقد اجاره اول، دارای حقوق و تعهدات خواهد بود (شعاریان، ۱۳۸۸: ۲۷-۲۹).

در کلام برخی فقهای امامیه، در کنار عقد اجاره از عقود دیگری چون صلح اسم برده شده است و برای اجاره‌کننده این حق را قائل شده‌اند که منافع مورد اجاره را در

قالب عقد مزبور به دیگری واگذار نماید (طباطبایی یزدی: بی‌تا: ۴۲۸/۲).

در خصوص چگونگی شرط عدم انتقال به غیر، فقها معتقدند که گاهی بدین نحو شرط می‌شود که خود مستأجر از مورد اجاره استفاده کند (نجفی، ۱۳۹۴: ۲۶۰/۹؛ قمی، ۱۳۷۱: ۲۸۴/۳-۲۸۵؛ طباطبایی یزدی: بی‌تا: ۱۵/۲). به عبارت دیگر شرط مباشرت می‌شود که در این حالت مستأجر می‌تواند عین مستأجره را به دیگری اجاره دهد، ولی خودش باید در استیفا از منافع مباشرت نماید. ولی گاهی شرط می‌شود که مستأجر خودش از مورد اجاره استفاده کند و اجاره فقط برای خودش باشد. به عبارت دیگر هم شرط مباشرت می‌شود و هم شرط عدم انتقال که در این صورت مستأجر هم باید خودش از عین مستأجره استفاده کند و هم اینکه نمی‌تواند آن را به اجاره به دیگری منتقل کند.

با توجه به مطالب فوق باید بگوییم که در خصوص انتقال عقد اجاره از ناحیه مستأجر به دیگری، سابقه‌ای در فقه مشاهده نمی‌شود و فقها عمدتاً در خصوص انتقال منافع عین مستأجره به دیگری، متعرض موضوع گردیده‌اند. در فقه استدلال شده که چون با انعقاد اجاره، منافع در مالکیت مستأجر قرار می‌گیرد، لذا او نیز مانند هر مالکی حق هر گونه تصرفی را دارد و می‌تواند منافع خود را به دیگری اجاره دهد. از این پس دو رابطه حقوقی مستقل که هر دو نیز قرارداد اجاره می‌باشد، وجود دارد و مستأجر دوم، جانشین مستأجر اول در عقد اجاره نخست محسوب نمی‌شود.

بند دوم: انتقال قرارداد اجاره در حقوق ایران

قانون‌گذار ایران بر جواز انتقال قرارداد اجاره نظر داشته است. همچنین در قوانین دیگر غیر از قانون مدنی، به جای کلمه «اجاره به غیر» از واژه «انتقال به غیر» و «واگذاری» نام برده شده که نشان می‌دهد مقنن صرفاً به واگذاری منافع در قالب عقدی خاص نظر نداشته است. از جمله صدر ماده ۱۰ قانون روابط موجر و مستأجر ۵۶ اشعار می‌دارد:

«مستأجر نمی‌تواند منافع مورد اجاره را کلاً یا جزئاً یا به نحو اشاعه به غیر انتقال دهد یا واگذار نماید...».

همچنین در بند الف ماده ۸ قانون مزبور مصوب ۶۲ تحت عنوان موارد فسخ آمده

است:

«موجر می‌تواند در موارد زیر اجاره را فسخ و حکم تخلیه را از دادگاه درخواست کند:
الف- در موردی که مستأجر با سلب حق انتقال به غیر، مورد اجاره را کلاً یا جزئاً به
هر صورتی که باشد به غیر واگذار نموده...».

سکوت مقنن در بیان جواز انتقال در قالب عقود دیگر را نمی‌توان حمل بر منع گذاشت؛ چرا که اصل بر اباحه است و ممنوعیات اموری استثنایی‌اند که نیاز به تصریح شارع دارند. طبق اصل کلی، در موارد سکوت باید به اصل رجوع کرد که همان اصل تسلیط است و مطابق این اصل، مردم بر اصول خود مسلط هستند و می‌توانند در آن به هر تصرفی دست یابند، مگر در جایی که استثنایی از سوی شارع رسیده باشد که در اینجا نیز چنین معنی دیده نمی‌شود (صادقی، ۱۳۸۱: ۹۱-۹۲).

دکترین جدید نیز ضمن پذیرش امکان انتقال قرارداد، آن را بر مبنای موقعیت قراردادی^۱ توجیه می‌کند (Aubert et al., 1999: N. 399)؛ یعنی قرارداد به عنوان یک پدیده عینی، مجموعه‌ای است پیچیده که مشتمل بر حقوق و تعهدات موجود یا احتمالی دعاوی موجود یا احتمالی، حقوق مربوط به فسخ یا اقاله یا تمدید قرارداد، الزام طرف، حق حبس و... است. بنابراین باید گفت که هر یک از طرفین بر اثر قرارداد، دارای موقعیتی می‌شود که این موقعیت اگرچه متشکل از اجزاست، بر خود نیز وجودی مستقل دارد و چون این موقعیت عرفاً دارای ارزش مالی است، عقد با توجه به این موقعیت قابل انتقال خواهد بود. کاملاً معلوم است که خود عقد نیز دارای هویتی مستقل است و این هویت مستقل باید مورد شناسایی قرار گیرد.

بند سوم: مقایسه انتقال قرارداد اجاره با انتقال منفعت

باید میان انتقال قرارداد اجاره و اجاره فرعی (انتقال منفعت) تفاوت قائل شد. اجاره فرعی و ثانوی در حقوق موضوعه ما مبتنی بر ماده ۴۷۴ ق.م. است که مقرر داشته است:

«مستأجر می‌تواند عین مستأجره را به دیگری اجاره دهد؛ مگر اینکه در عقد اجاره، خلاف آن شرط شده باشد».

1. la position contractuelle.

با در نظر داشتن اینکه به حکم ماده ۴۳۷ ق.م. لازم نیست که موجر مالک عین مستأجره باشد، ولی باید مالک عین منافع باشد، اجاره ثانوی از سوی مستأجر به عنوان قاعده تأیید شده است. به طور بدیهی، اجاره دوم به عنوان یک رابطه حقوقی جدید میان مستأجر اول و دوم، ارتباطی به مالک ندارد و اجاره اول کماکان میان مالک و مستأجر اول، تنظیم‌کننده روابط حقوقی آن دو خواهد بود. در انتقال اجاره بر خلاف اجاره فرعی، مستأجر جانشین لاحق و قائم‌مقام مستأجر اول در همان عقد اجاره سابق می‌گردد و با این وصف، مستأجر اول سمت خود را از دست می‌دهد (شعاریان، ۱۳۸۸: ۳۵۳).

الف) در موردی که مستأجر تمام یا بخشی از عین مستأجره را اجاره می‌دهد، در واقع منفعت ملکی خویش را واگذار می‌کند و رابطه قراردادی میان او و مستأجر جدید برقرار می‌شود و موجر در این قرارداد دخالت ندارد و به رابطه او با مستأجر نخست صدمه نمی‌خورد.

ب) در انتقال قرارداد اجاره به دیگری، مستأجر جدید جانشین مستأجر قبلی می‌شود و با مالک ارتباط پیدا می‌کند. به عبارت دیگر چنانچه مستأجر قرارداد اجاره را به مستأجر جدید منتقل نماید، پس از انعقاد عقد، رابطه استیجاری بین مستأجر جدید و موجر برقرار می‌گردد و مستأجر اول دیگر نقشی ندارد. در این گونه انتقال، رابطه قراردادی منتقل می‌گردد، بنابراین نیاز به رضایت طرف دیگر رابطه، یعنی موجر وجود دارد (بیات، ۱۳۹۶: ۳۲۸).

در حقوق ایران، بین انتقال عقد اجاره و انتقال منافع فرق نهاده‌اند یا به بیانی بهتر، از انتقال عقد اجاره به گونه‌ای که انتقال‌گیرنده جانشین مستأجر گردد، بحثی نکرده‌اند و اگر برخی از نقل «منفعت» توسط مستأجر صحبت به میان آورده‌اند، این نقل منفعت ممکن است از طریق عقد هبه و... باشد، اما الزاماً به معنای جانشینی انتقال‌گیرنده نیست. در واقع نقل منفعت به وسیله مستأجر، غیر از انتقال عقد اجاره می‌باشد، هرچند که انتقال عقد اجاره نقل منفعت نیز می‌باشد (قمی، ۱۳۷۱: ۴۵۸/۳). با وجود این، برخی از فقهای معاصر انتقال عقد اجاره را در موردی که مستأجر، مالک منفعت مغازه گردیده و سپس به دیگری انتقال داده، به رسمیت شناخته و افزوده‌اند که در چنین

حالتی، انتقال گیرنده بر اساس همان عقد اجاره اول، دارای حقوق و تعهدات خواهد بود (شعاریان، ۱۳۸۸: ۲۹). در میان فقهای معاصر، برخی با اشاره به مشروعیت سرقفلی در اجاره مغازه‌ها معتقدند که اگر در ضمن عقد اجاره، حق واگذاری برای مستأجر پیش‌بینی شده باشد و او مورد اجاره را به دیگری منتقل سازد، به موجب توافق به عمل آمده، مالک مکلف است با مستأجر جدید طبق همان اجاره مستأجر اول عمل نماید و شروط مندرج در اجاره اصلی را در حق مستأجر جدید محترم شمارد. این نظریه مؤیدی بر مشروعیت انتقال ارادی اجاره از ناحیه مستأجر می‌باشد (ایزنلوی و همکاران، ۱۳۹۱: ۹). در نتیجه انتقال عقد اجاره باید از اجاره فرعی متمایز شود. پس با انتقال قرارداد اجاره، مستأجر جانشین، حقوق و تعهدات اجاره را عهده‌دار می‌شود و مستأجر اول بری‌الذمه می‌گردد؛ مگر آنکه طرفین به نحو دیگری توافق نموده باشند.

گفتار دوم: شرایط انتقال قرارداد اجاره

بند اول: قانون مدنی

در قانون روابط موجر و مستأجر اجاره با همه مزایای حقوقی آن، به دیگری انتقال می‌یابد. در حالی که اجاره دادن عین مستأجره در قانون مدنی، به طور معمول با توجه به لفظ اجاره‌ای که قانون‌گذار در ماده ۴۷۴ قانون مدنی^۱ به کار برده، بدین معناست که مستأجر قرارداد اجاره دیگری با مستأجر جدید می‌بندد و انتقالی به معنای انتقال قرارداد و موقعیت قراردادی صورت نمی‌گیرد و خود مسئول اجاره‌بها در برابر موجر است؛ مگر اینکه فرائی نشان دهد که مقصود انتقال اجاره است و به نظر می‌رسد که انتقال اخیر و جانشین ساختن دیگری، نیاز به اجازه مالک دارد (کانوزیان، ۱۳۹۲: ۱/۴۸۶). به عبارت دیگر، ماده ۴۷۴ ق.م. به مستأجر اجازه انتقال منفعت را داده است. البته این امر را نباید انتقال عقد اجاره تلقی کرد؛ زیرا عقد اجاره منتقل نمی‌گردد، بلکه عقد اجاره جدیدی طبق شرایط جدید بین مستأجر اول و مستأجر دوم بسته می‌شود. بدیهی

۱. ماده ۴۷۴ قانون مدنی: «مستأجر می‌تواند عین مستأجره را به دیگری اجاره دهد؛ مگر اینکه در عقد اجاره خلاف آن شرط شده باشد».

است که اگر هدف مستأجر اول، انتقال عقد اجاره به غیر باشد، به گونه‌ای که خود او از عقد اجاره کنار رفته و شخص ثالث جانشین او در اجاره گردد، این حالت انتقال قرارداد محسوب گردیده و تابع شرایط و احکام انتقال قرارداد خواهد بود. اما در مورد اجازه انتقال اجاره ساکت است و باید بر اساس قواعد عمومی قراردادها انتقال اجاره را غیر نافذ بدانیم که تنفیذ آن با موجر اولی است (مگر در مواردی که در قرارداد، خلاف آن درج شود).

البته امروزه قانون روابط موجر و مستأجر ماده ۴۷۴ ق.م. را دگرگون کرده است. به موجب ماده ۱۰ قانون روابط موجر و مستأجر ۵۶ اصل انتقال‌پذیری کاملاً وارونه می‌شود؛ یعنی دقیقاً عکس ماده ۴۷۴ به تصویب رسیده است. ماده ۱۰ قانون مذکور راجع به اجاره محل کسب و پیشه بود؛ اما در مورد اجاره مسکن نیز بند ۵ ماده ۵ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۶۲ چنین مقرر کرده است:

«دفتر اسناد رسمی مکلف‌اند علاوه بر نکاتی که به موجب قوانین و مقررات باید رعایت شود، نکات زیر را در اجاره‌نامه تصریح کنند: ... ۵- تصریح به آنکه مستأجر حق انتقال به غیر را کلاً یا جزئاً یا به نحو اشاعه دارد یا ندارد».

با تصویب قانون روابط موجر و مستأجر ۷۶ و سکوت این قانون نسبت به مقررده فوق در مورد اماکن کسب و پیشه و تجارت باید حکم قانون مدنی را در این زمینه رعایت کرد. نتیجه بحث این است که حکم ماده ۴۷۴ ق.م. به طور مطلق، در اجاره املاک اجرا نمی‌شود، بلکه در صورتی در اماکن مسکونی اجرا می‌شود که این حق صراحتاً در قرارداد به مستأجر داده شده باشد و در مورد محل‌های کسب و پیشه در صورتی این ماده اجرا می‌شود که تاریخ اجاره مربوط به بعد از سال ۷۶ باشد.

بند دوم: قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶

به موجب این قانون، مستأجر حق انتقال به غیر ندارد، مگر اینکه این حق طی قرارداد اجاره یا قرارداد جداگانه به وی اعطا شده باشد و با تخلف مستأجر، حق فسخ و تخلیه

۱. ماده ۱۰ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶: «مستأجر نمی‌تواند منافع مورد اجاره را کلاً یا جزئاً یا به نحو اشاعه به غیر انتقال دهد یا واگذار نماید؛ مگر اینکه کتباً این اختیار به او داده شود».

برای موجر ایجاد می‌گردد. ولی در قانون مدنی و قوانینی که از این قانون پیروی نموده‌اند، اصل وجود حق انتقال است، مگر در صورتی که از مستأجر سلب حق شده و این سلب حق تصریح گردد و یا متعاقباً اثبات گردد. همان طور که قبلاً گفتیم، در انتقال مورد اجاره به مستأجر جدید، مالکیت منافع و داشتن حق انتقال به غیر شرط است. مستأجر می‌تواند با استفاده از حق انتقال به غیر، مورد اجاره را به دیگری انتقال دهد و خود نیز در رابطه قراردادی حضور داشته باشد. اما این امر معمولاً تا زمانی است که مدت اجاره اصلی مستأجر قبلی پایان پذیرفته باشد. در صورت انقضای مدت مزبور، به موجب رأی وحدت رویه سال ۱۳۵۵، وی از رابطه قراردادی خارج و مستأجر جدید جانشین وی در قرارداد می‌گردد و انتقال قرارداد و موقعیت قراردادی شکل می‌گیرد. اما در حالتی که اذن در انتقال به مستأجر داده نشده باشد، نوبت به دعوی تجویز انتقال منافع می‌رسد. در صورت عدم اذن در انتقال، مستأجر می‌تواند با اقامه دعوی تجویز انتقال منافع (مصرح در ماده ۱۹ این قانون)^۱ این حق را از طریق قانون به دست آورد. با وجود اطلاق ماده ۱۹ در انتقال حق کسب و پیشه به مستأجر جدید با تنظیم سند رسمی می‌توان از بند ۲ ماده ۱۰ قانون مزبور استفاده کرد که این امر مربوط به زمانی است که مستأجر حق انتقال به غیر ندارد و به اعتقاد عده‌ای، وضع ماده ۱۹ برای حمایت از مستأجرانی بوده که در زمان تصویب این قانون سند رسمی نداشته‌اند و ارزش این ماده در حال حاضر نیز از جهت حمایت از این قبیل مستأجران برای جلوگیری از تضییع حقوقشان محفوظ است (نوبخت، ۱۳۶۷: ۱۷۷). این بحث دقیق مربوط به زمان بقای مدت اجاره مستأجر سابق است؛ زیرا با انقضای مدت اجاره مستأجر سابق، بدیهی است که مستأجر جدید با مستأجر سابق نمی‌تواند سند رسمی تنظیم نماید؛ زیرا شرط تنظیم چنین سندی متفرع بر مالکیت منافع برای مستأجر سابق است که اشاره شد با انقضای مدت

۱. ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶: «... هر گاه در اجاره‌نامه، حق انتقال به غیر سلب یا اجاره‌نامه‌ای در بین نبوده و مالک راضی به انتقال به غیر نباشد، باید در مقابل تخلیه مورد اجاره، حق کسب یا پیشه یا تجارت مستأجر را پردازد و الاً مستأجر می‌تواند برای تنظیم سند انتقال به دادگاه مراجعه کند. در این صورت، دادگاه حکم به تجویز انتقال منافع مورد اجاره به غیر و تنظیم سند انتقال در دفترخانه تنظیم‌کننده سند اجاره‌نامه سابق یا دفترخانه نزدیک ملک (اگر اجاره‌نامه رسمی در بین نباشد) صادر و رونوشت آن را به دفترخانه مربوط ارسال می‌نماید و مراتب را به موجر نیز اعلان خواهد نمود».

لحظه به لحظه حاصل می‌شود. حال که قانون سال ۵۶ استثنایی بر قواعد کلی اجاره و قواعد عمومی قراردادهاست، نمی‌توان حکم آن را به سایر روابط استیجاری و به سایر قوانین تسری داد (فلاح، ۱۳۸۷: ۲۶۸/۱-۲۶۹). مطابق با ماده ۱۰ قانون روابط موجر و مستأجر سال ۵۶، سکوت در قرارداد نیز در حکم عدم انتقال است، همان گونه که سلب حق نیازی به تصریح ندارد؛ مگر اینکه سکوت با قرائنی همراه بوده و مؤید رضا باشد که در این صورت با شهادت شهود یا به کمک سایر دلایل می‌توان رضایت را اثبات نمود (همان: ۲۸۳/۱). قید جملائی از قبیل وجود حق انتقال به شرط جلب موافقت مالک در اجاره‌نامه نیز نمی‌تواند حق انتقال را برای مستأجر به دنبال داشته باشد.

بند سوم: قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶

قانون روابط موجر و مستأجر ۷۶ در مورد «حق انتقال به غیر»، تقلیدی از قانون روابط موجر و مستأجر ۵۶ است؛ بدین معنا که هر گاه حق انتقال به غیر، از مستأجر سلب نشده باشد و او بخواهد سرقفلی را به مستأجر جدید انتقال دهد، انتقال باید برای همان شغل باشد. بدیهی است که در صورت عدم رعایت شرط مذکور از طرف مستأجر سابق با مستأجر جدید، موجر حق فسخ قرارداد اجاره و تخلیه عین مستأجره را پیدا می‌کند. در قانون مصوب ۵۶ در حالت فوق، مستأجر به علت ارتکاب «تقصیر» یعنی عدم رعایت همان شغل یا شغل مشابه، از دریافت سرقفلی هنگام تخلیه محروم می‌گردد. ولی در قانون مصوب ۷۶ چون در این زمینه نص خاصی وجود ندارد، لذا چنانچه مستأجر هنگام عقد اجاره، به موجر سرقفلی داده باشد، پس از صدور حکم تخلیه و ضمن اجرای حکم، از موجر سرقفلی دریافت می‌کند (میرموسوی، ۱۳۸۸: ۹۸). افزون بر این، ماده ۱۵ آیین‌نامه اجرایی قانون روابط موجر و مستأجر ۷۶ نیز بر قابل انتقال بودن منفعت عین مستأجره توسط مستأجر بدون نیاز به اذن مالک عین دلالت دارد. طبق این ماده:

«مستأجر اماکن تجارتي در مدت اجاره، چنانچه حق انتقال به غیر از او سلب نشده باشد، می‌تواند با اخذ مبلغی به عنوان سرقفلی، مورد اجاره را برای همان شغل و در صورتی که منع قانونی وجود نداشته باشد و با قرارداد اجاره منافات نداشته باشد، برای مشاغل دیگر با رعایت سایر شرایط مندرج در اجاره‌نامه به دیگری منتقل نماید».

سؤالی که در اینجا پیش می‌آید این است که آیا این انتقال باید حتماً در قالب عقد اجاره باشد یا با عقود دیگر نیز حق چنین کاری متصور است؟ در پاسخ باید گفت: هر چند ماده ۴۷۴ ق.م. ظاهراً مستأجر را تنها در اجاره دادن عین مستأجره به غیر، ذیحق دانسته است، لکن تکیه کردن به ظاهر قانون و منع کردن مستأجر از واگذاری منافع در قالب عقدی دیگر، مخالف اصول و قواعد حقوقی است. مستأجر به موجب ماده ۱۰ قانون روابط موجر و مستأجر ۵۶ از انتقال موقعیت قراردادی خود بدون رضایت مالک منع می‌گردد، اما این منع مطلق نیست. به موجب ۱۹ این قانون، نسبت به اجاره محل‌های تجاری در صورتی که مستأجر حق انتقال به غیر را نداشته باشد و مالک راضی به انتقال یا دادن سرقفلی به او نشود، حق دارد تجویز انتقال منافع را از دادگاه بخواهد و پس از صدور حکم تجویز انتقال منافع از سوی دادگاه، مستأجر می‌تواند بدون رضای مالک، اجاره را به دیگری انتقال دهد و او را قائم‌مقام خود در رابطه با موجر کند. این امکان ناشی از آن است که مستأجر محل تجاری، دارای حقی به نام حق کسب و پیشه یا تجارت می‌گردد و انتقال این حق جز از راه انتقال اجاره ممکن نیست. پس اگر آزادی مالک در انتخاب طرف قرارداد، به موجب ماده ۱۹ قانون مزبور و با صدور حکم تجویز انتقال منافع از سوی دادگاه محدود می‌گردد و مستأجر مجاز به انتقال وضع قراردادی خود می‌شود، به دلیل برخوردی است که این آزادی با نظم اقتصادی جامعه پیدا می‌کند (محمدی، ۱۳۸۶: ۱۳۵). در مورد ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستأجر سال ۵۶ می‌توان گفت که ماده یادشده ناظر به اجاره محل‌های کسب و پیشه و تجارت و مربوط به بعد از پایان مدت اجاره است؛ زیرا پس از پایان مدت، عقد اجاره در محل‌های مشمول آن قانون، به حکم قانون ادامه می‌یابد و مستأجر تنها با اذن مرجع قضایی می‌تواند نسبت به انتقال عقد اجاره اقدام کند.

در این حالت، هدف مستأجر بستن اجاره جدید نسبت به عین مستأجره با ثالث نیست، بلکه منظور این است که عقد اجاره را به شخص دیگر منتقل کند و خود او به طور کامل از عقد کنار رود. بنابراین باید این حالت را انتقال عقد اجاره محسوب کرد (مقدم، ۱۳۸۶: ۲۳۶).

صاحب‌نظران در تحلیلی از شروط عدم انتقال و خواسته طرفین عقد، محدودیت‌های

ناشی از این شروط را به سه دسته تقسیم نموده‌اند:

الف) شرط عدم اجاره: یعنی شرط شود که مستأجر نباید مورد اجاره را به دیگری اجاره بدهد. این یک شرط فعل منفی است. در این حالت اگر او مال را به دیگری اجاره دهد، اجاره دوم باطل نیست؛ زیرا حق اجاره دادن از مستأجر اول سلب شده و او صرفاً تعهد به عدم اجاره دادن کرده است. بنابراین موجر می‌تواند صرفاً عقد اجاره خود با مستأجر را فسخ کند.

ب) سلب حق اجاره: یعنی به طور کلی حق اجاره از مستأجر سلب شود. این یک شرط نتیجه است، در این صورت اگر با وجود این سلب حق، مستأجر باز هم خانه را به غیر اجاره داد، اجاره منعقدۀ توسط او غیر نافذ و در صورت عدم تنفیذ مالک، باطل است؛ زیرا مستأجر اقدام به انعقاد معامله‌ای کرده که صراحتاً حق چنین معامله‌ای از او سلب شده است.

ج) قید مباشرت مستأجر: یعنی مستأجر باید خود مباشرتاً استیفای منفعت کند. قید مباشرت متضمن سلب حق اجاره است، مگر ثابت شود که قصد طرفین صرفاً یک شرط ساده و ایجاد تعهد مبنی بر عدم اجاره مجدد بوده است. همچنین این قید موجب این امر است که در صورت فوت مستأجر، اجاره منفسخ شود؛ چرا که در صورت قید مباشرت، اجاره به وراثت مستأجر نمی‌رسد (توکلی، ۱۳۹۶: ۲۴۴).

آنچه با توجه به مجموع مقررات مربوط و قواعد و اصول کلی می‌توان در این مورد اظهار داشت این است که هر گاه در عقد اجاره، منافع مورد معامله، مقید به مباشرت شخص مستأجر باشد، مستأجر نمی‌تواند آن را به وسیله عقد اجاره یا وسیله دیگر به دیگری واگذار کند؛ زیرا آنچه او مالک بوده، منافع مطلق عین مستأجره نبوده است، بلکه منافع مقید قابل انتفاع به وسیله شخص مستأجر به او انتقال یافته و این منفعت مقید، قابل واگذار کردن به دیگری نیست. ولی در صورتی که منافع، مقید به مباشرت مستأجر نباشد، او می‌تواند مطابق ماده ۴۷۴ ق.م. آن را به هر کس دیگری که بخواهد واگذار کند (شهیدی، ۱۳۹۱: ۹۱).

بنابراین در یک مورد اگر موجر اولی ضمن اجاره شرط کرده باشد که مستأجر حق انتقال مورد اجاره را به غیر ندارد و مستأجر مزبور بر خلاف شرط، مورد اجاره را به

شخص ثالثی اجاره بدهد و شخص ثالث هم عالم باشد به اینکه موجرش حق انتقال نداشته است، این انتقال باطل است. در مورد دیگر، شرط حق انتقال نشده یا اجازه انتقال به غیر داده شده و مستأجر به عنوان اینکه در ظرف مدت اجاره، مالک منافع آن است، آن را به دیگری اجاره می‌دهد، البته این اجاره صحیح است. ولی اگر مستأجری عین مستأجره را به دیگری زائد بر میزان مدت اجاره خود اجاره دهد، در اینجا فقط اجاره به میزان مدت صحیح و نسبت به بقیه مدت باطل است؛ زیرا که در بقیه مدت، مستأجر اول مالک منافع نبوده است.

گفتار سوم: آثار انتقال قرارداد اجاره

الف) قائم‌مقامی مستأجر جدید

انتقال عقد اجاره به مفهوم قائم‌مقامی و جانشینی مستأجر جدید در موقعیت طرف عقد است و در حقوق ایران و فقه اسلام مورد تأیید قرار گرفته است. مهم‌ترین اثر انتقال قرارداد اجاره این است که مستأجر (انتقال‌دهنده) از رابطه حقوقی کنار رفته و مستأجر جدید (انتقال‌گیرنده) قائم‌مقام او در عقد می‌گردد که در این صورت، حقوق و تعهدات عقد اجاره اصلی به او تسری می‌یابد. ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستأجر ۵۶ در خصوص حالتی که مستأجر با حکم دادگاه قرارداد اجاره را به غیر واگذار می‌کند، با بیانی رسا مقرر داشته است:

«... مستأجر جدید از هر حیث نسبت به تمام شرایط اجاره، قائم‌مقام مستأجر سابق خواهد بود.»

انتقال‌دهنده علاوه بر واگذاری حقوق، تعهدات قراردادی را نیز تفویض نموده و انتقال‌گیرنده نیز اجرای آن تعهدات را تقبل نموده است. بنابراین دو اثر مهم عقد اجاره، یکی انتقال حقوق و اختیارات، و دیگری تعهدات ناشی از عقد اجاره می‌باشد. بنابراین هر یک از طرفین بر اثر قرارداد، دارای موقعیتی می‌شود که این موقعیت اگرچه متشکل از اجزاست، برای خود نیز وجودی مستقل دارد و چون این موقعیت عرفاً دارای ارزش مالی است، عقد با توجه به این موقعیت قابل انتقال خواهد بود. با تحقق

قائم‌مقامی، تمام حقوق موجود در زمان انتقال، از مستأجر سابق به مستأجر جدید منتقل خواهد شد. همچنین حقوقی که در آینده ایجاد خواهد گردید، مانند حق فسخ یا حق درخواست جبران خسارتی که بعد از انتقال قرارداد اجاره ایجاد شده باشد، متقابلاً تمام تعهدات موجود در زمان انتقال، از مستأجر سابق به مستأجر جدید منتقل می‌گردد. همچنین است تعهداتی که ممکن است در آینده ایجاد گردد؛ مانند تعهد به جبران خسارتی که ناشی از عدم اجرای صحیح قرارداد توسط او باشد.

ب) انتقال تعهدات از مستأجر سابق به مستأجر جدید

اثر دیگر انتقال قرارداد اجاره این است که مستأجر سابق از تعهداتی که به موجب قرارداد در مقابل موجر داشته است، براءت حاصل خواهد کرد. متقابلاً موجر نیز از تعهداتی که به موجب قرارداد در مقابل مستأجر سابق داشته است، بری خواهد شد و ذمه مستأجر جدید و موجر به طور متقابل در برابر هم مشغول خواهد شد. نکته‌ای که اشاره به آن لازم است این است که حصول براءت مستأجر سابق در برابر موجر و موجر در برابر مستأجر سابق، خودبه‌خود صورت می‌گیرد و در واقع نتیجه انتقال قرارداد است و نیاز به انشای جداگانه ندارد (مقدم، ۱۳۸۶: ۲۴۰). تضمیناتی که از سوی مستأجر اصلی یا موجر برای قرارداد برقرار شده است، به نظر می‌رسد با انتقال عقد ساقط نگردد؛ زیرا در انتقال قرارداد، عقد ساقط نمی‌گردد و عقد جدیدی به جای آن ایجاد نمی‌شود و تعهدات عیناً به انتقال‌گیرنده انتقال می‌یابد. بنابراین موجبی برای سقوط تضمینات وجود نخواهد داشت. بر خلاف موضوع تبدیل تعهد که طبق ماده ۲۹۳ قانون مدنی^۱ تضمینات ساقط می‌گردد؛ زیرا با سقوط تعهد، تضمینات آن نیز به طور طبیعی ساقط می‌گردد. از برخی قوانین، بقای تضمینات قابل استفاده است؛ برای مثال از ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستأجر ۵۶، که مستأجر لاحق را از هر حیث قائم‌مقام مستأجر سابق تلقی نموده است و چنین امری قابل پذیرش است. همان طور که گفتیم، از زمان انتقال قرارداد اجاره، مستأجر جدید جایگزین ید سابق خود خواهد بود و رابطه وی با موجر،

۱. ماده ۲۹۳ قانون مدنی: «در تبدیل تعهد، تضمینات تعهد سابق به تعهد لاحق تعلق نخواهد گرفت؛ مگر اینکه طرفین معامله آن را صراحتاً شرط کرده باشند».

مستقیم و بی‌واسطه می‌گردد و از این لحظه نیز رابطه وی با مستأجر قبلی قطع می‌شود. حال اگر انتقال در کل منافع اجاره باشد، این رابطه در کل منافع برای موجر یا مستأجر ایجاد یا قطع می‌گردد و چنانچه انتقال در جزئی از منافع باشد، در این صورت در حدی که انتقال واقع گردیده است، منافع منتقل می‌شود و به همان نسبت با موجر برقرار و نسبت به مستأجر سابق قطع می‌گردد. از حیث شرایط اجاره نیز مستأجر جدید دارای کلیه حقوق اجاره‌نامه قبلی بین ید سابق خود و موجر است؛ زیرا تنها به آن میزان حقی که ید قبلی وی داشته، به او منتقل شده است و قائم‌مقام حقی بیش از ید قبلی خود ندارد. تکالیف نیز به همین اندازه بر او تحمیل می‌شود؛ لذا هیچ تغییری در حقوق و تعهدات طرفین (موجر و مستأجر جدید) ایجاد نخواهد شد، مگر اینکه این دو به توافق یکدیگر در حقوق و تکالیف خود تغییراتی ایجاد نمایند که در این صورت برابر قانون لازم‌الرعایه است (فلاح، ۱۳۸۷: ۲۴۶/۲).

همچنین اگر منافع و محل مورد اجاره، برای اغراض و اهداف خاصی ایجاد شده و اختصاص یافته و به لحاظ همان اغراض و اهداف به مستأجر جدید واگذار شده است، مستأجر جدید نسبت به آثار و تبعات همان اغراض و اهداف، مأخوذ و ملتزم خواهد بود؛ برای مثال، چنانچه مورد اجاره برای ارائه خدمات خاصی چون بهداشت، درمان، گردشگری، آموزشی، فرهنگی و مذهبی طبق مقررات و ضوابط تخصیص یافته، مستأجر جدید نمی‌تواند به عذر انتقال مورد اجاره از ید مستأجر و متعهد سابق به وی، از ایفای تعهدات ارائه خدمات استنکاف کند و بدون رعایت ضوابط و مقررات حتی با تحصیل اجازه موجر، نوع شغل و کاربری محل را تغییر دهد (زهری، ۱۳۹۲: ۲۷). بنابراین اثر قائم‌مقامی مستأجر جدید در موقعیت مستأجر سابق نسبت به اجاره سابق، انتقال کامل حقوق و تعهدات ناشی از انتقال عقد اجاره به اوست.

از آنجا که در قانون روابط موجر و مستأجر، حق کسب و پیشه و تجارت به رسمیت شناخته شده است، حق مزبور اقتضا داشته است تا برخی سازوکارهای قانون مدنی دچار تغییر و تحول شود؛ از جمله هر گاه مستأجر جدید به مستأجر سابق سرقتی بپردازد، صرف فسخ اجاره اول یا انقضای مدت آن، باعث از بین رفتن حق مستأجر جدید نخواهد شد؛ چرا که او از یک حق نیرومند برخوردار است و به استناد همین حق نیز

می‌تواند طبق ماده ۱۰ قانون روابط موجر و مستأجر ۵۶^۱ حتی پس از پایان یافتن مدت اجاره، تقاضای تنظیم اجاره‌نامه را با مالک یا نماینده قانونی او بنماید (صادقی، ۱۳۸۱: ۱۰۴). مطابق با ماده ۱۰ قانون مزبور، مستأجر تنها با اجازه کتبی موجر، حق واگذاری مورد اجاره را به دیگران دارد و هر گاه مورد اجاره را به غیر اجاره دهد، با انقضای مدت یا فسخ اجاره نخستین، مالک می‌تواند درخواست تنظیم اجاره‌نامه را با هر یک از مستأجران بنماید و هر یک از مستأجران نیز در صورت فسخ یا انقضای مدت اجاره اصلی، می‌توانند در خواست تنظیم اجاره‌نامه را با مالک بنمایند و از آنجا که در قانون مزبور، به مستأجر حق ادامه اجاره و الزام موجر به تمدید قرارداد اجاره داده شده است، ملاحظه می‌شود که مستأجر اول با اجاره مجدد مکان تجاری، می‌تواند مستأجر جدید را از هر جهت قائم‌مقام خود در رابطه با مالک اصلی بنماید و حتی بالاتر از این، مطابق ماده ۱۹ این قانون، چنانچه مستأجر حق انتقال به غیر را نداشته باشد و مالک هم راضی به انتقال یا پرداخت سرقفلی به او نشود، مستأجر می‌تواند الزام موجر را به اجازه انتقال از دادگاه بخواهد و پس از تجویز دادگاه، مستأجر جدید بنا بر تصریح قانون، از هر حیث نسبت به تمام شرایط اجاره، قائم‌مقام مستأجر سابق خواهد بود (قاضی و همکاران، ۱۳۹۶: ۲۰۸-۲۰۷).

مبنای رأیی که شعبه ۴۴ دادگاه حقوقی ۲ تهران در ۷۲/۱۱/۲۵ صادر نموده و به موجب آن پس از انقضای مدت اجاره اصلی، مستأجر دیگر رابطه‌ای با موجر نداشته و این ارتباط استیجاری میان مالک با مستأجر جدید برقرار می‌شود نیز همین حق کسب و پیشه بوده است، و الا طبق اصول کلی با زوال اجاره اصلی، هیچ رابطه‌ای میان مالک (موجر) و مستأجر جدید ایجاد نمی‌شود (کامیار، ۱۳۷۶: ۱۴۳، دادنامه شماره ۹۲۲-۷۲). موجر به صرف فسخ اجاره اول قادر به دستیابی بر مالش نخواهد بود بلکه تنها پس از پرداخت حق سرقفلی مستأجر می‌تواند عین و منافع را مجدداً تحت تملک خویش درآورد.

۱. ماده ۱۰ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶: «... در صورتی که مستأجر حق انتقال مورد اجاره به غیر را داشته باشد، هر یک از مستأجرین نیز می‌توانند در صورت فسخ و یا انقضای مدت اجاره اصلی، درخواست تنظیم اجاره‌نامه را با مالک یا نماینده قانونی او بنمایند».

بند اول: انتقال به غیر بدون دریافت حق کسب و پیشه و تجارت

در حالتی که مستأجر بدون دریافت حق کسب و پیشه و تجارت، محل را به دیگری واگذار کرده باشد^۱ گمان می‌رود وجه موضوع تبصره ۱ ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستأجر ۵۶ (البته در صورت طرح دعوی از طرف موجر) باید به مستأجر پرداخت شود. در این حالت مطلب دقیقی هم به ذهن می‌رسد و آن اینکه فرض کنیم مستأجر سابق در مورد اجاره، تصرف داشته و مستأجر جدید (منتقل‌الیه) ۷ سال و موجر پس از ۱۲ سال (جمعاً) اقدام به طرح دعوی کرده است. گمان می‌رود مبلغی که به عنوان حق کسب و پیشه و تجارت تعیین می‌شود، باید به همین نسبت بین ناقل و منتقل‌الیه تقسیم شود و از عبارت «...» و در این مورد مستأجر یا متصرف حسب مورد، استحقاق دریافت نصف حق کسب و پیشه و تجارت را خواهد داشت» در قسمت اخیر تبصره ۱ ماده ۱۹ قانون مزبور نیز همین معنا استفاده می‌شود (کشاورز، ۱۳۸۳: ۱۳۷). بنابراین در حقوق ایران چنانچه مالک تمایلی به پرداخت حق کسب و پیشه مستأجر نداشته باشد، مستأجر می‌تواند اجازه انتقال را از دادگاه اخذ نماید و برای دریافت چنین مجوزی، مستأجر در هر حال توفیق خواهد یافت. بنابراین زمانی که مستأجر بدون وجود حق انتقال به غیر، مورد اجاره را به دیگری منتقل می‌نماید، به نظر می‌رسد این عمل مستأجر بر مبنای نظریه فضولی قابل توجیه باشد؛ زیرا در این صورت، موجر حق تنفیذ یا رد این عمل مستأجر را پیدا می‌کند.

اما در قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۷۶ که نظریه اداره کل حقوقی و تدوین قوانین قوه قضائیه^۲ مبتنی بر آن است، در این باره مقرر می‌دارد:

«چنانچه از مستأجر سلب حق انتقال به غیر شده باشد و با وجود آن، مورد اجاره را به غیر واگذار نماید، چون منتقل‌الیه مستأجر محسوب نمی‌شود و با انتقال مورد اجاره به غیر بدون مجوز، حق مذکور از بین می‌رود، بنابراین سرقفلی یا حق کسب و پیشه

۱. این حالتی است که بسیار اتفاق می‌افتد چه افراد به خیال اینکه مالک حق کسب و پیشه و تجارت یا به تعبیر خود سرقفلی هستند و می‌توانند آن را به مدت محدود اجاره دهند و پس از پایان مدت، محل را مسترد دارند، محل کسب خود را به دیگری در قبال دریافت وجه ماهانه واگذار می‌کنند، بدون اینکه حق کسب و پیشه و تجارت بگیرند.

۲. نظریه شماره ۱۳۸۷/۹/۲۳-۷/۵۹۲۴.

به وی تعلق نمی‌گیرد و فرقی بین انتقال در اثنای مدت اجاره و یا پس از انقضای مدت اجاره وجود ندارد و ضمانت اجرای تخلف مستأجر، تخلیه بدون پرداخت سرقفلی یا حق کسب و پیشه است؛ با این توضیح که چنانچه تخلیه قبل از انقضای مدت اجاره صورت گیرد و مالک در صدد تخلیه مورد اجاره باشد، می‌تواند تقاضای فسخ اجاره‌نامه و تخلیه مورد اجاره را از دادگاه صلاحیتدار بخواهد و چنانچه مدت اجاره منقضی شده باشد، مالک حق دارد طبق ماده ۳ قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۷۶^۱ مورد اجاره را تخلیه نماید» (اداره کل حقوقی و تدوین قوانین قوه قضاییه، ۱۳۸۹: ۱۲۸).

بنابراین در صورت حق انتقال به غیر بدون دریافت حق کسب و پیشه و تجارت بر اساس قانون مصوب ۵۶، تبصره ۱ ماده ۱۹ موجر را مکلف کرده که در چنین موردی در قبال صدور حکم تخلیه، نصف حق کسب و پیشه و تجارت محل را به مستأجر یا متصرف بپردازد. اما بر اساس قانون مصوب ۷۶ بنا بر نظریه اداره حقوقی، سرقفلی یا حق کسب و پیشه به وی تعلق نمی‌گیرد و فرقی بین انتقال در اثنای مدت اجاره و یا پس از انقضای مدت اجاره وجود ندارد و ضمانت اجرای تخلف مستأجر، تخلیه بدون پرداخت سرقفلی یا حق کسب و پیشه است.

بند دوم: انتقال به غیر با دریافت حق کسب و پیشه و تجارت

وقتی که مستأجر بدون داشتن حق انتقال به غیر، مورد اجاره را به غیر منتقل می‌کند، این اقدام ممکن است با دریافت حق کسب و پیشه و تجارت از مستأجر جدید باشد. در این حالت اگر این انتقال بعداً مورد تنفیذ و اجازه موجر واقع شود، ظاهراً مشکلی پیش نخواهد آمد. اما اگر مالک این انتقال را تنفیذ نکند، تبصره ۱ ماده ۱۹ قانون ۵۶ موجر را مکلف کرده که در چنین موردی در قبال صدور حکم تخلیه، نصف حق کسب و پیشه و تجارت محل را به مستأجر یا متصرف بپردازد. در فرض ما، این مبلغ باید به مستأجر جدید تأدیه شود. حال اگر این رقم از مبلغی که مستأجر جدید به

۱. پس از انقضای مدت اجاره، بنا به تقاضای موجر یا قائم‌مقام قانونی وی، تخلیه عین مستأجره در اجاره با سند رسمی توسط دوایر اجرای ثبت ظرف یک هفته، و در اجاره با سند عادی ظرف یک هفته پس از تقدیم تقاضای تخلیه به دستور مقام قضایی در مرجع قضایی توسط ضابطان قوه قضاییه انجام خواهد گرفت.

مستأجر سابق تأدیه کرده کمتر باشد، گمان می‌رود که مستأجر جدید در هر حال می‌تواند این مابه‌التفاوت را از مستأجر سابق مطالبه کند (ملاک ماده ۲۶۳ قانون مدنی)^۱ (کشاورز، ۱۳۸۳: ۱۳۶). به موجب رأی وحدت رویه شماره ۹ مورخ ۱۳۵۵/۳/۱۰ هیئت عمومی دیوان عالی کشور، مستأجری که با استفاده از حق واگذاری به غیر، قسمتی از مورد اجاره را به دیگری واگذار نماید، بعد از انقضای مدت اجاره، دیگر مالک منافع قسمتی که واگذار کرده، نیست و تصرفی در این قسمت برای او باقی نمانده تا بتواند تخلیه یا تعدیل اجاره‌بهای آن را از مستأجر جدید بخواهد. در چنین موردی، رابطه حقوقی مستأجر سابق نسبت به قسمتی که واگذار کرده، قطع شده و بین مستأجر جدید و موجر، رابطه استیجاری برقرار گردیده است. هر چند مفاد رأی وحدت رویه مذکور، ناظر به مواردی است که برای مستأجری که با داشتن حق واگذاری، قسمتی از مورد اجاره را به دیگری واگذار نموده، حقی قابل تصور نبوده یا حق مذکور زائل گردیده است، لیکن به نظر می‌رسد مستأجری که بدون داشتن حق انتقال به غیر یا بدون تحصیل اجازه موجر یا جواز قضایی، قرارداد اجاره خود را به دیگری واگذار و یا به نحوی موجبات استیلای ید غیر را در عین مستأجره فراهم نماید که در نتیجه آن موجبات ازاله ید خود را از مورد اجاره فراهم سازد، بعد از قطع تصرفات و انقضای مدت اجاره، مشارالیه نمی‌تواند مدعی حقی علیه موجر یا متصرف در محل باشد و حتی نمی‌تواند مدعی نصف حق کسب و پیشه و تجارتی باشد که بر اثر اجرای حکم تخلیه مورد اجاره علیه متصرف در مورد اجاره پرداخت می‌شود. ناگفته معلوم است که زوال حق احتمالی چنین مستأجری، مستند به عمل و فعل خود او در تخلف از شرط و عدم رعایت قانون و قطع تصرفات استیجاری و اعراض از حقوق و مزایای ناشی از روابط استیجاری می‌باشد (قیم‌اصغری، ۱۳۸۳: ۲۱-۲۲).

کمیسیون قضایی مدنی نیز نظر داده است مستأجری که با استفاده از حق واگذاری به غیر، مورد اجاره را به دیگری واگذار نماید، نه تصرفات در ملک دارد و نه اینکه بعد

۱. ماده ۲۶۳ قانون مدنی: «هر گاه مالک معامله را اجازه نکند و مشتری هم بر فضولی بودن آن جاهل باشد، حق دارد برای ثمن و کلیه غرامات، به بایع فضولی رجوع کند و در صورت عالم بودن، فقط حق رجوع برای ثمن را خواهد داشت».

از انقضای مدت اجاره، مالکیت بر منافع برای وی متصور است. به عبارت دیگر در چنین مواردی، رابطه حقوقی مستأجر سابق و مستأجر جدید قطع شده و بین مستأجر جدید و موجر، رابطه استیجاری برقرار گردیده و مستأجر جدید از تاریخ واگذاری محل و نسبت به آینده مسئول آثار قائم‌مقامی حقوقی می‌باشد و مالک ارتباط مستقیم با انتقال‌گیرنده پیدا می‌کند و مستأجر اصلی از رابطه استیجاری خارج می‌شود و انتقال‌گیرنده عقد پیشین را ادامه می‌دهد. رابطه موجر اصلی و انتقال‌گیرنده از این پس یک رابطه مستقیم می‌باشد. بنابراین مالک می‌تواند به طور مستقیم از انتقال‌گیرنده تمامی تعهدات مستأجر را طلب کند و همچنین انتقال‌گیرنده نیز از تمام حقوق یک مستأجر برخوردار می‌باشد (غلامعلی‌زاده و سلیمانی، ۱۳۹۵: ۲۰۲). بنابراین طرح دعوی فسخ اجاره با مستأجر سابق، سالبه به انقضای موضوع است. النهایه بر اساس اصل نسبی بودن آثار قراردادهای و حاکمیت و اعتبار آن نسبت به طرفین، موجر در صورت ادعای وجود طلب بابت اجور می‌تواند آن را مطالبه بنماید.

نتیجه‌گیری

انتقال عقد اجاره به مفهوم قائم‌مقامی و جانشینی مستأجر جدید در موقعیت طرف عقد است و در حقوق ایران و فقه اسلام مورد تأیید قرار گرفته است. انتقال‌دهنده علاوه بر واگذاری حقوق، تعهدات قراردادی را نیز تفویض نموده و انتقال‌گیرنده نیز اجرای آن تعهدات را تقبل نموده است. مهم‌ترین اثر انتقال عقد اجاره، قائم‌مقامی منتقل‌الیه است که در این صورت، حقوق و تعهدات عقد اجاره اصلی به او تسری می‌یابد. بنابراین دو اثر مهم عقد اجاره، یکی انتقال حقوق و اختیارات و دیگری تعهدات ناشی از عقد اجاره می‌باشد. به عبارت دیگر، هر یک از طرفین بر اثر قرارداد، دارای موقعیتی می‌شود که این موقعیت اگرچه متشکل از اجزاست، برای خود نیز وجودی مستقل دارد و چون این موقعیت عرفاً دارای ارزش مالی است، عقد با توجه به این موقعیت قابل انتقال خواهد بود. همان‌گونه که بررسی شد، انتقال قرارداد اجاره و موقعیت قراردادی در قانون ایران، جزء مواردی است که قانون‌گذار ما به طور مشخص به آن پرداخته است. در فقه نیز در خصوص انتقال عقد اجاره از ناحیه مستأجر به

دیگری، سابقه‌ای مشاهده نمی‌شود و فقها عمدتاً در خصوص انتقال منافع عین مستأجره به دیگری متعرض موضوع گردیده‌اند. در فقه استدلال شده که چون با انعقاد اجاره، منافع در مالکیت مستأجر قرار می‌گیرد، لذا او نیز مانند هر مالکی حق هر گونه تصرفی را دارد و می‌تواند منافع خود را به دیگری اجاره دهد. فقها بر این عقیده‌اند که اگر صراحتاً اذنی از موجر برای واگذاری یا انتقال منافع به مستأجر داده نشده باشد و شک داشته باشیم که در این حال، مستأجر می‌تواند منافع مورد اجاره را به غیر واگذارد یا نه، همین مقدار که شرط استیفای منفعت نشده باشد، ظاهر این است که خلافی در جواز نقل نباشد. به نظر، انتقال قرارداد اجاره باید به عنوان یک ماهیت حقوقی مستقل، مورد شناسایی قرار گیرد و از تحلیل آن بر مبنای دو نهاد انتقال دین و طلب پرهیز شود. در انتقال قرارداد اجاره، رابطه قراردادی میان موجر و مستأجر به مستأجر جدید واگذار می‌گردد. لذا اجاره‌کننده اصلی با واگذاری رابطه خود به شخص ثالث، او را قائم‌مقام و جانشین خویش می‌سازد. به عبارت دیگر، هر گاه مستأجر مورد اجاره را به دیگری منتقل نماید، هم منتقل‌الیه را تا پایان مدت اجاره اصلی مستأجر خود می‌سازد، هم او را قائم‌مقام خود در مورد اختیار ادامه اجاره و الزام موجر به تنظیم سند اجاره می‌نماید. پس در جایی که با انتقال اجاره روبه‌رو هستیم، یعنی علاوه بر منافع مورد اجاره، تمام رابطه قراردادی منتقل می‌شود، مستأجر جدید عملاً قائم‌مقام مستأجر سابق می‌شود و مستقیماً با مالک عین، ارتباط حقوقی پیدا می‌کند و باید به او اجاره‌بها را بپردازد. لذا از حیث شرایط، همان حقوق و تعهدات بر مستأجر جدید بار می‌شود. انتقال منافع مورد نظر قانون‌گذار در قانون روابط موجر و مستأجر ۵۶، به معنای انتقال قرارداد به کار رفته است. طبق قانون روابط موجر و مستأجر ۵۶، هر گاه مستأجر مورد اجاره را به دیگری منتقل نماید، هم منتقل‌الیه را تا پایان مدت اجاره اصلی مستأجر خود می‌سازد و هم او را قائم‌مقام خود در مورد اختیار ادامه اجاره و الزام موجر به تنظیم سند اجاره می‌نماید. در قانون مزبور، اصل بر عدم انتقال به غیر است، مگر اینکه به صراحت حق انتقال برای مستأجر ایجاد گردد و یا طی قرارداد جداگانه داده شود. ولی در قانون مدنی، اصل بر وجود حق انتقال است، مگر اینکه به صراحت از مستأجر سلب حق گردد. در ماده ۱۰ قانون روابط موجر و مستأجر ۵۶، سکوت طرفین در مورد حق انتقال به غیر،

به معنای سلب حق انتقال تلقی شده است. بر اساس ماده ۱۹ قانون مزبور، مستأجری که موفق به اخذ رضایت مالک برای انتقال نگردیده است، تحت شرایطی می‌تواند با مراجعه به دادگاه، درخواست تجویز انتقال را بخواهد که در این صورت، اجازه انتقال به او داده خواهد شد. پس از صدور حکم تجویز انتقال اجاره، مستأجر ظرف مهلت مقرر قانونی (شش ماه پس از صدور حکم قطعی) اختیار دارد که مستأجر جانشین را شخصاً انتخاب نماید؛ یعنی علاوه بر تحمیل انتقال قرارداد به موجر، جانشین نیز توسط مستأجر انتخاب می‌گردد. به هر صورت و علی‌رغم اهدافی که قانون‌گذار در تصویب ماده ۱۹ قانون مزبور در نظر داشته است، تحمیل مستأجر جانشین به مالک و بی‌توجهی به دلایل موجر (مالک) در خودداری از اعلام رضایت، موجه به نظر نمی‌رسد. سرانجام آثاری که این انتقال قرارداد به همراه دارد، این است که حقوق و تعهدات قرارداد اولیه به مستأجر جدید منتقل می‌شود. به عبارت دیگر، دارای کلیه حقوق و تعهداتی می‌شود که برای مستأجر سابق وجود داشته است؛ از جمله حقوقی که با تحقق انتقال به مستأجر جدید می‌رسد، حق و یا خیار فسخ، حق تمديد یا اقاله، حق حبس، توابع و لواحق قرارداد می‌باشد و همچنین تعهدات، تضمینات و دفاعیات نیز از مستأجر سابق به مستأجر جدید منتقل می‌شود.

کتاب‌شناسی

۱. اداره کل حقوقی و تدوین قوانین قوه قضائیه، «ضمانت اجرای تخلف مستأجر بدون داشتن حق انتقال به غیر، تخلیه مورد اجاره بدون پرداخت سرقفلی و یا حق کسب و پیشه است»، *ماهنامه کانون*، شماره ۱۰۹، ۱۳۸۹ ش.
۲. امامی، اسدالله، *حقوق مالک و مستأجر*، تهران، راهنما، ۱۳۶۴ ش.
۳. امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، چاپ دوازدهم، تهران، اسلامی، ۱۳۷۵ ش.
۴. ایزانلو، محسن، مهدی عباسی حصوری و هادی شعبانی کندسری، «انتقال قراردادی عقد در فقه امامیه»، *دوفصلنامه آموزه‌های فقه مدنی*، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۵، بهار و تابستان ۱۳۹۱ ش.
۵. بیات، فرهاد و شیرین بیات، *شرح جامع حقوق مدنی*، چاپ دوازدهم، تهران، ارشد، ۱۳۹۶ ش.
۶. توکلی، محمدمهدی، *مختصر حقوق مدنی*، چاپ سیزدهم، تهران، چتر دانش، ۱۳۹۶ ش.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمیم‌ولوژی حقوق*، چاپ دوازدهم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۱ ش.
۸. حسینی عاملی، سیدجواد بن محمد، *مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامه*، نرم‌افزار المعجم الفقهی، ۱۳۸۳ ش.
۹. زهری، مهرداد، «نگاهی به ضوابط عقد اجاره انتقال موقعیت قراردادی مستأجر»، *ماهنامه گزارش*، شماره ۲۵۴، دی ۱۳۹۲ ش.
۱۰. سلیمی، علی، *آرای وحدت رویه (کاربردی)*، چاپ چهارم، تهران، دوران‌دیشان، ۱۳۹۵ ش.
۱۱. سنهوری، عبدالرزاق احمد، *الوسیط فی شرح القانون المدنی*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۵۷ م.
۱۲. شعاریان، ابراهیم، *انتقال قرارداد*، تبریز، فروزش، ۱۳۸۸ ش.
۱۳. شهیدی، مهدی، *حقوق مدنی ۶*، چاپ چهاردهم، تهران، مجد، ۱۳۹۱ ش.
۱۴. صادقی، محسن، «بررسی تحلیل انتقال مورد اجاره توسط مستأجر در فقه و حقوق ایران و نگاهی تطبیقی به حقوق مصر و انگلستان»، *مجله کانون*، شماره ۳۱، ۱۳۸۱ ش.
۱۵. صفایی، سیدحسین، *دوره مقدماتی حقوق مدنی؛ قواعد عمومی قراردادها*، چاپ بیست و چهارم، تهران، میزان، ۱۳۹۵ ش.
۱۶. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، *العروة الوثقی*، تهران، المکتبه العلمیه الاسلامیه، بی‌تا.
۱۷. عمید، حسن، *فرهنگ فارسی عمید*، چاپ هفتم، تهران، امیرکبیر، ۱۳۶۹ ش.
۱۸. غلامعلی‌زاده، محمد و محسن سلیمانی، «اجاره فرعی و انتقال عقد اجاره در فقه اسلامی، حقوق ایران و مصر»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، شماره ۷۶، ۱۳۹۵ ش.
۱۹. فلاح، محمدرضا، *ثبوت و اثبات در قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶*، تهران، جنگل، ۱۳۸۷ ش.
۲۰. قاضی، علی، علیرضا حسینی، و ابوذر گوهری مقدم، «بررسی مقایسه‌ای پیرامون آثار و احکام انتقال ارادی حق»، *فصلنامه مطالعات حقوقی*، شماره ۹، بهار ۱۳۹۶ ش.
۲۱. قمی میرزا ابوالقاسم بن حسن، *جامع الشتات*، تهران، میزان، ۱۳۷۱ ش.
۲۲. همو، *جامع الشتات*، تصحیح مرتضی رضوی، تهران، کیهان، ۱۳۷۱ ش.
۲۳. قیم‌اصغری، اصغر، «بررسی انتقال موقعیت قراردادی مستأجر در عقد اجاره»، *ماهنامه کانون*، ۱۳۸۳ ش.
۲۴. کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی؛ اعمال حقوقی*، چاپ دوازدهم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۶ ش.
۲۵. همو، *عقود معین*، چاپ دوازدهم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۲ ش.
۲۶. همو، *قواعد عمومی قراردادها*، چاپ دوم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۶ ش.

۲۷. کامیار (کارکن)، محمدرضا، *گزیده آرای دادگاه‌های حقوقی*، چاپ دوم، تهران، حقوق‌دان، ۱۳۷۶ ش.
۲۸. کشاورز، بهمن، *سرفقلی و حق کسب و پیشه و تجارت در حقوق ایران و فقه اسلام*، چاپ پنجم، تهران، جنگل، کشاورز، ۱۳۸۳ ش.
۲۹. محمدی، عبدالعلی، «اصل آزادی انتقال قرارداد»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی آزاد*، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۸۶ ش.
۳۰. معین، محمد، *فرهنگ فارسی معین*، چاپ چهاردهم، تهران، امیرکبیر، ۱۳۷۸ ش.
۳۱. مقدم، عیسی، «انتقال قرارداد»، *فصلنامه حقوق*، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره سی و هفتم، شماره ۴، زمستان ۱۳۸۶ ش.
۳۲. میرموسوی، محسن، *حقوق موجرو مستأجر در قانون روابط موجرو مستأجر مصوب ۱۳۷۶*، چاپ دوازدهم، تهران، مجد، ۱۳۸۸ ش.
۳۳. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ ششم، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۹۴ ق.
۳۴. نوبخت، یوسف، *اندیشه‌های قضایی*، چاپ سوم، تهران، کیهان، ۱۳۶۷ ش.
35. Aubert, Jean-Luc, Jacques Flour et Eric Savaux, *Droit Civil: Les Obligations*, Tome 3, 1999.
36. Carbonnier, Jean, *Droit Civil: Les Obligations*, Tome 4, 1998.

مفهوم و مبنای نظریه عمومی ارش در قراردادها با تأکید بر تحلیل اقتصادی آن با مطالعه تطبیقی*

- حمیدرضا بهروزی‌زاد^۱
- نجادعلی الماسی^۲
- جلیل قنواتی^۳

چکیده

ضمانت اجرای حقوقی یکی از مباحث مهم حقوق قراردادها به شمار می‌آیند. در تبیین این ضمانت‌اجراهای قراردادی، تحلیل اقتصادی نقش تعیین‌کننده‌ای می‌تواند داشته باشد. یکی از این ضمانت‌اجراها که در فقه امامیه به صورت فرع مطرح شده است، نهاد «ارش» می‌باشد. به نظر می‌رسد که ارش قابلیت طرح به عنوان یک نظریه عمومی را دارد.

در این مقاله کوشیده‌ایم در کنار اثبات نظریه عمومی ارش، آن را تحلیل اقتصادی نماییم. همچنین به صورت تطبیقی با مبحث مشابه -با کمی تسامح-

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۱۲/۱۵ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۴/۱۲.

۱. استادیار گروه حقوق خصوصی مؤسسه آموزش عالی مازیار (نویسنده مسئول) (behroozi_hamidreza@yahoo.com).
۲. استاد دانشگاه تهران (nalmasi@ut.ac.ir).
۳. دانشیار پردیس فارابی دانشگاه تهران (ghanavaty@ut.ac.ir).

تحت عنوان تقدم اجراء عين تعهد يا مطالبه خسارت در حقوق آمريكا نيز مقايسه و تحليل صورت گرفته است. روش تحقيق نيز كتابخانه‌اي بوده و به منابع داخلي و خارجي موجود با تاكيد بر منابع فقهي مراجعه شده است.

بر اساس نتايج حاصل از اين تحقيق، نظريه عمومي ارش را مي‌توان بر اساس نظريات اقتصادي كلاسيك و مدرن منقح كرد. در واقع مي‌توان گفت كه نظريه عمومي ارش مي‌تواند تلفيقي از نظريه اخلاقي كارايي پارتو و تقدم جبران خسارت بر انجام عين تعهد (به عنوان نظريه‌اي تقريباً اخلاقي) و نظريه عيني بودن كه در مقام امحاى اخلاق در عرصه قراردادي است، باشد.

واژگان كليدي: نظريه عمومي ارش، تحليل اقتصادي ارش، كارايي پارتو، جبران خسارت.

مقدمه

از مباحث مهم و مستحدثه، تحليل اقتصادي پديده‌هاي حقوقي به ويژه در بحث ضمانت اجراء قراردادي است. يكي از ضمانت اجراهاي قراردادي كه سابقه‌اي ديرينه در فقه اماميه و حقوق ايران دارد، نهاد ارش است. ارش در فقه اماميه و حقوق ايران، يكي از فروع ذيل خيار عيب مطرح شده است. اما به نظر مي‌رسد اين ظرفيت را دارد كه به عنوان يك نظريه عمومي مطرح شود. در اين مقال كوشيده‌ايم كه به تحليل اقتصادي نظريه عمومي ارش بپردازيم. براي نيل به اين مقصود، ابتدا با بيان مفهوم ارش و مباني مختلف آن در فقه اماميه و حقوق ايران، به ارائه مبناي منتخب خواهيم پرداخت. سپس با بيان نظريات اقتصادي مطرح در خصوص ضمانت اجراهاي قراردادي كه عمده‌تاً در باب كارايي يا عدم كارايي بيان شده‌اند، به تطبيق اين نظريات با نظريه عمومي ارش بر اساس منابع فقهي و حقوقي مي‌پردازيم. نکته مهم در اين خصوص اينكه در تفسير و تطابق نظريات سعي شده است افزون بر تكيه بر جنبه فردي و ارادي قراردادها، بر جنبه عمومي و اجتماعي قرارداد نيز تاكيد شود. در واقع امروزه قراردادها جنبه اجتماعي نيز دارند و فقط جنبه‌هاي فردي از قبيل حفظ و تأمين منافع و آزادي‌هاي فردي، ملاك نخواهد بود و هيچ دولتي حتي با گرايشات فردگرايانه شديد نيز نمي‌تواند وظيفه خود را محدود به منظم ساختن آزادي‌هاي فردي بکند و اجتماع را به قوانين اقتصادي عرضه و

تقاضا محدود سازد، بلکه باید مصالح عمومی شامل نظم عمومی، امنیت ملی، رفاه اجتماعی، بهداشت اجتماعی و آموزش حداقلی را نیز مدنظر قرار دهد.

۱. مفهوم و مبنای ارش

۱-۱. مفهوم ارش

ارش در لغت به معانی متعددی استعمال شده است. از معانی ارش دیه جراحات است. همچنین بر مالی که مشتری از بایع در صورت عیب و اطلاع بر آن اخذ می‌کند، ارش اطلاق شده است.

فیومی در *المصباح المنیر* در معنای ارش آورده است:

«ارش به معنای دیه جراحات است و جمع آن اروش است، مثل فلس و فلوس، و در اصل ارش به معنای فساد است. سپس در نقصان اعیان استعمال شد؛ زیرا فساد در آن است و مبیع معیوب است و گفته شده است که اصل ارش هرش است» (فیومی مفری، ۱۴۰۵: ۱۲/۲؛ ابن فارس، ۱۴۰۴: ۷۹/۱).

در لسان فقها، ارش بر معانی متعددی اطلاق شده است که عبارت‌اند از:

- ۱- آنچه در معاوضه، بدل نقص یا عیب در احد عوضین اخذ می‌شود.
 - ۲- آنچه در نقص در عین یا منفعت مضمونه به ید همان طور که در غصب و غیر غصب است، اخذ می‌شود.
 - ۳- آنچه بدل جنایتی که در شرع، مقدار دیه آن مشخص نشده است، پرداخت می‌شود.
 - ۴- آنچه در عوض ازاله بکارت گرفته می‌شود. فقها معتقدند که از موارد پرداخت ارش، ارش البکاره است (نجفی، ۱۳۶۷: ۴۹۹/۳۷).
- گروهی از فقهیان، معتقد به اشتراک لفظی هستند. از نظر اینان ارش دارای معانی مختلفی است (حسینی عاملی، بی‌تا: ۶۳۲/۴).
- در مقابل، قول قوی‌تر و صحیح‌تر این است که ارش مشترک معنوی است. از نظر اینان مفهوم ارش کلی انتزاعی از معانی ذکر شده است. چون اینان قائل به انتزاع

تعریف کلی از ارش هستند، ارش را چنین تعریف کرده‌اند:

«ارش مالی است که مقدار آن در شرع مشخص نشده است و بدل از نقضی که در مبیع یا بدن است، اخذ می‌شود» (انصاری، ۱۴۲۰: ۳۹۱/۵).

حقوق دانان نیز تعاریف مختلفی از ارش نموده‌اند؛ برای نمونه:

«خسارت عدم انجام تعهد مربوط به تسلیم کالای سالم دانسته‌اند» (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۳۰۸/۵).

برخی نیز نگاه فلسفی متفاوتی به ارش داشته و آن را برای جبران به هم خوردن اصول موازنه در حقوق ایران دانسته‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۲۱۸). در واقع به نظر می‌رسد به اعتقاد ایشان، در نتیجه به هم خوردن توازن قراردادی است که قانون‌گذار برای ذیحق دو حق ممتاز فسخ و یا مطالبه ارش را فراهم کرده است. به نظر می‌رسد تعاریف مزبور عمدتاً شرح‌الاسمی بوده و در عمل ثمره چندانی ندارند.

۲-۱. مبنای نظریه عمومی ارش

مبنای ارش یا قهری است یا قراردادی. به تعبیر دیگر، ریشه و مبنای ارش یا باید قرارداد باشد یا امری خارج از قرارداد، که لازم است به تفصیل پیرامون هر یک از این مبانی بحث شود.

۱-۲-۱. مبنای قراردادی نظریه عمومی ارش

نظریاتی که در خصوص مبانی قراردادی ارش ذکر شده، عبارت‌اند از: ۱. نظریه ضمان معاوضه؛ ۲. نظریه شرط سلامت کالا به عنوان شرط ضمنی.

۱-۲-۱-۱. ضمان معاوضه

برخی از فقها معتقدند که ضمان ارش از نوع ضمان معاوضه است. ضمان معاوضه به این معناست که -بر خلاف مضمون به قیمت در امثال اموال مغضوب- در ارش نقص جزء یا وصف -بر اساس تفسیر ماهیت ارش- باعث می‌شود که قیمت آن وصف یا جزء به فروشنده تملیک نشود و فروشنده ضامن آن جزء یا وصف در مقابل خریدار براساس

ضمان معاوضه باشد. در واقع عمده دلیل اینان این است که در ضمان، جزء تابع کل باشد و ضمان معاوضی به این معنا خواهد بود که مضموناً آنچه از عوض در قبال وصف یا جزء قرار گرفته است، همان جزء یا وصف موجب ضمان خواهد بود، نه نفس قیمت عیب.

همچنین ضمان تمام مبیع بر بایع، به نحو ضمان معاوضی صحیح است؛ به این معنا که بایع ضامن تسلیم مبیع به طور کامل به مشتری است و اگر تسلیم بعض مبیع را انجام ندهد، به همان مقدار از ثمن نه از قیمت آن، مسئول خواهد بود (انصاری، ۱۴۲۰: ۳۹۲/۵). عمده ایرادی که مخالفان به ضمان معاوضی وارد کرده‌اند این است که ضمان معاوضی، ضمان تالف قبل از قبض یا حداکثر قبل از انقضاء زمان خیار است و قاعده تلف مبیع قبل از قبض، شامل تلف وصف نمی‌شود و بر فرض که این قاعده شامل وصف بشود، مقتضی خیار نخواهد بود تا چه نوبت به ارش برسد (غروی اصفهانی، بی‌تا: ۷۲/۵). اگر ما قائل به ماهیت جبران خسارت نقض قراردادی باشیم که بحث مفصل آن در ادامه خواهد آمد، جواب این اشکال رفع خواهد شد. به نظر می‌رسد ضمان معاوضی، مبنای مناسبی برای مبنای نظریه عمومی ارش باشد.

۲-۱-۲-۱. شرط سلامت کالا به عنوان شرط ضمنی

برخی فقها سلامت کالا را جزء شروط ضمن عقد می‌دانند. از نظر اینان کسی که کالایی را خریداری می‌کند، ظاهر در سلامت کالاست و لذا در هنگام معامله سلامت را شرط نمی‌کنند. در نتیجه اجرای همان ضمانت اجراهای باب شروط را در اینجا نیز معتقدند (محقق حلی، ۱۳۸۹: ۲۹۰/۲).

۲-۲-۱. مبنای قهری ارش

به نظر برخی، مبنای ارش قهری است. سه نظر عمده در این خصوص وجود دارد:

۱-۲-۲-۱. ضمان ید

به باور برخی فقها، مبنای ارش از باب ضمان ید است و مشتری ضامن قیمت وصف صحت است. مبنای این قاعده، نبوی مشهور «علی الید ما أخذت حتی تؤدی»

است. فقها نسبت به اعتبار روایت بر دو نظرند؛ برخی مانند محقق خوبی آن را کلاً حجت نمی‌دانند (موسوی خوبی، ۱۴۱۷: ۸۷/۳) و برخی نیز مانند محقق نراقی معتقدند که حجیت روایت هرچند از راه سند ممکن نیست، لیکن شهرت میان فقها، ضعف سند را جبران می‌کند (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۷: ۵۴/۴-۵۵). استناد به ضمان ید برای ارش، زمانی ممکن خواهد بود که قائل به قول دوم باشیم.

برخی حقوق‌دانان مبنای ضمان ارش را ضمان ید می‌دانند. به باور اینان، مسئولیت بایع در پرداخت ارش همانند غاصب است (محقق داماد، ۱۳۸۵: ۶۱/۱). در واقع ضمان غاصب در اصل مال قیمی، در نقص یا عیب مال قیمی هم وجود دارد. پس در صورتی که شخصی بر مال دیگری مستولی شود، در مقابل، مالک ضامن تلف و نقص آن مال محسوب می‌شود و ملزم به بازگرداندن آن مال به مالکش و در صورت تلف یا ورود خسارت، ملزم به جبران خسارات می‌باشد (همان: ۶۶/۱). به عبارت دیگر، متصرف مال غیر، در مقابل مالک مسئول می‌باشد که در صورت بقای عین، اصل مال را بازگرداند و در صورت تلف مال یا ایجاد نقص در مال، از عهده زیان وارده برآید (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۲۹/۱).

بر اساس این نظر، چه معامله صحیح باشد و چه فاسد، نحوه ابراء ذمه متصرف بدین نحو است که علاوه بر رد عین، ملزم به تأدیه ارش می‌گردد. مالک مال در این حالت ناگزیر است که عین معیوب و ارش مال را بپذیرد و امکان امتناع از قبول عین معیوب و مطالبه تمامی قیمت مال به جای آن وجود ندارد (موسوی خمینی، ۱۴۱۶: ۵۰۰/۱؛ محقق داماد، ۱۳۸۵: ۹۳/۱).

به نظر می‌رسد قائل شدن به مبنای ضمان ید برای مفهوم ارش تکلف باشد؛ زیرا معمولاً فقها به شمول قاعده علی‌الید به دیده مضیق می‌نگرند. در حالی که معتقدان به این دیدگاه، قائل به توسعه شمول قاعده علی‌الید هستند.

۲-۲-۱. غرامت تعبدیه

برخی فقها غرامت و ارش را از باب تعبد می‌دانند و معتقدند که ارش، غرامت تعبدیه است و نه از باب ضمان معاوضه و نه از قبیل ضمان ید محسوب می‌شود (آخوند

حقوق دانانی نیز مطالبه ارش را حکم قانونی می‌دانند. در واقع اینان با پذیرش اصل مسئولیت قراردادی استثنائاً در صورتی که سلامت مورد معامله، وارد در حوزه توافق نشود، اخذ ارش را به قانون منتسب می‌دانند (ابوعطا و شمس‌الهی، ۱۳۹۰: ش ۲۱/۵).

ایراد اساسی این نظر آن است که تعبد زمانی قابل استناد است که مبنای قابل توجیهی برای بیان هدف شارع و قانون‌گذار وجود نداشته باشد و ما بر اساس تعبد، حکم شارع یا قانون‌گذار را بپذیریم. اما در خصوص ارش، نیاز به چنین تعبدی نیست و وقتی در ادامه، ادله اثباتی مبنا و ماهیت نظریه عمومی ارش بیان شود، دیگر نیازی به توجیه ارش بر مبنای تعبد نخواهد بود.

۱-۲-۳. قاعده لاضرر

مطابق قاعده لاضرر، شخصی که موجب ضرر به دیگری شده، وظیفه دارد آن را جبران نماید. به قاعده لاضرر در فقه هم می‌توان به عنوان مبانی قهری ارش استناد کرد. سیدکاظم یزدی به استناد قاعده لاضرر، قائل به ضمان شده است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۳: ۶۸/۳).

برخی فقها نیز کلاً اختیارات و ارش را ناشی از قاعده لاضرر می‌دانند و برای آن، جنبه غیر قراردادی قائل‌اند (مامقانی، ۱۳۴۴: ۱۰۳). از نظر اینان در عیب نیز شارع مقدس با جعل ارش خواسته که ضرر خریدار جبران شود و بر این اساس، ضمان فروشنده از نوع ضمان قهری خواهد بود.

در کلام شهید صدر نیز در قاعده «لا ضرر ولا ضرار» در توضیح لاضرر آمده است کسانی که با تشبث به حقوق قانونی خودشان، به دیگران ضرر محرم وارد می‌کنند، لاضرر آن حق قانونی آن‌ها را سلب می‌کند (۱۴۰۵: ۴۸۹/۵). بر طبق مبنای ایشان نیز قاعده لاضرر اثبات ضمان می‌کند.

البته اگر قائل بشویم که بنای عقلا منبع اصلی قاعده لاضرر است و روایت لاضرر، ارشادی بر این حکم عقلاست، در این صورت پرداخت ارش نوعی جبران خسارت زیان رساندن به غیر است و دیگر نیازی به این مطلب نخواهد بود که آیا لاضرر اثبات

ضمان می‌کند یا نه و خود اثبات‌کننده ضمان است.

عده‌ای از حقوق‌دانان نیز لزوم نفی ضرر را در زمره مبانی خیار عیب و ارش آورده‌اند (امامی، ۱۳۷۶: ۵۰۱/۱). قانون برای جلوگیری از ضرر مشتری در مورد عیب مبیع، او را به یکی از دو امر راهنمایی نموده است که هر کدام را بخواهد، بدون جلب رضایت بایع اختیار کند؛ یکی فسخ و انحلال عقد می‌باشد چنان که در باقی اختیارات است و دیگری قبول معامله با اخذ ارش.

البته در حقوق ایران نیز برخی حقوق‌دانان ارش را بر مبنای لاضرر قابل توجیه نمی‌دانند و بیان می‌کنند که در توجیه ارش باید به ملاحظات تاریخی توجه شود (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۳۲۰/۵). در واقع به نظر می‌رسد مبنای ایشان فقط توجیه مواد قانونی بوده و مبانی اختیارات به خصوص ارش مورد غفلت واقع شده است.

۳-۱. نظریه منتخب مبنای ارش

به نظر می‌رسد مبنای دوگانه‌ای بر ارش حاکم می‌باشد. یعنی ارش از مواردی است که می‌تواند هم بر مبنای مسئولیت قراردادی و هم بر اساس مسئولیت غیر قراردادی باشد. به نظر می‌رسد اصل در مبنای ارش، مبنای قراردادی باشد و در مواردی که مسئولیت قراردادی جوابگو نباشد، بر مبنای مسئولیت قهری حکم به پرداخت ارش خواهد شد. مؤید این امر آن است که ارش در مجازات‌ها، در ماهیت امر نوعی دیه است که آن را دیه غیر مقدر نامیده‌اند و بسیاری از حقوق‌دانان، ماهیتی دوگانه برای دیه قائل هستند (بهروزی‌زاد، ۱۳۸۵: ش ۵۰/۶۰ به بعد). ارش نیز چون ماهیتاً نوعی دیه است، از ماهیت دوگانه دیه تبعیت می‌کند.

با ذکر این مقدمه در نتیجه لازم است بر اساس اصل و استثنا به توضیح نظریه منتخب پردازیم.

۱-۳-۱. اصل

با توجه به اینکه در مسئولیت قراردادی به دلیل نقض تعهدات قراردادی، حقی برای متعهدله ایجاد می‌شود تا با درخواست مطالبه حقوق قانونی خود، انتظارات قراردادی اش را تا حد امکان برآورده سازد، به نظر می‌رسد اصل در مبنای ارش، مسئولیت قراردادی

باشد؛ زیرا ارزش برای برقراری عدالت در رابطه قراردادی است؛ چرا که در اثر عیب مبیع، فروشنده مالی بیش از آنچه فروخته است، دریافت می‌کند و خریدار نسبت به آنچه پرداخته است، کمتر دریافت می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۳۰۹/۵).

برخی دیگر از حقوق‌دانان با عاریت کلام از سید یزدی کوشیده‌اند عدالت معاوضی را مبنای ارزش معرفی نمایند. به اعتقاد اینان در عالم لب و معنا، مقابله بین وصف و عوض قابل تصور است. اقتضای چنین مقابله‌ای آن است که در صورت فقدان شرط یا وصف، مشروط‌له از دو اختیار فسخ معامله و انتخاب ارزش همزمان بهره‌مند شود. دلیل اخذ ارزش فقط آن است که شرط مندرج در عقد باعث افزایش قیمت معوض می‌شود و این ارزش افزوده قابل استرداد است (عبدی‌پور و ثقفی، ۱۳۸۷: ش ۷۲/۱۹).

جعفری لنگرودی نیز بر اساس آیه تراضی: ﴿تَجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ﴾ و اصول و ضوابط فقهی، معتقد به لزوم رعایت اصول سه‌گانه موازنه در قراردادهاست. از نظر ایشان، دلیل اخذ ارزش موافق با قاعده است و دلیل آن نیز آیه تراضی است. از سوی دیگر، تعادل اقتصادی در مواردی که وجود شرط در تعیین ارزش اقتصادی عوضین مؤثر است، پرداخت ارزش را توجیه می‌کند؛ زیرا بر اساس تئوری ایشان، موازنه در ارزش عوضین، از اصول مسلم قراردادهای معاوضی، و امری است که متعاقدین در زمان انعقاد قرارداد، بدان‌گردد نهاده‌اند. طبق نظر این حقوق‌دان، ارزش از محل ثمن‌المسمی است و مصداقی از ضمان معاوضی به شمار می‌رود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۷۶ و ۱۳۸).

به عبارت دیگر، هدف از دادن ارزش، جبران ضرر مشتری است، لیکن مسئولیت بایع، جنبه قراردادی دارد و می‌توان ضمانت اجرای قانون را بر نقض تعهد ضمنی بایع مبنی بر تحویل کالای سالم مبتنی ساخت (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۱۰۷/۵).

در واقع تکیه اینان، بر اصل سلامت کالا است. برخی حقوق‌دانان با ذکر اقوال فقها مبنی بر اصل سلامت کالا معتقدند که مبنای اختیار عیب را باید در درون تراضی جست (همان: ۳۰۳/۵). به نظر آن‌ها در موارد متعارف، خریدار خواهان تملک کالای سالم است و بر پایه این اعتقاد با فروشنده معامله می‌کند. اعتقاد به سلامت مبیع، او را از اشتراط این وصف بی‌نیاز می‌کند. فروشنده نیز از این اعتقاد آگاه است؛ چرا که در

غالب دادوستدها اصل را بر سلامت مبیع می‌نهند. از نظر ایشان، شرط ضمنی مربوط به سالم بودن مورد معامله، نوعی ویژه از شرط است که احکام خاص دارد. لذا حق فسخ وسیله‌ای برای جبران خسارت است که جنبه قراردادی دارد (همان: ۱۰۵/۵-۱۰۶).

شاید به عنوان مبنای قراردادی بتوان به اصل حسن نیت استناد کرد. در واقع ضرورت رعایت صداقت و عدم فریبکاری در قراردادها، عنصری برای ایجاد حکم ثانوی حق ارش است. ارش حکم ثانوی است که به دلیل رعایت نکردن صداقت و فریبکاری طرف قرارداد، از بین برنده حکم اولی الزام قرارداد است. بنابراین ضرورت صداقت و عدم فریبکاری ممکن است به عنوان مبنایی از مبنای اصل حسن نیت و رفتار منصفانه مورد استفاده قرار گیرد.

به عبارت دیگر در حالتی که عیب پنهان است و با واری متعارف نمی‌توان به آن پی برد، این تکلیف اخلاقی وجود دارد که عیب پنهان بیان شود. سکوت آگاه از عیب به ویژه در مواقعی که طرف مقابل به حسن نیت او اعتماد کرده است، نوعی نیرنگ و فریب است که حقوق نباید از آن بگذرد (همو، ۱۳۸۲: ۲۸۲/۵).

۱-۳-۲. استثنا بر قاعده

مسئولیت مبتنی بر قرارداد و شرط ضمنی، چند عیب بزرگ دارد:

۱- طرف قوی‌تر قرارداد و تولیدکننده، شرط عدم مسئولیت بکند که در این صورت، استناد به شرط ضمنی کارایی ندارد.

۲- شرط ضمنی حتی اگر در مورد قراردادهای سنتی کارایی داشته باشد، در قراردادهای مصرف کارایی نخواهد داشت؛ زیرا مسئولیت در چرخه مصرف کنندگان محدود می‌شود. کسانی که هیچ رابطه قراردادی مستقیم یا غیر مستقیم با تولیدکننده ندارند، اگر خسارتی ببینند، این خسارت جبران نمی‌شود. به همین جهت نظام‌های حقوقی، متوجه این قاعده شده‌اند که تولیدکننده را با قطع نظر از قرارداد و تقصیر راجع به عیوب کالا، مسئول قرار دهند. به بیان دیگر، مسئولیت را به قانون متکی کنند، به جای اینکه تکیه‌گاه آن قانون باشد. به این نوع مسئولیت، صرف نظر از اینکه در آن تقصیر وجود دارد یا خیر، مسئولیت محض گفته می‌شود (همو، ۱۳۸۷: ش ۳/۳۳۴).

در واقع امروزه در بسیاری از موارد، ارزش ضرر خریدار را جبران نمی‌کند؛ برای مثال اتومبیلی فروخته می‌شود که ترمز آن نقص فنی دارد و در اثر این عیب، خریدار تصادف می‌کند و چند برابر قیمت اتومبیل زیان می‌بیند؛ در صورتی که عیب ترمز، مبلغ ناچیزی از بهای اتومبیل می‌کاهد (همو، ۱۳۸۲: ۲۵۰/۱ به بعد). البته در این موارد می‌توان فرض تقصیر کرد تا زیان‌دیده سهل‌تر به ضرر خود برسد. علت اینکه در اینجا مسئولیت قراردادی منتفی است این است که در مسئولیت قراردادی، خسارت باید مستقیم باشد؛ یعنی نتیجه مستقیم و بلاواسطه نقض تعهد قراردادی به شمار آید. به همین خاطر، وجود واسطه بین نقض تعهد و خسارت واردشده به متعهدله، رابطه سببیت عرفی بین آن دو را منتفی می‌سازد. ماده ۵۲۰ قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹ نیز این نظر را تأیید می‌کند و حقوق‌دانان نیز فلسفه این وصف خسارت را لزوم احراز رابطه سببیت بین عدم انجام تعهد و خسارت وارده به متعهدله دانسته‌اند (همان: ۲۴۸/۳).

۲. تحلیل اقتصادی ضمانت اجرای حقوقی

۱-۲. طرح بحث

در تحلیل اقتصادی ضمانت اجرای قراردادی باید نقش اساسی را به تخصیص بهینه منابع و افزایش ثروت اجتماعی داد. در واقع باید به این مطلب توجه کرد که اصل بر اجرای مفاد قرارداد است. اما اگر یکی از طرفین قرارداد به تعهدات قراردادی خود عمل نکند، طرف مقابل بتواند با انتخاب ضمانت اجرایی مؤثر با کمترین هزینه، مطلوب‌ترین نتیجه را بگیرد و همانند این باشد که قرارداد اجرا شده باشد. در این مورد، دو نظریه عمده مطرح شده است:

۱- یک نظریه که عمدتاً با تأکید بر مباحث اخلاقی، سعی در تفسیر اقتصادی ضمانت اجرای حقوق قراردادها دارد. مهم‌ترین این نظریات، نظریه بهینه‌سازی پارتو^۱ و نظریه سنتی حقوق آمریکاست که ابتدا به بیان این نظریات و تطبیق نظریه عمومی ارزش بر آن خواهیم پرداخت.

1. Pareto Optimality.

۲- نظریه‌ای که قائل به حذف اصول اخلاقی از حقوق قراردادهاست و بر این اساس به تفسیر اقتصادی ضمانت اجرای قراردادی می‌پردازد. تحلیل عمده در این خصوص نظریه عینی بودن قرارداد - که عمدتاً بر اساس نظریات حقوق‌دان مطرح آمریکا، هولمز است - مطرح خواهد شد و بر اساس این نظریه‌ها نیز نظریه عمومی ارش منقح خواهد شد.

۲-۲. نظریه بهینه‌سازی پارتو و تطبیق آن بر نظریه عمومی ارش

نظریه بهینه‌سازی پارتو مبنایی اخلاقی دارد. در واقع نظریه پارتو در مقابل نظریات اقتصادی هدف‌محور است. در نظریات اقتصادی هدف‌محور، هدف صرفاً رفاه است و از معیارهای ذهنی و ارزش‌های اخلاقی تبعیت نمی‌کنند. به همین خاطر، امکان ایجاد مقایسه رفاه فردی قابل تأیید وجود ندارد. بنابراین پارتو بر این شد که مجموعه‌ای از مفاهیم اقتصادی را تشریح کند که سود به نفع هر یک از افراد، ممکن است باعث آسیب رساندن به دیگران باشد. چنین اظهاراتی به عنوان بهینه‌سازی پارتو شناخته شد. اساس نظریه پارتو این بود که در تخصیص منابع، اگر بهتر کردن وضعیت یک یا چند شخص، باعث بدتر کردن وضعیت حداقل یک نفر باشد، این به معنای وضعیت کاراست. وی وضعیتی را مطلوب می‌دید که رفاه فرد یا افراد افزایش یابد، بی‌آنکه ملازمه‌ای با کاهش رفاه افراد دیگر داشته باشد (Bruni, 2002: 139).

انتخاب میان حالت‌های مطلوب پارتو، نیازمند تجدیدنظر در ارزش‌های ذهنی^۱ بود. برتری حداقل یک چنین وضعیتی در هر حالت مشخصی که خارج از مجموعه بود، تقریباً به عنوان حشو قبیح قلمداد می‌شد. به عبارت دیگر در همه مواردی که یک سیاست خاص منجر به افزایش بهره‌وری فیزیکی و در نتیجه افزایش درآمد واقعی می‌شود، در این صورت رویه اقتصاددانان این است که به طور کامل، مسئله قابلیت مقایسه رضایت اشخاص را بررسی کنند. از آنجا که در همه موارد، این امکان وجود دارد که هر کسی بهتر از قبل شود یا در هر صورت برای برخی از مردم بهتر باشد، بدون اینکه برای افراد دیگر بدتر باشد، در این صورت است که استدلال برای بهینه‌سازی، ملازمه با تقاضا برای بهره‌وری داشت (Buchanan, 1959: 124-125).

1. Subjective Values.

۳-۲. اساس نظریه عمومی ارش در قراردادها

نظریه عمومی ارش در قراردادها بر این اساس است که دارایی (در معنای مثبت آن) افزایش یابد، بدون اینکه ملازمه‌ای با کاهش دارایی افراد دیگر داشته باشد. توضیح آنکه در فقه امامیه در خصوص ماهیت ارش در قراردادها، این بحث مطرح است که آیا ارش در مقابل جزئی از وصف است یا مقابل وصفی از اوصاف؟ دو نظریه در مسئله وجود دارد:

۱-۳-۲. ارش بر طبق قاعده است

وحید بهبهانی در حاشیه مجمع الفائدة والبرهان (۱۴۲۱: ۲۷۳، ۲۷۵ و ۲۷۹) و سید طباطبایی یزدی در حاشیه المکاسب (۱۴۲۳: ۸۶/۳ و ۸۷-۲۲۳ و ۲۲۴) به دو بیان مختلف، به این نظریه تمایل پیدا کرده‌اند. رگه‌هایی از این نظریه در عبارات بعضی از متقدمان نیز دیده می‌شود (عاملی جزینی، بی‌تا: ۷۴/۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۰: ۳۷۶/۱؛ کرکی عاملی، ۱۴۰۸: ۱۹۲/۴ و ۳۳۵؛ عاملی جبعی، ۱۴۰۳: ۴۷۴/۳؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۰۵: ۴۲۶/۸).

در واقع اینان معتقدند که وصف صحت، مقابل جزئی از ثمن است. اگر وصف صحت به منزله جزء باشد، هر یک از عوضین عرفاً یا شرعاً مقابل جزء دیگر است که در این صورت ثبوت ارش بر طبق قاعده خواهد بود. پس همان طور که در تخلف جزئی از مبیع به آنچه که مقابل آن ثمن است، رجوع می‌شود، در تخلف وصف هم به آن مقداری که از وصف تخلف شده است از جزء رجوع می‌شود.

۲-۳-۲. ارش خلاف قاعده است

اکثر محققان در فقه امامیه بر این نظریه هستند (نجفی، ۱۳۶۷: ۲۳۶/۲۳؛ انصاری، ۱۴۲۰: ۲۷۶/۵؛ آخوند خراسانی، ۱۴۰۶: ۲۱۱؛ موسوی خویی، ۱۴۱۷: ۱۰۱/۷؛ موسوی خمینی، ۱۴۱۰: ۱۲۹/۵؛ غروی اصفهانی، بی‌تا: ۴۳۶/۴).

مواردی از نظر اینان که التزام به آن ممکن نیست، عبارت‌اند از:

- ۱- بیع تملیک مال به مال است و وصف صحت مقوم برای مالیت است، نه اینکه مال به حمل شایع باشد تا اینکه بیع منحل به تملیکات به عدد اجزای مال بشود.
- ۲- لازمه این نظریه که وصف صحت، جزئی از مال باشد این است که بیع در جزء

مفقود باطل باشد و بعضی ثمن به مشتری برگردد؛ در حالی که قائلان به نظریه مطابق با قاعده بودن هم حتی قائل به بطلان نیستند.

۳- بنا بر قاعده، ارش قابل اسقاط است؛ در حالی که اگر جزئی از ثمن بود، عین غیر قابل اسقاط است (غروی اصفهانی، بی تا: ۴۳۶/۴).

۲-۳-۳. نظریه منتخب (نظریه عمومی ارش)

به نظر می‌رسد از عقاید پراکنده فقهای امامیه در این خصوص می‌توان به تحلیلی دیگر دست یافت و آن اینکه ارش مطابق با قاعده است، ولی جزئی از ثمن محسوب نمی‌شود؛ بلکه ماهیت آن، جنبه غرامت (به لسان فقها) و خسارت قراردادی (به لسان حقوق دانان) دارد. نگاهی دوباره به ادله این باب می‌تواند استدلال ما را تقویت کند.

۱- در روایت حماد بن عیسی (حزّ عاملی، ۱۴۱۰: ۴۱۵/۱۲) و روایت عبدالملک (همان: ۴۱۶/۱۲، ح ۲) که می‌گویند: «له أرش العیب» (یعنی مشتری حق دارد ارش عیب را از بایع بگیرد)، مشخص نشده است که از چه مالی بگیرد. هر دو روایت اطلاق دارند که جنبه غرامت و خسارت دارد. اما مطابق قاعده بودن را نیز می‌توان از اطلاق این روایات به دست آورد؛ زیرا شارع مقدس با استشمام فهم عرف از معاملات دریافته است که عقلا و اهل عرف به وصف سلامت بیشتر از سایر اوصاف اهمیت می‌دهند و اگر در این اوصاف، ارش پیش‌بینی شده است، نه از این باب است که خلاف قاعده و تعبد است، بلکه تحلیل جامع به ما می‌رساند که این اخبار ارشادی هستند به فهم عرف از وصف سلامت.

در تعبیری که شیخ انصاری در مقام تحلیل روایات مطرح کرده است نیز می‌توان تحلیلی را که ارائه شد، مشاهده کرد. در مقابل استناد گروه دوم که به برخی از روایات - که می‌فرماید: «بایع باید تفاوت صحیح و معیب را به مشتری رد کند و یا تفاضل و زیادی را رد کند»- مبنی بر اینکه ظاهر روایت این است که باید آن مقداری که رد می‌کند از همان چیزی باشد که قبلاً از مشتری گرفته و از عین ثمن باشد، ایشان بیان می‌دارد:

«تعبیر مزبور از باب این است که غالباً در معاملات، ثمن به دست بایع رسیده و

قبض و اقباض حاصل شده، چون نقدی معامله می‌کنند و غالباً هم ثمن از نقدین یعنی درهم و دینار یا پول رایج بلد است و حکم به رد تفاوت یا تفاضل و... به اعتبار نوع است. به عبارت دیگر باید از همین نقد رایج بلد بدهد، نه به لحاظ شخص که از عین ثمن مقداری بپردازد، و این معنا با دقت و تأمل تام و تمام در مفاد روایت حاصل می‌شود. ضمناً از پاسخ روایات مذکور، پاسخ روایتی دیگر هم داده شد و آن روایت ابن سنان است که می‌گوید: «اگر مشتری قبل از دادن پول به بائع فهمید که مبیع معیوب است، می‌تواند به مقدار عیب، از خود ثمن کسر کند و بقیه را به بائع بدهد» و پاسخ این است که باز غالباً ثمن در معامله کلی است و وقتی کلی شد، به ذمه مشتری می‌آید و وقتی به سبب عیب در مبیع، بائع مشغول‌الذمه شد به ارش، مشتری می‌تواند عوض عیب را از پول دیگر از او بگیرد، یا اگر مقروض است از بابت قرض خود حساب کند و یا از همین ثمن که به ذمه‌اش آمده، حساب کند و مقداری را بردارد و بقیه را بدهد (انصاری، ۱۴۲۰: ۳۹۶/۵).

ملاحظه می‌شود که از این تعابیر استفاده می‌شود که ماهیت ارش غرامتی است که به واسطه عقد تحمیل می‌شود و این همان اصلی است که در پی اثبات آن هستیم و ارش را خسارتی می‌دانیم که در نتیجه قرارداد و ضمان معاوضی بر بائع تحمیل می‌شود. به عبارت دیگر، ارش غرامت و خسارت قراردادی ضمان معاوضی در عقود معاوضی است. حتی برخی از فقها و اساتید معاصر در تفسیری موسع معتقدند که ارش تقسیط می‌شود بر اجزاء و صفات صحیحه و کمالیه مطلقاً و هر آنچه که موجب کثرت رغبت و بذل ثمن زائدی است در آنچه طرفین آن را انشاء می‌کنند یا بناً معامله بر آن انجام می‌شود (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۴: ۴۲۷/۱).

از نظر ایشان:

«فرق واضحی بین مقام ما و آنچه که حکم به انفساخ از اول، مثل جایی که بیع ما بملک و ما لا یملک به کالای واحد باشد، وجود دارد؛ زیرا فقها در آنجا حکم به صحت ما یملک و بطلان ما لا یملک دادند. این حکم به خلاف تخلف وصف و جزئی است که مشابه تخلف وصف است در اینجا دو طریق است: یکی از آن‌ها رد معامله از ابتداست و فسخ معامله است، و دیگری قبول معامله و انحلال آن در جزء و وصف است، و به این خاطر است که حکم به انفساخ در این مورد نکردند؛ زیرا امر دائر بین فسخ کل یا خصوص جزء و وصف است» (همان).

در واقع حتی اگر با کلام ایشان موافق نباشیم که ارش جزئی از ثمن است، در نتیجه که ارش پرداختی مطابق با قاعده است، توافق داریم. حتی اگر در توصیف آن دچار اختلاف شویم و آن را بر طبق مبنای آیه‌الله سبحانی بخشی از ثمن، و بر طبق مبنای اتخاذه، غرامت و خسارت بدانیم، مشکلی در اصل مسئله نخواهد بود.

۲- بنای عقلا هم تأیید می‌کند که پرداخت ارش خسارت است و مطابق با قاعده محسوب می‌شود. در واقع در تعریف بنای عقلا گفته شده است که بنای عقلا: «استمرار عمل و روش توده عقلا در محاورات، معاملات و سایر روابط اجتماعی بدون در نظر گرفتن کیش، آیین و ملت آن‌هاست». از نظر برخی فقها، مراد از بنای عقلا همان استمرار عقل عقلا بما هم عقلاست (کاظمی خراسانی، ۱۴۰۶: ۱۹۲/۴؛ بروجردی نجفی، ۱۴۰۸: ۱۳۷؛ صدر، ۱۴۰۵: ۱۱۱/۱؛ ذهنی تهرانی، ۱۳۸۸: ۷۶۰/۳ به بعد).

عقلا بما هم عقلاء نیز پرداخت غرامت را تجویز می‌نمایند. در نتیجه ارش امری مطابق با بنای عقلا و مطابق با اصل است و شارع مقدس نه تنها ردعی نکرده است، بلکه بازنگری در روایات، دال بر این است که بنای عقلا را تنفیذ نیز نموده است.

۳- تحلیل رابطه میان شرط و عقد بر اساس احیای نظریه جزئیت نیز می‌تواند اثباتگر نظریه عمومی ارش باشد. یکی از مهم‌ترین نظریاتی که در این خصوص ابراز شده است، نظریه جزئیت است. بر اساس این نظریه، شرط جزئی از عوضین است. تعبیر مشهور در این خصوص در لسان فقها چنین است: «للشرط قسط من الثمن». بر این اساس، وجود یا عدم وجود شرط، باعث تأثیر در ثمن معامله می‌شود و اگر شرط باطل باشد، ما بزاء آن از ثمن نیز باطل است (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۳۲۱/۵).

همان طوری که برخی از ویسندگان به درستی متذکر شده‌اند:

«لازمه این نظریه آن است که در صورت تخلف از شرط، مشروط‌علیه بتواند ثمن را تقسیط کند و بر مشروط‌علیه لازم است قسمتی از ثمن را که در برابر شرط قرار گرفته است، به طرف مقابل برگرداند؛ امری که معتقدان به این نظریه نیز بدان ملتزم نشده‌اند و برخی از فقیهان در انتقاد به این دیدگاه بیان داشته‌اند که این نظر بر خلاف فهم عرفی از مفاد عقد است و عرف میان جزء و شرط تفاوت می‌گذارد» (عبدی‌پور و تقفی، ۱۳۸۷: ش ۶۶/۱۹-۶۷).

در واقع یا قائل به نظریه جزئیت رابطه شرط با عقد هستیم که در این صورت قطعاً موافق اخذ ارش در قراردادهای به عنوان نظریه عمومی خواهیم بود. بر فرض اینکه حتی قائل به نظریه جزئیت نباشیم و معتقد باشیم که فقهای متأخر بر خلاف فقهای متقدم قائل به نظریه جزئیت نیستند، در این صورت نیز عدم انجام شرط باعث خواهد شد که به عنوان ضمانت اجرا، طرف ناقض قرارداد را به جبران خسارت وادار سازیم؛ زیرا ارش فقط در قراردادهای عین معین اعمال می‌شود، بنابراین ضمانت اجرای طولی مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ در مورد آن کارایی نخواهد داشت. طبیعی است که الزام به انجام تعهد در مورد عین معین معیوب معنا نخواهد داشت، به طریق اولی نیز ثالث نمی‌تواند الزام متعهد را انجام دهد. بنابراین فقط ارش ثابت خواهد شد که به نظر می‌رسد امری مطابق با قاعده خواهد بود؛ زیرا در هر صورت متعهد شده بود که مبیع را سالم تحویل دهد و به این تعهد قراردادی خود عمل نکرده است؛ بنابراین باید جبران خسارت نقض تعهد قراردادی خود را بنماید.

در بیانی مشابه محقق داماد نیز می‌نویسد:

«شرط به هر حال دارای ارزش است و در فرض تخلف باید به نحوی منظور و جبران گردد و به هیچ وجه قائل شدن به حق خیار، جبران زیان مشروط‌له را نمی‌کند. بنابراین هر چند می‌پذیریم که شرط دقیقاً جزئی از عوضین نیست، ولی در حکم آن است و لذا جبران آن از طریق چیزی شبیه ارش با مشکلی مواجه نخواهد شد» (محقق داماد، ۱۳۹۵: ۳۵۰).

شاید بیان شود که نظر ایشان مبتنی بر این نظر است که اثر شرط، ایجاد تعهد مالی بوده و لذا شرط فعل قابل تخلف نیست و دیدگاه ایشان، ادعایی اثبات نشده است؛ بنابراین نمی‌تواند به عنوان مبنای نظریه عمومی ارش استفاده شود. پاسخ اینکه قدر متیقن این است که در مورد مبیع معیوب، شرط سلامت دارای ارزش مالی است و همین قدر متیقن کفایت می‌کند که قائل به جبران خسارت باشیم؛ حال چه در قالب نقض تعهد قراردادی و چه در قالب غرامات شرعی. بنابراین در هر صورت، پرداخت خسارت قابل توجیه است. اما به نظر می‌رسد نظریه مختار قوی‌تر باشد؛ زیرا نقض تعهد قراردادی، مستلزم جبران خسارت است؛ چه شرط فی‌نفسه دارای مالیت باشد و چه

نباشد، نقض تعهد قراردادی باید جبران شود. بنابراین در بدینانه‌ترین حالت، دیدگاه محقق داماد می‌تواند به عنوان مؤید نظریه عمومی ارش تلقی شود.

۴- می‌توان سه دلیل قبلی را بر اساس تحلیل اقتصادی ارش بر پایه نظریه کارایی پارتو هم مطرح کرد. شکی وجود ندارد که اساس فقه و روایات ما و بنای ارتکازی میان مسلمانان، بر مبنای باورهای اخلاقی استوار است. در این خصوص، میان دکترین پارتو و آموزه‌های شرعی اشتراک وجود دارد. در واقع، هم نظریه پارتو و هم آموزه‌های شرعی، شعاری واحد دارند: اقتصاد وسیله است نه هدف.

نکته دیگر اینکه تلاقی دلایل نظریه عمومی ارش با نظریه کارایی پارتو را در وضعیت مطلوب باید بر اساس این نظریه دید. بر اساس این نظریه، رفاه وقتی محقق می‌شود که رفاه و مطلوبیت فرد یا افراد افزایش یابد، بدون اینکه در وضعیت سایر افراد تغییری ایجاد شود و آن‌ها دچار ضرر و زیان بشوند. در نظریه عمومی ارش نیز غرامتی که فروشنده باید پردازد، در نتیجه عدم عمل کردن او بر طبق مسئولیت قراردادی اوست و این وضعیت به سود خریدار خواهد بود؛ ولی ملازمه‌ای با ضرر سایر افراد از جمله فروشنده نخواهد داشت، چون فروشنده غرامتی را پرداخته که مستحق آن نبوده است. در واقع به زبان خود پارتو، وضعیت خریدار بهتر می‌شد بدون اینکه برای افراد دیگر بدتر شود.

۴-۲. نظریه سنتی حقوق آمریکا در باب ضمانت اجرای قراردادی و

تطبیق آن با نظریه عمومی ارش

از لحاظ تاریخی، نظریه سنتی مدت‌های مدیدی در حقوق کامن‌لا بر این اساس استوار بود که:

«تعهدات ذاتاً و اخلاقاً باید وفا شود و این قاعده اخلاقی باید توسط قانون به رسمیت شناخته شود» (Paton, 1951: 296).

از لحاظ فلسفی نیز حدود چهار قرن پیش، دانشمند معروف غرب توماس هابز ادعا کرد:

«تعریف بی‌عدالتی جز عدم اجرای عهد و پیمان نیست» (Ibid.).

از لحاظ حقوقی نیز اعتقاد بر این بود که نقض قرارداد یک اشتباه اخلاقی است. علی‌رغم تضعیف ادبیات مذهبی که از لزوم وفای به عقد و تعهد صحبت می‌کرد، نقض قرارداد همچنان اخلاقاً مذموم بود. به تعبیر یکی از نویسندگان پیرو حقوق کامن‌لا: «چرا باید تعهدات را اجرا کرد؟ ساده‌ترین پاسخ را شهودگرایان دادند. از نظر اینان تعهدات فی‌نفسه مقدس هستند. ذاتاً ناپسند است که وعده‌ای را حفظ نکنید و جامعه‌ای که صحیحاً سازمان یافته است، نمی‌تواند این مسئله نقض قرارداد را تحمل کند... اما هم‌اکنون تردیدی نیست که عقل سلیم به طور کلی پیدا می‌شود. اما به هر حال، نقض قرارداد یک واقعیت است... به ما اجازه بدهید که این واقعیت را فراموش نکنیم که قضاوت و حقوق‌دانان مانند سایر انسان‌ها صراحتاً بیان می‌کنند که به طور کلی همه افرادی را که نقض عهد کردند باید از لحاظ اجتماعی هتک حرمت کرد» (Cohen, 1933).

در واقع تلقی سنتی بر این بود که اگر رفتار ناقض قرارداد، توسط قانون مورد تشویق قرار نگیرد، اجتماع و عرف این نوع رفتارها را سزاوار سرزنش تلقی خواهد کرد. حقوق‌دانان آمریکایی پیرو حقوق کامن‌لا در جستجوی این ناهنجاری ظاهری، موفقیت کمی پیدا کردند. به تعبیر یکی از این حقوق‌دانان: «قاعده در حال حاضر فراتر از شک و تردید است، اما هیچ دلیل متقاعدکننده‌ای برای به رسمیت شناختن نقض قرارداد وجود ندارد» (Salmond & Winfield, 1927: 510).

با وجود این، سرزنش‌های اجتماعی نتوانست رویه قضایی را وادار کند که ضمانت اجراهای تنبیهی بر علیه ناقضان قرارداد را وضع نماید. در نظام حقوقی کامن‌لا، پرداخت خسارت هدف کلی قانون است و باید فقط جبران خسارت بشود. بنابراین اجرای عین تعهد جنبه استثنایی داشت. البته میزان جبران خسارت باید به نحوی می‌بود که خواهان را در موقعیتی قرار بدهد که اگر قرارداد توسط خواننده اجرا می‌شد، در آن موقعیت قرار می‌گرفت (Williston, 1937: 9). البته در آخرین تحولات در حقوق آمریکا، استرداد سود حاصل از نقض قرارداد به عنوان یک هدف از سیستم اصلاحی آمریکا کنار گذاشته شد (Botterell, 2010: 140).

طرفداران اخلاقی بودن قراردادها برای حمایت از منافع طرف با حسن نیت قرارداد

به عدالت فطری هم متوسل شدند و از دید آنان عدالت فطری نیز همگام با اخلاق در مورد بحث، نتایجی مشابه دارد؛ هرچند در مقایسه بین اخلاق و عدالت فطری، عدالت فطری نتایج نامعلوم کمتری دارد.

همچنین در خصوص توسل به ضمانت اجرای اعاده به وضع سابق، انجام تعهد وعده داده شده توسط خود متعهدله نیز ضروری است. به تعبیر یکی از حقوق دانان آمریکایی:

«قرارداد ممکن است توسط طرفی که تعهد خود را انجام داده است یا با دقت در حال انجام است، فسخ شود. فرد فقط زمانی می تواند به ضمانت اجرای اعاده به وضع سابق علیه طرف ناقض قرارداد خود متوسل شود که عوض قراردادی خود را انجام داده باشد. بنابراین برای مثال فردی که گاو نر خود را برای جفت گیری با گوساله ماده داده است، زمانی می تواند از قرارداد عدول کند که عوض قراردادی یا معادل آن را بازگردانده باشد... فقط تعصبات اخلاقی است که شخص را مجبور می کند که در مدت زمان محدودی تعهد خود را انجام دهد. یک فرد ممکن است مجبور شود که به مدت زمان قابل توجهی برای اجرای عین قرارداد تلاش کند. با این حال، در جامعه افراد التزامات اخلاقی دارند که مطابق با انتظارات، وظایف و تعهدات خود را انجام دهند» (Stigler, 1988: 167).

منافع طبیعی قرارداد که سبب آن خسارات ناشی از اتکای به تعهد بوده است، قابل مطالبه است. حتی اگر خود این طرف نیز تعهدات خود را در برابر طرف ناقض قرارداد انجام نداده باشد، به این علت که فرد به این قرارداد اعتماد کرده بود، قابل توجیه است. اما در مورد عدم النفع قراردادی از نظر حقوق دانان آمریکایی زمانی قابل مطالبه است که متعهد قسمت های کمتر مهم قرارداد را اجرا کرده باشد:

«متعهدلهی که عملاً به تعهد تکیه کرده بود، حتی اگر تعهد خود را در برابر متعهد ایفا نکرده باشد، قطعاً از متعهدلهی که صرفاً خواستار این است که تعهد وعده داده شده به او، انجام شود و از انجام تعهد متعهد در برابر او مأیوس است، بیشتر مورد تأکید است. در حال گذر از جبران خسارت به تغییر وضعیت موقعیت های اقتصادی از دست رفته... حقوق صرفاً به دنبال التیام وضعیت ناراحت کننده نقض قرارداد موجود نیست... بلکه به دنبال ایجاد وضعیت جدیدی است... با این گذار، توجیه جبران خسارات قانونی، کیفیت خود را آشکار می کند؛ زیرا به عنوان یک واقعیت

مسلم، قواعد معمولی جبران خسارت در تعیین میزان خسارات دچار مشکل هستند، در حالی که با وضع قواعد جدید جبران خسارت، تعیین خسارت امری ساده تلقی خواهد شد» (Fuller & Perdue, 1937: 57).

نظریه عمومی ارش نیز از لحاظ اخلاقی کاملاً قابل اثبات است. در واقع نظریه عمومی ارش به دلالت التزامی از قاعده لزوم وفای به عهد - که یک اصل اخلاقی مسلم در حوزه زندگی بشر است - انتزاع می‌شود. به تعبیر علامه طباطبایی:

«حسن وفای به عهد و قبح نقض عهد، از فطریات بشر است و انسان در زندگی فردی و اجتماعی، بی‌نیاز از عهد و وفای به آن نیست» (طباطبایی، ۱۳۷۴: ۲۵۹/۵).

در فقه امامیه نیز هماهنگ با این اصل فطری، اصل بر لزوم و انجام تعهدات است. بنابراین در التزام به حسن وفای به عقد معتقدند که وفای به عهد و شرط به دلیل عموماتی چون «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و «المؤمنون عند شروطهم» بر متعهد واجب است و متعهده باید ابتدائاً او را التزام به انجام تعهد نماید (انصاری، ۱۴۲۵: ۶۲/۶). بر مبنای همین الزام اخلاقی است که می‌توان به نظریه عمومی ارش رسید. درست است که وجوب جنبه تکلیفی، و ارش جنبه وضعی دارد، اما تردیدی نیست که حکم وضعی، چه به نحو مستقل و چه به نحو واحد، توسط فقها در باب قاعده لزوم وفای به عقد ذکر شده است (برای مطالعه بیشتر در این باره رک: همان: ۱۹/۵). بنابراین اثبات نظریه عمومی ارش می‌تواند از باب التزام اخلاقی به عقود و پیمان‌ها نیز تفسیر شود؛ بدین توضیح که ماهیت ارش، خسارت و غرامتی است که در نتیجه نقض قرارداد و عدم انجام صحیح قرارداد توسط ناقض قرارداد باید پرداخت شود و در این صورت، مطابق با قاعده خواهد بود؛ چرا که قاعده این است هر وقت قرارداد نقض شد، طرف ناقض قرارداد باید خسارت نقض خود را بپردازد و چون بنای حقوق قراردادهای بر حفظ قرارداد است، حفظ قرارداد بر فسخ آن اولویت دارد و نظریه عمومی ارش برای جبران خسارت طرف متضرر خواهد بود. شاید بتوان به رگه‌هایی از این نظریه در کلام برخی از فقهای معاصر دست یافت:

«ارش نه از امور تبدیه است تا محتاج به بیان آن در بیان شارع باشد و نه از موضوعاتی که نیاز به استنباط فقیه دارد تا او اعمال فکر و اجتهاد در ادله کند، بلکه

۱. «وقد عرف أن ليس المستفاد منها إلا حكم واحد تكليفي يستلزم حكماً وضعياً».

ارش از امور عرفی دایر بین تجار و متعاملین و اهل بازار است و لازم است که به اهل خبره از آن‌ها رجوع شود و اگر به سواد مردم و اهل بازار مراجعه کنید، خواهند گفت: ارش همان ارزش مالی است که بخشی از ثمن در ازای شرط سلامت مبیع پرداخت می‌شود، در نتیجه ارش غرامتی خارج از ذات عوضین است... همچنین ضمان معاملی عبارت از تعهد به شیء در معامله ولو در عالم لب (بنا بر دیدگاه سید یزدی) و یا در عالم واقع است و ضمان معاملی از عهده‌اش خارج نمی‌شود، مگر زمانی که خسارات و ارش را تدارک کند. و بایع در مقابل مشتری الزام می‌شود و آنچه را که مستحق بر زائد عین است، اخذ می‌کند. در نتیجه حتی اگر عدم وصف بودن سلامت مبیع آشکار شد و قائل بودیم که وصف سلامت، وصف مبیع است نه جزء آن، دفع عوض آن بر عهده فروشنده واجب است. در این صورت، پرداخت ارش به حسب بناء معاملی و مرتکبات ناس مطابق با قاعده است» (موسوی سبزواری، ۱۴۱۷: ۲۰۰/۱۷).

اینکه ایشان به مطابق با قاعده بودن ارش تأکید دارند، به معنای نظریه عمومی ارش در قراردادهاست که قطعاً یکی از مبانی آن، لزوم وفای به تعهدات خواهد بود.

۵-۲. نظریه عینی بودن قرارداد و تطبیق آن با نظریه عمومی ارش

نظریه عینی بودن، ریشه در نظریات نویسندگان حقوقی آمریکایی داشت که برخلاف قضات آمریکایی «در پی تثبیت معیار عمومی پذیرفته‌شده برای ضمانت اجرای قراردادی بودند» (Eslami, 2016: 114).

معروف‌ترین این نویسندگان هولمز بود. آرزوی هولمز این بود:
«از کل مفاهیم اخلاق در حقوق خلاص شود... تمایل داشت مسیر قانونی را تغییر دهد» (Holmes & Pollack, 1941).

مخصوصاً اینکه اصلاً تمایلی نداشت که اصول اخلاقی را در حقوق قراردادها اعمال کند:

«در هیچ جایی همانند حقوق قراردادها، سردرگمی بین ایده‌های اخلاقی و ایده‌های حقوقی آشکارتر نیستند. وظیفه حفظ یک قرارداد در حقوق کامن‌لا به این معناست که شما باید پیش‌بینی کنید در صورت نقض قرارداد صرفاً باید خسارت پردازید و هیچ چیز دیگری جز این را متعهد نیستید. اگر شما مرتکب شبه جرم شوید، باید

معادل آن جبران خسارت کنید. اگر شما مرتکب نقض قرارداد شوید، باید جبران خسارت کنید، مگر آنکه تعهد وعده داده شده را انجام دهید و بین همه این‌ها تفاوت است. نگرش این‌چنینی به موضوع، نگرش فاسد‌کسانی را که معتقد به تأثیر اخلاقی در حقوق هستند، از بین می‌برد و باعث می‌شود قائل شویم که قرارداد ارزش اخلاقی ندارد. بنابراین ضمانت اجراهای آن نیز باید عینی باشد نه اخلاقی» (Holmes, 1897).

او در دعوای (Bromage v. Genning 81 Eng. Rep. 540 K. B. 1616) با درخواست تجدیدنظر از موضع خود دفاع کرد. قاضی کوک برای اینکه اجرای عین تعهد در یک قرارداد اجاره حکم شود، معتقد بود:

«باید توجه کرد که چنین حکمی قصد متعهد مبنی بر اینکه او، یا قصد پرداخت خسارت یا انجام دادن قرارداد اجاره را دارد، دگرگون می‌کند» (Dawson & Harvey, 1959: 94).

قاضی پولاک با این نظر مخالفت کرد:

«قصد متعهد به وضوح قابل تصور است که نقض قرارداد بوده و نقض قرارداد، خطای قراردادی است نه اینکه فرض شود که به جای اجرای قرارداد باید خسارت بپردازد» (Holmes & Pollack, 1941: 79-80).

مشکلی که نویسندگان حقوقی پیرو حذف ارزش‌های اخلاقی داشتند، استخراج آرای باارزش بر اساس منابع قانونی بود؛ چون آرای دادگاه‌های آمریکایی اغلب فقط به صورت ساختاری طبقه‌بندی می‌شد، در حالی که اینان معتقد بودند درخواست‌های تجدیدنظر با تفکر و تأمل در برخی از نکات ارجاعی، جایگزین شیوه طبقه‌بندی ساختاری آرای دادگاه‌های آمریکایی شود. نکته دیگری که باعث شد نویسندگان حقوقی آمریکایی به سمت ترویج عینی‌گرایی قرارداد رفتند، موفقیت نظام سرمایه‌داری در انگلیس و رشد سریع آن به سمت قله‌های صنعت و سیاست بود. همین امر موجب شد که برای رشد اقتصادی ایالات متحده آمریکا، مؤلفه عینی به ملاحظات عدالت طبیعی افزوده شود که در توسعه حقوق قراردادها نقش مهمی ایفا کرد. شناسایی مزایای مادی برای سرمایه‌گذاری بازار آزاد، تلاش‌هایی را برای تسهیل رقابت از طریق توسعه و ایجاد کنترل‌های حقوقی ایجاد کردند. برای ایجاد کارایی اقتصادی، بسیاری از تعاریف

اخلاقی حوزه حقوق قراردادها با وجود حفظ آن‌ها منعطف شدند. بسیاری از فعالیت‌های اقتصادی که عمدتاً شامل سرمایه‌گذاری و سفته‌بازی بودند، قانوناً به رسمیت شناخته شدند. در این نوع قراردادها به طور ضمنی برای نیروی کار، کالاها، سهام به طور ضمنی مقرر شد که متعهد مخیر است یا تعهد خود را انجام دهد یا باید جبران خسارت نماید (Wilensky, 2015: 91).

اینان به این نتیجه رسیدند که وظیفه حقوق قراردادها، نظارت بسیار قوی در حوزه امنیت معاملاتی است تا اشخاص با اتکا به توانایی خود، به انجام تعهدات قراردادی خود بپردازند و همین امر، باعث تضمین اجرای قرارداد خواهد شد (Cohen, 1982: 102). در مقام تطبیق این قاعده با نظریه عمومی ارش در قراردادها، عینی بودن از منظر متعهدله قابل بررسی است و می‌توان به مسئله طولی یا عرضی بودن مطالبه ارش در موارد عدم مطابقت مورد قرارداد با کالای تسلیمی اشاره کرد. توضیح مطلب آنکه فقهای امامیه متفق هستند در اینکه ظهور عیب، مقتضی جواز رد یا اخذ ارش فی الجمله است. آنچه محل تنازع عقاید مختلف بین فقها شده است، این است که آیا تخیر ابتدائاً بین ثبوت ارش و بین رد وجود دارد یا ارش مختص به صورت عدم امکان رد به سبب تصرف مانع یا تلف عین یا حدوث عیب یا سایر مسقطات رد است؟

منشأ این نزاع هم در فقدان دلیل معتبر بر تخیر بین ارش و رد در اخبار معتبره و تام‌السند است. از لحاظ تاریخی، قول مشهور در فقه معتقد به تخیر (رابطه عرضی)، و قائل به عدم اشتراط اخذ ارش به یأس از رد است. حتی عدم خلاف در مسئله را نفی کرده و ادعای اجماع در مسئله کرده‌اند (حسینی عاملی، بی‌تا: ۶۱۴/۴).

شاید اولین کسی که در قول مشهور مبنی بر تخیر (رابطه طولی) مناقشه کرد، مقدس اردبیلی بود. ایشان معتقد بود که دلیلی بر اختیار بین رد و قبول با ارش بعد از ظهور عیب وجود ندارد، بلکه از اخبار استفاده می‌شود که ارش مختص به تصرف مشتری در مبیع یا حادث شدن عیب پس از قبض است (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۵: ۴۵۰/۸). همچنین فقهای مانند سید عاملی، محقق نجفی، آیه‌الله خوئی و امام خمینی صراحتاً با حکم تخیر مخالفت کردند (حسینی عاملی، بی‌تا: ۶۱۴/۴؛ نجفی، ۱۳۶۷: ۲۳۶/۲۳؛ موسوی خوئی، ۱۴۱۷: ۱۰۲-۱۰۰/۷؛ موسوی خمینی، ۱۴۱۰: ۹-۸/۵).

در واقع به نظر می‌رسد این اختلاف مبنایی و ناشی از این باشد که آیا ارش مطابق با قاعده یا مخالف با آن است. به نظر می‌رسد قول قوی‌تر آن باشد که ثبوت ارش مطابق با قاعده است. در این صورت چون وصف صحت، مقابل جزئی از ثمن است، پس عوض جزئی از مبیع اگر فوت شود، در مقابل آن جزئی از ثمن قرار می‌گیرد؛ در نتیجه اگر بیع در آن قسمت باطل شود، استحقاق مشتری برای گرفتن ارش، مطابق قاعده است؛ نظیر خیار تبعض صفقه. مشتری بین رد آنچه قابل وصف از ثمن است و بین فسخ عقد مخیر است (وحید بهبهانی، ۱۴۲۱: ۲۷۳ و ۲۷۵؛ نجفی، ۱۳۶۷: ۲۳/۲۳۶؛ انصاری، ۱۴۲۰: ۵/۲۷۶؛ موسوی خویی، ۱۴۱۷: ۷/۱۰۱).

البته در حقوق ایران مباحثی که در لسان فقها وجود دارد، در قانون مدنی از آن مباحث وجود ندارد و قانون مدنی به صراحت، ارش و حق فسخ را در عرض هم قرار داده است. حقوق دانان نیز در تألیفات خود به این نکته مهم نپرداخته‌اند و این وضع در بین شارحان قانون مدنی نیز از ابتدا تا کنون دیده می‌شود.

در ماده ۴۲۲ قانون مدنی، حقوق مشتری در صورت معیوب بودن مبیع بیان شده است. مشتری در صورت معیوب بودن مبیع دو حق دارد؛ اول حق فسخ معامله و دوم حق مطالبه ارش. به عبارت دیگر، بر اساس ماده مزبور مختار است که یکی از سه راه حل زیر را انتخاب نماید:

۱- عقد بیع را به صورت یک‌جانبه منحل کرده، تمام ثمن پرداخت شده به فروشنده را مسترد دارد.

۲- عقد را منحل ساخته و کالای معیوب را برای خود نگه داشته و از فروشنده به لحاظ وجود عیب موجود، تفاوت قیمت صحیح و معیوب کالا را به عنوان ارش مطالبه کند.

۳- عقد منعقد را به انگیزه شرافتمندانه یا غیر آن منحل ساخته و بدون مطالبه ارش، به تملک کالای ابتیاعی راضی شده و عملاً حق فسخ و نیز اخذ ارش را اسقاط کند و بیع را مجاناً امضا نماید. البته این اختیار از مفهوم ماده ۴۲۲ قانون مدنی مستفاد می‌شود. البته شهیدی اصطلاح خیار در قانون مدنی را صرفاً به معنای حق فسخ دانسته و حق مطالبه ارش را داخل در حق پذیرش یا رد قرارداد نمی‌داند و به تعبیر دیگر، حقی مستقل

و هم‌عرض در کنار حق فسخ می‌داند (۱۳۸۲: ۶۵). در این خصوص نیز حق تقلیل ثمن با ارش متفاوت است، مگر اینکه هم‌نظر با فقهای بشویم که قائل به تعدی بودن ارش هستند. البته در حقوق ایران، رفع عیب و یا تسلیم کالای جانشین استثنایی است و فقط در حدود نص یعنی ماده ۴۷۸ قانون مدنی در خصوص عقد اجاره کاربرد دارد.

به نظر می‌رسد قاعده عمومی ارش، شکل تکامل‌یافته‌ای از نظریه عینی بودن قرارداد است و در واقع تلفیقی از نظریات عینی بودن با حفظ اخلاقی بودن قرارداد است؛ زیرا علاوه بر اینکه ضرورتی به امحای قواعد اخلاقی از حوزه حقوق قراردادها نیست، امری که ضعف قاعده عینی بودن قرارداد را می‌رساند و نویسندگان بعدی پیرو این مکتب به دنبال رقیق کردن حوزه اخلاقی در قرارداد شدند، اما عینی بودن قرارداد در کنار اخلاقی بودن مفاهیم آن کاملاً قابل دسترسی و ارزیابی است. نظریه عمومی ارش یکی از ضمانت‌اجراهایی است که می‌تواند در عین حال که کارآمد و عینی باشد، امری که نویسندگان آمریکایی به دنبال آن بودند، اخلاقی نیز باشد. البته نظریه عینی بودن چون قانلی به مسائل اخلاقی نداشت، از دیده منافع متعهد به مسئله می‌نگریست؛ اما چون ما در فقه امامیه و حقوق ایران و بالتبع آن در نظریه عمومی ارش به دنبال حفظ مسائل اخلاقی نیز هستیم، عینی بودن را از منظر متعهدله می‌بینیم؛ زیرا با نقض قرارداد، این متعهدله است که حاکم بر قرارداد می‌شود و کارایی باید از منظر او بررسی شود. بنابراین باید دید که آیا او فسخ قرارداد را انتخاب می‌نماید یا اخذ ارش، و این همان اصلی است که به دنبال اثبات آن بودیم و آن نظریه عمومی ارش است.

نتیجه‌گیری

با بررسی تحلیل‌های اقتصادی حاکم بر حقوق قراردادها به این نتیجه می‌رسیم که حقوق قراردادها از منظر اقتصادی عمدتاً بر دو محور اخلاقی بودن و عینی بودن قرارداد قابل بررسی است. دیدگاه سنتی حقوق قراردادهای آمریکا با وجود تأکید بر اخلاقی بودن ضمانت اجرای جبران خسارت را تجویز می‌نمود و اعاده به وضع سابق قراردادی، حالت استثنایی داشت. در حوزه اخلاقی بودن، نظریه پارتو به دلیل شهرت آن در حقوق اقتصادی نیز بررسی شد و دیدیم که بر اساس نظریه پارتو، وضعیتی مطلوب است

که رفاه فردی افزایش یابد، بدون اینکه ملازمه‌ای با تضرر افراد دیگر باشد و همین امر، دخالت عنصر اخلاق در اقتصاد را تقویت می‌کند. درست در نقطه مقابل اخلاقی بودن، نظریه عینی بودن قرارداد وجود داشت. در نظریه عینی بودن قرارداد، فقط منافع اقتصادی، آن هم از منظر متعهد معنا داشت. متعهد تکلیفی به انجام تعهد خود نداشت؛ یا باید قرارداد را اجرا می‌کرد و یا خسارات متعهدله را جبران می‌کرد. به نظر می‌رسد می‌توان راهی میانه را انتخاب کرد که هم اخلاقی بودن و هم ارزش‌های اقتصادی به صورت عینی رعایت شود. در نظریه عمومی ارزش با توجه به اینکه قرارداد حفظ می‌شود، ضرورت وفای به عهد از منظر اخلاقی کاملاً مراعات می‌شود و بر اساس نظریه پارتو هم کاملاً قابل توجه است؛ زیرا رفاه متعهدله با پرداخت ارزش تأمین می‌شود، بی‌آنکه به رفاه افراد دیگر از جمله متعهد نقصی وارد شود و اگر نقصی هم به متعهد وارد شود، به خاطر نقض تعهد قراردادی خود اوست. با نظریه سنتی حقوق آمریکا که جبران خسارت اصل بود نیز هماهنگی کامل دارد. به خاطر حفظ همین ارزش‌های اخلاقی، نظریه ارزش در قراردادها تعدیلی بر نظریه عینیت در قرارداد وارد کرد و آن تعدیل مهم این بود که حفظ منافع اقتصادی متعهدله در اولویت قرار گرفت و حاکمیت قرارداد با متعهدله بود که انتخاب نماید آیا فسخ قرارداد با منافع اقتصادی او سازگار است یا اخذ ارزش. بنابراین به نظر می‌رسد نظریه عمومی ارزش، شیوه کارآمدتری برای تلفیق اقتصاد و اخلاق در حوزه حقوق قراردادها باشد.

کتاب‌شناسی

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، حاشیه‌المکاسب، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۲. ابن فارس، ابوالحسین احمد، معجم مقاییس اللغة، تحقیق عبدالسلام محمد هارون، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۴ ق.
۳. ابو عطا، محمد و عطیه شمس‌الهی، «تحلیل مبنا و ماهیت حقوقی ارش»، دوفصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال سوم، شماره ۵، پاییز و زمستان ۱۳۹۰ ش.
۴. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، تهران، کتاب‌فروشی اسلامی، ۱۳۷۶ ش.
۵. انصاری، مرتضی بن محمدامین، کتاب‌المکاسب، قم، مجمع‌الفکر الاسلامی، ۱۴۲۰ ق.
۶. بروجردی نجفی، محمدتقی، نه‌ایة الافکار، تقریر دروس آفاضیاء‌الدین عراقی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۸ ق.
۷. بهروزی‌زاد، حمیدرضا، «ماهیت دیه: کیفر یا جبران خسارت»، ماهنامه دادرسی، شماره ۶۰، بهمن و اسفند ۱۳۸۵ ش.
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، الفارق، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲ ش.
۹. همو، فلسفه عمومی حقوق بر پایه اصالت عمل، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۱ ش.
۱۰. حرّ عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، قم، مؤسسه آل‌البتیة لإحياء التراث، ۱۴۱۰ ق.
۱۱. حسینی عاملی، سیدجوادی بن محمد، مفتاح‌الکرامه فی شرح قواعد‌العلامه، قم، مؤسسه آل‌البتیة لإحياء التراث، قم، بی‌تا.
۱۲. ذهنی‌تهرانی، سیدمحمدجواد، بیان‌المراد؛ شرح فارسی بر اصول‌الفقه (مظفر)، قم، گنجینه ذهنی، ۱۳۸۸ ش.
۱۳. سبحانی تبریزی، جعفر، المختار فی احکام‌الخیار؛ دراسة مبسوطه فی الخیار و احکامه و الشروط و النقد و النسبة و القبض، قم، مؤسسه الامام‌الصادق علیه‌السلام، ۱۴۱۴ ق.
۱۴. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی ع، تهران، مجلد، ۱۳۸۲ ش.
۱۵. صدر، سیدمحمدباقر، دروس فی علم‌الاصول، بیروت، دار‌المنتظر، ۱۴۰۵ ق.
۱۶. طباطبایی، سیدمحمدحسین، ترجمه‌المیزان، ترجمه سیدمحمدباقر موسوی همدانی، قم، جامعه مدرسین، ۱۳۷۴ ش.
۱۷. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، حاشیه‌المکاسب، قم، دار‌المصطفی لإحياء التراث، ۱۴۲۳ ق.
۱۸. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی، الروضة البهية فی شرح‌اللمعة‌الدمشقیه، بیروت، دار‌العالم‌الاسلامی، ۱۴۰۳ ق.
۱۹. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال‌الدین مکی، القواعد و الفوائد، قم، مکتبه‌المفید، بی‌تا.
۲۰. عبدی‌پور، ابراهیم و علی تقفی، «ارش شرط»، فصلنامه حقوق اسلامی، شماره ۱۹، زمستان ۱۳۸۷ ش.
۲۱. علامه حلی، جمال‌الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، ارشاد‌الانذمان‌الی احکام‌الایمان، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۲۲. همو، مختلف‌الشیعه فی احکام‌الشریعه، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۲۳. غروی اصفهانی، محمدحسین، حاشیه‌المکاسب، بیروت، دار‌المصطفی لإحياء التراث، ۱۴۲۰ ق.

۲۴. فیومی مقری، احمد بن محمد بن علی، المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی، قم، دار الهجره، ۱۴۰۵ ق.
۲۵. کاتوزیان، ناصر، الزامات خارج از قرارداد (ضمان قهری و مسئولیت مدنی)، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۲ ش.
۲۶. همو، قواعد عمومی قراردادها، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۴ ش.
۲۷. همو، «محدودیت‌های آزادی قراردادی بر مبنای حمایت از مصرف‌کننده»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، سال سی و هشتم، شماره ۳، پاییز ۱۳۸۷ ش.
۲۸. کاظمی خراسانی، محمدعلی، فوائد الاصول، تقریرات دروس محمدحسین غروی نائینی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۸ ق.
۲۹. کرکی عاملی (محقق ثانی)، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم، مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، ۱۴۰۸ ق.
۳۰. مامقانی، ملا عبدالله بن محمدحسن، نهاییه المقال فی تکملة غایة الآمال، چاپ سنگی تهران، ۱۳۴۴ ش.
۳۱. محقق حلی، نجم‌الدین جعفر بن حسن همدانی، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، نجف، مطبعة الآداب، ۱۳۸۹ ق.
۳۲. محقق داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه (۱): بخش مدنی (مالکیت، مسئولیت)، چاپ سیزدهم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۵ ش.
۳۳. همو، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، چاپ چهارم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۵ ش.
۳۴. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الاذهان الی احکام الایمان، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۳۵. موسوی بجنوردی، سیدحسن بن آقابزرگ، القواعد الفقهیه، قم، الهادی، ۱۳۷۷ ش.
۳۶. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، البیع، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۳۷. همو، تحریر الوسیله، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
۳۸. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، مصباح الفقاهه، تقریر محمدعلی توحیدی تبریزی، قم، انصاریان، ۱۴۱۷ ق.
۳۹. موسوی سبزواری، سیدعبدالاعلی، مهذب الاحکام فی بیان الحلال والحرام، قم، مؤسسه المنار، ۱۴۱۷ ق.
۴۰. نجفی، محمدحسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۷ ش.
۴۱. وحید بهبهانی، محمدباقر بن محمداکمل، حاشیه مجمع الفائدة والبرهان، قم، مؤسسه علامه مجدّد وحید بهبهانی، ۱۴۲۱ ق.
42. Botterell, Andrew, "Contractual Performance, Corrective Justice, And Disgorgement for Breach of Contract", *Legal Theory*, Vol. 16(3), Cambridge University Press, 2010.
43. Bruni, Luigino, *Vilfredo Pareto and the Birth of Modern Microeconomics*, Cheltenham: Edward Elgar, 2002.
44. Buchanan, James M., "Positive Economics, Welfare Economics, and Political Economy", *The Journal of Law & Economics*, Vol. 2(1), 1959.
45. Cohen, Morris R., *Law and the Social Order: Essays in Legal Philosophy*, Transaction Publishers; 1st Ed., 1982.

46. Id., "The Basis of Contract", *Harvard Law Review*, Vol. 46(4), 1933, Available at: <<https://h2o.law.harvard.edu/collages/2091>>.
47. Dawson, John P. & William Burnett Harvey, *Contracts and Contract Remedies*, Cambridge University Press, 1959.
48. Eslami, Shahla, "Pragmatic Elements of Rawls's Theory of Justice", *Religious Inquiries*, Vol. 5(9), June 2016.
49. Fuller, L. L. & Perdue, William R., The Reliance Interest in Contract Damages: 2, *Yale Law Journal*, Vol. 46(3), 1937, Available at: <<http://digitalcommons.law.yale.edu/yj/vol46/iss3/1>>.
50. Holmes, Oliver Wendell, "The Path of the Law", *10 Harvard Law Review* 457, 1897, Available at: <<http://moglen.law.columbia.edu/LCS/palaw.pdf>>.
51. Holmes, Oliver Wendell & Sir Frederick Pollack, *Holmes-Pollock Letters*, Mark DeWolfe Howe (Ed.), Harvard University Press, 1941.
52. Paton, George Whitecross, *Hobbes, Leviathan*, 1951, Available at: <https://www.ttu.edu/public/m/mart-murdvee/EconPsy/6/Hobbes_Thomas_1660_The_Leviathan.pdf>.
53. Salmond, John & Percy H. Winfield, *Principles of the Law of Contracts*, London, Sweet & Maxwell, 1927.
54. Stigler, George J., *Chicago Studies in Political Economy*, The University of Chicago Press, 1988.
55. Wilensky- Harold, *Organizational Intelligence: Knowledge and Policy in Government and Industry*, Published Quid Pro Books, 2015.
56. Williston, Samuel, *Williston on Contracts*, 1937, Availbale at: <<https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1400&context=clr>>.

بررسی فقهی و حقوقی

اثر فسخ نسبت به قراردادهای سابق*

- مهدی چگنی^۱
- سعید سیاه‌بیدی کرمانشاهی^۲

چکیده

به طور سنتی، یکی از وجوه افتراق فسخ و بطلان قرارداد را این امر می‌دانند که بطلان، عقد را از ابتدا بی‌اثر می‌کند و فسخ، نسبت به گذشته اثر نداشته و عقد را نسبت به آینده بلااثر می‌سازد. اما مسئله این است که در فقه امامیه و حقوق کنونی، آیا بحث عدم تأثیر عقد نسبت به گذشته یک قاعده است و در موارد متعدد قابل استناد است یا خیر؟ و در صورت وجود چنین قاعده‌ای، استثنائات قاعده مزبور چه مواردی است؟ پژوهش فقهی و حقوقی حاضر نشان می‌دهد که بر خلاف حقوق کشورهای نظیر فرانسه و مصر که در آن‌ها فسخ اصولاً اثر قهقراپی دارد، در نظام حقوقی ما به عنوان یک قاعده می‌توان گفت که اثر فسخ ناظر به آینده است و نسبت به قراردادهای سابق بر خود فاقد اثر است. لیکن این قاعده نیز مانند بسیاری از قواعد دیگر، مصون از تخصیص

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۱۲/۱۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۴/۱۲.

۱. استادیار دانشگاه آیت‌الله العظمی بروجردی (chegeni_isu@yahoo.com).

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران (نویسنده مسئول) (siahbidasaeed@gmail.com).

نمانده و در موارد متعددی نظیر قراردادهای فرعی، قراردادهای تبعی، برخی معاملات تاجر پس از انعقاد قرارداد ارفاقی و نیز معاملات متعاقب بیع خیاری، فسخ قرارداد اصلی نسبت به قراردادهایی که بعد از عقد اصلی و پیش از فسخ منعقد شده‌اند، دارای اثر است و حسب مورد باعث انحلال، عدم نفوذ یا بطلان قراردادهای مزبور می‌گردد.

واژگان کلیدی: فسخ، بطلان، اثر قهقرایی، فقه امامیه.

طرح مسئله

فسخ به لحاظ لغوی به معنای «نقض شیء» است؛ لذا هنگامی که شخصی می‌گوید بیع را فسخ کردم، یعنی آن را نقض کردم (طریحی، ۱۴۱۶: ۴۳۹/۲). در اصطلاح فقها نیز «فسخ عبارت است از اخراج عوضین از ملک متعاقدین و ادخال آن‌ها در ملک ایشان» (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۳۸۱/۵). در اصطلاح حقوقی نیز «فسخ عبارت از بر هم زدن عقد لازم است، در مواردی که قانون اجازه می‌دهد» (امامی، بی‌تا: ۵۴۴/۱).

فسخ یکی از اسباب انحلال قرارداد است و از جنبه‌های گوناگونی قابل بررسی است؛ لیکن یکی از مسائلی که در زمان فسخ قرارداد مطرح می‌شود و باید بدان پاسخ گفت، این است که فسخ قرارداد از چه زمانی مؤثر واقع می‌شود؟ آیا مانند پاره‌ای از نظام‌های حقوقی (فرانسه و مصر) فسخ عقد باعث می‌شود که عقد از ابتدا منحل شود یا اینکه اثر فسخ ناظر به آینده است و نسبت به زمان گذشته فاقد اثر است؟ و در صورت اخیر، آیا اصل تأثیر فسخ نسبت به آینده یک اصل مطلق و بدون استثناست یا می‌توان در برخی موارد از این اصل دست برداشت؟

باید توجه داشت که تأثیر قهقرایی فسخ می‌تواند نسبت به مسائل متعددی مورد بررسی قرار گیرد؛ برای مثال بررسی این امر که اثر فسخ بر تصرفات مادی طرفین در مورد معامله چگونه است؟ یا اینکه فسخ قرارداد چه تأثیری بر منافع عوضین دارد؟ هر یک از موضوعات مزبور می‌توانند به صورت مستقل مورد پژوهش قرار گیرند؛ لیکن موضوع نوشتار حاضر، هیچ یک از موارد مزبور نیست، بلکه بررسی این امر است که اثر فسخ نسبت به معاملات سابق بر آن چیست؟ توضیح آنکه بعد از انعقاد قراردادی نظیر بیع، ممکن است معاملات متعددی در خصوص مبیع انجام شود، مثلاً مبیع به دیگری

فروخته یا اجاره داده شود یا حتی برای توثیق یک دین، به رهن گذاشته شود، حال چنانچه عقد بیع فسخ شود، فسخ قرارداد چه تأثیری بر قراردادهای سابق بر خود دارد؟ در پژوهش حاضر برای پاسخ گویی به سؤال فوق، در مبحث نخست، به بررسی موضوع در فقه امامیه پرداخته می شود و سپس در مبحث دوم، با توجه به سابقه فقهی بحث، به بررسی موضوع در حقوق کنونی و تحولات آن خواهیم پرداخت.

۱. اثر فسخ بر قراردادهای سابق در فقه امامیه

بررسی تأثیر فسخ بر قراردادهای سابق در فقه امامیه، نیازمند بررسی وضعیت مالکیت طرفین در دوران وجود خیار است؛ زیرا بررسی این وضعیت بر چگونگی اثر فسخ نسبت به قراردادهای سابق مؤثر است. لذا در گفتار نخست به بررسی موضوع خواهیم پرداخت و سپس با توجه به مباحث مطرح شده در گفتار نخست، به ترتیب تأثیر فسخ بر قراردادهای سابق بر آن را که حسب مورد، قابل فسخ (گفتار دوم) یا غیر قابل فسخ (گفتار سوم) باشند، مورد بررسی قرار خواهیم داد.

۱-۱. وضعیت مالکیت طرفین قرارداد در دوران وجود خیار

با بررسی و تتبع در اقوال فقهای امامیه در خصوص وضعیت مالکیت طرفین قرارداد در دوران وجود خیار می توان دو نظریه را به شرح زیر مطرح نمود:

نظریه نخست: ملکیت بر مبیع با خود عقد منتقل می گردد و مشتری حق هر گونه تصرف در آن را دارد. به عبارت دیگر، وجود یا عدم وجود خیار، محدودیتی در ملکیت مشتری ایجاد نمی کند. این نظریه در مقابل نظریه ای قرار دارد که حصول ملکیت را مستلزم انقضای خیار می داند و در برابر آن موضع گرفته و انتقال ملکیت را به صرف عقد می داند (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۶۱/۵؛ همو، ۱۴۱۴: ۱۱/۱۵۵؛ ابن بزّاج طرابلسی، ۱۴۰۶: ۳۵۱/۱). محقق حلی در این زمینه می نویسد:

«مبیع با عقد به ملکیت درمی آید و گفته شده است: آن با عقد و انقضای مدت خیار [به ملکیت مشتری] درمی آید و [قول] نخست، اظهر است» (۱۴۰۸: ۲۷۹/۱؛ برای دیدن نظرات مشابه، ر.ک: فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۸: ۴۸۸/۱؛ نراقی، ۱۴۱۵: ۴۱۶/۱۴؛ کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۳۰۸/۴).

نظریه دوم: مالکیت مبیع برای مشتری متوقف بر انقضای خیار است [البته مراد خیار شرط است]. مشهور فقیهان، مبتکر این نظریه را شیخ طوسی می‌دانند (باقری اصل، ۱۳۹۰: ۲۳۱). شاید ابن جنید را هم بتوان از طراحان این نظریه دانست؛ چنان که شهید اول آورده است:

«ظاهر قول ابن جنید نیز توقف ملکیت بر انقضای خیار است» (عاملی جزینی، ۱۴۱۷: ۲۷۰/۳).

علامه حلی نیز قول مذکور را نظر ابن جنید دانسته است (۱۴۱۳: ۳۵۲/۱) و نظر شیخ طوسی در خلاف نیز بر این است که در صورت وجود خیار شرط در بیع، ملکیت مشتری بر مبیع متوقف بر انقضای خیار است (طوسی، ۱۴۰۷: ۲۲/۳). بیان شد که علت طرح هر یک از این نظریات، آن است که با توجه به پذیرفتن هر یک از این مبانی، نتیجه اعمال خیار و فسخ معامله نسبت به معاملات سابق بر آن، متفاوت خواهد بود.

چنانچه نظریه نخست که معتقد است ملکیت با عقد حاصل می‌شود نه انقضای خیار، پذیرفته شود، می‌توان قائل شد با توجه به آنکه مشتری با محدودیتی در تصرف در مبیع مواجه نیست، لذا فسخ بعدی این معامله توسط بائع یا حتی خود مشتری، نسبت به تصرفات ناقله قبل از فسخ تأثیری نخواهد داشت. برای اثبات این نظریه می‌توان دو دلیل به شرح زیر ارائه نمود (ساعی و کزازی، ۱۳۸۹: ۲۸):

۱. همان گونه که حکم عقد به گذشته سرایت نمی‌کند، حکم فسخ نیز به گذشته سرایت نمی‌کند (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۱۴۰/۱۱).
۲. استصحاب آثار مترتب بر عقد، مقتضی این است که آثار فسخ به گذشته سرایت نکند (نجفی، ۱۴۲۲: ۲۰۵).

دلیل اول مبنی بر عدم سرایت آثار اعمال حقوقی به گذشته، اگرچه بین حقوق‌دانان معاصر نیز طرفدارانی دارد (شهیدی، ۱۳۷۷: ۱۹۹؛ همو، ۱۳۸۸: ۱۹۹)، لیکن از این جهت قابل خدشه است که موجودات حقوقی به منزله واقعیتهای خارجی فرض شده است، در حالی که این موجودات، اعتباری و ساخته ذهن حقوق‌دانان است. لذا چنانچه حقوق بتواند خود را از بند فلسفه برهاند، تصور تأثیر موجودات حقوقی در گذشته ممکن

خواهد بود (برای دیدن نظر مشابه در باب انتقال مالکیت ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۲۲۳/۱).

در باب رد دلیل دوم مبنی بر استصحاب آثار عقد تا زمان فسخ نیز گفته شده است که در رافعیت فسخ، تردیدی میان حقوق‌دانان وجود ندارد و در صورت فسخ، عقد و آثار آن زائل می‌شود. اما اختلاف در زمان رفع آثار است که بر اساس قواعد عقلی می‌گوییم به مانند امور مادی، هر حادثی از لحظه حدوث مؤثر می‌شود و به گذشته تسری ندارد. اما باید گفت این امر مربوط به آن دسته از امور اعتباری است که اقتضای تأثیر قهقرایی ندارند؛ در حالی که فسخ که هدف و فلسفه وجودی آن بازگرداندن وضعیت حقوقی طرفین به قبل از عقد است، اقتضای تأثیر قهقرایی دارد. لذا در چنین وضعیتی، استناد به استصحاب مثبت ادعا نیست (ساعی و کزازی، ۱۳۸۹: ۲۹).

لیکن اگر نظریه دوم مبنی بر انتقال مالکیت از زمان انقضای خیار پذیرفته شود، چنانچه عقد بعد از انقضای خیار فسخ شود، موضوع تابع نظریه نخست خواهد بود. ولی چنانچه عقد قبل از انقضای خیار فسخ شود، از آنجا که بعد از عقد و قبل از انقضای خیار، ملکیت به مشتری منتقل نشده است، فسخ قرارداد مشابه بطلان قرارداد بوده و مانند حالتی است که عقد اصلاً وجود نداشته است؛ لذا تمام تصرفاتی که در فاصله انعقاد عقد تا فسخ انجام شده‌اند، باطل و بلااثر خواهند بود و این امر همان اثر قهقرایی فسخ نسبت به قراردادهای سابق است.

بیان شد که پذیرش نظریه دوم در برخی صور، به پذیرش اثر قهقرایی فسخ نسبت به معاملات سابق منجر خواهد شد. لیکن به هر حال، نظر مشهور همان نظریه نخست است که مورد تبعیت قانون مدنی نیز قرار گرفته و در بند ۱ ماده ۳۶۲^۱ و ماده ۴۵۹^۲ تجلی یافته است و لازم است بررسی شود که آیا مطابق این نظریه نیز فسخ دارای اثر

۱. ماده ۳۶۲ قانون مدنی: «آثار بیعی که صحیحاً واقع شده باشد، از قرار ذیل است: ۱. بمجرد وقوع بیع مشتری مالک مبیع و بایع مالک ثمن می‌شود...».

۲. ماده ۴۵۹ قانون مدنی: «در بیع شرط، به مجرد عقد مبیع ملک مشتری می‌شود، با قید خیار برای بایع. بنابراین اگر بایع به شرایطی که بین او و مشتری برای استرداد مبیع مقرر شده است، عمل ننماید، بیع قطعی شده و مشتری مالک قطعی مبیع می‌گردد و اگر بالعکس، بایع به شرایط مزبوره عمل ننماید و مبیع را استرداد کند، از حین فسخ، مبیع مال بایع خواهد شد، ولی نمائات و منافع حاصله از حین عقد تا حین فسخ مال مشتری است.».

قهقرایی است یا خیر؟

برای سهولت بررسی مطالب، معاملات مشتری را می‌توان بدین صورت تقسیم‌بندی کرد:

الف) معاملاتی که مشتری امکان فسخ آن‌ها را ندارد؛
ب) معاملاتی که مشتری امکان فسخ آن‌ها را دارد.

۲-۱. اثر فسخ بر قراردادهای سابق غیر قابل فسخ^۱

فرض کنیم مشتری پس از عقد بیع، معاملاتی نسبت به عین مبیع انجام داده که فسخ آن‌ها ممکن نیست؛ نظیر بیع بلاخيار یا وقف. حال اگر بیع به هر علتی فسخ شود، چه تأثیری بر معاملات مزبور دارد؟ از بررسی اقوال فقها، سه نظریه به شرح زیر قابل استخراج است:

نظریه نخست: انجام این تصرفات توسط مشتری و خروج مبیع از ملکیت وی، در حکم اتلاف است؛ لذا فسخ معامله اول، تأثیری بر تصرفات مشتری نداشته و بائع به مثل یا قیمت مبیع رجوع می‌کند (موسوی خمینی، بی‌تا: ۴۶۶/۱؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۴۶۶/۳؛ کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۲۵۹/۴؛ نیز ر.ک: نجفی، ۱۴۰۴: ۴۷/۲۳ که این نظر را خالی از قوت ندانسته است).
نظریه دوم: برخی از فقها ضمن بررسی موضوع در بحث خيار غبن، معتقدند که مغبون پس از فسخ معامله اصلی می‌تواند تمام معاملات مشتری را نیز فسخ کند (نراقی، ۱۴۱۵: ۳۹۳/۱۴).

نظریه سوم: برخی دیگر از فقها نیز گفته‌اند با فسخ معامله توسط مغبون، معاملات مشتری باطل می‌شوند و مال به بائع بازمی‌گردد (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۴۰۴/۸).

به نظر می‌رسد اگرچه نظریه دوم و سوم، ضمن بررسی خيار غبن مطرح شده‌اند، لیکن از حیث آثار فسخ اصولاً نباید تفاوتی میان خيار غبن، عیب، تدلیس یا غیره باشد. در تحلیل مبانی نظرات فوق‌الذکر می‌توان گفت که در بیع متضمن خيار برای بائع،

۱. علت استفاده از اصطلاح «غیر قابل فسخ» و به کار نبردن اصطلاح «لازم» این است که وجود خيار منافاتی با لزوم عقد ندارد و لذا عقد لازم خیار توسط ذوالخيار قابل فسخ است. پس از اصطلاح «غیر قابل فسخ» استفاده شده تا برساند که مراد ما عقد لازمی است که در آن خيار فسخی نیز وجود ندارد.

تصرف مشتری در مبيع، در واقع تصرف در متعلق حق غير است؛ زیرا به عنوان مثال، بايع مغيون می‌تواند با فسخ معامله، عين را به ملكيت خود بازگرداند؛ ليكن از آنجايی كه معامله عين در ملك مشتری صورت گرفته، معامله صحيحی است و دليلی برای بطلان آن وجود ندارد و در مقام جمع بين حقيين (حق بايع و حق مشتری) می‌توان گفت كه بايع با فسخ معامله اول می‌تواند از اين زمان، ساير معاملات را فسخ كند (در مقام نقل استدلال مشابه ر.ك: انصاری دزفولی، ۱۴۱۵: ۱۹۱/۶).

از طرف ديگر می‌توان گفت كه انعقاد عقد بر متعلق حق غير، موجب تزلزل من رأس معامله می‌گردد؛ همان طور كه در بيع مال مرهونه توسط راهن چنين است و مقتضای فسخ بيع اول، خارج كردن مال از ملكيت کسی است كه بيع با او انجام شده و نه مشتری دوم. لذا اين امر در صورتی محقق می‌گردد كه معاملات مشتری باطل باشد، هرچند كه می‌توان گفت دليلی برای تزلزل معاملات مشتری وجود ندارد؛ زیرا تصرف در زمان خيار، تصرفی صحيح و لازم است و با فسخ معامله بدل آن مسترد می‌شود (همان: ۱۹۲-۱۹۱/۶).

كسانی كه تمام معاملات انجام شده توسط مشتری را صحيح می‌دانند، می‌گویند با فسخ بيع توسط بايع، اجاره منفسخ نمی‌شود؛ بلكه عين به صورت مسلوب المنفعه به بايع باز می‌گردد و بايع بايد تا انقضای مدت اجاره صبر كند (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۵۲۵/۵؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۴۷۱/۳؛ نراقی، ۱۴۱۵: ۳۹۳/۱۴؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۴۹/۲۳؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۵۸۲/۲). در اين بحث، به نظر می‌رسد حق با کسانی است كه معتقدند فسخ بيع تأثیری بر تصرفات مشتری ندارد؛ زیرا در عقد بيع كه عقدي لازم است، مشتری مالك مال موضوع عقد می‌شود و حق هر گونه تصرفی را در مایملك خود دارد و وجود خيار برای بايع (جز در بيع شرط)، نه می‌تواند تصرفات مشتری را محدود نماید و نه دليلی وجود دارد كه با فسخ بيع توسط بايع، خللی بر تصرفات ناقله مشتری وارد آید.

۱-۳. اثر فسخ بر قراردادهای سابق قابل فسخ

در گفتار سابق، اثر فسخ بر قراردادهای غير قابل فسخی كه قبل از آن انجام شده بود، بررسی شد. در اين گفتار در صدد بررسی اين امر هستيم كه چنانچه برای مثال،

مشتری بعد از عقد بیع، معاملاتی انجام داده باشد که به دلیل وجود خیار یا جایز بودن عقد قابل فسخ باشند، فسخ عقد بیع بر معاملات مزبور مؤثر است یا خیر؟ در این باب، گذشته از نظری که قائل است با فسخ بیع توسط بایع، تصرفات مشتری باطل می‌شوند (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۴۰۴/۸) و سابقاً مورد بررسی قرار گرفت، برخی نیز معتقدند پس از فسخ بیع توسط بایع، وی حق فسخ تصرفات مشتری را دارد (نراقی، ۱۴۱۵: ۳۹۴/۱۴). شهید ثانی در این مورد قائل است که اگر معامله سکنی مطلق یا عاریه باشد، قابل فسخ توسط بایع است (عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۴۷۱/۳؛ همو، ۱۴۱۳: ۲۰۷/۳). مبنای این نظریه می‌تواند این باشد که با فسخ بیع، بایع قائم‌مقام مشتری شده و می‌تواند عقدی را که وی منعقد نموده و قابل فسخ است، فسخ نماید. لیکن شهید ثانی مسئله را این گونه توجیه نمی‌کند، بلکه معتقد است که در معاملات ناقله قابل ابطال مانند بیع به خیار، مغبون غابن را الزام به فسخ قرارداد لاحق می‌کند؛ پس اگر امتناع کند، حاکم عقد را فسخ می‌کند و اگر ممکن نبود، خود مغبون فسخ می‌کند (همو، ۱۴۱۳: ۲۰۶/۳). بر این استدلال به دو صورت اشکال وارد شده است:

الف) اینکه مغبون معامله مشتری را نیز فسخ کند، یا به دلیل داخل شدن عین در ملکیت اوست یا به خاطر داخل شدن بدل عین در ملکیت اوست. پس در صورت اول نیازی به فسخ ندارد [زیرا مال در ملک او وارد شده] و در صورت دوم دلیلی ندارد که از آنچه به واسطه فسخ استحقاق آن را می‌یابد، [بدل عین] به غیر آن [عین] عدول نماید (انصاری دزفولی، ۱۴۱۵: ۱۹۳/۶).

ب) صاحب‌جوهر معتقد است دلیلی برای چیزهایی که شهید ثانی فرموده وجود ندارد؛ بلکه مقتضای فسخ به خیار، ابطال معاوضه اول و بازگشت هر یک از عوضین به صاحب آن است، اگر موجود باشد و الاً بدل آن داده می‌شود و در اینجا الزام به فسخ نمی‌شود (نجفی، ۱۴۰۴: ۴۸/۲۳-۴۹).

در این بحث به نظر می‌رسد حق با کسانی است که نظر شهید ثانی را نقد کرده‌اند؛ زیرا به قول صاحب‌جوهر دلیلی برای چیزهای که شهید ثانی فرموده وجود ندارد و معلوم نیست که مغبون به چه علت می‌تواند غابن را الزام به فسخ قرارداد لاحق کند و در صورت امتناع وی، حاکم عقد را فسخ نماید؛ چون انتقال موضوع معامله توسط

غابن حتی با یک معامله قابل فسخ، به معنای انتزاع مالکیت مال از غابن است و از این حیث تفاوتی با تلف مال ندارد. پس همان طور که در حالت تلف مال، در صورت فسخ معامله، غابن ملزم به دادن بدل می‌شود، در حالتی که وی مال را به دیگری انتقال داده و دیگر مالک مال نیست نیز ملزم به دادن بدل مال است و نه چیز دیگر.

۲. اثر فسخ بر قراردادهای سابق در حقوق کنونی

بحث تأثیر فسخ بر قراردادهای سابق، دارای یک قاعده کلی و چند استثناست که در ادامه، ابتدا قاعده کلی این بحث مطرح می‌شود و سپس استثنائات این قاعده مورد بررسی قرار می‌گیرند.

۱-۲. قاعده کلی اثر فسخ بر قراردادهای سابق

در حقوق فرانسه اثر فسخ در قراردادهای آنی^۱ به گذشته تسری می‌یابد و عقد از زمان تشکیل بلاثر می‌شود که به چنین فسخی «Résolution» گفته می‌شود؛ در حالی که در عقود مستمر،^۲ اثر فسخ ناظر به آینده است و عطف به ماسبق نمی‌شود و اصطلاحاً «Résiliation» گفته می‌شود (شهیدی، ۱۳۸۸: ۵۲؛ هاشمی، ۱۳۹۲: ۲۱؛ بهرامی احمدی، ۱۳۹۰: ۷۰۷). ماده ۱۶۰ قانون مدنی مصر نیز مقرر می‌دارد:

«هنگامی که عقد فسخ شود، متعاقدين به حالتی که قبل از عقد داشته‌اند، بازمی‌گردند؛ پس اگر این امر ممکن نباشد، جایز است حکم به جبران خسارت [دادن بدل] بشود».

در همین راستا گفته شده است هنگامی که قاضی حکم به فسخ عقد می‌دهد، عقد منحل می‌شود؛ اما نه از زمان انشای حکم، بلکه از زمان به وجود آمدن عقد. پس فسخ دارای اثر رجعی است و عقد فسخ شده کأن لم یکن محسوب می‌گردد و اثر آن ساقط می‌شود، حتی در گذشته عقد نسبت به غیر نیز با اثر رجعی منحل می‌شود (شورابی، ۱۹۹۷: ۵۵-۵۶).

1. Contrats instantanés.
2. Contrats successifs.

قانون مدنی کشور ما در باب زمان تأثیر فسخ سکوت کرده است؛ لیکن غالب نویسندگان در این مورد معتقدند که اثر فسخ نسبت به آتیه بوده و به گذشته تسری ندارد (امامی، بی‌تا: ۵۴۶/۱؛ شهیدی، ۱۳۷۷: ۱۹۹-۲۰۰؛ کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۷۹/۵) تا جایی که یکی از نویسندگان، آن را به صورت قاعده چنین بیان می‌نماید:

«تصرف طرفی که در اثر عقد مالک شده، در موضوع تملیک نافذ است و فسخ بعدی به آن صدمه نمی‌زند» (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۷۹/۵؛ برای دیدن استدلال دیگر در این باب ر.ک: جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۲۰۲/۴؛ بهرامی احمدی، ۱۳۹۰: ۷۰۷).

در یکی از آرای شعبه ششم تشخیص دیوان عالی کشور نیز این عبارت به صراحت درج گردیده است:

«اثر فسخ به واسطه غبن یا دیگر اختیارات، نسبت به آتیه است و به گذشته تسری ندارد. بنابراین اعمال حقوقی که مشتری قبل از فسخ نسبت به مبیع انجام داده، به واسطه فسخ بعدی معامله دچار تزلزل نخواهد شد» (عابدیان و دیگران، ۱۳۸۸: ۱۰۳؛ معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه، ۱۳۹۲: ۱۶۹ و ۱۷۴).

در این رابطه باید گفت به مقتضای قاعده تسلیط که در ماده ۳۰ قانون مدنی مقرر شده است، مالک حق هر گونه تصرف را در اموال خود دارد که از جمله این تصرفات می‌تواند انجام معاملاتی بر روی مایملک خود باشد. قسمت اول مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ قانون مدنی نیز به همین قاعده اشعار دارد. لذا با توجه به مفاد این مقررات و وحدت ملاک با احکام اقاله می‌توان چنین نتیجه‌گیری کرد که اثر انحلال قرارداد اصولاً ناظر به آینده است و عطف به ماسبق نمی‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۷۹/۵؛ نهرینی، ۱۳۸۳: ۲۳۰) و این در واقع، همان نتیجه‌ای است که در قسمت قبل و مطابق نظر مشهور فقها حاصل گردید.

۱. ماده ۴۵۴ قانون مدنی: «هر گاه مشتری مبیع را اجاره داده باشد و بیع فسخ شود، اجاره باطل نمی‌شود؛ مگر اینکه عدم تصرفات ناقله در عین و منفعت بر مشتری صریحاً یا ضمناً شرط شده که در این صورت اجاره باطل است».
۲. ماده ۴۵۴ قانون مدنی: «اگر پس از عقد بیع، مشتری تمام یا قسمتی از مبیع را متعلق حق غیر قرار دهد، مثل اینکه نزد کسی رهن گذارد، فسخ معامله موجب زوال حق شخص مزبور نخواهد شد؛ مگر اینکه شرط خلاف شده باشد».

۲-۲. استثنائات قاعده کلی اثر فسخ بر قراردادهای سابق

قاعده عدم تأثیر فسخ بر قراردادهای سابق که در سطور پیشین بررسی شد، مانند بسیاری از قواعد دیگر به کلیت و تمامیت خود بر همه مصادیق صادق نیست و در برخی مصادیق می‌تواند محل بحث و مناقشه قرار گیرد که در ادامه به بررسی آن‌ها می‌پردازیم.

۲-۲-۱. اثر فسخ قرارداد اصلی بر قراردادهای فرعی

در مواردی مانند اجاره فرعی یا پیمانکاری فرعی می‌توان گفت با انحلال معامله اصلی، معامله فرعی نیز منفسخ می‌شود؛ برای مثال می‌دانیم که به موجب ماده ۴۷۴ قانون مدنی، مستأجر حق دارد منافع ملک را به دیگری منتقل نماید. در این مورد، رابطه قراردادی میان وی و مستأجر دوم برقرار می‌شود و تمام تکالیف موجر بر عهده وی قرار می‌گیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۳۷۵/۱).

در این حالت، چنانچه موجر اصلی قرارداد اجاره را فسخ کند، کاشف به عمل می‌آید که مستأجر اول از ابتدا مالک منافع مدت زمان حد فاصل وقوع فسخ تا انتهای مدت قرارداد نخست نبوده است؛ از این رو نمی‌توانسته این منافع را به مستأجر دوم تملیک نماید. پس باید قائل شد که با فسخ اجاره اول، اجاره دوم نسبت به باقی‌مانده مدت، غیر نافذ شده و منوط به تنفیذ موجر اول می‌گردد.

۲-۲-۲. اثر فسخ قرارداد اصلی بر قراردادهای تبعی

گاه عقود وجود دارند که به تبع عقدی دیگر منعقد می‌گردند؛ برای مثال، عقد بیعی منعقد می‌گردد و خریدار برای توثیق پرداخت ثمن، مالی را به رهن فروشنده می‌گذارد یا ثالثی از خریدار در برابر فروشنده ضمانت می‌کند یا خریدار، فروشنده را به ثالثی حواله می‌دهد که مورد قبول وی قرار می‌گیرد و امثال آن. در اینجا این بحث مطرح می‌شود که اثر فسخ معامله پایه [بیع] بر این عقود که به تبع آن منعقد گردیده است، چیست؟ در این رابطه، مقرر صریحی که تکلیف این عقود را معین کرده باشد، وجود ندارد. لیکن با استفاده از مفاد برخی مواد می‌توان چنین نتیجه گرفت که در این حالت، این عقود که جنبه تبعی دارند، با انحلال عقد اصلی که فسخ نیز یکی از اسباب

انحلال است، منفسخ می‌شوند؛ برای مثال در عقد ضمان، از مواد ۷۰۱^۱ و ۷۰۷^۲ قانون مدنی چنین استفاده می‌شود که از بین رفتن دین مبنای ضمان، موجب براءة ضامن می‌شود و از آنجا که معقول نیست گفته شود که عقد ضمان باقی است، ولیکن ضامن بری شده است، باید قائل بود که براءة ضامن به معنای انفساخ عقد ضمان است.

قسمت اخیر ماده ۷۸۷ قانون مدنی،^۳ زمانی را هن را مستحق استرداد رهن می‌داند که «به نحوی از انحاء از آن [دین] بری شود». مطابق این ماده، ملاک استرداد رهنه، براءة رهن از دین است و یکی از اسباب براءة وی نیز فسخ عقد پایه است؛ لذا با فسخ عقد پایه، عقد رهن نیز منفسخ می‌گردد.

در حواله نیز وضعیتی مشابه وضعیت فوق وجود دارد. چنانچه بعد از حواله، عقد بیع که منشأ دین موضوع حواله است، فسخ شود، دین موضوع حواله از بین می‌رود و عقد حواله فاقد موضوع می‌شود. قانون مدنی در این خصوص که وضعیت عقد حواله بعد از فسخ بیع چیست، حکم روشنی ندارد. ماده ۷۳۳ قانون مدنی در این زمینه مقرر می‌دارد:

«... اگر بیع به واسطه فسخ یا اقاله منفسخ شود، حواله باطل نبوده، لیکن محال‌علیه بری، و بایع یا مشتری می‌تواند به یکدیگر رجوع کند...».

ظاهر این ماده که در قسمتی قائل به عدم بطلان حواله است، نظر کسانی را تأیید می‌کند که معتقدند فسخ بیع، به نفوذ حواله خللی نمی‌رساند و آن را فسخ نمی‌کند (طباطبایی بزدی، ۱۴۰۹: ۷۹۴/۲؛ امامی، بی‌تا: ۲۹۹/۲). لیکن باید انصاف داد که حق با کسانی است که معتقدند حواله تابع بیع است و هر گاه بیع به دلیلی منحل شود، حواله نیز از آن پیروی می‌کند. به ویژه اگر بپذیریم که حواله نوعی استیفا محسوب می‌شود و

۱. ماده ۷۰۱ قانون مدنی: «ضمان عقدی است لازم، و ضامن یا مضمون‌له نمی‌تواند آن را فسخ کنند؛ مگر در صورت اعسار ضامن به طوری که در ماده ۶۹۰ مقرر است یا در صورت بودن حق فسخ نسبت به دین مضمون‌له و یا در صورت تخلف از مقررات عقد».
۲. ماده ۷۰۷ قانون مدنی: «اگر مضمون‌له ذمه مضمون‌عنه را بری کند، ضامن بری نمی‌شود؛ مگر اینکه مقصود ابراء از اصل دین باشد».
۳. ماده ۷۸۷ قانون مدنی: «... رهن نمی‌تواند قبل از اینکه دین خود را ادا نماید و یا به نحوی از انحاء قانونی از آن بری شود، رهن را مسترد دارد».

بدهی خریدار بدین وسیله پرداخت می‌گردد، با فسخ بیع و برائت خریدار، وجود حواله محملی ندارد (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۳۶۵/۵؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۵۸-۵۷/۲۱؛ طوسی، ۱۳۸۷: ۳۱۶/۲؛ بیهقی کیدری، ۱۴۱۶: ۳۱۴). در هر صورت، حکم فعلی قانون مدنی اگرچه دالّ بر این است که حواله منفسخ نمی‌شود، ولی در عمل اثری مشابه انفساخ حواله دارد؛ زیرا با تحقق حواله، دین محال‌علیه به محیل از بین می‌رود و تنها دینی که برای او باقی می‌ماند، تعهد در برابر محتال است. لذا وقتی که مقنن بیان می‌دارد: «حواله باطل نبوده، لیکن محال‌علیه بری» می‌شود، ظاهر در این است که به دین جدید او در زمان فسخ بیع نظر دارد. بنابراین اگر محال‌علیه وجه حواله را نپرداخته باشد، دیگر لازم نیست پردازد و این خود به معنای انحلال (انفساخ) حواله است (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۴۳۵/۴).

۳-۲-۲. اثر فسخ بیع خیار بر قراردادهای سابق

مفاد ماده ۴۶۰ قانون مدنی، نقل و انتقال مبیع شرطی را ممنوع کرده است. مفاد این ماده را با توجه به مبنای آن می‌توان در بیع متضمن خیار شرط نیز جاری دانست؛ زیرا مراد این است که مبیع برای بازپس گرفتن آماده باشد. بنابراین بیع متضمن خیار شرط را نیز باید از مواردی دانست که عدم تصرفات ناقله بر مشتری به طور ضمنی شرط شده است (همو، ۱۳۸۳: ۸۰/۵). اما نکته‌ای که محل تلاقی این بحث با موضوع نوشتار حاضر می‌باشد، این است که آیا معاملات ناقله مشتری به خودی خود باطل اند یا با فسخ بیع توسط بایع شرطی، این معاملات منفسخ می‌شوند؟

به اعتقاد برخی، هدف این است که امکان اجرای خیار توسط بایع و دستیابی به مبیع محفوظ بماند و لذا خریدار نمی‌تواند موضوع حق فروشنده را از بین ببرد و مبیع را به دیگری منتقل کند (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۷۰/۲؛ انصاری دزفولی، ۱۴۱۵: ۱۴۴/۶-۱۴۵). لیکن برخی دیگر معتقدند که مفاد ماده ۴۵۴^۲ قانون مدنی می‌رساند که صرف اشتراط عدم

۱. ماده ۴۶۰ قانون مدنی: «در بیع شرط، مشتری نمی‌تواند در مبیع تصرفی که منافی خیار باشد، از قبیل نقل و انتقال و غیره بنماید».

۲. ماده ۴۵۴ قانون مدنی: «هر گاه مشتری مبیع را اجاره داده باشد و بیع فسخ شود، اجاره باطل نمی‌شود؛ مگر اینکه عدم تصرفات ناقله در عین و منفعت بر مشتری صریحاً یا ضمناً شرط شده که در این صورت اجاره باطل است».

تصرفات ناقله، سبب بطلان این تصرفات نیست، بلکه از زمان فسخ بیع این آثار برجا خواهد ماند (نهرینی، ۱۳۸۳: ۲۴۵). با پذیرفتن نظر اخیر و تفسیر ماده ۴۶۰ قانون مدنی به همین نحو، می‌توان این مورد را نیز مصداقی از مصادیق تأثیر فسخ نسبت به معاملات سابق محسوب نمود. البته در این حالت باید قائل شد که بعد از فسخ بیع توسط بایع، بیع انجام شده توسط مشتری منفسخ نمی‌شود، بلکه به حالت عدم نفوذ منقلب شده و محتاج تنفیذ بایع اول می‌شود و این حالت مانند راه حلی است که در تفسیر ماده ۵۰۰ قانون مدنی در باب اجاره مبیع شرطی پذیرفته شده است و اجاره مال توسط خریدار شرطی را صحیح دانسته‌اند و در صورت منافات با حق بایع شرطی از تاریخ فسخ بیع توسط بایع، اجاره را نسبت به بقیه مدت در حکم فضولی دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۳۷۸/۱-۳۷۹؛ امامی، بی‌تا: ۵۶۴/۱-۵۶۵). گفتنی است که این تفسیر در باب ماده ۴۵۵ قانون مدنی مربوط به رهن مبیع شرطی نیز صادق است.

۲-۲-۴. اثر فسخ قرارداد ارفاقی بر معاملات ضرری تاجر ورشکسته

می‌دانیم که مطابق مقررات قانون تجارت (ماده ۴۱۹)، تاجر از تاریخ صدور حکم ورشکستگی، از مداخله در تمام اموال خود منع می‌گردد و ماده ۵۵۷ این قانون، کلیه معاملات وی را باطل اعلام می‌نماید. اما در صورتی که تاجر، موفق به انعقاد قرارداد ارفاقی (موضوع مواد ۴۷۹ به بعد) گردد، می‌تواند مجدداً به معاملات تجاری اقدام نماید و این معاملات از این جهت دارای اشکال نخواهند بود.

لیکن حکمی که ماده ۵۰۰^۱ قانون تجارت مقرر کرده، به نوعی آثار بطلان قرارداد ارفاقی را بر فسخ این قرارداد بار کرده است. لازم به توضیح است که اگر تاجر ورشکسته به شرایط قرارداد ارفاقی عمل نکند، طلبکاران می‌توانند برای فسخ قرارداد، علیه وی اقامه دعوی نمایند (ماده ۴۹۴). با توجه به مواد مزبور، فسخ این قرارداد توسط دادگاه صورت می‌گیرد و حکم دادگاه جنبه انشایی دارد و با فسخ قرارداد توسط دادگاه، معاملات تاجر بعد از قرارداد ارفاقی، با اجتماع دو شرط «به قصد اضرار» و

۱. ماده ۵۰۰ قانون تجارت: «معاملاتی که تاجر ورشکسته پس از صدور حکم راجع به تصدیق قرارداد ارفاقی تا صدور حکم بطلان یا فسخ قرارداد مزبور نموده، باطل نمی‌شود؛ مگر در صورتی که معلوم شود به قصد اضرار بوده و به ضرر طلبکاران هم باشد».

«ضرری بودن» باطل می‌شوند؛ یعنی در این موارد، مقنن احکام بطلان را بر فسخ قرارداد بار کرده (نهرینی، ۱۳۸۳: ۲۳۱-۲۳۲؛ قائم‌مقام فراهانی، ۱۳۷۶: ۱۷۲-۱۷۳) و این همان پذیرفتن اثر قهقرایی نسبت به معاملات سابق برای این قسم فسخ است.

نتیجه‌گیری

۱. از تتبع در اقوال فقها این نتیجه به دست می‌آید که به عقیده مشهور، اثر فسخ نسبت به آینده است و به گذشته تسری ندارد و فسخ یک معامله نمی‌تواند تزلزلی در معاملات سابق بر آن ایجاد نماید و لذا به صورت قاعده می‌توان گفت که «فسخ نسبت به قراردادهای سابق بر آن، اثر قهقرایی ندارد»؛ اگرچه همین قاعده نیز مطابق برخی نظرات فقهی در برخی موارد استثنا خورده و برخی فقیهان در بعضی موارد، اثر قهقرایی فسخ نسبت به معاملات سابق را پذیرفته‌اند.

۲. در حقوق موضوعه ایران بر خلاف کشورهای نظیر فرانسه و مصر، به تبع نظر مشهور فقهی، عدم سرایت آثار فسخ نسبت به معاملات سابق به عنوان یک قاعده پذیرفته شده است. لیکن این قاعده استثنائات مهمی نیز دارد که عبارت‌اند از: اثر فسخ قرارداد اصلی بر قراردادهای فرعی و قراردادهای تبعی، اثر فسخ بیع خیار بر قراردادهای سابق بر فسخ و نیز فسخ قرارداد ارفاقی در مواردی که ثابت شود تاجر پس از صدور حکم راجع به تصدیق قرارداد ارفاقی تا صدور حکم بطلان یا فسخ قرارداد مزبور، معاملاتش به قصد اضرار به طلبکاران نموده و این معاملات عملاً به ضرر طلبکاران نیز باشد.

۳. در مواردی که فسخ نسبت به قراردادهای سابق بر خود اثر می‌گذارد، این تأثیر در همه موارد یکسان نیست؛ تأثیر فسخ قرارداد پایه بر قراردادهای فرعی و تبعی آن است که باعث انفساخ قراردادهای مزبور می‌شود؛ فسخ بیع خیار باعث عدم نفوذ قراردادهای مشتری نسبت به مبیع می‌شود و بالاخره حکم به فسخ قرارداد ارفاقی، باعث صدور حکم به بطلان قراردادهایی می‌شود که تاجر به قصد اضرار به طلبکاران نموده و این معاملات عملاً نیز به ضرر طلبکاران نیز تمام شده‌اند.

کتاب شناسی

۱. ابن بزّاج طرابلسی، قاضی عبدالعزیز بن نحریر، المهدّب، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۲. اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الاذهان الی احکام الایمان، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
۳. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، تهران، اسلامی، بی تا.
۴. انصاری دزفولی، مرتضی بن محمدامین، کتاب مکاسب المحرمة والبیع والخیارات، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۵. باقری اصل، حیدر، بررسی تحلیلی احکام عمومی فسخ عقود لازم، تبریز، دانشگاه تبریز، ۱۳۹۰ ش.
۶. بحرانی (آل عصفور)، یوسف بن احمد بن ابراهیم، الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۷. بهرامی احمدی، حمید، حقوق تعهدات و قراردادهای، تهران، دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۹۰ ش.
۸. بیهقی کیدری، قطب‌الدین محمد بن حسین، اصباح الشیعة بمصباح الشریعه، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۱۶ ق.
۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، الفارق: دایرةالمعارف عمومی حقوق، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۶ ش.
۱۰. ساعی، محمدهادی و امین کزازی، «بررسی تطبیقی اثر قهقراپی فسخ»، نامه مفید، شماره ۷۹، ۱۳۸۹ ش.
۱۱. شورابی، عبدالحمید، فسخ العقد فی ضوء القضاء والفقہ، چاپ سوم، اسکندریه، منشأة المعارف، ۱۹۹۷ م.
۱۲. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی: اصول قراردادهای و تعهدات، چاپ دوم، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۸۸ ش.
۱۳. همو، سقوط تعهدات، چاپ چهارم، تهران، حقوق دان، ۱۳۷۷ ش.
۱۴. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، العروة الوثقی، چاپ دوم، بیروت، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، ۱۴۰۹ ق.
۱۵. طریحی، فخرالدین بن محمد، مجمع البحرین، چاپ سوم، تهران، کتاب فروشی مرتضویه، ۱۴۱۶ ق.
۱۶. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، الخلاف، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۱۷. همو، المبسوط فی فقه الامامیه، چاپ سوم، تهران، المكتبة المرتضوية لاهیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ ق.
۱۸. عابدیان، میرحسین و دیگران، در تکاپوی عدالت، تهران، میزان، ۱۳۸۸ ش.
۱۹. عاملی جبعی، زین‌الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیه، حاشیه سیدمحمد کلاتر، قم، کتاب فروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.
۲۰. همو، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۲۱. عاملی جزینی، محمد بن جمال‌الدین مکی، الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۲۲. علامه حلّی، جمال‌الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تذکرة الفقهاء، قم، مؤسسه آل‌البتیة، ۱۴۱۴ ق.
۲۳. همو، قواعد الاحکام فی معرفة الحلال والحرام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۲۴. همو، مختلف الشیعة فی احکام الشریعه، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.

۲۵. فخرالمحققین حلی، ابوطالب محمد بن حسن بن یوسف، *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۸ ق.
۲۶. قائم مقام فراهانی، محمدحسین، *حقوق تجارت: ورشکستگی و تصفیه*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۶ ش.
۲۷. کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی: عقود معین*، چاپ چهارم، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۸۲ ش.
۲۸. همو، *حقوق مدنی: عقود معین*، چاپ هشتم، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۸۱ ش.
۲۹. همو، *حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها*، چاپ چهارم، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۸۳ ش.
۳۰. کرکی عاملی، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل البيت علیه السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ ق.
۳۱. محقق حلی، نجم الدین جعفر بن حسن هذلی، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۳۲. معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه، *مجموعه نشست های قضایی مسائل قانون مدنی*، چاپ دوم، تهران، جاودانه، ۱۳۹۲ ش.
۳۳. موسوی خمینی، سیدروح الله، *تحریر الوسیله*، قم، دار العلم، بی تا.
۳۴. همو، *کتاب البیع*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ ق.
۳۵. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۳۶. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، *مستند الشیعة فی احکام الشریعه*، قم، مؤسسه آل البيت علیه السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۵ ق.
۳۷. نهرینی، فریدون، *ماهیت و آثار فسخ در حقوق ایران*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۳ ش.
۳۸. هاشمی، سیدحسین، *انحلال قراردادها در حقوق ایران و فرانسه*، تهران، جنگل - جاودانه، ۱۳۹۲ ش.

اجاره معاطاتی

از منظر فقه و حقوق ایران*

□ سعید خردمندی^۱

چکیده

عقد اجاره در فقه و مقررات قانونی، ماهیتی تملیکی دارد. از این رو در اجاره معاطاتی، تحقق چنین ماهیتی با افعال خارجی مورد بحث است. مشهور فقها برای معاطات، اثر تملیکی قائل نیستند و در نتیجه بیع و اجاره معاطاتی را موجب انتقال مبیع و منفعت نمی‌دانند. در اجاره اشیاء به حکم ماده ۴۶۸ ق.م.، قبول اجاره معاطاتی مشکل به نظر می‌رسد و به قرینه ماده ۴۹۴ ق.م. می‌توان گفت که اجاره معاطاتی پذیرفته نشده است. در قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷۶ نیز نحوه نگارش مواد قانونی به گونه‌ای است که باید حکم به عدم صحت اجاره معاطاتی کرد. اما در سایر موارد اگرچه اجاره معاطاتی به صراحت پذیرفته نشده است، اما با تمسک به اطلاق ادله و با توجه به نظریه‌های مختلفی که در خصوص اطلاق صیغه عقد مطرح شده، می‌توان حکم به صحت اجاره معاطاتی در موارد مشکوک کرد.

واژگان کلیدی: اجاره معاطاتی، اجاره اشیاء، اجاره اشخاص، شک در

معاطات.

مقدمه

در خصوص اجاره معاطاتی تا کنون تحقیق جامع و مستقلی صورت نگرفته است و تنها مقاله در این خصوص، مقاله‌ای است تحت عنوان «معاطات در اجاره» (سینائی، ۱۳۴۲: ۳۵۳۰، ش ۱۰) که در این مقاله مختصر، نویسنده بدون طرح مباحث فقهی و حقوقی راجع به اجاره معاطاتی، به دنبال اثبات مشروعیت معاطات از طریق تحلیل عناوین و افعال بوده است و پس از توضیح انواع عناوین و افعال و تفکیک آن‌ها از هم، اجاره را از عناوین ثانوی اعتباری قصدی می‌داند که ظرف وجود آن، عالم اعتبار و تشریح است و قصد و اراده در تحقق آن معتبر است. از این رو عقد اجاره، ایجاد این عنوان ثانوی اعتباری قصدی، از طریق تحقق مصداق آن است که این مصداق، ممکن است مانند بسیاری از عقود، لفظی یا فعلی باشد. به ایجاد مصداق فعلی اجاره، اجاره معاطاتی گفته می‌شود؛ زیرا معاطات، ایجاد عنوان معامله به اتیان مصداق فعلی و عملی آن است، به گونه‌ای که عرف آن عمل را مصداق عنوان معامله بدانند.

در این مقاله، وضعیت اجاره معاطاتی در فقه، قانون مدنی و مقررات روابط موجر و مستأجر سال‌های ۱۳۵۶، ۱۳۶۲ و ۱۳۷۶ تبیین شده و اقتضای قاعده در مصادیق مشکوک بیان شده است و به این سؤال پاسخ داده‌ایم که در صورت اثبات عدم شمول این مقررات نسبت به قراردادهای معاطاتی، وضعیت حقوقی آن‌ها چه خواهد بود؟

۱. لزوم تملیکی بودن تمامی اقسام اجاره

مطابق نظر مشهور، اجاره عقدی است برای تملیک عمل یا منفعت در مقابل عوض (علامه حلی، ۱۴۱۸: ۲/۲۹۰؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۴: ۵/۱۷۱؛ نجفی، بی‌تا: ۲۷/۲۰۴؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۰: ۷/۵).

علامه در قواعد، اجاره را عقدی دانسته است که ثمره آن تملیک منفعت در مقابل عوض است (علامه حلی، ۱۴۱۸: ۲/۲۸۱). ماده ۴۶۶ ق.م. نیز اجاره اعیان را عقدی

تملیکی می‌داند که با توجه به ماده ۴۹۰ ق.م.، این عقد تملیکی معوض است؛ زیرا مستأجر نیز در برابر موجر متعهد است که مال الاجاره را بپردازد.

ظاهر ماده ۴۶۶ ق.م. اگرچه در مقام تعریف اجاره، به تملیک منفعت عین مستأجر اختصاص پیدا کرده است، اما نمی‌توان بر این ظاهر اکتفا کرد و با در نظر گرفتن ماده ۴۶۷ ق.م. که مقرر می‌دارد: «مورد اجاره ممکن است اشیاء یا حیوان یا انسان باشد»، باید نتیجه گرفت که تملیکی بودن اجاره در ماده ۴۶۶ ق.م.، اختصاصی به اجاره اعیان ندارد و ذکر عین مستأجر از باب ذکر مصداق شایع در مقام تعریف است.

در نگاه اول به نظر می‌رسد که قانون‌گذار در ماده ۴۶۶ ق.م.، تعریف مشهور فقها از اجاره را پذیرفته است، اما با توجه به لفظ «به موجب آن» که به معنای ثمره و نتیجه عقد اجاره است، باید نتیجه گرفت که علی‌رغم نزدیکی تعریف قانون مدنی به تعریف مشهور فقها، در این قانون تعریف علامه در قواعد پذیرفته شده و به بخشی از نتیجه اجاره، یعنی مالکیت منافع برای مستأجر اکتفا شده است.

از نظر برخی حقوق‌دانان:

«با اینکه از تعریف ماده ۴۶۶ ق.م. چنین برمی‌آید که تملیک، مقتضای عقد اجاره است، باید دانست که در پاره‌ای موارد، اجاره جز به طریق عهده‌ی قابل تحقق نیست؛ برای مثال در جایی که منفعت مال کلی انتقال داده می‌شود، تا زمانی که مورد اجاره از طرف موجر تعیین نشده است، تملیک تحقق نمی‌یابد... همچنین است در مواردی که شخصی اجیر دیگری می‌شود تا کار معین را برای او انجام دهد؛ زیرا در این حالت اجیر تعهد می‌کند تا کار معینی را برای مستأجر انجام دهد، بدون اینکه منافع خود را به او تملیک کند» (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۳۵۱).

نویسنده عروه و فقهایی که بر آن حاشیه زده‌اند، در بحث مربوط به عوضین، بدون استثنا کردن اجاره اعمال و اجاره اموال کلی، تملیکی بودن اجاره را در تمامی اقسام پذیرفته‌اند. مؤلف العروة الوثقی در این مورد می‌گوید:

«مستأجر با انعقاد عقد، در اجاره اعیان مالک منفعت، و در اجاره اعمال، مالک عمل می‌شود، بدون اینکه این مالکیت متوقف بر چیز دیگری باشد؛ همان گونه که

مقتضای سببیت عقود است»^۱ (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۰: ۳۶/۵).

فقیهی دیگر در خصوص اجاره کلی می‌گوید:

«در کلی، تسلیم عین مستأجره، به تسلیم فرد محقق می‌شود، پس همانا فرد، همان کلی با زیادتی است؛ زیرا مستأجر فقط کلی را بدون خصوصیتی تملک کرده و تطبیق این کلی بر هر فردی که بخواهد، با موجر است. در بیع نیز وضعیت به همین صورت است»^۲ (موسوی خویی، ۱۴۱۴: ۱/۱۶۴).

پس فقهای که اجاره را تملیکی می‌دانند، تفکیکی بین اقسام اجاره، اجاره کلی و عین معین قائل نشده‌اند. از نظر آن‌ها، کلی بدون هیچ خصوصیتی به مالکیت مستأجر درمی‌آید و چون تمامی مصادیق کلی در خارج، ترکیبی از کلی و یک خصوصیت و ویژگی است که به آن، تعین و وجود در خارج داده است، از این رو تسلیم هر یک از این مصادیق، تسلیم کلی است؛ زیرا کلی در خارج، در ضمن افراد خود عینیت پیدا می‌کند و به همین جهت است که موجر را مختار می‌دانیم تا هر یک از مصادیق و افراد کلی را به مستأجر تسلیم کند. بنابراین تسلیم، نقشی در ایجاد مالکیت ندارد و در تمامی موارد فقط در ایفای تعهد نقش‌آفرینی می‌کند. مالکیت کلی امر عجیبی نیست تا نتوان در تفسیر اجاره کلی و اجاره اشخاص به آن استناد کرد. پذیرش مالکیت مافی‌الذمه به عنوان یکی از موجبات سقوط تعهد در حقوق، دلیلی بر این امر است (خردمندی، ۱۳۹۶: ۵۲/۱-۵۳).

بر خلاف قانون مدنی ما، در قانون مدنی قدیم مصر^۳ و قانون جدید،^۴ قانون

۱. «يملك المستأجر المنفعة في إجارة الأعيان، والعمل في الإجارة على الأعمال بنفس العقد من غير توقف على شيء كما هو مقتضى سببية العقود».
۲. «إذ في الكلّي أيضًا قد سلم العين المستأجرة بتسليم الفرد، فإن الفرد هو الكلّي مع الزيادة، حيث إنّ المستأجر إنّما تملك الكلّي بلا خصوصيّة، فللمؤجر تطبيقه على أيّ فرد شاء، كما هو الحال في البيع أيضًا».
۳. «المادة ۳۶۲: إجارة الأشياء عقد يلتزم به المؤجر انتفاع المستأجر بمنافع الشيء المؤجر ومرافقه مدة معينة بأجرة معينة»: اجاره اشیا عقدی است که به موجب آن موجر ملتزم می‌شود که انتفاع مستأجر از منافع و قسمت‌های وابسته به شیء مورد اجاره را برای مدت معین در مقابل اجرت معین فراهم کند.
۴. «المادة ۵۵۸: الإيجار عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم»: اجاره دادن، عقدی است که به مقتضای آن موجر ملتزم می‌شود که برای مستأجر، امکان انتفاع از شیء معین را در مدت معین، در مقابل اجرت معلوم فراهم کند.

الموجبات و العقود لبنان،^۱ قانون مدنی سوریه و قانون مدنی لیبی،^۲ لازمه عقد اجاره، انتقال مالکیت منافع نیست. مطابق این مقررات، برای انعقاد اجاره، استیلاهی موجه بر مورد اجاره تا حدی که بتواند امکان انتفاع مستأجر را در مدت مقرر فراهم کند، کافی است. از این رو حقوق دانان مصر، اجاره را از عقود اداره می‌دانند نه از عقود تصرف، و معتقدند که دارا بودن حق انتفاع و حتی حق اداره، برای انعقاد اجاره کافی است.^۳ این نظریه از عبارت برخی از فقهای شیعه که اجاره را «مسلط کردن بر عین جهت انتفاع از آن (نه تملیک منفعت) در مقابل عوض» (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۰: ۸/۵)، تعریف کرده‌اند، به خوبی قابل استنباط است.

۲. رابطه اجاره عرفی و قانونی

با توجه به اینکه مصادیق عرفی اجاره (مثل اجاره معاطاتی) متداول است، این سؤال پیش می‌آید که اگر برخی از این مصادیق (مثل اجاره معاطاتی) در مقررات نیامده باشد، با فرض عدم ممنوعیت قانونی، اقتضای قاعده چیست؟

۱. ماده ۵۳۳ قانون الموجبات و العقود اللبنانی تصریح می‌کند که در اجاره، حق انتفاع در اختیار مستأجر قرار می‌گیرد و بحث تملیک منفعت اصلاً مطرح نیست: «إيجار الأشياء عقد يلتزم به المرء أن يولّي شخصاً آخر، حقّ الانتفاع بشيء ثابت أو منقول أو بحقّ ما لمدّة معيّنة مقابل بدل يلتزم هذا الشخص أداءه إليه...».

۲. در ماده ۵۲۶ قانون مدنی سوریه و ماده ۵۵۷ قانون مدنی لیبی نیز عیناً تعریف فوق‌الذکر از اجاره آمده است (سنهوری، بی تا: ج ۶-المجلد الأول/۳-۴، ش ۱).

۳. نویسنده^۴ الوسيط تصریح می‌کند که حق اجاره کردن مربوط به سه دسته است: ۱- کسی که دارای حق مالکیت است؛ ۲- کسی که دارای حق انتفاع است؛ ۳- کسی که حق اداره مال مورد اجاره را دارد (همان: ج ۶-المجلد الأول/۳۸، ش ۲۹). سپس تصریح می‌کند که اجاره بر خلاف بیع (که از عقود تصرف است) موجب انتقال مالکیت نیست تا لازم باشد که موجر مالک منفعت باشد؛ زیرا به موجب قانون، موجر موظف است که امکان انتفاع از شیء مورد اجاره را برای مستأجر فراهم کند. از این رو همان گونه که مالک می‌تواند چنین امکانی را فراهم کند، دارنده حق انتفاع نیز می‌تواند به واسطه سلطه‌ای که بر اداره شیء دارد، آن را اجاره دهد (همان: ج ۶-المجلد الأول/۳۸-۳۹، ش ۲۹). اجاره از عقود اداره است و موجب مالکیت نمی‌شود و تنها موجب پدید آمدن التزامات شخصی می‌شود (همان: ج ۶-المجلد الأول/۵، ش ۲). می‌توان گفت مراد از عقود تصرف - که بیع مصادق کامل آن است - عقود تملیکی، و مراد از عقود اداره نیز همان عقود عهدی است و اجاره مهم‌ترین مصادق این دسته از عقود است که مطابق ماده ۵۸۸ قانون مدنی مصر، تنها موجب التزام موجر به فراهم کردن امکان انتفاع برای مستأجر است.

به بیان دیگر، چه رابطه‌ای بین اجاره عرفی با اجاره قانونی و شرعی وجود دارد؟ آیا قرارداد اجاره در شریعت و قانون، ماهیت تأسیسی دارد یا قانون‌گذار اجاره عرفی را امضا و تأیید کرده است و فقها و حقوق‌دانان به دنبال تبیین ماهیت این اجاره عرفی بوده‌اند؟

با در نظر گرفتن تعریف و ماهیت احکام انشایی و امضایی^۱ و با ملاحظه متداول بودن معاملات نظیر اجاره و بیع، پیش از صدور احکام شرعی و قانونی راجع به این گونه معاملات، باید نتیجه گرفت که معاملات، امور عرفی عقلایی هستند و احکام شارع در این خصوص تأسیسی نیست. نیازهای اجتماعی موجب شده که عقلاً قبل از شریعت اسلام، معاملات را به وجود آورند و از آن بهره‌برداری کنند و اسلام با این طریق مستقر نزد عقلاً مخالفتی نکرده و هم‌عرض آن طریق دیگری را قرار نداده است، بلکه آن را با همان مفهوم متعارفش امضا کرده، بی‌آنکه در آن تصرفات اساسی انجام داده باشد و تنها در موارد جزئی، برخی از این معاملات (مثل معاملات ربوی) را نهی کرده یا قید یا جزئی را که نزد عقلاً معتبر نبوده (مثل اعتبار بلوغ در متعاقدين، یا اعتبار صیغه در برخی موارد) به آن افزوده است (فیاض، ۱۴۱۰: ۱۸۴/۱). در مقررات ما نیز خصوصاً با توجه به مواد ۲۲۰، ۲۲۱، ۲۲۴، ۲۲۵، ۵۰۱ و ۵۱۵ قانون مدنی، می‌توان نتیجه گرفت که قانون‌گذار به تبع شرع، معاملات عرفی از جمله اجاره را امضا کرده است و اصولاً احکام آن در این خصوص تأسیسی نیست. بنابراین اصولاً قانون‌گذار اجاره‌های عرفی را اجاره

۱. احکام شرعی در اصطلاح فقهی، قوانینی است که به صورت مستقیم یا غیر مستقیم، نظر دین را در مورد هر کدام از رفتارهای انسان بیان می‌کند. این قوانین و احکام از جهات مختلف تقسیم‌بندی شده است و از جهت پیشینه داشتن حکم در بین مردم یا پیشینه نداشتن آن، ممکن است تأسیسی یا امضایی باشد. حکم تأسیسی، حکمی است که شارع (قانون‌گذار اسلام) آن را نخستین بار بدون هیچ پیشینه‌ای نزد مردم، اختراع و تشریح کرده است؛ در حالی که حکم امضایی، پیش از ظهور اسلام در عرف و بین عقلاً وجود داشته و شارع آن را تأیید کرده است (مشکینی، ۱۳۷۱: ۷۰/۱). احکام امضایی بیشتر در میان احکام وضعی است و در مقابل، بیشتر احکام تکلیفی، تأسیسی است (موسوی خویی، بی‌تا: ۳۸۳/۲). بیشتر معاملات و عقود که بین مردم رواج دارد، از امور امضایی است که در بین مردم بوده و شارع، تمام آن یا بخشی از آن را تأیید کرده است. در حکم تأسیسی، شرایط، قلمرو و مقصود و منظور از حکم، از آیات و روایات به دست آمده است؛ در حالی که در حکم امضایی، با مراجعه به عرف مردم و سیره عقلاً و نحوه اجرای حکم توسط آنان در زمان امضای آن، می‌توان به مقصود شارع و شرایط حکم دست یافت (همو، ۱۴۱۴: ۹۹-۹۸/۱).

می‌داند؛ مگر اینکه ثابت شود مصداق عرفی اجاره به دلیل فقدان برخی شرایط، تحت ممنوعیت قانون‌گذار قرار گرفته است.

۳. لزوم اعلام اراده باطنی در اجاره

ماده ۱۹۱ ق.م. در خصوص نحوه تحقق عقد مقرر می‌دارد:

«عقد محقق می‌شود به قصد انشاء، به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند».

مطابق این تعریف، قصد انشاء، رکن اساسی و سازندهٔ عقود مثل اجاره است و ابراز قصد انشاء، شرط تحقق آن است؛ یعنی اگر اراده باطنی، ابراز و اعلان نشود، در عالم حقوق اثری ندارد و اجاره‌ای محقق نمی‌شود. بیان اراده ممکن است با مبرز صریح یا ضمنی باشد.^۱ بنابراین هر مبرزی که به صورت عموم، بیانگر صریح یا ضمنی اراده باطنی باشد و قانون‌گذار با آن مخالفتی نکرده باشد، برای انعقاد عقد و انجام معامله کفایت می‌کند؛ مگر اینکه عقد مزبور یک عقد شکلی باشد که در آن ابراز اراده باطنی باید در قالب و شکل معین باشد (سنه‌وری، بی‌تا: ۱/۱۵۴-۱۵۵، ش ۷۶). حقوق‌دانان در تبیین لزوم اعلان این اراده باطنی، یکی از دو نظریهٔ ذیل را مطرح کرده‌اند:

۳-۱. نقش اثباتی و اطلاعی اعلام اراده

به اعتقاد طرفداران این نظریه، لزوم ابراز قصد، به منظور اطلاع طرفین بر اراده یکدیگر

۱. در این قسم، مبرز هرچند در ذات خود برای کشف اراده باطنی وضع نشده، اما بدون فرض وجود این اراده، تفسیر آن ممکن نیست؛ مانند دلالت تصرف بر قبول ایجاب در موردی که کالایی برای فروش به شخصی عرضه شده و او بدون گفتن چیزی، در آن تصرف می‌کند؛ یا تسلیم سند دین به مدیون که دلیل بر خاتمه دادن به دین توسط طلبکار است؛ یا باقی ماندن مستأجر در عین مستأجره در پایان مدت اجاره که بیانگر اراده او برای تجدید اجاره است، که در صورت اطلاع موجر و عدم مخالفت، مطابق ماده ۵۹۹ قانون مدنی مصر: «إذا انتهى عقد الإيجار وبقي المستأجر منتفعاً بالعین المؤجرة بعلم المؤجر ودون اعتراض منه، اعتبر الإيجار قد تجدد بشروطه الأولى ولكن لمدة غير معينة...»، باید حکم به تجدید عقد اجاره با همان شرایط برای مدت غیر معین کرد (سنه‌وری، بی‌تا: ۱/۱۵۴-۱۵۵، ش ۷۶). در حالی که در ماده ۴۹۴ قانون مدنی ایران، قانون‌گذار «ادامه تصرف مستأجر» را به طور مطلق اجاره ندانسته و حکم به پرداخت اجرة المثل ایامی کرده که منفعت استیفا شده است.

و همکاری اراده ایشان در ایجاد عقد است. از این رو در جایی که عقد توسط یک نفر و به نیابت از طرفین انشاء می‌شود، قصد انشاء شخص نماینده برای ایجاد عقد کافی است و نیازی به ابراز آن نیست (امامی، ۱۳۷۴: ۲۶۳/۱؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱: ۱۶۷-۱۶۸؛ شهیدی، ۱۳۹۰: ۱۴۳، ش. ۱۰۹). به همین علت در ایقاعات که بر خلاف عقود از اراده واحد نشئت می‌گیرند، اعلان اراده لازم نیست و قانون‌گذار برای تحقق ابراء و سایر ایقاعات نظیر اعراض، اسقاط حق، به ویژه احیای اراضی و حیازت مباحات، مقارنت «قصد انشاء» با «مبرز» را لازم ندانسته است. اما در این میان، برخی از ایقاعات از قبیل اعلام فسخ (ماده ۴۴۹ ق.م.)، اسقاط حق فسخ (ماده ۴۵۰ ق.م.)، طلاق (ماده ۱۱۳۴ ق.م.) و رجوع از طلاق (ماده ۱۱۴۹ ق.م.)، وضعیت استثنایی دارند و اراده انشایی در آن‌ها باید ابراز شود.

علت ضرورت تقارن قصد انشاء با «مبرز» در موارد مذکور، وجود منشأ عقدی و ارتباط نزدیک آن ایقاعات با عقد از حیث تأثیر در منحل ساختن عقد و نیز دارا بودن جنبه مستقیم معنوی و اجتماعی آن است که وقوع فاصله بین انشاء و ابراز آن، زمینه را برای ایجاد اختلافات و دعوی بین طرفین عقدی که منشأ ایقاع بوده است، فراهم می‌سازد. به علاوه شرط دانستن تقارن قصد انشای ایقاع با وسیله ابراز آن به عنوان یک اصل، با مبانی تحلیلی ایقاع موافق نیست؛ زیرا تحقق ماهیت ایقاع منحصراً وابسته به اراده شخص موقع است و اراده دیگری در تحقق آن تأثیر ندارد (همو، ۱۳۸۳: ۲۰۵-۲۰۶، ش. ۱۰۶؛ امامی، ۱۳۸۰: ۴۵/۴ و ۲۴/۵).

۲-۳. لزوم وجود اعلان برای تحقق عمل حقوقی

در تحقق اعمال حقوقی، اعلان آن مؤثر است و نقش اعلان، به اثبات محدود نمی‌شود. در قرارداد نیز بر خلاف آنچه ادعا شده، ضرورت اعلام اراده صرفاً به دلیل آگاه شدن طرف قرارداد نیست و خود نیز اثر دارد. از این رو با اعلام قبولی، عقد و التزام محقق می‌شود، بدون اینکه آگاه شدن طرف مقابل در آن مؤثر باشد.

افزون بر این، ایقاع نیز به حقوق دیگران ارتباط پیدا می‌کند؛ حتی به سود دیگری ایجاد می‌کند یا امتیازی را از او می‌گیرد و رابطه‌ای را بر هم می‌زند. پس اثر ایقاع،

محدود به شخصیت و دارایی ایقاع کننده نمی شود و همانند عقد باید در برابر دیگران اثبات و اجرا گردد (کاتوزیان، ۱۳۷۰: ۱۶۲، ش ۸۷).

در مباحث آتی روشن خواهد شد که کدام یک از این دو مبنا که هر یک برای خود مؤیداتی در مقررات دارد، با قواعد سازگارتر است.

۴. اعلان معاطاتی اراده در اجاره

۴-۱. نحوه اعلان معاطاتی اراده انشایی

با مراجعه به متون فقهی می توان گفت که معاملات معاطاتی به یکی از صورت های زیر محقق می شود:

۱- معاطاتی که در آن اعطا طرفینی است؛ یعنی یک طرف با دادن شیء خارجی، ایجاب را ابراز می کند و طرف دیگر با دادن عوض، قبولی خود را ابراز می کند.

۲- معاطاتی که با اعطا از جانب یک طرف محقق می شود؛ یعنی در مقابل اعطایی که بیانگر ایجاب یک طرف است، طرف دیگر با گرفتن آن، بدون اینکه چیزی را اعطا کند، قبولی خود را ابراز می کند.

۳- معاطات بدون اعطا به مجرد ایصال ثمن و دریافت ثمن؛ برای مثال شخصی که وارد حمام می شود و بدون برخورد با حمامی، پس از استحمام، هزینه آن را به دخل می اندازد. در این مثال، عوض و معوض بین طرفین منتقل شده و اراده باطنی ابراز شده است، اما عرفاً اعطا از دو طرف یا از یک طرف محقق نشده است (انصاری، ۱۴۱۵: ۷۴/۳-۷۶).

با توجه به معوض بودن عقد اجاره، تحقق اجاره معاطاتی در قسم دوم امکان پذیر نیست. از طرف دیگر، چون در عقد اجاره مطابق نظر مشهور فقها و قانون مدنی لازم است که مالکیت هر یک از عوضین به طرف مقابل منتقل شود، عمل معاطاتی باید قدرت ابراز این انتقال را داشته باشد؛ در حالی که مطابق نظر برخی از فقها و مقرراتی چون قانون مدنی مصر، اعطای سلطه بر مورد اجاره در مقابل عوض، برای تحقق اجاره کفایت می کند و معاطات بی شک قادر به ابراز چنین قصدی هست.

۲-۴. اعلان معاطاتی و تحقق عمل حقوقی

به باور برخی فقها، برای تحقق عمل حقوقی تنها صیغه‌های مخصوصی که در شرع آمده باید استفاده شود (فخرالمحققین، ۱۳۸۷: ۱۲/۳). اما برخی دیگر علی‌رغم تأکید بر توقیفی بودن اسباب شرعی، از لزوم صیغه‌های منصوص فراتر رفته و به لزوم صیغه‌ها و عقدهای لفظی جهت حصول عمل حقوقی تصریح کرده‌اند (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۱۴۱/۹). مصداق لفظی اجاره نه تنها با الفاظ صریح بلکه با الفاظ مشترک و الفاظ مجازی نیز منعقد می‌گردد؛ مشروط به اینکه عرف به کمک قرائن، معنای اجاره را استنباط کند (وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامیه، ۱۴۰۴: ۲۵۵/۱، ش ۱۲).

واقعیت این است که اجاره به عنوان یکی از اعمال حقوقی، معامله‌ای عرفی است که مانند سایر معاملات، تحت ادله امضایی قرار می‌گیرد. از طرف دیگر در اجاره، هیچ دلیلی که حاکی از اعتبار صرف لفظ یا لفظ خاص باشد، وجود ندارد، مگر اینکه گفته شود علی‌رغم عدم ممنوعیت شرعی، اصولاً تحقق اجاره با معاطات امکان ندارد؛ زیرا با توجه به ماهیت تملیکی بودن اجاره از نظر قانون مدنی و مشهور فقها، افعال باید به صراحت بیانگر انتقال مالکیت منافع باشد. از این رو اگر معاطات بیش از اباحه دلالتی نداشته باشد، نمی‌توان با آن اجاره را که ماهیتی تملیکی دارد، محقق کرد.

با مراجعه به عرف و مشاهده مصادیق تملیک و تملک معاطاتی، باید گفت که اصولاً امکان انتقال مالکیت از طریق معاطات با مشکل اساسی مواجه نیست. به همین علت بسیاری از فقها علی‌رغم تملیکی دانستن اجاره، حکم به تحقق آن از طریق معاطات کرده‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۰: ۸/۵؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۰۴: ۵/۱۲؛ انصاری، ۱۴۱۵: ۹۳/۳). به علاوه مقتضای اطلاقاتی چون «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» نیز حکم به صحت و لزوم وفای به هر عقدی است که از دید عرف محقق شده است؛ مگر اینکه دلیل خاص، انشاء در قالب مشخصی را معتبر کرده باشد (بروجدی، ۱۴۲۲: ۱۰-۱۱). به اعتقاد محققان، چنین استعمالی باید نزد عرف پسندیده باشد و اصطلاحاً «استعمال مستنکره» نباشد. از این رو صاحب جواهر، این نظر مشهور را که «عقود لازمی چون اجاره با الفاظ مجازی منعقد نمی‌گردد»، حمل بر مجازات مستنکره کرده است (مؤسسه دائرة معارف الفقه الاسلامی، ۱۴۲۶: ۲۸-۲۹/۴).

از طرف دیگر، اجاره از عناوین ثانوی اعتباری قصدی است که ظرف وجود آن، عالم اعتبار و تشریح است و قصد و اراده در تحقق آن معتبر است. تحقق عقد به پدید آمدن مصداق آن است و اغلب عقود، دارای دو نوع مصداق هستند؛ مصداق لفظی و مصداق فعلی (سینائی، ۱۳۴۲: ۳۲-۳۵، ش ۱۰). ماده ۱۹۱ ق.م. نیز بر وسیله و مصداق خاصی برای اعلان اراده باطنی تأکید نکرده است. این ماده مقرر می‌دارد:

«عقد محقق می‌شود به قصد انشاء، به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند».

۵. اقتضای قاعده در موارد مشکوک^۱

همان گونه که بیان شد، اصولاً معاملات عرفی مانند بیع و اجاره، توسط قانون‌گذار پذیرفته و امضا شده‌اند. در صورتی که برای تحقق عمل حقوقی، اراده باطنی را کافی بدانیم، آنچه مورد امضای قانون‌گذار قرار گرفته، همین اراده باطنی است. اما اگر معتقد باشیم که در تحقق عمل حقوقی، علاوه بر اراده انشایی، نیاز به مبرز خارجی است، بی‌شک آنچه قانون‌گذار تأیید و امضا کرده است، مجموع این دو است. پس باید دید که آیا با تأیید یک معامله عرفی (مثل اجاره) به صورت مطلق توسط قانون‌گذار، مبرز و نحوه اعلام اراده باطنی آن نیز به طور مطلق تأیید شده است؟ و آیا با توجه به اطلاق مسبب (اجاره)، می‌توان مطلق بودن مبرز را نتیجه گرفت و در مواردی چون شک در اجاره معاطاتی، با تمسک به عمومات ادله‌ای چون «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، حکم به صحت و لزوم آن کرد؟

۱-۵. نظریه اطلاق اسباب

مطابق نظریه اطلاق اسباب معاملات، تأیید و امضای معاملات عرفی به طور مطلق، به معنای پذیرش تمامی اسبابی است که با آن می‌توان این معاملات را در خارج ایجاد کرد. از این رو، امضای اجاره عرفی توسط قانون‌گذار، با امضاء و تأیید تمامی اسباب لفظی و عملی که این اجاره را در خارج محقق می‌کند، ملازمه دارد؛ مگر در موارد

استثنایی، مثل طلاق و نکاح که قانون‌گذار لفظی بودن^۱ یا وجود لفظ خاصی^۲ را معتبر دانسته است.

پس این معاملات با همان اطلاقی که در عرف آمده، بدون تصرف در لفظ یا معنای آن، توسط قانون‌گذار امضا شده‌اند و در هر موردی که قانون‌گذار با این اطلاق موافق نبوده، به صراحت آن را بیان کرده است. از این رو، اگر دلیل شرعی یا قانونی بر اعتبار جزء یا قیدی اقامه نشده باشد، باید فهم عرف را ملاک قرار داد و در صورت مشکوک بودن اشتراط یا تقیید شرعی، با تمسک به اطلاق این ادله، حکم به عدم اعتبار جزء یا قید زائد کرد (فیاض، ۱۴۱۰: ۱۸۴-۱۸۵).

برخی حقوق‌دانان در تفسیر ماده ۱۸۳ ق.م.، رابطه عقد و تعهد را رابطه علت و معلول دانسته‌اند (امامی، ۱۳۶۸: ۱۵۹/۱) که می‌توان آنان را از طرفداران این نظریه دانست؛ زیرا امضا و پذیرش معلول، بیانگر این است که قانون‌گذار هر علتی را که ایجادکننده چنین معلولی باشد، تأیید کرده است.^۳

در رد این نظریه می‌توان گفت که تمسک به اطلاق ادله امضایی و حکم به صحت اجاره معاطاتی، در صورتی است که مراد از ادله امضای اجاره در مقررات قانونی، امضای اسباب (اثبات) اجاره در نزد عرف باشد؛ اما اگر «اجاره» اسم مسبب (مالکیت منفعت) باشد، امضای آن به صورت مطلق توسط قانون‌گذار، دلالتی بر امضای مطلق اسباب (اثبات) ندارد تا بتوان به اطلاق آن در اثبات اجاره از طریق معاطات تمسک کرد. تمامی ادله امضایی، ناظر به امضای مسبب است و بین امضای مسبب و امضای سبب

۱. ماده ۱۰۶۲ ق.م.:. «نکاح واقع می‌شود به ایجاب و قبول به الفاظی که صریحاً دلالت بر قصد ازدواج نماید». ماده ۱۰۶۶ ق.م.:. «هر گاه یکی از متعاقدين یا هر دو لال باشند، عقد به اشاره از طرف لال نیز واقع می‌شود؛ مشروط بر اینکه به طور وضوح حاکی از انشاء عقد باشد». ۲. ماده ۱۱۳۴ ق.م.:. «طلاق باید به صیغه طلاق و در حضور لاقل دو نفر مرد عادل که طلاق را بشنوند، واقع گردد».

۳. همین نویسنده در پاسخ به این سؤال که آیا یک نفر می‌تواند بدون اعلام و ابراز قصد، به وکالت از طرفین عقدی را منعقد کند، می‌گوید: «ظاهر ماده ۱۹۱ آن است که در مورد مزبور نیز اعلام قصد لازم می‌باشد، ولی این امر با منطوق عقل و تشریفاتی نبودن قانون ایران سازگاری ندارد» (امامی، ۱۳۷۴: ۲۶۳/۱). این عبارت بیانگر آن است که برخلاف نظریه پیشین، به این نظر تمایل پیدا کرده است که سبب واقعی تعهد انشاء و ایجاد باطنی است و عقد خارجی تنها ابزار و وسیله ابراز این امر دماغی است.

ملازمه‌ای نیست (نجفی خوانساری، ۱۴۱۸: ۹۷/۱).

به بیان دیگر، ادله امضای اجاره مربوط به مالکیت منفعت (مسبب) است که قابلیت بقا و دوام دارد، نه خود صیغه (سبب) که در یک لحظه حاصل می‌شود و بقای ندارد. پس اگر شک کنیم که مسبب از سبب خاصی مثل معاطات، حاصل شده یا نه، مقتضای اصل، عدم حصول آن و اکتفا بر قدر متیقن، یعنی صیغه لفظی است؛ مگر اینکه مسبب تنها یک سبب داشته باشد یا نسبت مسبب به همه اسباب یکسان باشد، که در این دو صورت، قدر متیقنی در بین نیست تا گفته شود یک سبب اخذ و نسبت به سبب دیگر، اصالت عدم جاری می‌گردد (فیاض، ۱۴۱۰: ۱۸۷/۱).

۲-۵. نظریه اطلاق وسیله ایجاد معامله

مطابق این نظریه، «ایجاد عقد» و «وجود عقد» با هم ملازمه دارند و رابطه آن‌ها رابطه سبب و مسبب نیست تا اشکال شود که امضای مسبب، ملازمه‌ای با امضای سبب ندارد (نجفی خوانساری، ۱۴۱۸: ۱۰۱/۱). رابطه بین این دو نسبت «وسیله» و «چیزی که با وسیله ایجاد شده» است. وقتی گفته می‌شود «فروختم»، اراده فروشنده ابتدا به صیغه که وسیله انشاء معامله است تعلق گرفته، و قانون‌گذار با امضای ایجاد مالکیت توسط صیغه، مؤدای آن یعنی مالکیت را امضا کرده است. پس صیغه سبب مالکیت نیست، بلکه وسیله‌ای است که با کمک آن، فروشنده اراده خود را برای ایجاد مالکیت، انشاء می‌کند (فیاض، ۱۴۱۰: ۱۸۷/۱) و در خارج، انشاء با این «وسیله»، ملازمه با تحقق مسبب یعنی مالکیت دارد. پس الفاظ یا افعالی که عقد اجاره با آن منعقد می‌شود، وسیله ایجاد مالکیت (مسبب) در خارج است نه سبب آن؛ مانند قلم نقاشی که ایجاد نقش در خارج می‌کند و آنچه ابتدا از نقاش صادر می‌شود، همان نقش و صورت است که به وسیله قلم هویدا شده است (سینائی، ۱۳۴۲: ۴۰، ۹ ش). در این نظریه بر خلاف نظریه قبل، «اعلان اراده» در تشکیل عمل حقوقی به عنوان سبب دخیل نیست، اما از باب ملازمه، قانون‌گذار با امضای مسبب (مالکیت منفعت)، وسیله ایجاد آن در خارج را هم امضا کرده است، پس می‌توان گفت که امضای اجاره به صورت مطلق، به معنای امضای کلیه ابزاری است که این اجاره را در خارج ایجاد می‌کند و معاطات به عنوان

یک وسیله ابراز اراده، تحت این اطلاق قرار می‌گیرد.

در رد این نظریه می‌توان گفت که در عقودی مثل اجاره، عقد اجاره (خواه وسیله باشد یا سبب) و مالکیت منفعت (مسبب)، اگرچه هر دو وجود دارند، ولی وجود آن‌ها در یک رتبه نیست؛ مالکیت منفعت از امور اعتباری نفسانی است که ظرف وجود آن عالم اعتبار است، در حالی که عقد اجاره، از امور حقیقی و خارجی است، خواه از آن به سبب تعبیر شود یا وسیله. پس امضای مسبب، ملازمه‌ای با امضای سبب یا «وسیله» ندارد؛ زیرا تفاوت سبب و «وسیله» تنها در تعبیر است و بین این دو در واقعیت تفاوتی نیست. از این رو اشکال پابرجاست و در موارد شک در حصول مالکیت منفعت از طریق سبب یا وسیله خاصی مثل معاطات، اصل عدم حصول آن است؛ مگر اینکه مالکیت منفعت، سبب یا وسیله واحدی داشته باشد، که در این حالت برای پرهیز از لغویت باید پذیرفت قبول مالکیت ملازمه با امضای سبب یا وسیله دارد (فیاض، ۱۴۱۰: ۱۸۸/۱).

۵-۳. نظریه اعتبار مجموع اراده باطنی و اعلان خارجی آن

مطابق این نظریه، نسبت صیغه و عقد به مسبب، نسبت سبب یا وسیله به مسبب نیست تا اشکال عدم ملازمه قابل طرح باشد. معاملات بر ترکیب امر اعتباری نفسانی و ابراز آن در خارج اطلاق می‌شود؛ یعنی تحقق عمل حقوقی در صورت تحقق اراده باطنی و اعلان این اراده در خارج است. به عنوان مثال، آثار بیع و اجاره، بر مجرد اعتبار نفسانی بدون اعلان در خارج، یا بر مجرد لفظ و فعل خارجی بدون اعتبار نفسانی اطلاق نمی‌شود. ادله امضایی مثل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» ناظر به امضای مجموع اعتبار نفسانی و مبرز آن است. به همین جهت در صورتی که از نظر عرف، عنوان اجاره در خارج محقق شود و شک کنیم که آیا از نظر قانون‌گذار، لفظی بودن صیغه که امری زائد بر عرف است، به عنوان شرط یا قید اعتبار شده یا نه؟ می‌توان با تمسک به اطلاق ادله، حکم به عدم اعتبار امر زائد کرد (همان: ۱۹۲/۱) و اعتبار اجاره معاطاتی را نتیجه گرفت.

پس مقتضای عموم و اطلاق ادله، صحت معاملات عرفی است و هر گاه در اعتبار

قیدی (مثل لفظی بودن عقد) شک کنیم، با تمسک به این عمومیت و اطلاق، قید مشکوک نفی می‌شود؛ زیرا اقتضای قاعده اولیه، صحت انشاء به هر چیزی است که قابلیت ابراز امر نفسانی را داشته باشد، خواه این مبرز لفظ باشد یا فعل.

می‌توان گفت که این نظریه با حقوق ما منطبق‌تر است؛ زیرا در نظام حقوقی ما ضرورت اعلان اراده تنها به دلیل آگاه ساختن طرف عقد یا اثبات انشاء درونی، مورد توجه قرار نگرفته و در تحقق اعمال حقوقی، اعلان آن نیز مؤثر است و نقش آن به اثبات محدود نمی‌شود. از این رو با اعلام قبولی، عقد و التزام محقق می‌شود، بی‌آنکه آگاه شدن طرف مقابل در آن مؤثر باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۰: ۱۶۲، ش ۸۷). بنابراین در مواردی که صحت اجاره به دلیل معاطاتی بودن عقد، مشکوک باشد و دلیلی نباشد که بتوان به ظهور آن استناد کرد، می‌توان گفت که قانون‌گذار با امضای اجاره به صورت مطلق، مجموع اراده باطنی و راه‌های اعلان آن را به صورت مطلق امضا کرده است و معاطات یکی از این راه‌هاست.

۶. وضعیت اجاره معاطاتی در مقررات

۶-۱. قانون مدنی

مشهور فقهای امامیه در بیع معاطاتی، منکر انتقال مالکیت شده و حکم به اباحه در انتفاع کرده‌اند (مقدس اردبیلی، ۱۴۱۱: ۱۴۳/۸؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۴: ۱۴۷/۳). از آنجایی که مفاد اجاره، انتقال مالکیت منفعت است و انتقال این نوع مالکیت به دلیل عدم تبلور تمام منفعت به هنگام عقد، مشکل‌تر از انتقال عین معین است، می‌توان نتیجه گرفت که از نظر مشهور فقهای متقدم، هیچ‌یک از اقسام اجاره معاطاتی، مفید تملیک منفعت نیست و نمی‌توان بر آن اجاره اصطلاحی اطلاق کرد. اجاره معاطاتی در بین فقهای عامه نیز اختلافی است؛ بر خلاف فقهای حنفی، مالکی و حنبلی که اجاره معاطاتی را مادامی که رضایت تحقق پیدا کند، پذیرفته‌اند، غالب فقهای شافعی، اجاره معاطاتی را قبول ندارند و «قدوری» از فقهای حنفی نیز جواز معاطات را مختص اشیاء کم‌بها دانسته و در اشیاء نفیس، معاطات را نپذیرفته است (وزاره الاوقاف و الشؤون الاسلامیه،

۱۴۰۴: ۱/۲۵۵.

از آنجایی که مشی قانون‌گذار در قانون مدنی غالباً بر این بوده که مطابق نظر مشهور فقهای امامیه عمل کند یا حداقل با نظریه مشهور مخالفت نکند، می‌توان نتیجه گرفت که در تفسیر مواد قانون مدنی راجع به اجاره، دیدگاه مشهور، یعنی مخالفت تحقق اجاره معاطاتی، می‌بایست مدنظر قرار گیرد. از این رو، رجوع به هر یک از نظریه‌های پیش‌گفته در موارد مشکوک بودن صحت اجاره معاطاتی، در مواردی قابل طرح است که الفاظ مقررات قانون مدنی به ضمیمه نظر مشهور فقهای امامیه، ظهوری در عدم اعتبار اجاره معاطاتی نداشته باشند.

۱-۱-۶. اجاره اشياء

شرط معین بودن مدت در اجاره اشياء که در ماده ۴۶۸ ق.م.ا مقرر شده، پذیرش اجاره معاطاتی را عملاً مشکل می‌کند، تا جایی که به قرینه ماده ۴۹۴ ق.م.ا می‌توان احتمال داد که قانون‌گذار معاطات را در اجاره اشياء نپذیرفته است؛ زیرا قانون‌گذار «ادامه تصرف مستأجر با اجازه مالک» را به طور مطلق اجاره ندانسته و حکم به پرداخت «اجرة المثل» ایامی کرده که «منفعت استیفا شده است»، در حالی که در اجاره باید اجرة المسمی پرداخت شود و استقرار این اجرت بر عهده مستأجر، منوط به استیفا نیست.

احتمال دیگر آن است که گفته شود: «ادامه تصرف مستأجر با اجازه مالک»، مقید به فرضی است که قرارداد اجاره‌ای از قبل بوده و خاتمه پیدا کرده است، از این رو اطلاقی ندارد تا با تمسک به آن، حکم به عدم اعتبار اجاره معاطاتی کرد.

در صورتی که نتوان ظهور ماده ۴۹۴ ق.م.ا را در یکی از دو معنای فوق‌الذکر

۱. «مدت اجاره باید معین شود و الا اجاره باطل است».

۲. «عقد اجاره به محض انقضاء مدت برطرف می‌شود و اگر پس از انقضاء آن، مستأجر عین مستأجره را بدون اذن مالک مدتی در تصرف خود نگاه دارد، موجر برای مدت مزبور مستحق اجرة المثل خواهد بود، اگرچه مستأجر استیفاء منفعت نکرده باشد و اگر با اجازه مالک در تصرف نگاه دارد، وقتی باید اجرة المثل بدهد که استیفاء منفعت کرده باشد، مگر اینکه مالک اجازه داده باشد که مجاناً استفاده نماید».

پذیرفت، لاقلاً باید قبول کرد که اراده قانون‌گذار نسبت به اجاره معاطاتی در چهارچوب مقررات اجاره اشیاء، قابل احراز نیست و برای پذیرش یکی از این دو تفسیر می‌بایست به پشتوانه فقهی این مقررات در نظرات فقهای متقدم مراجعه کرد، که نتیجه این مراجعه، انتخاب تفسیری است که مهر بطلان بر پیشانی اجاره معاطاتی می‌زند.

۲-۱-۶. اجاره اشخاص

اجاره اشخاص در فقه معرکه آراء است؛ به گونه‌ای که حتی کسانی که در اجاره اشیاء، معاطات را پذیرفته‌اند، اجاره اشخاص را قابل تأمل و اشکال دانسته (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۰: ۵/۸، حاشیه حکیم و اصفهانی) و برخی نیز آن را اساساً نفی کرده‌اند. با صرف نظر از مخالفت مشهور فقها با معاطات در اجاره اشخاص، عمده‌ترین دلیل مخالفان این نوع اجاره معاطاتی بعد از تمسک به شهرت فتوایی، این استدلال است که «تحقق اعطاء از ناحیه اجیر به تسلیم نفس عمل است و حال آنکه تسلیم عمل، وفای به عقد و مرتب بر انشاء است و نمی‌تواند در مرحله انشاء اثرگذار باشد» (خردمندی، ۱۳۹۶: ۱۳۵/۱-۱۳۹ و ۲۸۲-۲۸۳). اختلاف در فقه، به حقوق نیز کشیده شده است، به گونه‌ای که حقوق‌دانانی این نوع اجاره را تملیکی ندانسته و مفاد آن را «اباحه منفعت به عوض» دانسته^۱ (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸: ۷، ش ۴۸) و اضافه می‌کند که اباحه منفعت به عوض، نوعی اجاره است که چون فقها و به تبع آن قانون مدنی، همه اصناف اجاره را لازم دانسته‌اند، بالاجبار آن را از تحت اجاره خارج کرده، برخی از آن به «اباحه منافع به عوض»، و برخی دیگر به «امر معاملی موجب ضمان» تعبیر کرده‌اند. ماده ۳۳۶ ق.م.ا.^۲

۱. اجاره معاطاتی اجاره‌ای است که ایجاب و قبول (یا فقط ایجاب یا قبول) آن غیر لفظی باشد. گفته‌اند که در اجاره خدمات، اجاره معاطاتی غیر قابل تصور است. به همین جهت که اگر کسی به دیگری دستور انجام کاری را بدهد و آن شخص بدون گفتن چیزی که حاکی از قبول دستور مزبور باشد، اقدام به انجام آن کار کند، این عمل حقوقی را - که عرفاً اجاره خدمات است - اجاره نمی‌دانند، بلکه بعضی آن را اباحه منفعت به عوض شمرده و بعضی آن را «امر معاملی موجب ضمان» دانسته‌اند و عجیب آن است که قانون مدنی نیز تحت عنوان استیفاء، از نظر اخیر پیروی کرده (ماده ۳۳۶ ق.م.ا.) و آن را از اسباب ضمان قهری دانسته است (ماده ۳۰۷ ق.م.ا.)، در حالی که مطابق ماده ۱۸۳ ق.م.ا. این عمل عقد است.
۲. «ماده ۳۳۶ - هر گاه کسی بر حسب امر دیگری، اقدام به عملی نماید که عرفاً برای آن عمل اجرتی بوده و یا آن شخص عادتاً مهیای آن عمل باشد عامل مستحق اجرت عمل خود خواهد بود؛ مگر اینکه معلوم شود قصد تبرع داشته است».

از نظریهٔ اخیر تبعیت کرده است (همان: ۲، ش ۱۲). با توجه به آنچه در اجاره اشیاء گذشت و با در نظر گرفتن مفاد ماده ۳۳۶ ق.م. به ضمیمه مخالفت جدی با اجاره معاطاتی اشخاص توسط مشهور و حتی برخی از فقهای که اجاره معاطاتی در اشیاء را پذیرفته‌اند، باید حکم به عدم صحت اجاره معاطاتی اشخاص در قانون مدنی کرد.

۶-۲. قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶

در این قانون نه تنها ممنوعیتی برای اجاره معاطاتی اماکن موضوع این قانون مقرر نشده، بلکه با توجه به مواد ذیل می‌توان بر خلاف قانون مدنی و نظر مشهور فقها و با تمسک به ظهور اطلاق مواد قانونی، حکم به اعتبار اجاره معاطاتی نسبت به اماکن موضوع این قانون کرد:

«ماده ۱- هر محلی که برای سکونت یا کسب یا پیشه یا تجارت یا به منظور دیگری اجاره داده یا بشود، در صورتی که تصرف متصرف بر حسب تراضی با موجر یا نماینده قانونی او به عنوان اجاره یا صلح منافع و یا هر عنوان دیگری به منظور اجاره باشد، اعم از اینکه نسبت به مورد اجاره، سند رسمی یا عادی تنظیم شده یا نشده باشد، مشمول مقررات این قانون است.»

به موجب این ماده:

اولاً، مقررات این قانون تنها اجاره اشیاء، آن هم برای سکونت یا کسب یا پیشه یا تجارت را شامل می‌شود و سایر مصادیق اشیاء و اجاره اشخاص را در بر نمی‌گیرد. ثانیاً، هر تصرفی به عنوان اجاره، آن را مشمول مقررات این قانون می‌کند، حتی اگر متعاقدین از عناوین دیگر به جای اجاره استفاده کرده باشند.

ثالثاً، برای تحقق اجاره، نیاز به تنظیم سند رسمی یا عادی نیست و می‌توان اجاره را بدون تنظیم سند مکتوب رسمی و عادی نیز منعقد کرد. اطلاق این بخش از ماده ۱، بی‌شک اجاره‌های شفاهی و معاطاتی را شامل می‌شود.

«ماده ۳- در مواردی که اجاره‌نامه تنظیم شده باشد، میزان اجاره‌بها همان است که در اجاره‌نامه قید شده و هر گاه اجاره‌نامه تنظیم نشده باشد، به میزانی است که بین طرفین مقرر و یا عملی شده است و در صورتی که میزان آن معلوم نشود، با رعایت مقررات این قانون از طرف دادگاه میزان اجاره‌بها به نرخ عادلانه روز تعیین می‌شود.»

با توجه به مفاد این ماده:

اولاً، موردی که اجاره‌نامه تنظیم نشده و اجرت بر اساس میزان مقرر بین طرفین یا مقداری که در عمل پرداخت شده، تعیین گردیده، بر اجاره معاطاتی منطبق است؛ زیرا در اجاره معاطاتی، همه شرایط فراهم است و فقط مبادله عوضین یا یکی از دو عوض به صورت عملی است.

ثانیاً، پذیرش اجاره در فرضی که اجرتی تعیین نشده، به معنای پذیرش اجاره فراتر از آن چیزی است که در فقه آمده و با قواعد عمومی در فقه و قانون مدنی مطابقت ندارد؛ زیرا در یک قرارداد معوض (خواه لفظی باشد یا معاطاتی)، توافق بر عوضین از ارکان اساسی تشکیل قرارداد است و اگر اراده متعاقدين نسبت به هر یک از عوضین قابل احراز نباشد، باید حکم به بطلان قرارداد کرد و نمی‌توان با تعیین نرخ عادلانه توسط دادگاه، چنین قراردادی را تصحیح کرد. به هر حال وقتی از نظر این قانون چنین قراردادی صحیح است، به قیاس اولویت باید حکم به صحت اجاره معاطاتی کرد.

۳-۶. قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۶۲

با توجه به ماده ۱۵ این قانون که مقرر می‌دارد: «از تاریخ تصویب این قانون، اجاره محل‌هایی که برای سکونت واگذار می‌شود، تابع مقررات قانون مدنی و این قانون و شرایط مقرر بین طرفین می‌باشد» و تبصره ۱ ماده ۸ که بیان می‌کند: «در صورتی که عین مستأجره برای مقصودی غیر از کسب یا پیشه و یا تجارت به اجاره داده شود، از هر حیث تابع مقررات مربوط به اجاره محل سکونی است»، اجاره اماکن برای سکونت از تحت قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶ خارج گردید. ماده ۱ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۶۲، کلیه اماکنی را که به منظور اجاره تحت هر عنوانی به تصرف دیگری داده شده است، مشمول این قانون قرار داده و مقرر می‌دارد:

«اماکنی که برای سکنی با تراضی با موجر به عنوان اجاره یا صلح منافع و یا هر عنوان دیگری به منظور اجاره به تصرف متصرف داده شده یا بشود، اعم از اینکه یا سند رسمی عادی تنظیم شده یا نشده باشد، مشمول مقررات این قانون است».

ماده ۳ این قانون نیز مشابه قانون ۱۳۵۶ مقرر می‌دارد:

«اجاره‌بهای هر محل، همان است که در اجاره‌نامه قید شده و اگر اجاره‌نامه‌ای نباشد، به مقداری است که بین طرفین مقرر یا عملی شده است و در صورتی که مقدار آن احراز نشود، دادگاه طبق موازین قضایی نسبت به تعیین مقدار مال‌الاجاره اقدام خواهد کرد».

با توجه به شباهت این دو ماده به مواد ۱ و ۳ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶، با همان استدلالی که بیان شد، بی‌شک برای اجاره معاطاتی اماکن مشمول این قانون نه تنها ممنوعیتی نیست، بلکه اطلاق آن ظهور در پذیرش معاطات دارد.

۴-۶. قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷۶

«ماده ۱- از تاریخ لازم‌الاجرا شدن این قانون، اجاره کلیه اماکن اعم از مسکونی، تجاری، محل کسب و پیشه، اماکن آموزشی، خوابگاه‌های دانشجویی و ساختمان‌های دولتی و نظایر آن، که با قرارداد رسمی یا عادی منعقد می‌شود، تابع مقررات قانون مدنی و مقررات مندرج در این قانون و شرایط مقرر بین موجر و مستأجر خواهد بود».

به موجب این ماده، قراردادهای اجاره راجع به اماکن باید به صورت قرارداد رسمی یا عادی باشد. قرارداد عادی، ظهور در قرارداد کتبی دارد و با فرض فقدان ماده ۲ می‌توان آن را به قرارداد شفاهی نیز تعمیم داد، اما به هیچ عنوان قرارداد معاطاتی را شامل نمی‌شود؛ زیرا بر خلاف ماده ۱ در قوانین روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶ و ۱۳۶۲، در اینجا فقط به قرارداد رسمی و عادی اشاره‌ای شده است.

«ماده ۲- قراردادهای عادی اجاره باید با قید مدت اجاره در دو نسخه تنظیم شود و به امضای موجر و مستأجر برسد و به وسیله دو نفر افراد مورد اعتماد طرفین به عنوان شاهد گواهی گردد».

این ماده هر گونه شبهه‌ای را نسبت به عدم انعقاد قراردادهای عادی معاطاتی برطرف می‌کند؛ زیرا «تنظیم قرارداد در دو نسخه»، «امضای موجر و مستأجر و دو شاهد در ذیل آن»، مختص قراردادهای مکتوب است و حتی قراردادهای لفظی و شفاهی را شامل نمی‌شود، تا چه رسد به قراردادهای معاطاتی.

ماده ۲ آیین‌نامه اجرایی این قانون مصوب ۱۳۷۸ مقرر می‌دارد:

«موارد زیر، مشمول مقررات قانون نمی‌باشد: ۱- روابط استیجاری قبل از اجرای

قانون ... ۵- در صورتی که سند عادی اجاره بر طبق ضوابط مقرر در ماده ۲ قانون تنظیم نشده باشد».

پس عدم تنظیم سند مکتوب اجاره با فرض وجود سایر شرایط، چنین قرارداد اجاره‌ای را از شمول این قانون خارج می‌کند و تردیدی در عدم اعتبار اجاره معاطاتی نسبت به اماکن موضوع قانون ۱۳۷۶ باقی نمی‌ماند.

حال این سؤال قابل طرح است که آیا قرارداد اجاره‌ای که به دلیل معاطاتی بودن یا فقدان یکی از شرایط ماده ۲ آیین‌نامه، از شمول قانون ۱۳۷۸ خارج شده است، قراردادی باطل است یا تحت مقررات اجاره در قانون مدنی یا قوانین روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶ و ۱۳۶۲ قرار می‌گیرد؟

به نظر می‌رسد که در فرض فوق‌الذکر، قانون مدنی و شرایط مقرر بین طرفین بر قرارداد حاکم است؛ زیرا مطابق ماده ۱ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷۶: «از تاریخ لازم‌الاجرا شدن این قانون، اجاره کلیه اماکن اعم از مسکونی، تجاری... که با قرارداد رسمی یا عادی منعقد می‌شود، تابع مقررات قانون مدنی و مقررات مندرج در این قانون و شرایط مقرر بین موجر و مستأجر خواهد بود»، تمامی قراردادهای اجاره از تحت قوانین ۱۳۵۶ و ۱۳۶۲ خارج شده و تحت قانون ۱۳۷۶ و قانون مدنی و شرایط مقرر بین طرفین قرار گرفته است. از این رو اگر اجاره‌ای مثل اجاره معاطاتی تحت قانون ۱۳۷۶ قرار نگیرد، می‌بایست آن را تحت قانون مدنی و شرایط مقرر بین طرفین تفسیر و تبیین کرد.

اداره حقوقی نیز در نظریه مشورتی شماره ۷/۲۳۵۶ مورخ ۱۳۸۴/۴/۶ چنین استنباطی داشته و بیان می‌دارد:

«با توجه به مفاد ماده ۱ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب سال ۱۳۷۶، کلیه اماکن اعم از مسکونی و تجاری و غیره که بعد از لازم‌الاجراء شدن این قانون اجاره داده می‌شود، چنانچه دارای شرایط مقرر در ماده ۲ این قانون باشد، تخلیه آن تابع مقررات ماده ۳ قانون، و در صورتی که رعایت شرایط ماده ۲ نشده باشد، تابع مقررات قانون مدنی و شرایط مقرر بین موجر و مستأجر خواهد بود».

از این رو به واسطه عدم شمول قانون ۱۳۷۶ باید به قانون مدنی مراجعه کرد و به

دلیل بطلان اجاره معاطاتی اشیاء در قانون مدنی، باید به استناد اصل صحت، توافق حاصله را معتبر دانست و در قالب قرارداد «اباحه منفعت به عوض» آن را تفسیر کرد.

نتیجه‌گیری

۱- با توجه به تملیکی بودن عقد اجاره در نظر مشهور فقهاء و تبعیت قانون‌گذار ایران از این نظریه، همان اشکالاتی که در فقه متوجه بیع معاطاتی شده است، به طریق اولی متوجه اجاره معاطاتی خواهد بود؛ زیرا مفاد اجاره، انتقال مالکیت منفعت است و انتقال این نوع مالکیت به دلیل عینیت نداشتن منفعت به هنگام عقد، مشکل‌تر از انتقال مالکیت در بیع است.

۲- قانون‌گذار ایران اگر مانند قانون‌گذار مصر، لبنان، لیبی و سوریه اجاره را مسلط کردن مستأجر برای بهره‌برداری از مورد اجاره تعریف می‌کرد یا همانند برخی از فقهاء، اجاره را «مسلط کردن بر عین جهت انتفاع از آن (نه تملیک منفعت) در مقابل عوض» می‌دانست، پذیرش علمی و عملی اجاره معاطاتی با کمترین اشکال همراه بود.

۳- در مواردی که صحت اجاره به دلیل معاطاتی بودن عقد، مشکوک باشد و دلیلی نباشد که بتوان به ظهور آن استناد کرد، می‌توان گفت قاعده این است که قانون‌گذار با امضای اجاره به صورت مطلق، مجموع اراده باطنی و راه‌های اعلان آن را به صورت مطلق امضا کرده است و معاطات یکی از این راه‌هاست.

۴- از آنجایی که مشی قانون‌گذار در قانون مدنی غالباً بر این بوده که مطابق نظر مشهور فقهای امامیه عمل کند یا حداقل با نظریه مشهور مخالفت نکند، پس در تفسیر مواد قانون مدنی راجع به اجاره، دیدگاه مشهور، یعنی عدم جواز اجاره معاطاتی، می‌بایست مدنظر قرار گیرد. از این رو در موارد مشکوک بودن صحت اجاره معاطاتی، رجوع به قاعده «ملازمه بین امضای اجاره به صورت مطلق، با امضای راه‌های ابراز این اجاره به صورت مطلق»، در فرضی قابل طرح است که الفاظ مقررات قانون مدنی به ضمیمه نظر مشهور فقهای امامیه، ظهوری در عدم اعتبار اجاره معاطاتی نداشته باشد.

۵- از ظاهر مواد قانون مدنی با در نظر گرفتن دیدگاه مشهور فقهاء، می‌توان عدم جواز «اجاره معاطاتی اشیاء» را استنباط کرد. در صورت انکار چنین ظهور و انصرافی،

حداقل باید پذیرفت که مواد قانون مدنی، با هر دو احتمال «جواز» و «عدم جواز» اجاره معاطاتی قابل تطبیق است، اما این به معنای پذیرش احتمال «جواز» نیست؛ زیرا با وجود دو احتمال و دو تفسیر مختلف، احتمالی پذیرفتنی است که مرجح داشته باشد. بی‌شک موافقت با دیدگاه مشهور فقها یا حداقل عدم مخالفت با آن، یکی از مرجحاتی است که سبب اخذ یک احتمال می‌شود. پس می‌بایست با انتخاب تفسیر هماهنگ با مشهور، حکم به عدم جواز اجاره معاطاتی کرد و چنین عقدی را در قالب عقد «اباحه منفعت به عوض» تفسیر کرد.

۶. در اجاره اشخاص و خدمات، مخالفت‌های جدی در فقه، قانون مدنی را به سمتی کشانده که می‌توان با برخی حقوق‌دانان هم‌صدا شد و نتیجه اجاره معاطاتی را «امر معاملی موجب ضمان» یا «اباحه منفعت به عوض» دانست نه تملیک منفعت.

۷. در قوانین روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶ و ۱۳۶۲، نه تنها ممنوعیتی برای اجاره معاطاتی اماکن موضوع این قانون مقرر نشده، بلکه می‌توان گفت بدون نیاز به تمسک به ادله عام، اجاره معاطاتی به واسطه ظهور اطلاق این مقررات، تأیید شده است. اما در قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷۶، با توجه لزوم مکتوب بودن قرارداد اجاره به صورت رسمی یا عادی و ضرورت تنظیم قرارداد عادی در دو نسخه و امضای موجر و مستأجر و دو شاهد در ذیل آن، اجاره معاطاتی نسبت به اماکن موضوع این قانون پذیرفته نشده است.

به علت عدم شمول قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷۶ نسبت به قرارداد اجاره معاطاتی، مطابق این قانون باید قرارداد را تحت مقررات قانون مدنی و شرایط مقرر بین طرفین تفسیر کرد. از طرف دیگر به دلیل بطلان اجاره معاطاتی اشیاء در قانون مدنی، به استناد اصل صحت باید توافق حاصله را در قالب «اباحه منفعت به عوض» تفسیر کرد.

کتاب‌شناسی

۱. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، چاپ هفتم، تهران، کتاب‌فروشی اسلامی، ۱۳۶۸ ش.
۲. انصاری، مرتضی بن محمدامین، کتاب‌المکاسب، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۳. بروجردی، مرتضی، المستند فی شرح العروة الوثقی - کتاب‌الاجاره، تقریرات دروس سیدابوالقاسم موسوی خوئی، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۲۲ ق.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، چاپ چهارم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۶۸ ش.
۵. همو، مجموعه محشی قانون مدنی، چاپ چهارم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۱ ش.
۶. خردمندی، سعید، شرح فقهی و حقوقی العروة الوثقی - کتاب‌الاجاره، چاپ دوم، تهران، مجلد، ۱۳۹۶ ش.
۷. سنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
۸. سینائی، محمدتقی، «اجاره»، مجله کانون، سال هفتم، شماره ۹، دی ۱۳۴۲ ش.
۹. همو، «معاطات در اجاره»، مجله کانون، سال هفتم، شماره ۱۰، بهمن ۱۳۴۲ ش.
۱۰. شهیدی، مهدی، اصول قراردادهای و تعهدات، چاپ سوم، تهران، مجلد، ۱۳۸۳ ش.
۱۱. همو، تشکیل قراردادهای و تعهدات، چاپ هشتم، تهران، مجلد، ۱۳۹۰ ش.
۱۲. طباطبایی حکیم، سیدمحسن، مستمسک العروة الوثقی، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ ق.
۱۳. طباطبایی زدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، العروة الوثقی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۰ ق.
۱۴. عاملی جبعی، زین‌الدین بن علی، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۴ ق.
۱۵. علامه حلّی، جمال‌الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تذکره الفقهاء، قواعد الاحکام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸ ق.
۱۶. فخرالمحققین حلّی، ابوطالب محمد بن حسن بن یوسف بن مطهر، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، تصحیح سیدحسین موسوی کرمانی، علی‌پناه اشتهااردی و عبدالرحیم بروجردی، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۷ ش.
۱۷. فیاض، محمداسحاق، محاضرات فی الاصول، تقریرات دروس سیدابوالقاسم موسوی خوئی، قم، دار الهادی للمطبوعات، ۱۴۱۰ ق.
۱۸. کاتوزیان، ناصر، ایقاع، تهران، یلدا، ۱۳۷۰ ش.
۱۹. همو، قواعد عمومی قراردادهای، چاپ دوم، به‌نشر (داخل کتاب: مدرس با همکاری شرکت بهمن برنا)، ۱۳۷۲ ش.
۲۰. کرکی عاملی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل‌البتین، ۱۴۱۴ ق.
۲۱. مشکینی، میرزاعلی، اصطلاحات الاصول و معظم ایحاثها، چاپ پنجم، قم، الهادی، ۱۳۷۱ ش.
۲۲. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان الی احکام الایمان، تحقیق مجتبی عراقی، علی‌پناه اشتهااردی و حسین زدی اصفهانی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۱ ق.
۲۳. موسوی خوئی، سیدابوالقاسم، اجود التقریرات، تقریرات دروس محمدحسین غروی نائینی، قم، کتاب‌فروشی مصطفوی، بی تا.

۲۴. موسوی خوئی، سید محمد تقی، *الشروط او الالتزامات التبعية فی العقود*، بیروت، دار المورخ العربی، ۱۴۱۴ ق.
۲۵. مؤسسه دائره معارف الفقه الاسلامی، *موسوعة الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب اهل البيت علیهم السلام*، قم، مؤسسه دائره معارف الفقه الاسلامی، ۱۴۲۶ ق.
۲۶. نجفی، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، بیروت، تهران، دار الکتب الاسلامیه، بی تا.
۲۷. نجفی خوانساری، موسی بن محمد، *منیة الطالب فی شرح المکاسب*، تقریرات دروس محمد حسین غروی نائینی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸ ق.
۲۸. وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامیه، *الموسوعة الفقهیه*، چاپ سوم، کویت، وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامیه، ۱۴۰۴ ق.

تأملی بر نظریه سبب متناسب

با بررسی حقوق ایران و حقوق کامن‌لا*

- سیامک رهپیک^۱
- نادر ولائی^۲

چکیده

معیار تشخیص سبب مسئول در دیدگاه‌های مختلف، متفاوت است. دیدگاه مادی صرفاً بر اساس معیارهایی از قبیل زمان تشکیل سبب، سبب مسئول را شناسایی می‌کند. در مقابل، دیدگاه‌های سبب متعارف، معیارهای هنجاری نسبت به تشخیص سبب مسئول ارائه می‌کنند. سبب متناسب با معیار قابلیت پیش‌بینی ضرر، سبب مسئول را به نحوی تبیین می‌نماید که بین عامل خسارت و نوع خسارت، تناسب وجود داشته باشد. قابلیت پیش‌بینی ضرر، معیاری است که در جایگاه تشخیص تقصیر نیز به کار می‌رود و از طرفی با لحاظ برخی ملاحظات انصاف‌گرا در محدود نمودن میزان مسئولیت نیز مورد استفاده قرار می‌گیرد. به این ترتیب ضرورت دارد کارکردهای این معیار در جایگاه‌های متفاوت تبیین

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۷/۲۳ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۱۰/۲۱.

۱. استاد دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری (s.rahpeik@gmail.com).

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری (نویسنده مسئول)
(nader.vellaci@gmail.com).

شود. رویکرد قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به عنوان جدیدترین نشانگر اراده قانون‌گذار، دربردارنده ویژگی‌های بارز سبب متناسب است. نقدهایی که نسبت به این رویکرد وجود دارد، مانند نقدهایی است که در حقوق کامن‌لا واقع‌گرایان به سبب متناسب ایراد کرده‌اند. نمی‌توان سبب مطرح در عالم حقوقی را به عنوان یک موضوع انتزاعی، صرفاً به حالت مکانیکی تصور کرد. بنابراین مجموعه عواملی که موجب احراز سبب مسئول است، دارای جنبه‌های مادی و غیر مادی است. از نظر این تحقیق، معیار قابلیت پیش‌بینی ایراد ضرر از جنبه‌های غیر مادی سبب حقوقی محسوب می‌شود.

واژگان کلیدی: سبب متناسب، قابلیت پیش‌بینی ایراد ضرر، واقع‌گرایان حقوقی، تقصیر.

مقدمه

از حیث نگرش به موضوع رابطه سببیت، در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ تغییرات ملموسی ایجاد شده است. برخی نسبت به دیدگاه قانون‌گذار، رویکرد انتقادی داشته و مواد قانونی جدید در حوزه رابطه سببیت را متشتت و فاقد معیار روشن دانسته‌اند. در مقاله حاضر، رویکرد قانون‌گذار بهانه‌ای گردید تا نظریه سبب متناسب و جایگاه آن در حقوق ایران با مطالعه تطبیقی حقوق کامن‌لا مورد بررسی قرار گیرد. بر اساس معیار سبب متناسب، سببی که با خسارت، تناسب دارد و ورود ضرر از ناحیه آن قابل پیش‌بینی است، مسئول خسارت است.

دیدگاه‌های مطرح در نظریه سبب متناسب، در آثار حقوقی ایران با عنوان سبب متعارف شناخته شده است، لیکن در این زمینه معیار و ساختار نظریه مزبور، به خصوص ساختار قانونی و ساختار فقهی آن به طور روشن بررسی نشده است. سبب متعارف به طور کلی به استناد عرفی احاله شده و تفاوت‌ها و ویژگی‌های خاص آن بررسی نشده است. سبب متناسب دارای دو ویژگی بارز است؛ ویژگی نخست، نقش تقصیر در رابطه سببیت است و ویژگی دوم، معیار قابلیت پیش‌بینی ایراد ضرر^۱ برای تفکیک بین عوامل متناسب و غیر متناسب با نتیجه حاصل شده است. قانون مجازات اسلامی جدید هر دو

1. Foreseeability of damage.

ویژگی را مورد توجه قرار داده است. اشاره و تأکید به قانون مجازات اسلامی صرفاً به جهت مواضع جدید قانون‌گذار است و حقوق ایران با وجود قوانین متعددی^۱ که در خصوص رابطه سببیت در مباحث مسئولیت مدنی و مسئولیت کیفری دارد، همانند نظام‌های حقوقی کشورهای دیگر و مبانی فقهی، ساختار و ویژگی‌های یکسانی در حوزه رابطه سببیت دارد.

در کتب فقهی در باب غصب، موضوع اتلاف بالتسبیب به عنوان یکی از موضوعات موجب ضمان تبیین شده است و در توصیف و بیان تسبیب، تمامی مطالب و مبانی مربوطه که در باب دیات و قصاص نیز مطرح گردیده است، در ذیل عنوان اتلاف بالتسبیب لحاظ شده است (نجفی، ۱۴۰۴: ۵۱/۳۷). ویژگی‌های سبب متناسب به روشنی در احکام و قواعد این بخش مشاهده می‌شود و از این حیث، سعی بر این است که به این مبانی اشاره شود. با بررسی این مبانی مشخص می‌شود که سبب متناسب، صرفاً ناظر به مشکلات و مسائل اجتماع اسباب نیست و این نظریه به عنوان یک قاعده در تمام حالت‌ها، قاعده‌ای قابل استناد است و با تشخیص قاعده می‌توان مواردی را که استثنا محسوب می‌شوند، تفکیک کرد.

در حقوق اروپایی، نظریه سبب متناسب به یوهان فون کریس نسبت داده می‌شود (سنهوری، ۱۳۹۰: ۱۳۲/۲) و ویژگی‌های این نظریه در آثار حقوقی وی اهمیت بسزایی دارد. لیکن حقوق کامن‌لا به خصوص حقوق آمریکا، به طور گسترده‌ای مطالب مربوط به سبب متناسب را در رویه عملی و آثار حقوقی مورد ارزیابی قرار داده است و هر دو ویژگی بیان‌شده برای مبانی سبب متناسب در حقوق کامن‌لا مشهود است؛ هم نقش تقصیر در رابطه سببیت به روشنی تعیین شده است و هم بررسی نظریه تناسب با معیار پیش‌بینی‌پذیری ایراد ضرر، موجب ضابطه‌مند کردن نظریه یادشده گردیده است.

در نظام حقوقی کامن‌لا، دو نوع بررسی جهت تعیین مسئول و میزان مسئولیت وجود دارد؛ نوع اول، بررسی شرایط و اسبابی که در تحقق زیان دخالت داشته‌اند، به نحو مادی تعیین می‌شوند، یعنی مشخص می‌گردد که در سلسله اسباب موجود به

۱. از جمله قوانین مهم در این زمینه، قانون مدنی، قانون مسئولیت مدنی، قانون مجازات اسلامی است.

لحاظ مادی، چه سببی موجب خسارت شده است؛ ولی این تحلیل عینی یا مادی به تنهایی راهگشا نیست و علاوه بر بررسی نوع اول، تحلیل‌هایی که ناشی از بررسی‌های معنوی و اخلاقی است، تکمیل‌کننده نوع احراز رابطه سببیت است. به بیان دیگر، تفکیکی بین «رابطه سببیت واقعی»^۱ و «رابطه سببیت حقوقی»^۲ وجود دارد.

از نظر پژوهش حاضر، رابطه سببیت حقوقی، مکمل رابطه سببیت واقعی است و به طور غالب در تعیین محدوده مسئولیت، به رابطه سببیت حقوقی استناد می‌گردد. بر این اساس باید بین «رابطه سببیت واقعی» و «رابطه سببیت حقوقی» تفکیک قائل شد و اظهار نمود که رابطه سببیت واقعی، زنجیره‌ای از علل وقوع حوادث است که منجر به نتیجه زیانبار می‌گردد؛ در حالی که رابطه سببیت حقوقی صرفاً بستگی به عوامل مادی تحقق زیان ندارد. رابطه سببیت حقوقی با اصطلاح «رابطه سببیت متناسب»^۳ شناخته می‌شود و معیار اصلی برای تشخیص سبب حقوقی، وجود تقصیر و قابل پیش‌بینی بودن ایراد ضرر نسبت به عامل ضرر است^۴ (van Dam, 2013: 316-319).

۱. چیستی نظریه تناسب

۱-۱. منشأ نظریه تناسب

فلاسفه دیدگاه‌های مادی نسبت به ارتباط علیت داشته‌اند؛ هرچند در خصوص موضوع ارتباط علی، بیش از بحث اثباتی، به مسئله ثبوتی قضیه توجه داشته‌اند. دو نوع دیدگاه عمده نسبت به رابطه علیت در فلسفه وجود دارد. دیدگاه عقل‌گرا که معتقد به وجود یک رابطه بین علت و معلول است و دیدگاه تجربه‌گرا که صرفاً توالی بین دو پدیده

1. Factual cause.

2. Legal cause.

3. Adequate cause.

۴. در اصطلاح می‌توان از واژه نزدیکی نسبت به واژه proximate استفاده کرد. همین موضوع سبب شده است تا نویسندگان بزرگی در حقوق ایران، در تحلیل رابطه سببیت و نظرات مختلف حقوقی، با اشاره به حقوق کامن‌لا معادل سبب نزدیک را برای اصطلاح یادشده به عنوان یکی از نظرات حقوقی بیان نمایند؛ در حالی که قرابت مورد نظر در اصطلاح یادشده، به مفهوم تناسب است (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۴۶۷-۴۶۸).

را می‌پذیرد و به سبب تجربه، این توالی را قابل احراز می‌داند (کاپلستون، ۱۳۷۰: ۲۹۵/۵).^۱ در هر صورت، دیدگاه فلسفی سنتی صرفاً به توالی پدیده‌ها به عنوان موضوعی مادی توجه دارد. همین نگرش باعث شده است که بین عوامل مختلف منتهی به سبب، هیچ‌گونه تفاوت و تبعیضی وجود نداشته باشد و نظریه برابری اسباب، نظریه‌ای متأثر از دیدگاه فلسفی باشد. در حالت ابتدایی چنین دیدگاهی، تفاوتی بین شرط و سبب نیز وجود ندارد و عامل با هر کیفیتی، مؤثر در تشخیص ارتباط سببی تلقی می‌گردد (حاجی‌نوری، ۱۳۸۹: ۷۹). در مقابل، سبب متناسب معتقد به ویژگی‌های خاص رابطه سببیت در عالم حقوقی است و از این رو معیارهایی برای گزینش عوامل ارائه می‌نماید که موجب تمایز سبب حقوقی از سبب مادی صرف است.

نظریات مختلفی در حقوق ایران به عنوان نظریات تشخیصی در صورت تعدد اسباب طولی مطرح شده‌اند که با منشأ حقوق خارجی و فقهی مورد ارزیابی قرار گرفته‌اند. شاخصه مهمی موجب احراز تفاوت بین دو نگرش می‌گردد؛ دیدگاه‌هایی که صرفاً در کشف سبب مسئول دیدگاه مادی دارند^۲ و دیدگاه‌هایی که نگرش مادی صرف ندارند و کیفیت سبب را بر اساس عرف می‌سنجند.^۳ دیدگاه سبب متناسب، در مقابل دیدگاه‌های با نگرش صرف مادی قرار می‌گیرد. چنانچه گفته شد، سبب متناسب، با عنوان سبب حقوقی نیز شناخته می‌شود؛ زیرا قانون‌گذار، حقوقی را اعتبار می‌بخشد و از آن‌ها حمایت می‌نماید، هر آنچه به طور معقول با چنین حمایتی در تعارض باشد،

۱. تفاوت این دو دیدگاه: بر حسب عقاید تجربه‌گرایان، ارتباط علی رابطه‌ای تحلیلی و ضروری نیست و صرفاً با اتکاء به تجربه احراز می‌شود. ولی در دیدگاه عقل‌گرا، ارتباط علی یک رابطه ضروری و تحلیلی است. ثمره این تفاوت در این موضوع است که تجربه‌گرایان، وجود رابطه علی را به عنوان یک رابطه انتزاعی موجود نمی‌پذیرند.

۲. نظریات موجود جهت احراز رابطه سببیت، هر یک معیاری خاص برای نشان دادن رابطه بین فعل و زیان دارند. این معیارها بر اساس زمان تشکیل سبب، زمان اثر سبب و ترتیب اسباب و... به تعیین سبب مسئول می‌پردازند (سبب مقدم در تأثیر، سبب فوری، سبب مستقیم، برابری اسباب و...)، معیارهای بیان‌شده معیارهایی مادی‌اند و حسب ظاهر نظریات موجود، توجهی به عوامل ذهنی اسباب نمی‌شود.

۳. عرف اصطلاح کلی است و در این رابطه، ضابطه گاهی ضرورت، کفایت، اصلی بودن توصیف می‌شود. لیکن فارغ از ادبیات به کاررفته تصور می‌شود همه ویژگی‌های یادشده ناشی از جهات تقصیرآمیز بودن سبب در مداخله سبب است که در مطالب آتی به آن خواهیم پرداخت.

برای ایجاد مسئولیت مورد توجه مقنن است. فلذا از میان اسباب و ارتباط‌های علی مختلف، آنچه مورد توجه قانون‌گذار است، رفتار عاملی است که شأن عامل، تخطی نسبت به حق حمایت‌شده قانونی باشد و هر عاملی را به صرف وجود ارتباط علی مادی با نقض حقوق حمایت‌شده به عنوان سبب شناسایی نمی‌نماید.

۲-۱. ویژگی‌های کلی سبب متناسب

رهیافت سبب متناسب، با عنوان سبب احتمالی در فلسفه نوین شناخته می‌شود. به‌طور خلاصه، ایده این دیدگاه در مورد سبب این است که عاملی بیشتر از اسباب دیگر به واقعه مورد نظر ارتباط دارد؛ مثلاً سیگار کشیدن، احتمال ابتلا به سرطان را بیش از دیگر دلایل افزایش می‌دهد، زیرا بین اشخاص سیگاری مرگ و میر ناشی از سرطان بیشتر است. بنابراین از آنجایی که عامل، باعث افزایش احتمال تحقق واقعه می‌شود، سبب واقعه است. بر اساس نظریه ابرازی، سنجش یک انسان متعارف از یک عامل، ارتباط عمیقی با احتمال واقعی افزایش نتیجه یک واقعه خاص به عنوان پیامد آن عامل دارد (هارت و هونوره، ۱۳۸۹: ۲۱۲-۲۱۳). ویژگی مهم و به عبارتی پیش شرط سبب متناسب، وجود تقصیر است؛ یعنی باید ابتدا تقصیر احراز شود و سپس عناصر و ارکان سبب مادی و سپس تناسب بررسی شود، به طوری که این موضوع در حقوق کامن‌لا به طور سنتی وجود داشته است (Harpwood, 2009: 28-30).

در جهت تشخیص سبب متناسب و انتخاب عامل مرتبط از بین تمامی عوامل موجود، دو بررسی مقدماتی ضرورت دارد؛ نتیجه رخ داده با اوصاف کلی توصیف نمی‌شود، بلکه نسبت به نتیجه حاصله، اوصافی که اهمیت دارد، لحاظ می‌شود و براساس این توصیف، عامل مؤثر و متناسب از حیث ارتباط احتمالی، بیشتر تشخیص داده می‌شود. بررسی دیگر توجه به توانایی بالقوه عامل در ایجاد نتیجه زیانبار است؛ مثلاً شخصی با موتورسیکلت با عابری تصادف می‌کند و استخوان پای عابر در اثر تصادف می‌شکند. در مسیر انتقال مصدوم به بیمارستان در اورژانس آتش‌سوزی رخ می‌دهد و شخص مصدوم در اثر آتش‌سوزی کشته می‌شود. نتیجه حاصله اگر فوت توصیف شود، می‌تواند به عامل تصادف منتسب گردد؛ زیرا اگر تصادف رخ نمی‌داد،

فوت نیز رخ نمی‌داد. لیکن اگر نتیجه را فوت ناشی از آتش‌سوزی توصیف نماییم، تناسبی بین سبب و نتیجه احراز نخواهد شد (حسنی، ۱۳۹۱: ۱۹۹-۲۰۶).

توانایی بالقوه یک عامل برای ایجاد نتیجه، بر اساس موقعیت و شرایطی است که عامل در آن شرایط به وجود آمده است؛ مثلاً وجود اکسیژن در محیط بیمارستانی بر اساس موقعیت و شرایط، امری کاملاً بدیهی است. پس نبود کپسول اکسیژن در بیمارستان چنانچه موجب نتیجه فوت بیمار شود، متفاوت با حالتی است که بیمار در یک منزل و در اثر نبود اکسیژن فوت می‌نماید. تفاوت دو مسئله در شرایط خاص هریک از موقعیت‌های توصیفی است، در حالی که در هر دو حالت، نبود اکسیژن عامل فوت بوده است. لیکن به جهت آگاهی و قابل پیش‌بینی بودن موضوع نیاز به اکسیژن در بیمارستان بر اساس تجارب موجود، این عامل بالقوه توانایی ایجاد آسیب را دارد. در نتیجه قابلیت پیش‌بینی نتایج حاصل از فعل، مؤثر در تشخیص توانایی و تأثیر در تحقق نتیجه است.

قابلیت پیش‌بینی ایراد ضرر با دو معیار شخصی و نوعی قابل سنجش است. ملاک نوعی، طرفداران بیشتری دارد؛ به طوری که در حقوق آمریکا در اصلاحیه‌های مؤسسه حقوقی آن کشور،^۱ معیار «ضرر در محدوده ریسک»^۲ جایگزین معیار قابلیت پیش‌بینی ایراد ضرر شده است. معیار محدوده ریسک و قابلیت پیش‌بینی ایراد ضرر هرچند دارای همپوشانی بسیاری هستند، ولی کاملاً مانند هم نیستند. علت آن است که هر دو معیار، مسئولیت مدنی را محدود می‌نمایند و بر این اساس، خسارتی که به اندازه کافی در زمان ارتکاب فعل زیانبار قابل پیش‌بینی نیست، در میان خطرات فعل تقصیرآمیز قرار نمی‌گیرد یا به عبارتی، از آسیب‌های بالقوه نسبت به فعل زیانبار محسوب نمی‌شود. علت استفاده از معیار داخل در محدوده ریسک می‌تواند به سهولت در کاربرد این معیار و شفافیت بیشتر آن مربوط باشد. به علاوه در این معیار، تمرکز بیشتر بر ریسک و خطرات زمان ارتکاب فعل است که کاملاً نوعی است و در مقابل، معیار قابلیت پیش‌بینی ایراد ضرر در موضوعات، مربوط به مسئولیت ناشی از تقصیر مبهم است (Zipursky, 2009: 1254).

1. the American Law Institute.

2. "scope-of-the-risk" test.

۲. جایگاه نظریه تناسب در متون فقهی و قانون مجازات اسلامی

مصوب ۱۳۹۲

۱-۲. سبب متناسب در تعاریف فقهی

دو نوع تعریف از سبب در متون فقهی وجود دارد؛ اولی تعریف مبتنی بر توالی مادی است که به نوعی متناظر با معیار «اگر نبود»^۱ است و گفته شده است سبب یعنی چیزی که عدمش اقتضای عدم را دارد و وجودش اقتضای وجود.^۲ تعریف دوم به طور عمده در باب اتلاف بالتسبیب به کار رفته است؛ سبب چیزی غیر از علت است که با وجود آن، تلف حاصل می‌شود؛ به شرطی که سبب از اموری باشد که انتظار علت از آن می‌رود^۳ (نجفی، ۱۴۰۴: ۵۱/۳۷).

دو تعریف فوق در تطبیق با موارد عملی، با قید پایانی تعریف دوم یعنی قابل انتظار بودن علت، تفاوت خود را نشان می‌دهند؛ مثلاً اگر شخصی حیوان دیگری را حبس نماید و در نتیجه حبس حیوان، بچه حیوان در اثر عدم تغذیه شیر مادر بمیرد، گفته شده است که اگر قائل به تعریف سبب عرفی (منظور سبب مادی یعنی تعریف اول) باشیم، رابطه سببیت وجود دارد؛ لیکن اگر قائل به تعریف سبب شرعی (منظور سبب قانونی یعنی تعریف دوم) باشیم رابطه سببیت وجود ندارد، چون اتلاف بچه حیوان هرچند ناشی از عدم تغذیه شیر مادر است (علت) و این امر ناشی از اقدام حابس است، لیکن این اتلاف امری نادر است^۴ (همان: ۵۲/۳۷)؛ به همین جهت رابطه سببیت وجود ندارد.

۲-۲. جایگاه تقصیر در تسبیب از دیدگاه فقهی

از نظر قاطبه فقها، باب اتلاف اعم از اتلاف بالمباشره و اتلاف بالتسبیب است. با توجه به همین مبانی، گفته شده است که تقصیر نقشی مستقل در شرایط ضمان ندارد و

1. But for test.

۲. «یلزم من عدمه العدم ویلزم من وجوده الوجود».

۳. تعاریف مشابه دیگری با تفاوت‌های اندک در متون فقهی وجود دارد.

۴. یعنی تحقق علت (عدم تغذیه شیر مادر) از سبب (حبس حیوان) انتظار نمی‌رود، هرچند اتفاقاً در عالم خارج این موضوع رخ داده باشد.

اصل اساسی، استناد اتلاف به عامل است و تقصیر تنها در تشخیص این رابطه مفید خواهد بود (بابائی، ۱۳۸۱: ۷۳-۷۵). همچنین گفته شده است که نقش تقصیر به سبب برخورد اصل ضمان مطلق با قواعد سلطنت و احسان است، نه اینکه نقش مستقلی داشته باشد (حاجی‌نوری، ۱۳۹۱: ۱۵۳-۱۵۷). به طور کلی بر خلاف آثار حقوقی برجسته‌ای که تقصیر را به عنوان رکنی مستقل بررسی نموده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۳۳۴)، نظریات نوین نقشی مستقل برای تقصیر در ایجاد مسئولیت قائل نیستند و اصل را مبتنی بر ضمان مطلق می‌دانند؛ چنانچه برخی فقها نیز تفاوتی بین تسبیب و اتلاف قائل نشده و صرفاً صدق عنوان متلف را کافی برای تحقق ضمان دانسته‌اند (حسینی مراغی، ۱۴۱۹: ۴۳۵). نتیجه نظرات ابرازی چنین خواهد شد که صرف استناد مادی، کافی برای ضمان سبب است؛ زیرا تقصیر به عنوان ابزاری برای احراز رابطه سببیت تصور شده است که بدون تقصیر نیز اگر این رابطه احراز شود، مسئولیت ایجاد خواهد شد؛ همان گونه که در اتلاف چنین است.

بررسی آثار فقهی، دلالت بر این موضوع دارد که هرچند تسبیب در باب اتلاف مورد بررسی بوده است، ولی شرایط ایجاد ضمان برای این دو یکسان نبوده‌اند. این موضوع با استقراء در مثال‌های مختلف روشن است و علاوه بر این، برخی فقهای امامیه برای ضمان سبب، شرایطی را به صراحت بیان نموده‌اند.^۱ مجموع شروط بیان‌شده، در یک شرط قابل بیان است: «شرط تعدی و تفریط عرفی» (خوانساری، ۱۴۰۵: ۵/۲۰۶-۲۰۷). در بیان تقصیر نیز عدوان عرفی، ملاک تشخیص داده شده است؛ زیرا چه بسا عملی شرعاً مجاز باشد، ولی عرف آن را عدوان و ظلم تلقی کند (همان). با لحاظ مراتب فوق گفته شده است که اگر حفرکننده چاه در ملک خود چاهی حفر کند و موجب آسیب به دیگری گردد، سبب حادثه است، ولی سبب مضمون نیست (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۶۹/۱۸).

تفاوت محسوسی بین سبب و مباشر توصیف شده است. مباشر علت است و پس از آن، انتظار معلول کاملاً منطقی است. پس از این حیث شرط قابلیت پیش‌بینی برای

۱. «شروط لتأثیر التسبیب فی الضمان».

امری که بلاواسطه رخ خواهد داد، نیازی نیست و این امر موجب شناسایی ضمان مطلق برای متلف مباشر است؛ چرا که هیچ واسطه‌ای بین فعل رخ داده و نتیجه حاصل شده وجود ندارد؛ یعنی مباشر اتلاف، مولد اثر است و از این رو نیازی نیست که برای اتلاف شرط دیگری وجود داشته باشد؛ در حالی که در تسبیب، علت وقوع زیان، امر دیگری غیر از سبب است. بنابراین باید ایجاد علت در زمان تحقق سبب مورد انتظار باشد؛ چون واسطه یا واسطه‌هایی وجود دارد که وجود چنین واسطه‌هایی باید قابل پیش‌بینی باشد. چنانچه گفته شده است، منظور از ملزوم‌العله بودن در تسبیب، ملازمه خارجی است که پس از تحقق آشکار شده است، نه ملازمه واقعی دائمی که اگر چنین باشد، مشمول افعال مولد آثار خواهد بود و این موضوع مشمول اتلاف است نه تسبیب (رشتی، بی‌تا: ۲۹)؛ کما اینکه گفته شده است در اتلاف هلاکت، اضافه واقعی است، ولی در تسبیب هلاکت، اضافه مجازی است (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲: ۱۵).

۲-۳. علت لزوم تقصیر برای ضمان سبب

در تعلیل شرط بودن تقصیر برای ضمان سبب، به قواعدی چون قاعده احسان و قاعده سلطنت در شرایط ضمان سبب استناد شده است و کاربرد هر دو قاعده، ناشی از مصادیق و قضایایی است که اکثر مثال‌های فقهی در آن موارد بررسی شده است؛ مثلاً اگر شخصی چاهی را در خانه خود حفر نماید، قاعده سلطنت حاکم خواهد بود یا اگر شخصی در معبری سنگی را جابه‌جا نماید و غرض عقلایی برای احسان داشته باشد، قاعده احسان حاکم خواهد بود (خوانساری، ۱۴۰۵: ۲۰۷/۵). هر دو قاعده، حالت احترازی دارند و به خودی خود مثبت امری نیستند. آنچه مورد احتراز است، تقصیر است؛ یعنی از حالت‌هایی که تقصیر محسوب نمی‌شوند، احتراز می‌گردد، پس شرط اصیل ضمان سبب، تقصیر است.

آنچه در تعلیل لزوم شرط تقصیر برای ضمان سبب می‌توان گفت، وجود اصل اباحه است، چنانچه منشأ استناد به قاعده سلطنت نیز همین موضوع است. در اقسام احکام وضعی همچون ضمان، رخصت شرعی موجود و اصل اباحه، دلالت بر عدم ترتب حکم ضمان دارد، مگر اینکه اقدام نسبت به فعل، ملازمه با ضرر به غیر داشته باشد

(رشتی، بی‌تا: ۳۱). کاملاً طبیعی است که اعمال و رفتار اشخاص در زندگی عموماً اعمال مباح باشند و ویژگی اساسی سبب ضمان‌آور، باید به نحوی باشد که شرع در حمایت از ضررهای وارده، سبب را عامل زیان بداند، در غیر این صورت اشخاص در اعمال مباح خود نباید مسئول خسارات غیر قابل پیش‌بینی باشند، هرچند انتساب به نحو مادی آشکار باشد. همین مسئله در تعریف سبب شرعی نیز لحاظ شده است و تأکید فقها بر همین نکته بوده است که سبب نسبت به نتایج نادر و اتفاقی مسئولیتی ندارد^۱ (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲: ۱۶).

برخی هر عملی را که موجب خسارت شود، غیر مباح دانسته و آن را موجب حکم وضعی ضمان دانسته‌اند؛ چرا که پس از تحقق زیان، کشف می‌شود عملی که به ظاهر مباح بوده، اشتباه و حرام بوده، چون موجب خسارت شده است. این در حالی است که حسن و قبح عمل (تقصیر) در زمان انجام باید ارزیابی شود و عقلایی نیست که صفت فعل به جهت برخی امور خارجی عارض شده تغییر یابد یا تعیین شود (رشتی، بی‌تا: ۳۲). در نهایت چنانچه در تسبیب به نحو شرعی، شک وجود داشته باشد، به اصل براءت مراجعه می‌شود (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۶۹/۱۸).

در فقه عامه، موضوع با صراحت بیشتری بیان شده است. در ماده ۹۲۴ مجله الاحکام العدلیه به صراحت به شرط بودن تعدی و تفریط در ضمان سبب اشاره شده است. تمامی مصادیقی که با قواعدی چون سلطنت و احسان ارزیابی می‌شوند، ذیل همین عنوان مورد بررسی قرار می‌گیرند. علت بداهت این موضوع، به سبب وجود دو قاعده فقهی در نزد فقهای اهل سنت است که بیان می‌نماید سبب ضامن نیست، مگر تعدی نماید و مباشر ضامن است، هرچند تعدی ننماید^۲ (زحیلی، ۱۴۰۴: ۵۹۴-۵۹۵).

در قانون مدنی ایران در باب تسبیب، اشاره‌ای به شرط تقصیر نشده است. این موضوع می‌تواند ناشی از مفروض بودن این مسئله باشد، کما اینکه در مبانی فقهی

۱. نقش تقصیر در هر صورت با دیدگاه فلسفه حقوق مرتبط است و این موضوع که مبانی مسئولیت، تخلف است یا انتساب، موضوعی است که نباید نادیده گرفت. به جهت مطالب مرتبط با مبنای تقصیر از این حیث، بررسی‌های لازم صورت گرفته است.

۲. «المتسبب لا یضمن إلا بالتعدی» و «المباشر ضامن وإن لم يتعد».

چنین است. در ماده ۱۴۵ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ به وجود احراز تقصیر در جرائم غیر عمد که یکی از مصادیق بارز تسبیب است، تصریح شده است.

۲-۴. تأثیر تقصیر در تناسب رابطه سببیت

یکی از پیچیدگی‌های نظریه تناسب، اشتراکاتی است که بین شاخصه‌های تعیین تقصیر و شاخصه‌های رابطه سببیت وجود دارد. گفته شد که در رابطه سببیت در تعیین عاملی که سبب است، سنجش عوامل مؤثر بسیار حائز اهمیت است. اگر سبب به شرایط دیگر که موجب فراهم شدن علت آسیب شده است، آگاهی داشته باشد، سبب متناسب است؛ مثلاً وقتی شخصی آتشی را در خانه خود روشن می‌کند و آتش به منزل مجاور سرایت می‌کند، اگر وزش باد برای سبب یعنی آتش افروز قابل پیش‌بینی باشد، وی از آثار اقدام خود آگاهی داشته یا باید آگاه می‌بود، پس معیار روشنی در اینجا استفاده می‌شود و آن معیار، نوعی قابلیت پیش‌بینی است. سؤال مهمی که می‌توان در اینجا طرح کرد این است که آیا شاخصه قابلیت پیش‌بینی که در مثال فوق نیز بیان شد، به جهت نقش تقصیر در رابطه سببیت است؟ آیا در حقیقت، شاخصه موصوف در تعیین تقصیر و به طور تبعی در تعیین رابطه سببیت ایفای نقش نموده است؟ آیا مصادیقی از قانون مجازات اسلامی که برای احراز رابطه سببیت بیان شد، در حال توصیف تقصیر هستند یا به ویژگی خاصی از رابطه سببیت توجه دارد؟

چنانچه گفته شد، در متون فقهی، قابلیت پیش‌بینی ضرر در تعریف رابطه سببیت لحاظ شده است و در مصادیق با همین دیدگاه که سبب شرعی مستلزم چنین شاخصه‌ای است، ضمان سبب ارزیابی شده، و تقصیر به عنوان شرط ضمان سبب پیش‌بینی شده است. در حقیقت پیش از آنکه به صرف رابطه سببیت مادی و نتیجه حاصله پرداخته شود، ابتدا به عدوان (تقصیر) سبب توجه می‌شود؛ یعنی تا سبب عدوانی نباشد، اصل اباحه و اصل برائت موجب بری بودن سبب است و نمی‌توان عامل را به عنوان سبب شرعی شناخت. در تشخیص تقصیر، به رفتار شخص متعارف در شرایط مشابه توجه می‌شود تا صرفاً این مجهول پاسخ داده شود که آیا رفتار عامل، خارج از رخصت و اباحه بوده است یا خیر؟ بی‌شک پیش‌بینی‌های یک شخص متعارف، مؤثر در تشخیص

نحوه رفتار خواهد بود و از این رو، قابلیت پیش‌بینی ضرر در توصیف تقصیرآمیز بودن به کار می‌رود.

مقصر بودن سبب، شرط لازم برای ضمان سبب است و این موضوع یکی از ارکان تشخیص تناسب است؛ لیکن این موضوع برای تحقق ضمان سبب کافی نیست و چه بسا رفتار یک شخص، تقصیرآمیز محسوب شود، ولی زیان حاصل شده با تقصیر شخص تناسبی نداشته و نسبت به آن تقصیر، چنین زیانی قابل تصور نباشد؛ مثلاً راننده‌ای در حرکت قطار قصور نموده و موجب تأخیر در حرکت قطار باشد و در نتیجه قطار در زمان وقوع سیل در محل وقوع سیل قرار گیرد یا اینکه شخصی در روشن کردن آتش از مواد آتش‌زایی استفاده کند که تقصیر محسوب می‌شود، لیکن به صرف استفاده از مواد آتش‌زا نمی‌توان پیش‌بینی کرد که آتش به ملک مجاور نیز سرایت خواهد کرد. بنابراین در سبب شرعی، به قابل انتظار بودن نتیجه حاصله به طور مجزا توجه شده است. از این رو برخی فقها در واژگان مورد استفاده خود، از تأثیر سبب استفاده کرده‌اند که اشاره به ارتباط نتیجه با تقصیر دارد (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۱۶). مصادیق مختلفی که در مواد ۵۱۶ تا ۵۲۲ قانون مجازات اسلامی بیان شده است، در حقیقت به ویژگی خاص سبب قانونی توجه داشته است، نه صرف تقصیر. بنابراین قابلیت پیش‌بینی ایراد ضرر، دارای کارکردهای مختلف در جایگاه‌های مختلف است و گاهی این کارکرد در هر دو جایگاه هم‌راستا بوده و یک نتیجه را در بر خواهد داشت.

در فقه عامه در شرایط ضمان سبب، به روشنی شرط تقصیر (تعدی) متفاوت با شرط متناسب بودن سبب بیان شده است. تناسب با این شرط مقید است که به حسب عادت، تحقق نتیجه از سبب، بدون دخالت عامل دیگر قطعی باشد و این موضوع غیر از موضوع تقصیر است و ملاک تشخیص هرچند عرف و عادت قید شده است، لیکن شاخصه، قابل انتظار بودن نتیجه از سبب است (زحیلی، ۱۴۰۴: ۵۹۵).

قابلیت پیش‌بینی ایراد ضرر در فقه امامیه با ملاک نوعی مورد پذیرش واقع شده است. این موضوع در تعاریف رابطه سببیت نیز لحاظ شده است؛ چنانچه در قسمت تعریف، برخی به جهت تأکید به نوعی بودن معیار «انتظار حاصل از سبب»، کلمه «قاصداً» را از عبارت «قاصداً لتوقع ذلك» حذف نموده‌اند (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۲۰۷/۶). در عین

حال گفته شده است که کلمهٔ مزبور به این مفهوم نیست که عامل، سبب را قصد کرده باشد؛ بلکه منظور، در هر حالت شأن سبب و قصد آن شأن است، بدون توجه به این مسئله که آیا نتیجهٔ حاصله، قصد شده است یا خیر؟ (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۱۹/۱۸). حتی برخی گفته‌اند که اگر سبب، تحقق خسارت را قصد نماید، دیگر سبب نیست و علت است (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۳۳/۲).

حقوق کامن‌لا در توصیف مسئولیت ناشی از تقصیر، وجود تقصیر را به وجود وظیفه مراقبتی،^۱ نقض آن^۲ و خسارت^۳ وابسته می‌داند و بررسی مزبور، مقدم بر بررسی رابطه علی از حیث مادی و محدودهٔ مسئولیت است. در این جایگاه یعنی بررسی وجود تقصیر، پیش‌بینی‌پذیری برای تعیین مصداق‌های خود وظیفه مراقبتی است و اشخاص هدف وظیفه مراقبتی را محدود می‌نماید؛ یعنی برای اینکه تقصیری احراز شود، باید وظیفه مراقبتی عامل خسارت نسبت به شخص زیان‌دیده احراز شود و این مسئله، نشان‌دهنده دو جنبه از نحوه احراز است: اول اینکه وظیفه مراقبتی خواسته‌شده، متناسب و متعارف باشد و دوم اینکه شخص زیان‌دیده نیز به طور نوعی شخصی باشد که عامل زیان به نحو متناسب نسبت به وی دارای وظیفه مراقبتی باشد؛ مثلاً اگر شخصی در حالت همسایگی،^۴ مکلف به رعایت وظایف مراقبتی خاصی باشد، این انتظار وجود ندارد که همین میزان از مراقبت را نسبت به اشخاصی که با فاصله قابل توجهی از وی زندگی می‌کنند، داشته باشد^۵ (Green, 2013: 24-29)؛ مثلاً افروختن آتش در محلی که همسایه‌ای وجود ندارد و عادتاً تناسبی بین افروختن این آتش و سرایت آن به محلی دورتر وجود ندارد و به طور اتفاقی و در اثر جریان باد شدید چنین اتفاقی رخ دهد، گفته می‌شود که وظیفه مراقبتی نسبت به زیان‌دیده به عنوان شخصی دور از انتظار قابل

1. Duty of care.
2. Breach of duty.
3. Damages.

۴. اصل مجاورت صرفاً به فاصله فیزیکی محدود نیست و ابعاد ارتباطی آن گسترده‌تر است.
 ۵. بر اساس عقاید لرد آکتین باید شخص آسیب‌دیده به مانند رابطه همسایگی، دارای رابطه‌ای با خواهان باشد. مفهوم قرابت در این جایگاه نیز به شدت به ملاحظات اجتماعی، مصلحت‌ها و سیاست‌گذاری‌های حقوقی جامعه مرتبط است.

تصور نیست.

۲-۵. سبب متناسب در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲

در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ دو نوع نگرش مورد توجه مقاله حاضر است: اول اینکه قاعده کلی رابطه سببیت انتساب ضرر است و دوم اینکه دیدگاه‌های مطرح در سبب متناسب در قانون به صراحت بیان شده است.

۲-۵-۱. اماره بودن سبب مقدم در تأثیر

همواره این موضوع مطرح بوده است که از منظر قانونی، چه سببی در میان اسباب طولی به عنوان سبب مسئول تلقی شده است و به سبب مقدم در تأثیر، به عنوان معیار تشخیصی تصریح شده در قانون استناد و اشاره می‌شود. باید این نکته را لحاظ کرد که در صورت تعدد عوامل اعم از تعدد اسباب و تعدد اسباب و مباشر، قانون چه حکم کلی را بیان نموده است؟

ماده ۵۲۶ قانون مجازات اسلامی به صراحت اشاره نموده است که در صورت تعدد عوامل مباشر و سبب، عاملی که جنایت مستند به اوست، ضامن است. بنابراین حکم کلی، استناد ضرر به عامل است. زمانی که چنین حکمی در جمع سبب و مباشر توسط قانون‌گذار بیان شده است، به طریق اولی این حکم در صورت تعدد اسباب مطرح خواهد بود. پس حکم کلی قانون‌گذار، استناد عرفی ناشی از تشخیص تأثیر عامل در نتیجه است. چنانچه ماده ۵۲۹ قانون مزبور، ضمان مدنی را منوط به استناد نتیجه حاصله به تقصیر دانسته است؛ موضوعی که از مقومات سبب متناسب محسوب می‌شود.

با توجه به مواد یادشده پی می‌بریم که حکم اولیه، توجه به تقصیر و در عین حال استناد است و در این زمینه، مقدم در تأثیر بودن می‌تواند اماره مناسبی باشد (رهپیک، ۱۳۹۵: ۸۲). در کتب فقهی در عین حال که به عرفی بودن رابطه سببیت اشاره شده است، چنین معیاری مطرح گردیده است. حتی برخی فقها با وجود پذیرش معیار سبب مقدم در تأثیر، در نهایت احتمال مسئول بودن تمام اسباب را قوی دانسته‌اند (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۱۹۳).

۲-۵-۲. وجود مقومات سبب متناسب در قانون مجازات اسلامی

قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در مواد ۵۳۵^۱ و ۵۳۶^۲ به تبیین قاعده، جهت احراز انتساب ضرر در اسباب طولی پرداخته است. مطابق با این مواد، اماره مورد پذیرش جهت احراز رابطه بین فعل و زیان، نظریه سبب مقدم در تأثیر است. ولی در ادامه به پذیرش تأثیر عوامل ذهنی در رابطه سببیت اشاره کرده است و این اشاره، تکمیل‌کننده قواعد پیش گفته است. در این مواد به قصد، آگاهی و مجاز بودن، به عنوان معیارهایی جهت احراز رابطه سببیت تمسک شده است؛ معیارهایی که تحت عنوان پیش‌بینی‌پذیری ضرر و از مقومات نظریه تناسب است.

در نقد مواد فوق بیان گردیده است که قانون‌گذار، عمد و قصد اسباب را که از موجبات ثبوت حکم تکلیفی است، در حکم وضعی که در اینجا ناظر به واقعیت خارجی است، به نحوی تسری داده که با قواعد حاکم بر اضرار مغایر است؛ زیرا عنصر آگاهی و عمد در واقعیت خارجی منجر به اضرار، دخالت داده شده است و مفاد این مواد را مغایر با فقه امامیه دانسته و هیچ محملی برای آن قائل نشده‌اند (صادقی، ۱۳۹۲: ۴۰-۳۹)؛ در حالی که در فقه امامیه در قاعده تسبیب، به صراحت به مورد انتظار بودن علت ضرر و قصد اشاره شده است. از طرفی علم و قصد از جهت حکم مؤثر نیست، بلکه از مقومات یا مصححات موضوع رابطه سببیت است؛ یعنی علم و قصد در موضوع مؤثر بوده و به تبع آن حکم آن را تغییر می‌دهد. در احکام وضعی مانند مسئولیت مدنی

۱. «ماده ۵۳۵- هر گاه دو یا چند نفر با انجام عمل غیر مجاز، در وقوع جنایتی به نحو سبب و به صورت طولی دخالت داشته باشند، کسی که تأثیر کار او در وقوع جنایت، قبل از تأثیر سبب یا اسباب دیگر باشد، ضامن است؛ مانند آنکه یکی از آنان گودالی حفر کند و دیگری سنگی در کنار آن قرار دهد و عابری به سبب برخورد با سنگ به گودال بیفتد که در این صورت، کسی که سنگ را گذاشته، ضامن است، مگر آنکه همه، قصد ارتکاب جنایت را داشته باشند که در این صورت، شرکت در جرم محسوب می‌شود».

۲. «ماده ۵۳۶- هر گاه در مورد ماده ۵۳۵ این قانون، عمل یکی از دو نفر غیر مجاز و عمل دیگری مجاز باشد، مانند آنکه شخصی وسیله یا چیزی را در کنار معبر عمومی که مجاز است، قرار دهد و دیگری کنار آن چاهی حفر کند که مجاز نیست، شخصی که عملش غیر مجاز بوده، ضامن است. اگر عمل شخصی پس از عمل نفر اول و با توجه به اینکه ایجاد آن سبب در کنار سبب اول، موجب صدمه زدن به دیگران می‌شود، انجام گرفته باشد، نفر دوم ضامن است».

علم و اراده نقشی ندارد؛^۱ زیرا علم و اراده ناظر به افعال مکلف است و در حکم وضعی چنین مسئله‌ای منتفی است، لیکن در برخی احکام وضعی مانند تسبیب، حکم وضعی به تبع تکوین موضوع جعل می‌شود؛ یعنی به تبع حکم تکلیفی جعل نمی‌شود و استقلال در جعل آن به تبع تکوین موضوع است (آخوند خراسانی، ۱۴۱۰: ۳۲/۱). از این حیث، علم و اراده از مصححات موضوع تلقی می‌شود و علم و اراده مؤثر در ساختن موضوع است. در حقیقت نقد چنین دیدگاهی دقیقاً منطبق با دیدگاه واقع‌گرایان حقوقی^۲ است که رابطه سببیت را موضوعی کاملاً مادی تصور می‌نمایند.

در فقه امامیه، موضوع قابلیت پیش‌بینی ایراد ضرر نه تنها در باب تسبیب اشاره شده است، بلکه در ابواب مرتبط با رابطه سببیت مانند اکراه، غرور^۳ و... به آن تمسک شده است و در این موارد نیز علم و جهل به طور مستقیم در حکم تأثیر ندارد، بلکه موضوع را می‌سازد.

زمانی که گفته می‌شود یکی از ویژگی‌های قوه قاهره غیر قابل پیش‌بینی بودن است، حکمی استثنایی در مقوله رابطه سببیت ایجاد نکرده‌ایم و در حقیقت این امر مشعر به قاعده کلی ناشی از ماهیت رابطه سببیت متناسب است. البته غیر قابل پیش‌بینی بودن قوه قاهره در عدم احراز رابطه سببیت مؤثر است و خود نهادی خاص محسوب می‌شود، ولی نتایج ناشی از این نهاد مطابق با آثار نظریه سبب متناسب است.

۳. چالش‌های سبب متناسب

۳-۱. نقد جایگاه قابلیت پیش‌بینی ایراد ضرر در رابطه سببیت

برخی نویسندگان حقوقی در آثار خود بیان نموده‌اند که پذیرش معیار «قابلیت پیش‌بینی ضرر»، دارای مبنای اخلاقی است و جایگاه این معیار نیز از عناصر ضرر قابل جبران است. مطالعات تطبیقی در این رابطه با رویکرد حقوق قراردادهای و مسئولیت

۱. به همین جهت نیز گفته می‌شود که مجبوران با حصول شرایط، مسئول هستند.

۲. در بخش بعدی دیدگاه این گروه بررسی می‌گردد.

۳. مثلاً علم و آگاهی مغرور، مؤثر در تشخیص رابطه سببیت است؛ همان‌گونه که در قاعده اقدام، علم و عمد نقش مؤثری دارد.

مدنی نیز صورت گرفته و بیان شده است که در حقوق انگلستان «قابلیت پیش‌بینی ضرر» مبنای اخلاقی دارد و با ملاحظات اخلاقی، میزان مسئولیت شخص نسبت به ضررهای قابل جبران کاسته می‌شود. به عبارت دیگر، مسئولیت اشخاص به آثاری ناظر است که برای شخص قابل پیش‌بینی باشد (غمامی، ۱۳۸۸: ۸۸ و ۹۷-۱۰۲). اولاً در حقوق، مبنای بسیاری از قواعد به طور اجتناب‌ناپذیری اخلاقی است و به این جهت عدم تدوین جایگاه حقوقی به صرف توصیف مبنا، ابهاماتی نظری و عملی در اجرای «قابلیت پیش‌بینی ضرر» در پی خواهد داشت. ثانیاً در نظام حقوقی کامن‌لا مبنای معیار «قابلیت پیش‌بینی ضرر» صرفاً اخلاق نیست و به طور کلی «ملاحظات اجتماعی یا مصلحت‌ها»^۱ به عنوان مبنای این معیار توصیف گردیده است.

۱-۱-۳. ملاحظات اجتماعی یا مصلحت‌ها

در مسائل مسئولیت مدنی، با حقوق دو طرف یعنی شخص آسیب‌دیده و عامل آسیب مواجه هستیم. سیاست‌گذاری‌هایی که به طور عمدۀ ناشی از اهداف مسئولیت مدنی است، در رویه عملی و حتی تدوین قوانین نسبت به تعادل دو حق فوق مؤثر است. بیشتر این مصالح به ملاحظات اقتصادی طرفین، ملاحظات اخلاقی و ملاحظات جبران خسارت توجه دارند؛ برای مثال اگر هدف جبران خسارت اهمیت بیشتری داشته باشد، در تعارض با مصالح اخلاقی، سیاست‌هایی اتخاذ می‌گردد که به نفع شخص آسیب‌دیده باشد یا در مقابل ممکن است ملاحظات اقتصادی با هدف حمایت از تولید، اهداف مسئولیت مدنی را تحت تأثیر قرار دهد؛ مثلاً اگر هدف جبران خسارات، بیش از دیگر اهداف و رویکردها مهم باشد، نگرش عملی و حتی قانونی در نیل به این هدف خواهد بود (Weinrib, 2012: 68-69).

نمونه بارزی از موضوع مصلحت‌اندیشی که به طور عملی در رویه قضایی ایران نیز ملاحظه می‌شود، مسئول شناختن عاملی است که جبران خسارت ناشی از وی توسط بیمه جبران خسارت تأمین می‌شود. یعنی اگر عوامل متعددی در خسارت واقع شده دخیل باشند و تنها یک عامل، دارای بیمه جبران خسارت باشد، رویکرد به نحوی است

1. Policy.

که وی را مسبب خسارت تلقی نمایند؛^۱ موضوعی که محدود به حقوق ایران نبوده و در سایر نظام‌های حقوقی نیز چنین واکنشی وجود دارد (Stapleton, 1988: 114). این موضوع می‌تواند باعث کاهش هدف بازدارندگی مسئولیت مدنی گردد. به همین سبب در قانون بیمه اجباری مسئولیت، پیش‌بینی‌های به خصوصی برای حفظ بازدارندگی صورت گرفته است (باریکلو، ۱۳۹۴: ۳۷).

برخی از نهادهای حقوقی در حقوق ایران نیز ناشی از همین مصلحت‌اندیشی‌هاست. در سبب متناسب آنچه مورد ارزیابی است، تأثیر عوامل ذهنی در انتساب زیان است و قابل پیش‌بینی بودن نوع زیان ملاک است و چنانچه نوع ضرر قابل پیش‌بینی باشد، برای احراز مسئولیت کافی است، هرچند میزان خسارت قابل پیش‌بینی نباشد.^۲ ولی چنین مسئله‌ای در برخی مواقع، موجب نتایج غیر منصفانه‌ای می‌شود؛ مثلاً اگر شخصی به نحو تقصیرآمیزی^۳ با خودرو بسیار گران‌قیمت برخورد نماید، به شخص آسیب‌دیده خسارت هنگفتی وارد می‌شود. به این سبب تبصره ۳ ماده ۸ قانون بیمه اجباری و وسایل نقلیه مصوب ۱۳۹۵ مقرر نموده است که میزان خسارت، حداکثر به میزان متعارف خسارت خواهد بود که این میزان نمی‌تواند بیش از نصف دیه انسان باشد.^۴

مصلحت‌دیگری که می‌توان گفت در مسائلی است که هرچند رابطه سببیت مادی برای تحقق زیان اثبات نمی‌شود، به طور استثنایی تمام اسباب احتمالی مسئول شناخته می‌شوند، چنین موضوعی در اسباب اجمالی و اسباب نامعین مطرح می‌گردد (ماده ۴۷۷ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲). مشکلات اثباتی موجب می‌گردند که برخی مصلحت‌ها،

۱. این موضوع در مقام جبران خسارت زیان‌دیده اعمال می‌شود و در اکثر موارد، امکان مراجعه به مسبب اصلی وجود دارد.
۲. در مقررات حمل و نقل نیز کنوانسیون‌های بین‌المللی، مسئولیت متصدی حمل و نقل را بر اساس وزن بار به میزانی محدود می‌نمایند.
۳. در این مورد تقصیر عمدی یا تقصیر سنگین مورد نظر نیست.
۴. شاید این مقرر چنان تفسیر شود که صرفاً ناظر به تعهدات بیمه‌گر است، لیکن قیدی برای احراز چنین مسئله‌ای ملاحظه نمی‌شود. ضمناً چنین عقیده‌ای که مقرره یادشده ناشی از قاعده اقدام است، قابل بحث و بررسی است؛ یعنی اینکه شخصی که با خودرو گران‌قیمت تردد می‌نماید، برخی از خسارت‌ها را بهتر از عامل مقصر احتمالی پیش‌بینی می‌نماید. بنابراین تردد وی، مواجه با نوعی اقدام علیه خود خواهد بود؛ به خصوص که امکان استفاده از نهادهایی چون بیمه بدنه را دارد.

چنین استثناهایی را اقتضا نمایند؛ مثلاً اگر شخصی به خاطر مصرف دارویی به سرطان مبتلا شود، چون اغلب نمی‌تواند اثبات نماید که کدام شرکت دارویی چنین دارویی تولید کرده است، تمام شرکت‌های دارویی سازنده به لحاظ خطر ایجادشده، مسئول تلقی می‌شوند.^۱

۲-۱-۳. نظریات انتقادی واقع‌گرایان حقوقی

چنانچه گفته شد، در حقوق کامن‌لا به طور سنتی دو نوع بررسی نسبت به سبب وجود داشته است؛ در مرحله اول بررسی سبب به نحو مادی است. در این خصوص معیار قدیمی اگر نبود، به کار گرفته می‌شود، سپس سبب متناسب در مرحله بعد با لحاظ معیار قابلیت پیش‌بینی ضرر، مسئولیت عامل ارزیابی می‌شود. واقع‌گرایان حقوقی اعتقاد دارند که قابلیت پیش‌بینی ضرر صرفاً ناشی از مصلحت یا ملاحظات اجتماعی است و جایگاهی در رابطه سببیت ندارد. عقاید این نظریه‌پردازان در حقوق آمریکا مؤثر بوده است و به این جهت استفاده از معیار قابلیت پیش‌بینی ایراد ضرر در اصلاحیه سوم مؤسسه حقوقی آمریکا صرفاً با عنوان محدودیت مسئولیت پیش‌بینی شده و از مطالب مربوط به رابطه سببیت تفکیک شده است.

به طور کلی واقع‌گرایان به دو گروه ساده‌گرایی^۲ و واقع‌گرایان نوین تقسیم می‌شوند و مبانی یکسانی دارند. ایشان مفاهیم مربوط به قواعد حقوقی موجود را کهنه و انتزاعی صرف دانسته و این مسائل را موجب دوری از عقلانیت تصور کرده‌اند، این موضوع ناشی از شکل‌گرایی قوانین و قواعد حقوقی پنداشته شده است. به عبارت دیگر قوانین، شکل واحدی را برای همه موضوعات با وجود تفاوت‌های موضوعی آنها پیش‌بینی می‌کنند. به این جهت محاکم هرچند به این قوانین در موضوعات مختلف استناد می‌کنند، ولی با اعمال تفسیرهای مختلف، آراء متفاوتی صادر می‌کنند. در موضوع حاضر، استفاده از نهاد سبب متناسب می‌تواند موجب شود که محاکم، آراء متفاوتی با استناد به همین نهاد در موارد به ظاهر مشابه اعمال کنند (Leiter, 1999: 1138, 1147-1149).

در مکتب واقع‌گرایی، نقش قابلیت پیش‌بینی ضرر انکار نمی‌شود؛ ولی این اعتقاد

۱. موضوعات پیچیده‌ای در این زمینه در حقوق اروپا مطرح است که تحت عنوان خطر توسعه بررسی می‌شود و باعث تعدیل مسئول شناختن اصحاب علم و فناوری نسبت به خطرات ناشی از توسعه علمی می‌گردد.

2. Minimalism.

وجود دارد که اگر محاکم مسئولیت را محدود می‌کنند، باید به طور ساده به مبانی آن اشاره کنند، نه اینکه در ورای الفاظ کلی سبب متناسب و به طور مبهم، نظر خاصی را اعمال نمایند؛ یعنی به جای اینکه گفته شود رابطه سببیت وجود ندارد، بهتر است گفته شود که چون ضرر وارده قابل پیش‌بینی نبوده است، عادلانه نیست که شخص مسئول جبران خسارت باشد؛ یعنی آنچه در رابطه سببیت موضوع بررسی است، ارتباط و توالی پدیده‌هاست که قابلیت پیش‌بینی ضرر در آن جایگاهی ندارد. به این ترتیب واقع‌گرایان اعمال محدودیت مسئولیت و استفاده از نهاد قابلیت پیش‌بینی ضرر را مبتنی بر مصالح می‌دانند و ارجاع موضوع به رابطه سببیت منتفی خواهد شد (Robertson, 1978: 393).

۲-۳. نقد نظریات واقع‌گرایان

این موضوع که قابلیت پیش‌بینی ایراد ضرر به عنوان یک موضوع هنجاری نمی‌تواند در تشخیص رابطه سببیت ایفای نقش نماید، دارای انتقاداتی است که به دو مقوله اصلی اشاره می‌گردد.

زمانی که ترک فعل به عنوان عامل و سبب، شناسایی و مسئول شناخته می‌شود، به طور الزامی دیدگاه معطوف به ترک فعلی‌هایی است که یک وظیفه مراقبتی را با ترک فعل نقض می‌نماید و این وظیفه مراقبتی باید احراز شود و طبیعتاً این موضوع، مستلزم دیدگاه ارزشی است. فرض کنید اشخاص متعددی در یک ساختمان زندگی می‌کنند و در محوطه ساختمان، درختانی وجود دارند و در اثر عدم آبرسانی به درختان، درخت‌ها خشکیده و نابود می‌شوند. در این فرض همه ساکنان آپارتمان در وضع موجود می‌توانستند با آبیاری درخت‌ها از وقوع خسارت جلوگیری کنند، لیکن تنها شخصی که نسبت به آبیاری درخت‌ها موظف است، باغبان ساختمان است که حسب قرارداد متعهد به انجام این فعل بوده است. ترک فعل تمامی اشخاص در تحقق خسارت بی‌گمان از حیث مادی نقش داشته است، ولی تنها شخص مسئول، باغبان است. این تحلیل به این جهت بیان می‌گردد که برای تشخیص ترک فعل به عنوان عامل زیان، ناگزیر از بهره بردن از معیار قابلیت پیش‌بینی ضرر هستیم؛ زیرا در ترک فعل‌های متعدد، فقط ترک فعلی اعتبار سبب را دارد که ترک مراقبت‌های وی، مستلزم خسارتی

در آینده باشد که این ملازمه منوط به قابل پیش‌بینی بودن ضرر نسبت به عامل است. پس با وجود اینکه گفته می‌شود دیدگاه رابطه علی باید مادی باشد، غربالگری یادشده خود نوعی نقض این ادعا و سخن است.^۱

روش‌های سلبی یا ضد حقیقت مانند معیار اگر نبود، به مقایسه عالم حقیقی و عالم فرضی با فقدان یک عامل به خصوص تمرکز دارند.^۲ نظریه پردازانی با خرده نسبت به چنین روشی بیان کرده‌اند چنین روشی موجب دور شدن از حقایقی است که رخ داده است. در واقع با تصور عالم فرضی، به آن چیزی که رخ نداده است اعتبار می‌دهیم و ممکن است که در این راه به خطا برویم. به همین دلیل برخی اندیشمندان، تحلیل‌های ضد حقیقت سببیت را رد می‌نمایند و به یک تحلیل رابطه‌محور اعتقاد دارند؛ یعنی باید عواملی را که موجب ارتباط علت و معلول هستند، بر اساس آنچه رخ داده است، کشف کنیم (Moore, 2003: 144).

آنچه واضح است، واقع‌گرایان رابطه علی را ناشی از تعاریف فلسفی دانسته و اعتبار حقوقی خاصی برای آن قائل نیستند، حال آنکه ویژگی‌های خاص علوم حقوقی باعث می‌شود که رابطه سببیت، تفاوت‌هایی با رابطه علی فلسفی داشته باشد؛ مثلاً در خصوص آتش‌سوزی یک ساختمان، نگاه حقوق نگاه به گذشته است و موضوع از حیث اثباتی، اهمیت بیشتری دارد، ولی در فلسفه زمانی که سخن از رابطه علی است، دیدگاه رو به آینده است، یعنی با حصول چه عواملی همان نتیجه در آینده رخ می‌دهد؟ همان‌طور که قبلاً نیز اشاره شد، نظریه سبب متناسب به دنبال شناسایی عواملی است که حقوق حمایت‌شده را نقض نموده‌اند. از این رو در عواملی چون ترک فعل، لحاظ ملاحظات خاصی چون قابلیت پیش‌بینی ضرر، طبیعی و بدیهی است و از ویژگی‌های خاص سبب

۱. البته در نقد این انتقاد می‌توان گفت که غربالگری موصوف مربوط به تشخیص تقصیر است.
 ۲. روش این سنجش ضد حقیقت (Counterfactual) یا به عبارتی فرضی سلبی است. مثال آتش‌سوزی خانه‌ای را که در نتیجه سرایت آتش نابود شده است، در نظر بگیرید. از حیث اگر آزمایی پرسیده می‌شود اگر آتش افروخته نشده باشد، حادثه رخ می‌داد؟ در این حالت، پاسخ فرض سؤال با حذف عامل مورد سنجش است که بر خلاف حقیقت رخ داده، فرضی تحیل می‌گردد؛ یعنی فرض می‌شود که عامل آتش وجود نداشته، در حالی که بر خلاف حقیقتی است که آتش وجود داشته است. چنانچه پاسخ مثبت باشد، یعنی بدون عامل حادثه رخ می‌داد، پس رابطه علی وجود ندارد و در فرض پاسخ منفی، رابطه علی وجود دارد (Wright, 1985: 1788).

حقوقی یا سبب متناسب، به کارگیری ارزش‌های هنجاری برای تفکیک عوامل مؤثر است. رویکرد عدالت اصلاحی در حقوق کامن لا نیز چنین نتیجه‌ای در بر دارد.^۱

۳-۳. قابل پیش‌بینی بودن توصیفی برای ضرر قابل جبران

علاوه بر به کار رفتن معیار قابلیت پیش‌بینی ضرر در رابطه سببیت و تقصیر، معیار قابلیت پیش‌بینی ضرر، وصف ضرر است؛ یعنی ضرری قابل جبران است که قابل پیش‌بینی است. خلط و عدم تفکیک مطالب، باعث شده است تا چنین شرطی با لحاظ مبانی رابطه سببیت توصیف شود، در حالی که در سبب متناسب آنچه مهم است، قابل پیش‌بینی بودن نوع زیان است، نه میزان زیان، و در حقیقت محدود نمودن میزان مسئولیت به میزان متعارف ضرر در فقه امامیه نیز مطرح نشده است و شناسایی چنین محدودیتی برای میزان مسئولیت می‌تواند ناشی از مصالح باشد که به آن اشاره شد.

در حقوق کامن لا در موضوع سبب حقوقی صرفاً به قابل پیش‌بینی بودن نوع ضرر توجه می‌شود. به این جهت حتی در قضایایی که بعد از قضیه پالسگراف^۲ مطرح شده است، میزان خسارت اگر قابل پیش‌بینی نباشد، ولی خود ضرر قابل پیش‌بینی باشد، در ضمان عامل تردیدی نشده است. دو قضیه بارز در این زمینه وجود دارد؛ یکی مربوط به ضعف شخص آسیب‌دیده است که استخوان جمجمه شخص آسیب‌دیده بسیار ضعیف بود و موجب فوت وی شد. گفته شده است نوع خسارت که جراحات است، قابل پیش‌بینی بوده است. در مورد دیگر گفته شده است که اگر در تصادفی، کسانی برای نجات تصادف‌کننده بشتابند و خود گرفتار شوند و اشخاص دیگری برای نجات

۱. از این منظر، بهترین هدف برای حقوق، عدالت اصلاحی است. عدالت اصلاحی برای تبیین مسئولیت و شناسایی آن به مبانی اخلاقی توجه ویژه‌ای دارد. وظیفه‌ای اولیه بر عهده همگان وجود دارد که به دیگران آسیب نرسانیم و با ورود آسیب، وظیفه ثانوی حکم می‌کند که به نحو صحیحی در جبران این خسارت اقدام کنیم. این وظایف منشأ اخلاقی دارند. به این سبب اگر وظیفه اولی به سبب خطا کارانه‌ای نقض شود، این دیدگاه از مسئولیت مدنی متضمن داشتن تفسیری متافیزیکی از رابطه سببیت است. مسئولیت حقوقی در این دیدگاه از مسئولیت اخلاقی پیروی می‌کند و مسئولیت اخلاقی، آسیبی را که شخص موجب آن شده است، جهت این مسئولیت شناسایی می‌کند. پس در دیدگاه عدالت اصلاحی، شخص باید خطا کارانه موجب وضعیت نامطلوب یا همان خسارت شده باشد. این ایجاد و وجوب تنها از طریق تفسیر متافیزیکی سببیت که ارتباط عامل با خسارت است، قابل توجیه است (Moore, 2009: chapter 2 & 4).

۲. قضیه‌ای که موجب شکل‌گیری مبانی قابلیت پیش‌بینی ضرر شد.

ایشان اقدام کنند و آن‌ها نیز آسیب ببینند، عامل مقصر مسئول همه خسارات خواهد بود (Linden, 1969: 548-562).

تمام مطالبی که در مورد سبب متناسب و معیار قابلیت پیش‌بینی ایراد ضرر گفته شد، متفاوت با وصف قابل پیش‌بینی بودن ضرر قابل جبران است. به عبارت دیگر، تمام مطالبی که برای ضرر قابل جبران در حقوق کامن‌لا مطرح می‌شود و میزان خسارت را محدود به میزان منصفانه‌ای می‌نماید، مربوط به مصلحت است، نه نهاد رابطه سببیت. با توجه به اهمیت آشکار مفهوم پیش‌بینی‌پذیری، مسئله اصلی، جایگاه دقیق این مفهوم است. دیدگاهی که از دیرباز در انگلستان پذیرفته شده، این است که پیش‌بینی‌پذیری ضرر در تعیین تقصیر یا عدم تقصیر خواننده نقش دارد؛ اما پس از احراز تقصیر، در تعیین میزان مسئولیت وی نقشی ندارد. در این دیدگاه، میان مقصر بودن و جبران ضرر و زیان، مرزبندی کاملاً روشنی به چشم می‌خورد. اما بر طبق دیدگاه دیگر که نویسندگانی مانند گودهارت^۱ در انگلستان و فلمینگ جیمز^۲ در آمریکا از آن حمایت می‌کنند، پیش‌بینی‌پذیری ضرر به میزان مسئولیت یک عامل مقصر نیز مربوط می‌شود. بر اساس این دیدگاه، نمی‌توان مرز دقیقی میان تقصیر و جبران قائل شد و تقصیر یا عدم تقصیر خواننده و نیز مسئولیت یا عدم مسئولیت وی در قبال ضرر ناشی از آن تقصیر، بر مبنای معیار واحدی مشخص می‌شوند (Hart & Honoré, 1959: 231-232).

نتیجه‌گیری

در تعیین سبب مسئول، چه در صورت واحد بودن سبب و چه در صورت تعدد اسباب به نحو طولی باید به ماهیت رابطه سببیت از منظر حقوق توجه شود. در مبنای کلی رابطه سببیت، توجه به سببی است که به نحو هنجارشکنانه‌ای موجب فراهم نمودن شرایط ایجاد خسارت شده است. صرف دیدگاه مادی و فلسفی برای تحقق ضمان نزد سبب کافی نیست؛ به این جهت ضرورت دارد تناسبی بین عامل خسارت و خسارت وجود داشته باشد. این تناسب موجب شده است که قضاوت عرفی، نظر برگزیده‌ای

1. Goodhart.
2. Fleming James.

در خصوص شناسایی سبب مسئول باشد. لیکن احاله امر به عرف، برای تشخیص ساختار مناسب کافی نیست. از این رو مناسب است ساختارهای مربوطه تشخیص داده شوند و جایگاه هر یک از شاخصه‌ها و معیارها روشن شود.

نظریه سبب متناسب در تبیین سبب مسئول، در حقوق کامن‌لا به عنوان نهادی از رابطه سببیت یا نهاد مکمل آن به کار رفته است. در تفکیک عوامل مختلف دخیل در تحقق زیان، تنها عاملی که آگاهی تحقق ضرر برای اقدام وی وجود دارد، به عنوان سبب مسئول تشخیص داده می‌شود. در آگاهی سبب، حالت نوعی و معمول لحاظ می‌گردد که بر حسب موقعیت‌های مختلف تفاوت‌هایی وجود دارد؛ یعنی شخص نسبت به طبیعت سیر عوامل باید تا حدودی آگاهی داشته باشد. اگر نتیجه حاصل شده، نتیجه‌ای نادر و اتفاقی نسبت به سبب باشد، نمی‌توان آن را عامل زیان دانست.

از مقومات سبب متناسب، توجه به تقصیر به عنوان پیش شرط وجود مسئولیت است. بر خلاف عقاید آن دسته از حقوق‌دانان که معتقدند تقصیر، جایگاهی در رابطه سببیت ندارد و سبب مانند اتلاف بوده و صرف استناد کافی است، باید گفت که این نتیجه‌گیری موجب می‌شود هر نوع عاملی که به صورت مادی موجب زیان شده است و این ارتباط مادی محرز است، مسئول باشد؛ حال آنکه مبانی فقهی و قانونی (قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲) مخالف این موضوع است و به صراحت به لزوم وجود تقصیر در جهت احراز ضمان اشاره شده است. در تأیید این مطالب لازم به توضیح است که نمی‌توان حکم یکسانی برای تسبیب و اتلاف قائل شد؛ زیرا اتلاف علت ضرر است و نوعاً هر شخصی که علت ضرر می‌گردد، از نتایج کار خود آگاه است، ولی سبب با واسطه‌هایی موجب زیان است و اصل اباحه دلالت بر این حکم می‌نماید که اشخاص در اعمال مباح با تکلیفی مواجه نشوند، مگر اینکه حصول ضرر از آنها قابل انتظار باشد که در این صورت حکم اباحه زائل خواهد شد و اصل لاضرر حاکم خواهد بود.

نظریه سبب متناسب، ویژگی بارزی دارد و آن استناد به شاخصه قابلیت پیش‌بینی ایراد ضرر به نحو نوعی است؛ یعنی معیار تناسب بین سبب و زیان با این شاخصه قابل سنجش است. قابلیت پیش‌بینی ایراد ضرر دارای سه کارکرد است؛ هم در تشخیص تقصیر مفید است، زیرا رفتار شخص متعارف باید پیش‌بینی‌های معمول را نسبت به

مراقبت‌های لازم انجام دهد. وجود تقصیر کافی برای ضمان نیست و باید بین تقصیر و نتیجه یعنی زیان، رابطه مؤثری باشد، از این رو نوع خسارت باید از سبب انتظار رود. این دو نوع کارکرد مربوط به حوزه رابطه سببیت است و در حقوق کامن‌لا نیز چنین سنجش‌هایی وجود دارد. در حقوق کامن‌لا تقصیر مقدمه تحقق مسئولیت است و جهت تحقق تقصیر باید وظیفه مراقبتی وجود داشته باشد و این وظیفه نقض شود. چنین وظیفه‌ای فقط محدود به موارد قابل پیش‌بینی است و از سوی دیگر در جهت محدود نمودن مسئولیت و جلوگیری از مسئولیت‌های غیر منصفانه، نهاد سبب متناسب مطرح می‌شود. سبب متناسب مرحله‌ای بعد از تشخیص سبب مادی است.

آنچه از حیث سبب متناسب حائز اهمیت است، قابلیت پیش‌بینی نوع ضرر است، نه میزان آن. اگر منظور از معیار قابلیت پیش‌بینی ضرر، وصفی برای ضرر قابل جبران باشد، در حقوق ایران و مبانی فقهی، قاعده‌ای کلی نسبت به این موضوع وجود ندارد؛ مثلاً اگر رها کردن آب موجب تخریب ساختمان ۲۰ طبقه همسایه شود و نوعاً خسارت به ساختمان قابل پیش‌بینی باشد، موجبی برای محدود کردن مسئولیت وجود ندارد و بی‌شک چنین کارکردی نیاز به تصریح قانون دارد و در عین حال چنین نهادی، متأثر از ملاحظات انصاف‌مدار است و نباید چنین کارکردی را با ویژگی سبب متناسب خلط کرد.

مواد قانون مجازات اسلامی، چه از حیث بیان نقش تقصیر و چه از حیث به کار بردن شاخصه‌های سبب متناسب، دیدگاه فقهی سبب متناسب را در خود جای داده‌اند. نقدهایی که به دیدگاه سبب متناسب قانون مجازات اسلامی وجود دارد، به مانند نقدهایی است که واقع‌گرایان در حقوق کامن‌لا مطرح کرده و سبب را موضوعی مادی دانسته و به کار بردن عوامل غیر مادی و هنجاری را نادرست ارزیابی کرده‌اند. در پاسخ باید گفت آنچه در فقه و مقررات قانونی مورد توجه است، موضوع انتساب یا استناد است که به وضوح معیار انتساب صرفاً مادی نیست و تشخیص‌های هنجاری به جهت ویژگی‌های خاص سبب در عالم حقوقی غیر قابل اجتناب است. با لحاظ مبانی قانونی و فقهی، ضمان بر عهده سبب متناسب است؛ لیکن در صورت تعدد اسباب در تشخیص سبب متناسب، معیار تقدم در تأثیر، اماره است و در هر صورت معیارهای سبب متناسب باید رعایت شود.

کتاب‌شناسی

۱. آخوند خراسانی، *درر الفوائد فی الحاشیة علی الفرائد*، تهران، وزرات فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۲. بابائی، ایرج، «بررسی عنصر خطا در حقوق مسئولیت مدنی ایران»، *فصلنامه پژوهش حقوق و سیاست*، دوره چهارم، شماره ۷، زمستان ۱۳۸۱ ش.
۳. حاجی نوری، غلامرضا، «مطالعه تطبیقی رهیافت‌های سببیت در مسئولیت مدنی»، *دوفصلنامه فقه و حقوق اسلامی*، سال اول، شماره ۱، پاییز و زمستان ۱۳۸۹ ش.
۴. حسینی، محمود نجیب، *رابطه سببیت در حقوق کیفری*، ترجمه سیدعلی عباس‌نیای زارع، چاپ دوم، مشهد، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ۱۳۹۱ ش.
۵. حسینی عاملی، سیدجواد بن محمد، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۶. حسینی مراغی، سید میرعبدالفتاح بن علی، *العناوین الفقهیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۷. خوانساری، سیداحمد بن یوسف، *جامع المدارک فی شرح المختصر النافع*، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۵ ق.
۸. رشتی، میرزا حبیب‌الله، *کتاب الغصب*، برگرفته از نرم‌افزار جامع فقه اهل البیت، بی‌تا.
۹. رهیچک، حسن، *حقوق مسئولیت مدنی و جبران‌ها*، چاپ سوم، تهران، خرسندی، ۱۳۹۵ ش.
۱۰. زحیلی، وهبه، *الفقه الاسلامی وادلته*، دمشق، دار الفکر، ۱۴۰۴ ق.
۱۱. سنهوری، عبدالرزاق، *دوره حقوق تعهدات*، ترجمه سیدمهدی دادمزنی و محمدحسین دانش‌کیا، چاپ دوم، قم، دانشگاه قم، ۱۳۹۰ ش.
۱۲. صادقی، محمدهادی، «اجتماع اسباب در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲»، *دوفصلنامه آموزه‌های حقوق کیفری*، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۶، پاییز و زمستان ۱۳۹۲ ش.
۱۳. غمامی، مجید، *قابلیت پیش‌بینی ضرر در مسئولیت مدنی*، چاپ دوم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸ ش.
۱۴. کاپلستون، فردریک، *تاریخ فلسفه*، ترجمه امیرجلال‌الدین اعلم، تهران، انتشارات علمی و فرهنگی و انتشارات سروش، ۱۳۷۰ ش.
۱۵. کاتوزیان، ناصر، *الزام‌های خارج از قرارداد*، چاپ هفتم، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۶ ش.
۱۶. کاشف‌الغطاء، حسن بن جعفر بن خضر، *انوار الفقاهة - کتاب الغصب*، نجف اشرف، مؤسسه کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲ ق.
۱۷. کرکی عاملی (محقق ثانی)، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل‌البیت (ع)، لاهیا، التراث، ۱۴۱۴ ق.
۱۸. موسوی بجنوردی، سیدحسن بن آقابزرگ، *القواعد الفقهیه*، قم، الهادی، ۱۴۱۹ ق.
۱۹. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، *تحریر الوسیله*، قم، دار العلم، ۱۴۲۱ ق.
۲۰. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۲۱. هارت، ا.ج. ال. ای.، و تونی هونوره، *سببیت در حقوق*، ترجمه حسین آقائی‌نیا و دیگران، تهران، میزان، ۱۳۸۹ ش.

23. Harpwood, Vivienne, *Modern Tort Law*, 7th Ed., Routledge-Cavendish, 2009.
24. Hart, H. L. A. & Toni Honoré, *Causation in the Law*, Oxford University Press, 1st Ed., 1959.
25. Leiter, Brian, "Positivism, Formalism, Realism", *Columbia Law Review*, Vol. 99(4), 1999.
26. Linden, Allen M., "Down with Foreseeability! Of Thin Skulls and Rescuers", *The Canadian Bar Review*, Vol. 47(4), 1969.
27. Moore, Michael S., *Causation and Responsibility*, Oxford University Press, 2009.
28. Id., "Foreseeing Harm Opaquely", in: Stephen Shute & John Gardner & Jeremy Horder (Eds.), *Action and Value in Criminal Law*, Oxford University Press, 2003.
29. Robertson, David W., "The Legal Philosophy of Leon Green", *56 Texas Law Review*, 1978.
30. Stapleton, Jane, "Law, Causation and Common Sense", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 8(1), 1988.
31. van Dam, Cees, *European Tort Law*, Oxford University Press, 2nd Ed., 2013.
32. Weinrib, Ernest J., *Corrective Justice*, Oxford University Press, 2012.
33. Wright, Richard W., "Causation in Tort Law", *California Law Review*, Vol. 73(6), 1985.

تعیین قلمرو اصل آزادی قراردادی در پرتو تئوری حق و حکم*

- علی مختاری چهاربری^۱
- علی اکبر فرح‌زادی^۲

چکیده

عوامل محدودکننده اصل آزادی قراردادی، شامل قوانین امری، نظم عمومی، اخلاق حسنه است و اشخاص نمی‌توانند بر خلاف آن‌ها تراضی نمایند. با توجه به مبانی فقهی و قرائنی قانونی از قبیل ماده ۱۲۹۵ قانون مدنی، نظم عمومی و اخلاق حسنه را نیز باید در قوانین یافت. اصولاً در قوانین به امری یا تکمیلی بودن اشاره نمی‌شود و نظرات تفسیری حقوق‌دانان نیز در اغلب موارد راهگشا نیستند. از منظر فقهی، ماهیت عوامل محدودکننده اصل آزادی قراردادی با حکم، و ماهیت قواعد تکمیلی با حق قابل تحلیل هستند. مراجعه به فقه نیز همواره برای تعیین حق یا حکم بودن موضوعات مورد توافق اشخاص کافی نیست. البته فقها راه حل‌هایی برای تشخیص حق و حکم در موارد مشتبه بیان نموده‌اند. طبق نظرات فقها در موارد مشتبه، اصل نه بر حق بودن مورد مشتبه است و نه بر

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۱۱/۱ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۴/۱۲.

۱. کارشناس ارشد حقوق خصوصی (نویسنده مسئول) (mokhtariali8@gmail.com).
۲. استادیار دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری تهران (aliakbar.farahzadi@yahoo.com).

حکم بودن آن، و طبق اصل عدم باید آثار وجودی حق و حکم را از آن مورد سلب نمود و نقل، انتقال، اسقاط و توافق بر خلاف آن را باطل دانست. در این فرض با توجه به مشبه بودن حق و حکم، در صورتی که شخص بخواهد نسبت به اعمال یا ترک مورد مشبه که ویژگی مشترک آنهاست، تعهد نماید، باید قدر متیقن یعنی شروط لازم برای تعهد نسبت به اباحه را رعایت کند. نتیجه اجرای اصل و نیز راه ذکر شده برای توافق نسبت به مورد مشبه، اصل امری و یا تکمیلی بودن نیست، بلکه مبین «أمر بین الأمرین» بودن مورد مشبه است.

واژگان کلیدی: حق، حکم، اصل آزادی اراده، اصل آزادی قراردادها، اصل حاکمیت اراده.

مقدمه

بعد از انعقاد یک قرارداد، قاضی یا حقوق‌دان ابتدا در مورد آمره یا تکمیلی بودن موضوع توافق بررسی لازم را انجام می‌دهد و اگر پس از آن همچنان وضعیت موضوع توافق از نظر امری یا تکمیلی بودن مردد باشد، به اصل آزادی اراده استناد می‌کند. لذا قبل از استناد به اصل باید وضعیت آمره یا تکمیلی بودن موضوع توافق مشخص شود. ملاحظه اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی، ما را به اولین مرجع تشخیص این موضوع یعنی «قانون» رهنمون می‌سازد؛ لکن در بسیاری موارد علی‌رغم رجوع به قوانین نمی‌توان وضعیت موضوع توافق را روشن نمود. منابع فقهی و فتاوی معتبر، مرجعی است که وفق اصل و ماده مارالذکر، در صورت سکوت، نقص، اجمال و یا تعارض قوانین، برای یافتن پاسخ باید به آن مراجعه نمود.

هرچند که در نتیجه مراجعه به فقه دانسته می‌شود که اصولاً عوامل محدودکننده اصل آزادی قراردادی، با اصطلاح حکم متناظر بوده و در مقابل آن حق قرار دارد که مرتبط با قواعد تکمیلی است. اما گاهی خود مفاهیم حق و حکم^۱ شباهت بسیار زیادی به هم دارند و حکم یا حق بودن موضوع توافق روشن نیست؛ مثل حکم تکلیفی اباحه (بالمعنی الاعم یعنی اباحه، استحباب و کراهت به جز وجوب) که در مورد آن، شخص مکلف همچون حق دارای برخی اختیارات است. عدم تمیز مصادیق آن‌ها به خاطر

1. Rule.

همین شباهت زیاد حکم اباحه با حق، ممکن است به خطای در امر قضا و اظهارنظر حقوقی منجر شود؛ مثلاً حق طلاق آیا فی الواقع حق است و مرد می‌تواند تعهد به عدم طلاق نماید یا حق نیست، بلکه حکم بوده و تعهد بر خلاف آن باطل است. با وجود این، فقها تلاش نموده‌اند تا قرائن و راه حل‌هایی را برای تشخیص حق از حکم و برون‌رفت از تحیر بیان کنند. لذا لازم است که حق، حکم، ویژگی‌های آن‌ها و نقشی که در تعیین قلمرو اصل آزادی قراردادی دارند، مورد بررسی قرار گیرند.

۱. اصل آزادی قراردادی و قلمرو آن

۱-۱. اصل آزادی قراردادی

این اصل که از مواد ۱۰ و ۷۵۴ قانون مدنی و برخی قواعد فقهی همچون قاعده تبعیت (مکارم شیرازی، ۱۳۷۰: ۳۷۰/۲-۳۷۴-۳۷۴؛ شهیدی، ۱۳۹۶: ۵۶)، قاعده شروط (ابن بزّاج طرابلسی، بی‌تا: ۵۴؛ انصاری، بی‌تا: ۳/۹۰؛ موسوی خویی، ۱۳۷۷: ۷/۳۵۳ و ۳۹۹؛ موسوی خمینی، ۱۴۱۰: ۵/۲۰۳؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰: ۲/۱۱۷)، قاعده صحت و لزوم عقود (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۷: ۵/۲۹۶؛ موسوی خمینی، بی‌تا: ۲۱۱؛ همو، ۱۳۹۰: ۲/۶۰۹؛ فاضل موحدی لنگرانی، ۱۴۲۲: ۲/۵۹۴؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۲: ۱۱۴ و ۲۵۶؛ سبحانی، ۱۴۲۹: ۲/۳۶۳؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۴: ۲۰/۱۶۴؛ حسینی شیرازی، بی‌تا: ۱۱۲؛ منتظری، ۱۳۸۰: ۱/۱۶۸؛ مدرسی، ۱۴۳۳: ۲/۳۷۸) استنباط می‌شود، مهم‌ترین و پرکاربردترین اصل حقوق قراردادهاست. به موجب این اصل، اشخاص در انعقاد هر نوع قراردادی و با هر عنوانی آزادند و می‌توانند بدون به کار بردن تشریفات و استفاده از صیغه خاصی، عقد مورد نظر خود را منعقد کنند و این قرارداد بین خودشان دارای اثری که توسط آن‌ها تعیین شده است، باشد؛ مگر آنکه بر سر راه انعقاد آن قرارداد، مانعی وجود داشته باشد. بر اساس همین اصل است که درج هر گونه شرطی نیز در ضمن قرارداد، جز در موارد خاص صحیح است.

۲-۱. قلمرو اصل آزادی قراردادی

عوامل محدودکننده اصل آزادی قراردادی، شامل قانون امری، اخلاق حسنه و نظم عمومی بوده که تراضی بر خلاف آن‌ها باطل است (مواد ۱۰، ۹۷۵ و بند اول ماده ۱۲۹۵ از

قانون مدنی و ماده ۶ قانون آیین دادرسی مدنی). همان طور که از بند اول ماده ۱۲۹۵ قانون مدنی استنباط می‌شود، محل فحص راجع به مصادیق اخلاق حسنه و نظم عمومی، خود قانون است؛ لذا همواره برای کشف عوامل محدودکننده اصل آزادی قراردادی، محل رجوع باید قانون باشد. برای احراز نفوذ یا بطلان قراردادهایی که با قانون مخالف است، باید طبیعت قانون را بازشناخت؛ اگر قانون امری باشد، قرارداد باطل است و اگر تکمیلی به شمار رود، عقد حکومت دارد (کاتوزیان، ۱۳۹۵ الف: ۱۵۰).

جستجو در قوانین و نظرات تفسیری حقوق دانان برای احراز امری یا تکمیلی بودن قانون یا مخالفت قرارداد با نظم عمومی و اخلاق حسنه، در اکثر موارد نتیجه قطعی ندارد. چنان که در مورد وضعیت امری یا تکمیلی بودن ضمان تلف مبیع قبل از قبض، نه تنها خود قانون تکلیف را روشن نکرده، بلکه میان حقوق دانان نیز اختلاف نظر وجود دارد. برخی حقوق دانان با توجه به اصول حقوقی تفسیری، اسقاط این ضمان را صحیح دانسته‌اند؛ چرا که معتقدند این ضمان، استثنایی نبوده و در نتیجه مصداق قاعده تکمیلی است (همو، ۱۳۹۵ ب: ۱۸۹/۱-۱۹۰). لکن برخی دیگر بر خلاف ایشان معتقدند که این ضمان، خلاف قاعده و استثنایی بوده و در نتیجه آن را موضوعی آمره می‌دانند که قابل اسقاط نیست (امامی، ۱۳۹۵: ۵۳۲/۱؛ شهیدی، ۱۳۹۶: ۳۲۲-۳۲۳). راه حلی که اصل ۱۶۷ قانون اساسی در این موارد پیش رو می‌گذارد، مراجعه به منابع فقهی و فتاوای معتبر است. برای یافتن پاسخ در منابع فقهی و فتاوای معتبر باید به دنبال اموری بود که از حیث ماهیت و ویژگی‌ها با عوامل محدودکننده اصل آزادی قراردادی و قواعد تکمیلی، شباهت و قرابت دارد. کاوش در منابع معتبر فقهی برای یافتن اموری که دارای ماهیت و ویژگی مشابه این قواعد باشند، ما را به بحث حق و حکم رهنمون می‌سازد. لذا نیاز است که ماهیت این دو ویژگی‌های آن‌ها شناخته شود.

۲. مفهوم و ویژگی‌های حق

۲-۱. مفهوم حق

معانی زیادی برای حق در کتب لغت ذکر شده، اما باید گفت که تمام این معانی

به معنای واحدی برمی گردند که در حالت مصدری «ثبوت» و در حالت وصفی «ثابت» می باشد (غروی اصفهانی، ۱۴۱۹: ۳۸/۱). حق از نظر اصطلاحی محل اختلاف است. برخی از حقوق دانان داخلی آن را سلطه و اختیاری می دانند که حقوق هر کشور به منظور حفظ منافع اشخاص به آن ها می دهد (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۲۴۹). برخی دیگر آن را سلطه و توانایی خاصی می دانند که برای شخصی بر شخص دیگر یا مال یا شیئی جعل و اعتبار می شود و به مقتضای آن توانایی، صاحب حق می تواند در آن تصرف کند یا از آن بهره برد (محقق داماد، ۱۳۸۵: ۱۷/۱). حقوق دانی دیگر، حق را سلطنت و اقتداری برای شخص در انجام و عدم انجام کاری می داند (امامی، ۱۳۹۵: ۴۹/۱). برخی حقوق دانان خارجی نیز حق را مصلحتی می دانند که دارای ارزش مالی است و حقوق از آن حمایت می کند (سنهوری، ۱۹۵۴: ۵/۱).

نزد برخی فقها، حق مرتبه ای ضعیف از ملکیت یا نوعی از آن است (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰: ۵۵/۱). اما بسیاری از فقها، حق را مرتبط با سلطنت می دانند و در طول تاریخ فقه، همین نظریه را توسعه داده اند. در ابتدا آن را سلطنت بالفعل دانسته اند (انصاری، ۱۴۳۵: ۹/۳) که از سوی فقهای بعد مورد ایراد قرار گرفته و گفته شده که حق، اعتبار مخصوصی است که با توجه به مصادیقش دارای آثار متفاوتی است (غروی اصفهانی، ۱۴۱۹: ۴۱/۱). این نظریه نیز از سوی فقهای بعدی بدون ایراد نمانده و گفته شده که حق، ماهیتی اعتباری است که در تمام موارد دارای اثر یکسان سلطنت بر تصرف است (موسوی خمینی، ۱۴۱۰ الف: ۲۱/۱). به نظر می رسد که آخرین نظر اصح و أدق است؛ چرا که سعی بر عدم مداخله مصادیق یک چیز در تعریف آن دارد و معنایی جامع که تمام مصادیق را تحت شمول قرار دهد، ارائه می نماید.

۲-۲. ویژگی های حق

اصولاً حقوق دارای سه ویژگی قابلیت نقل، انتقال و اسقاط هستند (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰: ۵۶/۱). ویژگی دیگری که برای حق قابل استنباط است، گرچه معمولاً در کنار این سه ویژگی ذکر نمی شود، قابلیت تعهد و التزام به اعمال و عدم اعمال حق است که نمونه آن در بحث انواع اسقاط خیار مجلس دیده می شود (انصاری، ۱۴۳۵: ۵۶-۵۷/۵). هر

حقی لزوماً تمام این ویژگی‌ها را ندارد، بلکه اکثر فقها معتقدند که حق از بین سه ویژگی اول حتماً حداقل قابلیت اسقاط را دارد (طباطبایی حکیم، بی‌تا: ۸؛ عاملی جزینی، بی‌تا: ۴۳/۲؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰: ۵۷/۱؛ نجفی خوانساری، ۱۴۱۸: ۱۰۷/۱؛ مروج جزایری، ۱۴۱۶: ۱۴۲) اما به نظر می‌رسد چنین تلازمی بین حق بودن و قابل اسقاط بودن آن وجود ندارد و ممکن است که حق، هر کدام از سه ویژگی اول را بدون تفاوت بین آن‌ها داشته باشد (موسوی خمینی، ۱۴۱۰ الف: ۲۷-۲۶/۱؛ مامقانی، ۱۳۵۰: ۴). البته در هر حال، تمام حقوق قابلیت تعهد به اعمال و عدم اعمال را دارد؛ چرا که کمترین میزان قدرت (سلطنت) و اختیار در حق، داشتن اختیار اعمال و عدم اعمال آن است و به تبع چنین اختیاری می‌تواند تعهد بر اعمال یا عدم اعمال نیز بنماید (انصاری، ۱۴۳۵: ۱۲/۵).

۳. مفهوم و ویژگی‌های حکم

۳-۱. مفهوم حکم

معانی مختلفی برای حکم ذکر شده است که ضمن اشاره به پاره‌ای از آن‌ها، معنای مورد نظر این پژوهش مشخص می‌شود. گاه حکم به معنای تصدیق یک قضیه منطقی است (تهانوی، بی‌تا: ۴۵۲/۱) و در جایی دیگر به معنای فتوا و نظر فقهی یک فقیه است، بدون اینکه در مورد طرفینی باشد که به وی مراجعه می‌کنند (ساکت، ۱۳۷۱: ۵۷). معنای دیگر حکم، رأی قاضی است که در یک مرافعه بین طرفین آن صادر می‌شود (جوهری، ۱۹۸۴: ۱۹۰۱/۵؛ فیومی، بی‌تا: ۱۴۵). گاهی هم به معنای مطلق مجعول شارع و مدلول خطاب اوست که همین معنا مورد نظر می‌باشد (طباطبایی بروجردی، ۱۴۱۲: ۳۷۰/۲؛ عاملی جعی، ۱۴۱۶: ۲۹). لذا به هر چیزی که جزء مجعولات شارع باشد، حکم گفته می‌شود و مراد از آن صرفاً یک دستورالعمل یا طلب یا تحکم نسبت به مخاطب نیست. النهایه برای تمایز حق اصطلاحی از حکم اصطلاحی باید به ماهیت حق برگشت نموده و بیان کنیم که وجه ممیز، همان سلطنت و امتیازی است که در آن وضع شده و در حکم اصطلاحی وجود ندارد (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰: ۵۵/۱).

حکم به یک اعتبار، به وضعی و تکلیفی تقسیم می‌شود. حکم تکلیفی به پنج قسم

وجوب و حرمت و کراهت و استحباب (مشمول بر اقتضاء و طلب از مکلف) و حکم اباحه (مشمول بر تخییر و عدم طلب از مکلف) تقسیم می‌شود. در مقابل حکم تکلیفی، حکم وضعی قرار دارد که به هر گونه مجعول شرعی که در آن اقتضا و تخییر نباشد، گفته می‌شود و به عبارت دیگر، مجعولاتی که ذیل احکام تکلیفی قرار نمی‌گیرد؛ مثل صحت و بطلان (همان: ۲۹/۱؛ انصاری، ۱۴۳۷: ۲۷۱/۲-۲۷۲).

۲-۳. ویژگی‌های حکم

اصولاً حکم فاقد تمام ویژگی‌های ذکر شده برای حق است. به اجماع فقها، حکم قابلیت نقل، انتقال و اسقاط را ندارد (موسوی سبزواری، بی‌تا: ۲۰۵/۱۶؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰: ۵۶/۱). نسبت به ویژگی تعهد به اعمال و عدم اعمال نیز باید گفت که اصولاً احکام وجوب و حرمت به هیچ وجه این ویژگی را ندارند و نمی‌توان نسبت به آن‌ها تعهد به انجام حرام یا ترک واجب نمود (غروی نائینی، بی‌تا: ۱۰۵/۲). اما وجود این ویژگی در حکم اباحه روشن و محرز است (نجفی، ۱۹۸۱: ۲۰۱/۲۳؛ نراقی، بی‌تا: ۱۴۸؛ غروی نائینی، بی‌تا: ۱۰۵/۲). البته تفاوت این ویژگی در حکم اباحه با ویژگی مشابه آن در حق این است که تراضی به اعمال و عدم اعمال حق، مطلق بوده و محدودیتی ندارد؛ اما در حکم اباحه، دارای محدودیت است و تحت شرایطی می‌توان نسبت به آن تراضی نمود.

۴. رابطه عوامل محدودکننده اصل آزادی قراردادی و قواعد تکمیلی با

حق و حکم

عوامل محدودکننده اصل آزادی قراردادی و نیز قواعد تکمیلی و شروط لازم برای توافق نسبت به آن‌ها با توجه به مباحث فقهی حق و حکم در این بخش بررسی می‌شود.

۱-۴. نظم عمومی

برای شناخت و تشخیص نظم عمومی و مصادیق آن شایسته است که در مفهوم، جایگاه و منشأ آن دقت لازم صورت گیرد.

۱-۱-۴. مفهوم نظم عمومی

نظم عمومی، مقررات مربوط به حسن اداره امور هر کشوری در حوزه‌های مختلف بوده که ضامن ایجاد نظم و بقای آن کشور می‌باشند و مسیر حرکت دولت را معین می‌کنند و اراده افراد در قالب قرارداد یا ایقاع در صورتی که مخالف آن‌ها باشد، بی‌اثر است (قاسم‌زاده، ۱۳۹۲: ۵۱-۵۰؛ کاتوزیان، ۱۳۹۵ الف: ۱۵۹).

در مورد تأثیر نظم عمومی بر اعمال حقوقی، در کتب فقهی بر خلاف کتب حقوقی به صورت منسجم بحث نشده است؛ لکن مسئله نظم عمومی در حقوق با مسئله حفظ نظام در مباحث فقهی، قرابت و ارتباط زیادی دارد. منظور از حفظ نظام در مباحث فقهی، اصلاح نظام زندگی مردم در حوزه‌های مختلف و جلوگیری از اختلال آن است. علت اشاره به کشور و دولت در تعریف نظم عمومی این است که مجموعه حکومت و در رأس آن ولی فقیه، عهده‌دار حفظ نظم زندگی مردم و جلوگیری از اختلال آن است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۲: ۵۱۱).

۲-۱-۴. جایگاه نظم عمومی

نظم عمومی از لحاظ جایگاه، در برخی نظرات فقهی در چهارچوب عناوین ثانویه تحلیل شده است که زمینه تحقق احکام ثانویه قرار می‌گیرند (همان: ۴۹۸). اما می‌توان گفت وجوب حفظ نظام یکی از احکام اولیه است که به خاطر رعایت آن، احکام اولیه دیگر در صورت نیاز تغییر می‌یابند و آن حکم تغییر یافته به دلیل عارض شدن عنوان ثانوی باید یک حکم ثانوی تلقی شود، نه اینکه حفظ نظام یک حکم ثانوی باشد. به نظر می‌رسد در مواردی که راه حفظ نظام، منحصر به ترک واجب یا فعل حرامی باشد، می‌توان به استناد وجوب حفظ نظام و مصلحت قطعی آن، به جواز انجام عمل حرام و یا به ترک واجب حکم نمود (رشتی گیلانی، ۱۴۰۱: ۵۷/۱؛ موسوی خمینی، ۱۳۶۹: ۱۷۰/۲۰-۱۷۱؛ همو، ۱۳۶۱: ۱۸۸/۱۵). همچنان که در رابطه با حفظ نظام زندگی مردم و جلوگیری از تضییع حقوق آن‌ها در مباحث مربوط به حقوق عمومی در نظرات فقها دیده شده که از شرط فقیه بودن قاضی در مواقعی که شبهه موضوعیه وجود دارد، عدول نموده و به مقلد بودن قاضی بسنده کرده‌اند (رشتی، ۱۴۰۱: ۵۶/۱-۵۷). در حقوق

خصوصی نیز به اعتقاد برخی فقها، ردّ و عدم امضای برخی معاملات از سوی شارع به خاطر حفظ نظم عمومی جامعه بوده است؛ مانند بیع ربوی (املی، بی تا: ۳۰۷). در مورد انعقاد عقود و ایقاعات با انشاء لفظی و کتبی، برخی فقها حفظ نظام معاملاتی را بر صحت انشاء کتبی دانسته‌اند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۲: ۱۱۳-۱۱۴). همچنین حفظ نظم عمومی جامعه مسلمانان و حفظ نظام ارزاق مردم می‌تواند باعث حرمت و در نتیجه بطلان معامله با تجار بیگانه شود (همان، ۴۹۹-۵۰۰).

همان طور که دیده شد، مسئله نظم عمومی در فقه، از احکام دانسته شده و ممکن است به موجب آن سایر احکام تغییر یافته و حسب مورد، از وجوب به جواز یا حرمت و برعکس تبدیل گردد. شاید همین مطلب، مراد برخی از حقوق دانان باشد که گفته‌اند نظم عمومی یعنی هر چه که حکم باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۲۱۷).

۳-۱-۴. منشأ نظم عمومی

فردگرایان معتقدند که باید مصادیق نظم عمومی در قانون مشخص شود تا آزادی اراده افراد به وسیله تفاسیر قضات و حقوق دانان و مسئولان حکومتی مورد تعدی قرار نگیرد و به صورت نابه‌جا محدود نگردد. اما برخی حقوق دانان داخلی که در این زمینه ظاهراً به نظر اجتماع‌گرایان تمایل دارند، معتقدند:

«بر خلاف آنچه برخی ادعا کرده‌اند، نباید تنها در قانون به دنبال مصادیق اخلال به نظم عمومی گشت؛ بلکه باید تمام عواملی که تمدن یک ملت را به وجود می‌آورد و همه سنت‌های ملی، مذهبی و نیازهای اجتماعی در نظر گرفته شود تا بتوان نظم عمومی را در هر حوزه و تراضی مخالف با آن را تشخیص داد» (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۲۵۵-۲۵۴/۳).

در دین ما، احکام توسط رسول خدا ﷺ، ائمه اطهار علیهم‌السلام و به نیابت از آنان توسط فقها بیان می‌شوند. لذا با توجه به حکم دانستن نظم عمومی، در صورتی که حاکم، ولی فقیه نباشد، بیان مصادیق آن مانند سایر احکام از جانب فقها صورت می‌گیرد و در غیر این صورت، توسط ولی فقیه که عهده‌دار حفظ نظم و نظام جامعه مسلمانان است، بیان می‌گردد؛ زیرا علاوه بر اینکه ولایت فقیه دایرمدار حفظ نظم بوده و به همین علت

تشریح شده است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۲: ۵۱۱)، خود این امر که هر فقیهی بتواند در مسائل حکومتی و اجتماع دخالت کند و مخالف با حکم ولیّ فقیه نظر دهد، موجب اختلال نظم و ممنوع است.^۱

لذا در کشوری که ولیّ فقیه در رأس حکومت قرار دارد، صرفاً ایشان و هر کس یا جایی (مثل قوه مقننه) که از سوی ایشان برای این منظور تعیین شده، می‌توانند موارد خلاف نظم عمومی را تعیین کنند و چنین نیست که موارد خلاف نظم عمومی توسط قاضی تعیین شود، بلکه حاکم و قوه مقننه باید آن را تعیین نماید. لذا به نظر می‌رسد که فقه ما در این رابطه بیشتر به نظر فردگرایان نزدیک است. قرائنی نیز در قانون وجود دارد که این نظر را تأیید می‌کند؛ مانند نظم عمومی و اخلاق حسنه در بند اول ماده ۱۲۹۵ قانون مدنی: «مفاد آن‌ها مخالف با قوانین مربوط به نظم عمومی یا اخلاق حسنه ایران نباشد»، که به عنوان وصف و قید قانون ذکر شده است. در نتیجه باید مصادیق اخلاق حسنه و نظم عمومی را از خود قانون استنباط کرد؛ نه اینکه مصادیق آن‌ها اموری خارج از قانون و نیازمند کشف توسط قاضی محکمه باشند.

۲-۴. اخلاق حسنه

برای شناخت و تشخیص اخلاق حسنه و مصادیق آن نیز باید در مفهوم، جایگاه و منشأ آن تأمل گردد.

۱-۲-۴. مفهوم اخلاق حسنه

مقرراتی که نیکوکاران یک جامعه خود را پایبند به آن می‌دانند و در روابط اجتماعی خویش آن‌ها را اجرا می‌کنند، اخلاق حسنه یا عرف نیکوکاران نام داشته و طبق ماده ۹۷۵ قانون مدنی، اراده افراد توان مخالفت با این نوع مقررات را ندارد (قاسم‌زاده، ۱۳۹۲: ۵۰). نیز گفته‌اند:

«گروهی از قواعد اخلاقی که به صورت قانون امری درآمده یا مبنای این قوانین قرار

۱. «مضافاً إلى لزوم اختلال نظام المصالح المنوطة إلى الحکام، سیمّا فی مثل هذا الزمان الذی شاع فيه القيام بوظائف الحکام ممن يدعی الحكومة، وكيف كان، فقد تبين مما ذكرنا عدم جواز مزاحمة فقیهه لمثله» (انصاری، ۱۴۳۵: ۵۷۱/۳).

گرفته است، باید در زمره قواعد مربوط به نظم عمومی آورد و گروه دیگر که ضامن اجرای آن تنها درونی است، به طور معمول به عنوان اخلاق حسنه مورد استناد قرار می‌گیرد» (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۲۵۶/۳؛ همو، ۱۳۹۵ الف: ۱۸۱).

در کتب فقهی بحثی تحت عنوان اخلاق حسنه وجود ندارد؛ اما با توجه به مثال‌هایی که معمولاً برای قرارداد خلاف اخلاق حسنه آورده می‌شود، باید گفت در اینجا نیز همچون بحث نظم عمومی، هر چه هست حکم است؛ چرا که مواردی مثل قرارداد اخذ اجرت بر عمل منافی عفت که به خاطر مخالفت با اخلاق حسنه باطل است، نه تنها قرارداد بلکه عمل منافی عفت نیز از لحاظ شرعی محکوم به حرمت هستند. علی‌رغم تتبع بسیار در کتب فقهی، بحثی از اخلاق حسنه در حوزه قراردادهای دیده نمی‌شود؛ ولی مواردی وجود دارد که برخی فقها با توجه به برخی مصادیق اخلاق حسنه مثل حیاء و مروت فتوا داده‌اند (فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۱۶۹/۳؛ کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۱۹۹/۱۳؛ فاضل هندی، بی‌تا: ۳۵۱/۷).

۲-۲-۴. جایگاه و منشأ اخلاق حسنه

آنچه در حقوق به عنوان موارد خلاف اخلاق حسنه شناخته می‌شود، در حدی که مخالف شریعت اسلامی نباشد، می‌تواند در شمار احکام قرار گیرد. برخی درباره معیار تشخیص اخلاق حسنه گفته‌اند اخلاق حسنه ناشی از قانون است و با مراجعه به قانون می‌توان آن‌ها را به دقت معین کرد؛ اما هیچ مقننی جز در موارد نادر تعیین نمی‌کند که چه مسائلی در زمره نظم عمومی و اخلاق حسنه هستند. بنابراین این روش کارآمد نیست. برخی دیگر، اخلاق را ناشی از عادات و رسوم اجتماعی، و راه شناختن آن را بررسی علمی وقایع اجتماعی دانسته و گفته‌اند: «به نظر می‌رسد دادرسی باید به ندای وجدان خویش گوش فرا دهد و هر آنچه را که این عوامل گوناگون در نهاد او به وجود آورده، بررسی کند و با رجوع به عرف پارسایان اجتماع خود تشخیص دهد که آیا قرارداد با اخلاق حسنه منافات دارد یا خیر» (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۲۵۶-۲۵۷/۳؛ همو، ۱۳۹۵ الف: ۱۸۲).

با توجه به حکم دانستن اخلاق حسنه در تعریف و جایگاه آن و در نظر گرفتن

قرائنی از قبیل بند اول ماده ۱۲۹۵ قانون مدنی باید منشأ اخلاق حسنه را احکام شریعت و در صورت وجود نظام ولایت فقیه، قانون دانست.

۳-۴. قانون

قانون مجموعه قواعد و احکامی است که از سوی قانون گذار (یا شارع) برای تنظیم روابط فردی، خانوادگی، اجتماعی و سایر شئون زندگی (دنیوی و یا اخروی) اشخاص تصویب و اعلام می شود.

قوانین از حیث امکان تراضی بر خلاف آن‌ها، به امری و تکمیلی تقسیم می شوند. امکان تراضی بر خلاف قوانین امری وجود ندارد و در صورت وقوع تراضی مخالف آن‌ها، قرارداد باطل بوده و هیچ گونه اثری بر آن بار نخواهد شد؛ ولی برعکس در قوانین تکمیلی می توان بر خلاف آن‌ها تراضی نمود (همو، ۱۳۹۵ الف: ۱۴۹). معمولاً نوع قانون در آن ذکر نمی شود که برای تشخیص آن‌ها راه حل را مراجعه به فقه دانستیم. در فقه، برای هر مسئله ای حکمی تکلیفی که شامل وجوب، حرمت، اباحه، استحباب و کراهت می گردد، در نظر گرفته می شود. با توجه به توضیحات آتی، این تقسیم بندی ملاک تشخیص قانون امری و تکمیلی است.

در رابطه با اینکه چگونه مخالفت با برخی احکام موجب بطلان عقد می شود، باید متذکر شد که روایات مربوط به بطلان صلح و شرط در صورت تحریم حلال و تحلیل حرام، اختصاصی به صلح و شرط ندارد؛ زیرا مراد از آن، جلوگیری از تغییر حکم خداوند است و همان طور که برخی از فقها به درستی اشاره کرده اند، این حکم که عقلی و استثناء لبی است از سوی عرف و عقلا به سایر معاملات تسری پیدا می کند (موسوی خمینی، ۱۴۱۰ الف: ۱/۳۱۰-۳۰). بدین دلیل این مطلب را در اینجا ذکر کردیم که مباحث مربوط به اصل آزادی قراردادی و عوامل محدودکننده آن معمولاً ذیل قواعد شروط، صحت و لزوم عقود، تبعیت و عقد صلح در کتب فقهی مورد بحث قرار می گیرند و فقها معتقدند که استثنایی که ذیل عقد صلح و قاعده شروط ذکر شده، به سایر قواعد مبنایی اصل آزادی قراردادی تسری دارد، ولو اینکه در برخی از این مبانی اختلاف نظر وجود داشته باشد.

۴-۳-۱. قانون امری

در حقوق به قوانینی که نمی‌توان علیه آن‌ها تراضی نمود، قوانین امری گفته می‌شود و با توجه به ویژگی این قوانین و توضیحات بحث فقهی حق و حکم، احکام و وجوب و اجمالاً حرمت این چنین بوده و به هیچ وجه موضوع تراضی بر نقل، انتقال، اسقاط و تعهد مخالف قرار نمی‌گیرند و از محدوده اراده و اختیار اشخاص خارج هستند (غروی نائینی، بی‌تا: ۲۲۳/۱). به عبارت دیگر در اثر ایجاب و تحریم شرعی، شخص مسلوب‌الاختیار می‌گردد؛ زیرا هنگامی که امری بر شخص واجب شد، قادر به ترک آن نیست و برعکس هنگامی که امری بر شخص حرام شد، قادر به فعل آن نیست (الممنوع شرعاً کالممتنع عقلاً)، در حالی که در صحت معامله و تراضی، شرط است که انجام یا ترک عمل موضوع تراضی، مقدور و تحت سلطنت و اختیار باشد و با فقدان آن، توافق باطل است. هرچند در این حالت ممکن است عمل مذکور در خارج واقع گردد، ولی وقوع آن در خارج، مصحح عقد نیست (همان: ۱۵/۱). سایر احکام نیز نمی‌توانند موضوع تراضی بر نقل، انتقال و یا اسقاط واقع شوند؛ اما با شرایطی می‌توان تعهد به انجام یا ترک آن‌ها نمود. این شرایط در بحث قوانین تکمیلی مورد اشاره قرار می‌گیرند.

علت ذکر اجمال قبل از حکم حرمت این است که دلالت نهی بر فساد در چند بخش قابل طرح است که در برخی از آن‌ها نهی بر فساد دلالت دارد و در برخی خیر. چون صحبت از بحث دلالت نهی بر فساد، از حوصله این پژوهش خارج است، صرفاً به ذکر نتایج بحث پرداخته می‌شود.

حسب اجماع و تسالم فقها، اگر نهی به رکن معامله تعلق گیرد، دلالت بر فساد دارد (حسینی مراغی، بی‌تا: ۳۸۲/۲)؛ چنان که از قاعده «إِنَّ اللَّهَ إِذَا حَرَّمَ شَيْئًا حَرَّمَ ثَمَنَهُ» (موسوی خمینی، ۱۴۱۰ ب: ۱۵/۱) و روایت «... وَمَا كَانَ مُحَرَّمًا أَصْلَهُ، مِنْهُيًّا عَنْهُ، لَمْ يَجْزِ بَيْعُهُ وَلَا شِرَاؤُهُ» (نوری طبرسی، ۱۹۹۱: ۶۵/۱۳) نیز این نظر قابل استنباط است. همچنین اگر نهی نسبت به مسبب معامله تعلق بگیرد، موجب بطلان معامله است؛ چرا که اثر صحت معامله این است که طرفین بتوانند در مسبب آن تصرف کنند و چنین تصرفی برای آنان جایز باشد، در حالی که نهی مولوی با ایجاد حرمت، طرفین را ناتوان از تصرف در موضوع حکم می‌نماید (موسوی خویی، ۱۳۵۲: ۴۰۴/۱). اما اگر نهی به امری خارج از عقد

تعلق بگیرد، طبق نظر مشهور فقها موجب بطلان نیست (حسینی مراغی، بی تا: ۳۷۷/۲) و شاید همین امر موجب شهرت «عدم دلالت نهی بر فساد در معاملات» شده است. مواردی از نهی در معاملات نیز محل اختلاف است؛ مثل نهی از سبب. اختلاف بر سر این است که آیا نهی از سبب شدن، دلالت بر مبعوضیت مسبب دارد یا خیر؟ در فرض اخیر برخی گفته‌اند که ایجاد مسبب فقط با آن سبب منهی عنه باطل است و با سایر اسباب بی اشکال می‌باشد (مکارم شیرازی، بی تا: ۶۲۴/۱) و برخی نیز نهی از سبب را ظاهر در ارشاد به این مطلب دانسته‌اند که اثر مورد انتظار (مسبب) بر آن مترتب نمی‌شود و این همان فساد است (سبحانی، ۱۴۰۵: ۴۱۴/۱).

۲-۳-۴. قانون تکمیلی

قانون تکمیلی، قانونی است که امکان تراضی بر خلاف آن وجود دارد. مراجعه به مباحث فقهی حق و حکم نشان می‌دهد که بخش‌هایی از حق و حکم این ویژگی را دارند. با یادآوری ویژگی‌های حق و حکم آشکار می‌گردد که حکم اباحه بالمعنی الاعم قابلیت مشروط تعهد به انجام و ترک را دارد. حق نیز در جایی که تمام ویژگی‌هایش به اثبات رسیده باشد، در زمره قوانین تکمیلی محسوب می‌شود و در غیر این صورت نمی‌توان نسبت به هر کدام از ویژگی‌های آن که به اثبات نرسیده است، تراضی نمود. مشروط بودن تعهد به انجام و ترک یک عمل مباح به خاطر این است که باید به نحوی صورت گیرد که موجب تحریم حلال و یا تحلیل حرام نشود. البته در اینکه این تعهد چگونه باید صورت بگیرد تا موجب تحریم حلال و برعکس نشود، اختلاف نظر وجود دارد؛ لکن آنچه که ظاهراً در اینجا محل وفاق است آن است که اشخاص در تراضی نباید به حلال شدن حرام و یا حرام شدن حلال تصریح کنند، وگرنه عقد باطل است (نراقی، بی تا: ۱۴۸؛ نجفی، ۱۹۸۱: ۲۰۱/۲۳). ممکن است ایراد شود که نفس التزام به ترک مباح، محرّم حلال محسوب می‌شود، ولو اینکه نفس ملتزم، مباح باشد. در جواب این اشکال می‌توان به مثال‌های نقضی همچون نذر و عهد و موارد مشابه آن‌ها اشاره کرد و گفت اگر اشکال فوق درست باشد، لازمه‌اش این است که در مواردی هم که اشخاص نذر می‌کنند که کاری مباح یا مکروه را ترک نمایند، التزام آن‌ها محرّم حلال

و باطل محسوب گردد، در حالی که به وسیله ادله، صحت چنین مواردی ثابت شده و بسیاری از التزامات صحیح این چنین هستند (غروی نائینی، بی تا: ۱۰۵/۲).

برخی فقها با استنباط از روایت مربوط به بطلان سوگند بر ترک شرب آب میوه و دلیل آن، شرایطی را برای صحت تعهد بر انجام و ترک فعل مباح بیان نموده‌اند. روایت مذکور به دلیل اینکه انسان حق ندارد حلال خداوند را حرام نماید، دلالت بر بطلان سوگند بر ترک شرب آب میوه به صورت دائمی دارد. از نظر ایشان، مفهوم روایت مذکور این است که اگر شخص بر ترک مصداقی از مباح یا بر ترک نوع آن در برهه‌ای اندک از زمان سوگند یاد می‌کرد، التزام به آن بی‌اشکال بود؛ ولی سوگند بر ترک مباحی نوعاً و دائماً همان طور که در روایت آمده، محرّم حلال و در نتیجه باطل محسوب می‌شود (همان). ایشان شرایط مذکور را به توافقات اشخاص نیز تسری داده‌اند؛ زیرا معتقدند که روایت مذکور، ضابطه تحریم و تحلیل را بیان نموده است.

با توجه به این شرایط، باز هم در برخی موارد تردید وجود خواهد داشت؛ مثلاً تعهد بر ترک مصداقی از یک مباح یا نوع آن در مدت طولانی که شک داریم آیا موجب تحریم حلال و در نتیجه مخالف کتاب و سنت است یا خیر. در اینجا چاره‌ای جز مراجعه به اصل نیست. شیخ انصاری در فرض شک بین مخالفت شرط با کتاب و سنت و عدم آن، اصل عدم مخالفت را جاری دانسته، معتقد است که پس از جریان اصل می‌توان به عموماً تمسک نمود (انصاری، ۱۴۳۵: ۳۱/۶). برخی دیگر بر خلاف ایشان معتقدند که اصل عدم مخالفت در اینجا جاری نیست؛ زیرا مورد مشتبه هیچ گونه سابقه‌ای از لحاظ مخالفت و عدم مخالفت با شرع ندارد و به عبارت دیگر همین که حکمی بیان شد، یا مخالف است یا غیر مخالف، و حالت دیگری (که عدم مخالفت سابق بر بیان باشد) ندارد تا بتوانیم آن را استصحاب کنیم (غروی نائینی، بی تا: ۱۱۱/۲؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰: ۱۰۱/۲-۱۱۱). در نتیجه در اینجا، امکان جریان اصل سببی استصحاب وجود ندارد و باید اصل مسببی را جاری کرد؛ زیرا در اینجا در نفوذ توافق شک داریم و اصل عدم آن است (غروی نائینی، بی تا: ۱۱۱/۲). به نظر می‌رسد علی‌رغم ایراد اصل مورد استناد شیخ انصاری بتوان به نتیجه مقصود ایشان رسید، بدین صورت که مخالفت شرط باید احراز شود نه عدم مخالفت؛ زیرا آنچه که از عموماً و اطلاعات ادله خارج شده

است، موارد ممنوع و مخالف است و مواردی که مخالفت آن احراز نشده است، داخل عمومات و اطلاعات قرار می‌گیرد (موسوی سبزواری، بی‌تا: ۲۲۴/۱۷؛ کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۳۱/۱۳؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۷: ۲۹۶/۵؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۲: ۱۱۴؛ سبحانی، ۱۴۲۳: ۱۰).

۵. اهمیت و روش‌های تشخیص حق و حکم

۱-۵. اهمیت تشخیص حق و حکم

از آنچه گفته شد، اهمیت تشخیص عوامل محدودکننده اصل آزادی قراردادی و قواعد تکمیلی و به عبارت دیگر حق و حکم نیز آشکار می‌شود؛ زیرا در موارد فراوانی بدون وجود این تشخیص نمی‌توان در خصوص صحت یا بطلان قرارداد یا شرط ضمن آن نظر داد. با توجه به عدم تشخیص آن‌ها از طریق قوانین و نظرات تفسیری حقوق‌دانان و در راستای راه حل ارائه‌شده توسط قانون اساسی، سعی در بررسی فقهی این قواعد شد. نتیجه این بررسی‌ها اجمالاً بر تناظر عوامل محدودکننده و قواعد تکمیلی با حق و حکم در کتب فقهی استوار گردید. با وجود این، تشخیص خود حق و حکم نیز در برخی موارد کاری دشوار است.^۱ در این مواقع فقها برای تشخیص حق و حکم راه حل‌هایی ارائه داده‌اند که دانستن آن‌ها برای تشخیص عوامل محدودکننده اصل آزادی قراردادی و قواعد تکمیلی اهمیت دارد.

۲-۵. روش‌های تشخیص حق و حکم

در ابتدا لازم است گفته شود که این اشتباه بین حق و حکم، میان حق و حکم اباحه پیش می‌آید نه سایر احکام؛ چرا که هیچ وقت اشتباه بین وجوب و حرمت به صورت همزمان با اباحه و حق بودن یک چیز رخ نخواهد داد، مگر اینکه با جریان اصل برائت، احکام وجوب و حرمت کنار زده می‌شوند و در نتیجه از میان شبهات

۱. «گفته می‌شود که تشخیص "قوانین امری" از "تکمیلی" یا "آمره" از "مخیره" امری دشوار است و به نظر ما این مسئله، ریشه در تمیز مفهوم حق و حکم و پیش از آن، درک تفاوت دقیق مفهوم حکم وضعی و تکلیفی دارد و دشواری و ناتوانی این امر از نتایج سوء فاصله گرفتن حقوق مدنی از دو دانش باارزش فقه و اصول است؛ علمی که توسعه آن‌ها از نقاط اوج تاریخ علم و تمدن اسلامی است» (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۱۳۳).

ذکر شده فقط شبهه بین حق و حکم اباحه بالمعنی الاعم باقی خواهد ماند.

در این شبهه بین حق و حکم اباحه، برخی نظر به حکم بودن مورد مشتبه داده‌اند (فیض کاشانی، ۱۴۰۶: ۷۷۶/۱۸؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ۱۴۳/۶)؛ اما مشهور بر این عقیده‌اند که در این مرحله (یعنی شک بین حق و یا حکم بودن) اصلی وجود ندارد و حسب مورد باید به اصول و قواعد مراجعه نمود (موسوی خویی، ۱۳۷۷: ۴۷/۲-۴۸؛ مامقانی، ۱۳۵۰: ۴؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰: ۵۵/۱). لذا از سوی فقها در این راستا راه حل‌هایی برای تشخیص حق و حکم ارائه شده که به ترتیب زیر است:

الف) اولین راه حل، مراجعه به ادله جهت کشف حق یا حکم بودن است. برای کشف مراد ادله سه طریق وجود دارد:

۱- اجماع بر اینکه مورد مشتبه، حق و یا حکم است.

۲- توجه به لسان دلیل؛ به این معنا که ادله هر مورد بررسی شود و قرائن ادبی و فقهی درونی و پیرامونی آن ادله مثل وجود «لام» در دلیل مورد مشتبه - که دلالت بر اختصاص و ملکیت دارد (ر.ک: انباری، بی‌تا: ۱۹۴؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۱۰۸/۸؛ نجفی، ۱۹۸۱: ۱۳۹/۴۱) - ملاحظه شود که آیا به حق یا حکم بودن آن اشاره شده یا خیر (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰: ۵۵/۱). البته در مورد مراجعه به دلیل، اگر از ادله مورد خاصی، سلطنت و تفویض امر و اولویت استنباط شد، آن مورد حق است نه اینکه صرفاً به لفظ حق در روایت توجه شود؛ زیرا برخی از مواردی که در روایات، لفظ حق بر آن اطلاق شده، واقعاً حق نیستند، بلکه حکم هستند و در آن‌ها سلطنت به معنای واقعی وضع نشده است (مروج جزایری، ۱۴۱۶: ۱۴۱؛ حسنی، بی‌تا: ۳۲-۳۳). این قرائن برخی از وجوه متمایزکننده حق از حکم در زمان وضع آن‌ها هستند.

۳- بررسی آثار آن مورد مشتبه؛ بدین معنا که اگر با مراجعه به ادله، مورد مشتبه قابل نقل، انتقال و اسقاط دانسته شده بود، با توجه به اینکه هر آنچه که این آثار را داشته باشد، حق است، آن مورد حق خواهد بود (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰: ۵۶-۵۵/۱).

ب) در صورت عدم حصول نتیجه از راه حل اول، در مرحله بعد باید با توجه به شکی که وجود دارد، اصل عملی متناسب با آن اعمال شود. موارد زیر، شک‌های قابل تصور در این زمینه هستند:

۱- اگر در حق و حکم بودن چیزی شک شود، نقل و اسقاط آن جایز نیست و بعد از مرگ نیز انتقال نمی‌یابد (همان: ۵۶/۱؛ نجفی خوانساری، ۱۴۱۸: ۱۰۸/۱)؛ زیرا ترتب و حمل این آثار بر چیزی، دایر بر احراز حق بودن آن است و با شک در حق بودن مورد مشتبّه، به خاطر جریان اصل عدم شرط (احراز حق بودن)، این آثار قابل ترتب نیستند و علاوه بر این، جریان اصل استصحاب نیز چنین نتیجه‌ای به دست می‌دهد.

۲- در مورد چیزی که حق یا حکم بودن آن بر ما مشتبّه است، اگر در قابلیت نقل و یا اسقاط آن شک کنیم، نه تنها اصل بر عدم این آثار است که از آثار وجودی حق به شمار می‌آیند، بلکه اگر حکم بودن آن، آثار وجودی نیز داشته باشد و در آن‌ها شک داشته باشیم، اصل را بر عدم می‌گذاریم (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰: ۵۶/۱؛ آل بحر العلوم، ۱۳۶۲: ۱۹/۱).

ج) اگر حق بودن امری محرز بود، اما در ویژگی‌های آن شک داشتیم، برای احراز آن‌ها به نحو ذیل اقدام می‌شود:

۱- از نظر محقق طباطبایی، حق اقتضای تمام ویژگی‌های پیش گفته برای آن را دارد و اگر مانع تعبدی و تقوم به شخص یا عنوان خاصی نداشته باشد، می‌توان بر وفق آن ویژگی‌ها عمل نمود. در غیر این صورت، حسب مورد، قابلیت نقل، انتقال و اسقاط را ندارد (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰: ۵۶/۱).

۲- در صورت شک در وجود منع تعبدی، مقتضای عمومات، صحت تصرفات در آن می‌باشد؛ زیرا چنان که گفته شد، حق اقتضای نقل و انتقال و اسقاط را دارد و با عدم مانع، این اقتضا فعلیت می‌یابد (همان). ولی اگر در قائم بودن حق به شخص یا عنوان خاصی شک شود و قابلیت عرفی آن حق برای نقل و انتقال و یا اسقاط احراز شود (به گونه‌ای که نزد عرف، مورد بودن شخص محرز باشد نه مقوم بودن آن)، حسب عمومات^۱ پس از صدق عرفی عناوین آن‌ها (همچون عقد، صلح، بیع، تجارت، شرط و...)، تصرفاتی که صورت گرفته و یا خواهد گرفت، صحیح است (همان؛ موسوی خمینی، ۱۴۱۰ الف: ۲۹۰/۱-۳۰).

۱. «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»؛ «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»؛ «تِجَارَةٌ عَنِ تَرَاضٍ»؛ «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا حَرَمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا»؛ «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً» و... .

البته محقق خوئی در این فرض معتقد است که اگر قابلیت نقل (که قرینه‌ای بر عدم خصوصیت حق و در نتیجه قابلیت انتقال قهری آن است)، برای ما محرز نبود، به دلیل ظهور ادله حق در اختصاص آن به ذی حق، اصل بر عدم قابلیت نقل آن است و به عنوان ایراد بیان می‌دارد که نمی‌توان با تمسک به عموماً، این آثار (قابلیت‌های سه‌گانه) را ثابت نمود؛ چرا که تمسک به عام در شبهه مصداقیه است (موسوی خوئی، ۱۳۷۷: ۴۹/۲). به اعتقاد ایشان، عموماً صرفاً در صدد بیان نفوذ اسباب هستند (همان: ۵۰/۲).

برخی فقها به ایراد سید خوئی به نظریه اثبات قابلیت با تمسک به عموماً بدین نحو پاسخ داده‌اند که با توجه به نازل شدن عموماً و اطلاقات کتاب و سنت بر عرفیات، هر جا که قابلیت عرفی محرز باشد، پس از صدق عرفی عناوین عموماً مذکور می‌توان برای اثبات قابلیت شرعی به عموماً مذکور تمسک نمود و صرفاً فرضی که قابلیت و صدق عنوان عموماً عرفاً محرز نباشد تمسک به عموماً، تمسک به عام در شبهه مصداقیه است، نه تمام فروض (موسوی سبزواری، بی‌تا: ۲۰۶/۱۶؛ شریف کاشانی، ۱۴۳۰: ۱۵۷-۱۵۵).

همچنین باید گفت قابلیت مربوط به آن حقی را که اختصاص آن به شخص یا عنوان خاص ثابت شده باشد، نمی‌توان با تمسک به عموماً اثبات نمود، نه هر آنچه را که مردد بین اختصاص و عدم اختصاص است (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰: ۵۶/۱). به علاوه فقهای بزرگی همچون شیخ طوسی، فخرالمحققین، فاضل مقداد، محقق کرکی، شهید ثانی، میرزای قمی و... برای اثبات قابلیت، به عموماً تمسک می‌نمودند (امیرخانی، ۱۳۹۳: ۱۶۵).

البته گویا محقق خوئی نیز در جایی دیگر، هرچند همچنان اصرار داشته بر اینکه عموماً در صدد تنفیذ اسباب هستند، ولی نظریه اثبات قابلیت را پذیرفته است؛ بدین نحو که اگر قابلیت (از نظر شرعی و یا) از نظر عرفی و عقلایی محرز باشند، می‌توان با تمسک به عموماً، حکم به صحت تصرفات داد (موسوی خوئی، بی‌تا: ۲۸-۲۷/۲).

نتیجه‌گیری

۱. نظم عمومی با مسئله حفظ نظام جامعه انسانی، ارتباط و قرابت تام دارد و مصادیق آن در زمره احکام قرار می‌گیرد که حسب نوع آن، دارای آثار مختلفی نظیر بطلان توافق بر خلاف آن خواهد بود.
۲. اخلاق حسنه، مسئله مشابهی در کتب فقهی نداشته و صرفاً برخی از مصادیقی که در زمره توافقات مخالف اخلاق حسنه قلمداد شده‌اند، در زمره احکام قرار می‌گیرند که حسب نوعشان می‌توانند منجر به بطلان قرارداد گردند.
۳. قانون امری به دلیل اینکه نمی‌تواند موضوع تراضی و تغییر و تحول قرار گیرد، با حکم وجوب و حرمت متناظر است.
۴. قوانین تکمیلی، همان احکام اباحه هستند که به شرط دائمی و نوعی نبودن تعهدات مخالف، می‌توان نسبت به آن‌ها قرارداد منعقد نمود. حق نیز که ماهیتاً از امور اعتباری است، در صورتی که ویژگی‌های قابلیت نقل، انتقال و اسقاط برای آن به اثبات برسد، همانند قوانین تکمیلی است.
۵. برای تشخیص حکم از حق باید در مرتبه اول به دلیل مراجعه نمود و به دنبال کشف ماهیت موضوع مشتبه از طریق قرائن و یافتن آثار و یا اجماع بود. در صورتی که این طریق نتیجه ندهد، چاره، مراجعه به اصل عملی عدم و نیز استصحاب است که با توجه به آن، نه حق بودن و نه حکم بودن و نه ویژگی‌های سه‌گانه مذکور هیچ کدام به اثبات نمی‌رسد؛ بلکه در این فرض صرفاً اگر کسی قصد نقل و انتقال و یا اسقاط داشته باشد، توافقات وی بی‌اثر محسوب می‌شود. همچنین با توجه به مشتبه بودن حق و حکم در این فرض، در صورتی که شخص بخواهد نسبت به اعمال یا ترک مورد مشتبه تعهد نماید، باید قدر متیقن یعنی شروط لازم برای تعهد نسبت به اباحه را رعایت کند.
۶. اگر حق بودن چیزی معلوم بود، ولی برخی از ویژگی‌های آن مورد تردید بود، در صورتی که عرفاً دارای آن ویژگی باشد و منع شرعی یا اختصاص به شخص یا عنوان خاص نداشته باشد، با تمسک به عمومات، قابلیت مورد نظر به اثبات می‌رسد و می‌توان نسبت به آن، تصرفات لازم را انجام داد.

کتاب شناسی

۱. آل بحر العلوم، سیدمحمد بن محمدتقی، *بلغة الفقيه*، چاپ چهارم، تهران، مكتبة الصادق علیه السلام، ۱۳۶۲ ش.
۲. ابن براج طرابلسی، قاضی عبدالعزیز بن نحیر، *جواهر الفقه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، بی تا.
۳. امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، چاپ سی و هفتم، تهران، اسلامی، ۱۳۹۵ ش.
۴. امیرخانی، عبدالله، *البيع*، تقریرات دروس سیدمحمدرضا مدرس یزدی، قم، دارالتفسیر، ۱۳۹۳ ش.
۵. انباری، ابوالبرکات عبدالرحمن بن محمد بن ابی سعید، *اسرار العربیه*، بیروت، شرکت دارالرقم بن ابی الارقم، بی تا.
۶. انصاری، مرتضی بن محمدامین، *فرائد الاصول*، قم، ذوی القربی، ۱۴۳۷ ق.
۷. همو، *کتاب المکاسب*، چاپ پنجم، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۳۵ ق.
۸. تهانوی، محمدعلی بن علی، *کشاف اصطلاحات الفنون و العلوم*، لبنان، مکتبه لبنان ناشرون، بی تا.
۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *تأثیر اراده در حقوق مدنی*، چاپ دوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۷ ش.
۱۰. جوهری، اسماعیل بن حماد، *الصحاح، تاج اللغة و صحاح العربیه*، چاپ سوم، بیروت، دار العلم للملایین، ۱۹۸۴ م.
۱۱. حسینی روحانی، سیدمحمدصادق، *فقه الصادق علیه السلام*، چاپ سوم، قم، دارالکتاب، ۱۴۱۴ ق.
۱۲. حسینی شیرازی، سیدمحمد، *الفقه، القواعد الفقهیه*، بی جا، مرکز الثقافی الحسینی، بی تا.
۱۳. حسینی مراغی، سید میرعبدالفتاح بن علی، *العناوین الفقهیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، بی تا.
۱۴. رشتی گیلانی، میرزا حبیب الله، *کتاب القضاء*، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۰۱ ق.
۱۵. ساکت، محمدحسین، *حقوق شناسی (دیباچه ای بر دانش حقوق)*، مشهد، نخستین، ۱۳۷۱ ش.
۱۶. سبحانی، جعفر، *تهذیب الاصول*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۱۷. همو، *دراسات موجزة فی الخيارات و الشروط*، قم، مرکز العالمی للدراسات الاسلامیه، ۱۴۲۳ ق.
۱۸. همو، *رسائل فقهیه*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۹ ق.
۱۹. سنهوری، عبدالرزاق احمد، *مصادر الحق فی الفقه الاسلامی*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۵۴ م.
۲۰. شریف کاشانی، ملاحبیب الله، *علم صحة الصلح عن حق الرجوع*، کاشان، مرسل، ۱۴۳۰ ق.
۲۱. شهیدی، مهدی، *حقوق مدنی: تشکیل قراردادها و تعهدات*، چاپ سیزدهم، تهران، مجد، ۱۳۹۶ ش.
۲۲. طباطبایی بروجردی، سیدحسین، *الحاشیه علی کفایة الاصول*، قم، انصاریان، ۱۴۱۲ ق.
۲۳. طباطبایی حکیم، سیدمحسن، *نهج الفقاهه*، قم، ۲۲ بهمن، بی تا.
۲۴. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، *العروة الوثقی*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۲۵. همو، *حاشیه المکاسب*، قم، اسماعیلیان، ۱۴۱۰ ق.
۲۶. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، حاشیه سیدمحمد کلاتر، قم، کتاب فروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.
۲۷. همو، *تمهید القواعد*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
۲۸. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال الدین مکی، *القواعد و الفوائد*، قم، کتاب فروشی مفید، بی تا.
۲۹. غروی اصفهانی (کمپانی)، محمدحسین، *حاشیه کتاب المکاسب*، قم، مطبعة علمیه، ۱۴۱۹ ق.
۳۰. غروی نائینی، میرزا محمدحسین، *منیة الطالب فی حاشیه المکاسب*، تهران، المکتبه المحمدیه، بی تا.

۳۱. فاضل موحدی لنکرانی، محمد، *التعليقات على العروة الوثقى*، قم، مركز فقهی ائمه اطهار عليه السلام، ۱۴۲۲ ق.

۳۲. فاضل هندی، بهاء‌الدین محمد بن حسن اصفهانی، *كشف اللثام والابهام عن قواعد الاحكام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، بی‌تا.

۳۳. فخرالمحققین حلی، ابوطالب محمد بن حسن بن یوسف، *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۷ ق.

۳۴. فیض کاشانی، محمدمحسن بن شاه مرتضی، *الوافی*، اصفهان، کتابخانه امام امیرالمؤمنین علیه السلام، ۱۴۰۶ ق.

۳۵. قاسم‌زاده، سیدمرتضی، *حقوق مدنی؛ مختصر قراردادهای و تعهدات*، چاپ دهم، تهران، دادگستر، ۱۳۹۲ ش.

۳۶. کاتوزیان، ناصر، *عقود معین*، چاپ چهاردهم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۵ ش. (ب)

۳۷. همو، *فلسفه حقوق*، چاپ چهارم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۰ ش.

۳۸. همو، *قواعد عمومی قراردادهای؛ مفهوم، انعقاد و اعتبار قرارداد*، چاپ سیزدهم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۵ ش. (الف)

۳۹. همو، *مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران*، چاپ سی و چهارم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۲ ش.

۴۰. کرکی عاملی (محقق ثانی)، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل‌البيت عليه السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ ق.

۴۱. مامقانی، ملاعبدالله بن محمدحسن، *نهاية المقال فی تکملة غاية الآمال*، قم، مجمع الذخائر الاسلامیه، ۱۳۵۰ ق.

۴۲. محقق داماد، سیدمصطفی، *قواعد فقه*، چاپ سی و هشتم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۵ ش.

۴۳. همو، *نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی*، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۸ ش.

۴۴. مدرسی، سیدمحمدتقی، *الاستفتاءات*، چاپ دوم، بیروت، مرکز العصر، ۱۴۳۳ ق.

۴۵. مروج جزایری، سیدمحمدجعفر، *نظرة فی الحقوق، احکامها و اقسامها*، قم، مؤسسه دارالکتاب جزایری، ۱۴۱۶ ق.

۴۶. مقرئ فیومی، احمد بن محمد بن علی، *المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی*، قم، دار الهجرة، بی‌تا.

۴۷. مکارم شیرازی، ناصر، *القواعد الفقهیه*، قم، مدرسه الامام علی بن ابی طالب عليه السلام، ۱۳۷۰ ش.

۴۸. همو، *انوار الاصول*، قم، مدرسه امام امیرالمؤمنین عليه السلام، بی‌تا.

۴۹. همو، *بحوث فقهیه هامه*، قم، مدرسه امام امیرالمؤمنین عليه السلام، ۱۴۲۲ ق.

۵۰. همو، *کتاب النکاح*، قم، مدرسه الامام علی بن ابی طالب عليه السلام، ۱۴۲۴ ق.

۵۱. منتظری، حسینعلی، *نظام الحکم فی الاسلام*، تهران، سرابی، ۱۳۸۰ ش.

۵۲. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، *الرسائل العشره*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، بی‌تا.

۵۳. همو، *المکاسب المحرمه*، چاپ سوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۱۰ ق. (ب)

۵۴. همو، *تحریر الوسيله*، چاپ دوم، نجف، مطبعة الآداب، ۱۳۹۰ ق.

۵۵. همو، *صحیفه نور*، تهران، سروش، ۱۳۶۹ ش.

۵۶. همو، *صحیفه نور*، تهران، شرکت افست، ۱۳۶۱ ش.

۵۷. همو، *کتاب البیع*، چاپ چهارم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۱۰ ق. (الف)

۵۸. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، *اجود التقريرات فی علم الاصول*، تقریرات دروس محمدحسین غروی نایینی، قم، کتاب فروشی مصطفوی، ۱۳۵۲ ش.
۵۹. همو، *محاضرات فی الفقه الجعفری*، تقریر سیدعلی حسینی شاهرودی، قم، دار الکتب الاسلامی، بی تا.
۶۰. همو، *مصباح الفقاهه*، قم، مکتبه الداوری، ۱۳۷۷ ق.
۶۱. موسوی سبزواری، سید عبدالاعلی، *مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام*، قم، دار التفسیر، بی تا.
۶۲. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۸۱ م.
۶۳. نجفی خوانساری، موسی بن محمد، *منیة الطالب فی شرح المکاسب*، تقریرات دروس محمدحسین غروی نائینی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸ ق.
۶۴. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، *عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام*، بی جا، بی تا، بی تا.
۶۵. نوری طبرسی، حسین بن محمد تقی، *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*، چاپ سوم، بیروت، مؤسسه آل البیت (علیهم السلام) لاحیاء التراث، ۱۹۹۱ م.

مطالعه تطبیقی امتناع از پذیرش حق

در حقوق ایران، فقه امامیه و اصول حقوق قراردادهای اروپایی*

- سیدمهدی موسوی^۱
- امیر صادقی نشاط^۲

چکیده

امتناع از پذیرش حق در صورتی روی می‌دهد که در یک رابطه قراردادی یا غیر قراردادی، یک طرف یا ثالث بخواهد حق طرف دیگر را به وی تسلیم نماید، اما طرف مقابل، از پذیرش آن در غیر از موارد حقوقی خودداری نماید. لذا قانون‌گذاران برای حمایت از طرفی که با امتناع طرف مقابل روبه‌رو شده، راهکارهایی ارائه می‌دهند تا ضررهای وی جبران شود. در این پژوهش برآنیم تا راهکارهای ارائه‌شده در مقابل امتناع از پذیرش حق را در فقه امامیه، نظام حقوقی ایران و اصول حقوق قراردادهای اروپایی بشناسیم و با تبیین این موضوعات، مشابهت‌ها و تفاوت‌های راهکارهای ارائه‌شده را در این سه نظام حقوقی مورد مطالعه قرار دهیم. بررسی قواعد پیش‌بینی‌شده در این سه نظام حقوقی نشان می‌دهد فقه امامیه و اصول حقوق قراردادهای اروپایی، گرایش در به کارگیری

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۱۲/۱ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۴/۱۲.

۱. کارشناس ارشد حقوق خصوصی (نویسنده مسئول) (smehdimusavi@yahoo.com).

۲. دانشیار دانشگاه تهران (asneshat@ut.ac.ir).

نهادهای خودیاری (غیر قضایی) دارند، اما در نظام حقوقی ایران رجوع به دستگاه قضایی به عنوان اصل پذیرفته شده است.
واژگان کلیدی: امتناع، پذیرش حق، سپردن یا نگهداری مال امتناع‌شده، فروش خودیاری.

۱. مقدمه

یکی از مسائل مبتلا به در تجارت، مسئله امتناع از پذیرش حق است. از دیدگاه اهل لغت، «امتناع»^۱ (عدم پذیرش اختیاری) به معنای «پرهیز کردن، سر باز زدن، خودداری» می‌باشد (معین، ۱۳۸۶: ۴۱۸/۱). کلمه «ایفاء» یعنی وفا کردن و عمل کردن، و «ایفاء تعهد»^۲ این گونه تعریف شده است:
 «به سر آوردن وعده، وفا کردن به عهد، حق کسی را به تمام دادن و...» (همان: عمید، ۱۳۸۹: ۳۲۵/۱).

و از نظر اهل اصطلاح:

«عملی است که به موجب آن متعهد، آنچه را در قرارداد به عهده گرفته است، انجام می‌دهد» (انصاری و طاهری، ۱۳۸۴: ۵۱۷/۱).

امتناع از پذیرش حق وقتی روی می‌دهد که یک طرف موظف باشد حقی را که به وی تعلق دارد (اعم از آنکه ناشی از قرارداد باشد یا از الزامات خارج از قرارداد)، بپذیرد و طرف دیگر (یا ثالث) نیز حق مزبور را به منظور پذیرش به وی ارائه نماید، اما وی از پذیرش آن امتناع ورزد. این امر قانون‌گذاران را بر آن داشته تا راهکارهایی برای حل آن پیش‌بینی نمایند که یکی با استفاده از قوه قاهره و دستگاه قضایی است و دیگری بدون مراجعه به آن دستگاه. نوع اخیر را نهاد خودیاری^۳ گویند که مطابق آن، متعهد به جای آنکه روند عادی قضایی را طی نماید و به دادگستری برود، با انجام اقداماتی، خودش به

۱. در زبان انگلیسی «Refusal» و در زبان فرانسوی کلمه «Refus» معادل آن می‌باشد.

۲. در زبان انگلیسی، کلمه «Perform» معادل کلمه ایفاء می‌باشد و عبارت «Perform of Obligation» برای اصطلاح ایفاء تعهد یا اجرای تعهد به کار برده می‌شود. در زبان فرانسوی، از ایفاء با کلمه «Exécution» تعبیر می‌شود و اصطلاح «Exécution de l'obligation» به معنای ایفاء تعهد می‌باشد.

3. Self-help.

حل مسئله پردازد (Garner, 2009: 1482). در نتیجه قانون‌گذاران برای حمایت از شخصی که قصد ایفای تعهد را دارد، یکی از دو راهکار فوق را انتخاب کرده‌اند. علاوه بر دسته‌بندی فوق می‌توان این موضوع را بر اساس نوع راهکار به: ۱. راهکار سپردن مال نزد ثالث یا نگهداری آن، و ۲. راهکار فروش مال امتناع‌شده، تقسیم نمود. با نگاهی به کتب و مقالات حقوقی، متوجه خلأ پژوهش تطبیقی دقیق و جامع در این زمینه شده، لذا بر آن شدیم تا در این مقاله با پژوهشی نسبتاً جامع، راهکارهای ارائه‌شده در مقابل امتناع از پذیرش حق را در نظام حقوقی ایران و فقه امامیه و اسناد بین‌المللی مورد بررسی قرار دهیم. در اسناد بین‌المللی «اصول حقوق قراردادهای اروپایی»^۱ نهاد امتناع از پذیرش حق (کالا) را پیش‌بینی و مقرراتی در خصوص آن آورده است. در این پژوهش با استفاده از مطالعه به روش کتابخانه‌ای و با ابزار فیش‌برداری از کتب حقوقی و فقهی و نیز استفاده از مقالات مربوطه و وبگاه‌های حقوقی و کسب نظر اساتید دانشگاه و حوزه، به جمع‌آوری اطلاعات در خصوص امتناع از پذیرش حق پرداختیم و این موضوع را به صورت تطبیقی بررسی کردیم تا به سؤال زیر پاسخی مناسب بدهیم: فقه امامیه و نظام حقوقی ایران و همچنین اصول اروپایی (به عنوان یک قانون فراملی) چه راهکارهایی را در مقابل امتناع از پذیرش حق در نظر گرفته‌اند؟ همچنین چه شباهت‌ها و تفاوت‌هایی در این خصوص، میان این سه نظام حقوقی وجود دارد؟

۲. سپردن مال امتناع‌شده

یکی از راهکارهایی که در نظام‌های حقوقی در مقابل امتناع از پذیرش حق به کارگیری می‌کنند، سپردن مال امتناع‌شده (نزد خود یا دیگری) است. این راهکار به صورت‌های مختلف اجرا می‌شود. در نظام حقوقی ایران و اصول اروپایی بر خلاف فقه امامیه، نگهداری مال امتناع‌شده به وسیله متعهد به عنوان یک راهکار مستقل پیش‌بینی نشده

۱. در این مقاله، «اصول حقوق قراردادهای اروپایی» (Principles European Contract Law (PECL)) به اختصار «اصول اروپایی» نامیده می‌شود. این مجموعه قواعد فراملی، یکی از مهم‌ترین اقداماتی است که توسط «کمیسیون حقوق خصوصی اروپا» (The Commission on European Private Law) در راستای متحد نمودن ساختار «حقوق قراردادهای» پس از سال‌ها مطالعه و تحقیق صورت گرفته است.

است. در این خصوص در اصول اروپایی باید کالا به ثالث سپرده شود. در حقوق ایران نیز این روش مورد استفاده قرار نگرفته و فقط بعد از رجوع شخص به مقام قضایی جهت تحویل مال، این مقام در صورت صلاحدید می‌تواند مقرر دارد که مال به عنوان امانت نزد متعهد قرار گیرد. ضمناً ماده ۳۸۴ قانون تجارت به صورت موقت وظیفه نگهداری از مال را در نظر گرفته، اما این موضوع با راهکار «قرار گرفتن نزد شخص متضرر به عنوان امانت» به عنوان ضمانت اجرای امتناع از پذیرش حق متفاوت بوده و اقدامی مقدماتی به منظور حفاظت از کالایی می‌باشد که قرار است به فروش برسد. با توجه به اینکه در مقام تبیین تمامی راهکارهای ارائه‌شده در فقه در مقابل «امتناع از پذیرش حق» می‌باشیم، این مورد (سپرده شدن نزد متعهد) نیز مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۲. سپردن مال امتناع‌شده در فقه امامیه

در خصوص نهاد ولایت حاکم گفته شده اصل بر این است که هیچ فردی بر دیگری ولایت ندارد؛ چرا که ولایت امری حادث، و اصل عدم آن است. دلیل ولایت حاکم بر ممتنع (السلطان ولی الممتنع) علاوه بر اجماع و دلایل عقلی، نصوصی است که فقها بدان استناد نموده‌اند (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۲۰۴/۳-۲۰۹). به نظر می‌رسد ریشه اصلی این قاعده را باید بر مبنای دفع ضرر^۱ از متضرر استوار دانست که نوعی ضمانت اجرا در مقابل شخص متخلف می‌باشد. در خصوص مفهوم حاکم گفته شده که منظور از حاکم در فقه، «فقیه جامع‌الشرایط» است (عاملی کرکی، ۱۴۱۴: ۹۶/۱۲؛ سنگلجی، ۱۳۴۱: ۱۳۸). البته به نظر برخی نویسندگان، هر فقیه جامع‌الشرایطی را در بر نمی‌گیرد، بلکه شامل فقیه جامع‌الشرایطی می‌شود که زمامدار جامعه باشد (اسماعیلی، ۱۳۷۸: ۶۷). نظر به اینکه در گذشته حکومت‌ها مورد تأیید فقها نبوده و ضمناً ایشان در حل و فصل دعاوی، مرجع مردم بوده‌اند و اصولاً یکی از شئون «فقیه» قضاوت است، فقها از به کارگیری راهکارهای مربوط به رجوع به ساختار حکومتی و به کارگیری دستگاه

۱. صاحب‌جوهر به نقل از صاحب ریاض آورده است: «والحجّة بعد حدیث الضرار» (نجفی، ۱۳۸۵: ۱۱۶/۲۳).

قضایای زمان خود اجتناب می کرده‌اند (غیر قضایی)، لذا سپردن مال مزبور به فقیه علی القاعده مبرّی ذمه بوده است. اما امروزه با عنایت به اسلامی بودن حکومت، مانع فوق وجود ندارد و آنچه در قوانین جاری در سپردن به دستگاه قضایی است، مورد تأیید شورای نگهبان و هماهنگ با مقررات فقهی است. در مسئله حاضر، این راه حل در صورتی قابل اجراست که موعد اجرای تعهد حال بوده یا موعد اجرایش مؤجل بوده و موعد آن رسیده باشد. در این صورت اگر حق برای تحویل به متعهدله (مطابق با شرایط) ارائه شود، بر متعهدله واجب است تا آن را تحویل بگیرد (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۲۰/۲؛ علامه حلی، ۱۳۸۵: ۲۶۳).^۱ حال اگر متعهدله از گرفتن مال امتناع کند، دو نظر در فقه وجود دارد؛ برخی بر این عقیده‌اند که متعهد برای ایفای تعهد و بری شدن ذمه، تکلیف ندارد که به حاکم مراجعه کند؛ ولی باید مال را معین و از سایر اموال خود جدا و به عنوان امانت، از آن حفاظت نماید. او با این اقدام از تعهد بری می‌شود؛ چرا که با جداسازی، حق متعهدله به مال تعلق می‌گیرد. این نظر را صاحب جواهر بر اساس «اطلاق کلام» فقهای مثل شیخ طوسی، شیخ مفید، ابن بزّاج، ابن حمزه، دیلمی و تقی‌الدین ابوصلاح ارائه داده و به این فقه‌ها نسبت می‌دهد (نجفی، ۱۳۸۵: ۱۱۶/۲۳-۱۱۷). همچنین شیخ انصاری بدون ذکر منبع، از برخی فقها نقل کرده که قبض حاکم بی‌اعتبار است (انصاری، ۱۳۸۹: ۲۵۰/۲). در مقابل این عقیده، نظر مشهور قرار دارد که در صورت دسترسی به حاکم، مال باید به وی تحویل داده شود و چنانچه حاکم در دسترس نباشد یا در دسترس باشد، اما امتناع کند یا دسترسی به وی مستلزم تحمل مشکلات طاقت‌فرسایی باشد، چهار نظر وجود دارد؛ نظر نخست این است که مال باید به صورت امانت در اختیار متعهد باقی بماند (عاملی جزینی، ۱۳۸۴: ۲۵۸/۱). نظر دوم بیان‌کننده این است که در این فرض می‌توان مال امتناع‌شده را به عدول مؤمنان سپرد (بحرانی در *الحدائق الناضرة* به نقل از: نجفی، ۱۳۸۵: ۱۱۶/۲۳؛ طباطبایی حکیم در *مستمسک العروة الوثقی* به نقل از: محقق داماد، ۱۴۰۶: ۱۴۰۳-۲۱۹/۳-۲۲۰).^۲ نظر سوم عقیده میرزای قمی است. ایشان

۱. برخی فقها نه تنها تحویل گرفتن را واجب دانسته‌اند، بلکه امتناع از تحویل را گناه شمرده‌اند (عاملی جزینی، ۱۴۳۰: ۳۶۴/۲).

۲. برخی نیز با این نظر مخالف هستند (امام خمینی در *کتاب‌البيع* به نقل از: محقق داماد، ۱۴۰۶: ۲۱۹/۳).

در صورت عدم وجود حاکم، دو راهکار موازی ارائه می‌دهد. راهکار او این است که متعهد مال را یا به امینی (از ثقات مؤمنان) بسپارد یا نزد امتناع‌کننده بگذارد، به نحوی که مانعی برای اخذ او نباشد، و برود (گیلانی قمی، ۱۳۷۱: ۱۴۱/۲). شهید ثانی نیز در مسالک به نقل از شیخ انصاری گفته که در صورت نبود حاکم، مال میان متعهد و متعهدله تخلیه می‌شود و پس از آن ذمه وی بری می‌شود (انصاری، ۱۳۸۹: ۲۵۱/۲).^۱ در عین حال، فقها در صورت اخیر نیز نظرات مختلفی در فروعات مسئله ابراز کرده‌اند. گروهی بر آن‌اند که چون مال مزبور امانت و متعلق به دیگری (متعهدله) است، از آن زمان، نماء و منافع به وجود آمده از مال نیز متعلق به متعهدله است و متعهد حق تصرف در آن را ندارد (عاملی جبعی، ۱۴۳۰: ۱۳۶/۲). گروه دیگر معتقدند که متعهد می‌تواند در مال معین شده تصرف کند، ولی در صورت تصرف و اتلاف، ضامن خواهد بود و در صورتی که بعد تعیین بدون تقصیر تلف شود، از مال متعهدله است (عاملی جزینی، ۱۴۳۰: ۳۶۴/۲). بر خلاف دو نظر فوق، نظر گروه سوم آن است که مال مشخص شده در ملکیت مدیون (متعهد) باقی خواهد ماند، اگرچه تلف شدن آن بدون تعدی و تفریط از مال طلبکار (متعهدله) به حساب می‌آید.^۲ به نظر می‌رسد نظر مشهور در رجوع به حاکم درست‌تر باشد؛ چرا که مقصود متعهد از این اقدام علاوه بر بری شدن از تعهد، رهایی از نگهداری مال دیگری است، که در فرض امانت سپرده شدن نزد خود (نظر گروه نخست)، این امر محقق نمی‌شود. در میان افراد جامعه نیز «حاکم» دارای اعتبار بیشتری نسبت به افراد دیگر (خود شخص یا عدول مؤمنان) می‌باشد. علاوه بر این، ایجاد نظم هم مقتضی این است که مال به «اشخاص مشخصی» سپرده شود. در صورت عدم امکان سپردن به حاکم نیز باید گفت بهتر است از روشی پیروی شود که میرزای قمی به کار گرفته است و به شخص متعهد اختیار داده شود تا با توجه به شرایط موجود و شرایط و نوع مال، یکی از راهکارها را انتخاب نماید. در خصوص منافع، نظر

۱. البته این نظر با نظر شهید ثانی در *الروضة البهیه* متفاوت است (عاملی جبعی، ۱۴۳۰: ۱۳۶/۲).
 ۲. نویسنده مقاله «پرداخت به شخص ثالث»، این نظر را به صاحب *جوهر* نسبت می‌دهد (باقری، ۱۳۷۸: ۹۰). نویسنده کتاب *الروضة البهیه* نظر این گروه را مطرح کرده، اما به هیچ فقهی نسبت نداده است (عاملی جبعی، ۱۴۳۰: ۱۳۶/۲).

شهید ثانی با قواعد سازگارتر است؛ چرا که اولاً تصرف در مال امانی مجاز نیست، ثانیاً در صورت تعیین مصداق از سوی متعهد، حقی برای متعهدله نسبت به مال تعیین شده به وجود می‌آید. در ادامه، ابتدا شرایط اعمال نهاد تسلیم مال به حاکم و نهاد امانت محسوب شدن مال امتناع شده نزد متعهد بررسی می‌شود و در انتها، آثار آن مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

۱-۱-۲. شرایط سپردن مال امتناع شده در فقه امامیه

در خصوص شرایط اعمال راهکارهای فقهی باید میان دو فرض، تفاوت قائل شد:

۱. فرض گروهی که رجوع به حاکم را ضروری می‌دانند، آن هم در صورتی که سپردن مال نزد وی مقدور باشد. در این فرض برای برائت ذمه متعهد، رعایت چهار شرط که از کلام فقها استنباط می‌شود، لازم است:

الف) رجوع به حاکم: حاکم موظف نیست در هر موردی که امتناع از پذیرش حقی صورت گیرد، دخالت کند، مگر متعهد درخواست تحویل گرفتن مال را از وی بنماید، به بیان دیگر:

«مراجعه وی به حاکم است که زمینه دخالت او را به وجود می‌آورد» (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۲۲۰/۳).

ب) احراز امتناع: شرط نخست اجرای قاعده، احراز موضوع و به تعبیر فقها «عقد الوضع» قاعده می‌باشد. به بیان روشن‌تر احراز «امتناع» نخستین نکته‌ای است که باید در نظر گرفت و تا حاکم کسی را به واقع «ممتنع» نشناسد، نخواهد توانست از باب ولایت بر ممتنع اقدامی نماید (همان: ۲۱۸/۳). امتناع از سوی متعهدله، لزوم رضایت وی در قبض را ساقط می‌نماید (انصاری، ۱۳۸۹: ۲۵۰/۲).

ج) اجبار متعهدله: در خصوص اینکه آیا حاکم می‌تواند متعهدله را مجبور به پذیرش مال کند یا نه، بین فقها اختلاف نظر وجود دارد. گروهی از فقها معتقدند همان طوری که حاکم نمی‌تواند طلبکار را به ابراء ذمه بدهکار وادار کند، حق ندارد او را به قبض مورد تعهد اجبار نماید.^۱ اما گروهی دیگر مانند ابن جنید بر این عقیده‌اند که باید

۱. شیخ طوسی در المسبوط، به نقل از: باقری، ۱۳۷۸: ۹۱.

امتناع‌کننده را اجبار به اخذ مال کرد (اسکافی، ۱۴۱۶: ۱۷۴). به عبارت دیگر، حاکم در صورتی باید مال را قبض کند که قبل از آن، ممتنع را به پذیرش اجبار کرده باشد. اما ابن ادریس حلی بر این عقیده است که حتی بدون اجبار از سوی حاکم، به صرف امتناع ممتنع (سریچی اولیه)، حاکم موظف به قبض مال است و باید آن را برای ممتنع نگهداری کند (۱۴۱۰: ۲۸۹/۲)؛ نظری که شهید اول آن را در *الدروس* بعید می‌داند و صاحب *جوهر* و شیخ انصاری نیز نظر شهید اول را تأیید کرده‌اند (عاملی جزینی، ۱۴۳۰: ۳۶۴/۲؛ انصاری، ۱۳۸۹: ۲۵۰/۲؛ نجفی، ۱۳۸۵: ۱۱۷/۲۳). اجبار ممتنع توسط حاکم نسبت به انجام وظایف شرعیه خود، از باب «اعمال ولایت» نیست، بلکه از باب «امر به معروف و نهی از منکر» می‌باشد (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۲۱۸/۳).

د) سپردن به حاکم: چهارمین شرط، سپردن حق به حاکم است و از تاریخ این سپردن به بعد، ذمه متعهد بری می‌شود. مال سپرده‌شده در بیت‌المال نگهداری می‌شود (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۲۸۸/۲؛ ابن بزّاج طرابلسی، ۱۴۰۶: ۴۵۶/۱).^۱ به نظر محقق داماد «اعمال ولایت» تنها در مواردی است که حاکم مستقیماً عمل می‌نماید (۱۴۰۶: ۲۱۸/۳).
 ۲. فرض (دوم) گروهی که رجوع به حاکم را ضروری نمی‌دانند و نیز آنانی که معتقد به رجوع به حاکم هستند، ولی سپردن مال نزد او مقدور نباشد (مثل موردی که دسترسی به حاکم میسر نیست). برای برائت ذمه متعهد، رعایت شرایط زیر لازم است:
 الف) مال مورد نظر را از سایر اموال خود جدا کند تا معین شود و از این طریق متعلق به متعهدله گردد (انصاری، ۱۳۸۹: ۲۵۱/۲).

ب) متعهد از آن مال به عنوان امانت نگهداری کند (همان: ۲۵۰/۲؛ عاملی جبعی، ۱۴۳۰: ۱۳۶/۲؛ عاملی جزینی، ۱۳۸۴: ۲۵۸/۱). البته این نظر مخالفانی نیز دارد که حفظ مال را وظیفه متعهد نمی‌دانند (به نقل از صاحب *جوهر* که مشخص نکرده است کدام فقیه بر این عقیده است). البته به اعتقاد صاحب *جوهر*، بهتر است میان دو صورت فرق گذاشت؛ فرض اول اینکه متعهد مال را از سایر اموال جدا کرده و دادن آن را به متعهدله عرضه می‌کند، اما خود مال را نزد متعهدله حاضر نمی‌کند و فرضی که مال را آورده و

۱. شهید ثانی در *مسالك* گفته است که در صورت قبض حاکم، اگر الزام متعهدله به قبض ممکن نباشد، حاکم مال را «میان خود و متعهدله تخلیه می‌کند» (به نقل از: انصاری، ۱۳۸۹: ۲۵۱/۲).

در اختیار متعهدله قرار می‌دهد، اما وی از پذیرش آن امتناع می‌کند. ایشان تنها در فرض نخست، نگهداری مال را بر متعهد واجب می‌داند (نجفی، ۱۳۸۵: ۱۱۸/۲۳).

۲-۱-۲. آثار سپردن مال امتناع‌شده در فقه امامیه

سپردن نزد خود یا دیگری در فقه امامیه، آثار زیر را به همراه دارد:

الف) بری شدن ذمه متعهد: مهم‌ترین اثر سپردن مال به حاکم یا امانت محسوب شدن مال نزد متعهد، ایفای تعهد و بری شدن ذمه متعهد است؛ چرا که متعهدی که قصد اجرای تعهد را دارد و با امتناع طرف مقابل روبه‌رو می‌شود، می‌خواهد با به‌کارگیری راهکاری، تعهد خود را انجام دهد. تمامی فقها بر این عقیده هستند که در صورت سپردن مال به حاکم یا امانت قرار گرفتن مال نزد متعهد، تعهد وی انجام شده است (انصاری، ۱۳۸۹: ۲/۲۵۰).

ب) مسئول نبودن نسبت به تلف و نقص: دومین اثری که فقها بیان داشته‌اند، مسئول نبودن متعهد نسبت به تلف و نقص مال بعد از سپردن نزد حاکم یا امانت محسوب شدن نزد متعهد است و این امر ناشی از امانی بودن ید آنان است. البته این عدم مسئولیت در صورت عدم تعدی و تفریط و تصرف است (محقق حلی، بی‌تا: ۱۲۳؛ علامه حلی، ۱۳۸۵: ۲۶۳؛ طوسی، بی‌تا: ۳۸۸؛ نجفی، ۱۳۸۵: ۱۱۶/۲۳).

ج) منافع: اثر دیگری که برخی از فقها ذکر کرده‌اند، این است که منافع و اضافاتی که از مال مزبور به وجود می‌آید، متعلق به مالک مال می‌باشد (عاملی جبعی، ۱۴۳۰: ۱۳۶/۲). از گفته فقها چنین استنباط می‌شود که غیر از گروهی که در صورت تعذر رجوع به حاکم، مال مشخص شده را در ملکیت مدیون (متعهد) می‌دانند - اگرچه تلف شدن آن بدون تعدی و تفریط از مال طلبکار (متعهدله) به حساب می‌آید، سایر گروه‌ها متعهدله را مالک مال و در نتیجه مالک منافع می‌شناسند.

۲-۲. سپردن مال امتناع‌شده در نظام حقوقی ایران

در خصوص سپردن مال امتناع‌شده در حقوق ایران، «سپردن به حاکم یا قائم‌مقام او» پیش‌بینی شده است. ماده ۲۷۳ قانون مدنی در این خصوص مقرر می‌دارد:

«اگر صاحب حق از قبول آن امتناع کند، متعهد به وسیله تصرف دادن آن به حاکم یا قائم‌مقام او بری می‌شود و از تاریخ این اقدام، مسئول خسارتی که ممکن است به موضوع حق وارد آید، نخواهد بود».

در خصوص مفهوم حاکم، نویسندگان حقوقی منظور از آن را «دادگاه صالح» دانسته‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۱۲۲۰/۲؛ شهیدی، ۱۳۸۵: ۳۵؛ بیات و بیات، ۱۳۹۴: ۱۵۷) و منظور از قائم‌مقام حاکم، «شخصی است که جانشین حاکم در اجرای اختیارات قانونی اوست» (شهیدی، ۱۳۸۵: ۳۵).

در حقوق ایران در حال حاضر، صندوق ثبت و صندوق دادگستری طبق قانون مربوط، از محل‌هایی هستند که به عنوان قائم‌مقام حاکم شناخته می‌شوند (امامی، ۱۳۸۵: ۳۲۳/۱؛ کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۲۵/۴؛ شهیدی، ۱۳۸۵: ۳۵).

البته ما در مقام احصاء قائم‌مقام‌های حاکم نیستیم لذا هر مرجعی که قوانین مختلف در موارد مشابه تعیین کرده باشند، مشمول عنوان مزبور قرار می‌گیرند. بدین ترتیب نهاد «تسلیم حق به حاکم یا قائم‌مقام او»، یک ضمانت اجرا محسوب می‌شود. در خصوص ریشه این نهاد در حقوق ایران، دو نظر وجود دارد؛ برخی حقوق دانان بر این عقیده‌اند که این نهاد از ماده ۱۲۵۷ قانون مدنی فرانسه^۲ گرفته شده (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۲۲۷) و گروهی دیگر، ریشه آن را فقه امامیه می‌دانند (حائری شاهباغ، ۱۳۸۲: ۲۶۰/۱؛ کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۴۶۸).

۱. اکثر نویسندگان حقوقی بر این عقیده‌اند که این صندوق‌ها مخصوص پرداخت پول می‌باشند (امامی، ۱۳۸۵: ۳۲۳/۱؛ کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۲۵/۴). اما یکی از نویسندگان معتقد است که این صندوق‌ها علاوه بر سپردن پول، سپردن سایر اموال (منقول یا غیر منقول) را نیز شامل می‌شوند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۶۷۸).

۲. ماده ۱۲۵۷ قانون مدنی فرانسه: «هر گاه متعهدله از دریافت مورد تعهد امتناع ورزد، متعهد می‌تواند آمادگی خود را به تسلیم آن عملاً نشان دهد و در صورت امتناع متعهدله از قبول، مبلغ یا مال مورد تعهد را تودیع کند. عرضه عملی مورد تعهد که تودیع آن را در پی داشته، موجب برائت ذمه متعهد است. این اقدامات متعهد در صورتی که به نحو صحیح صورت گرفته باشد، در حکم تأدیه به متعهدله است و ضمان مالی که بدین نحو برای متعهدله ارسال شده، به عهده او خواهد بود» (عقود و تعهدات قرارداد به‌طور کلی و الزامات بدون قرارداد از قانون مدنی فرانسه، ۱۳۸۰: ۵۷-۵۸).

به نظر می‌رسد نویسندگان قانون مدنی، ماده ۲۷۳ این قانون را با الهام از نظر مشهور در فقه امامیه نگارش کرده‌اند.^۱ اکثر نویسندگان حقوقی در خصوص مبنای این نهاد، به «نمایندگی حاکم از سوی امتناع‌کننده» (الحاکم ولی الممتنع) اشاره کرده‌اند (همان؛ امامی، ۱۳۸۵: ۳۲۳/۱؛ صفایی، ۱۳۸۶: ۲/۲۴۲؛ بروجردی عبده، ۱۳۸۰: ۱۳۷؛ علی‌آبادی، ۱۳۸۸: ۳۲۱). همچنین یکی از نویسندگان، مبنای آن را «دفع ضرر از متعهد» دانسته است (حائری شایبغ، ۱۳۸۲: ۱/۲۵۹). برخی نیز به برخورد با قانون‌شکنان اشاره نموده‌اند (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۳/۲۰۲). به نظر می‌رسد قانون‌گذار مدنی به پیروی از فقه امامیه، برای نگارش این ماده تمامی مبانی فوق را مدنظر داشته است. امروزه این نهاد، در تجارت الکترونیک نیز قابلیت کاربرد دارد و آن در مواردی است که برنامه‌ای رایانه‌ای یا فایلی حاوی اطلاعات ارزشمند خریداری شود و با عنایت به اینکه این اموال از طریق شبکه رایانه‌ای انتقال پیدا می‌کند و طبیعتاً بایستی از سوی فروشنده ارسال و توسط مشتری بارگذاری شود، چنانچه این امر با مشکل فنی یا امتناع خریدار مواجه شود، می‌توان برای برائت ذمه از نهاد فوق بهره‌برداری نمود (صادقی نشاط، ۱۳۹۴: ۱۲۹-۱۳۰).

۱-۲-۲. شرایط سپردن مال امتناع‌شده در نظام حقوقی ایران

در فرض تسلیم به حاکم یا قائم‌مقام وی باید شرایط زیر رعایت گردد:

الف) رجوع به حاکم یا قائم‌مقام^۲ وی: اولین شرط برای اجرای ماده ۲۷۳ قانون مدنی، رجوع به حاکم است. متعهدی که قصد اجرای تعهد را دارد و با امتناع متعهدله روبه‌رو می‌شود، باید برای بری شدن از مسئولیت (اجرای تعهد)، به حاکم رجوع کند.^۳

۱. تفاوتی در راهکار قانون مدنی با راهکار مشهور فقها در مصداق کلمه «حاکم» ملاحظه می‌شود. در قانون مدنی کلمه «حاکم» به کار رفته است، اما کلیه حقوق‌دانان مصداق آن را «دادرس دادگاه» می‌دانند، ولی فقها مصداق آن را «فقیه جامع‌الشرایط» دانسته‌اند. البته می‌توان این اختلاف را به ویژه در حکومت اسلامی ظاهری دانست؛ چرا که قضات نیز در اصل از سوی ولی فقیه منصوب می‌شوند (اسماعیلی، ۱۳۷۸: ۶۷).

۲. در خصوص رجوع به قائم‌مقام حاکم در وجوه نقد، صرف واریز به صندوق‌های تعیین‌شده، در حکم رجوع و تسلیم است (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۴/۲۵).

۳. در ماده ۴۱۰ قانون تجارت بر خلاف مقرر ماده ۲۷۳ قانون مدنی، برای بری شدن ذمه متعهدی که با امتناع طرف مقابل روبه‌رو شده، نیازی به رجوع به حاکم و تسلیم حق به حاکم نیست، بلکه به صرف امتناع متعهدله، ذمه متعهد بری می‌شود.

با توجه به اینکه این حق را قانون برای متعهد پیش‌بینی کرده است، می‌توان گفت که حاکم نیز موظف به پذیرش آن است و تکلیف او محسوب می‌شود.

ب) اثبات امتناع از پذیرش حق نزد حاکم: شرط دوم این است که متعهد امتناع متعهدله از پذیرش حق را نزد حاکم به اثبات رساند.^۱ برای اثبات این امر در قانون محدودیت و روش خاصی پیش‌بینی نشده و می‌توان از هر روشی برای اثبات آن استفاده کرد؛ مثلاً با ارسال اظهارنامه به متعهدله و دادن مهلت و تعیین نحوه تحویل (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۲۴/۴). گرچه این شرط در قانون ذکر نشده، اما نویسندگان حقوقی به درستی این شرط را ذکر کرده‌اند (همو، ۱۳۸۴: ۲۴۴؛ بیات و بیات، ۱۳۹۴: ۱۵۷). البته در خصوص صندوق‌های مذکور با توجه به اینکه لزومی به رجوع و تسلیم به شخص حاکم نیست، در نتیجه برای سپردن پول به این صندوق‌ها، اثبات امتناع متعهدله نیز نزد حاکم لازم نمی‌باشد. حاکم در مقام احراز امتناع، باید بررسی نماید که امتناع متعهدله از موارد مجاز نباشد؛ برای مثال در صورتی که موعد اجرای تعهد نرسیده باشد، اما متعهد قصد تحویل مورد تعهد را داشته باشد، قانون به متعهدله حق می‌دهد تا از پذیرش آن خودداری نماید و این مورد از موارد امتناع و سپردن به حاکم، خارج می‌باشد.

ج) سپردن حق به حاکم یا قائم‌مقام او: شرط نهایی که با اجرای آن متعهد از مسئولیت بری می‌شود، این است که متعهد حق مزبور را عملاً نیز به حاکم بسپارد (ماده ۲۷۳ قانون مدنی) که ممکن است حاکم مال را به صورت امانت نزد خود متعهد یا شخص ثالث برای نگهداری قرار دهد.

۲-۲-۲. آثار سپردن مال امتناع‌شده در نظام حقوقی ایران

رجوع به حاکم و قائم‌مقام وی، آثار زیر را به همراه خواهد داشت:

الف) بری شدن ذمه متعهد از تعهد: در این خصوص، ماده ۲۷۳ قانون مدنی مقرر

می‌دارد:

«... متعهد به وسیله تصرف دادن آن به حاکم یا قائم‌مقام او بری می‌شود...».

۱. یکی از نویسندگان بر این عقیده است که اثبات امتناع متعهدله از تحویل گرفتن حق در دادگاه لازم نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۲۲۶-۲۲۷).

در واقع می‌توان گفت مهم‌ترین اثری که سپردن حق امتناع شده به حاکم دارد، این است که با این اقدام، متعهد به تعهد خود عمل کرده و ذمه‌اش بری می‌شود (صفایی، ۱۳۸۶: ۲۴۲/۲؛ حائری شاهباغ، ۱۳۸۲: ۱/۲۶۰). از این پس، متعهدله دیگر حق رجوع به متعهد را ندارد و برای گرفتن حق خود باید به حاکم رجوع نماید. یکی از نقایص ماده ۲۷۳ قانون مدنی این است که چنانچه امتناع‌کننده برای تحویل گرفتن مالی که در اختیار حاکم یا قائم‌مقام اوست، مراجعه نکند، راهکاری ارائه نکرده و مشخص نشده که نگهداری از مال تا چه زمانی باید ادامه یابد و در صورت طولانی شدن این مدت، چه اقدامی باید صورت گیرد. علی‌القاعده باید مال امتناع‌شده، به دستور قضایی نزد ثالث (حافظ) سپرده شود و با طولانی شدن مدت نگهداری و بالا رفتن هزینه‌ها، با تصمیم قضایی به فروش رفته و پس از کسر هزینه‌ها، الباقی در حساب دادگستری یا حسابی نزد بانک به نفع مالک آن نگهداری شود. البته بهتر می‌بود قانون‌گذار در قانون مدنی، قیدی (یا مبنایی برای محاسبه) را در خصوص مدت (با توجه به نوع و شرایط کالا) مشخص می‌نمود تا با سپری شدن آن مدت بدون لزوم اجازه مجدد از سوی مقام قضایی، امکان فروش کالا به وجود می‌آمد.

ب) عدم مسئولیت نسبت به تلف یا عیب و نقص: در این مورد، قسمت اخیر ماده ۲۷۳ قانون مدنی مقرر می‌دارد:

«... و از تاریخ این اقدام، مسئول خسارتی که ممکن است به موضوع حق وارد آید، نخواهد بود».

بعد از اینکه متعهد مورد تعهد را با رعایت شرایط مقرر در بالا به حاکم یا قائم‌مقام وی سپرد، چه مال نزد حاکم باشد یا اینکه به صورت امانت در اختیار متعهد قرار داده شده باشد، در صورتی که به حق مزبور خسارتی (تلف یا عیب یا نقص) وارد شود، هیچ یک از حاکم یا متعهد مسئولیتی نداشته و بر عهده متعهدله است، مگر در صورتی که تعدی یا تفریطی رخ داده باشد (امامی، ۱۳۸۵: ۱/۳۲۳؛ بروجدی عبده، ۱۳۸۰: ۱۳۷).

ج) هزینه‌ها و منافع: در خصوص هزینه‌ها، قانون مدنی هیچ حکم خاصی را بیان نداشته است؛ اما از آنجا که نگهداری اموال غیر، چه توسط متعهد و چه شخص ثالث، متضمن هزینه است (و حداقل بر آن اجرتی تعلق می‌گیرد) و با توجه به اینکه این

خسارات و هزینه‌ها از امتناع متعهدله ناشی شده است، به وی تحمیل می‌شود و متعهد یا حاکم می‌توانند نسبت به دریافت خسارت و هزینه‌های خود اقدام نمایند. علی‌القاعده نگهدارنده می‌تواند در صورت امتناع متعهدله از پرداخت آن، با مراجعه به مرجع قضایی و با دستور وی و از طریق مراجع اجرا، نسبت به فروش مال و برداشت هزینه خود اقدام کند و الباقی را در حساب بانکی به نفع متعهدله بسپارد (مواد ۱۱۳ به بعد قانون اجرای احکام مدنی). در خصوص منافع حاصل، چون حق سپرده‌شده متعلق به متعهدله می‌باشد، منافع ایجادشده به وی تعلق دارد و حاکم و متعهد هیچ حقی نسبت به آن ندارند. سکوت قانون مدنی در این خصوص با اصول حقوقی قابل جبران است، اما همچنان لزوم اصلاح ماده مزبور ضروری به نظر می‌رسد.

۳-۲. سپردن به ثالث در اصول اروپایی

در اصول اروپایی، ۲ ماده (قسمت ب بند ۲ ماده ۷-۱۱۰ و ۷-۱۱۱) به موضوع سپردن به عنوان راهکار امتناع از پذیرش مال اختصاص داده شده‌اند. قسمت ب بند ۲ ماده ۷-۱۱۰ در اموال منقول و ماده ۷-۱۱۱ به وجه نقد اختصاص پیدا کرده است. در ادامه، این موضوعات را بررسی می‌نماییم:

۳-۲-۱. سپردن اموال منقول به ثالث در اصول اروپایی

طرفی که می‌خواهد مطابق قرارداد، مال منقولی را به طرف دیگر تحویل دهد و با امتناع طرف مقابل روبه‌رو می‌شود، می‌تواند از راهکار سپردن کالای مزبور به ثالث استفاده کرده و ذمه خود را نسبت به تعهد به تحویل بری کند. متعهد با سپردن مال به ثالث، در مقابل امتناع طرف مقابل عکس‌العمل نشان می‌دهد و تعهد خود را اجرا کرده و ذمه خود را آزاد می‌کند. ماده ۷-۱۱۰ اصول اروپایی در این خصوص مقرر می‌دارد:

«(اموال پذیرفته‌نشده ۱) طرفی که به دلیل عدم قبول یا عدم پذیرش طرف دیگر قرارداد، اموال منقولی غیر از پول را تحت تصرف دارد، بایستی اقدامات متعارف را برای حفاظت و نگهداری از اموال مزبور صورت دهد. ۲) طرفی که اموال را تحت تصرف دارد، می‌تواند از تکلیفی که در خصوص تحویل یا بازگرداندن اموال دارد، بری شود: الف- به وسیله سپردن اموال با شرایط متعارف به شخص ثالثی جهت حفظ آن برای طرف دیگر قرارداد، و مطلع نمودن طرف دیگر از این موضوع؛ یا ب- ...

۳) با وجود این، در صورتی که اموال سریع‌الفساد باشد یا نگهداری آن به صورت غیر معقولی پرهزینه باشد، طرف قرارداد بایستی اقدامات متعارفی را جهت تعیین تکلیف [فروش یا مصرف] این اموال انجام دهد. طرف قرارداد می‌تواند با پرداخت وجوه خالص به طرف دیگر قرارداد، از تکلیفی که در خصوص تحویل یا بازگرداندن اموال دارد، بری گردد. ۴) طرفی که اموال را تحت تصرف دارد، حق دارد تا از وجوه حاصل از فروش اموال، تمام هزینه‌هایی را که به صورت متعارف متحمل شده، برداشت یا وصول نماید».

در ادامه، ابتدا موردی را که امکان اعمال راهکار وجود دارد، بررسی می‌کنیم و سپس شرایطی را که رعایت آن برای متعهد الزامی است و اعمال آن باعث برائت متعهد می‌شود، آورده و در آخر آثار اعمال راهکار را بیان می‌کنیم.

۱-۱-۳-۲. موارد سپردن اموال منقول به ثالث در اصول اروپایی

مطابق بند ۱ ماده ۷-۱۱۰ اصول اروپایی، صورت‌های زیر را می‌توان به عنوان موارد و موقعیت‌های به کارگیری راهکار سپردن کالای منقول نزد ثالث ذکر نمود:

الف) یک طرف قرارداد بر اساس تعهد قراردادی خود، اقدام به تسلیم کالا می‌نماید، اما طرف مقابل از گرفتن آن امتناع می‌کند.^۱

ب) متعهدله (خریدار) تسلیم مال را تأیید نمی‌نماید (رد می‌کند)، ولی طرف مقابل (فروشنده) حاضر به بازپس‌گیری آن مال نیست (Felemegas, 2007: 523).

ج) صورت سوم در حالتی اتفاق می‌افتد که قراردادی به طریق قانونی خاتمه داده می‌شود و طرفی که اموال را دریافت نموده، بایستی آن‌ها را به طرف مقابل مسترد دارد و چنانچه طرف دیگر از گرفتن این اموال امتناع ورزد، مطابق ماده ۷-۱۱۰ عمل می‌شود (شعاریان و ترابی، ۱۳۸۹: ۲۸۳).

۱. در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (وین ۱۹۸۰) نیز مطابق ماده ۶۰، مشتری ملزم به پذیرش کالا می‌باشد. ماده مزبور مقرر می‌دارد: «تعهد مشتری به قبض کالا عبارت است از: الف- انجام کلیه اقداماتی که به منظور قادر ساختن بایع بر تسلیم، عرفاً از طرف مشتری انتظار می‌رود، ب- قبض کالا». «این ماده در واقع یک نوع تعهد به همکاری میان طرفین قرارداد را که برای تسلیم کالا لازم است، بیان می‌کند» (صفایی و همکاران، ۱۳۹۰: ۱۸۸).

۲-۳-۲. شرایط سپردن اموال منقول به ثالث در اصول اروپایی

در سپردن اموال منقول مطابق ماده ۷-۱۱۰ اصول اروپایی، رعایت شرایط زیر برای بری شدن از مسئولیت ضروری است:

الف) حفاظت از کالا: شرط نخست بری شدن از تعهد این است که مطابق بند ۱ ماده ۷-۱۱۰، متعهد اقدامات متعارفی را جهت حفاظت و نگهداری از مالی که متعهدله از پذیرش آن امتناع می‌کند، صورت دهد، مگر اینکه وضعیت فوق‌العاده‌ای روی دهد، مثل فرضی که اموال سریع‌الفساد است یا صورتی که هزینه نگهداری به طور غیر معقولی پرهزینه است، که حکم آن جداگانه ذکر خواهد شد. در صورت عدم رعایت شرایط فوق، نگهدارنده از تعهد اصلی خود که تحویل کالا است، معاف نمی‌شود.

ب) سپردن به ثالث: مطابق بند الف ماده ۷-۱۱۰، متعهد موظف است با شرایط متعارف، اقدام به سپردن کالا نزد شخص ثالثی نماید. مصداق معمول این مورد، سپردن محموله به انبار مقصد در صورت عدم مراجعه گیرنده مذکور در بارنامه یا هر شکل دیگری در امکان تحویل کالا است.

ج) مطلع کردن طرف مقابل: شرط آخر برای براءت متعهد، مطلع کردن طرف مقابل از سپرده شدن کالا نزد شخص ثالث است. این اطلاع‌رسانی الزامی است؛ چرا که مالک مال را موظف به پرداخت هزینه‌های انبارداری می‌کند.

۲-۳-۳. آثار سپردن اموال منقول به ثالث در اصول اروپایی

سپردن اموال منقول مطابق با شرایط مقرر در ماده ۷-۱۱۰ اصول اروپایی، آثار زیر را به همراه دارد:

الف) بری شدن از مسئولیت: مهم‌ترین اثر سپردن کالا یا فروش آن با رعایت شرایط مقرر در فوق، براءت ذمه متعهد مطابق ماده ۷-۱۱۰ اصول اروپایی است؛ به طوری که پس از این اقدامات، متعهد به تکلیف خود عمل کرده و مسئولیتی نخواهد داشت.

ب) تعلق عایدات حاصل از فروش به طرف مقابل: طبق ماده فوق، وجوه حاصل از فروش کالا به متعهدله تعلق دارد و متعهد موظف است به وی حساب واریز یا به هر صورت دیگری تحویل دهد و چون نوع و طریقه پرداخت مشخص نشده است، باید

به صورت متعارف انجام شود. همچنین علی القاعده این امکان برای متعهد وجود دارد که به تهاثر نیز استناد کند.

ج) منظور نمودن هزینه نگهداری و فروش و دیگر خسارات: با توجه به اینکه هزینه نگهداری به وسیله متعهد و ثالث و هزینه‌های فروش، ناشی از امتناع متعهدله از تحویل کالا می‌باشد، لذا این هزینه‌ها بر عهده او خواهد بود. بند ۴ ماده ۷-۱۱۰ فقط فرض منظور نمودن هزینه‌ها در صورت فروش کالا را پیش‌بینی کرده است و فرضی را که کالا به ثالث جهت نگهداری سپرده می‌شود، در بر نمی‌گیرد. با این حال، مطابق قواعد حقوقی، تمام هزینه‌های مذکور در بالا که به صورت متعارف است، قابل مطالبه می‌باشد. در صورتی که نتوان از وجوه حاصل از فروش، تمام هزینه‌ها را دریافت نمود (حاصل فروش کمتر از هزینه‌ها باشد)، که البته در این فرض باید اقدامات صورت گرفته یا ترک فعل‌ها موجه باشند، همچنین در فرضی که اصلاً فروشی صورت نگرفته تا از حاصل آن، هزینه‌ها برداشت شود، متعهد می‌تواند این هزینه‌ها را از طریق مراجعه به دادگستری مطالبه کند. در صورتی که از عدم تحویل گرفتن کالا توسط متعهدله، اشکالاتی در اجرای تعهدات متعهد صورت گیرد و از این ناحیه خسارتی متوجه وی شود، متعهد برای جبران خسارت‌های خود، مستحق خواهد بود.

۲-۳-۲. سپردن تعهدات پولی به ثالث در اصول اروپایی

فرضی را در نظر بگیرید که یک طرف قرارداد باید پولی را به طرف دیگر پرداخت نماید، اما طرف مقابل از پذیرش آن استنکاف می‌کند. در این صورت، متعهد هنوز دارای مسئولیت است؛ چرا که تعهد خود را انجام نداده است. در این خصوص، ماده ۷-۱۱۱ اصول اروپایی مقرر می‌دارد:

«در صورتی که طرف قرارداد پولی را که به نحو مناسبی از سوی طرف دیگر قرارداد ارائه شده، نپذیرد، طرف مزبور می‌تواند پس از اخطار به طرف اول، با سپردن پول مورد نظر به حساب طرف اول، مطابق با قانون محلی که پرداخت باید در آن انجام شود، از تعهد خویش بری شود».

در این ماده بر خلاف ماده ۷-۱۱۰ ابتدائاً متعهد تکلیفی به نگهداری پول نزد خود

ندارد و مستقیماً می‌تواند آن را به حساب واریز کند که این امر ناشی از ماهیت مورد تعهد می‌باشد. البته این نکته را نیز باید متذکر شد که مقرر مزبور در تعهدات غیر قراردادی نیز به کار می‌رود. در ادامه، ابتدا موارد و سپس شرایط اعمال و در آخر اثر آن را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۲-۳-۱. موارد سپردن تعهدات پولی به ثالث در اصول اروپایی

در دو صورت، طرفی که پول را در اختیار داشته و قصد دارد آن را به طرف متعهدله بپردازد، حق دارد تا پول مورد نظر را به حساب وی بسپارد و از تعهد بری شود. الف) فرضی که یک تعهد ابتدایی به پرداخت مبلغی پول بر اساس قرارداد فیما بین وجود دارد و متعهد تلاش می‌کند تا مبلغ مذکور را بپردازد (Felemegas, 2007: 523). ب) فرضی که یک تعهد ثانوی در پرداخت مبلغی پول وجود داشته باشد؛ برای مثال، پس از خاتمه قرارداد، طرف دیگر بخواهد پولی را که دریافت کرده است، بازگرداند (شعاریان و ترابی، ۱۳۸۹: ۲۸۵).

۲-۳-۲. شرایط سپردن تعهدات پولی به ثالث در اصول اروپایی

برای اینکه متعهد بتواند پول را به حسابی برای متعهدله بسپارد، رعایت شرایطی لازم است، وگرنه از مسئولیت بری نخواهد شد. این شرایط عبارت‌اند از: الف) ارائه پول به نحو مناسب: برای اعمال راهکار فوق، متعهد باید ابتدا برای پرداخت پول به متعهدله به روشی مناسب اقدام کرده، ولی موفق نشده باشد. به عبارت دیگر، پرداخت و ارائه پول باید با شرایط مقرر در تعهدات مطابقت داشته باشد. ب) ارسال اخطار: متعهد موظف است قبل از سپردن پول به حسابی برای متعهدله، وی را از این اقدام خود مطلع کند. ماده ۷-۱۱۱ اصول اروپایی، بر نوع و شکل خاصی از اخطار تأکید نکرده و در ماده ۱-۳۰۳ اشکال مختلفی را که تناسب با اوضاع و احوال داشته باشد، قابل قبول و دارای اثر شناخته است. بدین ترتیب کافی است که بگوییم روش مزبور باید متعارف باشد.

ج) سپردن پول به حساب طرف دیگر: بنا بر ماده ۷-۱۱۱ سپردن به حساب طرف دیگر باید مطابق با قانون محلی باشد که پرداخت باید در آنجا صورت می‌گرفت. این اصل

بدیهی است که وقتی می‌خواهید اقدامی صورت دهید، باید با قانون محل اجرا مطابقت داشته باشد و در این فرض نیز رعایت قانون محلی که باید پرداخت انجام شود، الزامی دانسته شده؛ چرا که پرداخت درست، پرداختی است که قانون محل اجرا، آن را معتبر شناخته باشد. سپردن پول باید در وجه متعهدله و به نحوی باشد که وی بتواند آن را برداشت نماید (Lando & Beale, 2000: 355)؛ برای مثال باید سپردن پول به حساب دادگاه صورت گیرد. در فرضی نیز که متعهد، شماره حساب بانکی طرف مقابل را نداشته باشد یا نداند که وی در کدام بانک حساب دارد، به نظر می‌رسد باید مطابق قانون محلی که پرداخت باید در آنجا صورت گیرد، عمل کند؛ برای مثال در فرضی که محل پرداخت ایران باشد، در صورت عدم اطلاع متعهد از شماره حساب متعهدله، وی می‌تواند به حساب دادگستری وجه را بسپارد.

۳-۲-۳. آثار سپردن تعهدات پولی به ثالث در اصول اروپایی

مهم‌ترین اثری که اقدام به سپردن پول به حساب متعهدله دارد، بری شدن متعهد از مسئولیت و اجرای تعهد است، منوط به رعایت شرایط در ماده ۷-۱۱۱ اصول اروپایی.

۳. فروش مال امتناع‌شده

یکی از راهکارهایی که در نظام‌های حقوقی برای مقابله با امتناع از پذیرش به کارگیری شده، اعطای حق فروش به طرفی است که با امتناع روبه‌رو شده است. در فقه امامیه بر خلاف حقوق ایران و اصول اروپایی، «فروش مال» در مقابل شخصی که از پذیرش حق خویش امتناع می‌نماید، پیش‌بینی نشده است. در زیر ابتدا موضوع فروش را در فقه امامیه و سپس این موضوع را در حقوق ایران و در آخر در اصول اروپایی مورد مطالعه و بررسی قرار می‌دهیم.

۳-۱. فروش مال امتناع‌شده در فقه امامیه

«فروش خودیاری مال شخص متخلف» به عنوان ضمانت اجرا در فقه دارای سابقه می‌باشد (گیلانی قمی، ۱۳۷۹: ۲۶۸/۱)؛ چرا که در قاعده تقاص در فرضی که حق تقاص‌کننده عینی بوده و برداشت اصل مال میسر نباشد یا حق وی دینی باشد، تقاص

باید از طریق فروش مال طرف دیگر (شخص متخلف) صورت گیرد (ایزانلو و میرشکاری، ۱۳۸۹: ۳۷-۳۸). اما بر خلاف قاعده تقاص، از ضمانت اجرای «فروش خودیاری مال شخص متخلف» در نهاد «امتناع از پذیرش حق» به کارگیری نشده است.

۲-۳. فروش مال امتناع شده در نظام حقوقی ایران

راهکار دیگر در حقوق ایران، فروش مال امتناع شده است. در این فرض، شخصی که مال مزبور را در اختیار دارد، مجاز به فروش آن است. بر خلاف راهکار سپردن، راهکار فروش مال امتناع شده به صورت راه حل عام در نظام حقوقی ایران پیش بینی نشده و فقط در موارد مشخص قابل اعمال است؛ چرا که مطابق ماده ۳۵۲ قانون مدنی، فروش مال غیر، ممنوع می باشد، مگر در مواردی که قانون آن را اجازه دهد. در این خصوص می توان به ماده ۳۸۴ قانون تجارت اشاره نمود:

«اگر مرسل الیه مال التجاره را قبول نکند... متصدی حمل و نقل می تواند... آن را به فروش رساند».

در زیر ابتدا شرایط و سپس آثار فروش مال امتناع شده را بررسی می نمایم.

۱-۲-۳. شرایط فروش اموال امتناع شده در نظام حقوقی ایران

در فرض فروش مال امتناع شده باید شرایط زیر رعایت گردد:

الف) ابلاغ به مالک یا ذیحق: با توجه به اینکه موضوع امتناع از پذیرش حق در مواردی که دارای پیامد اعطای حق فروش به طرف دیگر است، باعث سلب مالکیت از شخص می گردد، قانون گذار مطلع کردن (ابلاغ) مالک یا شخص ذیحق در موضوع را ضروری می داند. این امر که به منزله اخطار است، در ماده ۳۸۴ قانون تجارت پیش بینی شده است: «... باید مراتب را به اطلاع ارسال کننده رسانیده...».

ب) وضعیت کالا در مدت مناسب مشخص نشود: قانون گذار برای اعطای اجازه فروش به طرف مقابل، سپری شدن مدتی را ضروری می داند. در این خصوص ماده ۳۸۴ قانون تجارت مقرر داشته است: «... در مدت مناسبی تکلیف مال التجاره را معین نکند...». در این ماده میزان این مدت تعیین نشده و باید در هر مورد با توجه به شرایط موجود و نوع کالا و عرف بازار مشخص شود (اصغری آقمشهدی و موسوی، ۱۳۹۴: ۳۳). البته

باید توجه داشت که در طول این مدت، کالا نزد خود شخص یا با سپردن نزد ثالث (انبار) به طور موقت نگهداری شود.

ج) نوع فروش: در ماده ۳۸۴ قانون تجارت، نوع عرضه کالا برای فروش مشخص نشده و در هر مورد، بسته به نوع و شرایط کالا و شرایط دیگر حاکم بر معامله از سوی فروشنده با در نظر گرفتن منافع مالک کالا تعیین شود.

ه) مطلع کردن مدعی العموم از فروش: این شرط را باید از قسمت اخیر ماده ۳۶۲ قانون تجارت استنباط نمود (همان) که در فروش توسط متصدی حمل و نقل باید توسط وی رعایت شود.

۲-۲-۳. آثار فروش اموال امتناع شده در نظام حقوقی ایران

در فرض فروش مال امتناع شده، آثاری به شرح زیر بر آن مترتب است:

الف) براءت ذمه نگهدارنده کالا از تعهد اصلی: مطابق ماده ۳۸۴ قانون تجارت پس از اینکه متصدی حمل و نقل با امتناع از پذیرش گیرنده روبه‌رو شد، دیگر وی برای تعهد اصلی خود یعنی تحویل کالا به گیرنده مسئول نیست و پس از آن وی با رعایت شرایط مقرر در ماده فوق می‌تواند کالا را به فروش رساند.

ب) مالکیت خریدار: مطابق ماده ۲۴۷ قانون مدنی، فروش مال غیر، نافذ نیست. اما این اصل دارای استثنائاتی است. یکی از این استثنائات فروش مال امتناع شده است که با تجویز قانون به شرح فوق صورت می‌گیرد.

ج) منظور نمودن مطالبات: مطابق ماده ۳۸۴ قانون تجارت، فروشنده کالای امتناع شده (متصدی حمل و نقل) می‌تواند کلیه مطالبات اعم از هزینه‌ها و خسارات و اجرت خود را از عایدات حاصل از فروش کالا کسر نماید (ستوده تهرانی، ۱۳۸۴: ۹۵/۴) و در صورتی که عایدات، کفاف مطالبات متصدی را ندهد، می‌تواند برای باقی مانده مطالبات خود اقامه دعوی نماید. در صورتی که از حاصل فروش پس از کسر مطالبات، چیزی باقی مانده باشد، متعلق به مالک کالا خواهد بود و باید به وی داده شود و در صورت عدم دسترسی به وی، به صندوق دادگستری واریز خواهد شد.

د) عدم مسئولیت نسبت به تلف یا عیب یا نقص: ماده ۳۸۴ قانون تجارت، متصدی

حمل را ملزم کرده است تا ابتدا ارسال‌کننده را از امتناع گیرنده آگاه کند و در عین حال کالا را نزد خود یا ثالث به طور امانت نگاه دارد که این عنوان، ملازمه با نگهداری از کالا دارد. پس از این اقدامات، او نسبت به هر عیب و نقصی مسئول نخواهد بود.

۳-۳. فروش مال امتناع‌شده در اصول اروپایی

طرفی که می‌خواهد مطابق قرارداد مال منقولی را به طرف دیگر تحویل دهد و با امتناع طرف مقابل روبه‌رو می‌شود، می‌تواند از راهکار فروش استفاده کرده و ذمه خود را نسبت به تعهد به تحویل بری کند. متعهد با فروش آن (فروش خودیاری)^۱ در مقابل امتناع طرف مقابل، عکس‌العمل نشان می‌دهد و تعهد خود را اجرا کرده و ذمه خود را آزاد می‌کند. ماده ۷-۱۱۰ اصول اروپایی در این خصوص مقرر می‌دارد:

«اموال پذیرفته‌نشده (۱) طرفی که به دلیل عدم قبول یا عدم پذیرش طرف دیگر قرارداد، اموال منقولی غیر از پول را تحت تصرف دارد، بایستی اقدامات متعارف را برای حفاظت و نگهداری از اموال مزبور صورت دهد. (۲) طرفی که اموال را تحت تصرف دارد، می‌تواند از تکلیفی که در خصوص تحویل یا بازگرداندن اموال دارد، بری شود: الف- ... یا ب- به وسیله فروش اموال با شرایط متعارف پس از اخطار به طرف دیگر، و پرداخت وجوه خالص آن به طرف مزبور؛ (۳) با وجود این، در صورتی که اموال سریع‌الفساد باشد یا نگهداری آن به صورت غیر معقولی پرهزینه باشد، طرف قرارداد بایستی اقدامات متعارفی را جهت تعیین تکلیف [فروش یا مصرف] این اموال انجام دهد. طرف قرارداد می‌تواند با پرداخت وجوه خالص به طرف دیگر قرارداد، از تکلیفی که در خصوص تحویل یا بازگرداندن اموال دارد، بری گردد. (۴) طرفی که اموال را تحت تصرف دارد، حق دارد تا از وجوه حاصل از فروش اموال، تمام هزینه‌هایی را که به صورت متعارف متحمل شده، برداشت یا وصول نماید».

در ادامه، ابتدا موردی را که امکان اعمال راهکار فروش کالای منقول امتناع‌شده وجود دارد، بررسی می‌کنیم و سپس شرایطی را که رعایت آن برای متعهد الزامی است

۱. «Self-help Sale». این نهاد نوعی نهاد خودیاری است که وسیله دفع ضرر در آن، فروش مال دیگری می‌باشد. در تعریف این نهاد می‌توان گفت: «حقی است که به یک طرف قرارداد که از تخلف طرف دیگر متضرر شده، اعطا می‌گردد تا با فروش کالای متخلف که در اختیار دارد، از خسارات بیشتر جلوگیری و ضررهای خود را جبران نماید» (اصغری آقمشهدی و موسوی، ۱۳۹۴: ۱۶).

و اعمال آن باعث برائت متعهد می‌شود، آورده و در آخر آثار اعمال راهکار را بیان می‌کنیم.

۳-۳-۱. موارد فروش مال امتناع‌شده در اصول اروپایی

مطابق بند ۱ ماده ۷-۱۱۰ اصول اروپایی، صورت‌هایی را که می‌توان به عنوان موارد و موقعیت‌های به کارگیری راهکار فروش کالای منقول آن ذکر نمود، همان موارد گفته‌شده در سپردن به ثالث در اموال منقول است.

۳-۳-۲. شرایط فروش مال امتناع‌شده در اصول اروپایی

الف) محافظت از کالا: مطابق صدر ماده ۷-۱۱۰ اصول اروپایی، متعهد در صورتی که با امتناع طرف مقابل روبه‌رو شود، موظف به نگهداری از کالا خواهد بود.

ب) فروش مال با شرایط متعارف: اصول اروپایی اولاً در بند ب شماره ۲ مطلقاً «جواز» فروش مال را صادر کرده و ثانیاً در بند ۳ در صورت فسادپذیری کالا^۲ یا نامعقول بودن هزینه نگهداری، تعیین تکلیف (فروش یا مصرف) آن را الزامی کرده است. البته در مقررات فوق، فقط از فروش بحث کرده و از نوع آن و طریقه فروش و مسائلی از این دست سخنی به میان نیاورده است. علاوه بر این، هیچ گونه قیدی در خصوص فاصله میان امتناع تا فروش بیان نکرده و فقط شرط متعارف بودن را پیش‌بینی کرده است. اما با این حال با توجه به اینکه شرط «متعارف بودن» را برای فروش آورده، به نظر می‌رسد که باید میان امتناع از تحویل تا اخطار فروش و از تاریخ اخطار فروش تا زمان فروش، فاصله زمانی متعارفی وجود داشته باشد که این امر به عرف و عادت تجاری محل فروش^۳ و نوع کالا و شرایطی از این دست بستگی دارد. علاوه بر موارد

۱. ماده ۱-۳۰۲ اصول اروپایی در خصوص امر متعارف مقرر می‌دارد: «بر اساس این اصول، امر متعارف بر اساس آنچه که اشخاص بر طبق حسن نیت انجام می‌دهند و آنچه که اشخاص در همان موقعیت طرفین قرارداد متعارف می‌پندارند، بایستی مورد قضاوت قرار گیرد. خصوصاً در ارزیابی آنچه که متعارف است، بایستی ماهیت و هدف قرارداد، اوضاع و احوال قضیه، عرف‌ها و عادات تجارت و حرفه مربوطه در نظر گرفته شود».

۲. می‌توان تفسیر موسعی از مفهوم «فساد سریع» (Rapid Deterioration) به عمل آورد و آن را شامل «تلف» (Loss) نیز دانست (هیجده تن از دانشمندان حقوق دانشگاه‌های معتبر جهان، ۱۳۷۴: ۱۹۵/۳).

۳. عموماً عرف و عادت تجاری و حرفه‌ای بازاری از رفتار معقول طرفین ناشی می‌شود (Kritzer, 2017).

فوق، وضعیت طرفین و رویه معمول نیز باید مورد توجه قرار گیرد.^۱

ج) ارسال اخطار: شرط دیگر، دادن اخطار به طرف دیگر است. این اخطار از آن روست که طرف مقابل را نسبت به نتیجه احتمالی امتناع خود هوشیار می‌کند تا اگر متعهدله بخواهد از فروش جلوگیری نماید، مهلت و اطلاع لازم را داشته باشد.

«در این مورد، منافع متعهدله به این شیوه تأمین شده که متعهد صرفاً بایستی پس از ارسال اخطار و با در نظر گرفتن یک مدت متعارف، اقدام به فروش اموال نماید» (شعاریان و ترابی، ۱۳۸۹: ۲۸۴).

بند یک ماده ۱-۳۰۳ اصول اروپایی در خصوص نحوه اخطار مقرر می‌دارد:

«هر اخطار می‌تواند به هر شیوه‌ای، خواه به صورت کتبی و خواه به نحوی دیگر، متناسب با اوضاع و احوال ارائه شود».

د) پرداخت کردن وجوه حاصل از فروش به متعهدله

۳-۳-۳. آثار فروش مال امتناع‌شده در اصول اروپایی

مطابق قسمت اخیر صدر بند ۲ و قسمت ب بند ۲ و بند ۴ ماده ۷-۱۱۰ اصول اروپایی، آثار به کارگیری فروش در اموال منقول، مشابه آثار گفته‌شده در سپردن به ثالث در اموال منقول می‌باشد.

نتیجه‌گیری و پیشنهادات

راهکارهای فقهی اجرای تعهد در صورت امتناع متعهدله از قبول آن، یعنی سپرده شدن مال نزد خود متعهد یا سپردن نزد حاکم (و در صورت عدم امکان سپردن به حاکم، سپرده شدن نزد خود متعهد یا عدول مؤمنان یا تخلیه مال جلوی متعهدله یا تلفیقی از این موارد)، هم‌اکنون نیز قابل اجراست. در سپردن به حاکم، نظر به اینکه در گذشته فقها از به کارگیری راهکارهای مربوط به رجوع به ساختار حکومتی و به کارگیری دستگاه قضایی زمان خود اجتناب می‌نمودند، اما امروزه مانع فوق وجود ندارد و آنچه در قوانین جاری در سپردن به دستگاه قضایی است، هماهنگ با مقررات فقهی می‌باشد. در

1. Ibid.

خصوص سپردن به عدول مؤمنان نیز باید گفت که در حال حاضر، جایگزین‌های مناسبی وجود دارند، مثل سپردن به تشکیلات منسجم و منظم از نوع انبارهای عمومی یا گمرکی یا بانک‌ها که در برخی قوانین مانند قانون تجارت در حقوق موضوعه ایران پیش‌بینی شده است، که همگی بنا به مورد، راهکارهایی برای متعهد در حل مشکل عدم پذیرش حق از سوی متعهدله هستند. بر خلاف اصول اروپایی و نظام حقوقی ایران، در فقه امامیه راهکار «قرار گرفتن مال امتناع‌شده نزد شخص متضرر به عنوان امانت» در شرایطی پیش‌بینی شده است. نکته قابل توجه اینکه هرچند در فقه امامیه در خصوص امتناع از پذیرش حق، از راه حل «فروش مال شخص امتناع‌کننده» استفاده نشده است، اما ضمانت اجرای فروش مال شخص متخلف (مالک) به عنوان یک ضمانت اجرا در فقه دارای سابقه می‌باشد؛ چرا که در قاعده تقاص در فرضی که حق تقاص‌کننده عینی بوده و برداشت اصل مال میسر نباشد یا حق وی دینی باشد، تقاص باید از طریق فروش مال طرف دیگر صورت گیرد. راه حل مقررات اصول اروپایی در این مسئله، اموال غیرمنقول را در بر نمی‌گیرد؛ زیرا مقررات مزبور ناظر به امور تجاری است. اصول مزبور تا حد امکان می‌خواهد از رجوع به دستگاه قضایی اجتناب شود و از راهکارهای خودیاری بهره گرفته شود. این اصول در خصوص اموال منقول، دو راهکار موازی پیش‌بینی نموده و این اختیار را به متعهد داده است تا با در نظر گرفتن منافع خود، یکی از آن دو را انتخاب نماید. در اصول یادشده، رعایت قانون محل اجرای تعهد، ضروری شناخته شده است. در خصوص پول نیز با توجه به اینکه در حال حاضر در دسترس‌ترین و امن‌ترین راه حفظ پول، رجوع و سپردن آن به بانک‌ها می‌باشد، به همین خاطر در اصول اروپایی، این روش پیش‌بینی شده است. در نظام حقوقی ایران به طور کلی سه راه حل برای مسئله مقابله با امتناع طرف مقابل وجود دارد: ۱- نهاد رجوع و سپردن مال به حاکم جهت ایفای تعهد که در ماده ۲۷۳ قانون مدنی پیش‌بینی شده است. البته متن ماده مزبور به عنوان ماده اصلی در این زمینه، خالی از ابهام نیست و نقایصی دارد (مثل سکوت در زمینه هزینه‌ها و منافع...). این ماده مبنای رویکرد قانون‌گذار برای برخورد با امتناع از پذیرش است. لذا شایسته بود به نحوی کامل باشد که برای شناخت ارکان، شرایط اعمال و آثار آن، به فقه مراجعه نکنیم و این موارد در ماده قانونی آورده

شود. ۲- فروش مال امتناع شده، که در مبحث حمل و نقل در قانون تجارت (ماده ۳۸۴) پیش‌بینی شده است. راهکار فروش مال با عنایت به مبتلابه بودن آن در تجارت خارجی و مسئولیت‌های متصدیان حمل و نقل، بسیار کارا و لازم است. اما باید توجه داشت که فروش مال امتناع شده (دیگری) مطابق ماده ۳۵۲ قانون مدنی ممنوع است، مگر در مواردی که به عنوان استثنا از سوی قانون‌گذار پیش‌بینی شده باشد. لذا بر خلاف اصول اروپایی، در نظام حقوقی ایران نمی‌توان از نهاد فروش مال امتناع شده به صورت کلی استفاده نمود. یکی از نقایص ماده ۲۷۳ قانون مدنی، مشخص نبودن مدت نگهداری مال سپرده شده به حاکم می‌باشد. به نظر می‌رسد قانون‌گذار قانون مدنی باید قیدی در خصوص طول مدت (با توجه به نوع و شرایط کالا) در قانون مقرر نماید تا با سپری شدن آن مدت و عدم مراجعه متعهدله، مال سپرده شده به حاکم به فروش رسیده و وجه آن در حساب دادگستری یا حسابتی نزد بانک نگهداری گردد. ۳- در خصوص وجه نقد، در موارد تعیین شده در قانون، باید آن را به صندوق دادگستری یا صندوق ثبت واریز نمود. البته در این خصوص بهتر است حتی‌الامکان در تمامی مواردی که موضوع امتناع وجه نقد است، قواعد یکسانی ایجاد شود. در اصول اروپایی در اموال منقول، از راهکارهای موازی برای مقابله با امتناع از پذیرش حق استفاده شده است. به نظر می‌رسد دادن اختیار در انتخاب ضمانت اجرا به متضرر، منافاتی با مبانی فقهی و قانونی کشورمان نداشته باشد، کما اینکه در مبحث خیار عیب، قانون‌گذار اختیار انتخاب نوع جبران ضرر را به متضرر داده است (ماده ۴۲۲ قانون مدنی). همچنین همان‌طور که گفته شد، میرزای قمی در صورت عدم امکان رجوع به حاکم، دو راهکار موازی را پیش‌بینی نموده است. با توجه به گفته‌های فوق مشاهده می‌شود که ضمانت‌اجراهای موجود مسئله مقابله با امتناع از پذیرش حق در نظام حقوقی ایران، در قوانین مختلف پراکنده است و لذا جا دارد حداقل قواعد کلی مسئله در یک جا به صورت منسجم بیان شود.

کتاب شناسی

۱. ابن ادریس حلی، محمد بن منصور بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۲. ابن بزّاج طرابلسی، قاضی عبدالعزیز بن نحریر، *المهذب*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۳. اسکافی، محمد بن احمد بن جنید کاتب، *مجموعه فتاوی ابن جنید*، تصحیح علی پناه اشتهازی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
۴. اسماعیلی، محسن، «قاعده ولایت حاکم بر ممتنع»، *مجله حکومت اسلامی*، شماره ۱۱، بهار ۱۳۷۸ ش.
۵. اصغری آقمشهدی، فخرالدین و سیدمهدی موسوی، «فروش خودیاری در کنوانسیون بیع بین المللی کالا (وین ۱۹۸۰) و حقوق ایران»، *دوفصلنامه مطالعات حقوق تطبیقی*، دوره ششم، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۴ ش.
۶. امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، چاپ بیست و ششم، تهران، اسلامی، ۱۳۸۵ ش.
۷. انصاری، مرتضی بن محمدامین، *المکاسب*، تهران، خرسندی، ۱۳۸۹ ش.
۸. انصاری، مسعود و محمدعلی طاهری، *دانشنامه حقوق خصوصی*، تهران، محراب فکر، ۱۳۸۴ ش.
۹. ایزانلو، محسن و عباس میرشکاری، «تقاضا»، *دوفصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، سال دوم، شماره ۳، پاییز و زمستان ۱۳۸۹ ش.
۱۰. باقری، احمد، «پرداخت به شخص ثالث»، *مجله مقالات و بررسی‌ها*، دفتر ۶۶، زمستان ۱۳۷۸ ش.
۱۱. بروجردی عبده، محمد، *حقوق مدنی*، تهران، مجد، ۱۳۸۰ ش.
۱۲. بیات، فرهاد و شیرین بیات، *شرح جامع حقوق مدنی*، چاپ ششم، تهران، ارشد، ۱۳۹۴ ش.
۱۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *دائرةالمعارف حقوق مدنی و تجارت*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۸ ش.
۱۴. همو، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، چاپ دوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۱ ش.
۱۵. همو، *مجموعه محشّی قانون مدنی*، چاپ دوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲ ش.
۱۶. حائری شاهیباغ، سیدعلی، *شرح قانون مدنی*، چاپ دوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲ ش.
۱۷. ستوده تهرانی، حسن، *حقوق تجارت*، تهران، دادگستر، ۱۳۸۴ ش.
۱۸. سنگلجی، محمد، *ضوابط معاملات و کلیات عقود و ایقاعات*، تهران، چاپخانه عالی - مروی، ۱۳۴۱ ش.
۱۹. شعاریان، ابراهیم و ابراهیم ترابی، *اصول حقوق قراردادهای اروپا و حقوق ایران (مطالعه تطبیقی)*، تبریز، فروزش، ۱۳۸۹ ش.
۲۰. شهیدی، مهدی، *سقوط تعهدات*، چاپ هفتم، تهران، مجد، ۱۳۸۵ ش.
۲۱. صادقی نشاط، امیر، *حقوق تجارت الکترونیک*، تهران، جنگل، ۱۳۹۴ ش.
۲۲. صفایی، سیدحسین، *حقوق مدنی*، چاپ پنجم، تهران، میزان، ۱۳۸۶ ش.
۲۳. صفایی و همکاران، سیدحسین، *حقوق بیع بین الملل، بررسی کنوانسیون بیع بین المللی ۱۹۸۰*، با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران، فرانسه، انگلیس، ایالات متحده آمریکا، چاپ سوم، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۹۰ ش.
۲۴. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی*، قم، قدس محمدی، بی تا.
۲۵. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، قم، دار العلم، ۱۴۳۰ ق.

۲۶. عاملی جزینی (شهید اول)، جمال‌الدین محمد بن مکی، *الدروس الشرعية في فقه الامامية*، چاپ سوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۳۰ ق.
۲۷. همو، *لمعه دمشقیه*، ترجمه و تبیین علی شیروانی و محسن غرویانی، چاپ بیست و ششم، قم، دار الفکر، ۱۳۸۴ ش.
۲۸. عاملی کرکی (محقق ثانی)، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل‌البيت (ع)، لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ ق.
۲۹. عقود و تعهدات قرارداد به طور کلی و الزامات بدون قرارداد از قانون مدنی فرانسه، ترجمه محمدعلی نوری، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۰ ش.
۳۰. علامه حلی، جمال‌الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *تبصرة المتعلمین فی احکام الدین*، ترجمه ابوالحسن شعرانی، چاپ ششم، تهران، اسلامیه، ۱۳۸۵ ش.
۳۱. علی‌آبادی، علی، *ایجاد و اسقاط تعهدات ناشی از عقد در حقوق اسلامی*، تهران، دانش‌پذیر، ۱۳۸۸ ش.
۳۲. عمید، حسن، *فرهنگ فارسی عمید*، چاپ دوازدهم، تهران، امیرکبیر، ۱۳۸۹ ش.
۳۳. کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی، عقود اذنی - وثیقه‌های دین*، چاپ چهارم، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۸۲ ش.
۳۴. همو، *حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها*، چاپ چهارم، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۸۳ ش.
۳۵. همو، *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، چاپ یازدهم، تهران، میزان، ۱۳۸۴ ش.
۳۶. گیلانی قمی، میرزا ابوالقاسم بن محمدحسن، *جامع الشتات فی اجوبه السؤالات*، ج ۱، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۹ ش.
۳۷. همو، *جامع الشتات فی اجوبه السؤالات*، ج ۲، تهران، کیهان، ۱۳۷۱ ش.
۳۸. محقق حلی، نجم‌الدین جعفر بن حسن هذلی، *المختصر النافع فی فقه الامامية*، قم، مؤسسه مطبوعات دینی، بی‌تا.
۳۹. همو، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۴۰. محقق داماد، سیدمصطفی، *قواعد فقه*، چاپ دوازدهم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۴۱. معین، محمد، *فرهنگ فارسی*، چاپ بیست و چهارم، تهران، امیرکبیر، ۱۳۸۶ ش.
۴۲. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ یازدهم، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۸۵ ش.
۴۳. هیجده نفر از دانشمندان حقوق دانشگاه‌های معتبر جهان، *تفسیری بر حقوق بیع بین‌المللی*، ترجمه مهرباب داراب‌پور، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۴ ش.
44. Felemegas, John (Ed.), *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*, 1st Ed., New York, Cambridge University Press, 2007.
45. Garner, Bryan A. (Ed.), *Black's Law Dictionary*, 9th Ed., United States of America, Thomson, 2009.
46. Kritzer, Albert H. (Ed.), "Reasonableness", Available at: <<https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/reason.html>>, 8/7/2017, 9:46 AM.

47. Lando, Ole & Hugh Beale, *The Principles of European Contract Law*, Part I and II, Prepared by the Commission on European Contract Law, The Hague, London, Boston, Kluwer Law International, 2000.
48. Miladinović, Snežana, “Solidary Obligations in the Regulations of Principles of European Contract Law (PECL) and Draft of Common Frame of Reference (DCFR)”, 2012, Availbale at: <<http://www.jura.kg.ac.rs/gp/8/1/clanci/miladinovic.htm>>, 8/7/2017, 9:26 AM.

بازخوانی انتقادی قاعده الزام*

- زینب میرزایی صفی آباد^۱
- مهدی موحدی محب^۲

چکیده

قاعده الزام، طبق یکی از خوانش‌های نسبتاً رایج، عهده‌دار تنظیم روابط شیعیان با مسلمانان غیر شیعه (و بنا بر قولی همه غیر شیعیان، چه مسلمان و چه نامسلمان) در مواردی است که آنان به حکمی مخالف با دیدگاه شیعه باور دارند و آن حکم به سود و مصلحت شیعه است، که در این حالت، شیعه آن فرد را به دیدگاه غیر شیعی اش ملزم می‌سازد.

این نوشتار ضمن بررسی تعریف، محدوده و ادله قاعده فقهی الزام، با توجه به دو عنصر: «طرف غیر شیعی» و «سود طرف شیعی» از دیدگاه این خوانش مشهور، ادله این قاعده را نقد کرده و با تردید اساسی در آن، ملاحظات را مطرح می‌کند؛ از جمله: استنتاج نظام چندگانه و نابرابر حقوقی در حقوق داخلی، تفکیک اتباع از یکدیگر در حقوق بین‌الملل خصوصی و ناسازگاری با روح

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۱۱/۲۵ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۴/۱۲.

۱. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه سمنان (zeinab.mirzaee@semnan.ac.ir).

۲. دانشیار دانشگاه سمنان (نویسنده مسئول) (movahedi@semnan.ac.ir).

معاهدات و عرف بین‌المللی در حقوق بین‌الملل عمومی. اگرچه این خوانش از قاعده، در میان فقیهان معاصر نیز مخالفانی دارد، اما دلایل اصولی - حقوقی ارائه شده در این نوشتار در نقد این خوانش از قاعده، متفاوت از آن مخالفت‌ها و کاملاً جدید است. البته برخی از فقیهان، خوانشی دیگر از قاعده الزام دارند که با قاعده امضاء سازگارتر بوده و به صورتی جدی از خوانش مشهوری که در این مقاله نقد می‌شود، می‌تواند متفاوت باشد. قاعده الزام همان طور که از نامش برمی‌آید، دیگران (چه غیر شیعیان و چه نامسلمانان) را ملزم به پایبندی به احکام دشوارتر مذهب یا دین متبوعشان می‌سازد؛ حال آنکه قاعده امضاء صرفاً عهده‌دار تأیید یا امضای احکام متفاوت مذاهب یا ادیان دیگر است و در آن سخنی از الزام و عنصر ضرر یا مشقت برای دیگران نیست.

واژگان کلیدی: قاعده الزام، عرف بین‌المللی، حقوق بین‌الملل، شیعه، قاعده امضاء.

۱. مقدمه

این پرسش که پیروان دو دین یا مذهب متفاوت، چگونه باید با هم تعامل و همزیستی داشته باشند، یک پرسش بنیادین فلسفی - الهیاتی است. این پرسش با هر پاسخی که بیابد، پیامدهای گوناگون و گسترده فقهی - حقوقی دارد؛ به ویژه آنگاه که آن دو در مسئله‌ای با هم اختلاف داشته باشند و از دو دستگاه حقوقی - فقهی متمایز و متعارض در قانون یا حکم مربوط به آن مسئله پیروی کنند. برای مثال، شخص الف پیرو نظام حقوقی - فقهی شیعی و شخص ب پیرو نظام فقهی - حقوقی سنی است. این دو نفر در ماجرای با یکدیگر اختلاف کرده و به دادگاه جمهوری اسلامی ایران یا یک قاضی شیعه رجوع کرده‌اند. حال این پرسش، جدی است که قاضی بر اساس کدام دستگاه فقهی - حقوقی و مبتنی بر کدام ادله، منابع و روش‌های فقهی، باید میان این دو داوری کند؟ قاعده الزام عهده‌دار پاسخ‌گویی به چنین پرسش‌هایی است. این نوشتار، نخست می‌کوشد توضیح دهد که معنا، مفاد و مقصود اصلی قاعده چیست؛ سپس نقدها، اعتراضات و تردیدهایی جدی نسبت به آن طرح می‌شود. البته، حتی در صورتی که پاسخ‌ها و توجیهات همسو با قاعده، قانع‌کننده نباشند، نیز نمی‌توان به آسانی انکار کرد

پرسشی که خاستگاه اصلی قاعده بوده، یعنی پرسش از رابطه حقوقی پیروان ادیان و مذاهب با یکدیگر در اختلافات، پرسشی ارزشمند و درخور تأمل است.



۲- آشنایی با قاعده الزام

۱-۲. پیشینه تاریخی

این قاعده در کتب پیشینیان با چنین نام و توصیفاتی دیده نمی‌شود و تنها در خلال چند روایت پیرامون ارث و طلاق و... خودنمایی می‌کند. نخستین اثر فقهی که به عنوان قاعده‌ای جداگانه به بحث الزام می‌نگرد، *بلغة الفقیه* اثر سیدمحمد بن محمدتقی آل بحر العلوم (۱۳۲۹: ۳۱۵/۴) است که در بحث «حبوه» به این قاعده اشاره کرده است. در سده اخیر نیز فقیهانی همچون سیدمحسن طباطبایی حکیم (۱۴۱۱: ۵۲۴/۱۴)، موسوی بجنوردی (۱۴۱۳: ۱۷۹/۳)، شیخ حسین حلی (بحر العلوم، ۱۳۸۴: ۲۹۶)، خوبی (غروی تبریزی، ۱۴۱۰: ۸۴ و ۱۶۹)، سیداحمد خوانساری (۱۳۶۴: ۳۹۰/۵)، سیدعبدالاعلی موسوی سبزواری (۱۴۱۳: ۳۷/۲۶)، سیدمحمدصادق حسینی روحانی (۱۳۸۹: ۷۹/۱۵ و ۸۲)، فاضل لنکرانی (۱۳۸۳: ۱۶۷/۱)، سیدمحمد حسینی شیرازی (۱۴۰۷: ۱۶۹)، محمدتقی جعفری (۱۳۸۰: ۸۲)، حسینی سیستانی (۱۴۱۷: ۴۵۶/۱)، مکارم شیرازی (۱۴۱۱: ۱۵۷/۲)، باقر ایروانی (۱۴۱۷: ۶۳/۲)، مصطفوی (۱۴۱۲: ۶۶) و جمعی دیگر به این قاعده پرداخته‌اند.

۲-۲. حدود و شروط قاعده

بیشتر فقیهان، قاعده الزام را به دو عنصر مشروط ساخته‌اند:

الف) مسلمان غیر شیعه بودن (نه صرفاً غیر شیعه بودن)

موسوی بجنوردی در عبارت زیر با استناد به بیشتر روایات، تنها مسلمانان غیر شیعه را مشمول این قاعده می‌داند، نه همگی غیر شیعیان را:

«آنچه از ظاهر عبارت در حدیث "الزموهم..." برداشت می‌شود، این است که ضمیر "هم" به فرقه‌های گوناگون مسلمانان غیر شیعه بازمی‌گردد و پیروان ادیان و ملل دیگر را در بر نمی‌گیرد» (۱۴۱۳: ۱۸۳/۳).

در تقریرات درس شیخ حسین حلی در تعریف قاعده الزام چنین آمده است: «وقتی "قاعده الزام" گفته می‌شود، منظور آن است که آثار وضعی بر افراد غیر شیعه بر اساس اعتقادات خودشان بار شود، هر گاه این به صلاح و نفع آنان نباشد و مخالف مذهب اهل البیت باشد، مانند الزام آنان به احکام شفعه، میراث و طلاق که با دیدگاه ما تفاوت دارد» (بحرالعلوم، ۱۳۸۴، ۲۷۱).

ب) وجود سود و مصلحتی برای فرد شیعی یا زبانی برای فرد غیر شیعی
 مطابق نظر مشهور و با توجه به مستندات قاعده که عمدتاً روایات است، الزام در مواردی محقق می‌شود که سود و مصلحت شیعه و ضرر فرد غیر شیعه مطرح باشد، و نه در حالت معکوس که سود فرد غیر شیعه و زیان شیعه در الزام است؛ زیرا روشن است که شیعه بر اساس حکم شرعی اولی (صرف نظر از قاعده الزام) آن حکم مخالف را نمی‌پذیرد و حال که این حکم غیر شرعی از نظر شیعه برای فرد شیعه زبانی را نیز در بر دارد، به طریق اولی نمی‌توان الزام به این حکم را شرعی دانست. اما در صورتی که سود و مصلحت شیعه و زیان غیر شیعه در میان باشد، می‌توان از باب امتنان و لطف به شیعه و به عنوان حکمی ثانوی و قاعده‌ای جدید، به الزام غیر شیعه پرداخت. همان طور که در عبارت شیخ حسین حلی گذشت، وجود سود و مصلحت برای فرد شیعی یا دست کم زیان برای فرد غیر شیعی، شرطی مهم در قاعده است. استاد مصطفوی نیز چنین می‌نگارد:

«مراد از الزام در اینجا، پیاده‌سازی حکم بر مسلمان غیر شیعه است، بر اساس آنچه در مذهبش آمده است. از آنجا که احکام یک مذهب، رد و انکار را پذیرا نیست، پس کسی حکمی از آن احکام را به غیر شیعه بقبولاند، آن شخص غیر شیعه نیز باید به حکم مذهبش ملتزم گردد؛ بدین جهت رفتار بر پایه مذهب مخالف را الزام مخالفان [اهل سنت] به شریعت خودشان می‌نامند. پس این الزام، پیشنهاد کردن و جایز دانستن است، نه اجبار و روشن است که مورد الزام مخالفان تنها در جایی است که بر آن عمل، سود و وسعتی برای ما [شیعیان] مترتب شود، مانند برخی مسائل ارث و طلاق و...، نه همه اعمال، همان گونه که روشن است» (مصطفوی، ۱۴۱۲: ۶۶).

اما در این میان، فقیهانی نیز این دو عنصر را شرط ندانسته و همه غیر شیعیان،

مسلمان و نامسلمان را در دایرهٔ قاعده گنجانده و لزومی به وجود عنصر مصلحت و نفع برای فرد شیعی ندیده‌اند.

فقیهانی چون سیدمحمد شیرازی، لزومی در وجود عنصر زیان برای فرد غیر شیعی برای تحقق قاعدهٔ الزام ندیده و صرف مطالبهٔ پابندی پیروان دیگر ادیان و مذاهب به احکام شرعی خودشان را مفاد قاعدهٔ الزام می‌دانند. البته با توجه به اینکه ایشان اجرای قاعده را برای شیعه رخصت می‌داند، نه عزیمت، طبعاً فرد شیعه در فرضی که اجرای آن حکم مذهب غیر شیعی برای خود آن فرد شیعه زیان داشته باشد، قاعدهٔ الزام را مطالبه و اجرا نخواهد کرد. برای اینکه روشن شود چرا چنین ادعایی درست است، باید قدری بیشتر توضیح داد. از آنجا که فرد شیعه، حکم غیر شیعی مزبور و محل بحث (مثلاً جواز طلاق دادن در حالت مستی طبق برخی مبانی غیر شیعی) را درست نمی‌داند، روشن است که اگر این حکم علاوه بر اینکه خلاف مذهب فرد شیعی است، به زیان خود آن فرد شیعی هم باشد، کاملاً بی‌معنا و نامحتمل است که همین فرد شیعه در اختلافی که یک طرف آن خود او و طرف دیگرش فردی غیر شیعی است، تمایل داشته باشد که آن فرد غیر شیعی را به حکمی که هم خلاف اعتقادات شیعی خود آن فرد شیعی و هم به زیان خود آن فرد شیعی است، ملزم سازد. با توجه به این توضیح روشن می‌شود که چرا در سطور بالاتر گفته شد: «طبعاً فرد شیعه در چنین حالتی، قاعده الزام را مطالبه و اجرا نخواهد کرد». مگر اینکه بگوییم فرد شیعه مزبور، دچار ناسازگاری ذهنی و درونی و یا فی‌المثل روان‌پریشی است که اجرای حکمی را که هم بر خلاف مذهب خود او و هم کاملاً به زیان خود اوست، از دیگری مطالبه و دیگری را به آن حکم غیر شیعی و همچنین ضد منافع شیعه الزام می‌کند.

ملاحظه‌ای که در مورد نظر سیدمحمد شیرازی مطرح است آنکه قاعدهٔ الزام از نظر مشهور، قاعده‌ای امتنانی در حق شیعه است و مبنای حکمی ثانوی در برابر حکم اولی فقه شیعی است تا مصلحت شیعه تأمین شود؛ حال آنکه این برداشت، بیشتر با قاعدهٔ امضاء سازگار است، تا قاعدهٔ الزام؛ زیرا در قاعدهٔ امضاء، افعال پیروان دیگر مذاهب و ادیان بر اساس احکام آیین‌های متبوعشان تأیید می‌شود و در این قاعده، عنصر سود و مصلحت شیعی وجود ندارد تا نیازی به مفهوم «الزام» و مجبورسازی احساس شود.

همچنین ایشان نامسلمانان را در دایره قاعده می‌گنجانند.

۳-۲. مصادیق قاعده

کسانی که قاعده الزام را حجت می‌دانند، دایره آن را محدود به احکام نکاح و طلاق و ارث نمی‌سازند (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱: ۱۶۴/۲)، بلکه آن را به دیگر ابواب فقهی تسری می‌دهند و در واقع حتی می‌توان محدوده این قاعده را بر اساس نظر آنان همواره رو به گسترش دانست؛ چون بر اساس مسائل و برداشت‌های فقهی جدیدی که در فقه اهل سنت (یا بنا بر فرض در احکام دیگر ادیان) پیش می‌آید، قاعده الزام ما را به ملزم‌سازی آنان به آن احکام جدید فرامی‌خواند. در اینجا تنها به یکی از مصادیق قاعده به عنوان نمونه می‌پردازیم:

شیعه مواردی را در صحت طلاق شرط می‌داند؛ مثلاً حضور دو شاهد عادل یا اینکه زن مطلقه از حیض و نفاس طاهر باشد و در طهر واقعه نباشد یا مواردی از این دست که برخی از مذاهب اهل سنت، آن را در طلاق شرط نمی‌دانند و چنانچه زنی سنی مذهب را بدون رعایت شرایط طلاق از دیدگاه شیعه و بر اساس مذهب خودشان طلاق دادند، شیعه می‌تواند با آن زن ازدواج کرده و آنان را به دیدگاه خودشان ملزم سازد (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۳: ۱۶۳/۳؛ الخن و دیگران، ۱۴۱۳: ۱۲۱/۲؛ خطیب شربینی، ۱۴۱۵: ۳۱۱/۳).

۴-۲. دلایل حجیت قاعده

۴-۲-۱. عقل

برخی از راه اثبات ملازمه عقلی کوشیده‌اند دلیلی عقلی برای قاعده الزام بیاورند، با این توضیح که از آنجا که اسلام انسان‌ها را به پذیرش این دین مجبور نمی‌سازد و آنان را بین سه گزینه پذیرش اسلام، پرداخت مبلغی به عنوان جزیه و جهاد مخیر می‌سازد، لازمه این مجبور نساختن، پذیرفتن و تأیید احکام آنان در حیطه زندگی خودشان است (حسینی شیرازی، ۱۴۰۷: ۷۰).

۴-۲-۲. آیات قرآنی

برای اثبات قاعده الزام می‌توان به آیاتی از قرآن استناد کرد که بر عدم اجبار در

پذیرش دین دلالت دارند؛ مانند:

- «لَكُمْ دِينُكُمْ وَلِيَ دِينِ» (کافرون / ۶): «دین شما برای خودتان و دین من برای خودم»؛
- «لَسْتَ عَلَيْهِمْ بِمُصَيِّرٍ» (غاشیه / ۲۲): «بر آنان تسلطی نداری».
- «وَمَا أَنْتَ عَلَيْهِمْ بِجَبَّارٍ» (ق / ۴۵): «و تو به زور وادارنده آنان نیستی».
- «لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ» (بقره / ۲۵۶): «در دین هیچ اجباری نیست».

بر این اساس، طبعاً باید احکام دینی آنان در حق خودشان درست و روا باشد (مصطفوی، ۱۴۱۲: ۶۷).

همچنین در برخی آیات که راجع به کافران است، خداوند قبول کرده که زنان کفار همسران آنان هستند، با اینکه ازدواج آنان بر اساس مسلک و روش خودشان صحیح بوده است، نه اسلام؛ مانند:

- «وَأَمْرٌ أَنْتُمْ حَالَةٌ الْحَطَبِ» (مسد / ۴): «و زنش، آن هیمه کش [آتش فروز]».
- «وَقَالَتِ امْرَأَتُ فِرْعَوْنَ» (قصص / ۹): «و همسر فرعون گفت».

یکی از فقیهان معاصر می‌کوشد به آیات دیگری از قرآن، برای حجیت قاعده الزام استناد کند (فاضل لنگرانی، ۱۳۹۱: ۴۳). در آیه ۴۲ سوره مبارکه مائده درباره اختلاف یهود و رجوع آنان به پیامبر اسلام آمده است: «فَإِنْ جَاءُوكَ فَآخِمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ». ایشان در توضیح نحوه استدلال خود می‌نویسد:

۱. در «أعرض عنهم» دو احتمال وجود دارد: ۱. به آن‌ها بگو به من ربطی ندارد؛
 ۲. آن‌ها را به حکام خودشان ارجاع بده که بر حسب مذهب خود حکم کنند...؛
- که اگر معنای دوم مقصود آیه باشد، می‌توان برای قاعده الزام به آن استدلال کرد».

۲-۴-۳. روایات

مهم‌ترین دلیل و در واقع دلیل اصلی قاعده الزام را (از نگاه قائلان آن)، باید روایاتی از امامان شیعه علیهم‌السلام دانست. برخی فقیهان، روایات دال بر این قاعده را در حد تواتر دانسته‌اند (حسینی شیرازی، ۱۴۰۷: ۷۰). این روایات از نظر مضمون، بیشتر پرسش‌هایی از معصومان علیهم‌السلام پیرامون مسائل اختلافی میان شیعه و سنی، همچون ازدواج و طلاق و ارث است:

[۱] «راوی می‌گوید: همراه با برخی از شیعیان، نامه‌ای به امام علیه‌السلام نوشتم و پاسخ در نامه‌ای با خط امام علیه‌السلام رسید که: آنچه درباره دخترت و شوهرش گفتم، دریافتم.

خدا آنچه را دوست داری اصلاح شود، برایت اصلاح کند! اینکه گفתי شوهرش چند بار قسم خورده که طلاقش دهد، اگر آن مرد از کسانی است که ولایت ما را پذیراست و به سخن ما معتقد، پس طلاقى انجام نمى‌شود [چون در فقه شیعه چنین طلاقى معتبر نیست]؛ زیرا او چیزی را که معتقد نیست و نمى‌داند، طبعاً انجام نداده و اگر از کسانی است که ولایت ما را نمى‌پذیرند و سخنان ما را باور ندارند، پس دخترت را از او جدا کن [چون در فقه سنی چنین طلاقى معتبر است]؛ زیرا او جدایی را خود، خواستار شده است» (طوسی، ۱۳۹۰: ۲۹۲/۳).

شیخ حسین حلی در توضیح این حدیث می‌گوید: تعابیر اختلاع و نیت فراق بعینه به روشنی دلالت دارند که طلاقى که از شخص مخالف سر می‌زند، صحیح است و آن تعابیر با این دیدگاه سازگار نیست که آن زن هنوز بر زوجیت همسر سنی‌اش باقی است و طلاق واقع نشده، اما امام علیه السلام برای شیعه، اباحه تزویج با آن زن را جعل کرده است. پس در واقع، امام در این حدیث حکمی واقعی و ثانوی را بیان کرده که در مواردی خاص در پی عنوانی ثانوی جاری می‌شود (بحرالعلوم، ۱۳۸۴: ۲۶۵).

[۲] «نزد امام رضا علیه السلام از یکی از علویانی که امام نکوهششان می‌کرد، یاد شد. امام فرمود: او بر حرام می‌زند. پرسیدم: فدایت شوم، آن زن که همسر اوست! امام فرمود: او زنش را طلاق داده است. گفتم: چگونه طلاقش داده؟ امام فرمود: این [طلاق] حکم دینی اوست، پس بر او حرام شده است» (طوسی، ۱۳۹۰: ۲۹۲/۳).

تعبیر «إِنَّهُ مُقِيمٌ عَلَى حَرَامٍ» در این روایت، به روشنی دلالت دارد که امام علیه السلام با اینکه در حالت نخستین، رأی آن مذهب را نمى‌پذیرد، اما در حالت جدید، با توجه به اینکه آن مذهب، متبوع شخص غیر شیعه است، پس باید او را به مذهب خود ملزم کرد. در واقع «اقامت بر حرام» در اقامت بر زنا ظهور دارد و زمانی بر این مورد اطلاق می‌شود که طلاق از آن شخص فعلاً سر زده باشد و زن با او نامحرم شده باشد و در صورتی که زوجیت باقی، و طلاق نادرست باشد، او بر حرام اقامه نخواهد داشت، بلکه بر همسرش اقامه دارد (بحرالعلوم، ۱۳۸۴: ۲۶۶).

درباره این حدیث باید گفت که مرسله است و در سندش افتادگی دارد.

[۳] «از امام علیه السلام پرسیدم: زنی بر اساس روشی غیر از سنت (شیعی) طلاق داده شده است، حکم آن زن چیست؟ [هنوز همسر شوهر قبلی است یا مطلقه محسوب می‌شود؟]

امام علیؑ فرمود: با این زن ازدواج کنید تا بی همسر نماند» (طوسی، ۱۳۹۰: ۲۹۲/۳).

بر اساس این دیدگاه شیخ حسین حلی، حکم و تعبیر امام علیؑ که این زن بی همسر نماند، بر اساس ذوق و برداشت متشرعانه بدین معنا نیست که جواز تزویج با این دسته از زنان مطلقه از قبیل ازدواج با زنانی است که هنوز در حبالهٔ زوج اول اند. بلکه ذوق متشرعه چنین برداشت می کند که این گونه طلاق در حق آنان روا و نافذ است (بحرالعلوم، ۱۳۸۴: ۲۶۶).

۲-۴-۴. سیرهٔ عقلا

محقق خوبی قاعدهٔ الزام را به روش عقلا منتسب می کند (موسوی خویی، ۱۴۱۲: ۵۵۶). برخی فقیهان معاصر نیز کوشیده اند با ترکیب دو قاعدهٔ جداگانهٔ الزام و امضاء، قاعدهٔ الزام را نیز معتبر بشمارند. نشانهٔ چنین خلط یا ترکیبی این است که سیرهٔ عقلا را از دلایل حجیت قاعدهٔ الزام برشمرده و گفته اند:

«یکی از ادلهٔ قاعدهٔ الزام، سیرهٔ عقلاییه است که ناشی از یک ارتکاز عقلایی است و ارتکاز عقلا بر این است که قانون هر قومی برای همان قوم و برای کسانی که در همان دایره قرار می گیرند، نافذ است» (فاضل لنکرانی، ۱۳۹۱: ۳۸).

۲-۴-۵. اجماع و تسالم

به اعتقاد یکی از فقها، با توجه به در دسترس بودن شماری روایات که می توانند مدرک اجماع باشند، ادعای اجماع در این قاعده جایگاهی ندارد، اما می توان ادعای تسالم کرد^۱ (مصطفوی، ۱۴۱۲: ۶۷).

۲-۵. دلایل عدم حجیت قاعده

۲-۵-۱. عقل

در پاسخ به ادعای ملازمهٔ عقلی که سیدمحمد شیرازی طرح فرموده است، باید به

۱. تسالم در اینجا یعنی عموم یا عدهٔ بسیار زیادی از فقهای امامیه بر اساس این قاعده فتوا داده اند، هر چند با این عنوان، مثلاً عنوان «قاعدهٔ الزام» از آن یاد نکرده باشند. تسالم به لحاظ اعتبار و حجیت از اجماع قوی تر است.

دیدگاه مشهور فقیهان در باب قاعده الزام ارجاع داد که آنان بر خلاف ایشان، قاعده الزام را در محدوده تعامل شیعیان با اهل سنت به کار می‌برند و روشن است که بحث جزیه و قتال در ارتباط با اهل سنت که مسلمان‌اند، معنا و کاربردی ندارد.

نکته دیگر که به عنوان یک گزینه در رد این ملازمه ادعایی و فرضی می‌توان مطرح کرد، آنکه می‌توان گفت ملازمه‌ای میان مجبور نساختن به پذیرش اسلام و تأیید آن احکام وجود ندارد؛ زیرا چه بسا اسلام به عنوان یک دین، ادیان آنان را به عنوان یک مجموعه کلی رد نکند، اما در برخورد با قوانین جزئی، قواعد و قوانینشان را باطل بشمارد تا به تدریج آنان به بطلان دیدگاه خود و حقانیت قوانین اسلام واقف گردند. البته این صرفاً به عنوان یک احتمال در رد قاعده می‌تواند مطرح شود و برای اثبات آن، نیاز به بررسی مستندات تاریخی بیشتری می‌باشد.

حتی می‌توان دلیلی عقلی بر رد قاعده الزام ارائه کرد که از منظر عقل، ماهیت رفتارهای انسانی با توجه به مصالح و مفاسدی که بر آن‌ها بار می‌شود، به رفتارهای درست و نادرست تقسیم می‌شود و مذهب فرد در این درستی و نادرستی تأثیری نخواهد داشت؛ یعنی نمی‌توان یک رفتار مشخص را از یک انسان، درست دانست و دقیقاً همان رفتار مشخص را وقتی که از انسانی با مذهبی دیگر سر می‌زند، نادرست انگاشت؛ مگر آنکه بپذیریم مصالح و مفاسد یا حسن و قبح در احکام متعلق به رفتار انسانی راه ندارد و این احکام صرفاً اعتباری و قراردادی‌اند و هر دین و مذهبی می‌تواند بر پایه منظر و زاویه نگاه خود، احکامی متفاوت از دین و مذهب دیگر جعل کند.

۲-۵-۲. سیره عقلا

قاعده الزام، قاعده‌ای یک‌سویه و به سود شیعه است و روشن است که اگر بر فرض، سیره‌ای عقلایی در این رابطه موجود باشد، قید سود و مصلحت شیعه در آن هیچ دخلی ندارد. صورت سیره عقلایی مفروض و احتمالی این است که: «هر گاه به قانونی عقیده نداشتی، اما مخالف تو به آن قانون باور داشت و این قانون به سود تو بود، اعمال این قانون را از او بخواه و روشن است که این محتوای قاعده الزام نیست؛ زیرا اگر در حکمی که ما قبول نداریم و مخالفمان قبول دارد، سودی برای او و ضرری برای ما

متصور باشد، نیازی به الزام او از سوی ما نیست، بلکه قضیه برعکس شده و طبعاً ما را ملزم به حکم متبوع خود خواهد ساخت.

مشخصاً دربارهٔ استناد برخی به سیره عقلا در اثبات قاعده الزام باید گفت چنین کاری به وضوح جعل اصطلاح بوده و به کار بردن تعبیر قاعده الزام در مواردی است که شروط اصلی قاعده (یعنی وجود سود شخص غیر شیعه در اجرای حکم شیعی و زیان او از حکم مذهب خود و همچنین ملزم‌سازی او به تبعیت از حکم دشوار مذهب متبوعش) را ندارد. درست است که عقلا به مذاهب گوناگون احترام می‌گذارند، اما هیچ‌گاه عقلا دیگران را به پیروی از مذهبی که در تضاد یا مغایرت با دیدگاه خود آن عقلاست، ملزم یا مجبور نمی‌سازند. اگر عاقلی باور داشته باشد طلاق دادن زن در حالت مستی، یا طلاق ثلاث یا هر عمل مفروض دیگری، عملی درست یا اخلاقی نیست، هیچ‌گاه کسی را که مذهبش مخالف چنین دیدگاهی است، به تبعیت از این حکم خلاف مبنای عقلایی ملزم نمی‌سازد. به نظر می‌رسد استناد به سیره عقلا در اثبات قاعده الزام، ناشی از یکی انگاشتن قواعد امضاء و الزام بوده باشد؛ حال آنکه این‌ها، دو قاعدهٔ جداگانه بوده و حساب مزایای قاعده امضاء از معایب قاعده الزام جداست. ادعای ما در این بخش از مقاله این نیست که طلاق دادن در حالت مستی یا طلاق ثلاث یا هر عمل مفروض دیگری، درست یا نادرست است. این بحثی جداگانه است و ربطی به این نکته ندارد. ادعای ما این است که معنا ندارد عقلا یک کاری را نادرست و ناروا بدانند، خواه طلاق در حالت مستی باشد یا طلاق ثلاث یا هر عملی دیگر، و در عین حال، همین عقلا بما هم عقلا، دیگری را به آن کار «ملزم» کنند؛ نه اینکه بگویند اگرچه ما مخالف این عمل هستیم و آن را درست نمی‌دانیم، صرفاً او می‌تواند بر مبنای اشتباه خودش عمل کند.

۲-۵-۳. اجماع و تسالم

در مواردی که روایاتی درباره آن‌ها در دست است و استناد اجماع‌کنندگان به آن روایات محتمل، باید آن اجماع را مدرکی و فاقد ارزش اثباتی مستقل دانست است؛ ضمن آنکه در خصوص اجماع که دلیلی لبی است، باید به قدر متیقن بسنده کرد و

نمی‌توان با استناد به اطلاق یا عموم لفظی، شمول قاعده الزام را از این دلیل برداشت کرد؛ زیرا به فرض وجود اجماع، احتمال می‌رود که به همین چند مورد (طلاق و نکاح و...) محدود باشد و اگر بخواهیم به شمولی برای آن دست یابیم، باید به روایات روی بیاوریم (صدر، ۱۴۱۸: ۲۰۴/۱۰). لذا اجماع نمی‌تواند به عنوان یک دلیل مستقل، مورد عنایت و استناد باشد.

۲-۵-۴. آیات قرآنی

آیاتی که بر مجبور نساختن دیگر ادیان دلالت دارد، بر فرض که به معنای پذیرش نظام‌های حقوقی رفتاری آنان باشد، با قاعده الزام ارتباطی ندارد؛ زیرا در قاعده الزام، سخن از اهل سنت است که مسلمان‌اند و دین دیگری متفاوت از شیعیان ندارند و هیچ‌گاه در قرآن کریم مطرح نشده که مسلمانان در میان خود چند شریعت داشته باشند و یکدیگر را به پذیرش شرایع گوناگون ملزم سازند؛ زیرا اساساً در زمان نزول آیات وحی، هنوز اختلافات، مکاتب و مذاهب فقهی پیش نیامده بود و در دهه‌ها و سده‌های بعد، این چندگانگی‌های فقهی ایجاد شد.

درباره آیات ازدواج کفار نیز همین سخن گفته می‌شود که ارتباطی با اهل سنت که موضوع قاعده الزام‌اند، ندارد.

نکته دیگر آنکه وقتی خداوند به پیامبر صلی الله علیه و آله می‌فرماید: «بین آنان حکم کن یا از حکم اعراض و خودداری کن»، روشن است که در حالت دوم یعنی اعراض از حکم کردن، نمی‌توان خداوند را به آنچه حکام یهود در آینده حکم خواهند کرد، راضی دانست. وقتی کسی از حکم کردن اعراض می‌کند، تنها در مورد اعراض کردن خود رضایت و تصمیم روشن و قطعی دارد، نه درباره احکامی که دیگران در آینده صادر خواهند کرد. ثانیاً بر خلاف این گفته که: «تنها مانعی که در استدلال به آیه شریفه ممکن است مطرح شود، احتمال نسخ در این آیه است» (فاضل لنکرانی، ۱۳۹۱: ۴۷)، به نظر می‌رسد بزرگ‌ترین مانع، ادامه آیه شریفه است که می‌فرماید: «وَإِنْ حَكَمْتَ فَأَحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ». در واقع اگر پیامبر اسلام صلی الله علیه و آله عملی را طبق دین خود نادرست یا ظالمانه بداند، به هیچ وجه طبق این آیه مجاز نیست که پیروان دیگر ادیان را به آن حکم

نادرست یا ظالمانه ملزم سازد. ممکن است پیامبر صلی الله علیه و آله در بحثی اختلافی میان دو دین، سکوت کرده یا از حکم دادن اعراض کند، اما بر اساس مبانی گوناگون کلامی، ساحت ایشان از چنین اموری منزّه است و نمی‌تواند اخلاقاً به قاعده الزام تن دهد و دیگران را به حکمی خلاف قسط و عدل، ملزم و مجبور سازد.

۵-۵-۲. روایات

درباره روایات باید گفت گذشته از اشکال در اسناد دسته‌ای از آن‌ها که راوی مجهول یا توثیق نشده یا ارسال در سند داشتند، از نظر دلالت نیز چندگانه، پراکنده و ناسازگارند. برخی از روایات نسبت به دیگر ادیان نیز قابل طرح است. در برخی روایات، سخن از اهل سنت است و ضمیر متصل «هم» به اهل سنت باز می‌گردد؛ مثلاً تصریح شده که درباره مسلمانان مخالف اهل بیت است یا با واژگان مشابه به آنان اشاره شده است. در پاره‌ای از احادیث، سخن از الزام به میان آمده که می‌توان قاعده الزام را بر آن مبتنی کرد. اما در دسته‌ای دیگر سخنی از الزام نیست. بنابراین نمی‌توان همه این روایات را در یک دسته جای داد و از آن، به یک قاعده مستقل با نام الزام رسید و اگر به هر روایت به صورت جداگانه بنگریم، نیز نخواهیم توانست از یک روایت که در موردی خاص است و احتمال محدودیت به همان مورد یا حکم (مثلاً طلاق) در مورد آن وجود دارد، یک قاعده مستقل را نتیجه بگیریم.

۶-۲. حجیت قاعده

با توجه به ضعف ادله‌ای که برای اثبات قاعده الزام بر اساس دیدگاه مشهور - که آن را قاعده‌ای برای تنظیم روابط شیعیان با مسلمانان غیر شیعه در جهت سود و مصلحت شیعه می‌داند - بیان شد، می‌توان به عدم حجیت این قاعده گرایش پیدا کرد. البته قواعدی نظیر این قاعده و با اختلافاتی چند، مطرح است؛ مانند قاعده امضاء یا اقرار و قاعده مقاصد نوعیه که این قواعد انحصاری نسبت به شیعه ندارد، یعنی همان‌طور که شیعه نسبت به اهل سنت این قواعد را جاری می‌کند، آنان نیز نسبت به شیعه این قواعد را جاری می‌کنند و حتی درباره دیگر ادیان جز اسلام نیز این قواعد قابل جریان است؛ حال آنکه در قاعده الزام، سود و مصلحت شیعه و ملزم‌سازی دیگران

مطرح است، نه صرف تأیید و امضای احکام دیگران در حوزه خصوصی شان.

آیه‌الله حسینی سیستانی در باب قاعده الزام معتقد است:

«احکام برخی مسائل عقود و ایقاعات و حقوق، اختلافی است و آرای علمای شیعه با دیگر مذاهب اسلامی در این موارد، گاه بعضاً و گاه کلاً متفاوت است. لذا درباره نحوه رفتار شیعیان با غیر شیعیان در این مسائل پرسش می‌شود و فقیهان متأخر - رضوان الله علیهم - که این مسائل را بر اساس قاعده الزام، یعنی ملزم کردن اشخاص غیر شیعی به احکام مذهبشان، استخراج می‌کنند و پاسخ می‌دهند. لیکن از آنجا که از نظر ما این قاعده ثابت نشده است، باید این مسائل را بر طبق قواعد جانشین قاعده الزام مانند قاعده مقاصه نوعی [طبق سنت‌ها و احکامشان، همان گونه که از شما می‌گیرند، از آنان بگیرد] و یا قاعده اقرار [رفتار با غیر امامی به موجب احکام مذهبش و ملزم داشتن او به آن‌ها] تطبیق کرد و حکم آن‌ها را بیان نمود» (۱۴۱۷: ۱/۴۵۶).

نکته دیگر در ارتباط با حجیت قاعده الزام این است که اگر به فرض، این قاعده را حجیت بدانیم باید توجه داشت که می‌توان قاعده الزام را در حوزه امور متعلق به غیر شیعیان برای خودشان جاری دانست؛ زیرا وقتی هنوز به شیعه رجوع نکرده‌اند، دو رأی و دو حکم در میان نیست که انتخابی ممکن باشد، اما آنگاه که غیر شیعیان به شیعه (مثلاً دادگاهی با قاضی و قانون شیعی) رجوع کردند، هم مقتضای عدالت (میان شیعه و غیر شیعه) و هم مقتضای اینکه شیعه به درستی حکم و رأی خود باور دارد، این است که بر اساس دیدگاه عادلانه و درست حکم صادر شود؛ نه صرفاً بر اساس انتساب به مذهب آن فرد غیر شیعه. سیداحمد خوانساری این تمایز - میان دو «وضعیت معمول میان غیر شیعه» و «وضعیت پس از رجوع به شیعه و در پی حکم واقعی» - را به خوبی تبیین کرده است (خوانساری، ۱۳۶۴: ۵/۳۹۰).

۳. جایگاه حقوقی قاعده در تدوین قوانین داخلی (اتباع ایران)

تا جایی که بررسی شد، قانونی برخاسته از قاعده الزام یا شبیه به قاعده الزام در قوانین دیگر کشورها غیر از جمهوری اسلامی ایران، بازتاب نیافته است؛ زیرا این قاعده بر اساس تفکیک شیعه از غیر شیعه پایه نهاده شده و چه بسا در قوانین دیگر کشورها زمینه‌ای برای پیدایش نداشته است.

در قوانین جمهوری اسلامی ایران نیز چنانچه دقیق‌تر بنگریم، قاعده امضاء یا قاعده اقرار دیده می‌شود که از جهاتی شبیه قاعده الزام است، نه خود آن.

۱-۳. وضعیت فعلی قوانین داخلی

۱-۱-۳. قانون اساسی

در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تنها در دو اصل دوازدهم و سیزدهم به عباراتی برمی‌خوریم که امکان حمل آن‌ها بر قاعده الزام هست (معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری، ۱۳۸۶: ۸۰).

۲-۱-۳. تفاوت‌های قاعده الزام و اصل دوازدهم و سیزدهم

الف) بر اساس دیدگاه مشهور که در فصل نخست گذشت، قاعده الزام درباره مسلمانان غیر شیعه است. طبق این دیدگاه، نمی‌توان اصل سیزدهم را بر اساس قاعده الزام دانست.

ب) همچنین در قاعده الزام، سخن از الزام و ملزم ساختن و نوعی مجبورسازی است؛ اما در این دو اصل، از آزادی اهل سنت و غیر مسلمانان سخن گفته است، نه الزام آنان. ج) در قاعده الزام سخن از مواردی می‌رود که یک شیعی با کسی که مذهب او را ندارد، رابطه‌ای دارد؛ اما این دو اصل اساساً ناظر به تعامل شیعیان با غیر شیعیان نیست، بلکه به آنان و زندگی‌شان به خودی خود نظر دارد.

د) بنا بر دیدگاه مشهور، محور و اساس در قاعده الزام، مصلحت و سود فرد شیعی است؛ حال آنکه در این دو اصل، چنین محوری مطرح نیست.

ه) قاعده الزام، قابلیت طرح در همه یا بیشتر ابواب فقهی را دارد؛ اما در این دو اصل، سخن از مراسم دینی و احوال شخصیه (ازدواج، طلاق، وصیت و ارث) است.

و) این دو اصل به «حدود قانون» محدود شده‌اند؛ یعنی چنانچه ثابت شود که اعمال مزبور مربوط به امور مذکور، خلاف مقررات قانونی و انتظامات عمومی باشد، نمی‌توان آن را مجاز دانست (هاشمی، ۱۳۸۹: ۱/۱۸۵؛ مهرپور، ۱۳۸۷: ۵۰). اما می‌دانیم که قاعده الزام در ذات خود چنین قیدی ندارد.

بنابراین با توجه به این تفاوت‌های شش‌گانه، می‌توان این دو اصل را بیشتر برخاسته از قاعدهٔ اقرار و امضاء - که فعل اتباع دیگر مذاهب و ادیان را تأیید می‌کند - دانست، نه قاعدهٔ الزام.

۳-۱-۳. قوانین مدنی

در قانون اجازهٔ رعایت احوال شخصیهٔ ایرانیان غیر شیعه در محاکم، مصوب ۱۳۱۲/۴/۳۱ عباراتی آمده است که چه‌بسا در نگاه نخست، شباهت‌هایی با قاعدهٔ الزام دارد. از این رو، بررسی آن مناسب می‌نماید.

«مادهٔ واحده - نسبت به احوال شخصیه و حقوق ارثیه و وصیت ایرانیان غیر شیعی که مذهب آنان به رسمیت شناخته شده، محاکم باید قواعد و عادات مسلّمهٔ متداوله در مذهب آنان را جز در مواردی که مقررات راجع به انتظامات عمومی باشد، به طریق ذیل رعایت نمایند:

۱. در مسائل مربوط به نکاح و طلاق، عادات و قواعد مسلّمهٔ متداوله در مذهبی که شوهر پیرو آن است؛
۲. در مسائل مربوط به ارث و وصیت، عادات و قواعد مسلّمهٔ متداوله در مذهب متوفی؛
۳. در مسائل مربوط به فرزندخواندگی، عادات و قواعد مسلّمهٔ متداوله در مذهبی که پدرخوانده یا مادرخوانده پیرو آن است» (الماسی، ۱۳۸۹: ۴۸).

۳-۱-۴. تفاوت‌های مادهٔ واحده و قاعدهٔ الزام

الف) در این قانون، سخنی از طرف شیعی نیست، در صورتی که می‌دانیم در قاعدهٔ الزام باید یک طرف شیعه باشد؛ اگرچه با عنایت به مذهب رسمی که شیعه است، چه‌بسا مفروض قانون‌گذار و مورد عنایت او بوده است.

ب) در این قانون، سود و مصلحت فرد شیعی نمی‌تواند ملاک و محور باشد. ج) این قانون به احوال شخصیه محدود است و همچون قاعدهٔ الزام، دایره‌ای گسترده و پیش‌رونده ندارد.

د) این قانون در سه بندش به ترتیب شوهر، متوفی و پدرخوانده/مادرخوانده را ملاک می‌داند، در صورتی که در قاعدهٔ الزام و تنها بر اساس این قاعده، ما به گونه‌ای مشخص به یک نهاد ثابت (مثلاً پدر یا فرزند، متوفی یا وارث) که محور باشد،

دسترسی نداریم. به عبارت دیگر، قاعده الزام می گوید هر طرف که شیعه بود، اگر دیدگاه غیر شیعه به سود او بود، بر اساس آن رفتار شود؛ اما در این قانون، سه نهاد مشخص (شوهر، متوفی و پدرخوانده/مادرخوانده) را مرجع دانسته است.

برای نمونه، اگر مردی شیعی در حال مستی زن سنی اش را طلاق بدهد، با اینکه از نظر فقه شیعه چنین طلاقى درست نیست، اما مرد شیعی بعد از زوال مستی می تواند بر اساس قاعده الزام، همسرش را به فقه اهل سنت که چنین طلاقى را درست می داند (جزیری، غروی و مازح، ۱۴۱۹: ۳۵۹/۴)، ملزم سازد (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۳: ۱۷۱/۳)؛ در صورتی که از نظر قانون مدنی با توجه به مذهب شوهر که در این مثال، تشیع است، چنین طلاقى درست نیست و واقع نمی شود. در واقع، قانون مدنی صرف نظر از یک مذهب خاص، در همه موارد، حکم را به نهاد حقوقی خاصی (مثلاً شوهر بودن) ارجاع می دهد؛ اما قاعده الزام، ملاک را فرد شیعی و سود او می داند و روشن است که با این ابهام بسیار وسیع که گاه جانب شوهر را می گیرد، گاه جانب زن را و... نمی توان قانونی روشن و دقیق داشت.

نمونه دیگر تفاوت قانون مدنی و قاعده الزام در بحث تعصیب است که مثلاً فردی سنی فوت کرده و از او یک دختر و یک برادر مانده است. بر اساس قاعده الزام اگر دختر شیعه باشد، باید فقه شیعه حاکم باشد که همه ارث را فرضاً و ردّاً به دختر - که از طبقه نخست است - می دهد. اما اگر در همین مثال، برادر متوفی شیعه، و دخترش سنی باشد، بر اساس قاعده الزام، نیمی از ارث به برادر شیعه می رسد، چون فرد شیعه اهل سنت را به فقه آنان ملزم می سازد؛ در صورتی که در همین مثال بر پایه قانون مدنی، در هر دو فرض صرفاً مذهب متوفی شرط است.

ه) ماده واحده مورد بحث، مقید به قواعد مسلمة و متداوله در نزد غیر شیعیان است و هر قاعده ای نمی تواند مشمول این قانون باشد. در صورتی که این قید در قاعده الزام وجود ندارد (الماسی، ۱۳۸۹: ۲۳۵).

با توجه به مباحث مطرح شده، واضح است که این قوانین بیشتر ناظر به قاعده امضاء و اقرار نظر بوده، نه قاعده الزام؛ زیرا بر اساس قاعده الزام، نمی توان قوانینی کلی و روشن نگاشت که ناظر به نهادهای حقوقی مشخصی باشد، بلکه باید پیوسته به عنصر

سود و مصلحت فرد شیعی ارجاع داد و این را نیز با ابهامی که دارد، می‌توان در هر نهادهی فرض و تصور کرد.

۲-۳. وضعیت فرضی قوانین

منظور از وضعیت فرضی قوانین در برابر وضعیت فعلی قوانین، این است که صرف‌نظر از وضعیت فعلی قوانین کنونی، آیا می‌توان قوانینی خاص را فرض کرد یا به صدور قوانینی خاص در آینده اندیشید که مبتنی بر روح قاعده الزام باشند. معمولاً در مباحث فلسفه حقوق، به تفکیک میان این دو وضعیت توجه می‌شود و صرفاً به قوانین فعلی یک کشور توجه نمی‌شود و از این نکته غفلت نمی‌شود که برخی قوانین اگرچه هنوز فعلاً صادر یا مصوب نشده‌اند، اما مبتنی بر اصول و قواعد و رویه‌های موجود، امکان یا ظرفیت تحقق دارند.

۱-۲-۳. عوامل اصلی در شکل‌گیری قانون

با توجه به بررسی این دو مورد (قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و قانون مدنی)، تا حدی دانستیم که این قاعده تا کنون لباس قانون به تن نکرده است. اکنون این پرسش مطرح است که آیا این قاعده از ظرفیت و توان قانونی شدن برخوردار بوده و تدوین‌گران قانون به این ظرفیت و امکان توجه نداشته‌اند و در نتیجه، در آینده می‌توان قانونی بر اساس قاعده الزام تدوین کرد؟ یا اینکه اساساً قاعده الزام با توجه به محتوا و قیود اصلی‌اش از توان قانونی شدن بهره‌مند نیست.

برای پاسخ به این پرسش، لازم است عناصر اصلی مفهوم قانون و بخش‌های کلیدی پروژه قانون‌نگاری بررسی شوند و قاعده الزام در ترازوی فرایند و اصول تدوین قانون سنجیده شود.

۱-۱-۲-۳. عدالت

همه انسان‌ها فطرتاً جویای عدالت‌اند؛ به ویژه آنگاه که سخن از قانون به میان می‌آید، معمولاً عدالت را روح و گوهر حیات‌بخش آن معرفی کرده و انتظار دارند که با امری عادلانه مواجه شوند.

نخستین نکته که چه بسا مانع تبدیل قاعده الزام به قانون است، آنکه قاعده الزام با وجود اینکه در فرض اساسی خود، این نکته را دارد که برخی دیدگاه‌ها درست نیستند، اما با توجه به سود و مصلحت فرد شیعه می‌توان آن دیدگاه‌ها را مطالبه و دیگران را به اجرای آن الزام کرد. پس کانون اصلی این قاعده، تفکیک انسان‌ها به شیعه و غیر شیعه است و بر اساس این تفکیک، هر گاه سود شیعه مقتضی باشد، نظری نادرست قابلیت اجرا می‌یابد؛ حال آنکه روح و گوهر قانون توجه به ماهیت رفتارها، بدون در نظر گرفتن این گونه دسته‌بندی‌ها و تفکیک‌های اساسی میان انسان‌هاست.

به بیان دیگر، اگر کسی در شرایطی رفتاری را انجام دهد و کسی دیگر در همان شرایط عیناً همان رفتار را انجام دهد، ما نمی‌توانیم رفتار اولی را خوب و رفتار دومی را بد بدانیم، مگر اینکه از عدالت چشم‌پوشیم. عدالت اقتضا می‌کند که دو رفتار یکسان در شرایط یکسان، محکوم به یک حکم باشند و تفاوت افراد، تأثیری در ماهیت حکم یا قانون نگذارد.

توجه به دیدگاه ارسطو در این زمینه می‌تواند اندکی از ماهیت عادلانه قانون را روشن سازد. وی می‌گوید:

«فرقی نمی‌کند آیا فردی خوب فرد بدی را فریب داده باشد یا به عکس. همچنین تفاوتی نمی‌کند که فردی خوب یا بد مرتکب زنا شده باشد. حقوق فقط به ماهیت خسارت توجه می‌کند و طرفین دعوی را مساوی می‌گیرد. حقوق تنها می‌پرسد آیا یکی از آنان مرتکب بی‌عدالتی و دیگری از این بی‌عدالتی زیان دیده؟ آیا یکی موجب خسارت و دیگری متحمل آن شده است؟ بنابراین بی‌عدالتی در اینجا به معنای نابرابری است که دادرس می‌کوشد آن را دفع کند، به آن درجه که اگر فردی به فرد دیگری صدمه‌ای وارد کند، یا فرد دیگری را بکشد، ضربه و کشتن در اینجا به گونه‌ای نابرابر تقسیم شده‌اند؛ لکن قاضی می‌کوشد آن‌ها را با اعمال مجازات یا جریمه برابر کند» (کلی، ۱۳۹۷: ۶۸).

در صورتی که اگر ما ماهیت عدل‌محور قانون را نپذیریم و -بر فرض مثال- بگوییم از آنجا که ما قانون‌گذاریم و مذهبی خاص داریم، می‌خواهیم قوانینی کاملاً و منحصرأً به سود اتباع ایرانی هم‌کیش خودمان در حجمی وسیع و گسترده صادر کنیم و ایرانیان غیر هم‌کیش ما نمی‌توانند مشمول این قوانین باشند و هر گاه ضرر آنان در حکم

مذهب خودشان باشد، باید به آن حکم «ملزم» شوند، جدا از اینکه از ماهیت قانون چشم‌پوشی کرده‌ایم و در تفسیر و اجرای قانون با مشکلات فراوانی روبه‌رو خواهیم شد، باید بپذیریم که هر کشوری بر اساس یک مذهب یا مذهب اکثریت، به حقوق اقلیت‌های دیگر در آن کشور بی‌توجهی کند و محور قانون، نهادهایی روشن و خاص نباشد، بلکه قانون پیوسته بر اساس سود آن گروه و مذهب تفسیر و اجرا شود و تغییر کند. همچنین توجه نکرده‌ایم که با این کار، در اعتبار، تعمیم و درستی حکم مذهب خود نیز تردید افکنده‌ایم.

جایگاه عدالت در قرآن کریم و روایات شیعی آن‌قدر والا دانسته شده که نمی‌توان در ارج و قدر آن، تردیدی روا داشت. خداوند ساحت خود را از ستم دور می‌داند: ﴿مَنْ عَمِلْ صَالِحًا فَلِنَفْسِهِ وَمَنْ أَسَاءَ فَعَلَيْهَا وَمَا رَبُّكَ بِظَلَّامٍ لِلْعَبِيدِ﴾ (فصلت / ۴۶). پیامبر و الامقام خود را «مأمور عدالت» می‌خواند: ﴿وَأْمُرْتُ لِأَعْدِلَ بَيْنَكُمْ﴾ (شوری / ۱۵). در روایات نیز گاه «حیات احکام» همان عدالت دانسته شده (حکیمی، ۱۳۶۷: ۱۷۵/۵) و گاه «تنها راه اصلاح جامعه» در اقامه عدل معرفی می‌شود: «الرعيّة لا يصلحها إلا العدل» (همان).

۳-۲-۲. برابری همه در برابر قانون^۱

در سیر تاریخی قوانین بشری، هر مذهب، ملیت یا قومی با قانون بر اساس جهان‌بینی، نیازها و واقعیات زندگی خود مواجه شده و مفهوم برابری انسان‌ها در برابر قانون نیز همواره در این رویارویی، دستخوش تغییرات فراوان بوده است.

اما با عنایت به اینکه قاعده الزام، انسان‌ها را به لحاظ ذات دسته‌بندی می‌کند، نمی‌تواند با اصل جهان‌شمولی و اصل غایت سازگار باشد. اصل جهان‌شمولی می‌گوید

۱. ممکن است کسی برابری همه در برابر قانون را یک اصل مشروع نداند و مثلاً ادعا کند که یک قانون عادلانه می‌تواند منافع یک گروه از شهروندان را بر گروهی دیگر ترجیح دهد و در مواردی که ضرر آن گروه اقلیت محرز است، حق استفاده از قوانین اکثریت را ندادند. چنین شخصی می‌تواند فرض کند که این قانون در عین حال عادلانه است. ما با چنین رأی مخالفیم و قبول نداریم که یک قانون بتواند در یک کشور به استناد منافع گروهی از شهروندان به صورتی سازمان‌یافته نقض شود و ضرر گروهی دیگر را در پی داشته باشد و در عین حال قانونی عادلانه تلقی شود. روشن است که چنین کسی، این دلیل ما را نمی‌پذیرد. اما در عین حال، ما در این مقالات دلایل دیگری نیز اقامه می‌کنیم و نقد ما بر قاعده الزام، منحصر در این دلیل نیست.

آن گونه قانون بگذار که برای همه قانون باشد، و نیازی به گفتن ندارد که اگر ما قاعده الزام را قانونی سازیم، هرگز نمی پذیریم که در برابر ما، در کشورهایی که قانون بر اساس فقه شیعه نیست، قاعده الزام جاری باشد و هر گاه قانونی به سود شیعه و زیان غیر شیعه بود، به کنار رانده شود و حکمی به زیان فرد شیعه اجرا شود.

برابری در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران با توجه به مبانی قرآنی که در اصل چهاردهم آن آمده و مؤمنان را پیوسته به عدالت و احسان فرامی خواند و حتی نسبت به مشرکانی که با مسلمانان سر جنگ ندارند، به قسط و نیکوکاری دعوت می کند، کوشیده است تا نمایی فراگیر از عدالت را عرضه کند.

اصل چهاردهم این قانون، نمایانگر اوج اهتمام قرآن کریم به رعایت عدالت است: «اصل چهاردهم: به حکم آیه شریفه ﴿لَا يَهْدِي اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوا فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوا مِنْ دِيَارِهِمْ أَنْ تَرْوَهُمْ وَتَقْسَطُوا إِلَيْهِمْ إِنْ اللَّهُ يُحِبُّ الْمُقْسَطِينَ﴾ (ممتحنه / ۸)، دولت جمهوری اسلامی ایران و مسلمانان موظف اند نسبت به افراد غیر مسلمانان، با اخلاق حسنه و قسط و عدل اسلامی عمل نمایند و حقوق انسانی آنان را رعایت کنند. این اصل در حق کسانی اعتبار دارد که بر ضد اسلام و جمهوری اسلامی ایران توطئه و اقدام نکنند» (معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری، ۱۳۸۶: ۸۱).

در اصل نوزدهم و بیستم همین قانون، با صراحت بیشتری از برابری همه در مقابل قانون سخن گفته شده است (همان: ۸۲).

۳-۱-۲-۳. سودمندی قانون

قانون باید سودمند باشد، به گونه ای که مفادی را بیان کند که اگر در آن قانون بیان نمی شد، این نقص و کاستی به صورتی طبیعی از بین نمی رفت. به دیگر سخن، قانون باید ضرورت وضع داشته باشد. به تعبیر یکی از نویسندگان: «قانون باید به گونه ای باشد که وجود و عدمش یکسان نباشد و متضمن حکمی جدید و تأسیسی باشد» (حاجی ده آبادی، ۱۳۸۳: ۳۳).

حال در مورد قاعده الزام باید گفت: مفاد این قاعده، وضع طبیعی، متشست و

اختلاف‌آمیز اتباع یک کشور را تأیید می‌کند و می‌گوید هر مذهبی باید به قواعد و احکام مورد تأییدش ملزم شود. روشن است که پذیرش چنین تکثر شدید حقوقی و قانونی، در حکم نقض قانون واحد و جدیدی است که مفادی سودمند دارد.

در توضیح بیشتر باید گفت که اگرچه در قاعده الزام، سود شیعیان محور و ملاک اصلی است، اما این سود نباید با سودمندی قانون خلط شود. سودمندی قانون یعنی تمام مخاطبان قانون بتوانند علی‌القاعده به صورتی عادلانه از مزایای آن قانون سود ببرند. اما سود مطرح در قاعده الزام، یعنی هر گاه در اختلاف با دو نفر، یکی شیعه و دیگری غیر شیعه بود و اجرای قانون غیر شیعه برای فرد شیعه سود و برای غیر شیعه ضرر داشت، باید فرد شیعه یا دادگاه شیعی، فرد غیر شیعه را به حکمی که خود شیعه اشتباه می‌داند، ملزم کند. مشخص است که مراد از سودمندی قانون، سودمندی برای عموم مخاطبان قانون است و مراد از سود در قاعده الزام، فقط سود گروهی محدود از مخاطبان قانون است. با توجه به این نکته، بهتر درمی‌یابیم که چرا آیه‌الله سیستانی به نظر ما به درستی، قاعده الزام را نادرست و قاعده امضاء را درست می‌داند.

اما اگر کسی بگوید که گاهی دیده شده دیگران (مثلاً اهل سنت) در طول تاریخ، شیعه را به احکام شیعی سخت‌تر در برخی موارد ملزم کرده‌اند، ما نیز باید با آنان مقابله به مثل کنیم، در پاسخ می‌گوییم، این به منزله پذیرش همان وضعیت طبیعی آشفته و پرهرج و مرجی است که هیچ قانون واحد، روشن و عادلانه‌ای بر آن حاکم نیست و هر گروه می‌کوشد یک قانون را هرچند اشتباه می‌داند، صرفاً به خاطر منافع خودش بر کرسی بنشانند و دیگری را به آن قانون اشتباه ملزم سازد.

۴-۱-۲-۳. تناقض ناپذیری قوانین

از آنجا که قانون، مجموعه‌ای منسجم است که برای اجرا و اعمال نگاشته می‌شود، نمی‌تواند متناقض باشد؛ زیرا هم انسجام و هم تحقق عینی، با تناقض سازگار نیست. البته قوانین متناقض فراوانی تا کنون نگاشته و جعل شده، اما این قوانین را در مقام تحلیل نظری نباید قانون پنداشت؛ زیرا هم نامنسجم‌اند و خود علیه خود سخن می‌گویند و هم امکان تحقق خارجی آنها وجود ندارد. بر این اساس می‌توان گفت:

قانون متناقض، قانون نیست.

فرض کنید در قانون اساسی یک کشور دارای مذهبی خاص، در یک اصل آمده باشد که مذهب به هیچ عنوان نباید ملاک برتری انسان‌ها بر یکدیگر باشد و در اصل دیگر آمده باشد که امتیازات و حقوق شهروندی، در انحصار فلان مذهب است. تناقض میان این دو اصل باید رفع شود. دو حالت بیشتر نیست؛ یا ظاهر اصل اول به نفع اصل مذهب خاص کنار گذاشته می‌شود یا به عکس. پس این دو اصل، همزمان نمی‌توانند قانون، معتبر و الگوی رفتار درست باشند. تنها یکی از این دو می‌تواند قانون دانسته شود.

در باب قاعده الزام نیز چنین است؛ یعنی اگر هم بتوان احکام و قوانین دیگر مذاهب غیر شیعه را - که حسب فرض، مذهب رسمی، نادرست و عاری از اعتبار است - در حوزه خصوصی و زندگی شخصی خود آنان، تأیید و تحمل کرد، اما نمی‌توان مفاد آن را به قانون تبدیل کرد؛ زیرا مستلزم تناقض خواهد بود. بنابراین در حالتی که قانون‌گذار باور دارد که کاری نادرست است، نمی‌تواند دیگران را در قالب قانون، به آن ملزم سازد.

۳-۱-۵. بی‌طرفی قانون

از آنجا که قانون، ناظر به مجموعه‌ای وسیع از افراد و اشخاص نوشته می‌شود، در ماهیت خود باید گونه‌ای بی‌طرفی داشته باشد. قاعده الزام - که در متن خود همواره سود فرد شیعی را محور می‌داند - در صورت تبدیل به قانون، چنین شکل جانبدارانه‌ای را ارائه خواهد کرد.

۳-۱-۶. شفافیت و ناپیچیدگی قانون

از آنجا که قانون، برای اجرا نوشته می‌شود و هدف اصلی قانون‌گذار آن است که قانون، در عمل و به تمامی پیاده شود، نمی‌تواند آن‌قدر پیچیده و مبهم باشد که با این هدف، در تعارض باشد. حال آنکه آشنایان با فقه مذاهب گوناگون اسلامی، احکام دیگر شرایع، فروع متکثر و تفصیلات و اختلاف تفاسیر آن، می‌دانند چه دشوار است که قانونی به این نظام‌های حقوقی چندگانه ارجاع دهد و تقریباً در حکم محال خواهد

بود که کشور واحد با ملت واحد بتواند - مثلاً - بر اساس هفت یا هشت نظام فقهی مختلف اداره شود و در عمل، با دشواری‌های فزاینده‌ای مواجه نشود.

صرف نظر از اختلافات بنیادین که موجب پیچیدگی فهم مردم از قانون خواهد شد، همیشه این امکان وجود دارد که عالمان یک مذهب یا دین به آرای جدیدی برسند و این نیز مشکل قانونی را که بر اساس قاعده الزام تنظیم می‌شود، دوچندان خواهد ساخت.

۴. جایگاه حقوقی قاعده الزام، در حقوق بین‌الملل خصوصی

در حقوق بین‌الملل خصوصی، بحث قانون حاکم بر اعمال اتباع یک کشور در کشور دیگر مطرح است و سخن اصلی آن است که قانون کدام کشور در خصوص این افراد باید حاکم باشد؛ کشور اصلی و متبوع آن فرد، یا کشور دوم که محل اقامت اوست؟ (الماسی، ۱۳۸۹: ۵۷).

در این موارد، بحث تعارض قوانین مطرح است. منظور از تعارض نیز تعارض ادله چند قانون خُرد، از یک بسته قانونی خاص (مثلاً قوانین یک کشور مثل ایران) نیست؛ بلکه مراد، تعارض یک یا چند قانون از یک بسته قانونی (مثلاً قانون الف از قوانین ایران) با یک یا چند قانون دیگر از یک بسته قانونی دیگر (مثلاً قانون الف از قوانین فرانسه) است.

در واقع، هنگامی که مسائل حقوق خصوصی یک کشور با دخالت یک یا چند عامل خارجی، به یک یا چند کشور دیگر و قوانین آن‌ها ارتباط بیابد، حقوق بین‌الملل خصوصی مطرح می‌شود؛ برای نمونه، اگر یک زن و شوهر فرانسوی بخواهند در ایران مبادرت به طلاق کنند و به دادگاه ایران مراجعه کنند، قانون ایران که محل اقامت آنان است، حاکم می‌شود یا قانون کشور متبوعشان؟

گاه اطراف تعارض از دو طرف فراتر می‌رود؛ مثلاً فردی آلمانی با یک ایرانی در فرانسه ازدواج یا خرید و فروش می‌کند. حال، این پرسش مطرح می‌شود که قانون آلمان حاکم است یا قانون ایران و یا قانون فرانسه که محل اقامت آن دو است؟ یا حتی ممکن است کشور محل اقامت آن دو نیز متفاوت باشد. این توضیحی مقدماتی بود درباره اینکه حقوق بین‌الملل خصوصی چیست. حال به بحث رابطه آن با قاعده الزام می‌پردازیم.

۴-۱. مقایسه قاعده الزام با مکاتب مختلف حل تعارض

۱- مکاتب گوناگون و متکثر حل تعارض در دو شاخه قدیم و جدید (ایتالیایی، آلمانی، هلندی، فرانسوی و...)، همگی در یکسان دانستن اتباع و شهروندان یک کشور اشتراک دارند و هیچ یک از دکترین‌ها، مردم کشور خود را به چند دسته با چند نظام حقوقی مختلف تقسیم نمی‌کنند؛ بلکه در آن مکاتب سخن بر سر این بود که آیا اتباع یک کشور در خاک دیگر کشورها نیز مشمول قانون ملی خود هستند (شخصی و ملی بودن قانون)، یا در صورت سرزمینی بودن، افراد خارجی داخل یک کشور نیز مشمول قوانین کشور اقامتگاه خود می‌گردند؟ پس به هیچ روی در هیچ یک از مکاتب، شهروندان اصلی کشورها به چند پاره تقسیم نمی‌شدند.

اما در قاعده الزام، هیچ توجهی به قید ملیت و کشور متبوع نبوده و بر اساس مذاهب و ادیان گوناگون، هر کشوری باید از چند نظام حقوقی جداگانه برخوردار باشد و به فرض آنکه نظام‌های قانونی، چندگانه نشود، باید محاکم قضایی جداگانه‌ای داشت، یا دست کم قاضیان به چند روش و بر اساس مذهب مخاطب خود، حکم صادر کنند. بنابراین قاعده الزام با نخستین اصل حقوق بین‌الملل خصوصی - که پذیرش وحدت و یکپارچگی اتباع کشورهاست - ناسازگار می‌نماید.

برای مثال، اگر مردی ایرانی با زنی آلمانی در آلمان ازدواج کند، بر اساس مکاتب مختلف حل تعارض، این ازدواج یا مشمول قانون ایران است یا قانون آلمان. اما بر اساس قاعده الزام باید مذهب طرفین روشن شود و با توجه به اینکه ممکن است ایرانی سنی یا مسیحی یا یهودی باشد و زن آلمانی نیز همین گونه، باید احکامی جداگانه و متفاوت صادر کرد. پذیرش قاعده الزام به این معناست که مرزهای ملی اولاً و بالذات ملاک تفکیک قوانین مربوط به اتباع هر کشور نیستند، بلکه اولاً و بالذات باید اختلافات مذهبی مدنظر باشد و چنین فرضی، هم نظام حقوق بین‌الملل را با چالش بنیادین و هرج و مرج فراگیر مواجه می‌کند و هم قابلیت تحقق و عملی شدن ندارد و نیز به خصومت اتباع یک کشور واحد نسبت به یکدیگر (مثلاً اتباع سنی و شیعه ایران ساکن آلمان نسبت به هم) دامن می‌زند. در اینجا این مشکلات را بیشتر توضیح می‌دهیم.

۲- یکی از تفاوت‌های قاعده الزام با مکاتب گوناگون حقوق بین‌الملل خصوصی آن

است که این مکاتب، تنها در برخی مسائل مانند احوال شخصیه و برخی قراردادهای و امور مالی محدود بحث می‌کنند و همگی پذیرفته‌اند که قوانین جزایی، مالیاتی و دیگر امور کلان حقوقی، از دایره تعارض قوانین بیرون‌اند و روشن است که در حوزه این امور، قوانین هر کشور بر همه (تابع و مقیم) حاکم است. اما قاعده الزام - از نگاه قائلانش - از شمول بیشتری برخوردار است و در بسیاری از ادله و تطبیقاتی که برای این قاعده آورده می‌شود، نظام چندگانه حقوقی در سطحی گسترده و نه تنها در احوال شخصیه توصیه می‌شود.

۳- نکته دیگر آنکه همه مکاتب در استثنا بودن نظم عمومی کشور در حل تعارض قوانین هم‌رأی‌اند؛ یعنی نمی‌پذیرند امری که بر اساس قانون کشور دیگری صحیح است و در داخل کشور، مخالف نظم و اخلاق عمومی است، قانونی شود؛^۱ مثلاً تعدد زوجات در فرانسه و اثبات نسب نامشروع در ایران، مخالف نظم و اخلاق عمومی است و نمی‌تواند با توجیه قوانین خارجی قانونی شود. اما بر اساس قاعده الزام، مسائلی که با نظم عمومی مخالف است، همچون ازدواج با محارم در دیگر آیین‌ها برای خودشان مانعی ندارد.

۴- فرق دیگر آنکه همه مکاتب حل تعارض در پی آن‌اند که چگونه قدرت و صلاحیت حاکمیت ملی را گسترده و موجه سازند؛ چه با الحاق اتباع کشور در خارج به قانون داخلی و ملی، و چه با الحاق اتباع خارجی در داخل به دایره تحت نظر قانون ملی. اما قاعده الزام در پی این است و یا به این نتیجه منجر می‌شود که قدرت و صلاحیت حاکمیت را محدود به یک مذهب سازد و دسته‌های فراوانی از اتباع یا خارجیان مقیم را با عناوین دین و مذهب، از دایره قدرت و اعمال نفوذ حاکمیت بیرون سازد.

۵- تفاوت دیگر اینکه در مکاتب حقوق بین‌الملل خصوصی، پیوسته سود اتباع کشور ملاک است و با توجه به شرایط گوناگون، از آنجا که در هر دوره‌ای سود و

۱. «هر گاه قانون خارجی صلاحیت‌دار برای نظام حقوقی کشور متبوع قاضی غیر قابل تحمل باشد، در این صورت قاضی به استناد نظم عمومی، از اجرای آن قانون خودداری خواهد کرد؛ چه هر دولت تا حدی اجرای قوانین خارجی را در کشور خود قبول می‌کند که با اساس تشکیلات و یا با امنیت داخلی و احساسات وجدانی جامعه آن دولت منافات نداشته باشد» (الماسی، ۱۳۸۹: ۱۷۸).

منفعت عمومی در نگرشی خاص بروز و جلوه بیشتری دارد، مکتب حاکم تغییر می‌یابد. اما در قاعده الزام، الزاماً سود یک مذهب و زیان دیگر مذاهب به عنوان ملاک مطرح است که این به نوعی می‌تواند به قاعده الزام، شکلی تبعیض آمیز بدهد.

در بخش اول مقاله، عبارتی از شیخ حسین حلی آورده شد که نشان می‌داد سود فرد شیعه و زیان فرد غیر شیعه، ملاک این قاعده است. همچنین آثار دیگر فقها نظیر موسوی بجنوردی نیز مشحون از عباراتی است که سود فرد شیعه را پررنگ کرده‌اند که در یک اختلاف، وقتی به فرد سنی اجازه نمی‌دهیم به حکم شیعی که سود دارد یا آسان‌تر است، عمل کند و او را به حکم مذهب خودش «ملزم» می‌سازیم، این یعنی در واقع، او را به حکمی که سخت‌تر است یا مستلزم زیان است، ملزم ساخته‌ایم. بی‌دلیل نیست که آیه‌الله سیستانی قاعده الزام را رد کرده و در مقابل، قاعده امضاء را که منصفانه است و در آن، بحث سود شیعه و زیان غیر شیعه نیست، پذیرفته است. اگر کسی بگوید که گاهی اتباع مذاهب دیگر با جان و دل مطیع دستورات مذهب خود هستند که طبق نظر شیعه آن دستورات اشتباه است، ما سخن او را می‌پذیریم. آری گاهی چنین است. اما چنین مواردی ربطی به قاعده الزام ندارد. قاعده الزام درباره این نیست که دیگران به دستورات مذهب خود عمل می‌کنند. چنین مطلبی محتوای یک قاعده نیست، بلکه محتوای یک گزاره خبری ناظر به واقع است. قاعده الزام به یک گزاره انشایی و دستوری مربوط است و درباره این است که در برخی موارد، باید اتباع دیگر مذاهب را به حکم مذهب غیر شیعی آنان ملزم کرد. بدیهی است در مواردی که حکم مذهب غیر شیعی برای شیعی مستلزم ضرر است، فقیه شیعه حکم نمی‌کند که آن حکم غیر شیعی که فقیه شیعه آن را اشتباه و نادرست و غیر حق می‌داند، عملی و محقق شود. پس بحث در قاعده الزام در مواردی است که جمعی از فقها گمان کرده‌اند که در چنین مواردی می‌توان حکم غیر شیعی را محقق و عملی کرد. چرا؟ چون گمان کرده‌اند که سود فرد شیعی مهم است و می‌تواند مبنایی برای یک قاعده درست فقهی باشد. اما ما همراه با آیه‌الله سیستانی معتقدیم که قاعده الزام از محتوای کافی و مناسب برای یک قاعده فقهی درست برخوردار نیست.

۶- فرق آخر نیز آن است که مکاتب حل تعارض، از امری ممکن و آسان‌یاب - یعنی

ملیت اشخاص- سخن می‌گویند و با کمترین تشریفات و مقدمات و تنها با بررسی اسناد هویتی، می‌توان آن را تعیین کرد. اما قاعده الزام از امری ناممکن یا دست‌کم دیریاب -یعنی مذهب افراد- سخن می‌گوید. فرض کنید بخواهیم اتباع ایرانی در خارج را رده‌بندی کنیم. اولاً باید حدود ده رده و دسته مذهبی و دینی برای آنان در نظر گرفت و تنها در موردی خاص (شیعه اثناعشری) از آنان حمایت کرد و در غیر آن صورت، دیگر به سود آنان نیندیشید و حتی آنان را به مذهب زیان‌رسان خودشان -نه قانون فراگیر ایران- ملزم ساخت. یا به عکس، اگر بخواهیم وضعیت اتباع خارجی در ایران را مشخص کنیم، باید به جای کار آسان و کم‌خطای بررسی ملیت از راه شناسنامه، ده‌ها و صدها مذهب و دین را رده‌بندی کرده و از شخص پرس‌وجو کرد و چه‌بسا او نیز مأمور دولتی را فریب دهد. چون مذهب، امری قلبی و نهانی است که به آسانی قابل تشخیص و احراز نیست.

۵. جایگاه حقوقی قاعده در حقوق بین‌الملل عمومی

قاعده الزام از دو عنصر اصلی برخوردار است: نخست، حکمی که طرف شیعی آن را قبول ندارد و دوم، الزامی که از سوی طرف شیعی، نسبت به طرف غیر شیعی صورت می‌گیرد و او را به حکمی که طرف غیر شیعی معتبر می‌داند و شیعی به آن باور ندارد، ملزم می‌سازد.

حال پرسش اصلی این است که چنانچه فرد، دولت یا سازمانی غیر شیعی، قانونی را معتبر نداند، در حقوق بین‌الملل عمومی که سخن از دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی است، می‌تواند دولت یا سازمانی دیگر را به آن قانون ملزم سازد یا خیر؟ در پاسخ به این پرسش میان‌رشته‌ای (بین دانش فقه و دانش حقوق بین‌الملل عمومی) باید از معاهدات و عرف بین‌المللی -که مهم‌ترین منابع حقوق بین‌الملل عمومی را تشکیل می‌دهند- سخن گفت (ضیایی بیگدلی، ۱۳۸۷: ۹-۱۰).

۱-۵. تعریف معاهده بین‌المللی

تعریف عرفی معاهده: معاهده عبارت است از هر گونه توافق منعقدشده میان تابعان

حقوق بین‌الملل به منظور حصول آثار حقوقی معین، طبق مقررات حقوق بین‌الملل. تعریف عهدنامه ۱۹۶۹ وین از معاهده: معاهده عبارت است از توافق بین‌المللی که بین کشورها به صورت کتبی منعقد شده و مشمول حقوق بین‌الملل باشد؛ صرف نظر از عنوان خاص آن و اعم از اینکه در سندی واحد یا در دو یا چند سند مرتبط به هم منعکس شده باشد (دولت‌شاه، ۱۳۹۰).

باید دید که آیا موردی در معاهدات یافت می‌شود که کشوری بی‌آنکه به معاهده‌ای پیوسته و آن را امضا کرده باشد، از نظر حقوقی بتواند اجرای آن را مطالبه کند؟ پاسخ به روشنی منفی است؛ زیرا معاهده از دو یا چند طرف تشکیل شده و کشوری که به آن معاهده نپیوسته، هیچ جایگاه حقوقی در ارتباط با آن معاهده نخواهد داشت. پس قاعده الزام که پیش فرض نخست آن، نادرست و نامعتبر خواندن یک قانون، و در مرحله دوم، الزام طرف معتقد به پایبندی به آن است، در حوزه معاهدات بی‌معنا خواهد بود.

۲-۵. عرف بین‌المللی

تکرار اعمال یا رفتار مشابه توسط تابعان حقوق بین‌الملل که به تدریج در روابط متقابل آن‌ها با یکدیگر جنبه الزامی و قدرت حقوقی پیدا کرده و در نتیجه، اعتبار و ارزشی برابر با قاعده حقوقی مدون دارد (ضیایی بیگدلی، ۱۳۸۷: ۱۶۷).

۳-۵. چگونگی تشکیل عرف بین‌المللی

وقتی کشوری، رویه، طرز عمل یا رفتاری را در مناسبات خود با کشوری دیگر پی می‌گیرد، این رفتار مبین اعتقاد حقوقی آن کشور است. عنصر مادی عرف، تکرار یک عمل حقوقی مستند، قاطع، ثابت و بدون اعتراض است. عنصر روانی عرف، اعتقاد به الزامی بودن یا بر حق بودن است (همان: ۱۶۷-۱۶۹).

۴-۵. ارتباط عرف بین‌المللی با قاعده الزام

همان گونه که در بحث معاهدات گذشت، قاعده الزام از یک تعدد نظام‌های حقوقی سخن می‌گوید که طرف شیعی قانونی را معتبر نمی‌داند و غیر شیعی را به آن

قانون ملزم می‌سازد. در ارتباط با بحث عرف بین‌المللی نیز همان سخن تکرار می‌شود؛ یعنی در صورتی که کشور یا سازمانی شیعی در تشکیل و تأیید عرفی بین‌المللی نقش نداشته باشد و آن را نادرست و نامعتبر بداند، در این حالت معنای حقوقی روشنی ندارد که از کشور یا سازمانی دیگر، اجرای آن عرف نقض شده از سوی خود را مطالبه کند.

نتیجه‌گیری

قاعده الزام به عنوان قاعده‌ای فقهی و با صورت‌بندی جدید در میان برخی فقیهان معاصر، مدافعانی داشته است. مفاد اصلی قاعده این است که در اختلاف حقوقی میان یک فرد شیعه با غیر شیعه، اگر حکم فقهی شیعی به سود و مصلحت غیر شیعه، و حکم دین یا مذهب متبوع فرد غیر شیعه به زیان او باشد، قاضی یا قانون‌دادگاه شیعی باید فرد غیر شیعی را به پیروی از مذهب یا دین خود آن شخص، «ملزم» سازد. قاعده الزام قاعده‌ای است برای ملزم ساختن غیر شیعیان به احکام مذاهب و ادیان خودشان در مواردی خاص. فقیهان مدافع این صورت‌بندی از قاعده کوشیده‌اند دلایل گوناگونی از عقل، سیره عقلا، قرآن، روایات، اجماع و... به سود آن ارائه کنند. در این نوشتار، پس از نقل و نقد یک‌یک این دلایل، توضیح داده شد که چرا چنین حکمی نمی‌تواند مستظهر به قرآن کریم، روایات، عقل و... باشد. ضمن آنکه این حکم از نگاه یک ذهن بی‌طرف و فرامذهبی نیز نمی‌تواند مبنای طراحی یک نظام قانونی منصفانه، عادلانه و عقلانی باشد؛ چه، اصول اساسی فلسفه حقوق، حقوق بین‌الملل عمومی و خصوصی نظیر برابری همه افراد در برابر قانون یا بی‌طرفی قانون‌گذار را به روشنی نقض می‌کند.

کتاب شناسی

۱. آل بحر العلوم، سید محمد بن محمد تقی، *بلغة الفقيه*، مشهد، عالیشان، ۱۳۲۹ ق.
۲. الماسی، نجاد علی، *حقوق بین الملل خصوصی*، چاپ دهم، تهران، میزان، ۱۳۸۹ ش.
۳. ایروانی، باقر، *القواعد الفقهیه*، قم، مؤسسه الفقه للطباعة و النشر، ۱۴۱۷ ق.
۴. بحر العلوم، سید عزالدین علی، *بحوث فقهیه من محاضرات آیه الله العظمی الشیخ حسین الحلّی*، نجف اشرف، مطبعة الآداب، ۱۳۸۴ ق.
۵. جزیری، عبدالرحمن، سید محمد غروی، و یاسر مازح، *الفقه علی المذاهب الأربعة و مذهب أهل البيت (علیهم السلام)*، بیروت دار الثقلین، ۱۴۱۹ ق.
۶. جعفری، محمد تقی، *رسائل فقهی*، تهران، مؤسسه تدوین و نشر آثار علامه جعفری، قم، تهذیب، ۱۳۸۰ ش.
۷. حاجی ده آبادی، احمد، *بابسته های تقنین (با نگاهی انتقادی به قانون مجازات اسلامی)*، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۳ ش.
۸. حسینی روحانی، سید محمد صادق، *فقه الصادق (علیه السلام) فی شرح تبصرة المتعلمین*، قم، مهر استوار، ۱۳۸۹ ش.
۹. حسینی سیستانی، سید علی، *منهاج الصالحین*، قم، مکتب آیه الله السیستانی، ۱۴۱۷ ق.
۱۰. حسینی شیرازی، سید محمد، *الفقه، القواعد الفقهیه*، بیروت، دار العلوم، ۱۴۰۷ ق.
۱۱. حکیمی، محمدرضا، *الحیة*، تهران، دفتر نشر فرهنگ اسلامی، ۱۳۶۷ ش.
۱۲. خطیب شربینی، شمس الدین محمد بن احمد، *معنی المحتاج الی معرفة معانی الفاظ المنهاج*، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۵ ق.
۱۳. الخن، مصطفی سعید، مصطفی البغا، و علی الشریجی، *الفقه المنهجی علی مذهب الامام الشافعی*، چاپ چهارم، بیروت، دار القلم، ۱۴۱۳ ق.
۱۴. خوانساری، سید احمد بن یوسف، *جامع المدارک فی شرح المختصر النافع*، تهران، صدوق، ۱۳۶۴ ش.
۱۵. دولت شاه، حجت (تدوین)، *منشور سازمان ملل متحد همراه با اساسنامه دیوان بین المللی دادگستری و عهدنامه ۱۹۶۹ وین*، چاپ ششم، تهران، مجد، ۱۳۹۰ ش.
۱۶. صدر، سید محمد، *ماوراء الفقه*، بیروت، دار الاضواء، ۱۴۱۸ ق.
۱۷. ضیایی بیگدلی، محمدرضا، *حقوق بین الملل عمومی*، چاپ سی و سوم، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۷ ش.
۱۸. طباطبایی حکیم، سید محسن، *مستمسک العروة الوثقی*، قم، اسماعیلیان، ۱۴۱۱ ق.
۱۹. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، *الاستبصار فیما اختلف من الاخبار*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۹۰ ق.
۲۰. غروی تبریزی، میرزا علی، *التنقیح فی شرح العروة الوثقی*، تقریرات بحث سید ابوالقاسم موسوی خویی، چاپ سوم، قم، دار الهادی، ۱۴۱۰ ق.
۲۱. فاضل لنکرانی، محمد، *القواعد الفقهیه*، قم، مؤسسه نور، نرم افزار جامع فقه اهل البيت (علیهم السلام)، ۱۳۸۳ ش.
۲۲. فاضل لنکرانی، محمدرضا، *قاعده الزام*، به اهتمام مهدی رهنما و رضا اسکندری، قم، دفتر آیه الله فاضل لنکرانی، ۱۳۹۱ ش.
۲۳. کلی، جان، *تاریخ مختصر تنویری حقوقی در غرب*، ترجمه محمد راسخ، ۱۳۹۷ ش.
۲۴. مصطفوی، سید محمد کاظم، *مائة قاعدة فقهیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۲ ق.
۲۵. معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری، *مجموعه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران*، چاپ ششم، تهران، معاونت پژوهش و تنقیح قوانین، ۱۳۸۶ ش.

۲۶. مکارم شیرازی، ناصر، *التواعد الفقهيہ*، قم، مدرسة الامام اميرالمومنين عليه السلام، ۱۴۱۱ ق.
۲۷. موسوی بجنوردی، سيدحسن بن آقابزرگ، *التواعد الفقهيہ*، قم، اسماعيليان، ۱۴۱۳ ق.
۲۸. موسوی خویی، سيدابوالقاسم، *توضیح المسائل*، قم، مهر، ۱۴۱۲ ق.
۲۹. موسوی سبزواری، سيدعبدالاعلی، *مهذب الاحكام فی بيان الحلال والحرام*، چاپ چهارم، قم، المنار، ۱۴۱۳ ق.
۳۰. مهرپور، حسين، *مختصر حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، تهران، دادگستر، ۱۳۸۷ ش.
۳۱. هاشمی، سيدمحمد، *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، چاپ دهم، تهران، میزان، ۱۳۸۹ ش.

تأملی در خیار تأخیر ثمن*

□ علی نصرتی^۱

چکیده

خیار، یکی از مهم‌ترین اسباب انحلال قراردادهاست که در فقه مذاهب اسلامی و نظام‌های حقوقی دنیا اقسام گوناگونی دارد. خیار تأخیر ثمن، یکی از اقسام خیارات است که تنها در فقه امامیه مطرح شده است و قریب به اتفاق فقیهان امامی به آن باور دارند و به تبع آن در قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران آمده و ماده‌های ۴۰۲ تا ۴۰۹ را به خود اختصاص داده است. فقیهان امامی برای اثبات خیار تأخیر، به اخبار، اجماع، قاعده نفی ضرر و استصحاب استناد کرده‌اند. این جستار با بهره‌گیری از روش توصیفی - تحلیلی و مبتنی بر روش کتابخانه‌ای می‌کوشد ضمن بررسی و نقد ادله یادشده، نشان دهد که خیار تأخیر ثمن نادرست است و سوءاستفاده از آن باعث کسب درآمد ناعادلانه می‌گردد و در مورد تأخیر ثمن، بیع از اساس باطل و در واقع قبض در سه روز، شرط صحت بیع است. بر همین اساس، بازنگری در ماده‌های ۴۰۲ تا ۴۰۹ قانون مدنی ضروری به نظر می‌رسد.

واژگان کلیدی: بیع، تأخیر ثمن، لزوم، خیار، بطلان.

مقدمه

خیار در اصطلاح فقیهان به معنای تسلط بر فسخ عقد است (انصاری، ۱۴۳۶: ۱۱/۵) و اقسام فراوانی دارد که در لابه‌لای ابواب فقهی پراکنده‌اند (همان: ۲۵/۵)، ولی شمار آن‌ها در بحث خیار کتاب‌های فقهی یکسان نیست. برخی فقط پنج قسم را آورده‌اند (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۵/۲) و گروهی به هفت عدد بسنده کرده (علامه حلی، ۱۴۱۳ الف: ۶۴/۲؛ انصاری، ۱۴۳۶: ۲۵/۵) و بعضی تا چهارده قسم برشمرده‌اند (عاملی جزینی، ۱۴۱۰: ۱۱۸). منشأ اختلاف در شمارش خیارها، اختلاف در تعداد آن‌ها نیست، بلکه صرف جمع‌آوری و استقصاست؛ زیرا بعضی اقسام در بعضی دیگر قابل اندراج است و نیاز به قرار دادن عنوانی خاص برای هر یک نیست (نجفی، ۱۴۰۴: ۳/۲۳؛ انصاری، ۱۴۳۶: ۲۵/۵؛ جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۶: ۵۳۹/۳).

یکی از خیارهایی که در تراث فقهی امامیه (نجفی، ۱۴۰۴: ۵۱/۲۳) و به تبع آن قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران آمده، خیار تأخیر ثمن است. ماده ۴۰۲ قانون مدنی در ارتباط با خیار تأخیر ثمن مقرر می‌دارد:

«هر گاه مبیع، عین خارجی یا در حکم آن بوده و برای تأدیه ثمن یا تسلیم مبیع، بین متبایعین اجلی معین نشده باشد، اگر سه روز از تاریخ بیع بگذرد و در این مدت، نه بایع مبیع را تسلیم مشتری نماید و نه مشتری تمام ثمن را به بایع بدهد، بایع مختار در فسخ معامله می‌شود».

همان گونه که برخی فقیهان تصریح نموده‌اند (مفید، ۱۴۱۳: ۵۹۱-۵۹۲؛ سید مرتضی علم‌الهدی، ۱۴۱۵: ۴۳۷) و از ظاهر ماده ۴۰۲ نیز برمی‌آید، خیار تأخیر فقط در بیع جاری می‌شود و به بایع اختصاص دارد.

فقیهانی که به خیار تأخیر باور دارند، می‌کوشند با طایفه‌ای از اخبار، اجماع، قاعده نفی ضرر و استصحاب، دیدگاه خویش را ثابت کنند (انصاری، ۱۴۳۶: ۲۱۷/۵-۲۲۰).

پرسش اصلی این جستار آن است که آیا دلیل‌های یادشده، بر خیار تأخیر ثمن دلالت می‌کند؟ در صورت عدم دلالت، حکم فقهی تأخیر ثمن چیست؟

نوشتار حاضر برای پاسخ به این پرسش، نخست مقصود از تأخیر ثمن را بیان می‌کند تا محل نزاع به خوبی روشن شود، سپس دیدگاه فقیهان مذاهب اسلامی را در ارتباط با تأخیر ثمن می‌آورد و ادله آن‌ها را بررسی و نقد می‌کند، آنگاه دیدگاه منتخب را با دلیل نشان می‌دهد.

تحلیل‌های انتقادی نسبت به خیار تأخیر در تراث فقهی امامیه بسیار اندک است. مقدس اردبیلی نخستین فقیهی است که نسبت به این خیار تنها تردید کرده (۱۴۰۳: ۴۰۶/۸)، سپس محقق سبزواری بطلان بیع را از خیار تأخیر درست‌تر دانسته است (۱۴۲۳: ۴۶۷/۱). بعد از این دو فقیه جلیل‌القدر، محقق بحرانی در طی چند سطر، بخش اندکی از ادله خیار تأخیر را نقد کرده و برخی طرفداران خیار تأخیر را مورد طعن و سرزنش قرار داده است (۱۴۰۵: ۴۶/۱۹-۴۷). آیه‌الله خوانساری از فقیهان معاصر در پذیرش خیار تأخیر توقف کرده (۱۴۰۵: ۱۶۴/۳) و محقق خوبی برخی ادله طرفداران خیار تأخیر را به صورت مختصر در طی چند صفحه به نقد کشیده (موسوی خوبی، بی‌تا: ۸-۴/۷)، ولی در مقام فتوا، خیار تأخیر را همانند مشهور فقیهان امامیه انتخاب کرده است (همو، ۱۴۱۰: ۳۶/۲). اما این نوشتار با آن‌ها به لحاظ تکثر تحلیل‌های انتقادی و نگاه تطبیقی و تاریخی، متمایز و دارای نوآوری است.

۱. مقصود از تأخیر ثمن

مراد از تأخیر ثمن، هر گونه تأخیر در تأدیة ثمن نیست، بلکه تأخیری منظور است که نزد مشهور فقیهان امامی سبب تحقق خیار تأخیر ثمن گردد. آنان برای پیدایش خیار تأخیر شرط کرده‌اند که اولاً سه روز از زمان تشکیل عقد گذشته باشد؛ ثانیاً مبیع قبض نشده باشد؛ ثالثاً مجموع ثمن قبض نشده باشد؛ رابعاً مبیع عین شخصی یا کلی در معین باشد؛ خامساً تأخیر در تسلیم یکی از عوضین شرط نشده باشد (انصاری، ۱۴۳۶: ۲۱۷/۵-۲۲۸). بنابراین مقصود از تأخیر ثمن، تأخیر با شرایط فوق است.

اکنون دیدگاه فقیهان مذاهب اسلامی را در ارتباط با این گونه تأخیر ثمن جویا

می‌شویم.

۲. دیدگاه فقیهان مذاهب اسلامی در ارتباط با تأخیر ثمن

سه دیدگاه بسیار متفاوت بین فقیهان مذاهب اسلامی در ارتباط با تأخیر ثمن دیده می‌شود.

۱-۲. دیدگاه اول: لزوم بیع

تلقی همه فقیهان اهل سنت آن است که بیع هنگام تأخیر ثمن لازم است و اعتقادی به خیار تأخیر ثمن ندارند (عبدالستار، ۱۴۰۵: ۷۵۱-۷۵۲) و آن را در عداد خیارات نیاورده‌اند (زحیلی، ۱۴۰۵: ۵۱۹/۴-۵۲۲). سید مرتضی و شیخ طوسی خیار تأخیر را از منفردات امامیه دانسته‌اند (سید مرتضی علم‌الهدی، ۱۴۱۵: ۴۳۷؛ طوسی، ۱۴۰۷: ۲۰/۳) و علامه حلی گفته است:

«همه فقیهان عامه با خیار تأخیر ثمن مخالف‌اند و برای بایع، خیار اثبات نکرده‌اند؛ چون بر این باورند که نقل و انتقال به وسیله عقد انجام شده و حق بایع از مبیع ساقط و به ثمن منتقل شده است» (۱۴۱۴: ۷۱/۱۱).

فقیهان عامه دلیل محروم بودن بایع از خیار تأخیر ثمن را این می‌دانند که مبیع با تشکیل بیع، از ملک بایع خارج و ثمن به ملک او داخل می‌شود و بایع نسبت به ثمن بستانکار و مشتری بدهکار است و این مثل سایر دیون است که با مراجعه به قاضی، استیفای دین صورت می‌گیرد (عبدالستار، ۱۴۰۵: ۷۵۲).

از دلیل فوق می‌توان استفاده کرد که مستند فقیهان عامه در واقع، عموماً صحت و لزوم بیع است و با قاعده نفی ضرر هم این عموماً تخصیص نمی‌خورد؛ چون ضرر ناشی از تأخیر ثمن با مراجعه به قاضی برطرف می‌شود.

یکی از فقیهان حنبلی بر این باور است که ضرر ناشی از تأخیر ثمن، با مراجعه به قاضی برطرف نمی‌شود (سیوطی رحیبانی، ۱۴۲۱: ۱۳۷/۳). وی دلیل خود را به صورت طنز این گونه بیان می‌کند:

«لو رأی فقهاؤنا أهل زماننا وحکامنا لحدفوا هذا الفرع من أصله وحکموا بعدم صحّة العقد» (همان)؛ اگر فقیهان ما مردم و قاضی‌های زمان ما را می‌دیدند قطعاً این فرع را از اساس حذف می‌کردند و فتوی به فساد عقد می‌دادند.

۱-۲. نقد دیدگاه اول

اگرچه دیدگاه فقیهان عامه دقیقاً مطابق عمومات صحت و لزوم عقد است و قاعده نفی ضرر هم به خاطر ضرری نبودن لزوم و صحت بیع در مورد تأخیر ثمن نمی‌تواند آن عمومات را تخصیص بزند، ولی در عین حال طبق فقه امامیه نادرست است؛ زیرا در احادیث امامان معصوم علیهم‌السلام اخباری مربوط به تأخیر ثمن وارد شده است (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۲-۲۱/۱۸) که این عمومات را تخصیص می‌زند. لذا همان طور که خواهد آمد، هیچ فقیه امامی هنگام تأخیر ثمن، قائل به لزوم بیع نشده است.

۲-۲. دیدگاه دوم: جواز بیع (خیار تأخیر)

قریب به اتفاق فقیهان امامی بر این باورند که در صورت تأخیر ثمن، بیع جایز است و باع خیار تأخیر ثمن دارد (مفید، ۱۴۱۳: ۵۹۱-۵۹۲؛ سید مرتضی علم‌الهدی، ۱۴۱۵: ۴۳۷؛ طوسی، ۱۴۰۰: ۳۸۶-۳۸۵؛ همو، ۱۴۰۷: ۲۰/۳؛ سلار دلمی، ۱۴۰۴: ۱۷۲؛ ابن حمزه طوسی، ۱۴۰۸: ۲۳۹؛ ابن بزاج طرابلسی، ۱۴۱۱: ۵۴؛ حسینی حلبی، ۱۴۱۷: ۲۱۹؛ ابن ادریس حلبی، ۱۴۱۰: ۲۷۷/۲؛ محقق حلبی، ۱۴۰۸: ۱۷/۲؛ یحیی بن سعید حلبی، ۱۴۰۵: ۲۴۷؛ همو، ۱۳۹۴: ۸۶-۸۷؛ علامه حلبی، ۱۴۱۳: ۷۱-۷۰/۵؛ همو، ۱۴۱۴: ۷۱/۱۱؛ عاملی جزینی، ۱۴۱۷: ۲۷۴/۳؛ همو، ۱۴۱۰: ۱۱۸؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۲۰۸/۳؛ همو، ۱۴۱۰: ۴۵۷/۳؛ سیوری حلبی، ۱۴۰۴: ۴۸/۲؛ ابن فهد حلبی، ۱۴۰۷: ۳۷۹/۲؛ گیلانی قمی، ۱۴۱۳: ۵۰/۲؛ وحید بهبهانی، ۱۴۱۷: ۲۴۸-۲۴۹؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۳۰۶/۸؛ مجاهد طباطبایی حائری، بی‌تا: ۳۲۷؛ نراقی، ۱۴۱۵: ۱۴/۱۴؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۵۱/۲۳؛ رشتی، ۱۴۰۷: ۵۴۶؛ انصاری، ۱۴۳۶: ۲۲۰-۲۱۹/۵؛ غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۹۴/۲؛ موسوی خمینی، ۱۳۷۹: ۵۷۱/۴).

علامه حلبی در این باره می‌گوید:

«هر گاه فروشنده‌ای کالایی را بفروشد، ولی آن را به خریدار تحویل ندهد و بهای آن را نیز نگیرد، چنانچه شرط تأخیر پرداخت بها و کالا، هرچند به مقدار یک ساعت نشده باشد، بیع تا سه روز لازم است و در صورت پرداخت بها از سوی خریدار در این مدت، کالا تحویل وی می‌گردد. اما اگر سه روز بگذرد و بها پرداخت نگردد، فروشنده حق خیار دارد و بین فسخ عقد و امضای آن با مطالبه بهای کالا مخیر است» (۱۴۱۴: ۷۱/۱۱).

۱-۲-۲. بررسی و نقد ادله دیدگاه دوم

برای اثبات دیدگاه دوم، به اخبار، اجماع، قاعده نفی ضرر و استصحاب استناد شده که هر یک را بررسی و نقد می‌کنیم.

دلیل اول: اخبار

همان گونه که برخی فقیهان تصریح کرده‌اند (انصاری، ۱۴۳۶: ۲۱۷/۵-۲۱۸)، مهم‌ترین و اساسی‌ترین دلیل خیار تأخیر ثمن، اخبار مستفیضه‌ای است که بیع را در مورد تأخیر ثمن نفی کرده است (حز عاملی، ۱۴۰۹: ۲۲-۲۱/۱۸). البته بیع در این اخبار به دو صورت نفی شده است:

(الف) بیع تنها برای مشتری نفی شده است، مانند صحیح زراره از امام باقر علیه السلام: «قَالَ: قُلْتُ لَهُ: الرَّجُلُ يَشْتَرِي مِنَ الرَّجُلِ الْمَتَاعَ ثُمَّ يَدَعُهُ عِنْدَهُ فَيَقُولُ حَتَّى آتِيكَ بِثَمَنِهِ؟ قَالَ: إِنْ جَاءَ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ، وَإِلَّا فَلَا بَيْعَ لَهُ» (همان: ۲۱/۱۸)؛ زراره می‌گوید: به امام باقر علیه السلام عرض کردم: مردی کالایی را از شخصی می‌خرد و آن را نزد او می‌گذارد تا ثمن را بیاورد؟ امام علیه السلام فرمود: اگر مشتری تا سه روز ثمن را آورد [چه بهتر]، وگرنه بیعی برای او نیست.

(ب) بیع برای بایع و مشتری نفی شده، مانند روایت علی بن یقطين: «أَنَّه سَأَلَ أَبَا الْحَسَنِ عليه السلام عَنِ الرَّجُلِ يَبِيعُ فَلَا يَقْبِضُهُ صَاحِبُهُ وَلَا يَقْبِضُ الثَّمَنَ؟ قَالَ: فَإِنَّ الْأَجَلَ بَيْنَهُمَا ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، فَإِنْ قَبِضَ بَعِيَهُ وَإِلَّا فَلَا بَيْعَ بَيْنَهُمَا» (همان: ۲۲/۱۸)؛ از امام کاظم علیه السلام درباره مردی پرسید که کالایی را می‌فروشد، ولی مشتری مبیع، و بایع ثمن را قبض نمی‌کند. حضرت فرمود: بایع و مشتری سه روز مهلت دارند؛ اگر در این سه روز قبض کردند [خوب است] وگرنه هیچ بیعی برای بایع و مشتری نیست.

طرفداران خیار تأخیر بر این باورند که منظور از «نفی بیع» در اخبار یادشده، «نفی لزوم» است و بیع پس از سه روز تأخیر در تأدیة ثمن، برای بایع جایز می‌گردد (نجفی، ۱۴۰۴: ۵۲/۲۳).

استفاده «نفی لزوم» از «نفی بیع» بدین صورت است که در عبارت «فَلَا بَيْعَ لَهُ» و «فَلَا بَيْعَ بَيْنَهُمَا» سه معنا به ترتیب قابل تصور است: نخست معنای حقیقی (نفی مبادله انشائی)، دوم معنای مجازی قریب (نفی صحّت) و سوم معنای مجازی بعید (نفی

لزوم). اراده معنای حقیقی امکان ندارد، چون مستلزم کذب است؛ زیرا مبادله انشایی در مورد اخبار یادشده محقق شده و نفی آن کذب است، پس نوبت به معنای مجازی قریب (نفی صحت) می‌رسد. لذا بسیاری از فقیهان اعتراف کرده‌اند که اخبار، ظهور در بطلان بیع دارند (طوسی، ۱۳۸۷: ۸۷/۲؛ ابن بزّاج طرابلسی، ۱۴۰۶: ۳۶۱/۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۷۱/۵؛ عاملی جزینی، ۱۴۱۷: ۲۷۴/۳؛ ابن فهد حلی، ۱۴۰۷: ۳۸۰/۲؛ اردبیلی، ۱۴۰۳: ۴۰۶/۸؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳: ۴۶۷/۱؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۴۶/۱۹؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۳۰۸/۸؛ نراقی، ۱۴۱۵: ۳۹۸/۱۴؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۵۲/۲۳؛ رشتی، ۱۴۰۷: ۵۴۵؛ انصاری، ۱۴۳۶: ۲۱۹/۵؛ همدانی، ۱۴۲۰: ۵۰۹؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۵۲/۲؛ غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۹۴/۲؛ خوانساری، ۱۴۰۵: ۱۶۴/۳؛ موسوی خویی، بی‌تا: ۸/۷)؛ ولی قرائن صارفه‌ای به قرار زیر وجود دارند که سبب صرف ظهور اخبار از مجاز قریب به مجاز بعید می‌گردند.

قرینه اول، فهم علما: گروهی از فقیهان پذیرفته‌اند که ظاهر اخبار، بطلان و فساد بیع است، ولی علما از این اخبار نفی لزوم را فهم کرده‌اند، پس به خاطر «فهم علما» بر نفی لزوم حمل می‌شود (ابن فهد حلی، ۱۴۰۷: ۳۷۹/۲؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۳۰۸/۸؛ نجفی کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲: ۹۵؛ انصاری، ۱۴۳۶: ۲۱۹/۵-۲۲۰).

قرینه دوم، شهرت و اجماع منقول: برخی فقیهان بر این باورند که اراده نفی لزوم از اخبار با کمک شهرت و اجماع مستفیض یا متواتری که بر خیار تأخیر ثمن وجود دارد، ممکن است (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۳۰۸/۸؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۵۲/۲۳).

قرینه سوم، اختصاص نفی بیع به مشتری: اخبار تأخیر ثمن دلالت دارند که بیع در حق مشتری منتفی، و در حق بایع ثابت است؛ چون مفهوم جمله «فَلَا يَبِيعُ لَهُ»، اثبات بیع برای بایع است. بطلان بیع تفکیک‌پذیر نیست؛ نمی‌شود که بیع برای مشتری باطل و برای بایع صحیح باشد. ولی لزوم بیع تفکیک‌پذیر است؛ بیع می‌تواند برای مشتری لازم و برای بایع جایز باشد. پس مراد از نفی بیع باید نفی لزوم باشد (وحید بهبهانی، ۱۴۱۷: ۲۴۹؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۳۰۸/۸؛ گیلانی قمی، ۱۴۱۳: ۵۰/۲؛ نجفی کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲: ۹۴؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۵۲/۲۳؛ انصاری، ۱۴۳۶: ۲۲۰/۵؛ غروی اصفهانی، ۱۴۱۸: ۳۴۶-۳۴۵/۴؛ غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۹۴/۲).

قرینه چهارم، امتنانی و ارفاقی بودن حکم: حکم نفی بیع در اخبار تأخیر ثمن،

امتنان و ارفاق در حق بایع است و بطلان بیع امتنان و ارفاق نیست، بلکه صحت همراه با جواز مطابق ارفاق و امتنان است؛ چون گاهی غرض به بقا و استمرار عقد تعلق می‌گیرد و بطلان به ضرر بایع است، پس اخبار باید بر نفی لزوم حمل شود تا باعث ارفاق در حق بایع باشد (نجفی، ۱۴۰۴: ۵۲/۲۳؛ غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۹۴/۲؛ موسوی خمینی، ۱۳۷۹: ۵۷۴/۴؛ سبحانی، ۱۴۲۳: ۱۱۲).

قرینه پنجم، قرینه مقابله در جمله شرطیه: دو جمله شرطیه «إِنْ جَاءَ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ تَلَاثَةِ أَيَّامٍ» و «وَالْأَفْلَاحُ يَبِيعُ لَهُ» در مقابل یکدیگرند و مقتضای تقابل این است که هر چه در جمله شرطیه نخست، جزاء باشد، سلب آن، جزای جمله شرطیه دوم خواهد بود و جزای جمله شرطیه نخست «يجب الوفاء» است، پس جزای جمله شرطیه دوم باید «لا يجب الوفاء» باشد، نه «يبطل العقد» (وحید بهبهانی، ۱۴۱۷: ۲۴۷؛ نجفی کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲: ۹۴؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۵۲/۲۳؛ رشتی، ۱۴۰۷: ۵۴۵؛ سبحانی، ۱۴۲۳: ۱۱۲).

قرینه ششم، ورود اخبار در مورد توهم لزوم: برخی فقیهان بر این باورند که مورد اخبار تأخیر ثمن، توهم لزوم است (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۳۰۸/۸؛ مجاهد طباطبایی حائری، بی‌تا: ۳۲۸؛ نجفی کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲: ۹۴)؛ یعنی راوی و مخاطب امام علیه السلام خیال می‌کرده که در مورد تأخیر ثمن، بیع لازم است و امام علیه السلام برای دفع این توهم نادرست فرموده است: «فَلَا يَبِيعُ لَهُ». پس این عبارت فقط لزوم را نفی می‌کند و ربطی به نفی صحت ندارد.

قرینه هفتم، ظهور بیع در لزوم: از آنجا که بیع انشایی در خارج محقق شده، قابل نفی نیست؛ پس مراد از نفی بیع در «فَلَا يَبِيعُ لَهُ» نفی آثار بیع است. اثر ظاهری بیع بما هو عقد، نفوذ، تأثیر و صحت، و اثر ظاهری بیع بما هو بیع، لزوم است. بنابراین بیع ظهور در لزوم دارد و مراد اخبار نفی لزوم بیع است (غروی اصفهانی، ۱۴۱۸: ۳۴۵/۴).

قرینه هشتم، وقوع این تعبیر در اخبار «ما یفسد من یومه»: عبارت «فَلَا يَبِيعُ لَهُ» در اخبار مربوط به «ما یفسد من یومه» (حزّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۵-۲۴/۱۸) نیز آمده است و فقیهان بالاتفاق آن را بر نفی لزوم و ثبوت خیار حمل کرده‌اند، نه بر بطلان و انفساخ؛ پس باید در اخبار تأخیر هم بر نفی لزوم و ثبوت خیار حمل شود (وحید بهبهانی، ۱۴۱۷: ۲۴۷؛ نجفی کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲: ۹۵؛ رشتی، ۱۴۰۷: ۵۴۶؛ غروی اصفهانی، ۱۴۱۸: ۳۴۶/۴).

قرینه نهم، تنظیر «فَلَا يَبَّعُ لَهُ» به «لَا يَبَّعُ إِلَّا فِيمَا تَمَلَّكَ»: مراد از نفی بیع در حدیث نبوی «لَا يَبَّعُ إِلَّا فِيمَا تَمَلَّكَ» (ابن ابی جمهور احسایی، ۱۴۰۵: ۲/۲۴۷)، نفی لزوم است نه نفی صحت؛ لذا بیع فضولی صحیح است. پس باید منظور از نفی بیع در اخبار تأخیر ثمن نیز نفی لزوم باشد نه نفی صحت؛ چون ساختار نفی بیع در هر دو روایت یکی است (ایروانی، ۱۴۰۶: ۲/۴۱).

نقد دلیل اول

نخست باید دید که آیا قرائن یادشده درست است و مانع ظهور اخبار در مجاز قریب می‌شود یا اینکه این قرائن ناتمام است و سبب صرف ظهور به مجاز بعید نمی‌شود؟

بنابراین هر یک از قرائن را بررسی و نقد می‌کنیم.

نقد قرینه اول: حق این است که فهم علما ظهور لفظی را از بین نمی‌برد؛ زیرا ظواهر الفاظ حجت‌اند، چه ظن بر خلاف باشد و چه نباشد. چنانچه بپذیریم که ظاهر «فَلَا يَبَّعُ لَهُ» نفی صحت و بطلان است، نمی‌توان این ظهور را با فهم علما که یک ظن غیر معتبر است، در هم شکست. جای بسی شگفتی است که شیخ اعظم انصاری در علم اصول ثابت می‌کند که فهم علما و اصحاب، جابر و کاسر دلالت لفظی نیست (انصاری، ۱۴۲۸: ۱/۵۸۷ و ۵۹۶)، ولی به خاطر فهم علما دست از ظهور «فَلَا يَبَّعُ لَهُ» برمی‌دارد و آن را بر نفی لزوم حمل می‌کند (همو، ۱۴۳۶: ۵/۲۱۹-۲۲۰). بنابراین فهم علما قرینه صارفه نیست؛ لذا برخی فقیهان تصریح کرده‌اند که فهم علما مانع ظهور «فَلَا يَبَّعُ لَهُ» در بطلان و فساد نیست (رشتی، ۱۴۰۷: ۵۴۶؛ همدانی، ۱۴۲۰: ۵۰۹؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۲/۵۲؛ غروی اصفهانی، ۱۴۱۸: ۴/۳۴۶؛ شهیدی تبریزی، ۱۳۷۵: ۳/۴۸۱؛ خوانساری، ۱۴۰۵: ۳/۱۶۴؛ موسوی خویی، بی‌تا: ۶/۷).

نقد قرینه دوم: شهرت نیز مانند فهم علما، کاسر دلالت لفظیه نیست، ولی اجماعی که کاشف از قول معصوم عَلَيْهِ السَّلَام است، دلالت لفظیه را نابود می‌کند. چنانچه اجماع برخلاف ظاهر روایت معتبری باشد، یا باید دست از آن ظهور کشید و آن را تأویل برد یا روایت را طرح کرد. در بحث ما، اجماع‌های منقول مستفیض (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸:

۳۰۸/۸: نجفی، ۱۴۰۴: ۵۲/۲۳) بر خلاف ظهور اخبار تأخیر ثمن است؛ ولی همان گونه که در نقد دلیل دوم خواهد آمد، اجماع در این مسئله قابل انکار است و اجماعات منقوله نیز معتبر نیست، پس مانع ظهور «فَلَا يَبِيعُ لَهُ» در بطلان و فساد نمی‌گردد.

نقد قرینه سوم: برخی فقیهان این قرینه را نقد کرده و آن را ناتمام دانسته‌اند (نراقی، ۱۴۱۵: ۱۴/۳۹۹-۳۹۹؛ رشتی، ۱۴۰۷: ۵۴۵؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۵۲/۲؛ شهیدی تبریزی، ۱۳۷۵: ۴۸۱/۳؛ ایروانی، ۱۴۰۶: ۱۴/۲). محقق خویی این قرینه را وجیه و در عین حال ناتمام دانسته و دو اشکال بر آن وارد کرده است: ۱. در روایت علی بن یقطين (حَرَّ عَامِلِي، ۱۴۰۹: ۲۲/۱۸)، بیع از هر دو طرف نفی شده است؛ ۲. اختصاص نفی بیع به مشتری به خاطر این است که سؤال راوی مربوط به مشتری است (موسوی خویی، بی‌تا: ۷/۷)، ولی در روایت علی بن یقطين، سؤال راوی درباره مشتری نیست؛ لذا «فَلَا يَبِيعُ بَيْنَهُمَا» در پاسخ آمده است.

البته کسانی که این قرینه را آورده‌اند، به اشکال اول توجه داشته‌اند؛ لذا تعدادی از آن‌ها، آن را توجیه کرده‌اند (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۳۰۸/۸؛ گیلانی قمی، ۱۴۱۳: ۵۰/۲؛ نجفی کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲: ۹۶؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۵۲/۲۳؛ غروی اصفهانی، ۱۴۱۸: ۱۴۴۵/۴-۳۴۶). ولی این توجیحات قابل دفاع نیست، پس عبارت «فَلَا يَبِيعُ لَهُ» مفهوم ندارد و دلالت بر اثبات بیع برای بایع نمی‌کند.

نقد قرینه چهارم: دو ایراد بر این قرینه وارد است: ۱. همان گونه که برخی فقیهان تصریح کرده‌اند، اخبار تأخیر ثمن، دلالت بر ارفاقی و امتنانی بودن حکم در حق بایع ندارد (موسوی خویی، بی‌تا: ۸/۷)؛ ۲. به فرض که اخبار، ظهور در ارفاق و امتنان داشته باشند، همان طور که خواهد آمد، ثبوت خیار و نفی لزوم، ارفاق در حق بایع نیست، بلکه بطلان بیع از اساس، امتنان و ارفاق در حق اوست.

نقد قرینه پنجم: تقابل بین دو جمله شرطیه پذیرفته است، ولی به نظر نگارنده «يجب الوفاء» جزای جمله شرطیه نخست نیست؛ چون منظورشان از «يجب الوفاء» لزوم بیع است و با این فرض، معنای جمله شرطیه این گونه خواهد بود: «اگر مشتری در بین سه روز ثمن را بیاورد، بیع لازم می‌شود». در حالی که طرفداران خیار تأخیر ثمن، بیع را در مدت سه روز لازم می‌دانند و تحصیل حاصل است.

نقد قرینه ششم: همان گونه که محقق نراقی بیان کرده است، این قرینه ارزشی ندارد؛ چون دلیلی بر ورود اخبار در مورد توهم لزوم وجود ندارد، بلکه امکان دارد مورد اخبار، توهم صحت باشد و عبارت «فَلَا يَبِيعُ لَهُ» دلالت بر نفی صحت کند (نراقی، ۱۴۱۵: ۳۹۸/۱۴).

نقد قرینه هفتم: اثر ظاهری بیع بما هو بیع، لزوم نیست، بلکه تملیک و تملک است؛ پس نفی بیع به معنای نفی تملیک و تملک است نه نفی لزوم، و نفی تملیک و تملک همان بطلان و نفی صحت است.

نقد قرینه هشتم: آری، ساختار نفی بیع در اخبار تأخیر ثمن دقیقاً مانند ساختار نفی بیع در اخبار «ما یفسد من یومه» است و معنای نفی بیع در هر دو یکی است. ولی به نظر نگارنده، ظاهر آن اخبار نیز بطلان بیع است، همان گونه که یکی از فقیهان معاصر ظاهر آن‌ها را انفساخ عقد می‌داند (خوانساری، ۱۴۰۵: ۱۶۷/۳) و اجماع ادعاشده در مورد خیار «ما یفسد من یومه»، مانع و کاسر این ظهور نمی‌شود؛ چون اجماعی وجود ندارد و اجماع منقول هم معتبر نیست. بنابراین خیار «ما یفسد لیومه» درست نیست و طبق همین اخبار در مورد «ما یفسد لیومه» نیز بیع از اساس باطل است.

نقد قرینه نهم: نفی بیع در «لَا يَبِيعُ إِلَّا فِيْمَا تَمْلِكُ» به معنای نفی لزوم و ثبوت خیار نیست، بلکه همان گونه که شیخ اعظم انصاری بیان کرده، به معنای نفی صحت است، یعنی بیع فضولی لنفسه صحیح نیست (انصاری، ۱۴۳۶: ۳۶۸/۳). پس این قرینه در واقع علیه طرفداران خیار تأخیر است.

بنابراین روشن شد که هیچ یک از قرائن صارفه یادشده درست نیست و سبب صرف هیئت نفی از مجاز قریب به مجاز بعید نمی‌گردد، پس ظهور اخبار در مجاز قریب یعنی بطلان، متعین است.

به فرض که قرائن تمام باشد و بپذیریم که ظاهر اخبار، نفی لزوم است، باز هم استظهار خیار تأخیر از اخبار، بسیار سخت بلکه ناممکن است؛ زیرا با فرض درستی قرائن به ویژه قرینه سوم، معنای «إِنْ جَاءَ فِيْمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ وَإِلَّا فَلَا يَبِيعُ لَهُ» این گونه است: «اگر مشتری در مدت سه روز ثمن را بیاورد، بیع برای او لازم است و اگر نیاورد بیع برای او لازم نیست [و برای بایع لازم است]» و برای اثبات خیار تأخیر، سه مطلب

باید ثابت شود: ۱. بیع در مدت سه روز لازم است؛ ۲. بایع بعد از سه روز خیار دارد و بیع برای او جایز است؛ ۳. مشتری خیار ندارد و بیع برای وی لازم است؛ در حالی که معنای روایت هر سه را نفی می‌کند.

افزون بر همه این‌ها، خيارات تعبدی و منصوص مانند خیار مجلس و خیار حیوان در لسان اخبار معصومان علیهم‌السلام هرگز با این ادبیات و ساختار نیامده است؛ مثلاً در مورد خیار مجلس «الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَفْتَرِقَا» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۶/۱۸) و در مورد خیار حیوان «فِي الْحَيَوَانِ كُلِّهِ شَرْطُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ لِلْمُشْتَرِي وَهُوَ بِالْخِيَارِ فِيهَا اشْتَرَطَ أَوْ لَمْ يَشْتَرِطْ» (همان: ۱۱/۱۸) آمده است. اگر بایع در مورد تأخیر ثمن خیار داشت، معصومان علیهم‌السلام آن را مانند سایر خيارات تعبدی بیان می‌کردند که قابل فهم باشد و این همه نیاز به توجیه نداشته باشد.

نگارنده بر این باور است که اخبار تأخیر ثمن، هیچ دلالتی بر خیار تأخیر ثمن ندارد و اجماعات منقوله در ارتباط با خیار تأخیر باعث شده که فقیهان بکوشند اخبار تأخیر را بر خیار تأخیر حمل کنند. واقع این است که اگر چنین اجماعی درست باشد، باید از اخبار تأخیر اعراض کرد و حمل اخبار بر خیار تأخیر بسیار سخت، بلکه ناممکن است. پس مهم بررسی اجماع است که اکنون می‌آید.

دلیل دوم: اجماع

اجماع یکی از ادله‌ای است که برای خیار تأخیر بیان شده است (سید مرتضی علم‌الهدی، ۱۴۱۵: ۴۳۸؛ طوسی، ۱۴۰۷: ۲۰/۳؛ ابن بزّاج طرابلسی، ۱۴۱۱: ۵۴؛ حسینی حلبی، ۱۴۱۷: ۲۲۰؛ ابن ادریس حلّی، ۱۴۱۰: ۲۷۷/۲؛ علامه حلّی، ۱۴۱۴: ۷۱/۱۱؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۲۰۸/۳؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۳۰۶/۸؛ نجفی کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲: ۹۳؛ نراقی، ۱۴۱۵: ۳۹۷/۱۴؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۵۱/۲۳؛ رشتی، ۱۴۰۷: ۵۴۳؛ انصاری، ۱۴۳۶: ۲۱۷/۵؛ موسوی خمینی، ۱۳۷۹: ۵۷۱/۴).

تقدّم دلیل دوم

اجماع مربوط به خیار تأخیر، از دو جهت مورد مناقشه واقع شده است: الف) برخی از اساس منکر اجماع هستند و بر این باورند که جماعتی از قدما و برخی متأخران به مضمون اخبار عمل کرده و با خیار تأخیر مخالفت کرده‌اند؛ پس

اجماعی محقق نشده است (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۴۰۶/۸؛ بحرانی، بی‌تا: ۴۴۷/۱۱ و ۴۴۹: موسوی خویی، بی‌تا: ۴/۷).

ب) برخی هم اجماع را محقق و قابل تحصیل، ولی مدرکی و بی اعتبار دانسته‌اند (طباطبایی قمی، ۱۴۰۰: ۲۴۷/۴ و ۲۵۳؛ شهیدی تبریزی، ۱۳۷۵: ۴۸۰/۳؛ سبحانی، ۱۴۱۴: ۲۷۶).

بررسی تراث فقهی امامیه نشان می‌دهد که خیار تأخیر نخستین بار در کتاب مقنعه شیخ مفید آمده (۱۴۱۳: ۵۹۱) و پس از وی، مورد اتفاق و تسالم فقیهان قرار گرفته است؛ ولی پیش از وی، نشانه‌ای از خیار تأخیر نیست. آری، اخبار تأخیر ثمن در جوامع حدیثی آمده (کلینی، ۱۴۰۷: ۱۷۳-۱۷۰/۵؛ صدوق، ۱۴۱۳: ۲۰۳-۲۰۲/۳؛ طوسی، ۱۳۹۰: ۷۸-۷۷/۳؛ همو، ۱۴۰۷: ۲۲-۲۱/۷) و فتوای منسوب به فقیه قدیمی ابن جنید اسکافی (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۷۰/۵) و فتوای شیخ صدوق (صدوق، ۱۴۱۵: ۳۶۶-۳۶۵) دقیقاً عبارت حدیث است. اما همان طور که در نقد دلیل اول گذشت، ظاهر اخبار تأخیر ثمن، بطلان بیع است نه خیار تأخیر ثمن. پس ابن جنید و شیخ صدوق با خیار تأخیر مخالف‌اند یا حداقل نمی‌توان آنان را از طرفداران خیار تأخیر شمرد. شیخ طوسی و شاگردش قاضی ابن براج در برخی آثارشان خیار تأخیر را انکار کرده و ظاهر اخبار را بطلان بیع دانسته‌اند (طوسی، ۱۳۸۷: ۸۷/۲؛ ابن بزاج طرابلسی، ۱۴۰۶: ۳۶۱/۱). مقدس اردبیلی و آیه‌الله خوانساری در خیار تأخیر تردید کرده‌اند (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۴۰۶/۸؛ خوانساری، ۱۴۰۵: ۱۶۴/۳). محقق سبزواری آن را بعید دانسته (۱۴۲۳: ۴۶۷/۱) و صاحب حدائق، برادرزاده‌اش و محقق خوبی آن را انکار کرده‌اند (بحرانی، ۱۴۰۵: ۴۷/۱۹؛ بحرانی، بی‌تا: ۴۴۷/۱۱-۴۴۹: موسوی خویی، بی‌تا: ۸/۷). بنابراین اجماعی وجود ندارد و مناقشه نخست درست است.

اما مناقشه دوم قابل دفاع نیست، زیرا به فرض هم که اجماع باشد، مدرکی نیست؛ چون مضمون اخبار و مجمع علیه متفاوت است و مضمون اخبار باعث ایجاد اجماع نشده، بلکه برعکس، این اتفاق و اجماع بوده که باعث تصرف در ظاهر اخبار شده و تلاش شده است که اخبار بر خیار تأخیر تحمیل شود.

دلیل سوم: قاعده نفی ضرر

استدلال به قاعده نفی ضرر برای اثبات خیار تأخیر ثمن نخستین بار در کتاب تذکرة

الفقهاء به صورت مختصر گزارش شده (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۷۱/۱۱) و شیخ اعظم انصاری در تبیین و تأیید آن آورده است:

«صبر دائمی بر تأخیر ثمن، مستلزم ضرر بر بایع است که با حدیث «لا ضرر ولا ضرار» نفی می‌شود، بلکه ضرر در مورد تأخیر ثمن از ضرر در مورد غبن بیشتر است؛ زیرا مبیع در ضمان بایع، تلف آن از مال او و ملک غیر است و تصرف در آن جایز نیست» (۱۴۳۶: ۲۱۸/۵).

نقد دلیل سوم

نقدهای اساسی از سوی موافقان خیار تأخیر ثمن (غروی اصفهانی، ۱۴۱۸: ۳۴۳/۴؛ غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۹۳/۲؛ موسوی خمینی، ۱۳۷۹: ۵۷۱/۴) و مخالفان (موسوی خویی، بی‌تا: ۴/۷-۵) بر استدلال به قاعده نفی ضرر وارد شده و مهم‌ترین آن‌ها این است که در مورد تأخیر ثمن، ضرر منفی وجود ندارد.

افزون بر این، به فرض که لزوم بیع در مورد تأخیر ثمن ضرری باشد، باز هم قاعده نفی ضرر نمی‌تواند مستند خیار تأخیر باشد؛ زیرا طبق قاعده نفی ضرر، لزوم بیع برداشته می‌شود و ارتفاع لزوم، هم با جعل خیار و هم با بطلان بیع محقق می‌شود؛ پس در واقع استدلال به قاعده نفی ضرر برای ابطال دیدگاه فقیهان عامه (لزوم بیع) مناسب است. شاید به همین دلیل علامه حلی در کتاب *تذکره* (۱۴۱۴: ۷۱/۱۱) برای اثبات خیار تأخیر به قاعده نفی ضرر استناد می‌کند؛ چون مخاطب وی در *تذکره*، علمای عامه‌اند و با قاعده می‌خواهد لزوم بیع را نفی کند. ولی در کتاب *مختلف* (همو، ۱۴۱۳: ۷۱/۵) برای اثبات خیار تأخیر، به استصحاب صحت عقد استدلال می‌کند؛ چون مخاطب وی در *مختلف*، فقهای شیعه‌اند و برخی فقهای شیعه، قائل به بطلان عقد هستند و با استصحاب صحت می‌خواهد قول آنان را رد کند.

بنابراین، به فرض که قاعده نفی ضرر در مورد تأخیر ثمن جاری شود، برای رد قول فقهای اهل سنت که لزوم عقد است، مناسب است، نه برای اثبات خیار تأخیر.

دلیل چهارم: استصحاب

یکی از ادله‌ای که برخی طرفداران خیار تأخیر به آن استناد کرده‌اند، استصحاب

بقای صحت عقد است (همان)؛ بدین صورت که پس از گذشت سه روز از زمان تشکیل عقد، در صحت و بطلان عقد شک می‌شود و صحت قطعی هنگام تشکیل عقد را استصحاب می‌کنیم.

نقد دلیل چهارم

مشکل اساسی این دلیل همان است که مقدس اردبیلی (۱۴۰۳: ۴۰۶/۸) و محقق بحرانی (بحرانی، ۱۴۰۵: ۴۷/۱۹-۴۸) مطرح کرده‌اند که با بودن اخبار، جایگاهی برای استصحاب نیست؛ به خصوص که مستدل (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۷۱/۵) هم ظهور اخبار در بطلان را پذیرفته است.

بنابراین روشن شد که همه ادله دیدگاه دوم ناتمام است.

۳-۲. دیدگاه سوم: بطلان بیع

به نظر برخی فقیهان، اگر سه روز از تاریخ بیع بگذرد و در این مدت، نه بایع مبیع را تسلیم مشتری نماید و نه مشتری تمام ثمن را به بایع بدهد، بیع باطل است (طوسی، ۱۳۸۷: ۸۷/۲؛ ابن بزّاج طرابلسی، ۱۴۱۱: ۳۶۱؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۴۶/۱۹؛ موسوی خویی، بی‌تا: ۸/۷). فتوای منسوب به ابن جنید اسکافی (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۷۰/۵) و فتوای شیخ صدوق (۱۴۱۵: ۳۶۵-۳۶۶) دقیقاً برگرفته از اخبار تأخیر است؛ لذا با فرض دلالت اخبار بر بطلان، این دو فقیه متقدم نیز از طرفداران این نظریه به حساب می‌آیند. مقدس اردبیلی این دیدگاه را بعید ندانسته (۱۴۰۳: ۴۰۶/۸) و محقق سبزواری بطلان بیع را درست‌تر از جواز و ثبوت خیار دانسته است (۱۴۲۳: ۴۶۷/۱) و آیه‌الله خوانساری از فقیهان معاصر، بین بطلان بیع و ثبوت خیار مردّد مانده و توقف را اختیار کرده است (۱۴۰۵: ۱۶۳/۳).

دو تفسیر در معنای بطلان بیع هست:

الف) بطلان از اساس: اگر در مدت سه روز، ثمن یا مثنن قبض نشود، بیع از اساس فاسد است، گویا اصلاً بیع و قرارداد تنظیم نشده است. طبق این احتمال، قبض در سه روز، شرط صحت بیع خواهد بود؛ زیرا در اخبار تأخیر، صحت و بطلان بیع بر قبض تعلیق شده، یعنی اگر قبض صورت گرفت بیع صحیح، ولی اگر قبض صورت نگرفت بیع باطل است. پس معلوم می‌شود که قبض در سه روز، شرط صحت عقد

است؛ مانند قبض در مجلس که شرط صحت بیع صرف و سلم است. لذا اگر قبض در بازه سه روز انجام شود، بیع صحیح والا باطل است. ظاهر کلام شیخ طوسی و شاگردش قاضی ابن براج (طوسی، ۱۳۸۷: ۸۷/۲؛ ابن براج طرابلسی، ۱۴۱۱: ۳۶۱) و صریح کلام محقق خوئی (موسوی خوئی، بی تا: ۸/۷) این است که مقتضای اخبار تأخیر ثمن، بطلان بیع از اساس است و قبض مبیع یا مجموع ثمن در بازه سه روز، شرط صحت بیع است.

ب) انفساخ: بیع تا سه روز صحیح است و اگر در مدت سه روز قبض صورت نگیرد، پس از سه روز بیع منفسخ می شود. محقق بحرانی می گوید: «آنچه از ظاهر اخبار تأخیر ثمن فهمیده می شود، این است که بیع بعد از گذشت سه روز منفسخ می شود» (۱۴۰۵: ۴۶/۱۹).

۲-۳-۱. نقد دیدگاه سوم

تفسیر دوم بطلان بیع یعنی انفساخ، با ظاهر اخبار تأخیر ثمن سازگار نیست؛ چون طبق انفساخ عقد همان گونه که محقق بحرانی بیان کرده (همان)، بیع تا سه روز صحیح است و پس از سه روز منفسخ می شود؛ در حالی که عموم نفی بیع در «فَلَا يَبِّعُ لَهٗ» یا «فَلَا يَبِّعُ بَيْنَهُمَا» شامل قبل و بعد سه روز می شود.

تفسیر نخست بطلان بیع یعنی بطلان از اساس، مطابق با ظاهر اخبار است، ولی طرفداران آن در مقام فتوا از این دیدگاه عدول کرده اند (طوسی، ۱۴۰۰: ۳۸۵-۳۸۶؛ ابن براج طرابلسی، ۱۴۱۱: ۵۴؛ موسوی خوئی، ۱۴۱۰: ۳۶/۲).

۳. دیدگاه منتخب

دیدگاه نخست یعنی لزوم بیع قطعاً مردود است و با اخبار تأخیر ثمن (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۱-۲۲) سازگار نیست.

دیدگاه دوم یعنی ثبوت خیار تأخیر قابل دفاع نیست و همه ادله آن ناتمام است. علاوه بر این، خیار تأخیر ثمن زمینه کسب درآمد ناعادلانه را فراهم می کند که بعید به نظر می رسد طرفداران خیار تأخیر به آن ملتزم شوند؛ زیرا در مورد خیار تأخیر ثمن، بیع تا سه روز لازم است (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۷۱/۱۱) و در این مدت سه روز، با بیع مالک

ثمن و مشتری مالک مبیع است؛ چون ملکیت با نفس عقد محقق می‌شود (انصاری، ۱۴۳۶: ۱۶۰/۶) و منافع و نمائات منفصله مبیع در این مدت سه روز، از مشتری است؛ زیرا منافع و نمائات، تابع ملک است (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۳۲۱/۵). اکنون با توجه به این مطالب فرض کنید شخصی کارخانه یا کالایی را می‌خرد که هر روز منافع و نمائات منفصله فراوان دارد، مثلاً روزی ده میلیارد تومان، و تمام شرایط خیار تأخیر (انصاری، ۱۴۳۶: ۲۲۷-۲۲۰/۵) در مورد این معامله فراهم است و مشتری هم فردی است که می‌خواهد سوءاستفاده کند. در این صورت، بایع پس از سه روز مخیر است که بیع را فسخ یا امضا کند. اگر امضا کند، مشتری شاید پولی در بساط ندارد و اگر فسخ کند، باید منافع سه روز به میزان ۳۰ میلیارد تومان را به مشتری بدهد و مشتری بدون هیچ تلاش و زحمتی درآمد ناعادلانه ۳۰ میلیاردی کسب می‌کند. آیا طرفداران خیار تأخیر ثمن، این گونه کسب درآمد را می‌پذیرند؟ اما اگر بر اساس اخبار تأخیر ثمن عمل شود، این گونه بیع باطل است و گویا اصلاً معامله‌ای صورت نگرفته است و تلاش مشتری شاید بی‌نتیجه است.

به نظر نگارنده، دیدگاه سوم با تفسیر نخست آن یعنی بطلان از اساس درست است؛ زیرا ظاهر اخبار تأخیر ثمن که با عبارت «فَلَا يَبِيعُ لَهُ» و «فَلَا يَبِيعُ بَيْنَهُمَا» آمده، بطلان بیع از اساس است و بطلان از اساس در واقع به این معناست که قبض ثمن یا مثن در مدت سه روز، شرط صحت بیع است و شروطی که مشهور فقیهان برای خیار تأخیر ثمن آورده‌اند (همان: ۲۱۷-۲۲۸)، در واقع شروط بطلان بیع است. بنابراین به نظر نگارنده، هر گاه مبیع عین خارجی و یا کلی در معین بوده و برای تأدیه ثمن یا تسلیم مبیع بین متبایعین، اجلی معین نشده باشد، اگر سه روز از تاریخ بیع بگذرد و در این مدت، نه بایع مبیع را تسلیم مشتری نماید و نه مشتری تمام ثمن را به بایع بدهد، بیع باطل است، ولی اگر یکی از این شروط فراهم نباشد، بیع صحیح و لازم است.

حکم کالایی که در کمتر از سه روز فاسد یا کم‌قیمت می‌شود، نیز همین گونه است؛ یعنی اگر قبض مبیع یا مجموع ثمن تا موقعی که مشرف به فساد یا کسر قیمت می‌گردد، صورت نگیرد، بیع از اساس باطل است و قبض در این بازه زمانی شرط صحت بیع است.

نتیجه‌گیری

۱. دیدگاه فقیهان عامه مبنی بر لزوم عقد هنگام تأخیر ثمن، با مبانی فقه امامیه سازگار نیست و محرومیت آنان از اخبار اهل بیت علیهم‌السلام باعث لغزش آنان شده است.
۲. اخبار مربوط به تأخیر ثمن هیچ گونه دلالتی بر ثبوت خیار هنگام تأخیر ثمن ندارد و ظاهر آن‌ها اشتراط صحت بیع به قبض در سه روز است و اجماع و سایر قرینه‌ها مانع این ظهور نمی‌شود.
۳. شیخ مفید نخستین فقیهی است که خیار تأخیر ثمن را طرح کرده و پیش از او، اثری از خیار تأخیر نیست. پس از وی تا عصر حاضر، شهرت عظیم نزدیک به اتفاق شکل گرفته است. حدس نگارنده این است که وی با نگاه تقریبی، بین دیدگاه فقیهان عامه مبنی بر لزوم عقد و مقتضای اخبار تأخیر ثمن که بطلان بیع است، تعدیل ایجاد کرده و قائل به جواز عقد و ثبوت خیار شده است و تأثیر پذیری فقیهان پس از وی، باعث شکل‌گیری این شهرت بسیار بزرگ شده است. البته این یک فرضیه است و باید اثبات شود، ولی شهرت عظیم نزدیک به اتفاقی که بعد از شیخ مفید شکل گرفته، نمی‌تواند به عنوان اجماعی تلقی شود که سبب تأویل یا طرح اخبار تأخیر شود؛ اما مع‌الاسف همین اجماع موهوم باعث تحمیل اخبار بر خیار تأخیر شده است.
۴. در زمان گذشته به خاطر خُرد بودن کالاها، بین خیار تأخیر ثمن و بطلان بیع در صورت تأخیر ثمن، ثمره چندانی در مقام عمل نبوده است، اما امروزه خیار تأخیر ثمن به خاطر کلان بودن برخی مبیع‌ها و پرمفعت بودن آن‌ها، زمینه کسب درآمد ناعادلانه را برای افراد سودجوی مسلط به قوانین و احکام فراهم می‌کند؛ ولی با جمود بر اخبار اهل بیت علیهم‌السلام و پذیرش بطلان بیع هنگام تأخیر ثمن، این کاستی برطرف می‌شود.
۵. به نظر نگارنده، خیار تأخیر ثمن قابل دفاع نیست و در مورد تأخیر ثمن، بیع از اساس باطل، و صحت بیع مشروط به قبض در مدت سه روز است. ولی اگر مبیع از کالاهایی است که در کمتر از سه روز فاسد یا کم‌قیمت می‌شود، اگر قبض تا زمانی که مبیع مشرف به فساد یا کسر قیمت می‌گردد، صورت نگیرد، بیع از اساس باطل است.
۵. نگارنده بازنگری در مواد ۴۰۲ تا ۴۰۹ قانونی مدنی ایران را ضروری می‌داند.

کتاب شناسی

۱. ابن ابی جمهور احسایی، محمد بن زین الدین علی بن ابراهیم، *عوالی الثانی العزیزیه فی الاحادیث الدینیہ*، قم، دار سیدالشهداء علیہ السلام للنشر، ۱۴۰۵ ق.
۲. ابن ادريس حلی، محمد بن منصور بن احمد، *السرائر الحاوی لتحرير الفتاوی*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۳. ابن براج طرابلسی، قاضی عبدالعزیز بن نحیر، المهذب، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۴. همو، *جواهر الفقه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۱ ق.
۵. ابن حمزه طوسی، محمد بن علی، *الوسيلة الى نيل الفضيله*، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۸ ق.
۶. ابن سعید حلی، یحیی بن احمد، *نزهة الناظر فی الجمع بین الاشباه والنظائر*، قم، منشورات رضی، ۱۳۹۴ ق.
۷. ابن فهد حلی، جمال الدین احمد بن محمد اسدی، *المهذب البارع فی شرح المختصر النافع*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۸. اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الاذهان الی احکام الایمان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
۹. انصاری، مرتضی بن محمد امین، *فرائد الاصول*، چاپ هشتم، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۸ ق.
۱۰. همو، *کتاب مکاسب*، چاپ دهم، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۳۶ ق.
۱۱. بحرانی (آل عصفور)، حسین بن محمد، *الانوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع (للفیض)*، قم، مجمع البحوث العلمیه، بی تا.
۱۲. بحرانی (آل عصفور)، یوسف بن احمد بن ابراهیم، *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۱۳. جمعی از پژوهشگران، *فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام*، زیر نظر سید محمود هاشمی شاهرودی، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، ۱۴۲۶ ق.
۱۴. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعه*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۰۹ ق.
۱۵. حسینی حلبی، سید حمزة بن علی بن زهره، *غنية النزوع الی علمی الاصول والنسوع*، قم، مؤسسه امام صادق علیہ السلام، ۱۴۱۷ ق.
۱۶. خوانساری، سید احمد بن یوسف، *جامع المدارک فی شرح المختصر النافع*، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۵ ق.
۱۷. رشتی، میرزا حبیب الله، *فقه الامامیه (قسم الخيارات)*، قم، کتاب فروشی داوری، ۱۴۰۷ ق.
۱۸. زحلی، وهبه، *الفقه الاسلامی وادلتہ*، چاپ دوم، دمشق، دار الفکر، ۱۴۰۵ ق.
۱۹. سبحانی، جعفر، *المختار فی احکام الخیار*، قم، مؤسسه امام صادق علیہ السلام، ۱۴۱۴ ق.
۲۰. همو، *دراسات موجزة فی الخيارات والشروط*، قم، مرکز العالمی للدراسات الاسلامیه، ۱۴۲۳ ق.
۲۱. سلار دیلمی، ابویعلی حمزة بن عبدالعزیز، *المراسم العلویة والاحکام النویة*، تصحیح محمود بستانی، قم، منشورات الحرمین، ۱۴۰۴ ق.
۲۲. سید مرتضی علم الهدی، علی بن حسین موسوی، *الانتصار فی انفرادات الامامیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۵ ق.
۲۳. سیوری حلی (فاضل مقداد)، جمال الدین مقداد بن عبدالله، *التنقیح الرائع لمختصر الشرائع*، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ ق.

٢٤. سيوطي رحبياني، مصطفى بن سعد، *مطالب اولي النهي في شرح غاية المنتهى*، دمشق، بي نا، ١٤٢١ ق.
٢٥. شهيدى تبريزي، ميرزا فتاح، *هداية الطالب الى اسرار المكاسب*، تبريز، چاپخانه اطلاعات، ١٣٧٥ ق.
٢٦. صدوق، محمد بن علي بن حسين بن موسى بن بابويه قمي، *المتنوع*، قم، مؤسسه امام هادي عليه السلام، ١٤١٥ ق.
٢٧. همو، *من لا يحضره الفقيه*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ١٤١٣ ق.
٢٨. طباطبائي حائري، سيدعلي بن محمد، *رياض المسائل في تحقيق الاحكام بالدلائل*، قم، مؤسسه آل البيت عليه السلام لاحياء التراث، ١٤١٨ ق.
٢٩. طباطبائي قمي، سيدتقي، *دراساتنا من الفقه الجعفري*، قم، مطبعة الخيام، ١٤٠٠ ق.
٣٠. طباطبائي يزدي، سيدمحمد كاظم بن عبدالعظيم، *حاشية المكاسب*، چاپ دوم، قم، اسماعيليان، ١٤٢١ ق.
٣١. طوسي، ابو جعفر محمد بن حسن، *الاستبصار فيما اختلفت من الاخبار*، تهران، دار الكتب الاسلاميه، ١٣٩٠ ق.
٣٢. همو، *الخلاف*، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ١٤٠٧ ق.
٣٣. همو، *المبسوط في فقه الاماميه*، چاپ سوم، تهران، المكتبة المرتضوية لاحياء الآثار الجعفريه، ١٣٨٧ ق.
٣٤. همو، *النهاية في مجرد الفقه والفتاوى*، چاپ دوم، بيروت، دار الكتاب العربي، ١٤٠٠ ق.
٣٥. همو، *تهذيب الاحكام*، چاپ چهارم، تهران، دار الكتب الاسلاميه، ١٤٠٧ ق.
٣٦. عاملي (شهيد اول)، محمد بن جمال الدين مكي، *الدروس الشرعية في فقه الاماميه*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ١٤١٧ ق.
٣٧. همو، *اللمعة الدمشقية في فقه الاماميه*، تصحيح محمدتقي مرواريد و علي اصغر مرواريد، بيروت، دار التراث - الدار الاسلاميه، ١٤١٠ ق.
٣٨. عاملي جبعي (شهيد ثاني)، زين الدين بن علي، *الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقيه*، قم، كتاب فروشي داوري، ١٤١٠ ق.
٣٩. همو، *مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام*، قم، مؤسسه المعارف الاسلاميه، ١٤١٣ ق.
٤٠. عبدالستار، ابو غدة، *الخيار و اثره في العقود*، چاپ دوم، كويت، مطبعة مهوى، ١٤٠٥ ق.
٤١. علامه حلي، ابو منصور جمال الدين حسن بن يوسف بن مطهر اسدي، *تذكرة الفقهاء*، قم، مؤسسه آل البيت عليه السلام، ١٤١٤ ق.
٤٢. همو، *قواعد الاحكام في معرفة الحلال و الحرام*، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ١٤١٣ ق. (الف)
٤٣. همو، *مختلف الشيعة في احكام الشريعة*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ١٤١٣ ق. (ب)
٤٤. غروي اصفهاني (كمپاني)، محمد حسين، *حاشية كتاب المكاسب*، قم، انوار الهدى، ١٤١٨ ق.
٤٥. غروي نائيني، محمد حسين، *منية الطالب في حاشية المكاسب*، تهران، المكتبة المحمديه، ١٣٧٣ ق.
٤٦. كليني، ابو جعفر محمد بن يعقوب، *الكافي*، چاپ چهارم، تهران، دار الكتب الاسلاميه، ١٤٠٧ ق.
٤٧. گيلاني قمي، ميرزا ابوالقاسم بن محمد حسن، *جامع الشتات في اجوبة السؤالات*، تهران، كيهان، ١٤١٣ ق.
٤٨. مجاهد طباطبائي حائري، سيدمحمد بن علي، *كتاب المناهل*، قم، مؤسسه آل البيت عليه السلام، بي تا.
٤٩. محقق حلي، نجم الدين جعفر بن حسن هذلي، *شرايع الاسلام في مسائل الحلال و الحرام*، چاپ دوم، قم، اسماعيليان، ١٤٠٨ ق.
٥٠. محقق سيزواري، محمدباقر بن محمد مؤمن، *كفاية الاحكام*، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ١٤٢٣ ق.
٥١. مفيد، محمد بن محمد بن نعمان عكبري بغدادي، *المتنوع*، قم، كنگرة جهاني هزاره شيخ مفيد، ١٤١٣ ق.
٥٢. موسوي خميني، سيدروح الله، *كتاب البيع*، تهران، مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خميني، ١٣٧٩ ش.

۵۳. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، تقرير محمد علی توحيدى تبریزی، بی جا، بی نا، بی تا.
۵۴. نجفی، محمد حسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۵۵. نجفی کاشف الغطاء، علی بن جعفر بن خضر، شرح خبایات اللمعه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۲ ق.
۵۶. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، مستند الشیعة فی احکام الشریعه، قم، مؤسسه آل البيت عليه السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۵ ق.
۵۷. وحید بهبهانی، محمد باقر بن محمد اکمل، حاشیه مجمع الفائدة و البرهان، قم، مؤسسه العلامة المجدد الوحید البهبهانی، ۱۴۱۷ ق.
۵۸. همدانی، رضا بن محمد هادی، حاشیه کتاب المکاسب، قم، دفتر مؤلف، ۱۴۲۰ ق.

تحلیل فقهی حقوقی

برخی اسباب معافیت از مسئولیت مدنی در قرآن*

- حسین هوشمند فیروزآبادی^۱
- میثم خزائی^۲
- حسین جاوری^۳
- ایوب امرائی^۴

چکیده

بر مبنای محترم بودن شئون اشخاص، هر نوع تعرض به تمامیت جسمانی، حیثیت معنوی و اموال و اعراض اشخاص ممنوع است و اصولاً هر نوع زیانی، اعم از مادی و معنوی، در قلمرو اموال و اشخاص، با حکم وضعی ضمان مواجه است. هیچ کس حق اضرار به غیر ندارد و در صورت ایراد ضرر، موظف به جبران ضرر است. در عین حال، مواردی وجود دارند که در صورت تحقق، مسئولیت مدنی فاعل زیان برطرف، و او از جبران زیان معاف می‌شود که ممکن

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۱۱/۲۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۴/۱۲.

۱. استادیار پژوهشگاه حوزه و دانشگاه (نویسنده مسئول) (hooshmand@rihu.ac.ir).
۲. استادیار دانشگاه آیت‌الله العظمی بروجردی (meisam.khazaei@abru.ac.ir).
۳. استادیار پردیس فارابی دانشگاه تهران (hjavari@ut.ac.ir).
۴. استادیار دانشگاه آیت‌الله العظمی بروجردی (a.amraei@abru.ac.ir).

است ذیل علل موجهه فعل زیانبار یا اسباب معافیت از مسئولیت مدنی قرار گیرد. عناوین متعددی در قرآن وجود دارند که بر معافیت از مسئولیت دلالت دارند. دفاع مشروع، اعمال حق، اثبات حق و نظلم خواهی، احسان، اعمال مجازات از این جمله است.

بر اساس تحلیل آیات مربوط، به نظر می‌رسد زوال عنصر احترام در هر کدام از عناوین یادشده (به طور مستقیم یا غیر مستقیم) و اخلال در تحقق «موضوع ضمان»، عامل موجهه فعل زیانبار و دلیل معافیت از مسئولیت مدنی است و تلقی غالب موارد به مثابه خروج تخصصی از شرایط ضمان، موافق تحلیل حقوقی است.

واژگان کلیدی: ضمان، اقدام، احترام، اعمال حق، احسان، علل موجهه، علل رافع، مسئولیت مدنی.

مقدمه

شناسایی اسباب مسئولیت مدنی و شیوه‌های جبران، از رسالت‌های مهم حقوق مدنی و بخش‌هایی از حقوق کیفری است. اینکه در چه صورت و چه اشخاصی برای جبران زیان مسئولیت دارند، از پرسش‌های مهم و بنیادین ضمان به معنای اعم است که بسیاری از مباحث مسئولیت به این مهم می‌پردازد.

اصول مهمی برای این امر به وجود آمده‌اند. «احترام اموال، أعراض و جان‌ها»، «منع اضرار به غیر»، «جبران ضرر»، «لزوم جبران کامل ضرر»، «منع سوءاستفاده از حق» و نظایر آن، از این جمله‌اند و برخی از این موارد، در زمره اصول کلی حقوقی است و در قلمرو بسیار بزرگی مورد پذیرش قرار گرفته‌اند.

در حقیقت از یک سو بر مبنای احترامی که در ناحیه اموال، أعراض و تمامیت جسمانی اشخاص وجود دارد، هر نوع اقدامی که با احترام این مقوله‌ها در تعارض باشد، ممنوع است و این موارد از دست‌درازی‌ها و هتک احترام مصونیت دارند؛ از سوی دیگر، در صورتی که احترام آن‌ها، با تعرض مواجه گردیده و هتک شود، بر حسب مورد باید جبران مناسب شده و ضمانت اجرای مقتضی جریان پیدا کند. بر این اساس، فعل زیانبار در این موارد اصولاً مستوجب جبران بوده و مسئولیت مدنی (و احیاناً کیفری) مرتکب را به دنبال دارد.

در عین حال، حالاتی وجود دارد که با وجود هتک مال، جان یا آبروی اشخاص، به دلیل از بین رفتن یکی از عناصر لازم، مسئولیتی متوجه مرتکب نمی‌گردد.

قرآن کریم به عنوان اصلی‌ترین منبع در اسلام، در ابعاد مختلف معرفتی، اخلاقی و فقهی، از گذشته مورد توجه دانشمندان اسلامی بوده و بسیاری از احکام حقوقی و فقهی، از آن استخراج و استنباط گردیده است. در قرآن کریم، آیات متعدد و عناوین گوناگونی وجود دارند که بر اساس آن‌ها، شخص مرتکب به نوعی در انجام فعل زیانبار مجاز بوده و حسب مورد، «مسئولیت اولیه» (ضمان بدوی) یا «ضمان مستقر» (نهایی)، متوجه وی نیست؛ برای مثال، قتل، ضرب، تخریب اموال مهاجم در مقام دفاع مشروع، اعمال حق، اجرای مجازات و احیاناً اعلان آن، اضرار به غیر در مقام احسان (ورود ضرر به شخص محسن، محسن‌الیه و یا شخص ثالث)، نقض حیثیت معنوی اشخاص در مقام ادای شهادت یا جرح شهود، قتال با اهل بغی و اتلاف اموال آن‌ها و خوردن از خانه خویشان و دوستان از جمله این مواردند.

بر این اساس، آیات موجود در ذیل عناوین یادشده و نیز دلالت آن‌ها بر معافیت از مسئولیت و حدود آن‌ها، موضوع نوشتار حاضر هستند.

موضوع این پژوهش گرچه قبلاً به اجمال طرح گردیده است (حکمت‌نیا، ۱۳۸۶: ۱۹)، اما نوشتار حاضر به تفصیل بر بحث علل موجهه مسئولیت مدنی در قرآن متمرکز می‌گردد.

۲. دفاع مشروع

یکی از مواردی که نیاز نیست عامل فعل زیانبار، خسارتی را جبران کند، دفاع مشروع است. در منابع فقهی تعریفی از دفاع مشروع ارائه نگردیده است. البته در متون فقهی و حقوقی معاصر به تعریف دفاع مشروع پرداخته شده است که از باب اختصار به یکی از تعاریف اشاره می‌گردد:

«توانایی بر دفع تجاوز قریب‌الوقوع و ناحقی که نفس، عرض، ناموس، مال و آزادی تن خود و دیگری را به خطر انداخته است» (عطار، ۱۳۷۰: ۲۳).

در ادامه، آیاتی که دفاع مشروع از آن‌ها استنباط می‌گردد، مورد بررسی قرار

می‌گیرند:

۱-۲. آیه ۱۷۳ سوره بقره

یکی از آیاتی که فقها به آن استناد نموده و مشروعیت فعل زیانبار را از آن استنباط نموده‌اند، آیه ﴿...فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ...﴾ (بقره/ ۱۷۳) می‌باشد. این آیه بخشی از آیه مربوط به حرمت گوشت مردار و خون و گوشت خوک در مواقع عادی است که این حکم تکلیفی را با این جمله در موقع اضطرار حلیت می‌بخشد؛ چون شخص چاره‌ای جز استفاده از این موارد در مواقع اضطراری که نجات جاننش منوط به استفاده از آنهاست، ندارد. البته همین عبارت در آیات ۱۴۵ سوره انعام^۲ و ۱۱۵ سوره نحل^۳ نیز آمده است.

عمومیت آیه: اگرچه این آیه در ارتباط با اضطرار برای اکل میت و خون است، اما فقها از آن استفاده عموم نموده و در موقعیت‌های دیگری از جمله اکراه بر زنا نیز که اضطرار به وجود می‌آید، به آن استناد نموده‌اند (سیوری حلی، ۱۴۱۹: ۸۶۰/۲؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷: ۱۷۴/۱؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۸: ۳۸). همان‌گونه که در روایات نیز از آیه مذکور استفاده عموم گردیده است؛ برای نمونه، زنی که در بیابان دچار عطش شدیدی گردیده و نزدیک است تلف شود، در آن زمان مردی که آب به همراه دارد، از دادن آب به او امتناع می‌کند تا اینکه تقاضای نامشروع او را بپذیرد و زن برای نجات خویش تن می‌دهد، در این حالت امام علی علیه السلام با استناد به آیه مذکور می‌فرماید که حدی بر این زن نیست (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۱۱۲/۲۸).

در رابطه با استفاده عموم از عبارت مذکور، در آیه ۱۴۵ سوره انعام نیز واژگان «لاأجد» و «إِنَّمَا» در آیه وجود دارد که ممکن است این شبهه را به وجود آورد که آیه دلالت بر حصر دارد و دیگر محرمات را نمی‌توان به استناد این آیه در حالت ناچاری تجویز نمود. پاسخ این است که کلمه «أوحی» فعل ماضی است و کلمه «أجد» برای حال

۱. «[ولی] کسی که [برای حفظ جان خود به خوردن آن‌ها] ناچار شود، در صورتی که ستمگر و متجاوز نباشد، بر او گناهی نیست».

۲. «قُلْ لَا أَجِدُنِي مَأْجُورًا وَلَا أَجِدُنِي مِنْ مَعْلَمٍ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِثْلَهُ بِوَدْعَانِ أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خنزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهْلًا لِعِبَادِ اللَّهِ بِهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ».

۳. «إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ الْمَيْتَةَ وَالْدَّمَ وَالْحَمَّ الْحَنْزِيرِ وَمَا أَهَلَ لِقَبْرِ اللَّهِ بِهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ».

و زمان کنونی می‌باشد و منطوق آیه این است که در آن چیزی که در گذشته به من وحی شده است، به جز این چهار مورد چیزی پیدا نمی‌کنم و با توجه به اینکه این آخرین آیه‌ای نیست که بر پیامبر صلی الله علیه و آله و سلم در این خصوص نازل شده، پس جایز است که بعد از این آیه، تحریم اشیای دیگری نیز آمده باشد. در مورد حصر «إنّما» نیز از جهت حکم زمان کنونی است نه تمام زمان‌ها و مکان‌ها (سیوری حلی، ۱۴۱۹: ۳۰۳/۲)؛ به تعبیری، حصر آن اضافی است نه مطلق.

بنابراین این آیات نه از جهت مأكولات حصری دارند و نه از جهت غیر مأكولات. اما از جهت مأكولات، بدین جهت که در آیه فقط از خون و میتة و آنچه که نام غیر خدا بر آن برده شده، نام می‌برد؛ اما فقها از آن استفاده کرده و خوردن داروهای حرام یا مداوا به وسیله حرام را اگر تنها راه نجات از هلاک و مرگ، خوردن آن‌ها باشد، جایز دانسته‌اند (فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۱۵۳/۴). به تعبیری، ضابطه مستنبط از آیه، جواز ارتکاب در جایی است که گریزی از آن نباشد.

دلالت آیه بر دفاع مشروع: همان گونه که در تعریف دفاع مشروع نیز بیان گردید، ضرورت شرط اصلی در دفاع مشروع است؛ به این بیان که مدافع ناگزیر از دفاع در برابر متجاوز بوده و راه دیگری برای رهایی جز آسیب به متجاوز نداشته باشد. بنابراین چنانچه امکانی در دسترس مدافع باشد که بدون اعمال خشونت و مقاومت، او را از گزند خطر تجاوز مصون نگاه دارد، واکنش دفاعی مدافع در برابر مهاجم توجیه‌پذیر نبوده و شرط ضرورت محقق نمی‌گردد. این شرط از کلام فقیهان قابل برداشت است (موسوی خمینی، بی‌تا: ۴۸۸/۱).

یکی دیگر از شرایط دفاع مشروع، تناسب دفاع از حیث شدت و ضعف با تجاوز و خطر است. بر این اساس، مدافع در واکنش دفاعی خود اجازه ندارد که از هر مقدار قدرت استفاده کند، بلکه باید تناسب را رعایت نماید (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۶۱/۲۸؛ موسوی خمینی، بی‌تا: ۴۸۸/۱).

در آیه نیز دو اصطلاح «اضطرّ» و «لا عاد» ذکر گردیده بود که با توجه به عمومیت آیه، کسی که در شرایط اضطراری قرار گرفت بدون اینکه از حد لازم تجاوز کند، حرمت تکلیفی تبدیل به حلیت می‌گردد. با توجه به این توضیحات، آیه بدین شکل

با دفاع مشروع ارتباط می‌یابد که بگوییم شخصی که برای نجات جان خود یا دیگری ناچار به کاری شود که آن کار در وضعیت عادی حرمت دارد، در زمان اضطرار و ناچاری، حرمت تکلیفی تبدیل به حلیت می‌شود، به شرطی که از حد لازم تجاوز ننماید.

نکته شایان ذکر آن است که از این آیه به دو شکل می‌توان حکم را برداشت نمود: یکی اینکه بگوییم شخصی که در مخمصه و اضطرار قرار گرفته، تسلیم شود و فعل اکل حرام یا زنا یا... را مرتکب شود که در این صورت، حکم تکلیفی اش از حرمت به حلیت تغییر می‌یابد و آیه تنها به حلیت فعل اضطراری نظر خواهد داشت.

دوم اینکه بگوییم اگر شخص در مقابل تهدید و اضطرار در مقابل مهاجم تسلیم نشود، بلکه برای خروج از وضعیت مخمصه به جای تسلیم، مدافع را از خود دور کند، چون در حالت اولیه ضرر زدن به دیگران حرمت تکلیفی دارد، در اینجا به دلیل اضطرار، حرمت تبدیل به حلیت می‌شود. در این قسم، آیه به حلیت فعل اضطراری نظر ندارد، بلکه به حلیت زدن و ضرب مهاجم در مقام دفاع نظر دارد و مطابق این برداشت آیه با بحث ما ارتباط می‌یابد.

اگرچه برخی استنادات فقها، ناظر به برداشت اول است، اما برداشت دوم را هم نباید از نظر دور داشت؛ چنان که در رابطه با مفهوم اضطرار در آیه گفته شده مراد از اضطرار آن است که خوف و مظنه تلف نفس یا عضو از اعضا باشد (حسینی جرجانی، ۱۴۰۴: ۵۶۱/۲) یا گفته‌اند مطابق آیه، دفع هلاک از خود با حرام جائز است و این دفع، هم شامل مباشرت می‌شود و هم تسبیب (فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۱۵۳/۴).

مطابق برداشت دوم، مسئله‌ای که باید بحث گردد این است که آیه تنها به حکم تکلیفی نظر دارد یا حکم وضعی و جبران خسارت نیز به تبع حکم تکلیفی می‌آید؟ پاسخ این است که گرچه در خصوص اضطراری که مربوط به تهاجم دیگری نباشد، برخی فقها اعتقاد دارند که حکم تکلیفی حرمت برداشته می‌شود، اما حکم وضعی برقرار است و شخص باید جبران خسارت کند؛ اما در خصوص دفاع مشروع میان فقها اتفاق نظر مبنی بر معافیت مدافع نسبت به پرداخت خسارت وجود دارد. البته در همانجا یعنی اضطرار در غیر مورد دفاع مشروع، موضوع اختلافی است و در بعضی موارد

اتفاق نظر وجود ندارد، از جمله در جایی که شخص مضطر به خوردن غذای دیگران است. شیخ طوسی در *مبسوط* و به تبع ایشان محقق حلی و علامه حلی معتقدند که مالک غذا واجب است که به مضطر غذا بدهد و بعد از اینکه به وی غذا داده شد، برخی مانند محقق حلی و علامه قائل به عدم وجوب پرداخت عوض و جبران خسارت به مالک هستند با این استدلال که در مقابل کار واجب، عوضی قرار نمی‌گیرد (ر.ک: صیمری، ۱۴۲۰: ۷۶/۴).

دفع شبهه: یکی از آیاتی که از آن این شبهه حاصل می‌شود که دفاع، واجب بلکه جایز نیست، آیه مربوط به داستان فرزندان حضرت آدم عَلَيْهِمُ السَّلَامُ یعنی هابیل و قابیل است که قرآن از زبان فرزند صالح و متقی یعنی هابیل می‌فرماید: ﴿لَئِنْ بَسَطْتَ إِلَيَّ يَدَكَ لِتَقْتُلَنِي مَا أَنَا بِبَاسٍ يَدِي إِلَيْكَ لِأَقْتُلَكَ إِنِّي أَخَافُ اللَّهَ رَبَّ الْعَالَمِينَ﴾^۱ (مانده / ۲۸).

حرف «ل» در آغاز جمله، لام سوگند است و جمله ﴿بَسَطْتَ إِلَيَّ يَدَكَ﴾ جمله‌ای شرطیه است و به جای اینکه جمله مثبت آورده شود و بگوید: «برادرش گفت اگر چنین کنی چنین خواهم کرد»، یک جمله اسمی منفی آورده شده که آن اسم (باسط) هم اسم صفت است - یعنی نه جمله اثباتی و نه جمله فعلی به کار گرفته نشده‌اند - و آیه چنین می‌گوید: «اگر تو برای کشتن من دست به کار شوی، من برای کشتن تو دستم را نمی‌گشایم». اسم صفت نیز با حرف «باء» تأکید گردیده و اصل کلام نیز با سوگند مؤکد شده و همه این‌ها برای این است که بفهماند او از ارتکاب جنایت و قتل نفس به مراتب دور است، به طوری که نه تنها تصمیم بر آن نمی‌گیرد، بلکه تصورش را هم نمی‌کند، و در آخر مطالب خود را تعلیل کرد به اینکه: ﴿إِنِّي أَخَافُ اللَّهَ رَبَّ الْعَالَمِينَ﴾ (طباطبایی، ۱۴۱۷: ۳۰۲/۵).

در برخی تفاسیر نقل گردیده است که هابیل با اینکه از نظر جسمی قوی‌تر از قابیل بود، از قتل قابیل امتناع نمود و از خوف الهی تسلیم قابیل گردید؛ زیرا در آن زمان، کشتن کسی به عنوان دفاع جایز نبود، بلکه افراد موظف بودند که شکیبایی نشان دهند تا خداوند انتقام بگیرد (زمخشری، ۱۴۰۷: ۶۲۴/۱).

۱. «اگر دست خود را به سوی من دراز کنی تا مرا بکشی، من دستم را به سوی تو دراز نمی‌کنم تا تو را بکشم؛ چرا که من از خداوند پروردگار جهانیان می‌ترسم».

لکن در پاسخ باید گفت که این نظر، دقیق به نظر نمی‌رسد؛ زیرا از ظاهر آیه، اباحه تسلیم به دست نمی‌آید. مظلوم می‌تواند برای دفاع از خود و رهایی از چنگ ظالم بدون اینکه قصد کشتن داشته باشد، او را به قتل برساند (طبرسی، ۱۳۷۷: ۶۳/۲) و آیه تنها دلالت بر عدم تعرض و اقدام ابتدایی همراه با قصد قتل دیگری می‌نماید، نه اینکه دفاع و مقابله را نیز ممنوع نموده و اجازه ندهد که شخص از خود دفاع نماید. این برداشت از ظاهر آیه، مطابق با آن چیزی است که مظلوم در مقام مدافع، جهت رهایی از ظالم زمانی که اراده قتل او را نموده است، می‌تواند او را به قتل رساند. بر این اساس، هرگاه حفظ نفس مستلزم دفع باشد، یکی از مصادیق آن می‌تواند قتل مهاجم باشد. در حقیقت این برداشت از ظاهر آیه، حکمی عقلی است؛ زیرا وجوب حفظ نفس، عقلی است، بنابراین اباحه تسلیم که منافات با وجوب حفظ نفس دارد، از آیه قابل برداشت نیست (اردبیلی، بی‌تا: ۲۳؛ مازندرانی خواجویی، ۱۴۱۸: ۳۱). بر این اساس با توضیحات فوق، شبهه عدم جواز دفاع در مقابل مهاجم دفع می‌گردد.

۳. اعمال حق

از موارد دیگری که شخص با وجود انجام فعل زیانبار، مسئولیت مدنی ندارد، جایی است که بخواهد حق خود را اعمال نماید. اعمال حق اگرچه از نظر زیان رساننده، فعل زیانبار نیست، لکن از نظر طرف مقابل، یک فعل زیانبار است؛ به ویژه در جایی که زیان‌رساننده حق داشته باشد برای وصول حقش از باب مقدمه، در دیگر اموال طرف مقابل تصرف کند یا ناچار به اتلاف مالی شود، بدون اینکه ضمانتی داشته باشد. در فقه از اصطلاحاتی چون «تقاص» و «مقاصه» برای اعمال حق طلبکار استفاده شده است و با شرایطی به شخص مظلوم اجازه داده شده تا حق خود را از اموال ظالم خودش وصول نماید (عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۲۴۲/۳؛ نجفی، ۱۹۸۱: ۳۸۷/۴۰).

فقط از چندین آیه قرآن جواز تقاص را استنتاج نموده‌اند که عبارت‌اند از:

۳-۱. آیه ۱۹۴ سوره بقره

خداوند متعال در این آیه بعد اجازه قتال با مشرکان مکه می‌فرماید: ﴿فَمَنْ اِغْتَدَىٰ

عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِمْ مِثْلَ مَا عْتَدَى عَلَيْكُمْ»^۱.

عمومیت آیه: ظاهر آیات قبل، در مورد جنگ با مشرکان مکه است و با توجه به ابتدای آیه، این شائبه به ذهن متبادر می‌گردد که در قتال با مشرکان، اگر آنان حرمت ماه حرام را شکستند، شما هم بشکنید؛ در نتیجه این آیه فقط اختصاص به قصاص در جنگ دارد. لکن ملاحظه می‌گردد که مفسران از آیه استفاده عموم نموده‌اند (جصاص، ۱۴۰۵: ۳۲۵/۱؛ مکارم شیرازی، ۱۳۷۴: ۳۳/۲)؛ برای مثال در این زمینه اظهار گردیده است: «[خداوند متعال] قصاص را در تمامی حرمت‌های تشریح کرده، که شهر حرام هم یکی از آنهاست و اگر قصاص را هم تشریح نموده، بدان جهت است که تجاوز در مقابل تجاوز را با رعایت برابری تشریح نموده است» (طباطبایی، ۱۴۱۷: ۶۳/۲).

دلالت آیه بر اعمال حق (تقاص): بسیاری از فقها در جواز مقاصه به این آیه استناد نموده‌اند (اردبیلی، بی‌تا: ۴۶۷؛ نجفی، ۱۹۸۱: ۸۶/۳۷؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۱۴۸۰/۱). صاحب *کنز العرفان* در خصوص دلالت آیه اعتداء بر جواز تقاص چنین می‌گوید: «در جایی که غاصب و ظالم، مال به ظلم گرفته‌شده را باز نمی‌گردانند، به مقتضای آیه جایز است از مالش به قدری که غضب نموده، برداشته شود؛ چه این اخذ به حکم حاکم باشد یا بدون حکم حاکم» (سیوری حلی، ۱۴۱۹: ۳۴۵/۱).

علامه طباطبایی معتقد است:

«اعتدا و تجاوز وقتی مذموم است که در مقابل اعتدای دیگران واقع نشده باشد و خلاصه، تجاوز ابتدایی باشد. اما اگر در مقابل تجاوز دیگران باشد، در عین اینکه تجاوز است، دیگر مذموم نیست؛ چون عنوان تعالی از ذلت و خواری را به خود می‌گیرد... تکبر با اینکه از رذائل است، در مقابل متکبر از فضائل می‌شود و سخن زشت گفتن با اینکه زشت است، برای مظلوم پسندیده است» (۱۳۷۴: ۹۲/۲).

۲-۳. آیه ۴۰ سوره شوری

خداوند متعال در این آیه می‌فرماید: «وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا»^۲.

عمومیت آیه: در منابع تفسیری، این آیه نیز آیه‌ای عام دانسته شده و از آن به عنوان

۱. «پس هر کس بر شما تعدی کرد، همان گونه که بر شما تعدی کرده، بر او تعدی کنید».

۲. «کیفر بدی، مجازاتی است همانند آن».

یک اصل در جزا و پاداش (شاذلی، ۱۴۱۲: ۳۱۶۷/۵) و یا به عنوان تبیین‌کننده قانون مماثلت در اسلام - که طبق عقل و فطرت و عدل است - تفسیر شده است (قرائتی، ۱۳۸۳: ۴۱۶/۱۰).

دلالت آیه بر تقاص: فقهای امامیه در جواز تقاص به این آیه استناد نموده‌اند (شهابی خراسانی، ۱۴۱۷: ۲۴۶/۲؛ اردبیلی، بی‌تا: ۴۶۷؛ نجفی، ۱۹۸۱: ۸۶/۳۷). در چگونگی دلالت آیه بر جواز تقاص اظهار شده است:

«آیه حکم مظلوم را که طلب یاری می‌کند، بیان می‌نماید که چنین کسی در انتصار خود می‌تواند در مقابل ستمگر، رفتاری چون رفتار او داشته باشد که چنین تلافی و انتقامی، ظلم و بغی نیست» (طباطبایی، ۱۳۷۴: ۹۴/۱۸).

نیز گفته شده:

«با ملاحظه منطوق آیه، "سیئه" اطلاق داشته و عمومیت آن شامل اتلاف اموال و منافع نیز می‌شود و در اینجا "جزاء سیئه سیئه مثلها" به معنای اتلاف مال یا منفعت در مقابل کاری که انجام شده نیست، بلکه به معنای اخذ آن است... قصاص در معنای خاص مخصوص نفس است، اما در اموال چون اتلاف حرام است، تقاص به معنای اخذ مال مثل آن چیزی است که تلف شده یا به اندازه قیمت آن است» (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱: ۱۹۵/۲).

۳-۳. آیه ۴۱ سوره شوری

خداوند متعال در ادامه آیه قبل می‌فرماید: ﴿وَلَكِنْ اتَّصَرَ بَعْدَ ظُلْمِهِ فَأُولَئِكَ مَاعَلَيْهِمْ مِنْ سَبِيلٍ﴾^۱. عمومیت آیه: این آیه نیز که بعد از آیه «وجزاء سیئه...» آمده، در حقیقت در مقام بیان حکمی عام است در مورد کسانی که بعد از ستم دیدن، در مقام گرفتن حق خود برآیند، که در این وضعیت خداوند متعال می‌فرماید هیچ مانعی جلوگیری از آنها نبوده و در شرع الهی هیچ مجوزی نیست که حق آنان را باطل کند (طباطبایی، ۱۴۱۷: ۶۶/۱۸).

دلالت آیه بر جواز اعمال حق: با توجه به عمومیت مستفاد از آیه، از آن می‌توان در جواز تقاص بهره برد؛ زیرا تقاص حق خود از شخصی که از پرداخت آن امتناع یا آن را انکار می‌کند نیز می‌تواند یکی از مصادیق آیه باشد. حتی برخی دلالت این آیه را نسبت

۱. «بر کسانی که پس از ستمی که بر آنها رفته باشد، انتقام می‌گیرند، ملامتی نیست».

به آیات قبل واضح‌تر دانسته و گفته‌اند معنای آیه این است که هر کس به کمک خود بیاید و بعد از اینکه بر او ظلم و تعدی شد، خودش برای اعمال حقش اقدام نمود، چنین منتصری نه عقوبت و نه ذم و نه گناهی دارد؛ البته به همان وجهی که مورد ظلم واقع شده، بدون اینکه در عین و صفت زیادتر از حقش بردارد (کاظمی، بی‌تا: ۱۰۱/۳). در روایتی از قول امام سجاد علیه السلام آمده است:

«وَحَقٌّ مِنْ أَسَاءِكَ أَنْ تَعْفُو عَنْهُ، وَإِنْ عَلِمْتَ أَنَّ الْعَفْوَ يَضُرُّ اتْتَصَرْتَ، قَالَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى: ﴿وَلَكِنْ اتَّصَرَ بِعَدْلٍ فَلَوْلَيْكَ مَا عَلَيْهِمْ مِنْ سَبِيلٍ﴾»^۱ (عروسی حویزی، ۱۴۱۵: ۵۸۵/۴).

کلام امام علیه السلام حکایت از جواز انتقام در صورت زیان بخشش دارد. با بررسی متون فقهی نیز ملاحظه می‌گردد که به این آیه جهت جواز تقاص استناد گردیده است (اردبیلی، بی‌تا: ۴۶۷؛ انصاری، ۱۴۱۴: ۱۱۹).

در نهایت با توجه به آیات فوق باید گفت که جواز تقاص امری مسلم است و این مهم از عمومات قرآن به خوبی قابل استنباط است.

۴. اجرای حکم و مجازات

یکی از مواردی که فعل زیانبار مشروع محسوب می‌شود، جایی است که عامل فعل به دلیل کار ناشایستی که انجام داده، استحقاق عقوبت یا تحمل زیان ناشی از اجرای حکم کار ناشایست خود را دارد. قرآن کریم به صراحت به چند مورد از اجرای مجازات نسبت به مرتکب فعل زیانبار پرداخته است:

۴-۱. مجازات زناکار

خداوند متعال در آیه ۲ سوره نور می‌فرماید: «الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةً جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ»^۲.

۱. «اما حق آن کس که نسبت به تو بدی کرده آن است که او را ببخشی. ولی اگر دانستی که بخشیدن زیان دارد، از او انتقام می‌گیری. خداوند بزرگ می‌فرماید: ﴿وَلَكِنْ اتَّصَرَ بِعَدْلٍ فَلَوْلَيْكَ مَا عَلَيْهِمْ مِنْ سَبِيلٍ﴾». ۲. «زنان و مردان زناکار را هر کدام صد تازیانه بزنید و هرگز درباره آنان در دین خدا، شما را رحمت و رأفت فرا نگیرد، اگر به خدا و روز قیامت ایمان دارید، و باید عذاب آن دو را گروهی از مؤمنان مشاهده کنند».

۲-۴. مجازات سارق

در آیه ۳۸ سوره مائده در مورد مجازات سارق آمده است: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَتْ كَلَّا مِنْ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾^۱.

۳-۴. قصاص

قرآن کریم این امر را مجاز شمرده است؛ از جمله در آیه ۳۳ سوره اسراء آمده است: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيِّهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا﴾^۲.

آیه ابتدا از ارتکاب قتل به عنوان یک فعل زیانبار نهی می کند، اما اگر به حق باشد، اجازه ارتکابش را می دهد. مشابه حکم این آیه، در آیات ۶۸ سوره فرقان^۳ و ۱۵۱ سوره انعام^۴ نیز آمده است.

بحث تفسیری: در تفسیر آیه مذکور آمده است که مقصود از «ما برای ولی مقتول سلطانی قرار دادیم» این است که در قصاص قاتل، به او سلطنت و اختیار داده ایم، و ضمیری که در «فلا یسرف» و در «إنه» هست، به «ولی» برمی گردد و مقصود از «منصور بودن او»، همان تسلط قانونی بر کشتن قاتل است. بنابراین معنای آیه این است: «کسی که مظلوم کشته شده باشد، ما به حسب شرع برای صاحب خون او سلطنت قرار دادیم تا اگر خواست قاتل را قصاص کند و اگر خواست خون بها بگیرد و اگر هم خواست عفو کند. حال صاحب خون هم باید در کشتن اسراف نکند و غیر قاتل را نکشد و یا بیش از یک نفر را به قتل نرساند و بداند که ما یاری اش کرده ایم و به هیچ وجه قاتل از چنگ او فرار نمی کند؛ پس عجله به خرج ندهد و به غیر قاتل نپردازد» (جزیری، ۱۴۱۹: ۳۸۸/۵).

۱. «و مرد دزد و زن دزد، دستشان را ببرید، به سزای کاری که کرده اند، به جهت کیفری که از جانب خداوند معین شده است، و خدا مقتدر غالب و دارای حکمت است».

۲. «و نفسی را که خدا محترم شمرده، به قتل نرسانید، مگر آنکه بر اساس حق باشد و کسی که بی گناهی را بکشد، ما برای وی آن مقتول، قدرت و تسلط قانونی قرار داده ایم که قصاص کند، پس ولی خون در قتل تجاوز نکند که او از جانب خدا و قانون الهی یاری شده است».

۳. ﴿وَلَا يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾.

۴. ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾.

در نتیجه با توجه به منصور بودن ولی، ضمان برآمده از آیه شامل دیه نیز می‌شود. بعضی دیگر از مفسران (ابوالفتوح رازی، ۱۴۰۸: ۲۰۲/۲۰) احتمال داده‌اند که ضمیر در «فلا یسرف» به قاتل برگردد، هرچند کلمه قاتل در آیه نیامده، ولی سیاق بر آن دلالت دارد و ضمیر «إنه» به «من» برگردد. در نتیجه معنا چنین است: «قاتل‌ها بدانند که ما برای صاحبان مقتول که مظلوم کشته شده‌اند، تسلط قرار دادیم، پس در آدم‌کشی اسراف نکنند و به ظلم کسی را نکشند؛ زیرا کسی که به ظلم کشته شود، از ناحیه ما یاری شده است، چون ما صاحب خون او را تسلط قانونی داده‌ایم». لیکن این معنا از سیاق آیه بعید است. علاوه بر این، لازمه‌اش آن است که تنها ضمیر «إنه» به مقتول برگردد (طباطبایی، ۱۴۱۷: ۹۱/۱۳).

معنای «إلا بالحق»: مفسران (مکارم شیرازی، ۱۳۷۴: ۱۰۶/۱۲) و فقیهان (اردبیلی، بی‌تا: ۳۹۴؛ شهابی خراسانی، ۱۴۱۷: ۲۴۳/۲) اظهار می‌دارند که مصداق «إلا بالحق» اجرای احکامی مانند قصاص در مقابل قتل، قتل در ارتداد و رجم زنا محصنه است. شیخ طوسی نیز در مبسوط منظور از عبارت «إلا بالحق» را قصاص و آنچه مانند آن است، می‌داند (طوسی، ۱۳۸۷: ۳/۷). مفسر قرآن، راوندی، هر سه مورد را نام برده و می‌گوید: «حقی که در آیه، قتل نفس را مباح ساخته، در شرع عبارت است از ارتداد و کشتن نفس به حرام و زنا محصنه» (۱۴۰۵: ۳۷۲/۲).

برخی از دیگر فقها «إلا بالحق» را توسعه داده و با اشاره به آیاتی دیگر، مواردی چون محاربه، فساد در زمین و کفر را نیز به آن اضافه نموده‌اند (جزیری، ۱۴۱۹: ۳۸۹/۵). در حقیقت این آیات، ناظر به موضوع اجرای حکم شرع هستند که در آیات دیگر، حکم هر یک از جرائم ذکر شده است؛ چنان که حکم قصاص در آیه ۴۵ سوره مائده، حکم مربوط به قتل کفار در آیه ۲۹ سوره توبه و حکم محارب و فسادکننده در زمین در آیه ۳۳ سوره مائده - که یکی از مجازات‌ها قتل عنوان شده است - آمده است.

۵. احسان

یکی دیگر از علل موجهه که در آن فعل زیانبار، نیازی به جبران خسارت و ضمان ندارد، احسان است. مستند اصلی قاعده احسان، آیه ۹۱ سوره توبه است: «لَيْسَ عَلَيَّ

الضُّعْفَاءِ وَلَا عَلَى الْمَرْضَى وَلَا عَلَى الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ مَا يَنْفِقُونَ حَرَجٌ إِذَا أَحْتَوَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ مَاعِلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ^۱.

عمومیت آیه: شأن نزول آیه در مورد برخی اصحاب پیامبر ﷺ است که به دلیل ضعف و بیماری و فقر، قدرت جنگ نداشتند و نتوانستند در غزوه تبوک شرکت کنند و از این موضوع ناراحت بودند که مبادا در شمار کسانی قرار گیرند که با عذر غیر موجه از رفتن به جبهه خودداری می کردند. اما با توجه به مباحثی که در اصول فقه مطرح است، علامه طباطبایی می نویسد:

«این جمله به حسب معنا عام است، هرچند از نظر تطبیق، مخصوص طوائف معاصر با نزول آیه و عذرخواهان از اعراب آن روز است» (طباطبایی، ۱۳۷۴: ۴۹۰/۹).

فقههای اسلامی نسبت به موارد خارج از آن مورد نیز به عموم آیه تمسک کرده اند. به همین دلیل از نظر روش اجتهادی، نباید دقت خود را فقط بر مورد نزول آیه متمرکز نمود، بلکه به آنچه مفاد ظاهر آیه از نظر عموم و اطلاق بر آن دلالت دارد نیز می توان تمسک کرد. بر این اساس، از کلمه «محسنین» در آیه که به صورت معرفه و مُحَلِّی به الف و لام آمده است، عمومیت برداشت می شود. کلمه «سبیل» نیز به صورت نکره در سیاق نفی آمده که آن هم از نظر نحوی و اصولی مفید عموم است (محقق داماد یزدی، ۱۴۰۶: ۲۹۶/۲).

«سبیل» از نظر لغوی به معنای حرج و زحمت و حجت آمده است (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۳۱۹/۱۱) که با توجه به شأن نزول آیه، معانی حرج و زحمت هماهنگ با آیه است. بنابراین آیه شریفه هر چیزی را که سبب مؤاخذه شخص محسن شود، نفی می کند و یک قضیه حقیقیه است که منحل به قضایای متعدد می گردد و تمام موجبات حرج و زحمت و مؤاخذه را اعم از اینکه مجازات یا ضمان مالی باشد، نفی می کند (فاضل موحدی لنگرانی، ۱۴۱۸: ۲۸۹). در نهایت باید گفت بر فرض اینکه ظاهر آیه بر عموم و اطلاق دلالت نکند، تعلیق حکم بر وصف احسان، نشان دهنده عمومیت داشتن حکم

۱. «بر ضعیفان و بیماران و آن‌ها که وسیله‌ای برای انفاق [در راه جهاد] ندارند، ایرادی نیست [که در میدان جنگ شرکت نجویند]، هر گاه برای خدا و رسولش خیرخواهی کنند [و از آنچه در توان دارند، مضایقه نمایند]. بر نیکوکاران راه مؤاخذه نیست و خداوند آمرزنده و مهربان است!».

بر آن وصف است و حکم نفی سبیل بر هر محسنی ساری و جاری خواهد بود (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۲/۴۷۵).

مفاد احسان در آیه: با توجه به اینکه منظور از «ما علی المحسنین من سبیل»، نفی عموم سبیل از عموم محسنین است. پس می توان گفت که آیه در مجموع بدین معناست: «هر چه مصداق سبیل است از کلیه افراد محسن منتفی است». این معنا یک کبرای کلی ثابت است و از قواعد فقهی محسوب می شود (محقق داماد یزدی، ۱۴۰۶: ۲/۲۹۶). با توجه به مفاد آیه، این آیه مدرک قرآنی قاعده احسان از جانب فقها تلقی شده و احسان را مسقط ضمان دانسته اند (ر.ک: مصطفوی، ۱۳۸۴: ۶۳).

آیات ۷۱ و ۷۹ سوره کهف: علاوه بر این آیه که در رابطه با احسان شهرت یافته، آیات دیگری نیز در قرآن وجود دارند که با قاعده احسان ارتباط دارند. از جمله در قضیه همراهی حضرت موسی با حضرت خضر علیه السلام، یکی از کارهای حضرت خضر علیه السلام سوراخ کردن کشتی متعلق به مساکین بود که برای خیرخواهی و جلوگیری از غصب آن توسط حاکم، این فعل محسنانه رخ داد^۱ و خسارتی هم به ظاهر از جانب حضرت خضر علیه السلام پرداخت نشد. این آیه را نیز می توان همان گونه برخی از فقها نیز از آن استفاده نموده اند (مجاهد طباطبایی حائری، بی تا: ۱۰۸) - به احسان ارتباط داد و این ایراد را که خضر علیه السلام پیغمبر بود و کاری که برای او جایز باشد، لازم نیست که برای ما جایز باشد، نباید وارد دانست؛ زیرا تکیه در استدلال به ملاحظه علت است که آن احسان به مساکین است. پس هر جا که علت باشد، حکم ثابت می شود (گیلانی قمی، ۱۴۱۳: ۲/۴۶۷).

آیه ۶۰ سوره رحمن: آیه دیگر مرتبط با احسان آیه «هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ» (رحمن / ۶۰) است؛ اگرچه از این آیه بیشتر برای اثبات ضمان مالک نسبت به فاعلی که قصد دلسوزی و نفع رساندن داشته، یعنی مسئله اداره فضولی مال غیر استفاده می شود، چنان که کاشف الغطاء می گوید:

«از این آیه مترتب می شود که فاعل محسن لازم است جزا و پاداش عملش داده شود،

۱. «فَاتَّطَلَقَ حَتَّى إِذَا رَكِبَا فِي السَّفِينَةِ خَرَقَهَا قَالَ أَخَرَقْتَهَا لِتُغْرِقَ أَهْلَهَا لَقَدْ جِئْتَ شَيْئًا إِمْرًا» (کهف / ۷۱) و پاسخ حضرت خضر علیه السلام: «أَمَّا السَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسَاكِينٍ يَعْمَلُونَ فِي الْبَحْرِ فَأَرَدْتُ أَنْ أَعِيبَهَا وَكَانَ وَرَاءَهُمْ مَلِكٌ يَأْخُذُ كُلَّ سَفِينَةٍ غَصْبًا» (کهف / ۷۹).

اگر عملی که انجام داده، قیمت داشته باشد؛ البته در صورتی که وی قصد تبرع نداشته باشد و فرقی نمی‌کند که وی نیت رجوع برای دریافت اجرت عملش را داشته باشد یا چنین نیتی نداشته باشد» (نجفی کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۱۲۵).

اما با وجود این، بسیاری نیز همان بحث مسقط بودن احسان و عدم ضمان مالی محسن را از آن اخذ کرده‌اند (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۱۲/۴؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۴۷۵/۲؛ فاضل موحدی لنکرانی، ۱۴۱۸: ۲۸۳).

مطابق این آیه چنین استدلال می‌گردد که در جواب احسان باید اقدامی احسان‌گونه مقابل گردد و اگر محسن ضامن باشد، این ضمان برای او اسائه محسوب می‌شود که آیه به صورت استفهام انکاری آن را رد نموده است.

علاوه بر این موارد، آیات دیگری نیز می‌توانند ارتباط داده شوند که برای پرهیز از اطاله کلام، از آن‌ها صرف نظر می‌شود، مانند ﴿وَإِذَا حُيِّتُمْ بِبِئْسَ فَحْوٍ فَأَجْسَبُوا بِهَا حَسَنًا﴾ (نساء/ ۸۶) که اگرچه در کتب فقهی بیشتر برای جواب سلام دادن در نماز و غیر نماز به آن تمسک شده، اما معنای «تحتیة» چنان که در *کنز العرفان* گفته شده (سیوری حلّی، ۱۴۱۹: ۱۵۵/۱) صرف سلام کردن نیست، بلکه شامل هر نوع نیکی و احسانی می‌شود. بنابراین دلالت آیه بر موضوع روشن است؛ چون مطابق آن اگر احسان و نیکی صورت گرفت، بهتر از آن یا حداقل همانند آن باید پاسخ داده شود و حال آنکه مؤاخذه محسن و ضامن دانستن وی، به وضوح خلاف دستور صریح این آیه شریفه می‌باشد.

۶. اثبات حکم نزد قاضی

با اینکه فعل زیانبار با تمام اقسامش ممنوع است، لکن گاهی اوقات به شخص مظلوم و زیان‌دیده این حق داده شده تا برای اثبات حق و مظلومیتش نزد قاضی، بتواند برخی افعال زیانبار را انجام دهد؛ یعنی به همان شکل که پس از اثبات حق زیان‌دیده، وی می‌تواند با اجازه قاضی برای رسیدن به حقیقت مرتکب فعل زیانبار شود، در مرحله قبل از آن یعنی در مرحله اثبات حق نیز به وی اجازه ارتکاب برخی افعال زیانبار داده شده است.

در شرع اسلام، ریختن آبروی دیگران و از بین بردن وجهه آن‌ها نزد دیگران ابتدائاً

ممنوع است و این ممنوعیت در فقه، هم شامل حکم تکلیفی است که از آن به «حرمت غیبت کردن مؤمن» یاد می‌شود و هم شامل حکم وضعی است که مطابق آن غیبت‌کننده باید از غیبت‌شونده (مغتاب) عذرخواهی و طلب حلالیت کند. در حقوق نیز شیوه جبران از طریق عذرخواهی پیش‌بینی شده و گاهی بسته به نحوه انتشار ممکن است از طریق درج در جراید صورت گیرد. با این حال برخی مواقع، اجازه ارتکاب این فعل زیانبار در مقام اثبات حق نزد قاضی داده شده است. مستند این جواز را می‌توان آیه ۱۴۸ سوره نساء دانست: «لَا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَنْ ظَلَمَ وَكَانَ اللَّهُ سَمِيعًا عَلِيمًا»^۱. دلالت آیه: این آیه دلالت دارد بر اینکه هر گاه کسی پرده خود را بردرد و گناه خود را آشکار سازد، آشکار کردن و اظهار آنچه در اوست، جایز است. در حدیث آمده است:

«درباره فاسق، چیزهایی که باعث معرفی او در میان مردم شود، بگویند و فاسق را غیبت نیست» (طبرسی، ۱۳۷۲: ۲۰۲/۳).

از نظر ترکیب نحوی، «الجهر» مصدر و به معنای ظهور است و «باء» برای تعدیه است که جهر را به معنای اجهار می‌سازد که مترادف اظهار است و معنای آیه چنین می‌شود: «إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ أَنْ يَظْهَرَ السُّوءَ».

جمله «إِلَّا مَنْ ظَلَمَ» نیز استثنای منقطع است و معنایش با معنای کلمه «لکن» یکی است. پس در حقیقت خداوند متعال فرموده است: «لکن من ظلم لا باس بأن یجهر بالسوء من القول فیمن ظلمه ومن حیث الظلم» (طباطبایی، ۱۴۱۷: ۱۲۳/۵)؛ یعنی خدا دوست نمی‌دارد سخن زشت با صدای بلند گفتن را، لیکن کسی که مورد ظلم شخص یا اشخاصی قرار گرفته، می‌تواند در مورد خصوص آن شخص و یا اشخاص و در خصوص ظلمی که به وی رفته، سخن زشت و با صدای بلند بگوید.

از نظر مفسران (همان) و فقها (طباطبایی حکیم، بی‌تا: ۳۴۳؛ حسینی روحانی قمی، ۱۴۱۲: ۳۴۰/۱۴)، جهر بالسوء و آشکار شدن سخن زشت، عنوانی عام است و اختصاص به غیبت و ذکر عیب در فرد ندارد، بلکه حتی شامل مواردی مثل اهانت و دشنام هم

۱. «خداوند بانگ برداشتن به بدزبانی را دوست ندارد، مگر [از] کسی که بر او ستم رفته باشد، و خدا شنوای داناست».

می‌شود. لکن قدر متیقن آن غیبت و ذکر عیب دانسته شده است (موسوی خمینی، بی‌تا: ۴۲۸/۱).

همچنین اطلاق آیه بیانگر این است که مظلوم می‌تواند در مورد ظالم نزد هر کسی بدگویی کند، چه این فرد مستمع، قاضی باشد و چه غیر قاضی (بحرانی، ۱۴۰۵: ۱۶۰/۱۸): اگرچه برخی قائل شده‌اند که باید به قدر متیقن اکتفا کرد و آن کسی است که می‌تواند از ازاله سوء از مظلوم کند. از این رو، این گروه بر این باورند که اکتفا به قدر متیقن و رجوع به دلیل عام مبنی بر حرمت غیبت ایجاب می‌کند که مظلوم تنها حق غیبت نزد قاضی و هر کسی دارد که بتواند به او کمک کند (ر.ک: نراقی، ۱۴۱۵: ۳۴۷/۲). کاشف‌الغطاء می‌گوید:

«غیبت مظلوم از ظالمش در مقام تظلم و شکایت جایز است، چه ظالم ظلم خود را پنهان کرده باشد و چه آشکارا به وی ظلم کرده باشد؛ به دلیل اطلاق آیه شریفه (جهر بالسوء) و فرقی هم نمی‌کند که برای مظلوم در غیبت نمودن ظالم فایده‌ای باشد یا چنین فایده‌ای نباشد (آل کاشف‌الغطاء، ۱۳۶۶: ۱۲/۲).

به هر حال به دلیل این آیه، یکی از مستثنیات مکاسب محرمه در کتب فقهی - که غیبت از کسب‌های حرام دانسته شده - این مورد بیان شده است (موسوی قزوینی، ۱۴۲۴: ۲۶۴/۲: موسوی خویی، ۱۴۱۲: ۳۴۲/۱). در نتیجه در جایی که زیان‌دیده به واسطه غیبت دچار خسارت شده، حق دارد در مورد ظالمش و نسبت به ظالمش غیبت کند و در این مورد چون فعل زیانبارش مجاز تلقی می‌شود، نیازی به حلالیت طلبیدن و عذرخواهی وجود نخواهد داشت.

۷. قتل اهل بغی و اتلاف اموال در جنگ با اهل بغی

بغی در اصطلاح فقهی عبارت است از خروج از اطاعت امام عادل (نجفی، ۱۹۸۱: ۳۲۲/۲۱)، و مقصود از باغی هر کسی است که بر امام عادل خروج کند و بیعت با او را بشکند و از احکام و فرامینش مخالفت نماید (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۱۵/۲). جهاد با باغی در صورت دعوت امام معصوم علیه السلام یا منصوب از سوی ایشان واجب، و سرپیچی از آن گناه کبیره است. با قیام به جهاد در حد کفایت، وجوب از دیگران ساقط می‌شود،

مگر آنکه امام علیه السلام فرد یا افراد خاصی را به جهاد فراخواند که در این صورت، اجابت بر آنان واجب عینی خواهد بود (نجفی، ۱۹۸۱: ۳۲۴-۳۲۶). بر این اساس در زمان جنگ با آنها، ضمانی برای مسلمانان و مؤمنان نسبت به ائتلاف نفوس و اموال اهل بغی و کسانی که علیه حکومت اسلامی خروج کرده‌اند، نمی‌باشد (اردبیلی، بی‌تا: ۵۲۶/۷؛ علامه حلی، بی‌تا: ۴۱۶/۹).

این حکم توسط فقها از آیه ۹ سوره حجرات استنباط شده که خداوند در آن، امر به کشتن اهل بغی می‌نماید: ﴿وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتُلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِنْ فَاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾^۱.

بحث تفسیری: کلمه «بغی» که مصدر «بغت» است، به معنای ظلم و تعدی بدون حق است و کلمه «فیء» که جمله «تفیء» از آن اشتقاق یافته، به معنای برگشتن است و مراد از «امر الله» دستوراتی است که خدای تعالی داده است. بنابراین معنای آیه چنین است: «اگر یکی از دو طایفه مسلمانان به طایفه دیگر بدون حق ستم کرد، باید با آن طایفه که تعدی کرده، قتال کنند تا به امر خدا برگردد و دستورات الهی را گردن نهد» (طباطبایی، ۱۴۱۷: ۱۸/۳۱۴).

دلالت آیه بر بغی: در خصوص دلالت آیه بر جرم بغی، دو نظریه متفاوت وجود دارد:

دیدگاه اول، عدم دلالت بر بغی: به اعتقاد این دیدگاه، آیه دلالت بر بغی ندارد؛ زیرا قیام بر ضد امام معصوم علیه السلام موجب کفر است، در حالی که نزاع میان مؤمنان تنها موجب فسق است، نه کفر. لذا قرآن کریم در آیه فوق، هر دو گروه را مؤمن و برادر دینی یکدیگر نامیده است. به این ترتیب نمی‌توان احکام اهل بغی را به این گروه تعمیم داد (سیوری حلی، ۱۴۱۹: ۱/۳۸۶؛ مکارم شیرازی، ۱۳۷۴: ۲۲/۱۶۹).

دیدگاه دوم، دلالت بر بغی: به باور دیدگاه دوم، این آیه دلالت بر جرم بغی دارد

۱. «و اگر دو طایفه از مؤمنان با هم بجنگند، میان آن دو را اصلاح دهید و اگر [باز] یکی از آن دو بر دیگری تعدی کرد، با آن [طایفه‌ای] که تعدی می‌کند بجنگید تا به فرمان خدا بازگردد. پس اگر بازگشت، میان آن‌ها را دادگرانه سازش دهید و عدالت کنید که خدا دادگران را دوست می‌دارد».

(علامه حلی، بی‌تا: ۳۹۱/۹؛ طوسی، ۱۳۸۷: ۲۶۳/۷؛ ابن بزّاج طرابلسی، ۱۴۱۰: ۳۲۲/۱؛ کاظمی، بی‌تا: ۳۶۲/۴؛ مدرسی، ۱۴۰۵: ۳۹۵/۱۳)؛ زیرا زمانی که قرآن به قتال با طایفه‌ای دستور می‌دهد که بر طایفه دیگر خروج نموده است، به طریق اولی و از طریق مفهوم اولویت، آیه با کسانی که بر امام خروج نموده‌اند، دستور قتال داده تا اینکه به امر خداوند برگردند (علامه حلی، بی‌تا: ۳۹۱/۹).

با بررسی‌های انجام گرفته به نظر می‌رسد - علاوه بر دلیلی که علامه حلی بیان نمود - به دلایل ذیل، آیه مذکور بر بغی نیز دلالت دارد:

- ارتباط تاریخی میان آیه بغی و مسئله قیام علیه حکومت در اسلام، به جنگ‌های داخلی صدر اسلام و حوادث بعد از قتل عثمان بازمی‌گردد. بر اساس برخی روایات، این آیه برای بیان حکم «فتنه» و جنگ داخلی میان پیروان حضرت محمد صلی الله علیه و آله نازل شده است (امینی نجفی، ۱۳۹۶: ۲۷۵؛ انصاری قرطبی، ۱۹۸۵: ۳۱۹/۱۶)

- در بخشی از روایتی طولانی از امام صادق علیه السلام آمده است که بعد از نزول این آیه، پیامبر اسلام صلی الله علیه و آله به عمّار یاسر خبر داد که توسط «فتنه باغیة» کشته خواهد شد (ر.ک: حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۵/۱۵).

- علاوه بر این، در پاسخ به دیدگاه اول باید گفت چنین نیست که اتفاق نظر نسبت به کفر اهل بغی وجود داشته باشد؛ زیرا دیدگاهی نیز تنها حکم به فسق بغات داده است (طوسی، ۱۳۸۷: ۲۶۴/۷). بنابراین بغات نیز می‌توانند مصداق آیه مذکور باشند.

بر این اساس مطابق این آیه، مسلمانان در جنگ نسبت به نفوس اهل بغی ضمانتی ندارند و مأمور به کشتن اهل بغی گشته‌اند و عدم ضمان نسبت به نفوس، به طریق اولی عدم ضمان نسبت به اموال را در پی خواهد داشت (همان: ۲۶۷/۷). علامه حلی می‌گوید:

«اگر دفع اهل بغی جز از راه قتل ممکن نباشد، واجب است و چیزی بر قاتل نیست و اهل عدل ضمانی ندارند در آنچه از اموال اهل بغی در حال جنگ تلف می‌کنند» (بی‌تا: ۴۱۶/۹).

در تفسیر نمونه ذیل آیه مذکور آمده است:

«اگر خون طایفه باغی و ظالم در این میان ریخته شود، بر گردن خود اوست و به

اصطلاح خونشان هدر است، هر چند مسلمانان؛ زیرا فرض بر این است که نزاع در میان دو طایفه از مؤمنین روی داده است» (مکارم شیرازی، ۱۳۷۴: ۱۶۶/۲۲).

البته باید گفت که این عدم ضمان، منوط به اتلاف در زمان جنگ است و آن هم در صورتی که دفع اهل بغی به غیر از طریق قتل ممکن نباشد و اگر قبل از شروع جنگ یا بعد از آن، اتلافی از جانب مسلمانان صورت بگیرد، ضمان به وجود می‌آید.

۸. جواز غذا خوردن از خانه دوستان و خویشاوندان

به رغم توجه ویژه نسبت به احترام اموال دیگران در قرآن و قائل شدن حرمت تکلیفی و ضمان برای اکل و تصرف باطل و ناحق در اموال دیگران، خداوند اجازه می‌دهد که نسبت به اموال خویشاوندان و دوستان نزدیک تصرف نمود: ﴿لَيْسَ عَلَى الْأَعْمَى حَرْجٌ وَلَا عَلَى الْأَعْرَجِ حَرْجٌ وَلَا عَلَى الْمَرِيضِ حَرْجٌ وَلَا عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَنْ تَأْكُلُوا مِنْ بُيُوتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ آبَائِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أُمَّهَاتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ إِخْوَانِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَخْوَانِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَعْمَامِكُمْ أَوْ بُيُوتِ عَمَّاتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَخْوَالِكُمْ أَوْ بُيُوتِ خَالَاتِكُمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مَفَاتِحَهُ أَوْ صَدِيقِكُمْ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَأْكُلُوا جَمِيعًا أَوْ أَشْتَاتًا...﴾^۱ (نور / ۶۱).

بحث تفسیری: مطابق با نظر مفسران، از آنجا که در آیات سابق، سخن از اذن ورود در اوقات معین یا به طور مطلق به هنگام داخل شدن در منزل اختصاصی پدر و مادر بود، آیه مورد بحث در واقع استثنایی بر این حکم است که گروهی می‌توانند در شرایط معینی بدون اجازه، وارد منزل خویشاوندان و مانند آن شوند و حتی بدون استیذان غذا بخورند (همان: ۵۴۹/۱۴). به تعبیر دیگر طبق این آیه، اجازه داده شده است که انسان از خانه خویشاوندان چیز بخورد ولو اینکه آن‌ها خبر نداشته باشند؛ نظیر اینکه اگر کسی وارد باغی شود و گرسنه باشد یا از گله‌ای بگذرد و تشنه باشد، مجاز است که از میوه باغ و شیر گوسفندان بخورد. این اجازه را خداوند به این جهت داده است که مردم در

۱. «بر نابینا و لنگ و بیمار و بر شما ایرادی نیست که از خانه‌های خودتان بخورید یا از خانه‌های پدرانتان یا خانه‌های مادرانتان یا خانه‌های برادرانتان یا خانه‌های خواهرانتان یا خانه‌های عموهایتان یا خانه‌های عمه‌هایتان یا خانه‌های دایی‌هایتان یا خانه‌های خاله‌هایتان یا آن [خانه‌هایی] که کلیدهایش را در اختیار دارید یا [خانه] دوستان. [همچنین] بر شما باکی نیست که با هم بخورید یا پراکنده.»

مضيقه نباشند و از پستی اخلاق بر کنار بمانند (طبرسی، ۱۳۷۲: ۲۴۵/۷).

به جز سخن ضعیفی که در خصوص نسخ آیه با روایت «ولا یحل مال امرئ مسلم إلا عن طیب نفس منه» گفته شده (ر.ک: همان: ۲۴۶/۷)، سایر فقها در اصل موضوع اتفاق نظر دارند و تنها در خصوص برخی شرایط تجویز این حکم، میان فقها اختلاف دیدگاه دیده می‌شود.

بر این اساس، فقهای امامیه با استفاده از این آیه، حرمت و ضمان ناشی از تصرف در اموال دیگران را با مستثنا کردن تصرف در اموال افراد مذکور همراه کرده‌اند (راوندی، ۱۴۰۵: ۳۲/۲؛ سیوری حلی، ۱۴۱۹: ۳۰/۲؛ اردبیلی، بی‌تا: ۳۰۵/۱۱؛ نجفی، ۱۹۸۱: ۴۰۶/۳۶؛ نراقی، ۱۴۱۵: ۴۰/۱۵).

احکام مستنبط از آیه: مفسران و فقها با استفاده از ظاهر و اطلاق آیه، احکامی را از آن استنباط نموده‌اند:

الف) احراز رضایت باطنی: اولین سؤالی که در این رابطه مطرح می‌گردد اینکه آیا احراز رضایت باطنی (به اصطلاح از طریق شاهد حال) به خاطر خصوصیت و نزدیکی که میان طرفین است شرط است؟

در پاسخ اظهار گردیده است که ظاهر اطلاق آیه، این شرط را نیز نفی می‌کند و همین اندازه را که احتمال رضایت او باشد (و غالباً رضایت حاصل است)، کافی می‌شمرد. ولی اگر وضع طرفین به صورتی درآمده که یقین به عدم رضایت داشته باشد، گرچه ظاهر آیه نیز از این نظر اطلاق دارد، اما بعید نیست که آیه از چنین صورتی منصرف باشد. بنابراین آیه فوق در محدوده‌ای خاص، آیات و روایاتی را که تصرف در اموال دیگران را مشروط به احراز رضایت آن‌ها کرده‌اند، تخصیص می‌زند (مکارم شیرازی، ۱۳۷۴: ۵۵۴/۱۴).

ب) شمولیت آیه نسبت به همسر و فرزندان: در اینکه چرا در آیه دوستان و خویشاوندان ذکر شده‌اند، اما فرزندان و همسر ذکر نگردیده‌اند، چند پاسخ داده شده است. گفته شده به این دلیل که این امر به صورت مفهومی، معلوم می‌باشد؛ چون مدلول آیه، جواز خوردن از خانه دورترهاست، پس خانه فرزندان و همسر به طریق اولی مشمول حکم قرار می‌گیرد (ر.ک: سیوری حلی، ۱۴۱۹: ۳۱/۲).

برخی نیز گفته‌اند با توجه به کلمه «بیوتکم» که در آیه آمده، فرزندان هم مشمول حکم می‌گردند، چون در حقیقت خانه‌های فرزندان، همان خانه‌های پدران می‌باشد، به این دلیل که اموال فرزند، همان اموال پدر می‌باشد؛ از آنجا که در حدیث نبوی خطاب به فرزندان آمده است:

«تو و مال تو از آن پدر می‌باشد» (همان؛ طبرسی، ۱۳۷۲: ۲۴۵/۷).

از همین جاست که «ربا» بین پدر و فرزند جریان پیدا نمی‌کند؛ چون در واقع مال آن دو، یکی است و بحث در زوج و زوجه نیز به همین صورت است. علاوه بر حکم فوق، احکام ذیل نیز از ظاهر و اطلاق آیه قابل استنباط است:

- حکم آیه شامل اموالی که مالک در خارج از خانه دارد، نمی‌شود.
- حکم آیه، غیر مأكولات و موادی را که خوراکی نیستند، شامل نمی‌شود.
- مطابق با ظاهر آیه، جواز تنها قائم به خود شخص است. بنابراین اطعام دیگران جایز نیست (عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۳۴۲/۷).

نتیجه‌گیری

۱. بر اساس اطلاق آیه ۱۷۳ سوره بقره و آیات مرتبط با آن، شخصی که برای نجات جان خود یا دیگری در مقام دفاع، ناچار به آسیب به متجاوز شود، با اینکه این کار در وضعیت عادی حرمت و مسئولیت دارد، در زمان اضطرار، حرمت تکلیفی تبدیل به حلیت گردیده و هیچ مسئولیتی در مقابل متجاوز ندارد؛ البته به شرطی که از حد لازم تجاوز نکنند.

۲. در جایی که شرایط تقاص فراهم است، آن احترامی که برای مال و جان در مقام دفاع، در برابر تقاص و قبل از اجتماع شرایط وجود داشته، در مقام تقاص وجود ندارد و بدین جهت مال تقاص شونده در حدودی که تقاص اقتضا دارد، برای تقاص کننده به صورت مباح درمی‌آید و جان تقاص شونده نیز با رعایت الأسهل فالأسهل همین حکم را دارد. در عین حال رعایت احتیاط در دماء در این مورد، خالی از وجه نیست.

۳. عامل فعل ناشایست، استحقاق عقوبت یا تحمل زیان ناشی از اجرای حکم کار

ناشایست خود را دارد و مطابق با نصوص و اطلاق آیات قرآن کریم، مجازات مرتکب فعل نامشروع، هیچ مسئولیتی را در پی نخواهد داشت.

۴. با توجه به استنباط «نفی عموم سبیل از عموم محسنین» از اطلاق آیه ﴿مَاعَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾ و آیات مشابه، هر چه مصداق سبیل است از کلیه افراد محسن منتفی است. بر این اساس در صورتی که شخص به قصد احسان به دیگری، اقدامی کند که اتفاقاً موجب ضرر شود، شخص محسن مسئولیتی ندارد.

۵. با اینکه فعل زیانبار با تمام اقسامش ممنوع است، قرآن کریم به شخص مظلوم و زیان‌دیده این حق را داده است که برای اثبات حق و مظلومیتش نزد قاضی، بتواند برخی افعال زیانبار را انجام دهد. در نتیجه در جایی که زیان‌دیده به واسطه غیبت دچار خسارت شده، حق دارد در مورد ظلمش و نسبت به ظالمش غیبت کند و در این مورد، چون فعل زیانبارش مجاز تلقی می‌شود، نیازی به حلالیت طلبیدن و عذرخواهی وجود نخواهد داشت.

۶. مطابق با اطلاق آیه ۹ سوره حجرات، مسلمانان مأمور به جنگ با اهل بغی شده‌اند. در نتیجه در زمان جنگ با بغات، اگر آسیبی به جان و مال آنها وارد گردد، ضمانی بر مسلمانان نیست.

۷. طبق آیه ۶۱ سوره نور اجازه داده شده است که انسان از خانه خویشاوندان چیزی بخورد. بر این اساس، در نتیجه جواز اکل از خانه دوستان و خویشان، حرمت و ضمان ناشی از تصرف در اموال آنها منتفی می‌گردد.

کتاب‌شناسی

۱. آل کاشف الغطاء، محمدحسین بن علی بن محمدرضا، وجیزة الاحکام، چاپ دوم، نجف اشرف، مؤسسه کاشف الغطاء، ۱۳۶۶ ق.
۲. ابن ادریس حلی، محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۳. ابن براج طرابلسی، قاضی عبدالعزیز بن نحیر، المهدب، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۴. ابن منظور افریقی مصری، ابوالفضل جمال‌الدین محمد بن مکرم، لسان العرب، چاپ سوم، بیروت، دار صادر، ۱۴۱۴ ق.
۵. ابوالفتح رازی، حسین بن علی، روض الجنان و روح الجنان فی تفسیر القرآن، مشهد، بنیاد پژوهش‌های اسلامی آستان قدس رضوی، ۱۴۰۸ ق.
۶. اردبیلی، احمد بن محمد، زیادة البیان فی احکام القرآن، تهران، المكتبة الجعفریة للاحیاء الآثار الجعفریة، بی‌تا.
۷. امینی نجفی، عبدالحسین احمد، الغدیر فی الکتاب و السنة و الادب، نجف، مرکز الغدیر للدراسات الاسلامیة، ۱۳۹۶ ق.
۸. انصاری، مرتضی بن محمدامین، رسائل فقهیة، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۴ ق.
۹. انصاری قرطبی، ابوعبدالله محمد بن احمد بن ابی‌بکر، الجامع لاحکام القرآن، بیروت، مؤسسه التاریخ العربی، ۱۹۸۵ م.
۱۰. بحرانی (آل عصفور)، یوسف بن احمد بن ابراهیم، الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۱۱. جزیری، عبدالرحمن، سیدمحمد غروی، و یاسر مازح، الفقه علی المذاهب الأربعة و مذهب أهل البيت (علیهم‌السلام)، بیروت، دار الثقلین، ۱۴۱۹ ق.
۱۲. جصاص، ابوبکر احمد بن علی رازی، احکام القرآن، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۵ ق.
۱۳. حرّ عاملی، محمد بن حسن، تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة، قم، مؤسسه آل البيت (علیهم‌السلام) لاحیاء التراث، ۱۴۰۹ ق.
۱۴. حسینی جرجانی، سیدامیر ابوالفتح، تفسیر شاهی، تهران، نوید، ۱۴۰۴ ق.
۱۵. حسینی روحانی قمی، سید صادق، فقه الصادق (علیه‌السلام)، قم، دار الکتاب - مدرسه امام صادق (علیه‌السلام)، ۱۴۱۲ ق.
۱۶. حسینی مراغی، سید میرعبدالفتاح بن علی، العناوین الفقهیة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۱۷. حکمت‌نیا، محمود، «مسئولیت مدنی در قرآن»، فصلنامه حقوق اسلامی، سال چهارم، شماره ۱۵، زمستان ۱۳۸۶ ش.
۱۸. راوندی، قطب‌الدین ابوالحسین سعید بن هبة‌الله، فقه القرآن فی شرح آیات الاحکام، چاپ دوم، قم، کتابخانه آیه‌الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۵ ق.
۱۹. زمخشری، جارالله محمود بن عمر، الکشاف عن حقائق غوامض التنزیل و عیون الاقاویل فی وجوه التأویل، چاپ سوم، بیروت، دار الکتاب العربی، ۱۴۰۷ ق.
۲۰. سیوری حلی (فاضل مقداد)، جمال‌الدین مقداد بن عبدالله، کنز العرفان فی فقه القرآن، تحقیق سیدمحمد قاضی، تهران، مجمع جهانی تقریب مذاهب اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۲۱. شاذلی، سید بن قطب بن ابراهیم، فی ظلال القرآن، چاپ هفدهم، بیروت، دار الشروق، ۱۴۱۲ ق.

۲۲. شهابی خراسانی، محمود بن عبدالسلام تربتی، *ادوار فقه*، چاپ پنجم، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۱۷ ق.

۲۳. صیمیری بحرانی، مفلح بن حسن (حسین)، *غایة المرام فی شرح شرائع الاسلام*، بیروت، دار الهادی، ۱۴۲۰ ق.

۲۴. طباطبایی حکیم، سیدمحمدسعید، *مصابیح المنهاج - کتاب الطهارة*، قم، المنار، بی تا.

۲۵. طباطبایی، سیدمحمدحسین، *المیزان فی تفسیر القرآن*، چاپ پنجم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.

۲۶. همو، *ترجمه المیزان فی تفسیر القرآن*، ترجمه سیدمحمدباقر موسوی همدانی، چاپ پنجم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۷۴ ش.

۲۷. طبرسی، امین‌الدین ابوعلی فضل بن حسن، *ترجمه تفسیر جوامع الجامع*، چاپ دوم، مشهد، بنیاد پژوهش‌های اسلامی آستان قدس رضوی، ۱۳۷۷ ش.

۲۸. همو، *مجمع البیان فی تفسیر القرآن*، چاپ سوم، تهران، ناصرخسرو، ۱۳۷۲ ش.

۲۹. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *المبسوط فی فقه الامامیه*، چاپ سوم، تهران، المكتبة المرتضویة لاحیاء الآثار الجعفریة، ۱۳۸۷ ق.

۳۰. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی، *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، حاشیه سیدمحمد کلاتر، قم، کتاب فروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.

۳۱. عروسی حویزی، عبد علی بن جمعه، *تفسیر نور الثقلین*، تحقیق سیدهاشم رسولی محلاتی، چاپ چهارم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۱۵ ق.

۳۲. عطار، داود، *دفاع مشروع در حقوق جزای اسلام*، ترجمه اکبر غفوری، مشهد، بنیاد پژوهش‌های اسلامی آستان قدس رضوی، ۱۳۷۰ ش.

۳۳. علامه حلّی، جمال‌الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *تذکرة الفقهاء*، قم، مؤسسه آل‌البتیة، ۱۴۱۴ ق.

۳۴. فاضل موحدی لنکرانی، محمد، *تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة - الدیات*، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار، ۱۴۱۸ ق.

۳۵. فخرالمحققین حلّی، ابوطالب محمد بن حسن بن یوسف، *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۷ ق.

۳۶. قرانتی، محسن، *تفسیر نور*، چاپ یازدهم، تهران، مرکز فرهنگی درس‌هایی از قرآن، ۱۳۸۳ ش.

۳۷. کاشف الغطاء، حسن بن جعفر بن خضر، *انوار الفقاهة - کتاب المکاسب*، نجف اشرف، مؤسسه کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ ق.

۳۸. کاظمی (فاضل جواد)، جواد بن سعد اسدی، *مسالك الافهام الی آیات الاحکام*، بی جا، بی تا، بی نا.

۳۹. گیلانی قمی، میرزا ابوالقاسم بن محمدحسن، *جامع الشتات فی اجوبة السؤالات*، تهران، کیهان، ۱۴۱۳ ق.

۴۰. مازندرانی خواجه‌نوی، محمد اسماعیل بن حسین خاتون آبادی، *جامع الشتات*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸ ق.

۴۱. مجاهد طباطبایی حائری، سیدمحمد بن علی، *کتاب المناهل*، قم، مؤسسه آل‌البتیة، بی تا.

۴۲. محقق داماد یزدی، سیدمصطفی، *قواعد فقه*، چاپ دوازدهم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ ق.

۴۳. مدرسی، سیدمحمدتقی، *تفسیر من هدی القرآن*، بیروت، دار البیان العربی، ۱۴۰۵ ق.

۴۴. مصطفوی، سیدمصطفی، «احسان؛ منبع مسئولیت»، *فصلنامه فقه و حقوق*، سال دوم، پاییز ۱۳۸۴ ش.

۴۵. مکارم شیرازی، ناصر، *القواعد الفقهیه*، چاپ سوم، قم، مدرسه الامام علی بن ابی طالب علیه السلام، ۱۴۱۱ ق.
۴۶. همو، *انوار الفقاهة - کتاب الحدود و التعزیرات*، قم، مدرسه الامام علی بن ابی طالب علیه السلام، ۱۴۱۸ ق.
۴۷. همو، *تفسیر نمونه*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۷۴ ش.
۴۸. موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم، *فقه الحدود و التعزیرات*، چاپ دوم، قم، مؤسسه النشر لجامعة المفید، ۱۴۲۷ ق.
۴۹. موسوی بجنوردی، سیدحسن بن آقابزرگ، *القواعد الفقهیه*، قم، الهادی، ۱۴۱۹ ق.
۵۰. موسوی خمینی، سیدروح الله، *تحریر الوسیله*، قم، دار العلم، بی تا.
۵۱. همو، *کتاب البیع*، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ ق.
۵۲. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، *مصباح الفقاهه*، تقریر محمدعلی توحیدی تبریزی، قم، مکتبه الداوری، ۱۴۱۲ ق.
۵۳. موسوی سبزواری، سید عبدالاعلی، *مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام*، چاپ چهارم، قم، المنار - دفتر معظم له، ۱۴۱۳ ق.
۵۴. موسوی قزوینی، سیدعلی، *ینایع الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۴ ق.
۵۵. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۸۱ م.
۵۶. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، *مستند الشیعة فی احکام الشریعه*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۵ ق.

صحت شرط پرداخت از مال معین در عقد ضمان*

□ غلامرضا یزدانی^۱

چکیده

به موجب عقد ضمان، ذمه ضامن در مقابل مضمون‌له بدهکار می‌شود و حق مضمون‌له به ذمه او تعلق می‌گیرد و هیچ حق عینی نسبت به اموال ضامن پیدا نمی‌کند. ضامن در مقام فراغ ذمه خود، مالی از اموالش را تعیین کرده و به مضمون‌له می‌پردازد. وی در انتخاب هر مصداقی از اموال خود مخیر است. حال اگر ضمن عقد ضمان، شرط شود که ضامن مال معینی را به مضمون‌له بپردازد، چنین شرطی از نظر صحت و بطلان، چه وضعیتی دارد؟ این مسئله بین فقها اختلافی است. گروهی به طور مطلق شرط را صحیح به شمار آورده و گروهی حکم به بطلان آن داده‌اند و گروهی در مسئله قائل به تفصیل‌اند. در مقاله حاضر، نویسنده با بهره‌گیری از روش کتابخانه‌ای و مبتنی بر روش تحلیلی - توصیفی به این نتیجه رسیده است که شرط پرداخت از مال معین، هر گاه به صورت شرط ضمن عقد ضمان پیش‌بینی شود، شرط و عقد صحیح می‌باشند؛ ولی اگر

به صورت قید عقد ضمان باشد. عقد و شرط هر دو باطل اند. وانگهی، اگر شرط پرداخت از مال معین، از همان ابتدا به عین معین تعلق گیرد، به گونه‌ای که در اثر عقد ضمان، ذمه ضامن مشغول نگردد، در این صورت نیز هم عقد و هم شرط، باطل خواهد بود.

واژگان کلیدی: شرط، عقد ضمان، شرط پرداخت از مال معین، ذمه ضامن.

مقدمه

قانون مدنی در تعریف عقد ضمان مقرر می‌دارد:
عقد ضمان عبارت است از اینکه شخصی، مالی را که به ذمه دیگری است، به عهده گیرد...».

از این تعبیر استفاده می‌شود که چیزی می‌تواند مورد ضمان قرار گیرد که در ذمه باشد. به موجب عقد ضمان، دین که در ذمه مضمون‌عنه است، به ذمه ضامن منتقل می‌شود (ماده ۶۹۸ قانون مدنی). از این رو در عقد ضمان، دین به ذمه ضامن تعلق می‌گیرد و ضامن در مقام پرداخت، با تعیین مالی برای تحویل به مضمون‌له، مافی‌الذمه خود را فارغ می‌نماید. حال اگر در عقد ضمان از همان ابتدا شرط شود که ضامن، مال معین و مشخصی را به مضمون‌له بپردازد، وضعیت عقد ضمان به چه صورت خواهد شد؟ مثلاً مضمون‌له از مدیون اصلی، مبلغ ده میلیون تومان طلبکار است و شخصی از مدیون ضمانت می‌نماید، ولی ضامن در ضمن عقد ضمان شرط می‌کند که عقد ضمان به اتومبیل او تعلق بگیرد و او در مقام پرداخت بدهی طلبکار، اتومبیل خود را به او بپردازد، در این صورت وضعیت این شرط و عقد ضمان به چه شکل خواهد شد؟ مهم‌ترین انگیزه نهفته در پس چنین شرطی آن است که با این شرط، حق مضمون‌له به عین معینی تعلق گرفته و در فرض اعسار یا ورشکستگی ضامن، مضمون‌له مجبور نخواهد بود که در صف غرما قرار گیرد. وانگهی، تعهدی که منبع آن پول نقد باشد، با ریسک‌های متعددی مواجه است؛ اما تعهداتی که به عین معین تعلق می‌گیرند، از این ریسک‌ها به دور می‌باشند؛ از جمله در شرایطی که کشور با تورم روزافزون کالا مواجه

می‌شود و پول روز به روز ارزش اقتصادی خود را از دست می‌دهد، چنانچه مقرر باشد که ضامن در آینده مال معینی به مضمون‌له بپردازد، این تورم به نفع مضمون‌له رقم خورده و کاهش ارزش پول به وی ضرری وارد نمی‌کند. همچنین در مواردی که مقرر است ضامن با پرداخت عین معین، ذمه خود را فارغ کند، نمی‌تواند با مخفی کردن اموال و دارایی، خود را معسر بینگارد.

به هر حال، شرط پرداخت از مال معین، به چند صورت متصور است که هر کدام باید جداگانه مورد بررسی قرار گیرد:

صورت اول: اینکه شرط پرداخت بدهی از مال معین، قید ضمان باشد. صورت دوم: اینکه طرفین، عقد ضمان را منعقد نمایند، ولی در ضمن این عقد، یک التزام ثانویه را نیز مقرر نمایند و آن اینکه در مقام پرداخت، ضامن بدهی را از مال معینی بپردازد.

صورت سوم: اینکه از همان ابتدا عقد ضمان را روی مال معین بیاورند؛ به این صورت که بعد از تحقق عقد ضمان، ذمه و عهده ضامن مشغول نشود، بلکه موضوع و متعلق عقد ضمان، همان عین خارجی باشد.

بعد از بیان اقسام و صور مسئله باید دید که کدام صورت عقد ضمان و شرط صحیح است و در کدام قسم، باطل است. همچنین باید دید که اگر قبل از اینکه مال تعیین شده به مضمون‌له پرداخت گردد، تلف شود، چه حالتی پیش خواهد آمد؟ آیا دین به کلی ساقط می‌گردد یا اینکه خیر؟ در صورتی که دین هنوز باقی است، ضامن مسئول پرداخت آن است یا مضمون‌عنه؟

در خصوص موضوع حاضر، تا کنون تحقیقی مستقل جز یک مقاله با عنوان شرط پرداخت از مال معین در عقد ضمان» (نعمت‌اللهی، ۱۳۹۶: ش ۵۵) انجام نشده است. تمرکز مقاله موصوف نیز بر آثار شرط پرداخت از مال معین در عقد ضمان بوده و به بررسی صحت و فساد این شرط پرداخته است.

در مقاله حاضر تلاش می‌شود تا صحت و فساد این شرط از نگاه فقها و محققان بررسی گردد. به هر حال، قانون مدنی به این مسئله اشاره نکرده است. برخی از حقوق‌دانان بر این باورند که شرط پرداخت از مال معین، شرطی صحیح است (امامی،

بی‌تا: ۲/۲۶۹؛ اما در کتب فقهی، شیخ طوسی برای اولین بار در کتاب *المبسوط* به این فرع اشاره کرده است و حکم به صحت آن داده است (طوسی، ۱۳۸۷: ۲/۳۳۶). البته این مسئله را در ذیل شرایط ضامن آورده و فرموده است یکی از شرایط ضامن این است که حرّ و آزاد باشد؛ در نتیجه ضمانت عبده و بنده صحیح نیست. سپس دو استثنا بیان کرده و فرموده است که ضمانت عبد در دو صورت صحیح است؛ اول اینکه مولی به او اذن بدهد و دوم اینکه شرط پرداخت از مال معینی بنماید (همان). سپس جمعی به همین شیوه به این فرع اشاره کرده‌اند (برای نمونه ر.ک: بیهقی کیدری، ۱۴۱۶: ۳۱۷؛ محقق حلّی، ۱۴۰۸: ۲/۸۹).

علامه حلّی ضمن طرح این مسئله به صورت یک فرع مستقل فقهی، تصریح به صحت آن می‌کند و در کتب متعدد به آن اشاره می‌کند (برای نمونه ر.ک: علامه حلّی، ۱۴۱۰: ۱/۴۰۱؛ همو، ۱۴۱۳: ۲/۱۵۶؛ همو، ۱۴۱۴: ۲/۵۵۰؛ همو، ۱۴۲۰: ۲/۵۵۰؛ همو، ۱۴۲۱: ۱۱۷).

بعد از علامه حلّی، بسیاری از فقها به صحت این شرط تصریح کرده‌اند (برای نمونه ر.ک: عاملی جزینی، ۱۴۱۴: ۲/۲۲۰؛ صیمری بحرانی، ۱۴۲۰: ۲/۱۹۸؛ کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۵/۳۱۴؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۴/۱۱۷؛ همو، ۱۴۲۲: ۴۱۷؛ اردبیلی، ۱۴۰۳: ۹/۲۸۶؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۱۶/۳۷۵؛ مجاهد طباطبایی حائری، بی‌تا: ۱۱۷؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۲۶/۱۱۸).

به نظر می‌رسد صحت این شرط تا زمان سید یزدی، امری مسلم بود تا جایی که برخی فقها ادعای اجماع بر صحت آن کرده‌اند (برای نمونه ر.ک: اردبیلی، ۱۴۰۳: ۹/۲۸۷؛ تستری، بی‌تا: ۱۷۳؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶: ۱۳/۳۰۹). علاوه بر اجماع، عمده دلیلی که مستند این نظریه قرار گرفته است، عموم ادله شروط نظیر روایت «المؤمنون عند شروطهم» است. مستفاد از این روایت آن است که هر شرطی که طرفین در قرارداد درج نمایند، مادامی که خلاف کتاب یا سنت نباشد، صحیح و نافذ است و اشتراط پرداخت از مال معین نیز مخالف کتاب یا سنت نیست و در نتیجه صحیح و نافذ خواهد بود.

سید یزدی اولین فقیهی است که مسئله را تفصیل داده و می‌فرماید شرط پرداخت از مال معین، اگر قید یا شرط ضمان باشد، صحیح است؛ ولی شرط تعلق عقد ضمان به

مال خارجی باطل است (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹: ۴۲۴/۵). سپس برخی از فقها، همین تفصیل سید یزدی را پذیرفته‌اند (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶: ۳۰۸/۱۳؛ موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۵۹/۲۰).

در مقابل دیدگاه نخست، برخی شرط پرداخت از مال معین را باطل دانسته‌اند، اعم از اینکه شرط پرداخت از مال معین، قید ضمان باشد و یا شرط ضمن عقد ضمان؛ از جمله محقق نائینی (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹: ۴۲۴/۵) و آیه‌الله بروجردی (همان).

برخی دیگر بین تقیید و اشتراط تفکیک قائل شده و معتقدند که شرط پرداخت از مال معین، اگر به صورت قید عقد ضمان باشد، باطل می‌باشد؛ ولی اگر به صورت شرط ضمن عقد درج شود، صحیح می‌باشد؛ از جمله خوبی در حاشیه عروه (همان) و *مبانی العروه الوثقی* (موسوی خوبی، ۱۴۰۹: ۱۶۵/۲)، گلپایگانی (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹: ۴۲۴/۵) و مکارم شیرازی (همو، ۱۴۲۸: ۷۱۰/۲).

در نهایت، برخی مسئله را به این شکل تفصیل داده‌اند که اگر شرط پرداخت از مال معین، به صورت پرداخت از کلی فی‌المعین باشد، شرط صحیح است ولی اگر به صورت پرداخت از مال معین خارجی باشد، شرط باطل است؛ از جمله امام خمینی در حاشیه عروه (همو، ۱۴۱۹: ۴۲۴/۵)، فاضل لنکرانی (همو، بی‌تا: ۶۵۰/۲) و مرعشی نجفی (۱۴۰۶: ۱۱۵/۲).

با توجه به تحقیق فوق، می‌توان نظریات فقهای امامیه در خصوص این شرط را در چهار نظریه خلاصه کرد:

- ۱- صحت شرط پرداخت از مال معین در عقد ضمان؛
- ۲- بطلان شرط پرداخت از مال معین در عقد ضمان؛
- ۳- تفصیل بین تقیید و اشتراط، به این صورت که تقیید ضمان به پرداخت از مال معین، باطل و شرط پرداخت از مال معین، صحیح می‌باشد.
- ۴- تفصیل بین تعلق شرط به مال خارجی و بین تعلق شرط به کلی فی‌المعین؛ یعنی اگر شرط پرداخت از مال معین خارجی شود، شرط باطل است؛ ولی اگر شرط پرداخت از مال کلی فی‌المعین شود، شرط صحیح است.

مبحث اول: پرداخت از مال معین به عنوان قید

الف) تصویر مسئله

همان طور که در مقدمه اشاره شد، هرچند سید یزدی مبتکر این مسئله نیست، ولی بسط دادن آن از ابتکارات اوست؛ لذا ابتدا عین عبارت سید یزدی نقل می‌شود. ایشان در عروه می‌نویسد:

يجوز اشتراط الضمان في مال معین علی وجه التقييد» (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹: ۴۲۵/۵).

در توضیح این فرض بین محشیان عروه اختلاف نظر به چشم می‌خورد. برخی این فرض را ناظر به یک صورت دانسته‌اند، نظیر آیه‌الله خویی در حاشیه عروه (همان)، و برخی آن را به سه صورت تعمیم می‌دهند (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶: ۳۰۹/۱۳؛ موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۶۰/۲۰). صور مد نظر ایشان بدین شکل است:

۱- اینکه اصل عقد ضمان مقید به مال معین شود؛ به این صورت که ضامن اعلام کند من از دین فلانی ضمانت می‌نمایم به شرطی که عقد ضمان مقید به مال معین شود؛ به این معنا که متعلق عقد ضمان، ذمه مقید به آن مال معین باشد.

۲- اینکه دینی که از آن ضمانت می‌شود، مقید به مال معین شود؛ به این معنا که دین که خود امری کلی است، ولی وقتی در ذمه ضامن قرار می‌گیرد، مقید به مال معینی شود.

۳- پرداخت و ادا مقید به مال معین شود؛ به این معنا که ضامن ضمانت می‌نماید، ولی شرط می‌کند که در موقع ادا، از مال معین بپردازد.

ب) اقوال در مسئله

در خصوص صحت و فساد این فرع بین فقها اختلاف نظر وجود دارد. برخی آن را صحیح و برخی باطل و برخی نیز غیر قابل تصور می‌دانند.

۱. نظریه صحت تقييد ضمان به مال معین

برخی از محققان معتقدند که این فرع صحیح می‌باشد (برای نمونه ر.ک: طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹: ۴۲۵/۵؛ موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۶۰/۲۰؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶: ۳۰۹/۱۳؛ مرعشی نجفی، ۱۴۰۶: ۱۱۵/۲).

طرفداران این نظریه برای اثبات آن به اصل صحت و اطلاق ادله شروط متوسل شده‌اند.

طبق این نظریه که شرط پرداخت از مال معین را در ضمن عقد ضمان، صحیح می‌شمارد، این سؤال پیش می‌آید که اگر در عقد ضمان، پرداخت مال معینی به صورت تقيید درج شد، ولی قبل از آنکه ضامن، آن مال را به مضمون‌له تسلیم کند، آن مال تلف گردید، عقد ضمان چه وضعیتی پیدا خواهد کرد؟ آیا عقد ضمان باطل می‌گردد و مجدداً ذمه مضمون‌عنه در مقابل طلبکار مشغول می‌شود یا اینکه عقد ضمان همچنان پابرجاست و ضامن باید از مالی دیگر، طلب مضمون‌له را بپردازد؟

در این فرع بین محققان اختلاف نظر وجود دارد؛ برخی به نظریه اول متمایل شده و برخی دیگر نظریه دوم را برگزیده‌اند.

۱-۱. بطلان عقد ضمان به سبب تلف مال معین

برخی بر این باورند که اگر مال معین مورد اشتراط تلف شود، عقد ضمان باطل شده و مجدداً ذمه مضمون‌عنه مشغول می‌شود. برای اثبات این نظریه دو دلیل ارائه شده است:

۱- هر گاه قید منتفی شد، مقید نیز منتفی خواهد شد و از طرفی فرض این است که مال معین، قید عقد ضمان بوده است، لذا با انتفای قید، مقید که ضمان باشد، منتفی می‌شود؛ در نتیجه ذمه مضمون‌عنه مشغول می‌گردد (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶: ۳۰۹/۱۳).

۲- همان طور که در امور حقیقی، هر گاه یکی از ذاتیات شیء منتفی شود، ذات نیز منعدم شده و از بین می‌رود، مثلاً هر گاه ناطقیت «از انسان» سلب شود، انسانیت نیز منعدم شده و باقی نمی‌ماند، در امور اعتباری و قراردادی نیز قضیه از همین قرار است.

در مورد بحث، قوام عقد ضمان، به مقید (مال معین) است؛ زیرا طرفین مال معین را متعلق عقد ضمان قرار داده‌اند. در نتیجه اگر به هر دلیلی، مال معین منتفی شود و از بین برود، متعلق عقد ضمان و یکی از مقومات آن از بین رفته است؛ بنابراین خود عقد ضمان نیز منتفی می‌شود (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۶۰/۲۰).

۲-۱. صحت عقد ضمان و ثبوت خیار در فرض تلف مال معین

برخی در این فرع، قائل به صحت عقد ضمان شده و در نتیجه ضامن را مسئول پرداخت بدهی دانسته‌اند (بصری بحرانی، ۱۴۱۳: ۶۹/۶).
برای اثبات این نظریه، ادله‌ای اقامه شده است:

اول: یکسان بودن شرط با قید

فرقی بین قید و شرط نیست؛ همان طور که اگر شرط به دلیلی متعذر شود، مشروط‌له خیار فسخ پیدا خواهد کرد، در جایی که قید نیز متعذر شود، خیار فسخ ثابت خواهد شد (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶: ۱۳/۳۱۲).

نقد و نظر

شرطی که در ضمن عقد درج می‌شود، تعهد فرعی و مستقلی است که تعهدات اصلی عقد پایه را تحت تأثیر قرار نمی‌دهد. ولی قید، عقد را مقید و وابسته می‌کند. از این رو نمی‌توان قید و شرط را با هم یکسان دانست.

دوم: تقیید اراده

اگر در فرض تقیید، کسی قائل به بطلان عقد شود، در فرض اشتراط نیز باید قائل به بطلان گردد؛ یعنی هر گاه در عقد شرطی گنج‌انیده شد و به هر دلیل، آن شرط انجام نشد، باید قائل به بطلان شد؛ زیرا همان طور که در فرض تقیید، قصد و اراده طرفین به مقید تعلق گرفته است، در فرض اشتراط نیز قصد و اراده طرفین، به مشروط تعلق گرفته است (همان).

نقد و نظر

در مواردی که قیدی در عقد درج می‌شود، اراده شخص مقید به آن می‌شود. ولی در صورتی که شرطی در عقد درج می‌شود، ولو مورد شرط توسط طرفین اراده و قصد شده است، ولی شرط اراده را مقید نمی‌کند. در حقیقت، در قراردادهای حاوی شرط، دو مطلوب وجود دارد؛ یکی اصل عقد و دیگری شرط. شاهدش این است که جز در موارد استثنایی، بطلان شرط به عقد سرایت نمی‌کند.

سوم: تعدد مطلوب در فرض تقييد

در موردی که ضمن عقد، قید یا شرطی درج شده است، می‌توان گفت که دو مطلوب وجود دارد؛ مثلاً یک مطلوب خود عقد ضمان است و مطلوب دیگر، تعلق آن به قید یا شرط. حال اگر به هر دلیل یکی از دو مطلوب (حصول قید یا شرط) منتفی شد، دلیلی وجود ندارد که مطلوب دیگری ثابت نباشد.

نقد و نظر

اشکال تحلیل فوق آن است که وقتی قیدی برای تراضی پیش‌بینی شود، در حقیقت قید و مقید هر دو با هم یک مطلوب را تشکیل می‌دهند، به گونه‌ای که با انتفای قید، مقید نیز منتفی می‌شود. ولی شرط، تعهد تبعی است که در ضمن عقد درج می‌شود. به تعبیر اهل لغت، شرط عبارت است از التزام در ضمن بیع و مانند آن. با توجه به اینکه ادله این نظریه، مورد انتقاد می‌باشد، نظریه صحت در پاسخ به فرع مطرح شده، صحیح نمی‌باشد و باید حکم به بطلان ضمان در این فرض داد.

۲. نظریه غیر قابل تصور بودن تقييد ضمان به مال معین

برخی از محققان از جمله بروجردی (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹: ۴۲۵/۵)، خویی (همان) و فاضل لنکرانی (همو، بی‌تا: ۶۵۱/۲)، مدعی شده‌اند که برخی از صور این فرع تصور صحیحی ندارد و نمی‌توان آن را به شکل معقول تصور نمود. به دیگر سخن، برخی از سه صورت پیش‌گفته قابل تصور نبوده و برخی هرچند قابل تصورند، ولی به جهاتی باطل می‌باشند. از این رو می‌توان گفت که این فرع در هیچ صورت، تصور معقولی به دست نمی‌دهد.

صورت اول این است که خود عقد ضمان، مقید به مال معین شود؛ به این معنا که هرچند در عقد ضمان به طور معمول ذمه ضامن مشغول می‌شود، ولی با این شرط، ضامن ذمه‌اش را مقیداً به مال معین مشغول می‌نماید.

اشکال این صورت آن است که این تصور معقول نیست؛ زیرا ذمه از امور اعتباری است و مال معین مورد شرط «از امور حقیقی و خارجی است. روشن است که بین امور اعتباری و امور حقیقی، وجه اشتراکی وجود ندارد و این دو با هم تباین کلی دارند.

وقتی چنین شد، تقیید امر اعتباری به امر واقعی ناممکن خواهد بود. خلاصه اگر مراد از این صورت آن است که اصل اشتغال ذمه ضامن، مقید به مال معین شود، معقول نیست و اگر هم مراد این است که ایجاب و قبول در عقد ضامن، مقید به مال معین گردد، این به معنای تعلیق عقد ضامن است و تعلیق در عقد ضامن، مبطل عقد است (موسوی خویی، ۱۴۰۹: ۱۶۴/۲).

صورت دوم این است که دینی را که مورد ضمانت واقع می‌شود، مقید به مال معین نماید؛ به این معنا که دین خود امری کلی است، ولی وقتی در ذمه ضامن قرار می‌گیرد، مقید به مال معینی شود.

اشکالی که در صورت اول وارد بود، بر این صورت نیز وارد می‌شود؛ چرا که اشتغال ذمه را که امری اعتباری است، نمی‌توان به مال معین تقیید کرد.

صورت سوم این است که ادا و پرداخت مقید به مال معین شود. هرچند اشکال عقلی‌ای که در دو صورت پیشین بیان شد، در این صورت نیست، ولی با محذور تعلیق مواجه است؛ یعنی باعث تعلیق عقد ضامن به پرداخت از مال معین می‌شود و تعلیق در عقد ضامن، مبطل عقد است (همان؛ مرعشی نجفی، ۱۴۰۶: ۱۱۵/۲؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹: ۴۲۴/۵، حاشیه گلپایگانی).

دلیل دیگری که بر غیر معقول بودن این فرض آورده شده است، متشکل از دو مقدمه است:

مقدمه اول: تقیید در جایی صحیح است که اطلاق قابل تصور باشد، اما هر گاه در موردی امکان اطلاق وجود نداشت، تقیید نیز صحیح نیست؛ زیرا معنای تقیید آن است که حصه خاصی مطلوب است؛ مثلاً اگر بگویند «أكرم العلماء العدول»، بدین معنا خواهد بود که یک حصه خاص از این کلی که همان عدول^۱ باشد، مطلوب است.

مقدمه دوم: در مورد بحث، اطلاق ممکن نیست؛ زیرا اشتغال ذمه هرچند امری کلی است، ولی نسبت به امور خارجیه اطلاق ندارد. به عبارت دیگر، چنین نیست که اشتغال ذمه شامل امور خارجیه نیز بشود و نسبت به آن‌ها شمول و اطلاق داشته باشد. بنابراین تقیید آن به امور خارجیه ناممکن است.

نتیجه اینکه همان طور که برخی از محققان بیان داشته‌اند (موسوی خویی، ۱۴۰۹:

۱۶۴/۲)، در عقد ضمان، تقیید به مال معین ناممکن است.

۳. نظریه بطلان تقیید ضمان به مال معین

برخی از فقها از جمله محقق نائینی، امام خمینی و گلپایگانی معتقدند که این فرع باطل است و نمی‌توان در ضمن عقد ضمان، پرداخت از مال معین را شرط نمود (ر.ک: طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹: ۴۲۵/۵). طرفداران این نظریه به دو دلیل متوسل شده‌اند:

۱- تقیید ضمان به مال معین، باعث تعلیق عقد ضمان شده و تعلیق ضمان، باعث بطلان آن می‌گردد.

۲- در نتیجه چنین عقدی، یا ذمه ضامن به چیزی مشغول می‌شود و یا نمی‌شود. اگر ذمه ضامن مشغول می‌شود، تقیید بی‌معناست؛ زیرا معنای تقیید آن است که عقد ضمان به مال معین تعلق بگیرد نه به ذمه ضامن. اگر بعد از عقد ضمان، ذمه ضامن مشغول نمی‌شود، در اینجا عقد ضمان بی‌معناست؛ زیرا عقد ضمان آن است که ذمه مضمون‌عنه بری، و ذمه ضامن مشغول شود (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۶۰/۲۰).

جمع‌بندی

ظاهراً نظریه اخیر به صواب نزدیک‌تر است؛ یعنی در جایی که قید متعذر شد، باید قائل به بطلان عقد ضمان شد و در نتیجه وقتی عقد باطل گردید، مثل آن است که عقد ضمانی اصلاً وجود نداشته است و ذمه مضمون‌عنه مجدداً مشغول می‌شود؛ چرا که ادله نظریه نخست یعنی نظریه صحت تقیید عقد ضمان به مال معین، نمی‌تواند صحت را اثبات کند؛ زیرا بی‌تردید بین قید و شرط فرق وجود دارد. قید اصل التزام و اراده را مقید می‌کند و اراده به حصه خاصه‌ای تخصیص می‌زند، ولی در شرط چنین وضعیتی وجود ندارد؛ یعنی در شرط، اصل اراده و التزام مقید نشده است، بلکه اراده‌ای ضمنی و تعهدی ضمنی در کنار التزام و اراده به اصل معامله شکل می‌گیرد. انتفای اراده ضمنی، همسان با انتفای اراده اصلی نیست. اساساً فرق قید و شرط در این است که قید، اراده اصلی و التزام اولیه را مقید می‌کند، ولی شرط به اراده اصلی کاری ندارد. در نتیجه قیاس قید به شرط، قیاس مع الفارق است.

مبحث دوم: شرط ضمان بودن پرداخت از مال معین

اگر مال معین را به صورت اشتراط در عقد ضمان درج کنند، عقد ضمان چه حالتی پیدا خواهد کرد؟ هرچند ظاهر عبارت محقق نائینی و بروجردی در حاشیه عروه آن است که در این فرض نیز عقد ضمان باطل خواهد بود (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹: ۴۲۴/۵)، ولی سایر فقها، اعتقاد به صحت آن دارند. این مسئله بین علمای امامیه اتفاقی است؛ همچنان که در مباحث سابق به اجماعات منقولی که ادعا شده است، اشاره شد. ظاهراً تا قبل از سید یزدی، کسانی که این مسئله را مطرح می‌کرده‌اند، به این فرض نظر داشته‌اند و تفکیکی که سید یزدی بین تقیید و اشتراط کرده است، از ابتکارات ایشان است. به هر حال برای اثبات صحت عقد ضمان در این مسئله، علاوه بر اجماع و اتفاق علمای امامیه بلکه اتفاق المسلمین، می‌توان به عموم ادله شروط نیز تمسک کرد؛ زیرا مقتضای ادله‌ای نظیر المؤمنون عند شروطهم^۱ آن است که درج هر شرط جایزی در عقد بلامانع است.

سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که اگر قبل از آنکه ضامن بتواند مال معین موضوع شرط را به مضمون‌له بپردازد، آن مال تلف شود، چه وضعیتی پدید خواهد آمد؟ در اینکه با تلف مال معین، عقد ضمان باطل نخواهد شد، اتفاق نظر وجود دارد. ولی اینکه خیار فسخ برای مشروط‌له به وجود می‌آید یا خیر، اختلافی است. برخی معتقدند که با از بین رفتن مال، برای مشروط‌له خیار ثابت است (همان؛ موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۶/۶ و ۲۶۰/۲۰).

در مقابل، برخی دیگر علی‌رغم اذعان به اینکه در صورت تلف مال معین موضوع شرط، عقد باطل نمی‌شود، معتقدند که برای مشروط‌له خیار فسخ به وجود نمی‌آید؛ به سه دلیل:

دلیل نخست: التزامی که از شرط تولید می‌شود، صرفاً وجوب وفای به آن است. حال که با تلف مال، این وجوب متعذر شده است، بر ضامن لازم است که از مال دیگری، طلب مضمون‌له را بپردازد.

دلیل دوم: ثبوت خیار فسخ، مخالف به ارتکاز عرفی است؛ زیرا ارتکازات عرفیه در

این گونه از عقود چنین است که برای مشروطه حق مطالبه و اجبار متعهد به انجام تعهد به وجود می‌آید، نه اینکه برای او حق فسخ به وجود بیاید؛ نظیر شروطی که در عقد نکاح درج می‌شود (موسوی خویی، ۱۴۰۹: ۱۶۵/۲).

دلیل سوم: در عقد ضمان، خیار راه ندارد (همان).

نقد و نظر

برای داوری بین دو دیدگاه پیشین باید به اثر شرط فعل در عقد توجه نمود. در خصوص چیستی اثر شرط فعل در ضمن معامله، دیدگاه‌های مختلفی وجود دارد. برخی اثر شرط فعل را صرفاً ایجاد تکلیف الزام می‌دانند. مطابق این نظریه که به مشهور نسبت داده شده است (انصاری، ۱۴۱۵: ۶۲/۶)، وفای به شرط، یک تکلیف شرعی محض است. به دیگر سخن مطابق این دیدگاه، اثر شرط فعل در قرارداد آن است که یک وجوب شرعی و حکمی تکلیفی بر دوش او قرار می‌گیرد. در مقابل گروهی بر این باورند که مفاد شرط فعل صرفاً اعطای حق فسخ به مشروطه است و هیچ تکلیفی برای متعهد علیه ایجاد نمی‌کند (عاملی جزینی، ۱۴۱۰: ۱۲۰). گروه سوم معتقدند که مفاد شرط، هم حکم تکلیفی و هم وضعی است؛ یعنی شرط، موجب تکلیف به عهده مشروط‌علیه و حکم وضعی به نفع مشروطه به نحو توأمان است. ولی حکم وضعی مزبور را صرفاً در حق مطالبه محدود می‌کند؛ یعنی از یک سو مشروط‌علیه تکلیف می‌یابد که به شرط وفا کند و از سوی دیگر مشروطه حق دارد که انجام آن را مطالبه کند (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۳۰۳). از پیروان این نظریه می‌توان صاحب جواهر (نجفی، ۱۴۰۴: ۶۹/۲۷) و امام خمینی (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۲۳۷/۵) را نام برد و در نهایت برخی معتقدند که شرط، موجد یک نوع حق مالی است و برای صاحب آن، حق دینی به وجود می‌آورد و حتی گاه حق دینی مزبور می‌تواند به حق عینی تبدیل گردد. بر این اساس، تعذر یا تخلف از شرط، مشروطه را بر سر دوراهی فسخ یا امضای مجانی عقد سرگردان و شگفت‌زده نمی‌کند، بلکه مشروطه در ردیف حقوق سنتی و مشهور خود یعنی حق فسخ، حق مطالبه بهای مالی شرط را دارد. این نظریه را علامه حلی (۱۴۲۰: ۱۵۴/۳)، محقق ثانی (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۳۵۹/۷) و سید یزدی (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۱۲۶/۲) انتخاب نموده‌اند.

از فقهای معاصر، محقق داماد از این نظریه دفاع می‌کند (۱۳۸۸: ۳۰۵-۳۰۶). به نظر نگارنده، حق با دیدگاه اخیر است و مفاد شرط فعل، ایجاد حق مالی بر ذمه مشروط‌علیه است. حال در مورد بحث به نظر می‌رسد که در صورت تلف مال، برای مشروط‌له خیار فسخ ایجاد می‌شود؛ به چند دلیل:

۱. با توجه به اینکه مفاد شرط فعل، ایجاد حق مالی در ذمه مشروط‌علیه است، بنابراین با شرط پرداخت از مال معین، ذمه مشروط‌علیه به میزان ارزش مالی شرط متعهد شده است. در نتیجه هرچند مال تلف شده است، ولی ذمه متعهد هنوز مشغول است.
۲. هرچند در خصوص امکان یا عدم امکان درج خیار در عقد ضمان، اختلاف نظر شدید وجود دارد، ولی به نظر می‌رسد حق با کسانی است که معتقدند پیش‌بینی شرط خیار در عقد ضمان امکان‌پذیر است (محقق داماد و یزدانی، ۱۳۹۰: ۳).

مبحث سوم: شرط تعلق عقد ضمان به مال نه ذمه

فرض بعدی این است که طرفین در عقد شرط کنند که در نتیجه عقد ضمان، ذمه ضامن مشغول نشود، بلکه از همان ابتدای عقد، به مال معین تعلق بگیرد. این فرض را محققان قبل از سید یزدی نیز مطرح کرده‌اند (محقق حلّی، ۱۴۰۸: ۸۹/۲؛ علامه حلّی، ۱۴۲۱: ۱۱۷). به نظر می‌رسد محقق حلّی اولین کسی است که این فرع را مطرح کرده است. علامه حلّی در جایی که شرط پرداخت از مال معین در عقد ضمان می‌شود، به این صورت سؤالی را مطرح کرده است که آیا تعلق دین در عقد ضمان به این مال معین، نظیر تعلق دین به رهن است یا نظیر تعلق ارش به جانی؟ (۱۴۱۴: ۳۸۲/۱۴). ظاهراً علت اینکه علامه حلّی این فرع را با این عنوان مطرح کرده است، کلامی است که برخی از علمای اهل سنت بیان کرده‌اند. ایشان معتقدند چنانچه شرط پرداخت از مال معین شود و آن مال تلف گردد، مضمون‌عنه مدیون خواهد شد؛ زیرا تعلق دین به آن مال، نظیر تعلق ارش به جانی است، یعنی همچنان که ارش به ذمه جانی تعلق نمی‌گیرد و ذمه او را مشغول نمی‌کند، بلکه عین و شخص او مدیون می‌شود، همچنین در چنین عقد ضمانی، ذمه ضامن مشغول نمی‌شود، در نتیجه بعد از تلف مال، عقد ضمان به خود مدیون اصلی برمی‌گردد (سرخسی حنفی، ۱۴۱۴: ۳۰/۲۰).

بعد از علامه حلّی، این فرع بازتاب زیادی بین محققان شیعه داشته است و هر کدام به نحوی آن را مطرح کرده‌اند. سید بدون آنکه این سؤال را به این شکل مطرح نماید، به شق دوم سؤال اشاره و بیان فرموده است که آیا در عقد ضمان امکان دارد ذمه ضامن مشغول نشود و عقد ضمان به عین مالی تعلق بگیرد؟ (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹: ۵/۴۲۴).

در صحت و یا بطلان این فرع نیز بین محققان اختلاف نظر وجود دارد و گروهی آن را باطل و گروهی دیگر صحیح می‌دانند.

الف) نظریه صحت عقد ضمان در فرض تعلق ضمان به مال معین

برخی معتقدند در صورتی که ضمان به مال معین تعلق بگیرد نه به ذمه، عقد ضمان صحیح است (صیمیری بحرانی، ۱۴۲۰: ۱۹۸/۲؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۴: ۴۱۷؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶: ۳۱۲/۱۳؛ موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۰/۲۶۲). در توجیه این نظریه علاوه بر تمسک به عموماً باب شروط (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۱۷۷/۴؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶: ۳۱۲/۱۳) گفته شده است که عهده و ذمه از امور اعتباری است و از این رو می‌توان ضمان دین را به عهده مال معینی واگذار کرد (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۰/۲۶۲).

ب) بطلان عقد ضمان در فرض تعلق ضمان به مال معین

در مقابل دیدگاه نخست، برخی معتقدند که شرط ضمان در این صورت، هم باطل بوده و هم باعث بطلان عقد ضمان می‌شود (محقق حلّی، ۱۴۰۸: ۸۹/۲؛ علامه حلّی، ۱۴۲۱: ۱۱۷؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹: ۵/۴۲۴).

به نظر می‌رسد نظریه بطلان از قوت بیشتری برخوردار است؛ زیرا از طرفی، لازمه صحت شرط و ضمان آن است که حق مضمون‌له از بین برود؛ زیرا در جایی که مال تلف می‌شود، نه ذمه مضمون‌عنه مشغول است و نه ذمه ضامن. توضیح مطلب آنکه به محض انعقاد عقد ضمان، ذمه مضمون‌عنه بری می‌شود و از طرفی بنا بر فرض، ذمه ضامن نیز مشغول نشده است، بلکه ضمان به مال معین تعلق گرفته است. حال اگر مال معین تلف شود، دیگر جایی برای تعلق حق مضمون‌له باقی نمی‌ماند و حق او ضایع می‌گردد. وانگهی، مال معین ذمه ندارد تا در نتیجه عقد ضمان، ذمه او مشغول به دین مضمون‌له گردد؛ در حالی که اثر عقد ضمان، یا ضم ذمه و یا نقل ذمه است.

نتیجه گیری

شرط پرداخت از مال معین در ضمن عقد ضمان، در قانون مدنی مورد اشاره قرار نگرفته است. از این رو برای روشن کردن وضعیت آن، باید به منبع الهام بخش قانون گذار ایران که همانا فقه امامیه باشد، مراجعه گردد. وانگهی، شرط پرداخت از مال معین، به صورتی مختلفی قابل تصور بوده که حکم هر کدام جداگانه باید روشن شود. به نظر می‌رسد:

۱- هر گاه در ضمن عقد ضمان، شرط پرداخت از مال معین درج شود، به گونه‌ای که پرداخت از مال معین، قید ضمان باشد، چنین شرطی باطل است.

۲- هر گاه در ضمن عقد ضمان، شرط پرداخت از مال معین به صورت شرط و تعهد فرعی درج شود، چنین شرطی صحیح است؛ بدین معنا که ضامن بعد از آنکه ضمانت می‌کند، بدهی مضمون‌عنه در ذمه او قرار می‌گیرد، سپس به موجب شرط ضمن عقد، متعهد می‌شود که این بدهی را از مال معینی بپردازد.

۳- تقید اصل عقد ضمان به مال معین، به گونه‌ای که با عقد ضمان، ذمه ضامن مشغول نشود، امری باطل و خلاف مقتضای ذات عقد ضمان است؛ زیرا عقد ضمان، مقتضای اشتغال ذمه ضامن بوده و شرط تعلق ضمان به مال معین نه ذمه ضامن، خلاف این مقتضی است.

با توجه به روشن شدن حکم حالات مختلف فوق، می‌توان پیشنهاد داد که در اصلاح قانون مدنی، صور مختلف فوق اضافه گردند.

کتاب شناسی

۱. اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الازهان الی احکام الایمان، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
۲. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، تهران، اسلامی، بی تا.
۳. انصاری، مرتضی بن محمدامین، کتاب المکاسب، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۴. بصری بحرانی، محمدامین زین الدین، کلمة التقوی، چاپ سوم، قم، سیدجواد وداعی، ۱۴۱۳ ق.
۵. بیهقی کیدری، قطب الدین محمد بن حسین، اصباح الشیعة بمصباح الشریعة، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۶ ق.
۶. تستری، اسدالله بن اسماعیل دزفولی کاظمی، مقابس الانوار و نوائس الاسرار فی احکام النبی المختار و عترته الاطهار، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، بی تا.
۷. حسینی عاملی، سیدجواد بن محمد، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۸. سرخسی حنفی، شمس الائمة ابوبکر محمد بن احمد بن ابی سهل، المبسوط، بیروت، دار المعرفه، ۱۴۱۴ ق.
۹. صیمری بحرانی، مفلح بن حسن، غایة المرام فی شرح شرائع الاسلام، بیروت، دار الهادی، ۱۴۲۰ ق.
۱۰. طباطبایی حکیم، سیدمحسن، مستمسک العروة الوثقی، قم، دار التفسیر، ۱۴۱۶ ق.
۱۱. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، العروة الوثقی المحشی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۱۲. همو، العروة الوثقی مع التعليقات، قم، مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، ۱۴۲۸ ق.
۱۳. همو، العروة الوثقی مع تعليقات الفاضل، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، بی تا.
۱۴. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، چاپ سوم، تهران، المكتبة المرتضویة لاحیاء الآثار الجعفریة، ۱۳۸۷ ق.
۱۵. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، حاشیة الارشاد، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۴ ق.
۱۶. همو، حاشیة شرائع الاسلام، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۲ ق.
۱۷. همو، مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۱۸. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال الدین مکی، الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۱۹. همو، غایة المراد فی شرح نکت الارشاد، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۴ ق.
۲۰. علامه حلّی، جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، ارشاد الازهان الی احکام الایمان، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۲۱. همو، تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۰ ق.
۲۲. همو، تذکرة الفقهاء، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ ق.
۲۳. همو، تلخیص المرام فی معرفة الاحکام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۱ ق.
۲۴. همو، قواعد الاحکام فی معرفة الحلال والحرام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۲۵. کرکی عاملی (محقق ثانی)، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ ق.

۲۶. مجاهد طباطبائی حائری، سیدمحمد بن علی، کتاب المناهل، قم، مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لاحیاء التراث، بی تا.

۲۷. محقق حلی، نجم‌الدین جعفر بن حسن هذلی، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.

۲۸. محقق داماد، سیدمصطفی، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۸ ش.

۲۹. محقق داماد، سیدمصطفی و غلامرضا یزدانی، «شرط خیار در عقد ضمان»، دوفصلنامه آموزه‌های فقه مدنی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۴، پاییز و زمستان ۱۳۹۰ ش.

۳۰. مرعشی نجفی، سیدشهاب‌الدین حسینی، منهاج المؤمنین، قم، کتابخانه آیه‌الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۶ ق.

۳۱. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، کتاب البیع، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ ق.

۳۲. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، مبانی العروة الوثقی، قم، مدرسه دارالعلم، ۱۴۰۹ ق.

۳۳. موسوی سبزواری، سیدعبدالاعلی، مهتدب الاحکام فی بیان الحلال والحرام، چاپ چهارم، قم، مؤسسه المنار، ۱۴۱۳ ق.

۳۴. نجفی، محمدحسن بن باقر، جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.

۳۵. نعمت‌اللهی، اسماعیل، «شرط پرداخت از مال معین در عقد ضمان»، فصلنامه حقوق اسلامی، شماره ۵۵، زمستان ۱۳۹۶ ش.

موجز المقالات

الأسس الفقهيّة للمادّة ٢٣ من قانون حماية الأسرة من بؤابة الفقه التطبيقيّ

- محمّد إمامي (أستاذ مشارك بالجامعة الرضويّة للعلوم الإسلاميّة)
- سيّد عليّ رضويّ (طالب دكتوراه في القانون الخاصّ)
- سيّد محمّد رضويّ (أستاذ مساعد بجامعة بيرجند)

وفقاً للمادّة ٢٣ من قانون حماية الأسرة للعام ٢٠١٢، يجب على الزوجين قبل الزواج ضمن القيام بفحوصات طبيّة، تقديم شهادات لازمة للأمراض المعدية والخطيرة. هناك اختلاف في فقه المذاهب الإسلاميّة فيما يخصّ الحكم الفقهيّ لمثل هذه الفحوصات بين الفقهاء. يرى البعض ضرورة القيام بذلك بالاستناد إلى أدلة مثل روايات المعصومين عليهم السلام، قاعدة لا ضرر، لزوم إطاعة قوانين الحكومة الإسلاميّة، وسيرة العقلاء وغيرها. وفي المقابل قام البعض الآخر برفض الرأى المذكور أعلاه، مرجّحين عدم الوجوب ومشيرين إلى احتجاز عقد الزواج وشروط صحّته وبعض الروايات. بحسب نتائج هذا البحث الذي كتّبت بمنهج وصفيّ - تحليليّ يمكن استنتاج أنه على الرغم من فقدان النصّ الصريح، لا يمكن قبول مثل هذه الفحوصات بمثابة حكم أوليّ، في حال الشعور بالحاجة بخصوص الأمراض الخطيرة مثل الإيدز و...، التي تسبّب العدوى

وهلاك الشخص وصحة أفراد المجتمع، وإجراء هذه الفحوصات فى الحالات المشبوهة واجب من باب الحكم الثانوى، بهدف مراعاة المصالح الاجتماعية، ولكن فى حالات أخرى وعلى الرغم من أن القيام بالفحص أرجح، لكنّه غير واجب من الناحية الشرعية. الكلمات الأساسية: الزواج، الفحوصات الطبيّة، الأمراض الخطيرة، الأمراض المعدية، المادة ٢٣ من قانون حماية الأسرة.

شروط وآثار نقل عقد الإيجار للمستأجر الجديد فى الفقه والقانون الإيرانى

- آزينا أمينى (طالبة ماجستير فى القانون الخاص بجامعة أرومية)
- سيامك جعفر زادة (أستاذ مساعد بجامعة أرومية)
- رضا نيكخواه سرنقى (أستاذ مساعد بجامعة أرومية)
- سلمان على پور قوشجى (أستاذ مساعد بجامعة أرومية)

الحالة التى تنتج عن العقد للطرفين، يمكن نقلها فى بعض الحالات، بحيث يقوم أحد طرفى العقد بتسليم موقعه إلى شخص ثالث، وينسحب من العقد، والمقصود هو أن المنتقل إليه يحل محل الطرف المتعاقد، ويتمتع بجميع الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد للطرف المتعاقد. من بين العقود التى نصّ المشرّع على أنها قابلة لنقل العقد هو عقد الإيجار. عندما يحول المستأجر عقد الإيجار إلى غير المستأجر، يتم نقل الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد إلى المستأجر الجديد، فيصبح وكيلًا للمستأجر. وفيما يتعلّق بنقل العقد فإنّ قانون علاقات المالك والمستأجر لعام ١٩٩٧ لديه وجهة نظر مماثلة تبعًا للقانون المدنى، لكن فى قانون علاقات المالك والمستأجر لعام ١٩٧٧ فقد وضع المشرّع قواعد مخالفة لما هو منصوص عليه فى القانون المدنى، بحيث أن نقل عقد الإيجار للمستأجر الجديد مشروط بنصّ هذا الحقّ فى العقد وبإذن المالك، ولا يعتبر الصمت التعاقدىّ إجازة أو إباحة لمثل هذا العمل. يعتقد الفقهاء أنه إذا لم يُصرح المالك صراحة بتسليم أو انتقال المنافع إلى المستأجر، ونشكّ فى ما إذا كان بإمكان المستأجر تحويل الفوائد المؤجرة إلى غير المحال إليه أم لا، فإنّ هذا المبلغ ليس شرطًا لصالح المستأجر، والظاهر أنه لا يوجد خلاف حول جواز النقل. إن أهمّ أثر لنقل عقد الإيجار

هو نيابة المنتقل إليه، وفي هذه الحالة تسرى إليه حقوق والتزامات عقد الإيجار الأصلي. لذلك هناك أثران لعقد الإيجار الأول انتقال الحقوق والصلاحيات، والثاني الالتزامات الناتجة عن عقد الإيجار. تتناول هذه المقالة شروط وآثار هذا النقل على العلاقة بين المالك والمستأجر والمستأجر الجديد، واعتبرت هذا الأمر ممكنًا على أساس الموقف التعاقدى، ووضع له طبيعة قانونية مستقلة.

الكلمات الأساسية: نقل عقد الإيجار، الموقف التعاقدى، الآثار، نيابة المستأجر الجديد.

مفهوم وأساس نظرية الأرض العامة في العقود مع التأكيد على تحليلها الاقتصادي مع دراسة مقارنة

- حميد رضا بهروزى زاد (أستاذ مساعد فى قسم القانون الخاص بمعهد مازيار للتعليم العالى)
- نجاد على الماسى (أستاذ بجامعة طهران)
- جليل قنوتى (أستاذ مشارك بمجمع فارابى التابع لجامعة طهران)

يعتبر ضمان التنفيذ القانونى من أهم القضايا فى قانون العقود. فى تفسير هذا الضمان لتنفيذ العقود يمكن للتحليل الاقتصادى أن يلعب دورًا حاسمًا. إحدى هذه الضمانات المطروحة فى فقه الإمامية بكل فرع هى مؤسسة «الأرض». يبدو أن الأرض لديه القدرة لي طرح على شكل نظرية عامة. حاولنا فى هذه المقالة بالإضافة إلى إثبات نظرية الأرض العامة، تحليله اقتصاديًا. كما تم تحليله ومقارنته بشكل مقارن مع موضوع مماثل -مع القليل من التسامح- تحت عنوان الوفاء بالالتزام نفسه أو المطالبة بتعويضات فى القانون الأمريكى. منهج البحث هو المكتبة كما تمت الاستعانة بالمصادر الداخلىة والخارجية الموجودة مع التركيز على المصادر الفقهية. نتائج هذه الدراسة التى يمكن الحصول عليها هى أنه تم تنقيح النظرية العامة للأرض على أساس النظريات الاقتصادية الكلاسيكية والحديثة. فى الحقيقة يمكن القول بأن النظرية العامة للأرض يمكن أن تكون مزيجًا من نظرية باريتو الأخلاقية للكفاءة وأولوية التعويض على القيام بنفس الالتزام (كنظرية أخلاقية تقريبًا)، والنظرية العينية هى بمنزلة زوال الأخلاق فى المجال التعاقدى.

الكلمات الأساسية: النظرية العامة للأرض، التحليل الاقتصادي للأرض، كفاءة

باريتو، التعويض.

دراسة فقهية وقانونية لأثر الفسخ بالنسبة للعقود السابقة

- مهديّ چگنّی (أستاذ مساعد بجامعة آية الله العظمى البروجردی)
- سعيد سياه بيديّ کرمانشاهي (طالب دكتوراه في القانون الخاص بجامعة طهران)

بشكل تقليديّ فإنّ أحد وجوه الاختلاف بين فسخ العقد وبطلانه هو أنّ البطلان يجعل العقد لا أثر له منذ البداية، والفسخ لا أثر له بالنسبة للماضي، ويجعل العقد لا أثر له فيما يتعلّق بالمستقبل؛ لكنّ القضية هي أنّه في فقه الإمامية والقانون الحاليّ، فإنّ بحث عدم تأثير العقد بالنسبة للماضي هي قاعدة، وهل يمكن الاستشهاد بها في كثير من الحالات أم لا؟ وإذا كان هناك مثل هذه القاعدة فما هي الاستثناءات لهذه القاعدة؟ يُظهر البحث الفقهيّ والقانونيّ الحاليّ أنّه خلافًا لقانون دول مثل فرنسا ومصر حيث يكون للفسخ أثر رجعيّ، فإنّه في نظامنا القانونيّ يمكن القول بأنّ أثر الفسخ ناظر للمستقبل وليس له تأثير على العقود السابقة؛ ومع ذلك فإنّ هذه القاعدة حالها حال القواعد الأخرى، لم تسلم من التخصيص ولها تأثير في الكثير من الحالات مثل العقود الثانوية، العقود اللاحقة، بعض المعاملات التجارية التي تكون إرفاقية بعد إبرام العقد، وكذلك المعاملات اللاحقة للبيع الخياريّ، فسخ العقد الأصليّ بالنسبة للعقود التي أبرمت بعد العقد الأصليّ وقبل الفسخ، وبحسب الحالة فإنّها تؤديّ إلى انحلال العقد وعدم نفاذه أو بطلانه.

الكلمات الأساسية: الفسخ، البطلان، الأثر الرجعيّ، فقه الإمامية.

الإجارة بالمعاطاة من منظور الفقه والقانون الإيرانيّ

- سعيد خردمندیّ
- أستاذ مساعد بجامعة آراد الإسلامية بكرمانشاه

إنّ عقد الإجارة في الفقه وقواعده القانونيّة له طبيعة تملّكية، لذلك في الإجار بالمعاطاة يتمّ البحث في تحقّق مثل هذه الطبيعة بالأفعال الخارجية. مشهور الفقهاء أنّهم لا يعتبرون للمعاطاة اثر تملّكيّ، ونتيجة لذلك لا يعتبرون أنّ بيع المعاطاة وإجارة المعاطاة ينقلان المبيع والمنفعة. في إجارة الأشياء وفقًا للمادّة ٤٦٨ من القانون المدنيّ يبدو أنّ هناك مشكلة في قبول الإجارة بالمعاطاة. في قانون العلاقات بين المالك

والمستأجر لعام ١٩٩٧ فإنَّ طريقة كتابة الموادِّ القانونيّة توحى بالحكم بعدم صحّة الإجارة بالمعاطة. أمّا فى الحالات الأخرى وعلى الرغم من أنّ الإجارة بالمعاطة لم يتمّ قبولها بشكل صريح، يمكن الحكم على صحّة الإيجار بالمعاطة فى الحالات المشكوك فيها، من خلال التمسك بإطلاق الأدلّة، وبالنظر للنظريات المختلفة التى أثيرت حول إطلاق صيغة العقد.

الكلمات الأساسيّة: الإجارة بالمعاطة، إجارة الأشياء، إجارة الأشخاص، الشكّ فى المعاطة.

تأمل فى نظريّة السبب المتناسب

مع دراسة القانون الإيرانيّ والقانون الأنجلو-ساكسونيّ

- سيامك رهييك (أستاذ بجامعة العلوم القضائية والخدمات الإداريّة)
- نادر ولانئ (طالب دكتوراه فى القانون الخاصّ بجامعة العلوم القضائية والخدمات الإداريّة)

إنّ معيار تحديد السبب المسؤول مختلف من وجهات نظر مختلفة. تحدّد وجهة النظر الماديّة السبب المسؤول بناءً على معايير مثل وقت تكوين السبب؛ على عكس وجهات نظر السبب المتعارف، حيث تقدّم معايير معيارية بالنسبة لتحديد السبب المسؤول. إنّ التأمل فى نظريّة السبب المتناسب مع دراسة القانون الإيرانيّ والقانون المشترك، يتناسب مع معيار إمكانية التنبؤ بالضرر، يُفسّر السبب المسؤول بطريقة يوجد فيها تناسب بين سبب الضرر ونوعه. قابلية التنبؤ بالضرر هى معيار يستخدم أيضاً فى موقع الكشف عن الأخطاء، ومن جهة أخرى يستخدم للحدّ من مستوى المسؤوليّة فيما يتعلّق ببعض الاعتبارات العادلة؛ وبالتالي فإنّه من الضروريّ شرح وظائف هذا المعيار فى مواقف مختلفة. إنّ نهج قانون العقوبات الإسلامىّ الذى تمّ تبنيه فى عام ٢٠١٣ باعتباره أحدث مؤشر لإرادة الهيئة التشريعيّة، بما فى ذلك السمات البارزة للسبب المتناسب. الانتقادات الموجودة حول هذا النهج، مثل الانتقادات الموجهة للواقعيين فى القانون الأنجلو-ساكسونيّ. لا يمكن تصوّر السبب المطروح فى عالم القانون كموضوع انتزاعىّ، على أنّه مجرد حالة ميكانيكيّة. لذلك فإنّ مجموعة العوامل التى تسبّب إحراز السبب المسؤول لها عدّة جوانب ماديّة وغير ماديّة. وفقاً لهذه الدراسة، يعتبر معيار القدرة على

التبؤ بالضرر الناجم عن الجوانب غير المادية سبباً قانونياً.
الكلمات الأساسية: السبب المتناسب، القدرة على توقع سبب الضرر، الواقعيين
القانونيين، الخطأ.

تحديد نطاق مبدأ الحرّية التعاقدية في ضوء نظرية الحق والحكم

- على مختارى جهايربرى (ماجستير فى القانون الخاص)
- على أكبر فرح زادى (أستاذ مساعد بجامعة العلوم القضائية والخدمات الإدارية)

تشمل العوامل المقيّدة لمبدأ الحرّية التعاقدية القواعد الآمرة، النظام العام، الأخلاق الحسنة، ولا يمكن للأشخاص أن يتراضوا على خلافها. وفقاً للمبادئ الفقهية والأدلة القانونية مثل المادة ١٢٩٥ من القانون المدنى، يجب أيضاً العثور على النظام العام والأخلاق الحسنة فى القوانين. على الأصول لا يذكر القانون ما إذا كانت القوانين آمرة أم تكميلية، وغالباً ما تكون الآراء التفسيرية لفقهاء القانون غير مفيدة. من وجهة النظر الفقهية يمكن تحليل طبيعة العوامل المقيّدة لمبدأ الحرّية التعاقدية مع حكم، وطبيعة القواعد التكميلية مع الحق. كما أنه لا يكفى دائماً الرجوع إلى الفقه من أجل تعيين الحق أو الحكم فى المواضيع التى اتفق عليها الأشخاص. بالطبع توصل الفقهاء إلى حلول للتمييز بين الحق والحكم فى الحالات المشكوكة. بحسب الفقهاء فى القضايا المشكوك فيها، فإنّ المبدأ لا يعتبر أنّ الحالة المشكوك فيها هى حق أو حكم، وبحسب مبدأ العدم يجب سلب الآثار الوجودية للحق والحكم عن تلك الحالة، ويجب اعتبار النقل والانتقال، والإسقاط والتوافق على خلافها باطل. فى هذه الحالة ونظراً إلى أنّ الحق والحكم مشكوك فيه، إذا أراد شخص ما أن يرتكب فعلاً مشكوكاً أو يتركه، والسمة المشتركة لهما هو الالتزام، فيجب مراعاة القدر المتيقن، أى الشروط اللازمة للالتزام بالنسبة للإباحة. إنّ نتيجة تطبيق المبدأ وكذلك الطريق المذكور للتوافق بالنسبة لما هو مشكوك فيه، ليست مبدأ أمر أو تكميلي، بل هى أمر بين الأمرين المشكوك فيهما.

الكلمات الأساسية: الحق، الحكم، مبدأ حرّية الإرادة، مبدأ حرّية العقود، مبدأ سلطان الإرادة.

دراسة مقارنة للامتناع عن قبول الحق في القانون الإيراني وفقه الإمامية ومبادئ العقود الأوروبية

- سيّد مهديّ موسويّ (ماجستير في القانون الخاصّ)
- أمير صادقيّ نشاط (أستاذ مشارك بجامعة طهران)

يحدث الامتناع عن قبول الحقّ إذا أراد طرف أو طرف ثالث في العلاقة التعاقدية أو غير التعاقدية تسليم الحقّ إلى الطرف الآخر، لكنّ الطرف الآخر يمتنع عن قبوله إلا في الحالات القانونية، لذلك يجب على المشرّعين حماية الطرف الذي واجه امتناع الطرف الآخر، ويقدمون آليات للتعويض عن خسائره. حاولنا في هذه الدراسة التعرف على الحلول المقدّمة في مقابل الامتناع عن قبول الحقّ في القانون الإيراني وفقه الإمامية ومبادئ قانون العقود الأوروبي، ومن خلال شرح تلك القضايا، يتمّ دراسة أوجه التشابه والاختلاف في الحلول المقدّمة في هذه النظم القانونية الثلاثة. أوضح فحص القواعد المذكورة في هذه الأنظمة القانونية الثلاثة أنّ فقه الإمامية ومبادئ قانون العقود الأوروبي تميل إلى استخدام المؤسسات المستقلة (غير القضائية)، ولكن في النظام القانوني الإيراني تمّ قبول الرجوع إلى الجهاز القضائيّ.

الكلمات الأساسية: الامتناع، قبول الحقّ، إيداع المال المرفوض أو الاحتفاظ به، مبيعات المساعدة الذاتية.

قراءة نقدية لقاعدة الإلزام

- زينب ميرزائيّ صفى آباد (طالبة دكتوراه في الفقه ومبادئ القانون الإسلاميّ)
- مهديّ موحدىّ محبّ (أستاذ مشارك بجامعة سمنان)

إنّ قاعدة الإلزام وفقاً لإحدى القراءات الشائعة نسبياً (على سبيل المثال، راجع: بحر العلوم، ١٣٨٤: ١٣٨٤، مصطفويّ، ١٤١٢) هي المسؤولة عن تنظيم العلاقات الشيعية مع المسلمين غير الشيعة (وبحسب قول آخر جميع غير الشيعة، سواء المسلمين وغير المسلمين) في الحالات التي يؤمنون فيها بحكم معارض لرأى الشيعة، وذلك الحكم في مصلحة الشيعة، في هذه الحالة يلزم على الشيعيّ أن ينظر إلى ذلك الشخص على أنّه غير شيعيّ. قامت هذه

المقالة ضمن دراسة تعريف ونطاق وأدلة قاعدة الإلزام الفقهيّة، وبالنظر إلى عنصرين: «الطرف غير شيعي» و«ريح الطرف الشيعي» من وجهة نظر هذه القراءة الشهيرة، بنقد أدلة هذه القاعدة، وبالشكوك الجوهرية فيها، تثير المقالة نقاط عديدة منها: استنتاج أنظمة قانونية متعدّدة وغير متساوية في القانون الداخليّ، فصل المواطنين عن بعضهم في القانون الدوليّ الخاصّ وعدم التوافق مع روح المعاهدات والعرف الدوليّ في القانون الدوليّ العامّ. على الرغم من أنّ هذه القراءة للقاعدة لها معارضون بين الفقهاء المعاصرين، إلا أنّ الأدلة الأصولية - القانونية المقدّمة في هذه المقالة في انتقاد هذه القراءة للقاعدة، تختلف عن تلك المعارضات وهي جديدة تمامًا. ولا بدّ أن نقول أنّ بعض الفقهاء مثل محمّد جواد فاضل (٢٠١٣) لديهم قراءة أخرى لقاعدة إلزام التي تتوافق أكثر مع قاعدة الإمضاء، ويمكن أن تتعدّد بشكل كبير عن القراءة المشهورة التي تمّ نقدها في هذه المقالة. إنّ قاعدة الإلزام كما يوحى اسمها تلزم الآخرين (سواء غير الشيعة أو غير المسلمين) بالالتزام بالقواعد الأكثر صعوبة في دينهم أو طائفتهم، وفقًا لهذه القراءة الشهيرة، فإنّ قاعدة الإمضاء هي المسؤولة فقط عن الموافقة أو إمضاء الأحكام المختلفة للأديان أو المذاهب الأخرى، ولا يُذكر فيها الالتزام أو عنصر الضرر أو المشقّة للآخرين. الكلمات الأساسية: قاعدة الإلزام، العرف الدوليّ، القانون الدوليّ، الشيعة، قاعدة الإمضاء.

تأمل في خيار تأخير الثمن

□ على نصرتي

□ أستاذ مساعد بالجامعة الرضوية للعلوم الإسلامية

يعتبر الخيار واحدًا من أهم أسباب فسخ العقود، وله أقسام مختلفة في فقه المذاهب الإسلامية والأنظمة القانونية في العالم. خيار تأخير الثمن واحد من أقسام الخيارات المطروحة في فقه الإمامية فقط، وهو محلّ إجماع معظم فقهاء الإمامية تقريبًا، وبالتالي فهو مذكور في القانون المدنيّ للجمهورية الإسلامية الإيرانية، وخصّص له الموادّ ٤٠٢ حتى ٤٠٩. وقد استشهد فقهاء الإمامية بالأخبار والإجماع وقاعدة نفى الضرر والاستصحاب لإثبات خيار التأخير. يحاول هذا البحث بمنهج وصفيّ - تحليليّ قائم على منهج المكتبة،

ومن خلال فحص ونقد الأدلة المذكورة إيضاح أنّ خيار التأخير نادر، وأنّ استغلاله يسبّب دخلاً غير عادل، كما يريد إثبات أنّ البيع باطل من أساسه بخصوص تأخير الثمن، وفي الحقيقة فإنّ القبض في ثلاثة أيام هو شرط لصحة البيع. وعلى هذا الأساس يبدو أنّه من الضروريّ مراجعة الموادّ ٤٠٢ إلى ٤٠٩ من القانون المدنيّ.

الكلمات الأساسيّة: البيع، تأخير الثمن، اللزوم، الخيار، البطلان.

التحليل الفقهيّ القانونيّ لبعض أسباب الإعفاء من المسؤوليّة المدنيّة في القرآن

- حسين هوشمند فيروز آبادي (أستاذ مساعد بمعهد بحوث الحوزة والجامعة)
- ميثم خزائي (أستاذ مساعد بجامعة آية الله العظمى البروجردي)
- حسين جاور (أستاذ مساعد بمجمع فارابي التابع لجامعة طهران)
- أيوب أمرائي (أستاذ مساعد بجامعة آية الله العظمى البروجردي)

على أساس احترام كرامة الأشخاص، يُحظر أيّ اعتداء على السلامة الجسديّة والكرامة الروحيّة وممتلكات وأعراض الأشخاص، ومن حيث المبدأ، فإنّ أيّ نوع من الضرر المادّي والمعنويّ في مجال الملكيّة والأشخاص يخضع للضمان. في الوقت نفسه، هناك حالات يتمّ فيها إلغاء المسؤوليّة المدنيّة للطرف المتضرّر، في حال تحققت، ويتمّ إعفائه من التعويض عن الأضرار، والتي قد تكون ناجمة عن أسباب مبرّرة للفعل الضارّ أو وسائل الإعفاء من المسؤوليّة المدنيّة. هناك العديد من العناوين في القرآن الكريم تدلّ على الإعفاء من المسؤوليّة. وتشمل الدفاع المشروع، ممارسة الحقّ، إثبات الحقّ والتظلم، الإحسان، تطبيق العقوبة. بناءً على تحليل الآيات ذات الصلة، يبدو أنّ زوال عنصر الاحترام في كلّ من العناوين المذكورة أعلاه (بشكل مباشر أو غير مباشر) والإخلال بتحقيق «موضوع الضمان» هو العامل المبرّر للفعل الضارّ وسبب الإعفاء من المسؤوليّة المدنيّة، ومعظم الحالات يمكن اعتبارها خروجًا متخصصًا عن شروط الضمان وفق التحليل القانونيّ.

الكلمات الأساسيّة: الضمان، الممارسة، الاحترام، ممارسة الحقّ، الإحسان، أسباب منطقيّة، أسباب الإعفاء، المسؤوليّة المدنيّة.

صحة شرط الدفع من المال المعين في عقد الضمان

□ غلامرضا يزداني

□ أستاذ مساعد بالجامعة الرضوية للعلوم الإسلامية

بموجب عقد الضمان تكون ذمة الضامن مديونة للمضمون له، ويكون حقّ المضمون له في ذمته، ولا يجد أيّ حقّ عينيّ بالنسبة لأموال الضامن. يحدّد الضامن من أجل فراغ ذمته، مالاً من أمواله ويدفعه للمضمون له. وله حرّية الاختيار لأيّ مصداق من أمواله. الآن إذا اشترط ضمن عقد الضمان، أن يدفع الضامن مبلغاً معيّناً من المال للمضمون له، فما هو وضع مثل هذا الشرط من حيث الصحة والبطالان؟ هناك اختلاف بين الفقهاء حول هذا الموضوع. ففريق يعتبر أنّ الشرط صحيح بشكل مطلق، وفريق آخر حكم بطلانه، وفريق آخر قال بالتفصيل في المسألة. استنتج المؤلف في هذه المقالة، باستخدام منهج المكتبة القائم على المنهج الوصفيّ - التحليليّ، أنّ شرط الدفع من المال المعين، فإذا كان ذلك موضوعاً كشرط في عقد الضمان، فإنّ الشرط والعقد صحيحان، لكن إذا كان على شكل قيد في عقد الضمان، فإنّ الشرط والعقد لاغيان. إضافة إلى ذلك، إذا تعلّق شرط الدفع من المال المعين بالعين المعينة منذ البداية، بحيث لا تكون ذمة الضامن مشغولة على أثر عقد الضمان، ففي هذه الحالة سيكون العقد والشرط باطلان.

الكلمات الأساسية: الشرط، عقد الضمان، شرط الدفع من المال المعين، ذمة الضامن.

his/her property. Now, if during the guarantee contract, it is provisioned that the guarantor pays a certain amount of money to the creditor, what is the condition of such a provision in terms of validity and nullity? In this matter, there is a difference of opinion among the jurists. One group absolutely considers the condition to be valid, and another group has ruled that it is invalid, and another group considers the issue to be detailed way (including all particulars). In the present article, the author, using the library method and based on the analytical-descriptive method, has come to the conclusion that the condition of payment from a certain property, whenever it is foreseen as a condition in the proviso of guarantee contract (condition as an integral part of contract); the condition and contract are correct, but if they are as a qualification (provision) of contract, both the contract and the condition are null (void). Furthermore, if the condition of payment from a certain property is given to the same object from the very beginning so that the guarantor is not engaged as a result of the guarantee contract, then both the contract and the condition will be void.

Keywords: *Condition, Contract of Guarantee, Condition of Payment from a Certain Property, Guarantor Liability (Obligation).*



civil liability. There are several titles in the Qur'an that indicate exemption from responsibility. These include lawful defense, the applicable of the right, the proof of the right and litigation, bona fide (good faith), and the application of punishment. Based on the analysis of the relevant verses, it seems that the decline of the element of respect in each of the above-mentioned titles (directly or indirectly) and the disruption of the occurrence of the “subject of guarantee” is the justifying factor of the harmful act and the cause for exemption from civil liability and the majority of cases, as a particularized from the terms of the guarantee, agree with the legal analysis.

Keywords: *Guarantee, Action (Eghdam), Respect (Sanctity), Applications of Right, Ehsan (Bona Fide or Good Faith), Justifications of Criminal Punishments, Lawful Excuses, Civil Liability.*

The Validity of the Condition of Payment of Certain Property in the Liability Contract

□ *Gholamreza Yazdani*

□ *Assistant professor at Razavi University of Islamic Sciences*

Under the guarantee contract, the guarantor's obligation is indebted to the person whom a guarantee is given (creditor), and the right of the creditor is granted to the guarantor's obligation, the creditor does not have any objective (tangible) right to the guarantor's property. The guarantor, in the releasement of the obligation of his or her own, determines the property of his/her property and pays it to the to the person whom a guarantee is given (creditor). The creditor is free to choose (disjunctive) any example of

based on the library method, tries while reviewing and criticizing the mentioned arguments to show that the incorrect option for delayed payment of the price and misusing it causes unfair income and wants to prove about delayed payment of the price which the sale is basically null and in fact the receipt in three days is the condition of the validity of the sale. Accordingly, a revision of Articles 402 to 409 of the Civil Code seems necessary.

Keywords: *Sale, Delayed Payment, Essentiality, Option, Nullity.*

Legal Jurisprudential Analysis of Some Causes of Exemption from Civil Liability in the Qur'an

- *H. Houshmand Firuzabadi (Assistant prof. at the Res. Inst. of Hawzeh & Univ.)*
- *Meysam Khazaei (Assistant professor at Ayatollah Ozma Borujerdi University)*
- *Hossein Javar (Assistant professor at Farabi Campus, University of Tehran)*
- *Ayyūb Amraei (Assistant professor at Ayatollah Ozma Borujerdi University)*

On the basis of respect for the dignity of persons, any invasion on the body (physical) integrity, psychological (moral) status and property and abandoning of persons is prohibited, and in principle, any kind of damage, both (physical) integrity and psychological (moral), in the realm of property and persons is subject to a state of guarantee. No one has the right to damage others, and in case of damage, the person is obliged to compensate the damage. At the same time, there are cases in which, if occurred, the civil liability of the doer of damage is removed and the person is exempted from compensation for damages, which may be due to the justifiable causes (lawful excuse) of the harmful act or the causations of exemption from

with the rule of confirmatory and can seriously avoid the famous reading which is criticized in this article. The rule of obligation (Eghdam or Necessity Rule), as its name implies, requires, according to this famous reading, others (whether non-Shiites or non-Muslims) to adhere to the more difficult rules of their religion or sect. However, the rule of confirmatory is only the responsibility of approving or confirming different rulings of other religions or denominations, and it does not mention the obligation and element of harm or hardship for others.

Keywords: *Rule of Obligation (Pacta Sunt Servanda, Eghdam or Necessity Rule), International Customs, International Law, Shia, Rule of Confirmatory.*

Reflection on Option for Delayed Payment of the Price

□ *Ali Nosrati*

□ *Assistant professor at Razavi University of Islamic Sciences*

Option is one of the most important causes of dissolution of contracts, which has various types in the jurisprudence of Islamic religions and legal systems of the world. The option for delayed payment of the price is one of the types of options that are mentioned only in Imamiyyah jurisprudence and are believed by most Imamiyyah jurists and consequently it is mentioned in the civil law of the Islamic Republic of Iran and is existed in articles 402 to 409. Imamiyyah jurists have held to reports, consensus, the rule of negation of harm (prohibition of detriment) and presumption of continuity (Istishab) for proving the option of delay. This research by using a descriptive-analytical method

Critical Reading of the Rule of Obligation (Pacta Sunt Servanda, Eghdam or Necessity Rule)

□ *Zainab Mirzaei Safiabad (PhD student in Jurisprudence)*

□ *Mahdi Movahedi Moheb (Associate professor at Semnan University)*

The rule of obligation (Eghdam or Necessity Rule), according to one of the relatively common readings (for example: Al-Hilli 1384 AH and Mostafavi 1412 AH) is responsible for regulating the relations of Shiites with non-Shiite Muslims (and according to a quote; all non-Shiites, both Muslims and non-Muslims) in cases where they believe a ruling opposes Shiite view and that ruling is in the interest of the Shiite, which in this case Shiite oblige that person to his/her non-Shiite view. This article, while examining the definition, scope and arguments of the jurisprudential rule of necessity (Eghdam), according to two elements: “non-Shiite side” and “benefit of the Shiite side” from the point of view of this famous reading, criticizes the arguments of this rule and with fundamental uncertainty in it, express some considerations including, the inference (conclusive) of multiple and unequal legal systems in domestic law, the separation of nationals to each other in private international law and incompatibility with the spirit of international custom and treaties in public international law. Although this reading of the rule is also opposed by contemporary jurists, the fundamental legal reasons presented in this article in criticizing this reading of the rule are different from those oppositions and are completely new. It goes without saying that some jurists, such as Mohammad Javad Fazel 2013 (1392 in the Solar Hijri calendar), have another reading of the obligatory rule that is more compatible

rather indicating the matter between the two things that are doubtful.

Keywords: *Right, Verdict, Free Will Principle, Principle of Freedom of Contracts, Principle of Voluntarism.*

A Comparative Study of Refusal to Accept Rights in Iranian Law, Imamiyyah Jurisprudence and Principles of European Contract Law

□ *Seyed Mahdi Mousavi (MA of Private Law)*

□ *Amir Sadeghi Neshat (Associate professor at the University of Tehran)*

The refusal of the acceptance a right occurs when one party or a third party in a contractual or non-contractual relationship wants to surrender the right to the other party but the other party refuses to accept it except in legal cases, so legislators to protect the other party, that confronted with the refusal of the other party, offering solutions to compensate for his/her losses (damages). In this study, we consider the solutions presented against the refusal to accept the right in Imamiyyah jurisprudence, the Iranian legal system and the principles of European contract law, and by explaining these issues, the similarities and differences of the solutions presented in these three legal systems are studied. The examination of the rules provided for in these three legal systems shows that Imamiyyah jurisprudence and the principles of European contract law tend to apply to self-help sales (non-judicial) institutions, but in the Iranian legal system, reference to the judiciary is accepted as a principle.

Keywords: *Refusal, Right Acceptance, Handing Over or Maintaining of Refused Property, Self-Help Sales.*

The limiting factors of the principle of contractual freedom include the laws of mandatory, public order, good morals, and persons cannot compromise unlike them. According to the jurisprudential principles and legal circumstantial legal evidence such as Article 1295 of the Civil Code, public order and good morals must also be found in the laws. Principally, it is not mentioned in the law whether or not the law is complementary (supplementary) or mandatory, and the interpretive opinions of jurists are often not helpful. From the jurisprudential point of view, the nature of the limiting factors of the principle of contractual freedom can be analyzed by the rule and the nature of the supplementary rules with the right. It is not always enough to refer to jurisprudence to determine the right or ruling of the issues agreed upon by individuals. Certainly, the jurists have come up with solutions for recognizing the right and ruling in mistaken cases. According to the jurists in mistaken cases, the principle is neither about the truth of the doubtful case nor its verdict, and according to the principle of non-existence, the existential effects of truth and ruling should be taken away from it and the transportation, transfer, extinctive and agreement against it should be nullified. In this case, due to the similarity of the right and the verdict, if the person wants to have an obligation for the application or omission of the mistaken case, which is their common feature; must consider certainty case; which is the necessary conditions for commitment to the principle of permission and authorization. The result of the execution of the principle and the mentioned way of agreeing on the mistaken case is not the principle of complementary (supplementary) or mandatory but

cause, in proportion to the criterion of the predictability of the damage, explains the responsible cause in such a way that there is an appropriateness between the cause of the damage and the type of damage. Shortcomings The ability to predict damage is a criterion which is also used in the position of guilt detection and is also used to limit the level of responsibility in terms of some fair (equity and impartiality) considerations; Thus, it is necessary to explain the functions of this criterion in different positions. The approach of the Islamic Penal Code, enactment of 2013 (1392 in the Solar Hijri calendar), as the latest indicator of the will of the legislator, includes the obvious features of the appropriate cause. Criticisms of this approach are like the criticisms that have been made in Common Law, the realists have objected of appropriateness cause. It cannot be the cause in the legal world as an abstractive subject of merely mechanically, therefore the set of factors which cause the identifying of responsible cause has material and immaterial aspects. According to this study, the criterion of the ability to predict the damage is considered as an immaterial aspects of legal cause.

Keywords: *Appropriateness Cause, Possibility of the Prediction of Damage, Legal Realists, Guilt.*

Determining the Scope of the Principle of Contractual Freedom in the Light of the Theory of Rule and Right

- *Ali Mokhtari Chaharbari (MA of Private Law)*
- *Ali Akbar Farahzadi (Assistant professor at the University of Judicial Sciences)*

rental transaction by conduct (without using words), and it can be said, according to Article 494 of the Islamic Penal Code that rental transaction by conduct (without using words) has not been accepted. In the Law on Landlord-Tenant (tenant and the landlord act) Relations of 1997 (1376 in the Solar Hijri calendar), the method of writing legal articles is such that it should be ruled that the rental transaction by conduct (without using words) not valid. Although, in other cases, the rental transaction by conduct (without using words) has not been explicitly accepted, based on the absoluteness of indications, and according to the various theories that have been proposed and raised regarding the absoluteness of the contract form, it is possible to rule on the validity of the rental transaction by conduct (without using words) in doubtful cases.

Keywords: *Rental Transaction by Conduct (Without Using Words), Lease (Hiring) of Objects, Rent of Persons, Doubt in Rental Transaction by Conduct (Without Using Words).*

A Reflection on the Theory of Adequate Cause with Emphasis on Iranian and Common Law

□ *Siāmak Rahpeik (Professor at the University of Judicial Sciences)*

□ *Nader Vellaei (PhD student in Private Law)*

The criterion for determining the responsible cause is different in different perspectives. The actus (material) view identifies the responsible cause solely on the basis of criteria such as the time of creation of the cause; In contrast, conventional causal perspectives provide normative criteria for identifying the responsible cause. The

the future and is ineffectual to the previous contracts; however, this rule, like many other rules, is not immune from particularization, and in many cases, such as subordinate contracts, secondary contracts, some businessmen transactions after the conclusion of the composition contract, as well as transactions following the conditional (optional) sale, the termination of the main contract compared to contracts which concluded after the main contract and before termination have an effect and, as the case may be, cause the dissolution, invalidity or annulment of the mentioned contracts.

Keywords: *Termination, Annulment, Regression Effect, Imamiyyah Jurisprudence.*

Rental Transaction by Conduct (without Using Words) from The Perspective of Iranian Jurisprudence and Law

□ *Saeed Kheradmandi*

□ *Assistant professor at Islamic Azad University, Kermanshah branch*

The rental contract in jurisprudence and legal regulations is an ownership (proprietary) nature, so in rental transaction by conduct (without using words), the conduction of such a nature is discussed with external acts. Most jurists do not consider a transaction by conduct (without using words) to have an ownership (proprietary) effect, and as a result, they do not consider the sale and rental transaction by Conduct (without using words) which cause the transfer of benefits and the object of sale. In the lease of objects, according to Article 468 of the Islamic Penal Code, it seems difficult to accept the

method is also library and has been referred to internal and external sources with emphasis on jurisprudential sources. The results of this study are that the general theory of Arsh (compensation specified) was refined on the basis of classical and modern economic theories. In fact, it can be said that Arash's general theory can be a combination of Pareto's ethical theory of efficiency and the priority of compensation for doing the same obligation (as an almost moral theory) and the objective theory that is in the field of contractual ethics.

Keywords: *Arsh (Compensation Specified) General Theory, Arash Economic Analysis, Pareto Efficiency, Compensation.*

A Jurisprudential and Legal Study of the Effect of Termination Compared to Previous Contracts

- *Mahdi Chegeni (Assistant professor at Ayatollah Ozma Borujerdi University)*
- *Saeed Siah Bidi Kermanshahi (PhD student in Private Law)*

Traditionally, one of the distinguishing features of termination and annulment of a contract is considered to be that annulment makes the contract ineffective from the beginning, and termination has no effect on the past and makes the contract ineffective for the future; but the problem is that in Imamiyyah jurisprudence and current law, the issue of the ineffectiveness of the contract is a rule compared to the past and can be cited in many cases or not? And if there is such a rule, what are the exceptions to that rule? The present jurisprudential and legal article shows that contrary to the law of countries such as France and Egypt, in which termination has a regressive effect, in our legal system, as a rule, it can be said that the termination term refers to



from the lease. The present article examines the conditions and the effects that this transfer has on the relationship between the landlord (lessor), the tenant and the new tenant, and considers this to be possible on the basis of the contractual position and considers an independent legal nature for it.

Keywords: *Rental Contract Transfer, Contractual Position, Effects, The Replacement of the New Tenant.*

The Concept and Basis of Arsh's (Compensation Specified) General Theory in Contracts with Emphasis on Its Economic Analysis with Comparative Study

- *Hamid Reza Behroozizad (Assistant prof. at Maziar Higher Education Institute)*
- *Nejad Ali Almasi (Professor at the University of Tehran)*
- *Jalil Qanawati (Associate professor at Farabi Campus, University of Tehran)*

Guarantee of legal performance is one of the important issues of contract law. In explaining this guarantee of contractual performance, economic analysis can have a definitive role. One of these guarantees of performances, which has been presented as a branch in Imamiyyah jurisprudence, is the "Arsh" (compensation specified) institution. It seems that Arsh (compensation specified) can be proposed as a general theory. In this article, we have tried to analyze it economically in addition to proving Arsh's (compensation specified) general theory. It has also been comparatively compared and analyzed -with a bit of tolerance- under the heading of the same obligation or claim for damages in American law. The research

the contract, which means that the transferee replaces the contracting party and has (enjoy) all the rights and obligations arising from the contract for the contracting party. One of the contracts in which the legislature has provided for the transfer of the contract is the lease. When the tenant transfers the lease to a non-tenant, the rights and obligations arising from the contract are transferred to the transferee (new tenant) and the new tenant replaced by the first tenant. Regarding the transfer of the contract; The Law on Landlord-Tenant Relations, enacted in 1997 (tenant and the landlord act Relations of 1376 in the Solar Hijri calendar), has a similar view in accordance with the Civil Code, but the Landlord-Tenant Relations Act, enacted in 1956 (1356 in the Solar Hijri calendar) has provisions considered by legislator which are contrary to the provisions of the Civil Code, in such a way that considers the transfer of a lease to a new tenant is subject to the stipulation of this right in the contract and the permission of the owner and the contractual silence is not permissible to do so. The jurists believe that if the tenant has not been explicitly permit to transfer or deliver the benefits to the tenant and we doubt whether the tenant can transfer the leased interest to a non-transferee, the fact that the condition for obtaining a benefit (executing an interest) has not been conditioned is seemingly that there is no argue for the permit of transfer. The most important effect of the transfer of the lease is the right of the replacement of transferee, in which case the rights and obligations of the original lease are granted to the new transferee. Therefore, two important effects of a lease contract are the transfer of rights and authority and the other are the obligations arising



Islamic government, logical and consistent usages (usages of the wise) and so on. On the other hand, others by rejecting the above view and holding to the prohibition of the marriage contract and the conditions for its validity, and some narrations have preferred the non-obligatory of it. Based on the findings of the present article, which is done in an analytical-descriptive manner, it can be concluded that although due to lack of explicit text, the necessity of such experiments cannot be accepted as the primary rule and if there is a need for dangerous diseases such as AIDS and... which causes the infection and destruction of the person and the health of the people of the society, performing these tests in suspicious cases, in order to observe social interests, is obligatory due to the secondary rule, but in other cases, although testing is preferable, but not legally obligatory.

Keywords: *Marriage, Medical Tests, Dangerous Diseases, Infectious Diseases, Article 23 of the Family Protection Law.*

Terms and Conditions of Transfer of Lease Agreement to New Tenant in Iranian Jurisprudence and Law

- *Azita Amini (MA student of Private Law at Urmia University)*
- *Siamak Jafarzadeh (Assistant professor at Urmia University)*
- *Reza Nikkhah Sarnaghi (Assistant professor at Urmia University)*
- *Salman Alipoor Ghoooschi (Assistant professor at Urmia University)*

The position of the contract that is obtained for the parties to the contract is transferable in some cases, so that one of the parties to the contract leaves his position to a third party and withdraws from

Abstracts

Jurisprudential Principles of Article 23 of the Family Protection Law through Comparative Jurisprudence

- *Mohammad Imami (Associate prof. at Razavi University of Islamic Sciences)*
- *Seyed Ali Razavi (PhD student in Private Law)*
- *Seyed Mohammad Razavi (Assistant professor at University of Birjand)*

According to Article 23 of the Family Protection Law of 2012 (1391 in the Solar Hijri calendar), couples must provide the necessary certificates for infectious and dangerous diseases before marriage while undergoing medical tests. In the jurisprudence of Islamic religions, there is a difference of opinion among jurists regarding the jurisprudential ruling of such experiments. Some hold to the reasons such as the traditions narrated from Imams, the rule of prohibition of detriment, the necessity of obedience to the laws of the

Table of contents

Jurisprudential Principles of Article 23 of the Family Protection Law through Comparative Jurisprudence/ Mohammad Imami & Seyed Ali Razavi & Seyed Mohammad Razavi	3
Terms and Conditions of Transfer of Lease Agreement to New Tenant in Iranian Jurisprudence and Law Azita Amini & Siamak Jafarzadeh & Reza Nikkhah Sarnaghi & Salman Alipoor Ghooshechi ...	35
The Concept and Basis of Arsh's (Compensation Specified) General Theory in Contracts with Emphasis on Its Economic Analysis with Comparative Study Hamid Reza Behroozizad & Nejad Ali Almasi & Jalil Qanawati	65
A Jurisprudential and Legal Study of the Effect of Termination Compared to Previous Contracts/ Mahdi Chegeni & Saeed Siah Bidi Kermanshahi	95
Rental Transaction by Conduct (without Using Words) from The Perspective of Iranian Jurisprudence and Law/ Saeed Kheradmandi	113
A Reflection on the Theory of Cause in Proportion to the Study of Iranian Law and Common Law/ Siāmak Rahpeik & Nader Vellaei	139
Determining the Scope of the Principle of Contractual Freedom in the Light of the Theory of Rule and Right/ Ali Mokhtari Chaharbari & Ali Akbar Farahzadi	167
A Comparative Study of Refusal to Accept Rights in Iranian Law, Imamiyyah Jurisprudence and Principles of European Contract Law Seyed Mahdi Mousavi & Amir Sadeghi Neshat	191
Critical Reading of the Rule of Obligation (Pacta Sunt Servanda, Eghdam or Necessity Rule)/ Zainab Mirzaei Safiabad & Mahdi Movahedi Moheb	221
Reflection on Option for Delayed Payment of the Price/ Ali Nosrati	253
Legal Jurisprudential Analysis of Some Causes of Exemption from Civil Liability in the Qur'an/ H. Houshmand Firuzabadi & Meysam Khazaei & Hossein Javar & Ayyūb Amraei .	275
The Validity of the Condition of Payment of Certain Property in the Liability Contract Gholamreza Yazdani	303
Translation of Abstracts:	
Arabic Translation/ Kamel Esmail	321
English Translation/ Muhammad Hussein Golyari	346

صاحب امتیاز: **فصلنامه علمی پژوهشی**
مدیر مسئول: سیدحسن وحدتی شبیری
سر دبیر: محمد امامی

اعضای هیئت تحریریه (به ترتیب حروف الفبا):

دکتر محمد امامی (دانشیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی)
دکتر احمد باقری (استاد دانشگاه تهران)
دکتر محسن جهانگیری (دانشیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی)
دکتر محمدحسن حائری (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
دکتر حسین صفایی (استاد دانشگاه علوم اسلامی رضوی)
دکتر محمدتقی فخلعی (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
دکتر محمدصادق موسوی (دانشیار دانشگاه شهید مطهری)
دکتر سیدابوالقاسم نقیبی (دانشیار دانشگاه شهید مطهری)



مشاوران علمی این شماره (به ترتیب حروف الفبا):

حجة الاسلام دکتر علی جلائیان / دکتر سعید خردمندی / حجة الاسلام علی
رحمانی / حجة الاسلام دکتر سیدعلی رضوی / حجة الاسلام مصطفی رفسنجانی
مقدم / حجة الاسلام دکتر سیدعلی سجادی زاده / دکتر محمدعلی سعیدی /
حجة الاسلام دکتر ابوالفضل علیشاهی قلعه جوقی / دکتر محمدتقی فخلعی /
حجة الاسلام دکتر حسین فرزانه / حجة الاسلام دکتر سیدمحمدتقی قبولی
درافشان / دکتر سیدمحمد مهدی قبولی درافشان / دکتر سیدمحمد هادی قبولی
درافشان / حجة الاسلام دکتر محمدباقر گرایلی / دکتر حجت مبین / حجة الاسلام
دکتر غلامرضا یزدانی



تأییدیه علمی پژوهشی:

«مجله آموزه‌های فقه مدنی» بر اساس مجوز کمیسیون بررسی نشریات کشور
(وزارت علوم، تحقیقات و فناوری) در تاریخ ۱۳۹۱/۵/۱۸ و به شماره ۱۳۳۹۲۱ از
بهار و تابستان ۱۳۸۹ دارای درجه «علمی - پژوهشی» گردیده است.

این فصلنامه در وبگاه‌های زیر قابل دسترسی است:
www.sid.ir و www.noormags.ir و www.magiran.com/razavi
و www.civilica.com و www.isc.gov.ir

«ترتیب مقالات بر اساس حروف الفبای نویسنده اول می‌باشد.»

«آرای نویسندگان مقالات لزوماً دیدگاه مجله نیست.»

«نقل مطالب مجله با ذکر مأخذ بلامانع است.»

آموزه‌های فقه مدنی

بهار - تابستان ۱۳۹۹، شماره ۲۱



مسئول اجرایی
محمدامین انسان

کارشناس اجرایی
علی برهان زهی

نحوه انتشار
به صورت الکترونیکی در وبگاه
www.razavi.ac.ir

ارتباط با کارشناس
«تماس با ما» در سامانه نشریات

نشانی پستی
مشهد، ص پ ۹۱۷۳۵-۴۶۱

رایانامه
razaviunmag@gmail.com

Specialized Journal of Razavi University of Islamic Sciences

Civil Jurisprudence Doctrines

No. 21

Spring & Summer 2020



Proprietor:

Razavi University of Islamic
Sciences

Managing Director:

S. H. Vahdati Shobeiri

Editor -in- Chief:

M. Imami

Executive Chief:

M. A. Ensan

Editorial Board:

A. Bagheri (*Prof. at University of Tehran*)

M. T. Fakhlaei (*Prof. at Ferdowsi University of
Mashhad*)

M. H. Haeri (*Prof. at Ferdowsi University of Mashhad*)

M. Imami (*associate professor at Razavi University
of Islamic Sciences*)

M. Jahangiri (*associate professor at Razavi University
of Islamic Sciences*)

M. S. Mousavi (*associate professor at Shahid Motahari
University*)

S. A. Naghibi (*associate professor at Shahid Motahari
University*)

H. Safaei (*Prof. at Razavi University of Islamic Sciences*)

Address: Iran, Mashhad, P.O. Box: 91735-461

Web Site: www.razavi.ac.ir

E.mail: razaviunmag@gmail.com