

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فهرست مطالب

- بررسی فقهی حکم درآمدهای ناشی از رانت با استناد به آیه تجارت
محمدعلی شیخ الاسلامی و سیدمحمدتقی قبولی درافشان و محمدتقی فخلعی ۳
نقدی بر انگاره مشهور فقیهان امامی در باب کیفیت صدور حکم حجر مفلس
راضیه امینی و حسین صابری و محمدحسن حائری ۲۷
بررسی فقهی حقوقی سوءاستفاده از حق مالکیت ربات در امر اشتغال
حمزه نظریور و علی اکبر ایزدی فرد و محمد محسنی دهکلانی ۵۱
بطلان عقد مکره و نقد نظریه عدم نفوذ با رویکرد اصلاح مواد ۲۰۹ و ۳۴۶ قانون مدنی
احمد باقری و زهره نیک عمل ۸۳
بررسی ابعاد فقهی همزادسازی و بدل سازی انسانی / سیدمحسن مرتضوی و مجتبی نوروزی ۱۰۳
تحلیل فقهی و حقوقی جایگاه «توصیف» امر موضوعی در دادرسی مدنی
رضا دریائی و مصطفی کربلانی آقازاده ۱۲۷
بررسی فقهی - حقوقی شرط ضمان مرتهن / سیدمحمدهاشم پورمولا و محدثه جلیلی زاده و مرتضی رحیمی ۱۵۱
انتقال حقوق و تعهدات قراردادی در حقوق ایران و اسناد بین المللی
مصطفی انصاری نسب و حسن مرادی و نجادعلی الماسی ۱۶۹

ترجمه حکم الایها

- ترجمه عربی (موجز المقالات) ۱۹۹
ترجمه انگلیسی (Abstracts) ۲۱۴

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.

بررسی فقهی حکم درآمدهای ناشی از رانت با استناد به آیه تجارت*

- محمدعلی شیخ‌الاسلامی^۱
- سیدمحمدتقی قبولی درافشان^۲
- محمدتقی فخلعی^۳

چکیده

مقاله حاضر در پی بررسی حکم وضعی رانت خواری و درآمدهای ناشی از رانت است. در این مقاله با به کارگیری روش تحلیلی استنباطی پس از بررسی مفهوم رانت از یک سو و با اثبات عرفی بودن مفهوم باطل در آیه تجارت و با عنایت به دیدگاه‌های فقهی تفسیری، برخی اقسام مصطلح رانت منفی، شامل رانت اقتصادی و سیاسی قابل انطباق بر باطل و درآمد حاصل از رانت خواری، مصداق اکل به باطل دانسته شده است. اما صدق رانت اطلاعاتی بر موضوع باطل در آیه کریمه تجارت، در برخی مصداقش عرفاً محل اشکال است و باید

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۱۱/۱۸ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۵/۵.

۱. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد (msheikhholeslami@mail.um.ac.ir).

۲. دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد (نویسنده مسئول) (ghabooli@ferdowsi.um.ac.ir).

۳. استاد دانشگاه فردوسی مشهد (fakhlai@ferdowsi.um.ac.ir).

قائل به تفصیل شد؛ یعنی اینکه تنها در صورتی که رانت اطلاعاتی منجر به تضییع حقوق و ظلم به دیگران گردد، مصداق باطل بوده و درآمد حاصل از آن، اکل به باطل است. حاصل اینکه در تمام مواردی که اکل به باطل بودن درآمد حاصل از رانت ثابت گردد، شخص مالک آن درآمد نخواهد بود و نسبت به آن ضامن است.

واژگان کلیدی: رانت، رانت‌خواری، اکل مال به باطل، باطل عرفی.

مقدمه

فساد اقتصادی یکی از معضلاتی است که دامگیر جوامع امروزی گشته و با آسیب‌رسانی به لایه‌های اجتماعی، اقتصادی و سیاسی آن، روندی رو به رشد در نابودی حکومت‌ها داشته است. امروزه مصادیق این فساد مالی در قالب مفاسدی چون اختلاس، دزدی، انواع کلاهبرداری‌ها، سوءاستفاده از موقعیت، رشوه، تقلب، تبانی و... مشاهده می‌شود.

فساد مالی، موجب تضعیف تولید و از بین رفتن خلاقیت‌ها گشته و در نتیجه آن، منابع قدرت و ثروت انحصاری می‌گردند و در پی آن، جامعه دچار تبعیض خواهد شد. بنابراین با گسترش فساد در بخش اجرایی کشور و تعمیق آن در بخش خصوصی، تبعیض و نابرابری در جامعه افزایش خواهد یافت و این به معنای رشد فقر در کنار ثروت خواهد بود. یکی از مهم‌ترین مفاسدی که منجر به نابرابری اقتصادی و شکاف طبقاتی در سطوح مختلف یک جامعه می‌گردد، پدیده رانت است.

رانت در وهله نخست، یک مفهوم اقتصادی است که به تدریج به سایر حوزه‌ها از جمله سیاست نیز سرایت کرده است (اسحاقی، ۱۳۸۴: ۲۱). بنابراین رانت، صرفاً یک فساد اقتصادی نیست، بلکه فساد اجتماعی است که یکی از اصلی‌ترین ریشه‌های آن، فساد اقتصادی است.

نوشتار حاضر با بررسی دقیق مفهوم رانت که با مطالعه کتب و مقالات متعدد، حاصل گشته است، با جمع‌بندی نظرات، به تعریفی نو و ابتکاری در این زمینه رسیده و سپس با بررسی آیه تجارت، صدق اقسام رانت بر باطل و رابطه آن با آیه شریفه را بررسی نموده است. برای کشف این ارتباط، ابتدا در دو بخش جداگانه دو مفهوم

رانت و «أكل المال بالباطل» مورد بررسی قرار می‌گیرند و سپس ارتباط بین آن‌ها مورد تحلیل قرار خواهد گرفت.

نکته قابل ذکر در این مقاله آن است که نوشتار حاضر در پی بررسی حکم وضعی رانت و درآمدهای حاصل از آن، صرف‌نظر از عناوین عارضی دیگری چون رشوه، سرقت و موارد دیگری است که اکل به باطل بودن آن، محل تردید نیست. ضمن اینکه مقاله حاضر، در مقام بیان حکم تکلیفی رانت و رانت‌خواری نیست.

با وجود اهمیت فوق‌العاده مبحث رانت و ابتلاء جامعه به آن و آثار مخربی که ایجاد نموده است، تا کنون پژوهش فقهی مستقلی نسبت به آن نگاشته نشده است و نوشتار حاضر، از این حیث منحصر به فرد می‌باشد. روش گردآوری اطلاعات، کتابخانه‌ای و از طریق فیش‌برداری از کتب فقهی فقهای امامیه و روش تحقیق تحلیلی توصیفی می‌باشد.

۱. معناسازی رانت و اقسام آن

۱-۱. مفهوم رانت^۱

۱-۱-۱. مفهوم لغوی رانت

رانت ریشه‌ای فرانسوی دارد که در زبان فرانسه ابتدا معادل اجاره‌بهای زمین کشاورزی آمده است، ولی امروزه در زبان‌های فرانسه و انگلیسی در لغت به معنای مطلق بهره مالکانه‌ای است که جزء درآمدهای زندگی و حاصل کار و تلاش به حساب نمی‌آید (اسحاقی، ۱۳۸۴: ۲۱) و برخی آن را به معنای اجاره و کرایه نیز به کار برده‌اند (همدمی خطبه‌سرا، ۱۳۸۴: ۳۶).

۱-۱-۲. مفهوم اصطلاحی رانت

پیدایش مفهوم رانت به دو قرن پیش برمی‌گردد که به تفاوت ارزش محصول دو زمین، که یکی از مرغوبیت بیشتری برخوردار است، اطلاق گردید. ریکاردو این درآمد

1. Rent.

مازاد را که به دلیل حاصلخیزی زمین و بدون تلاش حاصل شده است، رانت می‌نامند (خضری ورنانی، ۱۳۸۳: ۵۶). با الهام از رانت مصطلح نزد ریکاردو، اقتصاددانان پس از وی، رانت را به درآمد مازاد بر هزینه فرصت‌های صرف شده تعریف نموده‌اند (فرهنگ، ۱۳۸۸: ۱۰۳۸؛ حسین‌خان، ۱۳۸۶: ۳۷). بنابراین رانت، خارج از عرصه فعالیت‌های مولد اقتصادی است (Pearce, 1989: 120) و به خاطر همین است که برخی، از رانت به درآمد غیر مولد تعبیر نموده‌اند (خضری ورنانی، ۱۳۸۳: ۵۰). برخی دیگر به تعریف فوق، شرط کمیابی مطلق و یا نسبی و به طور کلی شرایط غیر رقابتی را افزوده‌اند (سبحان‌اللهی، ۱۳۷۵: ۳۲) که منطبق بر تعریف ابتدایی رانت طبق نظر ریکاردو می‌باشد.

طبق این تعاریف، رانت صرفاً مفهومی منفی نیست، بلکه گاهی می‌تواند مثبت هم باشد (درازن، ۱۳۹۰: ۴۸۱). حسین مشتاق‌خان، یکی از اقتصاددانان معاصر، در کتاب خود نرخ‌های بازدهی بالا در انحصارات، درآمدهای بالای ناشی از انتقالی چون یارانه‌ها (که توسط سازوکار سیاسی تدارک دیده شده‌اند) و یا درآمد حاصل از تملک منابع کمیاب (خواه این منابع کمیاب، منابع طبیعی باشند یا دانش تخصصی) را از انواع رانت دانسته است (حسین‌خان، ۱۳۸۶: ۳۷). بنا بر همین عقیده است که برخی معتقدند حضور رانت‌ها گاهی اوقات می‌تواند نشانه یک اقتصاد پویا و کارآمد باشد (خضری ورنانی، ۱۳۸۳: ۱۱).

در غالب موارد، رانت مثبت نصیب افرادی می‌گردد که استحقاق و شایستگی آن را دارا می‌باشند؛ برای مثال، تعلق یک سری امتیازات انحصاری به مخترعان و یا دانش‌آموختگان تحصیلات تکمیلی، نه تنها رانت منفی نیست، بلکه تشویق به علم‌آموزی و خلاقیت است که دیگران را ترغیب می‌کند برای کسب این امتیازات، مدارج علمی را طی نمایند (حسین‌خان، ۱۳۸۶: ۳۷).

با نگاه به آثار اقتصاددانان، کمتر کسی است که به رانت مثبت اشاره نموده باشد و حتی مثال‌هایی که در مورد رانت به کار می‌برند، حاکی از این نوع نگاه است. به خاطر همین است که در تعریف‌هایشان به جنبه منفی رانت اشاره داشته و از آن به امتیازات همراه با بهره‌برداری از منابع و اموال عمومی نام برده‌اند (یوسفی‌نژاد، ۱۳۸۵: ۱۴۸؛ سبحان‌اللهی، ۱۳۷۵: ۳۲). البته اشکال اصلی این تعاریف، عدم مانعیت می‌باشد؛ به طوری

که برخی از مفاسد دیگر غیر از رانت را نیز در بر می‌گیرد.

با توجه به اینکه در بررسی فقهی رانت، نوع منفی آن از اهمیت بیشتری برخوردار است و همچنین آنچه که امروزه از رانت شناخته می‌شود و نسبت به آن حساسیت نشان داده می‌شود، نوع منفی آن است، تعریفی که جامع و مانع بوده و بیانگر رانت متعارف باشد، عبارت است از:

«درآمد غیر مولدِ مازاد بر هزینه فرصت‌های صرف‌شده یا امتیازی که در شرایط رقابت کامل، قابل تحقق نبوده و با سوءاستفاده از موقعیت و یا از طریق رابطه غیر استحقاقی و وابستگی به مراکز قدرت و ثروت به دست می‌آید.»

برای مثال، وزیری که از نوسانات نرخ ارز و بازار آگاه است، اگر به واسطه این آگاهی معاملاتی انجام دهد و به درآمد بادآورده‌ای برسد، چنین درآمد مازادی، مصداق رانت است؛ زیرا با سوءاستفاده از موقعیت، صاحب درآمد غیر مولد مازاد بر هزینه فرصت‌های صرف‌شده، شده است که در شرایط غیر رقابتی به دست آمده است. همچنین است شخصی که به واسطه رابطه با چنین وزیری از نوسانات بازار آگاه گردد و با انجام برخی معاملات، به سود هنگفتی دست یابد.

بنابراین رانت در وهله اول به درآمد اطلاق می‌گردد و در وهله بعد به هر آنچه که بالقوه درآمد محسوب می‌گردد، قابل انطباق است؛ مانند برخی مجوزها و امتیازات و یا برخی پست‌ها و سمت‌ها و یا اطلاعات نایاب و کمیابی که با محرومیت دیگران از آن، قابلیت تبدیل به سود و درآمد بادآورده را دارد. این تعریف، قدر متیقن تعریف‌هایی است که در مورد رانت بیان شده است.

۲-۱. اقسام رانت

۱-۲-۱. رانت اقتصادی

در کتب اقتصادی، تعریف دقیقی از رانت اقتصادی ارائه نگردیده، اما از مجموع مطالب و مثال‌هایی که در این حوزه از سوی اقتصاددانان بیان شده است، چنین برداشت می‌شود که اگر ایجاد یک سری محدودیت‌ها در بازار از سوی تصمیم‌گیرندگان اقتصادی، امتیازات ویژه و انحصاری را برای خود آنها یا گروه خاصی از اشخاص و یا

گروه‌ها در پی داشته باشد، درآمد حاصل از این امتیازات، رانت اقتصادی می‌باشد (سردارآبادی، ۱۳۸۴: ۳۲).

در واقع، رانت مصطلح بدون قید، همان رانت اقتصادی است. بنابراین با توجه به تعریف ابتدایی رانت، رانت اقتصادی، درآمد غیر مولد و یا امتیازی است که ناشی از رقابت کامل نبوده و با سوءاستفاده از فرصت‌ها و امکانات جامعه و یا از طریق رابطه غیر استحقاقی و وابستگی به مراکز قدرت و ثروت به دست آمده باشد. برخی از مهم‌ترین مصادیق این رانت عبارت‌اند از: صدور پروانه یا ليسانس، امتیاز انحصاری در واردات یا صادرات کالاها و محصولات، امتیاز انحصاری تولید کالای خاص، امتیاز تأسیس کارخانه، اعتبارات، وام‌ها و....

۲-۱-۲. رانت سیاسی

کسب هر سطح از قدرت سیاسی بدون پرداخت هزینه‌های لازم و ضروری آن را رانت سیاسی گویند (درویشی، ۱۳۸۷: ۳۳۱). این قدرت، منجر به کسب درآمد مازاد بر هزینه فرصت‌های صرف‌شده‌ای که در یک حالت غیر رقابتی و بر اساس رابطه غیرمستحقانه ایجاد شده است، می‌گردد.

از این منظر هر گاه افراد و گروه‌هایی برای دستیابی به قدرت سیاسی یا نفوذ در آن، حاضر به پذیرش قواعد بازی و رقابت سالم سیاسی با دیگران نبوده و از این طریق، بیش از هزینه‌های صرف‌کرده، به منابع و منافع در قدرت سیاسی موجود دست یابند، به نوعی، از رانت سیاسی بهره گرفته‌اند (همان: ۳۳۲).

۳-۱-۲. رانت اطلاعاتی

رانت اطلاعاتی عبارت است از دستیابی به یک سری اطلاعات انحصاری که بدون رقابت با دیگران به دست آمده و منجر به کسب درآمد بادآورده و غیر مولد می‌شود (کاظمی، ۱۳۸۳: ۵۵)؛ مانند شخصی که به واسطه آگاهی از احداث زمین در یک منطقه شهری، اقدام به خرید زمین یا ملکی در آن منطقه بکند تا در آینده‌ای نزدیک چند برابر هزینه‌ای که داده را به دست آورد.

۲. نحوه انطباق آیه نهی از اکل به باطل با درآمدهای ناشی از رانت

۱-۲. آیه نهی از اکل به باطل

پس از این که معنا و مفهوم رانت و اقسام آن روشن گردید، لازم است صدق رانت، نسبت به اکل به باطل مورد ارزیابی قرار گیرد. برای این منظور، ابتدا مفهوم «اکل المال بالباطل» در آیه «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا» (نساء/ ۲۹) بررسی می‌گردد.

۱-۲-۱. مفردات آیه

اکل: منظور از اکل، هر نوع تصرفی است که انسان در اشیاء مختلف انجام می‌دهد (حمد شراره، ۱۳۹۵: ۸۲). بنابراین شامل مطلق تصرفات بوده و در معنای مجازی‌اش به کار رفته است (طباطبایی، بی‌تا: ۵۱/۲).

البته بسیاری از فقهاء با مراجعه به عرف، مراد از اکل را تملک مال دیگری بدون استحقاق نسبت به آن می‌دانند (ایروانی، ۱۳۲۸: ۲۷۸/۱؛ موسوی خویی، بی‌تا: ۸۰/۴؛ طباطبایی قمی، ۱۴۲۳: ۲۶۰/۴). این همان معنایی است که مورد پذیرش امام خمینی هم قرار گرفته است که با توجه به قرائن موجود در آیه شریفه و مستفاد از روایات، این وجه را مناسب‌تر دانسته‌اند (موسوی خمینی، ۱۴۱۵: ۲۶/۲). البته وجه جمع این دو این است که تملک هم به نوعی تصرف در مال دیگری و در اختیار گرفتن آن است و به عبارتی پذیرش تملک در معنای اکل به طریق اولی در سایر تصرفاتی که پس از اکل هم صورت می‌گیرد، قابل اطلاق است. به همین منظور است که معاصران معتقدند اکل، علاوه بر تصرفات حقیقی، تصرفات اعتباری - تملک و تصاحب - را نیز شامل می‌گردد (گرچی، ۱۳۸۰: ۲۴).

مال: واژه مال به دلیل اینکه کمتر مورد مناقشه قرار گرفته است، کمتر به تعریف آن پرداخته شده است. به خاطر همین است که برخی مفسران، معنای آن را واضح دانسته‌اند (طبرسی، ۱۴۱۵: ۲۳۸/۱). اما در مقابل، برخی دیگر به تعریف واژه پرداخته و آن را مشتق از واژه میل دانسته‌اند که در این صورت به معنای ملکی است که مورد میل و

رغبت قرار گیرد (طباطبایی، بی تا: ۵۱/۲-۵۲). البته باید به این نکته توجه نمود که علاوه بر اعیان و نقود، بر منافع، اموال اعتباری و اسناد مالی هم، چون مورد میل و رغبت قرار می گیرد و انسان حاضر است در قبال آن وجهی بپردازد، مال اطلاق می گردد (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲/۲۹-۳۰).

باطل: در بین واژگان مربوط به آیه شریفه، واژه ای که بیشتر مورد توجه قرار گرفته است، واژه باطل است. البته معنا و مفهوم تحت اللفظی آن کمتر مورد مناقشه قرار گرفته است و در معانی ظلم و عدوان، پوچ و بیهوده، خالی بودن از غرض عقلایی، فقدان و زیان آمده و در هر صورت نقیض کلمه «حق» است (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۱۱/۵۶؛ خوری شرتونی، ۱۴۰۳: ۱).

قدر متیقن از تعریف اصطلاحی باطل، مبتنی بر آیه شریفه، این است که مراد از باطل، آن چیزی است که نسبت به آن استحقاقی نیست (مامقانی، ۱۳۱۶: ۳/۳۶۱).

۲-۱-۲. متعلق نهی در آیه شریفه

آنچه مسلم است، این است که منهی عنه در آیه شریفه، اکل مال به باطل است. اما با توجه به آنچه که از مفهوم مفردات آیه بیان گردید، واضح است که تا مفهوم «بالباطل» روشن نشود، نمی توان اظهار نظر دقیقی درباره متعلق نهی نمود. بنابراین برای فهم این مهم باید ابتدا مراد از «بالباطل» روشن گردد. به طور کلی در رابطه با «بالباطل» که در آیه شریفه آمده است، دو نظر مختلف در کلام فقهاء وجود دارد:

الف) برخی از فقهاء، مراد از «بالباطل» را بدون بدل دانسته اند که در این صورت، معنای آیه چنین می شود که در اموال دیگران بدون بدل و بدون اینکه جبران کنید و مابازاء بدهید، تصرف نکنید (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۲۰/۳۹؛ میرزای شیرازی، ۱۴۱۲: ۱/۴۹؛ تجلیل تبریزی، ۱۴۲۱: ۴۶۶؛ حسینی حائری، ۱۴۲۳: ۱/۳۲۹).

ب) برخی دیگر هم مراد از باء را سببیت می دانند که در این صورت معنای آیه شریفه چنین می شود: در اموال دیگران، با اسباب باطل تصرف نکنید. این برداشت از آیه ابتدا توسط جناب خویی مورد توجه قرار گرفت (موسوی خویی، بی تا: ۴/۸۰) و بعدها

توسط بسیاری دیگر از فقهاء معاصر مورد تأیید قرار گرفت (موسوی خمینی، ۱۴۱۵: ۲۷/۲؛ منتظری نجف‌آبادی، ۱۴۱۵: ۱۷۴/۲؛ نجفی تبریزی، ۱۴۱۳: ۸۵؛ طباطبایی قمی، ۱۴۱۳: ۱۳۵/۱؛ حسینی روحانی، ۱۴۲۹: ۳۴۵/۱۶؛ سبحانی تبریزی، ۱۴۲۳: ۳۹؛ هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳: ۲۸۱/۲). پذیرش نظریهٔ دوم مبتنی بر دو مؤید است:

۱-۲-۱-۲. مؤید اول: استثناء موجود در آیه

ادامهٔ آیهٔ شریفه، همراه با یک استثناء است: «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» مشهور میان فقهاء امامیه این است که استثناء مذکور، متصل و مفید حصر می‌باشد (غروی نائینی، ۱۴۱۳: ۴۶۳-۳۶۲/۱؛ موسوی خویی، بی‌تا: ۱۰۴/۲؛ خوانساری، ۱۴۰۵: ۱۸۴/۵؛ موسوی خمینی، ۱۴۱۵: ۲۳۴/۱؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲۱۹/۵؛ حسینی شیرازی، بی‌تا: ۳۳۷/۱) و مستثنی‌منه، «أَكَلَ مَالِ الْغَيْرِ بِعَنْوَانِ تَمَلُّكٍ» است که از قرائن موجود در آیهٔ شریفه برمی‌آید (موسوی خویی، بی‌تا: ۱۰۴/۲). نتیجهٔ اینکه استثناء مذکور بیانگر این است که صحت تملک، منحصر به سبب «تجارة عن تراض» است و در صورتی که تملک، با اسباب دیگری صورت پذیرد، باطل خواهد بود. به خاطر همین است که برخی از فقهاء، مقابله بین «أَكَلَ الْمَالِ بِالْبَاطِلِ» و «تجارة عن تراض» را قرینه‌ای بر اشارهٔ آیه به اسباب باطل می‌دانند (همان: ۱۳۵/۱؛ منتظری نجف‌آبادی، ۱۴۱۵: ۱۷۴/۲؛ حسینی روحانی، ۱۴۲۹: ۱۳۵/۵).

۲-۲-۱-۲. مؤید دوم: روایات و تفاسیر بیانگر مصادیق «أَكَلَ الْمَالِ بِالْبَاطِلِ»

در برخی از روایاتی که مفسر معنای باطل در آیهٔ شریفه بوده است، تعدادی از مصادیق آن از سوی معصومان علیهم‌السلام بیان شده است که طبق آن روشن می‌گردد مراد از باطل، همان اسباب باطل تملیک و تملک است؛ مانند روایاتی که مراد از باطل را قمار^۱ و یا «اليمين الكاذبة»^۲ دانسته‌اند که در واقع اشاره به اسباب باطل است، نه اینکه مراد از باطل را عدم مابازاء دانسته باشند.

۱. عدهٔ من أصحابنا عن أحمد بن محمد بن علي بن الحكم عن سيف بن عميرة عن زياد بن عيسى وهو أبو عبيدة الحداء، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله تعالى ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾، فقال كانت قریش تقامر الرجل بأهله وماله فنهاهم الله تعالى عن ذلك (كليني، ۱۴۰۷: ۱۲۲/۵).
 ۲. أبو علي الطبرسي، قال: روى عن أبي جعفر عليه السلام، أنه يعنى بالباطل: «اليمين الكاذبة» تقتطع بها الأموال (بحراني، ۱۳۷۴: ۴۰۳/۱).

همچنین با مراجعه به کتب «آیات الاحکام» و کتب تفسیری با مراجعه به تفاسیری که از آیه شریفه آورده‌اند، معلوم می‌گردد که مراد از باطل در نگاه مفسران، همان اسباب باطل تملک از جمله ربا، قمار، ظلم، غصب، رشوه و... می‌باشد و با توجه به اینکه مفهوم باطل را عام می‌دانند، ذکر این موارد از نگاه آن‌ها تنها از باب نمونه است (اردبیلی، بی‌تا: ۴۲۷؛ طباطبایی، بی‌تا: ۵۲/۲؛ کاظمی، بی‌تا: ۳۲/۳؛ طبرسی، ۱۴۱۵: ۱/۱۳۴؛ انصاری قرطبی، ۱۹۸۵: ۱۳۸/۲).

۲-۲. مصادیق باطل در کلام فقهاء

بعد از اینکه روشن شد مراد از باطل، اسباب باطل است، نکته‌ای که باید به دقت، مورد بررسی قرار گیرد، این است که مراد از اسباب باطل چیست و چه مواردی ذیل آن قرار می‌گیرد.

شیخ طوسی با توجه به لفظ باطل، معنا و مفهوم آیه تجارت را در دو مفهوم خلاصه نموده است: یکی تملک اموال دیگران بر حسب ظلم و تعدی مثل خیانت و سرقت و غصب، و دوم تملک اموالی که از راه غیر مشروع به دست آمده باشد، مثل قمار (طوسی، بی‌تا: ۱۳۸/۲).

در کلام فقهاء هم مصادیق باطل، مواردی چون رشوه (حسینی شیرازی، ۱۴۲۶: ۲۲۷)، ربا (موسوی خمینی، ۱۴۱۸: ۵۰/۱)، سرقت (همو، ۱۴۱۵: ۲۸۶/۲؛ صدر، ۱۴۲۰: ۱۳۳/۳)، ظلم (موسوی خمینی، ۱۴۱۵: ۲۸۶/۲؛ موسوی خویی، ۱۴۱۸: ۳۶۱)، قمار (انصاری، ۱۴۱۵: ۱/۳۷۷؛ موسوی خویی، بی‌تا: ۳۰۹/۵؛ تبریزی، ۱۴۲۷: ۱۵/۸)، غصب (حسینی شیرازی، بی‌تا: ۳۹۱/۷) و آنچه در حکم غصب است (بحرانی، ۱۴۲۳: ۲۹۲)، آنچه که برای گمراهی مردم و ضرر به آن‌ها صرف شود (حسینی شیرازی، ۱۴۲۶: ۲۷۷) و مال به دست آمده از سرقت (منتظری نجف‌آبادی، ۱۴۱۵: ۲۲۶/۲) را در بر می‌گیرد.

آنچه سؤال اصلی مقاله را تشکیل می‌دهد و در پی رسیدن به آن هستیم، این است که آیا رانت هم می‌تواند مصداقی از باطل باشد تا در آیه شریفه منهی واقع گردد یا خیر؟ برای پاسخ به این سؤال باید این مسئله بررسی گردد که آیا باطل، منحصر در همین مصادیقی است که در کلام فقهاء و مفسران ذکر گردیده است - که همان مصادیق

مستفاد از آیات و روایات است. یا اینکه می‌توان نمونه‌های دیگری را مصداق آن گرفت. اگر به این نتیجه برسیم که باطل، مفهومی عرفی است و هر آنچه که در عرف، باطل باشد، داخل در مفهوم باطل خواهد بود و سپس ثابت گردد که رانت هم عرفاً باطل محسوب می‌گردد، فرضیه مورد نظر ثابت خواهد شد.

۲-۳. قلمرو عرف

در رابطه با عرف، در دو ساحت کلی احکام و موضوعات، میان فقهاء تبادل آراء صورت گرفته است که با توجه به اینکه بحث ما تنها ساحت موضوعات را در بر می‌گیرد، تنها به این قسم می‌پردازیم.

۲-۳-۱. نقش عرف در تعیین موضوعات معاملی

تبیین موضوعات شرعی بر عهده شرع و شارع است، اما در موضوعاتی که مخترع آن شرع نباشد، تشخیص مفاهیم و تعیین مصادیقش بر عهده عرف است. از این رو، بر فقیه لازم است برای تشخیص و تحدید آن‌ها به عرف متخصص مراجعه کند تا در فهم آن مفاهیم دچار لغزش و اشتباه نگردد (موسوی سبزواری، ۱۴۰۶: ۱۹/۲؛ فیض، ۱۳۷۳: ۲۲۲). به خاطر همین است که فقهاء در فهم معنای موضوعاتی که در شرع از آن‌ها نام برده شده است، به عرف مراجعه می‌کنند؛ مانند رجوع به عرف در فهم موضوعاتی چون رشوه (موسوی قزوینی، ۱۴۲۴: ۴۰۱/۲)، اعانه بر اثم (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۶۳/۱۶)، لهُو (موسوی قزوینی، ۱۴۲۴: ۳۵۳/۲)، قمار (موسوی خمینی، ۱۴۱۵: ۸/۲؛ موسوی خویی، بی‌تا: ۳۷۲/۱؛ صدر، ۱۴۲۰: ۱۶۹/۳؛ تبریزی، ۱۴۱۶: ۲۲۳/۱؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۷: ۱۴۰/۱؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۳۹۶/۱۴).

۲-۳-۲. باطل عرفی

در رابطه با شرعی یا عرفی بودن باطل، دو نظر در میان فقهاء وجود دارد: یک عده طرفدار شرعی بودن مفهوم باطل هستند و گروهی دیگر نیز عرفی بودن را اختیار نموده‌اند.

گروه اول اعتقاد دارند که مراد از باطل در آیه شریفه، باطل واقعی است که در شرع

ذکر شده است؛ مانند قمار، ربا، غضب و... (شیخ‌الشریعه اصفهانی، ۱۳۹۸: ۴۳؛ سیوری حلی، ۱۴۲۲: ۳۳/۱؛ مامقانی، ۱۳۱۶: ۳۶۱/۳). اما گروه دوم بر این اعتقادند که ذکر چند مورد در شرع از باب نمونه است و در واقع مراد از باطل، هر آن چیزی است که عرف، آن را باطل بدانند (انصاری، ۱۴۱۵: ۲۰/۵؛ ایروانی نجفی، ۱۴۰۶: ۱۹۵/۱؛ موسوی خمینی، ۱۴۱۵: ۲۵۴/۱؛ منتظری نجف‌آبادی، ۱۴۱۵: ۴۱۳/۲؛ مظفر، بی‌تا: ۱۶۱/۱؛ هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳: ۲۸۱/۲).

مکارم شیرازی با ردّ این ادعای واقعی بودن مفهوم باطل می‌فرماید:

«این حرف عجیبی است؛ زیرا که فقهاء الفاظ وارده در باب معاملات را حمل بر مفاهیم عرفی آن می‌کنند و اگر چنین نبود، استدلال به عمومات وارده مطلقاً جایز نبود» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۷۸).

ایشان در ادامه چنین می‌فرماید:

«اگر مراد از باطل را در آیه شریفه، باطل واقعی بدانیم، بر آیه مذکور فایده چندانی مترتب نخواهد شد؛ زیرا راهی به فهم باطل واقعی نداریم، مگر اینکه در جای دیگری مصادیق واقعی باطل از سوی شرع بیان شده باشد که دیگر نیازی به این آیه نخواهد بود» (همان: ۷۹).

امام خمینی هم در بیان تعلیل نظریه خویش که قائل به عرفی بودن باطل می‌باشد، معتقد است که اگر مراد از باطل را باطل شرعی بدانیم، در هنگام شک نمی‌توان به هیچ یک از اطلاقات یا عمومات وارده در کتاب و سنت استناد نمود؛ زیرا تمسک به عام در شبهه مصداقیه می‌شود و این جایز نیست (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۱۷۳/۱).

۲-۴. رابطه رانت و باطل

با توجه به اینکه معلوم شد فقهاء اعتقاد به عرفی بودن باطل دارند، ذکر این نکته لازم است که اگر موردی در شرع، مصداقی از باطل شمرده شد، قطعاً داخل در عنوان باطل خواهد بود؛ چرا که دایره عرف محدود به جایی است که نظر شرع در آن مسکوت باشد. اگر بطلان یا عدم بطلان مورد خاصی از سوی شرع معلوم شده باشد، دیگر محلی برای رجوع به عرف نخواهد بود. بنابراین در مواردی هم که بین فهم عرف و فهم شرع، تعارض ظاهری وجود دارد، فهم شرع مقدم خواهد بود و در این مسئله

اختلافی نیست؛ مثل اکل المازّه یا حق شفعه (شیخ الشریعه اصفهانی، ۱۳۹۸: ۴۳).

اکنون که عرفی بودن مفهوم باطل معلوم شد، آیا رانت - با توجه به تعریفی که از آن ذکر شد - داخل در مفهوم باطل قرار می‌گیرد یا خیر؟

با توجه به تعریف رانت، اولاً رانت یک درآمد غیر مولّد است که مابازاء تولیدی ندارد؛ ثانیاً این درآمد انحصاری بوده و در شرایط رقابت کامل به دست نیامده است؛ ثالثاً یا با سوءاستفاده مقام مسئول از فرصت‌ها و امکانات جامعه به دست آمده است یا از طریق رابطه‌ای که فرد رانت‌خوار نسبت به آن استحقاقی نداشته است؛ برای مثال، ممکن است شرکتی نیاز به نیروی کارآمدی داشته باشد و مدیر آن شرکت به واسطهٔ آشنایی که با شخصی متخصص در زمینهٔ مورد نیاز دارد، او را به کارگیری کند. در اینجا حقی ضایع نشده و رانت مصطلح محقق نشده است. اما در حالتی که مدیر یک مجموعهٔ دولتی، یک سری امتیازات مثل وام‌های کم‌بهره، جواز گمرک و... را به یکی از آشنایان خود اختصاص می‌دهد، بی‌آنکه صلاحیت آن را داشته باشد، رانت تحقق یافته است.

در واقع مسئلهٔ اصلی در رانت این است که شخص رانت‌خوار با محروم کردن دیگران از حقشان، به درآمدهایی دست می‌یابد که نسبت به آن استحقاق ندارد. این، همان نکته‌ای است که اقتصاددانان هم در مفهوم رانت، بر آن صحه گذاشته‌اند. علماء علم اقتصاد معتقدند که رانت در جامعه با رواج پدیدهٔ تبعیض و بی‌عدالتی، موجب تضییع حقوق جمع کثیری از مردم و در عوض، بهره‌برداری عده‌ای دیگر از درآمدی است که نسبت به آن استحقاقی ندارند (اسحاقی، ۱۳۸۴: ۲۳؛ سبحان‌اللهی، ۱۳۷۵: ۳۲؛ کاظمی، ۱۳۸۳: ۵۸؛ درویشی، ۱۳۸۷: ۳۳۲؛ خضری و زنانی، ۱۳۸۳: ۷۳؛ یوسفی‌نژاد، ۱۳۸۵: ۱۵۲). در واقع شخص رانت‌خوار با محروم‌سازی دیگران از حقوق طبیعی خود، با استفاده از رابطهٔ غیر مستحقانه و یا سوءاستفاده از موقعیت خویش، به درآمدی دست می‌یابد که استحقاق آن را نداشته است.

۲-۴-۱. بررسی انطباق رانت بر باطل

با توجه به آنچه که از تضییع حقوق دیگران و کسب درآمد بدون استحقاق - که ثمرهٔ

رانت است. بیان گردید، جای هیچ شک و شبهه‌ای باقی نمی‌ماند که قطعاً عرف، رانت را داخل در مفهوم باطل می‌داند و در نتیجه در آیه شریفه، منهی عنه می‌باشد. با توجه به آنچه که در مورد معانی اصطلاحی اکل و باطل بیان گردید، مراد از «أكل المال بالباطل» یعنی اینکه انسان مالی را بدون دلیل عقلی و منطقی و بدون استحقاق کسب کند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۲: ۳۶). با همین توجیه است که فقهاء اموال به دست آمده از طریق شرکت‌های هرمی (گلد کوئیست) را مصداق «أكل المال بالباطل» می‌دانند:

«افرادی که در شاخه‌های اول قرار می‌گیرند، بی‌آنکه کار مهمی انجام داده باشند، اموال هنگفتی را تصاحب می‌کنند» (مکارم شیرازی (مصاحبه)، ۱۳۸۱: تبریزی، ۱۴۲۷: ۲۹۹/۶).

از همین منظر، تصرف شخص در مالی که استحقاق آن را ندارد، مصداق «أكل المال بالباطل» می‌دانند (حسینی شیرازی، بی‌تا: ۲۲۶/۱۰)؛ چرا که با تصرف در چنین مالی باعث محرومیت شخص یا اشخاصی شده است که نسبت به آن استحقاق دارند و این، تضييع حقوق و در نتیجه، «أكل المال بالباطل» خواهد بود (صدر، ۱۴۲۰: ۱۵۵/۵).

بنابراین عرف، تصرف شخص در مالی که استحقاق آن را ندارد، مصداقی از باطل می‌داند و در جایی می‌توان ادعا نمود که شخص، استحقاق تصرف در یک مال را ندارد که تضييع حق دیگری در میان باشد؛ چرا که اموال، یا دارای مالک است یا فاقد آن؛ اگر فاقد مالک باشد، تصرف در آن در صورت عدم نهی شارع از آن مصداق خاص، قطعاً بلامانع است و در صورتی که مالک داشته باشد، اگر خود شخص متصرف، مالک آن باشد که بحثی در مورد آن نیست، اما اگر مالک آن، دیگری باشد -چه معلوم باشد چه مجهول- و تملک و تصرف آن شخص، منجر به تضييع حق دیگری در تملک آن گردد، عرف چنین تملک و تصرفی را مصداق باطل می‌داند. بنابراین اگر بر موردی، تضييع حق صدق کند، قطعاً مصداق باطل خواهد بود.

با نگاهی به آراء فقهاء در برخی مسائل و ابتناء آثار اکل به باطل بر آن‌ها به دلیل عدم استحقاق و تضييع حقوق، این مسئله بیشتر برایمان روشن می‌گردد. فقهاء در جایی که دو شریک، مال مورد شراکتشان و عملشان با یکدیگر برابر باشد، شرط زیادت برای

یکی از آن‌ها در متن عقد شراکت را مصداق «أكل المال بالباطل» می‌دانند؛ چرا که سبب اخذ بخشی از مال در برابر هیچ می‌شود و به عبارتی نسبت به آن مقدار مازاد استحقاق ندارد (نجفی صاحب جواهر، ۳۰۱/۲۶؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۱۴: ۸۲؛ ایروانی، ۱۴۲۷: ۱۶۷/۲). از همین منظر است که برخی از فقهاء فرموده‌اند به طور کلی هر فعالیت اقتصادی که در اسلام موجب تضييع حقوق ديگران و عدم اعطاء فرصت به آن‌ها در رسیدن به حقوقشان و بهره‌مندی از آن گردد، از طرف اسلام منع شده است (فیاض کابلی، ۱۴۰۱: ۱۲۰).

غالب آثار سوء رانت که ریشه در تبعیض و بی‌عدالتی دارد، مربوط به رانت‌های دولتی است که استفاده از آن، تضييع حقوق ديگران را در پی دارد و این تضييع حقوق، آثار سوء خودش را علاوه بر اقتصاد، بر جامعه، فرهنگ و سیاست یک کشور وارد می‌سازد. اما در رانت‌های غیر دولتی که شرکت یا اداره‌ای نیاز به استخدام دارد و مدیر و مسئول آنجا اختیار استخدام را دارد، جذب از روی رابطه نمی‌تواند اشکالی برای شخص استخدام‌شده ایجاد کند؛ چرا که چنین رانتی، تضييع حقوق ديگران را در پی ندارد. البته ذکر رانت در اینجا از باب مسامحه و بر مبنای تعریف ابتدایی ریکاردو است، وگرنه با توجه به اینکه نه سوءاستفاده‌ای از موقعیت شده و نه بر اساس یک رابطه غیر استحقاقی بوده، داخل در رانت مثبت قرار می‌گیرد؛ زیرا مدیر و مسئول یک مجموعه برای تکمیل کادر مجموعه‌اش، با توجه به شناختی که از اطرافیان دارد، تا آنجا که پای تضييع حقوق به میان نیاید، استفاده از آن‌ها علاوه بر شناخت بیشتر، مزایای دیگری از جمله هماهنگی بیشتر و ... می‌تواند داشته باشد که به واسطه این شناخت پیشین، هزینه کمتری را هم به مجموعه جهت استخدام تحمیل خواهد نمود. بنابراین بر رانت مثبت، عنوان باطل صدق نمی‌کند؛ چرا که تمام آثار مخربی که برای رانت ذکر کردیم، مربوط به رانت مصطلح است و رانت مثبت که به گفته اقتصاددانان نشانه یک اقتصاد پویا و کارآمد است (خضری ورنانی، ۱۳۸۳: ۱۱) و غالباً به افرادی تعلق می‌گیرد که استحقاق دریافت آن را دارند، از چنین آثار مخربی برخوردار نیست.

۲-۴-۲. بررسی صدق باطل در اقسام رانت

قدر متیقن از بین اقسام رانت برای صدق رانت بر باطل، رانت اقتصادی است؛ زیرا در واقع یک تفاوتی بین انواع مختلف رانت وجود دارد و آن، این است که رانت مصطلح در واقع همان رانت اقتصادی است که یک سری اموال و امتیازات، بدون دلیل منطقی عاید شخص می‌گردد. اما در رانت سیاسی، شخص به پست و سمتی می‌رسد که از قبل آن، عایدی نصیبش می‌شود. همچنین است رانت اطلاعاتی که در آن، شخص به واسطه اطلاعات غیر عمومی که بدون دلیل منطقی و قانونی به او رسیده است، به درآمد سرشاری می‌رسد. در رانت اقتصادی، مبنای نقل و انتقال، رانت است و عامل رسیدن شخص به این درآمد کلان، بی‌واسطه و غیر مستقیم، رانت است. اما در رانت سیاسی، منبع درآمد کلان، سمتی است که در حال حاضر رسمیت یافته است؛ اگرچه خود آن سمت، حاصل رانت بوده است. نکته مهم در رانت سیاسی این است که پست و مقامی که به شخص مورد نظر رسیده است، با توجه به اینکه شرایط قانونی و منطقی این انتصاب را نداشته و با وجود رابطه غیر مستحقانه‌ای که حاصل شده و در نتیجه تضييع حقی صورت گرفته است، درآمد حاصل از آن هم اکل به باطل خواهد بود؛ چرا که شرط چنین انتصابی، رقابت کامل و احراز شرایط و ویژگی‌های مورد نظر بوده است که شخص مذکور بدون اتکا به این شرایط و با تضييع حقوق دیگران، به این سمت رسیده است. بنابراین به دلیل فقدان شرایط استخدام، درآمد حاصل از آن هم که به سبب یک رابطه غیر استحقاقی به دست آمده است، اکل به باطل خواهد بود و عرف، همان طور که درآمد حاصل از سرقت و ربا را باطل می‌داند - که البته در شرع هم ذکر شده است -، درآمد حاصل از رانت سیاسی را هم باطل می‌داند.

با نگاه به استفتائاتی که از مراجع تقلید شده است، این موضوع روشن می‌شود که استخدام از روی پارتی در صورتی مورد اشکال قرار می‌گیرد و درآمد حاصل از آن، مصداق اکل به باطل است که موجب تضييع حقوق دیگران باشد. اما اگر پارتی منجر به تضييع حقوق دیگران نگردد، درآمد حاصل از آن، اشکالی ایجاد نمی‌کند؛^۱ مثلاً اگر

۱. <<http://talabehpasokhgoo.parsiblog.com>> در تاریخ ۱۳۹۵/۸/۲۰.

مدیر یک اداره دولتی، سمت مهمی در آن اداره را به شخصی که هم‌حزب اوست، اعطا نماید و از طرفی آن شخص هم تخصص و قابلیت لازم و به طور کلی شرایط لازم برای آن سمت را داشته باشد، درآمد وی اکل به باطل نخواهد بود؛ چرا که درآمد چنین شخصی تخصصاً خارج از موضوع رانت مصطلح است؛ زیرا بنا بر تعریف مختار از رانت، به واسطه توانمندی این شخص، نه سوءاستفاده‌ای صورت گرفته و نه رابطه غیر مستحقانه‌ای شکل گرفته است.

در رانت اقتصادی، مال و آنچه در حکم مال است، نقل و انتقال می‌یابد. در رانت سیاسی هم پست و سمتی به شخصی می‌رسد. اما رانت اطلاعاتی دارای ابعاد پیچیده‌تری است؛ چرا که این اطلاعات، گاهی منجر به شرکت در یک خرید و فروش یا معامله و قرارداد دولتی و کسب درآمد هنگفت می‌شود و گاهی منجر به کسب درآمد از غیر آن می‌شود؛ به این صورت که با آگاهی از پایین‌ترین و بالاترین قیمت، در مناقصه و مزایده شرکت می‌کند. یکی از شرایط مزایده و مناقصه، عدم آگاهی از قیمت دیگران است. در نتیجه این شخص با آگاهی از قیمت‌ها بدون اینکه شرایط را داشته باشد، با سبب باطلی به نام رانت، در مناقصه شرکت کرده است؛ دقیقاً به مانند کسی که با سبب باطل رانت، در رانت اقتصادی کسب درآمد کرده و یا کسی که به سبب باطل انتصاب در سمتی که استحقاق آن را نداشته است، در رانت سیاسی به عایدی و درآمد رسیده است. عرف قطعاً چنین موردی را داخل در عنوان باطل دانسته و کسب درآمد از طریق آن را «أکل المال بالباطل» می‌داند؛ چرا که تضييع حقوق دیگران را در پی داشته و شخص نسبت به درآمد حاصله، استحقاق ندارد. اما در موردی که وی با اطلاع از آینده درخشان یک زمین، اقدام به خرید آن ملک یا زمین می‌کند، شرایط یک معامله صحیح را دارا بوده است و عرفاً به درآمد حاصل از فروش آن ملک پس از چند سال یا چند ماه، باطل اطلاق نمی‌گردد؛ زیرا شرایط یک بیع صحیح را دارا بوده است. در این مثال، اقدام این شخص موجب تضييع حقوق دیگری نشده است و یا حداقل این است که علم به این تضييع حقوق و ظلم به دیگری نداریم. حقی از فروشنده هم ضایع نشده و ظلمی به او نشده است؛ چرا که وی قصد فروش خانه را با قیمت روز داشته و شخص مطلع هم به قیمت روز، آن خانه را از وی خریده

است. در اینجا عرف، درآمد حاصل از خرید ملک را حق این شخص می‌داند. ضمن اینکه افزایش قیمت ملک و کسب درآمد مازاد، در حال حاضر اتفاق نیفتاده است که عرف در مورد آن اظهارنظری داشته باشد و شخص، قیمت حقیقی کنونی آن را پرداخت کرده است. در نتیجه با توجه به اینکه از آیه شریفه، حصر ثابت گردید و با توجه به نظر امام خمینی که اگر در موردی، «أکل المال بالباطل» بودن آن ثابت نگردد، داخل در «تجارة عن تراض» است (موسوی خمینی، ۱۴۱۵: ۲۴۳/۱)، حکم به صحت درآمد حاصل از چنین معامله‌ای می‌گردد.

۳. حکم وضعی درآمدهای ناشی از رانت

۳-۱. حکم وضعی اکل مال به باطل

۳-۱-۱. دلالت نهی بر فساد

مراد از دلالت نهی بر فساد در معاملات، این است که اگر معامله‌ای از سوی شارع، منهی عنه واقع گردید، آیا این نهی، فساد معامله را در پی دارد یا خیر؟ در اینجا اقوال مختلفی از سوی اصولیان بیان شده است. برخی با تفکیک بین عبادات و معاملات، نهی در عبادات را مفید فساد دانسته، اما نهی در معاملات را دال بر فساد نمی‌دانند (موسوی خویی، ۱۴۱۰: ۳۰/۵). برخی دیگر چون آخوند معتقدند که اگر نهی در معاملات به مسبب یا تسبیب تعلق بگیرد، بر صحت، و اگر به سبب تعلق گیرد، بر عدم صحت دلالت می‌کند (آخوند خراسانی، بی‌تا: ۱۸۹). اما طبق نظر مشهور، اگر نهی به اثر عقد بخورد، دلالت بر فساد دارد (عراقی، ۱۴۱۴: ۳۹۲/۱؛ صدر، ۱۴۱۷: ۱۳۳/۳؛ حائری یزدی، بی‌تا: ۱۸۹/۱) و مانحن فیه هم از این قسم است؛ زیرا نهی در آیه شریفه به اثر عقد یعنی تملک خورده است.

بنابراین طبق دیدگاه مشهور، فساد در معاملات عبارت است از عدم ترتب اثر مطلوب در معاملات؛ برای مثال، اگر اثر مطلوب در معامله بیع، ملکیت باشد، با فساد آن، ملکیت محقق نخواهد شد. در آیه شریفه هم نهی به اثر عقد یعنی تملک خورده است؛ در نتیجه در «أکل المال بالباطل»، تملک صورت نخواهد گرفت.

با توجه به این اصل اصولی و با اتکاء بر اینکه نهی در آیه شریفه به تملک اموال دیگران به باطل و به غیر از «تجارة عن تراض» تعلق گرفته است، در میان فقهاء امامیه اتفاق است که نهی موجود در آیه، دلالت بر بطلان این نقل و انتقال دارد و در نتیجه به شخصی که قصد تملک مال غیر را دارد، منتقل نمی‌شود (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۸۸/۱؛ غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۱۰/۱؛ مامقانی، ۱۳۱۶: ۳/۳۷۰؛ موسوی خویی، بی‌تا: ۶/۲۹۳؛ مرعشی نجفی، ۱۴۲۴: ۲۰۶؛ طباطبایی قمی، ۱۴۲۳: ۴/۲۶۰؛ فاضل موحدی لنکرانی، ۱۴۲۴: ۴۳؛ تبریزی، ۱۴۱۶: ۱۰۷/۱).

۲-۱-۳. ضمانت

وقتی که شخص، مالک مالی که با اکل به باطل به دست آمده است، نگردد، برگرداندن آن مال به صاحب حقیقی‌اش واجب است (انصاری، ۱۴۱۵: ۱/۳۷۹؛ مرعشی نجفی، ۱۴۲۴: ۲۰۶)؛ چرا که بنا به نظر فقهاء، چنین شخصی استحقاق مالکیت نسبت به آن مال را به خاطر اکل به باطل بودن پیدا نمی‌کند (مامقانی، ۱۳۱۶: ۳/۳۷۰؛ غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۱۰/۱؛ موسوی قزوینی، ۱۴۲۴: ۲/۸۶۴).

شیخ انصاری با توجه به اینکه معنای اکل را تصرف در اموال دانسته است، بر این اعتقاد است که آنچه در اکل به باطل حرام است، تصرف در مال است نه قبض آن (انصاری، ۱۴۱۵: ۱/۲۴۷؛ امامی خوانساری، بی‌تا: ۷). اما با توجه به اینکه غالب فقهاء معاصر، مراد از «الباطل» در آیه شریفه را اسباب باطل دانسته‌اند که با وجود آن، آیه شریفه در مقام نهی از تملک به اسباب باطل است و از طرف دیگر، مراد از اکل در آیه شریفه را که از نظر مشهور، صرف تملک دانستیم، نهی از اکل المال بالباطل، نهی از تملک و به تبع آن سایر تصرفات خواهد بود. بنابراین صرف در اختیار قرار گرفتن مال دیگری، در آیه شریفه منهی واقع شده است. در نتیجه شخص رانت‌خوار با توجه به قاعده ضمان ید، نسبت به درآمد حاصل از رانت ضامن می‌باشد. این نکته در کلام فقهاء هم بدین صورت مورد تأکید قرار گرفته است که در جایی که شخص، استحقاق مالکیت نسبت به مال را به خاطر اکل به باطل بودن پیدا نمی‌کند، نسبت به آن مال ضامن است (مامقانی، ۱۳۱۶: ۳/۳۷۰؛ غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۱۰/۱).

حال که شخص در اینجا نسبت به اموالی که با اکل به باطل به دست آورده، ضامن

شناخته شده است، وظیفه دارد که آن را به صاحبانش برگرداند - اگر برایش امکان‌پذیر باشد، اما اگر صاحبان آن شناخته‌شده نباشند و یا از جمله اموال عمومی باشند، لازم است به بیت‌المال مسلمانان عودت داده شود (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۳: ۱۳۷/۲۵).

۲-۳. حکم وضعی رانت

با توجه به آنچه در مباحث قبلی بیان شد، رانت مصداقی از باطلی است که در آیه شریفه منهی واقع گشته است؛ در نتیجه حکم وضعی «أکل المال بالباطل» ساری در رانت و رانت‌خواری خواهد بود؛ به این معنا که شکی در حرمت وضعی تملک مال غیر از طریق رانت باقی نمی‌ماند. بنابراین شخص، مالک اموالی که با رانت به دست آورده، نمی‌گردد و فوراً باید آن‌ها را به مالک حقیقی‌اش عودت دهد و در صورت عدم عودت، نسبت به آن اموال ضامن خواهد بود. در مواردی هم که رانت، نسبت به اموال عمومی و دولتی صورت گرفته است، لازم است که آن را به بیت‌المال مسلمانان بازگرداند.

نتیجه‌گیری

با توجه به اینکه مراد از «بالباطل» در آیه شریفه را اسباب باطل گرفتیم و ثابت کردیم که بعضی مصادیق این اسباب باطل اگرچه در شرع ذکر شده است، اما با توجه به عرفی بودن آن و تأیید این ادعا از سوی فقهاء و اصولیان، عرف نیز به فراخور زمان، قادر به شناسایی برخی از مصادیق آن خواهد بود. با نگاه به آراء اقتصاددانان و آثاری که برای رانت مصطلح ذکر نموده‌اند، تطبیق عنوان رانت بر باطل در غیر رانت مثبت، خدشه‌ناپذیر است. این عنوان، قدر متیقن شامل رانت اقتصادی و رانت سیاسی و قابل انطباق بر آن دو خواهد بود. برخی از مصادیق رانت اطلاعاتی هم قابل انطباق بر عنوان باطل خواهد بود، اما در برخی دیگر از مصادیق آن، صدق عرفی باطل بر آن، به دلیل اینکه تضییع حقوق و ظلم به دیگران از آن برداشت نمی‌گردد، محل اشکال است و درآمد حاصل از آن اکل به باطل نخواهد بود. در نتیجه در مواردی از رانت که عنوان اکل مال به باطل بر آن صدق می‌کند، شخص نسبت به درآمد حاصله استحقاق نداشته و ضامن آن می‌باشد.

کتاب‌شناسی

۱. ابن منظور، جمال‌الدین محمد بن مکرم، لسان‌العرب، بیروت، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۱۴ ق.
۲. اردبیلی، احمد بن محمد، زبدة البیان فی احکام القرآن، تهران، المكتبة الجعفرية لاحیاء الآثار الجعفرية، بی‌تا.
۳. اسحاقی، سیدحسین، «نگاهی به پدیده رانت و رانت‌جویی در ایران»، رواق اندیشه، شماره ۴۵، شهریور ۱۳۸۴ ش.
۴. امامی خوانساری، محمد، الحاشیة الثانية علی المکاسب، بی‌جا، بی‌تا، بی‌تا.
۵. انصاری، مرتضی بن محمدامین، کتاب المکاسب الحدیثه، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۶. انصاری قرطبی، ابو عبدالله محمد بن احمد، الجامع لاحکام القرآن، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۸۵ م.
۷. ایروانی، باقر، دروس تمهیدیه فی الفقه الاستدلالی علی المذهب الجعفری، چاپ دوم، قم، ۱۴۲۷ ق.
۸. همو، دروس تمهیدیه فی تفسیر آیات الاحکام، قم، دار الفقه، ۱۳۲۸ ش.
۹. ایروانی نجفی، علی بن عبدالحسین، حاشیه المکاسب، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۱۰. بحرانی، محمد سند، فقه الطب و التضخم النقدي، بیروت، مؤسسه أم القرى للتحقیق و النشر، ۱۴۲۳ ق.
۱۱. تبریزی، جواد بن علی، ارشاد الطالب الی التعلیق علی المکاسب، چاپ سوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۱۶ ق.
۱۲. تجلیل تبریزی، ابوطالب، التعلیق الاستدلالی علی تحریر الوسيله، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ ق.
۱۳. جمعی از پژوهشگران، موسوعه الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب اهل البيت (علیهم‌السلام)، زیر نظر سید محمود هاشمی شاهرودی، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم‌السلام)، ۱۴۲۳ ق.
۱۴. حائری، عبدالکریم، درر الفوائد، قم، چاپخانه مهر، بی‌تا.
۱۵. حسین‌خان، مشتاق، رانت‌ها، رانت‌جویی و توسعه اقتصادی، ترجمه محمد خضری، تهران، پژوهشکده مطالعات راهبردی، ۱۳۸۶ ش.
۱۶. حسینی حائری، سید کاظم، فقه العقود، چاپ دوم، قم، مجمع اندیشه اسلامی، ۱۴۲۳ ق.
۱۷. حسینی روحانی، سید محمد صادق، فقه الصادق (علیه‌السلام)، قم، دار الکتاب - مدرسه امام صادق (علیه‌السلام)، ۱۴۱۲ ق.
۱۸. همو، منهاج الفقاهه، چاپ پنجم، قم، انوار الهدی، ۱۴۲۹ ق.
۱۹. حسینی شیرازی، سید محمد، الفقه، السلم و السلام، بیروت، دار العلوم للتحقیق و الطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۲۶ ق.
۲۰. همو، ایصال الطالب الی المکاسب، تهران، اعلمی، بی‌تا.
۲۱. حسینی عاملی، سید جواد بن محمد، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۲۲. حمد شراره، عبدالجبار، احکام الغصب فی الفقه الاسلامی، بیروت، دار التریبه، ۱۳۹۵ ق.
۲۳. خضری، محمد و محسن رنانی، «رانت‌جویی و هزینه‌های اجتماعی آن»، نامه مفید، شماره ۴۵، آذر و دی ۱۳۸۳ ش.
۲۴. خوانساری، سید احمد بن یوسف، جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۵ ق.

۲۵. خوری شرتونی، سعید، *اقتصاد سیاسی، اقتصاد کلان، ترجمه جعفر خیرخواهان*، تهران، مؤسسه عالی آموزش و پژوهش مدیریت و برنامه‌ریزی، ۱۳۹۰ ش.
۲۶. درازن، آلن، *کتاب اقتصاد سیاسی، اقتصاد کلان*، ترجمه جعفر خیرخواهان، تهران، مؤسسه عالی آموزش و پژوهش مدیریت و برنامه‌ریزی، ۱۳۹۰ ش.
۲۷. درویشی، فرهاد، «انقلاب اسلامی و رانت سیاسی»، *علوم اجتماعی*، شماره ۴۲، پاییز و زمستان ۱۳۸۷ ش.
۲۸. سبحان‌اللهی، محمدعلی، «رانت و بهره‌وری»، *مدیریت دولتی*، شماره ۱، ۱۳۷۵ ش.
۲۹. سبحانی تبریزی، جعفر، *دراسات موجزة فی الخيارات و الشروط*، قم، مرکز العالمی للدراسات الاسلامیه، ۱۴۲۳ ق.
۳۰. سردارآبادی، خلیل، «قدرت و رانت‌جویی سیاسی»، *گزارش*، شماره ۱۶۷، شهریور و مهر ۱۳۸۴ ش.
۳۱. سیوری حلی، جمال‌الدین مقداد بن عبدالله، *کنز العرفان فی فقه القرآن*، تحقیق سیدمحمد قاضی، قم، مجمع العالمی للتقريب بين المذاهب الاسلامیه - مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۲ ق.
۳۲. شیخ‌الشریعه اصفهانی، فتح‌الله بن محمدجواد نمازی، *نخبة الازهار فی احکام الخیار*، قم، دارالکتاب، ۱۳۹۸ ق.
۳۳. صدر، سیدمحمدباقر، *بحوث فی علم الاصول*، تهران، مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۳۴. همو، *ما وراء الفقه*، بیروت، دار الاضواء للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۲۰ ق.
۳۵. طباطبایی، سیدمحمدحسین، *المیزان فی تفسیر القرآن*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، بی تا.
۳۶. طباطبایی قمی، سیدتقی، *الدلائل فی شرح منتخب المسائل*، قم، کتاب‌فروشی محلاتی، ۱۴۲۳ ق.
۳۷. همو، *عمدة المطالب فی التعليق علی مکاسب*، قم، کتاب‌فروشی محلاتی، ۱۴۱۳ ق.
۳۸. طبرسی، فضل بن حسن، *مجمع البیان فی تفسیر القرآن*، بیروت، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، ۱۴۱۵ ق.
۳۹. طوسی، محمد بن حسن، *التبیان فی تفسیر القرآن*، بی جا، مکتبه الاعلام الاسلامی، بی تا.
۴۰. عراقی، ضیاء‌الدین، *مقالات الاصول*، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۴ ق.
۴۱. غروی نائینی، میرزا محمدحسین، *المکاسب و البیع*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۴۲. همو، *منیة الطالب فی حاشیة مکاسب*، تهران، المکتبه المحمدیه، ۱۳۷۳ ق.
۴۳. فاضل موحدی لنکرانی، محمد، *تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة - الاجاره*، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار (علیهم‌السلام)، ۱۴۲۴ ق.
۴۴. فرهنگ، منوچهر، *فرهنگ علوم اقتصادی*، چاپ یازدهم، تهران، ذهن آویز، ۱۳۸۸ ش.
۴۵. فیاض کابلی، محمداسحاق، *الاراضی - مجموعه دراسات و بحوث فقهیة اسلامیه*، قم، دارالکتاب، ۱۴۰۱ ق.
۴۶. فیض، علیرضا، *مبادئ فقه و اصول*، چاپ ششم، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۳ ش.
۴۷. کاظمی (فاضل)، جواد بن سعد اسدی، *مسالك الافهام الی آیات الاحکام*، تهران، المکتبه المرتضویة لاحیاء الآثار الجعفریة، ۱۳۴۷ ش.
۴۸. کاظمی، مهین دخت، «رانت (با نگاهی به این معضل در ایران)»، *تازه‌های اقتصاد*، شماره ۱۰۳، خرداد ۱۳۸۳ ش.
۴۹. کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۵۰. گرجی، ابوالقاسم، *آیات الاحکام (حقوقی و جزایی)*، تهران، میزان، ۱۳۸۰ ش.
۵۱. مامقانی، محمدحسن بن ملاعبدالله، *غایة الآمال فی شرح کتاب مکاسب*، قم، مجمع الذخائر الاسلامیه، ۱۳۱۶ ق.

۵۲. مرعشی نجفی، سیدشهاب‌الدین، *السرقه على ضوء القرآن والسنة*، قم، کتابخانه آیه‌الله مرعشی نجفی، ۱۴۲۴ ق.
۵۳. مظفر، محمدرضا، *حاشیه‌المظفر على المكاسب*، قم، حبيب، بی‌تا.
۵۴. مکارم شیرازی، ناصر، *الربا والبنک الاسلامی*، قم، مدرسه امام علی بن ابی‌طالب (علیه‌السلام)، ۱۴۲۲ ق.
۵۵. همو، *الفتاوی‌الجديده*، چاپ دوم، قم، مدرسه امام علی بن ابی‌طالب (علیه‌السلام)، ۱۴۲۷ ق.
۵۶. همو، *انوار الفقاهة - کتاب‌البيع*، قم، مدرسه امام علی بن ابی‌طالب (علیه‌السلام)، ۱۴۲۵ ق.
۵۷. همو (مصاحبه)، *سروش جوان*، شماره ۲۳، تیر ۱۳۸۱ ش. قابل دستیابی در وبگاه <http://makarem.ir/compilation/Reader.aspx?mid=2761>.
۵۸. منتظری نجف‌آبادی، حسین علی، *دراسات فی‌المکاسب‌المحرمه*، قم، تفکر، ۱۴۱۵ ق.
۵۹. موسوی اردبیلی، سیدعبدالکریم، *فقه‌الشركة و کتاب‌التأمين*، قم، مکتبه امیرالمؤمنین (علیه‌السلام) - دارالعلم مفید، ۱۴۱۴ ق.
۶۰. موسوی بجنوردی، سیدحسن بن آقابزرگ، *التواعد الفقهیه*، قم، الهادی، ۱۴۱۹ ق.
۶۱. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، *المکاسب‌المحرمه*، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۵ ق.
۶۲. همو، *کتاب‌البيع*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ ق.
۶۳. موسوی خمینی، سیدمصطفی، *کتاب‌البيع*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۸ ق.
۶۴. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *التنقیح فی شرح‌العروة‌الوثقی*، قم، تحت اشراف لطفی، ۱۴۱۸ ق.
۶۵. همو، *مصباح‌الفقاهه*، بی‌جا، بی‌تا، بی‌تا.
۶۶. موسوی سبزواری، سیدعبدالاعلی، *تهذیب‌الاصول*، بیروت، الدار الاسلامیه، ۱۴۰۶ ق.
۶۷. همو، *مهذب‌الاحکام فی بیان‌الحلال و الحرام*، چاپ چهارم، قم، مؤسسه المنار، ۱۴۱۳ ق.
۶۸. موسوی قزوینی، سیدعلی، *ینابیع‌الاحکام فی معرفه‌الحلال و الحرام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۴ ق.
۶۹. میرزای شیرازی، محمدتقی، *حاشیه‌المکاسب*، قم، الشریف الرضی، ۱۴۱۲ ق.
۷۰. نجفی تبریزی، راضی بن محمدحسین، *تحلیل‌الکلام فی فقه‌الاسلام*، تهران، امیر قلم، ۱۴۱۳ ق.
۷۱. هاشمی شاهرودی، سید محمود، *قراءات فقهیه معاصره*، قم، مؤسسه دائرة‌المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم‌السلام)، ۱۴۲۳ ق.
۷۲. همدی خطبه‌سرا، ابوالفضل، *فساد مالی: علل، زمینها و راهبردهای مبارزه با آن*، تهران، پژوهشکده مطالعات راهبردی، ۱۳۸۴ ش.
۷۳. یوسفی نژاد، علی، «رانت‌خواهی و فساد مالی در اقتصاد ایران»، *مصباح*، شماره ۶۴، ۱۳۸۵ ش.
74. Pearce, David w., *Macmillan Dictionary of Modern Economic*, 3rd ed., 1989.

نقدی بر انگاره مشهور فقیهان امامی در باب کیفیت صدور حکم حجر مفلس*

- راضیه امینی^۱
- حسین صابری^۲
- محمدحسن حائری^۳

چکیده

مشهور فقهای امامیه تقاضای حجر از سوی مفلس و تبرع حاکم در صدور حکم ورشکستگی را نافذ نمی‌دانند و صرفاً در فرض مطالبه طلبکاران چنین امری را ممکن می‌دانند؛ حال آنکه در حقوق موضوعه، تاجری که قدرت پرداخت دیون خود را ندارد، ملزم است دادخواست توقف دهد. همچنین در مواردی دادستان می‌تواند داوطلبانه حکم حجر علیه مدیون صادر کند. نوشتار حاضر ضمن در نظر گرفتن لزوم انطباق قوانین با موازین شرعی، با روشی توصیفی - تحلیلی در صدد رفع این وجه افتراق میان قانون گذاری شرعی و وضعی برآمده است. نتایج تحقیق نشان می‌دهد که مستندات ذکر شده توسط

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۸/۲ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۲/۲۰.

۱. دانشجوی دکتری فقه و حقوق دانشگاه فردوسی مشهد (raziyeh.amini66@gmail.com).

۲. استاد دانشگاه فردوسی مشهد (نویسنده مسئول) (saberi@um.ac.ir).

۳. استاد دانشگاه فردوسی مشهد (haeri@um.ac.ir).

مشهور، قاصر از اثبات مدعی آن‌هاست؛ افزون بر اینکه در مقابل دیدگاه مشهور، ادله‌ای وجود دارد که به تقویت دیدگاه رقیب می‌پردازد.
واژگان کلیدی: حجر مفلس، مدیون، طلبکار، ماده ۴۱۵ قانون تجارت.

بیان مسئله

در حقوق موضوعه با بهره‌مندی از منابع فقه امامیه و قوانین فرانسه، برای بازرگانان مقررات «توقف» یا «ورشکستگی» پیش‌بینی و در ماده ۴۱۵ قانون تجارت چنین تصریح شده است:

«ورشکستگی تاجر به حکم محکمه بدایت در موارد زیر اعلام می‌شود: الف- اظهار خود تاجر؛ ب- تقاضای یک یا چند نفر از طلبکاران؛ ج- تقاضای مدعی العموم بدایت».^۱

چنان که پیداست، قانون‌گذار وفق این ماده، تقاضای صدور حکم افلاس به تقاضای مدیون و دادستان را جایز دانسته است. این نگرش با دیدگاه مشهور فقهای امامیه ناسازگار است؛ چرا که به باور ایشان اولاً: حاکم به طور تبرعی نمی‌تواند حکم به حجر دهد؛ ثانیاً: اگر خود مدیون نیز درخواست حجر دهد، باز هم صدور حکم به حجر از سوی حاکم جایز نیست.

با توجه به اینکه سالانه پرونده‌هایی در محاکم قضایی به بحث ورشکستگی اختصاص می‌یابد، نقد و بررسی طرق اعلام حکم ورشکستگی تاجر، موضوعی درخور توجه و پژوهش می‌نماید؛ چرا که لازم است با بررسی فقهی تمام ابعاد این موضوع، میزان انطباق این ماده با موازین فقهی سنجیده و به این سؤال پاسخ داده شود که آیا هر کدام از موارد «اظهار خود تاجر»، «تقاضای یک یا چند نفر از طلبکاران» و «تقاضای مدعی العموم» از منظر فقهی می‌توانند به عنوان طریقی مستقل برای اعلام ورشکستگی به شمار آیند؟

۱. لازم به ذکر است که در لایحه قانون تجارت سه گانه مطرح در ماده ۴۱۵ با اندک اختلافی در تعبیر در ماده ۸۸۹ چنین مقرر شده است: «اشخاص زیر می‌توانند مطابق مواد این قانون، رسیدگی به امر ورشکستگی تاجر را از دادگاه محل اقامت وی تقاضا کنند: ۱. شخص تاجر؛ ۲. دارندگان طلب‌های مؤجل؛ ۳. دادستان محل اقامت تاجر. تبصره- شروع رسیدگی در مورد این ماده منوط به تقدیم درخواست نیست».

سیر مباحث این جستار چنین است که در گام نخست، معنانشناسی واژگان آمده است. در ادامه، صدور حکم حجر به درخواست مدیون و تبرع حاکم، ضمن بیان دو دیدگاه مخالف و موافق بیان شده و ادله آن‌ها مورد نقد و بررسی قرار گرفته و در نهایت با استناد به روایات به تأیید قول مختار پرداخته شده است.

۱. معنانشناسی واژگان

در ابتدای بحث شایسته است برخی از واژگانی که نقش اساسی در نوشتار داشته و پژوهش حول آن‌ها شکل گرفته و مدخلیت تام در موضوع دارند، مورد تحلیل و تبیین قرار گیرند.

۱-۱. افلاس

الف) افلاس در لغت

افلاس از باب افعال و اسم فاعل آن مفلس است. «أفلس الرجل»: یعنی پس از اینکه شخص توانایی و مکنت مالی داشت، دچار تنگدستی و فقر شد؛ «بفلس إفلاساً»: یعنی مفلس شد، گویا درهم‌هایش مبدل به فلوس شده است؛ «وقد فَلَسه الحاکم تفلیساً»: یعنی حاکم شرع، حکم به افلاس وی داد (ابن منظور، ۱۹۷۹: ۳/۳۴۶۰).

ب) افلاس در اصطلاح

معنای اصطلاحی افلاس از معنای لغوی آن دور نیست و از آن اخذ شده است. لذا فقیهی مانند صاحب شرایع، تفلیس را همان حکم حاکم مبنی بر حجر مدیون می‌داند (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۷۷/۲). شهید ثانی معتقد است: «اکثر فقها مفلس را شرعاً کسی می‌نامند که دیونی بر عهده‌اش باشد و مالی نداشته باشد تا آن‌ها را بپردازد» (عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۸۶/۴).

به نظر می‌رسد هر گاه مدیون به مرحله‌ای برسد که اموالش کمتر از دیون او باشد، مفلس نامیده می‌شود. لذا ذات اینکه اموال او کمتر از دیونش باشد، حجرآور است. در حقوق موضوعه نیز ورشکستگی مترادف با سلب قدرت پرداخت است. قانون تجارت

در ماده ۴۱۲ چنین تصریح می‌کند:

«ورشکستگی تاجر یا شرکت تجارتي در نتیجه توقف از تأدیة وجوهی که بر عهده اوست، حاصل می‌شود».

۲-۱. حجر

الف) حجر در لغت

حجر در لغت در معانی گوناگونی آمده است. یکی از معانی حجر که مرتبط با بحث حاضر است، منع و جلوگیری می‌باشد. اهل لغت آورده‌اند: «حَجَرَ، حَجْرًا وَحَجْرَانًا» (به فتح حاء): یعنی او را بازداشت و منع کرد؛ «حجر علیه القاضی»: یعنی قاضی او را از تصرف در مال خویش بازداشت (فراهیدی، ۲۰۰۳: ۲۸۷/۱). برای این واژه، معانی دیگری نیز ذکر شده است که با مراجعه به کتب لغت می‌توان به تفصیل از آن‌ها آگاه شد؛ لکن بیان آن‌ها از حوصله و هدف این نوشتار خارج است (برای نمونه ر.ک: ابن فارس، بی‌تا: ۱۳۸/۲؛ زبیدی، ۱۹۷۲: ۵۳۰/۱۰).

ب) حجر در اصطلاح

حجر در معنای اصطلاحی به معنای منع کردن انسان از تصرف در اموالش است. بنابراین فقیهان از به کار بردن واژه حجر معنای خاصی از آن را اراده می‌کنند که البته بی‌مناسبت با معنای لغوی نیست و می‌توان گفت که بین این دو، رابطه عموم و خصوص برقرار است؛ یعنی حجر اصطلاحی، نوع خاصی از منع (جلوگیری از تصرفات مالی) را شامل می‌شود:

«الحجر هو المنع والمحجور شرعاً هو الممنوع من التصرف فی ماله...» (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۸۴/۲؛ علامه حلی، ۱۴۲۰: ۵۳۳/۲؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴: ۱۸۰/۵؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۱۳۹/۴).

مشهور فقیهان برای محجور کردن مدیون شرایطی ذکر کرده‌اند؛ از جمله اینکه درخواست حجر از طرف طلبکاران باشد (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۷۷/۲؛ فیض کاشانی، بی‌تا: ۱۵۴/۳؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۲۸۰/۲۵؛ صدر، ۱۴۲۰: ۲۳۰/۴). این دیدگاه دو نتیجه در پی خواهد

داشت: ۱. حاکم نمی‌تواند مستقلاً اقدام کند؛ ۲. درخواست خود شخص نیز نمی‌تواند مبنای صدور حکم قرار گیرد (میززای قمی، ۱۴۱۳: ۴۷۱/۲). در ادامه به بررسی و نقد این شرط خواهیم پرداخت

۲. اقوال و مستندات فقیهان

۱-۲. جواز صدور حکم صرفاً در فرض درخواست طلبکاران

مشهور فقهای امامی، یکی از شروط حکم به حجر مفلس را تقاضای حجر از سوی طلبکاران می‌دانند و بیان می‌دارند که اگر حکم حجر بنا به درخواست خود مدیون باشد، نافذ نیست (طوسی، ۱۳۸۷: ۲۷۱/۲). در مسالک الافهام آمده است:

«ولو ظهرت أمارات الفلّس، لم يتبرّع الحاكم بالحجر؛ وكذا لو سأل هو الحجر»
(عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۸۸/۴).

محقق سبزواری در کفایة الاحکام می‌گوید:

«اگر نشانه‌های افلاس ظاهر شود، حاکم نمی‌تواند داوطلبانه حکم به محجور شدن بدهد؛ مگر اینکه طلبکار از جمله کسانی باشد که حاکم بر او ولایت دارد و همچنین مشهور فقها معتقدند که با تقاضای مدیون هم حکم به حجر نمی‌شود» (سبزواری، ۱۴۲۳: ۵۷۲/۱؛ همچنین ر.ک: مغنیه، ۱۴۲۱: ۱۰۷/۵؛ حسینی سیستانی، ۱۴۱۷: ۳۴۱/۲).

مشهور فقهای امامی در تأیید قول خود چهار دلیل ذکر کرده‌اند:

۱. اصل

دلیل اولی که مشهور به آن استناد کرده‌اند، تمسک به اصل است؛ با این توضیح که اگر خود مفلس درخواست حجر داده باشد، بدون اینکه غرماً تقاضایی داشته باشند، حاکم نمی‌تواند او را محجور کند؛ زیرا اصل عدم حجر است و دلیلی معارض با این اصل وجود ندارد (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۸/۲۵؛ طباطبایی حائری، بی‌تا: ۴۹).

صاحب فقه الصادق علیه السلام در این زمینه چنین می‌نگارد:

«ولو طالب هو الحجر دون أرباب الدین... فالأظهر أنه لا يحجر عليه للأصل السالم عن المعارض» (حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۱۲۴/۲۰).

۲. منافات حجر با رشد و حریت

از جمله مستنداتی که برای لزوم درخواست طلبکاران مطرح شده، تنافی حجر با رشد است. توضیح بیشتر آنکه حجر نوعی عقوبت است و با رشد و حریت انسان منافات دارد و فقط با دلیل صالح می‌توان به آن حکم کرد. بنابراین به جهت ضرورت فقط بنا به درخواست طلبکاران محقق می‌شود؛ چرا که رسیدن به حقوقشان، جز از راه حجر امکان ندارد (عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۸۸/۴). محدث بحرانی در این زمینه می‌نویسد:

«لا یحجر علیه لو سأل هو الحجر علی نفسه علی المشهور؛ لأنّ الحجر عقوبة والرجع والحرية ینافیانه؛ فلا یصار إلیه إلا بدلیل صالح ولیس فلیس وإنما یتحقّق مع التماس الغرماء» (بحرانی آل عصفور، بی‌تا: ۴۱۰/۱۲).

۳. عدم دلیل شرعی معتبر

اساساً برای صدور حکم شرعی لازم است که مستندات و ادله معتبری وجود داشته باشد تا بتوان بر مبنای آن‌ها نسبت به صدور حکم اقدام کرد. در مسئله موضوع بحث، آنچه که در منابع معتبر برای صدور احکام شرعی آمده است حاکی از آن است که صدور حکم حجر مفلس در صورت تمامیت و اجتماع شروط لازمه محقق خواهد شد. با این حال، با مراجعه به منابع معتبر، حجت معتبر شرعی برای صدور حکم حجر با تقاضای مدیون نمی‌یابیم و با فقدان دلیل در این زمینه، مجالی برای صدور حکم حجر باقی نمی‌ماند (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۸۱/۲۵؛ فیض کاشانی، بی‌تا: ۴۱۰/۱۲).

۴. تمسک به عموماً

در زمینه عدم جواز صدور حکم حجر با استناد به درخواست مدیون می‌توان به عموماً موجود تمسک کرد؛ عموماًتی که به شهرت محققه و محکیه معتضد است (طباطبایی حائری، بی‌تا: ۴۹؛ بحر العلوم، ۱۴۰۳: ۲۵۸/۳).

۲-۲. جواز صدور حکم به درخواست مدیون

دقت نظر در منابع فقهی بیانگر آن است که در ظاهر، علامه حلی نخستین فقیهی است که صدور حکم حجر با درخواست مدیون را جایز می‌داند و به نظر می‌رسد که هیچ کدام از فقها اعم از متقدمان و متأخران چنین چیزی را نپذیرفته‌اند. وی در تذکره

الفقهاء در این زمینه چنین می‌نگارد:

«اگر هیچ یک از طلبکاران درخواست حجر نکرده باشند، سپس خود مفلس تقاضای حجر کند، اقرب نزد من این است که حجر بر او جایز است» (حلی، ۱۴۱۴: ۲۱/۱۴).

حسینی عاملی صاحب *مفتاح الکرامه* با رویکردی مشابه درخواست مدیون را جایز دانسته، ولی چنین تقاضایی را الزامی نمی‌داند و چنین می‌نگارد:

«قد نقول: يجوز له ذلك، لا على وجه الإلزام؛ بل نظراً لمصلحته» (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۲۴۰/۱۶).

حسینی شیرازی نیز در این مورد آورده است:

«اگر مدیون تقاضای حجر کند، حاکم در صورتی که آن را مصلحت بداند، می‌تواند حکم به حجر دهد» (حسینی شیرازی، ۱۴۰۹: ۱۵/۵۰).

ادله و مستندات این دیدگاه از قرار ذیل می‌باشند:

۱. روایت نبوی

در مورد جواز صدور حکم حجر با تقاضای شخص مفلس از پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله چنین روایت شده است: «أُتِيَ حَجْرٌ عَلِيٌّ مَعَاذَ بِالْتِمَاسِهِ خَاصَّةً» (بیهقی، ۱۴۲۴: ۴۸/۶) که پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله با تقاضای معاذ، او را محجور اعلام کردند.

۲. مصلحت طلبکاران و مفلس

استدلالی که علامه حلی برای جواز حجر با درخواست مدیون بیان کرده است، مبتنی بر کارکرد دوگانه حجر برای خود مفلس و همچنین طلبکاران است. توضیح بیشتر آنکه همان طور که در محجوریت مفلس برای غرما مصلحت وجود دارد، چنین مصلحتی را برای خود مفلس هم می‌توان در نظر گرفت. افزون بر این، همان طور که برای حفظ حقوق طلبکاران، به درخواست آن‌ها مبنی بر حجر مفلس پاسخ داده می‌شود، همچنین واجب است به دلیل تحصیل حق مفلس، به تقاضای وی هم پاسخ داده شود. حق مفلس عبارت است از حفظ اموال طلبکاران؛ و هر گاه غرضی صحیح با حجر مفلس ثابت شود، به درخواست وی پاسخ داده می‌شود:

«لو لم يلمس أحد من الغرماء الحجرَ فالتمسهُ المفلسُ، فالأقرب عندي جواز الحجر عليه؛ لأنَّ في الحجر مصلحةً للمفلس، كما فيه مصلحةٌ للغرماء؛ و كما أجبنا الغرماء إلى تحصيل مَلمسهم حفظاً لحقوقهم، كذا يجب أن يجاب المفلس تحصيلاً لحقِّه؛ وهو حفظ أموال الغرماء ليسلم من المطالبة والإثم؛ وإذا تحقَّق ثبوت غرضٍ للمفلس صحيح في الحجر عليه، أُجيب إليه» (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۲۱/۱۴).

به بیان دیگر، محجور کردن مدیون به درخواست خودش مصلحت است؛ چرا که اگر محجور شود، براثت ذمه پیدا می کند؛ همان طور که به تقاضای بستانکاران برای حفظ حقوق آنان مدیون را محجور می کنند. بنابراین به درخواست خود او نیز باید ترتیب اثر دهند تا حق بستانکاران محفوظ بماند. اجابت کردن تقاضای مدیون که به علت ترک پرداخت دین، مرتکب معصیت شده، موجب فراغ بال و آرامش وجدان اوست و حاکم می تواند با این حکم، اموال او را صرف دیون وی نماید. فیض کاشانی پس از نقل دیدگاه مشهور، به این دیدگاه نیز اشاره کرده و در توجیه آن می نویسد:

«وقیل بجوازہ حینئذ؛ لأنَّ فیہ مصلحةٌ له، كما فیہ مصلحةٌ لهم؛ وحجر النبی ﷺ علی معاذ بالتماسه خاصَّة» (فیض کاشانی، بی تا: ۱۵۴/۳).

۲-۳. تحلیل و نقد ادله

۲-۳-۱. مناقشة مشهور در ادله قول غیر مشهور

مشهور فقهای امامی از چند جهت بر استدلال‌های علامه خدشه وارد کرده اند:

۱. ضعف سند روایت نبوی

مهم‌ترین بحثی که در مورد روایت مورد اشاره وجود دارد، بحث سندی آن است. مخالفان، روایت مورد استناد علامه حلی را به علت ضعف سندی پذیرا نیستند. علت چنین اعتراضی، وجود این روایت در منابع اهل تسنن است که وفق دیدگاه این بزرگان، قابل اعتماد نمی باشد. از آنجایی که مباحث مربوط به بحث سندی، مربوط به علم رجال می باشد، فقها عموماً در کتب فقهی خویش تنها به این عبارت بسنده کرده اند که «این روایت از طریق عامه به ما رسیده است» و از تفصیل بیشتر مطلب، خودداری

کرده‌اند. همین امر باعث شده است که فقها به روایت مطرح شده در تذکره مبنی بر قبول درخواست حجر مدیون از طرف پیامبر خدشه وارد کنند؛ چرا که این روایت در کتب روایی امامیه نیامده و از طریق عامه به ما رسیده و حجت نیست (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۸۱/۲۵) و روایتی ضعیف‌السند تلقی شده است (حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۱۲۴/۲۰)؛ در حالی که جابری هم برای انجبار ضعف سندی آن وجود ندارد (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۲۴۰/۱۶). در نتیجه، استناد به این روایت برای اثبات جواز صدور حکم حجر با تقاضای مدیون فاقد توجیه است (طباطبایی حائری، بی‌تا: ۴۹).

۲. عدم حجیت وجوه اعتباری

برخی از فقیهان در خصوص استدلال علامه مبنی بر مصلحت داشتن اجابت درخواست مدیون برای حجر گفته‌اند که چنین حجتی جنبه اعتباری دارد (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۲۴۰/۱۶؛ سبزواری، ۱۴۲۳: ۵۷۲/۱) و اینکه ایشان اجابت درخواست مدیون را مصلحت می‌دانند صرفاً اعتبار است که صلاحیت ندارد مدرکی برای حکم شرعی به شمار آید (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۸۱/۲۵؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۱۲۴/۲۰) و مستند کردن احکام شرعی به چنین تعلیل‌هایی ناقص و گزاف است. محقق بحرانی در این زمینه چنین می‌نگارد:

«فإن بناء الأحكام الشرعية على مثل هذه التعليلات العلیلة مجازفة محضة» (بحرانی، ۱۴۰۵: ۳۸۳/۲۰).

۳. جریان اصل عدم

توضیح اصل عدم به این صورت است که مدیون تا قبل از این در اموالش حق تصرف داشت و محجور نبود؛ حال در محجور بودن او شک شده است؛ در این صورت حکم به عدم حجر می‌شود تا زمانی که طلبکاران تقاضای حجر او را بکنند (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۸۱/۲۵).

۲-۳-۲. نقد مستندات دیدگاه مشهور

۱. پاسخ به اشکال مخدوش بودن روایت

از جمله فقهایی که به روایت مطرح در تذکره ایراد وارد کرده، صاحب جواهر است

که روایت مورد استناد علامه را نامعتبر می‌داند. اما خود ایشان در مقابل بحرانی که در صدور حکم تردید کرده و گفته که حکم محجور کردن مفلس در روایات نیامده، با استناد به این روایت نبوی می‌فرماید که ظهور در حکم حجر دارد (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۸۱/۲۵). صاحب مناهل نیز در جهت تأیید این مطلب که افلاس جزء اسباب حجر است، در ضمن ذکر سایر ادله، به این روایت نبوی نیز استناد کرده است (طباطبایی حائری، بی‌تا: ۴۸). به همین شکل در کتاب رسائل نیز در رد صاحب حدائق که معتقد است روایات دلالت بر حکم حجر ندارد، به روایت حجر معاذ توسط پیامبر به درخواست خودش استناد می‌کند و می‌گوید که نه تنها اشعار ندارد، بلکه ظهور در حکم حجر دارد (ستایش، ۶۲۷).

از این رو از این روایت، اگر به عنوان دلیل هم نتوان بهره جست، حداقل به عنوان مؤید قابل استفاده است.

۲. نقد استناد به جریان اصل عدم

گفته شد که از دلایل اثباتی مشهور در عدم جواز درخواست حجر از سوی مدیون، استناد به اصل عدم یا استصحاب عدم است. لکن این ادعا با مشکل مواجه است؛ زیرا در استصحاب لازم است که متعلق یقین و شک وحدت داشته باشند و حال آنکه به نظر می‌رسد در مانحن‌فیه چنین چیزی مفقود است؛ با این توضیح که عنوان افلاس که در زمان دوم عارض شده است، با چیزی که در زمان اول بوده و قرار است استصحاب شود، فرق کرده و دارای موضوع واحدی نیست و لذا با تغییر موضوع نمی‌توان گفت که شک در بقاء ماکان داریم؛ زیرا این مشکوک، غیر از آن متیقن است. توضیح بیشتر اینکه نفسِ فلسِ حجرآور است؛ نه اینکه درخواستِ غرما و حکمِ حاکم حجرآور باشد. درخواستِ غرما و حکمِ حاکم مربوط به مرحله تقسیم اموال است. در این بخش هم که نیاز به حکم حاکم است، برای جلوگیری از هرج و مرج می‌باشد. بنابراین همین که شخص ادعای افلاس می‌کند، از باب «إقرار العقلاء علی أنفسهم» معتبر است. بنابراین با توجه به اینکه ذات فلس حجرآور است، نمی‌توان به استصحاب عدم تمسک جست؛ چرا که با تعدد موضوع روبه‌رو هستیم.

شبهه این مسئله در جایی است که فقیهان در استقلال نظر ولی در تزویج دختر رشیده دچار اختلاف شده‌اند. برخی از فقیهان در این مسئله، ولایت ولی را استصحاب کرده‌اند. اما جریان چنین استصحابی از این حیث مشکل می‌شود که عنوان صغیر، چیزی غیر از عنوان کبیر است و به عبارت دیگر، وحدت موضوع در آن رعایت نشده است.

گفته نشود: در فرض بحث، دلیلی بر افلاس جز ادعای مدیون وجود ندارد و حال آنکه افلاس همیشه به ادعای مدیون ثابت نمی‌شود و پیش فرض استدلال هم این است که به ادعای او نمی‌توان حکم به افلاس و حجر کرد؛ چرا که اولاً: اصل این ادعا که به ادعای اشخاص افلاس ثابت نمی‌شود، محل مناقشه و تردید است و صرف اینکه مشهور بدین دیدگاه گرویده‌اند نمی‌تواند موجب مفروض و مسلم پنداشته شدن آن شود؛ ثانیاً: اثبات افلاس در مقام مخاصمه و داوری و در محکمه غیر از تحقق اصل آن است و گفته شد که نفسِ فلس بدون اینکه احتیاج به امر زائد و بیانی مازاد داشته باشد حجرآور است و بنابراین وقتی قرار بر جریان استصحاب باشد، باید وحدت متیقن و مشکوک رعایت شود و حال آنکه افلاس با غیر آن فرق دارد و لذا وحدت موضوع رعایت نشده است.

افزون بر اینکه می‌توان گفت با وجود عرف اصلاً نوبت به جریان اصل نمی‌رسد؛ همان طور که در باب وصیت، اگر میتی دین مستوعب داشته باشد، وقت فوت همه فقها متفق القول گفته‌اند که ورثه ارث نمی‌برند، چون میت دین مستوعب دارد و این مال مال ورثه نیست، بلکه مال دیان است. در زنده بودن نیز به همین ترتیب است؛ شخصی که بدهی‌اش بیشتر از اموالش شده، عرف اموالش را مال مردم می‌داند، لذا قبل از حکم حاکم، اموالش مال مردم شده، پس نهایت اینکه در دیون مستوعب، شخص هر چه دارد، در مقابل دیونش است.

۳. نقد ادعای استناد به وجوه اعتباری

به نظر می‌رسد نمی‌توان مصلحت به کار رفته در کلام علامه را به استحسان و وجوه اعتباری دیگری از قبیل قیاس و... ارجاع داد؛ چرا که ظاهراً مقصود از مصلحت در

این گونه عبارات، حکم قاطع عقلی باشد یا مصلحتی باشد که مورد تأیید شارع قرار گرفته باشد. صاحب *قوانین الاصول* در این زمینه می‌نویسد:

«فالمراد بالمصلحة دفع ضرر أو جلب منفعة للدين أو الدنيا... والمصالح إما معتبرة في الشرع ولو بالحكم القطعي من العقل، من جهة إدراك مصلحة خالية عن المفسدة كحفظ الدين والنفس والعقل والمال والنسل، فقد اعتبر الشارع صيانتها وترك ما يؤدى إلى فسادها...» (میرزای قمی، ۱۴۳۰: ۲۰۸/۳).

بنابراین از نظر شرع و حکم عقل، پاره‌ای از مصالح دارای اعتبارند و مسلماً مصلحتی که مستند به دلیل باشد، نمی‌تواند از مصالح مرسله‌ای باشد که هیچ دلیلی بر اعتبار یا الغای آن وجود ندارد و به طور کلی مصلحتی که در فقه امامیه بدان تعلیل شده، مصلحتی است که مستند به دلیل معتبر نقلی یا عقلی است و نمی‌توان آن را جزء مصالح مرسله که مستند به دلیلی نمی‌باشند، دانست.

شاید با عنایت به همین وجوه است که شهید ثانی در *مسالك* پس از نقل دیدگاه علامه توقف کرده و بلافاصله حکم به بی‌اعتبار بودن استدلال ایشان نداده است و حتی شاید بتوان از سکوت وی و نقل استدلال‌های علامه، به نوعی تمایل به دیدگاه مزبور را نیز استنباط نمود (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۸۸/۴)؛ چرا که محجور کردن مدیون به درخواست خودش مصلحت است و اگر محجور شود، برائت ذمه پیدا می‌کند، همان طور که به تقاضای بستانکاران برای حفظ حقوق آنان، مدیون را محجور می‌کنند. بنابراین به خواهش او نیز باید وی را محجور کرد تا حق بستانکاران محفوظ بماند و بدهکار از گناه نپرداختن بدهی‌هایش خلاص شود. اجابت کردن تقاضای مدیون که به علت ترک ادای دین، مرتکب معصیت شده، موجب فراغ بال و آرامش وجدان اوست؛ چون حاکم با این حکم می‌خواهد اموال او را صرف دیونش بکند و از سوی دیگر درخواست حجر و اعلام ورشکستگی از سوی مفلس نه تنها به ضرر او نیست، بلکه متضمن این فایده است که ورشکسته بر خلاف معسر، از بازداشت به علت عدم پرداخت دیون معاف می‌شود (اسکینی، ۱۳۸۶: ۵۰).

نکته‌ای که در اینجا بیان آن ضروری می‌نماید این است که بنا بر نظر عدلیه که قائل به حسن و قبح ذاتی افعال و امکان درک آن‌ها توسط عقل هستند، احکام شریعت

به حسب واقع تابع مصالح و مفاسدی است که این مصالح و مفاسد ملاکات احکام و از سلسله علل آن بوده و احکام حدوثاً و بقائاً دائرمدار آن‌ها هستند. این ملاک‌ها گرچه نسبت به جزئیات احکام عبادی و بخشی از امور غیر عبادی قابل کشف قطعی نیست و از این رو طبق اصل اولی، چنین احکامی ثابت و غیرمتغیرند، ولی مصالح و فلسفه بعضی دیگر از احکام از قبیل معاملات برای عقل صائب جمعی انسان‌ها که به دور از نفسانیات و جمود بوده و آگاه به فضا و محیط تشریح و شرایط گوناگون آن باشند، قابل کشف و دسترسی می‌باشند و با اطمینان می‌توان گفت که این گونه احکام دارای اسرار مرموز و غیبی و غیر قابل فهم برای انسان‌ها نمی‌باشند؛ بلکه بخش عمده‌ای از آن‌ها امضایی است که قبل از شرع، عقل خدادادی انسان که حجت کبراست، به آن‌ها راه یافته و مورد تأیید شرع و شارع خالق عقل نیز قرار گرفته است و به لحاظ توانایی عقل بر درک ملاکات و علل این گونه احکام است که در بسیاری از ادله نقلی به علل ارتکازی و قابل فهم آن‌ها اشاره شده است؛ مانند اینکه در وجه تشریح قصاص، آن را مایه حیات جامعه دانسته و ثبوت چنین حیاتی را در نزد عقلا امری بین شمرده و خطاب به آن‌ها فرموده است: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ﴾؛ یا در روایت اسحاق بن عمار از امام باقر علیه السلام آمده است شخصی که قسمتی از گوش دیگری را بریده بود، برای قضاوت به محضر امام علی علیه السلام آورده شد. آن حضرت حکم به قصاص فرد جانی فرمود؛ ولی او قطعه بریده شده را به مکان خود چسبانید و التیام یافت. مجنی علیه مجدداً به محضر امام آمده، تقاضای قصاص کرد. امام علیه السلام برای بار دوم نیز دستور فرمود تا جانی قصاص گردد و قسمت بریده از گوش وی دفن شود و فرمود:

«إِنَّمَا يَكُونُ الْقِصَاصُ مِنْ أَجْلِ الشَّيْنِ»: قصاص تنها به خاطر زشتی و عیبی است که بر مجنی علیه وارد شده است (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۱۸۵/۲۹؛ ر.ک: منتظری نجف‌آبادی، ۱۴۲۹: ۵۹؛ مرعشی شوشتری، ۱۴۲۷: ۴۰/۱).

۳. صدور حکم حجر از سوی حاکم

در حقوق موضوعه، یکی از موارد صدور حکم ورشکستگی تقاضای دادستان است. حقوق دانان علت جواز تقاضای حکم ورشکستگی از سوی دادستان را اهمیت

اقتصادی مسئله، حفظ حقوق طلبکاران و سرانجام جنبه جزایی موضوع می‌دانند (فراهانی، ۱۳۶۷: ۶۶)؛ چرا که گاهی ورشکستگی یک مؤسسه در سایر واحدها نیز اثر می‌گذارد. بنابراین حفظ حقوق آن‌ها به منظور جلوگیری از ضرر و اجحاف ضروری است که این وظیفه بر عهده دادستان گذاشته شده است. در مورد حفظ حقوق طلبکاران نیز گاهی اتفاق می‌افتد که تاجر، عده‌ای از طلبکاران را بر عده‌ای دیگر ترجیح می‌دهد و طلب آن‌ها را می‌پردازد و یا در صدد پنهان کردن اموال خود برمی‌آید. در این مورد نیز دادستان پس از اطلاع می‌تواند درخواست صدور حکم افلاس دهد و جنبه جزایی هم زمانی قابل توجه هست که موضوع تحت عنوان ورشکستگی به تقلب^۱ یا تقصیر^۲ قابل تعقیب باشد که در این صورت نیز دادستان ناچار از مداخله می‌باشد.

دقت نظر در منابع فقهی گویای آن است که به اعتقاد مشهور فقها، تبرع حاکم در صدور حکم حجر جایز نیست. عدم جواز تبرع حاکم با عباراتی نظیر: «لو ظهرت أمارات الفلّس لم یتبرّع الحاکم بالحجر» (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۷۷/۲) و نیز «ولو تبرّع الحاکم بالحجر، لظهور فلسه أو لسؤال المدیون لم ینفذ» (حلی، ۱۴۲۴: ۴۴۶/۱) مورد تصریح واقع شده است. افزون بر این، قلمرو جایز نبودن حجر از سوی حاکم تا حدی است که حتی اگر دین هم نزد حاکم ثابت شده باشد یا اینکه ورشکستگی هم ظاهر شده باشد، باز هم برای حاکم جایز نیست که مدیون را محجور نماید (طوسی، ۱۳۸۷: ۲۷۱/۲؛ حلی، ۱۴۲۴: ۴۴۶/۱) و به ادعای صاحب *مفتاح الکرامه* عدم جواز تبرع حاکم محل اتفاق نظر فقهاست و حتی در اهل سنت نیز کسی مخالف این حکم وجود ندارد (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۱۶/۲۴۰). جوینی از فقهای عامه هم ادعا کرده که اختلافی در این مسئله نیست:

«ولو لم یستدع الغرماء الحجرَ أصلاً، فلیس للقاضی أن یحجر علی المدیون ابتداءً، نظرًا منه إلى طلب المصلحة الکلیّة. هذا لا خلاف فیّه» (جوینی، ۱۴۲۸: ۳۰۵/۶).

۱. ماده ۵۴۹ قانون تجارت مقرر می‌دارد: «هر تاجر ورشکسته که دفاتر خود را مفقود نموده یا قسمتی از دارایی خود را مخفی کرده و یا از طریق مواضعه و معاملات صوری از میان برده و همچنین هر تاجر ورشکسته که خود را به وسیله اسناد و یا به وسیله صورت دارایی و قروض به طور تقلب به میزانی که در حقیقت مدیون نمی‌باشد، مدیون قلمداد کند».

۲. تقصیر در اثر بی‌مبالاتی تاجر و یا افراط و تفریط او در اداره امور تجاری و خانوادگی به وجود می‌آید.

۱-۳. ادله دیدگاه مشهور

فقها برای تأیید قول خود مبنی بر عدم جواز تبرع حاکم در صدور حکم حجر، دو استدلال عمده مطرح کرده‌اند که در ادامه بیان می‌شود:

۱-۱-۳. لزوم درخواست غرما

مهم‌ترین دلیلی که در این خصوص می‌توان بیان کرد آن است که فقها درخواست حجر از سوی طلبکاران را شرط صدور حکم به حجر دانسته‌اند و غرما باید نسبت به این حجر مدیون اذن داده باشند و حاکم بدون تقاضای غرما نمی‌تواند اقدامی در جهت حجر مدیون داشته باشد و مفلس را محجور نماید (حلی، ۱۴۱۷: ۲۴۷؛ علامه حلی، ۱۴۲۰: ۵۰۸/۲). شیخ طوسی در مبسوط چنین می‌نگارد:

«و یقبل مَن یطالب بالحجر؛ لأنَّ الحَقَّ لهم فلا یجز الحکم به إلا بعد مسألتهم» (طوسی، ۱۳۸۷: ۲۷۱/۲).

یعنی حکم به حجر تنها بعد از درخواست جایز است و بر این اساس، در این مسئله حق برای طلبکاران ثابت است و در نتیجه اگر هیچ یک از غرما تقاضای حجر مفلس را نداده باشند، حاکم نمی‌تواند به طور تبرعی نسبت به حق آن‌ها اقدام کند (عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۴۱/۴)؛ چرا که درخواست غرما، هم به مصلحت خود طلبکاران و هم به مصلحت شخص مفلس است و غرما نسبت به خودشان ناظر به شمار می‌آیند و حاکم نمی‌تواند حکمی علیه آنان داشته باشد؛ چون دین حق طلبکاران است^۱ و در نتیجه معنایی ندارد که بدون درخواست کسی که ذی‌حق شناخته می‌شود، نسبت به حجر مدیون اقدام کرد (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۵۶/۱۵). همچنین حجر تنها برای رعایت حق طلبکاران است و در نتیجه اگر غرما به حاکم مراجعه نکنند و حجر مدیون را درخواست نکنند، این کاشف از رضایت غرما به آن است و حجر به دلیل حفظ آبروی مدیون یا به علت عدم توجه غرما به دینی که از دیگری طلب دارند، تحقق نمی‌یابد (فاضل موحدی لنگرانی، ۱۴۲۵: ۳۲۲).

۱. «وأما اشتراط التماس الغرماء أو بعضهم فلائنه ليس للحاكم أن يتولى ذلك من دون طلبهم، لأنه حق لهم وهو لمصلحة الغرماء والمفلس، وهم ناظرون لأنفسهم لا حكم للحاكم عليهم» (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۲۳۸/۱۶).

۲-۱-۳. استناد به اصل

استناد به «اصل» نیز از سوی فقها بیان شده است. توضیح بیشتر آنکه اگر هیچ یک از غرما درخواست حجر نداده باشند، حاکم نمی‌تواند مدیون را محجور کند؛ زیرا اصل عدم حجر است. صاحب جواهر چنین آورده است:

«... أنه لو ظهرت أمارات الفلوس عليه مثل أن يكون نفقته من رأس ماله، أو يكون ما في يده بإزاء دينه، ولا وجه لنفقته إلا ما في يده، لم يتبرع الحاكم بالحجر عليه للأصل» (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۵/۲۸۱)؛ اگر امارات و نشانه‌های فلس آشکار گردد، مانند اینکه نفقه‌اش از سرمایه باشد یا اینکه هر آنچه در اختیار دارد، به ازای مقدار دین باشد، حاکم به دلیل اصل نمی‌تواند تبرعاً او را محجور نماید.

۲-۳. نقد و بررسی

برای عدم جواز تبرع حاکم دو دلیل عمده ذکر شد که در ذیل به بررسی آنها پرداخته می‌شود:

۱-۲-۳. استناد به اصل عدم

در مورد عدم جواز تبرع حاکم در صدور حکم ورشکستگی در مورد شخصی که نشانه‌های افلاس در او نمایان شده است، مشهور فقها به اصل استناد می‌کنند؛ یعنی اینکه چنین شخصی قبلاً جایزالتصرف بوده است و حال که در تصرف وی شک می‌شود، حکم به جواز تصرف می‌دهیم. لکن به نظر می‌رسد که اصل در اینجا کارساز نباشد؛ بلکه عرف و عقل، حاکم را در اینجا مسئول می‌داند؛ زیرا عقلاً بر حاکم واجب است که وضعیت شخصی را که نشانه‌های ورشکستگی در او نمایان شده است، مورد بررسی قرار دهد؛ چرا که اقتضای حکومت این است که حاکم حافظ مال مردم باشد و مانع ایجاد بحران شود؛ چون در شخصی که در شرف افلاس است و نشانه‌های آن ظاهر شده است، احتمال انتقال اموال به خویشاوندان، وقف اموال و... وجود دارد. بنابراین وظیفه حاکم است که جلوی چنین فساد را بگیرد. وقتی اماره‌های فساد ظاهر شد، عقلاً صحیح نیست که بگوییم حاکم باید صبر کند تا فساد بالفعل شود و بعد آن را رفع کند؛ چون بر حاکم دفع فساد لازم است، نه رفع فساد. این در حالی است که

دفع فساد به مراتب راحت‌تر و ضروری‌تر از رفع فساد است. لذا وقتی اماره عقلایی پیدا شد که شخص در شرف افلاس است، حاکم برای حفظ مال مردم باید وضعیت او را مورد بررسی قرار دهد و حکم صادر کند. بنابراین با وجود اماره عقلایی، نوبت به اصل نمی‌رسد.

بعد دیگری که می‌توان این استدلال را تحلیل کرد آن است که به فلسفه و چرایی حجر توجه کرد. حجر مفلس یک اقدام احتیاطی برای حفظ کردن اموال و دارایی‌های مردم است و عقلاً به صحت چنین چیزی حکم می‌کنند و ظاهر آن است که سیره عقلایی جمله بر چنین چیزی جریان دارد (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۵۷/۲۱). لذا با استناد به اماره عقلایی مبنی بر وجوب حفظ اموال مردم توسط حاکم، لازم است وضعیت شخصی که در شرف افلاس است، از طرف حاکم مورد بررسی قرار گیرد.

لذا در نهایت می‌توان گفت، در مورد هر انسانی اصل این است که او مسلط بر اموال خود باشد. حجر نیز جزء اصولی است که شارع آن را مقرر کرده است و هر کجا که حجر عرفاً معقول نباشد، اصل عدم حجر است و حاکم نیز با ملاحظه این دو امر، یعنی اصل و عرف، به حجر و عدم آن حکم می‌کند؛ هر کجا که عرف حکم حجر را تأیید کند، شرع آن را منع نخواهد کرد. لذا در جایی که احتمال افلاس شخص و ترس تضییق حقوق مردم، احتمالی عقلایی باشد، بر حاکم اقدام علیه آن جایز است؛ همان‌طور که رسول خدا صلی الله علیه و آله در مورد کسی که احتمال قاتل بودن او می‌رفت، حبس فرمود؛ چرا که عمل به مثل این امور مصلحت است و حاکم نیز به خاطر رعایت مصلحت وضع شده، افزون بر اینکه جزء امور عرفی هستند که منعی از طرف شارع در مورد آن نرسیده است.

همان‌طور که حاکم می‌تواند از عبور و مرور در مناطق پرخطر منع کند یا از ورود کالاهای وارداتی اگر مضر به حال مردم باشد، جلوگیری کند و سیره پیامبر هم گواه بر این مطلب است، چرا که در شب عقبه از عبور مردم از عقبه منع کرد، با اینکه این منع خلاف اصل آزادی بود، اما به جهت اینکه از توطئه باخبر شده بودند و خواستند با این کار جلو ضرر را بگیرند.

مضاف بر اینکه با توجه به فلسفه حجر که حفظ اموال مردم توسط ولی آنان که

حاکم است، می‌باشد. لذا هر کجا که آن را صالح یافت، اعمال می‌کند. پس بعد از وجود مصلحتی که حاکم برای آن منصوب شده است، جایی دیگر برای استناد به اصل باقی نمی‌ماند.

اگر کسی مناقشه کند که وظیفه حاکم این است که مدیون را حبس کند یا به طلبکاران خبر بدهد تا نسبت به حق خود اقدام کنند، نه اینکه حکم حجر صادر کند، در جواب باید گفت که تمامی این موارد خلاف اصل اولی است. لذا حاکم آنچه را که اصلح بداند، به آن اقدام می‌کند و اگر از این نظر همه در یک درجه باشند، به صلاحدید خود یکی را انتخاب می‌کند (ر.ک: حسینی شیرازی، ۱۴۰۹: ۵۰/۱۱-۱۵ و ۱۵).

۲-۲-۳. شرطیت درخواست غرما

بیان شد که یکی از ادله عدم جواز تبرع حاکم در خصوص حجر مفلس، آن است که برای حجر لازم است که غرما درخواست داده باشند و حاکم تنها پس از تقاضای غرما می‌تواند مفلس را مفلس گرداند.

مسئله مهمی که در خصوص درخواست مدیون و همچنین تبرع حاکم نسبت به صدور حجر ضرورت دارد مورد بررسی قرار گیرد آن است که آیا «درخواست طلبکاران» برای محجور شدن مفلس شرط است یا خیر؟ بدیهی است که اگر شرطیت آن را بپذیریم نتیجه آن است که صدور حکم حجر با درخواست مدیون و همچنین تبرع حاکم جایز نیست و اگر شرطیت درخواست غرما به اثبات نرسد نتیجه خلاف فقره پیش گفته می‌شود.

روشن است که برای پاسخ به این سؤال و قضاوت صحیح بین دیدگاه‌های موجود باید به روایات مراجعه کرد و ملاحظه کرد که آیا از آن‌ها حکمی مبنی بر شرط بودن درخواست غرما برداشت می‌شود یا خیر؟ در این زمینه چند روایت قابل تأمل وجود دارد:

۱. موثقه غیاث

غیاث بن ابراهیم از امام جعفر صادق علیه السلام و ایشان از پدرش علیه السلام چنین روایت می‌کند:

«أَنَّ عَلِيًّا عَلَيْهِ السَّلَامُ كَانَ يُفْلَسُ الرَّجُلُ إِذَا التَّوَى عَلَى غِرْمَائِهِ ثُمَّ يَأْمُرُ بِهِ فَيَقْسِمُ مَالَهُ بَيْنَهُمْ بِالْحَصَصِ فَإِنَّ أَبِي بَاعَهُ فَقَسَمَهُ بَيْنَهُمْ مَالَهُ» (طوسی، ۱۴۰۷: ۲۹۹/۶).

۲. موثقه اسحاق بن عمار

اسحاق بن عمار از امام صادق عليه السلام روایت می کند:
«كَانَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ يُحْبَسُ الرَّجُلُ إِذَا التَّوَى عَلَى غِرْمَائِهِ ثُمَّ يَأْمُرُ فَيَقْسِمُ مَالَهُ بَيْنَهُمْ بِالْحَصَصِ فَإِنَّ أَبِي بَاعَهُ فَيَقْسِمُ مَالَهُ» (کلینی، ۱۴۰۷: ۱۰۲/۵).

امام علی عليه السلام وقتی می دید که مدیون، طلبکاران خود را آزار می دهد، حکم به حبس او می داد و منتظر تقاضا از سوی طلبکاران نمی شد.
البته در نسخه *التهدیب*، روایت اسحاق بن عمار دقیقاً مشابه روایت غیاث است و به جای «یحبس»، مانند روایت غیاث «یفلس» آمده است (طوسی، ۱۴۰۷: ۲۹۹/۶)، ولی در نسخه *الاستبصار* مانند نسخه *کافی* «یحبس» ذکر شده است (همو، ۱۳۹۰: ۷/۳). هر دو روایت اسحاق بن عمار و غیاث بن ابراهیم موثقه به شمار می آیند (اصفهانی، ۱۴۰۶: ۲۰۴/۱۰) و در نتیجه تمسک به آنها بلااشکال است.

۳. روایت اصبع بن نباته

اصبع بن نباته از امام علی عليه السلام روایت می کند:
«أَنَّهُ قَضَى أَنْ يُحَجَرَ عَلَى الْغُلَامِ الْمَفْسُدِ حَتَّى يَعْقَلَ وَقَضَى عَلَيْهِ فِي الدِّينِ أَنَّهُ يُحْبَسُ صَاحِبُهُ إِذَا تَبَيَّنَ إِفْلَاسُهُ وَالْحَاجَةُ، فَيُخَلَّى سَبِيلَهُ حَتَّى يَسْتَفِيدَ مَالاً وَقَضَى عَلَيْهِ فِي الرَّجُلِ يَلْتَوِي عَلَى غِرْمَائِهِ أَنَّهُ يُحْبَسُ ثُمَّ يُؤَمَّرُ بِهِ فَيَقْسِمُ مَالَهُ بَيْنَ غِرْمَائِهِ بِالْحَصَصِ فَإِنَّ أَبِي بَاعَهُ فَقَسَمَهُ بَيْنَهُمْ» (صدوق، ۱۴۱۳: ۲۸/۳).

کیفیت استدلال به این روایات بر این اساس است که در هیچ کدام از آنها سخنی وجود ندارد که دلالت داشته گرما باید درخواست حجر بدهند و شروطی که فقها برای صدور حکم حجر ذکر کرده اند، نیامده است. با این حال، با اثبات عدم شرطیت درخواست گرما، مجال برای جایز دانستن صدور حکم بر مبنای درخواست خود مفلس و همچنین تبرع حاکم فراهم می شود. برخی از فقها با استناد به روایات پیش گفته به صراحت آورده اند:

«لکن التماس الغرماء شرطیته غیر ثابتة فی شرعنا» (بحرانی آل عصفور، بی‌تا: ۴۱۱/۱۲):
شرطیت درخواست غرما در شرع ما ثابت نشده است.

بنابراین با توجه به مجموعه روایاتی که دال بر فعل امام علی علیه السلام در خصوص چگونگی برخورد با بدهکاران است، می‌توان به این نتیجه دست یافت که حاکم چنانچه آگاه باشد یا اماراتی مبنی بر ورشکستگی مفلس ظاهر شود، می‌تواند جهت حفظ اموال غرما ترتیبی اتخاذ کند که حق غرما از بین نرود.

به نظر می‌رسد با توجه به اطلاق روایات مزبور، بدون اینکه چنین امری را مقید به درخواست طلبکاران نمایند، می‌توان جواز تبرع حاکم را در مانحن فیه نتیجه گرفت و به بیان فنی، با وجود اصول لفظیه از قبیل اصالة الاطلاق، دیگر نمی‌توان به اصول عملیه استناد نمود.

از بُعدی دیگر و در استظهاری متفاوت از رویکرد فوق، شاید بتوان چنین نیز گفت که لسان روایات مزبور به گونه‌ای است که در آن‌ها نوعی مصلحت‌سنجی دیده می‌شود؛ با این توضیح که این روایات از امام علی علیه السلام نقل شده و به نظر می‌رسد حضرت در مقام حاکم اسلامی و بر اساس مصلحت، حکم داده باشند؛ خاصه اینکه در روایت سوم، عبارت «أنه قضی» وجود دارد و لسان دو روایت دیگر نیز به گونه‌ای است که حکم را به عمل امام علی علیه السلام منتسب می‌کنند که ظاهراً جنبه انشا و جعل از سوی حضرت را دارند و بنا به نظر فقهای همچون امام خمینی اگر چنین تعبیراتی به معصوم علیه السلام نسبت داده شد، کاشف از این است که ایشان به اتکای منصب و با توجه به اختیارات خویش در مقام وضع و جعل و تقنین می‌باشند (موسوی خمینی، ۱۴۱۴: ۸۶؛ فاضل موحدی لنگرانی، ۱۴۱۹: ۲۵۲)^۱ و بی‌شک حاکم در چنین تشریعاتی مصلحت جامعه

۱. امام خمینی در رساله لاضرر متعرض این مسئله شده است. ایشان لاضرر را بر خلاف فقهای دیگر، حکم اخباری از اینکه در شرع، ضرر وجود ندارد، نمی‌داند؛ بلکه حکم ولایی و حکومتی و جعل نبوی می‌داند و اشاره می‌کند که یکی از ملاک‌ها برای تشخیص بین این دو، تعبیری است که برای حکم به کار رفته است؛ مثلاً اگر «جَعَلَ» به پیغمبر نسبت داده شد که «جَعَلَ رَسُولَ اللَّهِ»، اگر «وَضَعَ» به پیغمبر نسبت داده شد که پیغمبر وضع کرده است، اگر «قَضَى» به پیغمبر نسبت داده شد، اگر «حَكَمَ» به رسول اکرم صلی الله علیه و آله نسبت داده شد، کاشف از این است که پیغمبر به اتکای منصب و با توجه به اختیارات خودش در مقام وضع و جعل و تقنین است.

را لحاظ کرده و مبادرت به جعل و تقنین می‌نماید و از باب نمونه، حاکم در فرض مسئله با ملاحظه همه جوانب از قبیل اینکه حجر مفلس یک اقدام احتیاطی و از جهت حفظ کردن اموال و دارایی‌های مردم است و از جهات بسیاری که پیشتر ذکر شد مفید به حال بدهکاران و خود مفلس است، حکم به افلاس وی می‌کند. مبسوط‌الید بودن حاکم در چنین امری با عنایت به پیچیدگی شقوق و فروض ورشکستگی در عصر حاضر از قبیل اینکه در جهان امروز، ورشکستگی یک مؤسسه در سایر نهادها تأثیرگذار است، نیز اثر می‌گذارد و با ملاحظاتی از قبیل اینکه گاهی تاجر ورشکسته با تبانی، عده‌ای از طلبکاران را بر عده‌ای دیگر ترجیح می‌دهد و یا در صدد پنهان کردن اموال خود برمی‌آید، ملموس‌تر شده و اهمیت آن واضح می‌شود.

نتیجه‌گیری

اکثر فقهای امامیه حجر را نوعی عقوبت می‌دانند و معتقدند که با رشد و حریت انسان منافات دارد. از این رو فقط طلبکاران حق دارند در صورتی که نتوانند به حقوقشان برسند، آن را از حاکم تقاضا کنند. همچنین تبرع حاکم در صدور حکم ورشکستگی را نافذ نمی‌دانند. از سوی دیگر در حقوق موضوعه از راه‌های اعلام حکم ورشکستگی تاجر توسط محکمه بدهی، تقاضای دادستان یا اظهار خود مدیون معرفی می‌کند و با توجه به اینکه اعلام ورشکستگی تاجر برای او جنبه حیثیتی پیدا می‌کند و لذا خود تاجر به ندرت اعلام توقف می‌نماید، قانون‌گذار در مرتبه بعدی به طلبکاران اجازه تقاضای حکم حجر مدیون را داده است. لذا تعارضی آشکار بین قانون‌گذاری شرعی و وضعی دیده می‌شود.

در این پژوهش با بررسی مستندات مشهور فقها، بین نظر فقها و حقوق‌دانان به این صورت سازش ایجاد شده که پذیرش درخواست حجر از سوی مدیون در صورتی که به مصلحت مدیون و غرما باشد، بلامانع باشد؛ چرا که صدور حکم حجر به درخواست خود مدیون از یک سو بهترین راه برای حفظ حقوق غرما می‌باشد، چون مدیون بیشتر و بهتر از هر شخص دیگری به وضع حال خود آگاه است و از سوی دیگر موجب می‌شود که ورشکسته بر خلاف معسر، از حبس به علت عدم پرداخت دیون معاف

شود. البته نفس اعلام و درخواست ورشکسته موجب حکم به حجر او نمی‌شود، بلکه دادگاه پس از درخواست تاجر باید صحت و سقم ادعای وی را بررسی و پس از تحقیق و تفحص به صورت توافقی حکم صادر کند.



کتاب شناسی

۱. ابن فارس، ابوالحسن احمد، معجم مقاییس اللغة، تحقیق عبدالسلام محمد هارون، دار الفکر، بی تا.
۲. ابن منظور، جمال الدین محمد بن مکرم، لسان العرب، قاهره، دار المعارف، ۱۹۷۹ م.
۳. اسکینی، ربیعاً، ورشکستگی و تصفیة امور ورشکسته، چاپ دهم، تهران، سمت، ۱۳۸۶ ش.
۴. بحر العلوم، محمد بن محمد تقی، بلغة الفقیه، چاپ چهارم، تهران، مکتبه الصادق علیه السلام، ۱۴۰۳ ق.
۵. بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۶. بحرانی آل عصفور، حسین بن محمد، الانوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع، تصحیح محسن آل عصفور، قم، مجمع البحوث العلمیه، بی تا.
۷. بیهقی، ابوبکر احمد بن حسین بن علی بن موسی، السنن الکبری، تحقیق محمد عبدالقادر عطا، چاپ سوم، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۲۴ ق.
۸. جوینی، عبدالملک بن عبدالله، نهاية المطلب فی درایة المذهب، تحقیق و فهرست نویسی ا.د. / عبدالعظیم محمود الدیب، دار المنهاج، ۱۴۲۸ ق.
۹. حرّ عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، قم، مؤسسه آل البيت علیه السلام، ۱۴۰۹ ق.
۱۰. حسینی روحانی، سید محمد صادق، فقه الصادق علیه السلام، قم، دار الکتب، مدرسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۲ ق.
۱۱. حسینی سیستانی، سید علی، منهاج الصالحین، چاپ پنجم، قم، دفتر معظم له، ۱۴۱۷ ق.
۱۲. حسینی عاملی، سید جواد بن محمد، مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۱۳. حلبی، حمزة بن علی، غنية النزوع الی علمی الاصول و الفروع، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۷ ق.
۱۴. حلّی، شمس الدین محمد بن شجاع القطن، معالم الدین فی فقه آل یاسین، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۴ ق.
۱۵. زبیدی، سید محمد مرتضی، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقیق ابراهیم التریزی، کویت، وزارة الارشاد و الأنباء، ۱۹۷۲ م.
۱۶. سبزواری، محمد باقر بن محمد مؤمن، کفایة الاحکام، چاپ چهارم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۳ ق.
۱۷. صدر، سید محمد، ما وراء الفقه، بیروت، دار الاضواء للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۲۰ ق.
۱۸. صدوق، محمد بن علی بن حسین بن موسی بن بابویه قمی، من لایحضره الفقیه، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۱۹. طباطبایی حائری، سید محمد مجاهد، کتاب المناهل، قم، مؤسسه آل البيت علیه السلام، بی تا.
۲۰. طوسی، محمد بن حسن، الاستبصار فیما اختلف من الاخبار، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۹۰ ش.
۲۱. همو، المسبوط فی فقه الامامیه، چاپ سوم، تهران، المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ ش.
۲۲. همو، تهذیب الاحکام، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۲۳. عاملی جبعی، زین الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیه، قم، کتاب فروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.
۲۴. همو، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۲۵. عاملی کرکی (محقق ثانی)، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل البيت علیه السلام، ۱۴۱۴ ق.

۲۶. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، *تحریر الاحکام الشرعية علی مذهب الامامیه*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۰ ق.
۲۷. همو، *تذکره الفقهاء*، قم، مؤسسه آل البيت علیه السلام، ۱۴۱۴ ق.
۲۸. فاضل موحدی لنکرانی، محمد، *تفصیل الشریعة - المضاربه، الشركة، المزارعة، المساقاة، الدین و...*، قم، مرکز فقه ائمه اطهار علیه السلام، ۱۴۲۵ ق.
۲۹. همو، *تفصیل الشریعه*، تهران، عروج، ۱۴۱۹ ق.
۳۰. فراهانی، محمدحسین، *حقوق تجارت (ورشکستگی و تصفیه)*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۶۷ ش.
۳۱. فراهیدی، خلیل بن احمد، *کتاب العین مرتباً علی حروف المعجم*، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۲۰۰۳ م.
۳۲. فیض کاشانی، محمدمحسن، *مفاتیح الشرائع*، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، بی تا.
۳۳. کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی*، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۳۴. محقق حلی، جعفر بن حسن، *شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*، چاپ دوم، تهران، استقلال، ۱۴۰۸ ق.
۳۵. مرعشی شوشتری، سیدمحمدحسن، *دیدگاه های نو در حقوق*، چاپ دوم، تهران، میزان، ۱۴۲۷ ق.
۳۶. مغنیه، محمدجواد، *فقه الامام الصادق علیه السلام*، چاپ دوم، قم، انصاریان، ۱۴۲۱ ق.
۳۷. منتظری نجف آبادی، حسینعلی، *مجازات های اسلامی و حقوق بشر*، قم، ارغوان دانش، ۱۴۲۹ ق.
۳۸. موسوی خمینی، سیدروح الله، *بدائع الدرر فی قاعدة نفس الضرر*، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۴ ق.
۳۹. موسوی سبزواری، سید عبدالاعلی، *مهذب الاحکام فی بیان الحلال والحرام*، چاپ چهارم، قم، مؤسسه المنار، دفتر معظم له، ۱۴۱۳ ق.
۴۰. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن، *القوانین المحکمه فی الاصول*، طبع جدید، قم، ۱۴۳۰ ق.
۴۱. همو، *جامع الشتات فی اجوبه السؤالات*، تهران، کیهان، ۱۴۱۳ ق.
۴۲. نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، تصحیح عباس قوچانی و علی آخوندی، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ش.

بررسی فقهی حقوقی

سوء استفاده از حق مالکیت ربات در امر اشتغال*

- حمزه نظرپور^۱
- علی اکبر ایزدی فرد^۲
- محمد محسنی دهکلانی^۳

چکیده

وجود فناوری‌های نوین از لوازم زندگی امروزی قلمداد شده و غالباً با هدف خدمت به زندگی انسان مورد طراحی قرار گرفته است. اما با اذعان به همه مزایایی که این فناوری‌ها دارند، جانب زیان و سوء استفاده از آن‌ها نسبت به جامعه را نیز نباید از نظر دور داشت. فناوری رباتیک یکی از همین گونه‌هاست که بر خلاف بسیاری از مزایا، می‌تواند نسبت به اغلب مردم منشأ ضرر و سبب از بین بردن فرصت‌های شغلی آنان باشد. ربات‌ها با ابراز وجود در عرصه‌های اقتصادی و صنعتی سبب تصاحب مشاغل گوناگون شده‌اند و این امر باعث شده تا افراد جامعه شغل خویش را از دست بدهند که این از سوء استفاده مالک ربات

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۶/۱۵ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۲/۲۰.

۱. دانشجوی دکتری رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه مازندران (hamzehnazarpour@gmail.com).
۲. استاد دانشگاه مازندران (نویسنده مسئول) (ali85akbar@yahoo.com).
۳. دانشیار دانشگاه مازندران (mmdehkalany@yahoo.com).

آگاهانه یا ناآگاهانه ناشی می‌شود.

این نوشتار به شیوه توصیفی - تحلیلی صورت پذیرفته و با توجه به اصول و مواد قانونی و مبانی فقهی، این نتیجه به دست آمده است که مالک ربات در محدوده قوانین و تا وقتی که مالکیت وی منجر به اضرار و زیان به فرد یا جامعه نشود، می‌تواند از منافع آن بهره‌مند گشته و محدود کردن مالک ربات از حق خود، به دلیل تقدم حق جامعه بر فرد است.

واژگان کلیدی: رباتیک، ربات، سوءاستفاده از حق، حق مالکیت، اشتغال،

قاعده تسلیط، قاعده لاضرر.

۱. طرح مسئله

استفاده از فناوری، جزء اجتناب‌ناپذیر زندگی امروز انسان‌ها شده و پایه زندگی ماشینی و مدرن در این قرن می‌باشد. یکی از فناوری‌ها، رباتیک است که توانسته در زندگی انسان کارایی بیشتری به دست آورد و آرام آرام به عنوان عضوی از جامعه، مورد پذیرش انسان قرار گیرد.

ربات‌ها به دلیل کاربرد فراوان و حضور در عرصه‌های گوناگون نظامی، صنعتی، خدماتی، مشارکتی و... قابلیت تعامل با انسان را دارند و همین تعامل و حضور در جامعه انسانی، عرصه برقراری سود و زیان میان آن‌هاست؛ بدین معنا که حضور ربات می‌تواند مایه سود بیشتر برای فرد یا گروهی و نیز ایراد زیان به فرد یا گروه دیگر باشد و این فرایند به دلیل وضعیت صنعتی بودن فناوری رباتیک در جوامع پیشرفته صنعتی یا رو به پیشرفت از حساسیت بیشتری برخوردار است؛ زیرا امکان تضییع حقوق افراد و جامعه به طور جدی وجود دارد. یکی از مصادیق تضییع حقوق افراد، از دست دادن شغل بر مبنای جایگزینی ربات است.

بر این مبنا پرسشی که در این نوشتار در جستجوی پاسخ آن هستیم، عبارت است از اینکه آیا در صورت داشتن حق مشروع مالکیت، کیفیت استفاده از حق می‌تواند فرد را در دایره مسئولیت‌های مدنی یا کیفری قرار دهد؟

به دیگر سخن آیا مالک ربات در کیفیت استفاده از آن محدودیتی دارد و می‌توان در مواردی مالک را به جهت نوع استفاده از حق مالکیت مسئول قلمداد نمود؟ آیا

مالک ربات می‌تواند با استناد به مطلق بودن حق مالکیت، هر نوع استفاده و بهره‌وری از آن داشته باشد؟ یا با جایگزینی آن در مشاغل گوناگون، ادارات و کارخانه‌ها، سبب بیکار شدن کارمندان و کارگران شاغل شود؟

در این نوشتار، سعی بر آن است تا ضمن بررسی زوایای گوناگون مسئله به این دیدگاه دست یافته شود که مالک ربات تا جایی می‌تواند از همه منافع و حقوق مالکانه خود بهره‌مند شود که به واسطه بیکار کردن افراد، سبب زیان به آنان و جامعه نشود.

۲. مفاهیم

۱-۲. مالکیت

ملک در لغت به معنای جمع‌آوری مال توسط انسان (ابن درید، ۱۹۸۸: ۹۸۱/۲)، شمول و به دست آوردن چیزی و تسلط بر آن و قدرت بر نگهداری آن (فیروزآبادی، ۱۴۱۵: ۴۶۳/۳؛ مهنا، ۱۴۱۳: ۵۷۳/۲) است و در اصطلاح به معنای نسبت اضافه میان انسان و اموال است که اقتضای سلطنت انسان بر اموال را دارد (نجفی کاشف‌الغطاء، ۱۳۵۹: ۱۲۸/۱)، قدرت بر تصرف از همه جهات در عین (شریف مرتضی، ۱۴۰۵: ۲۸۵/۲)، اتصال شرعی میان انسان و چیزی که مطلقاً حق تصرف در آن داشته و می‌تواند دیگران را از تصرف آن منع کند (سعدی، ۱۴۰۸: ۳۴۰)، می‌باشد.

ملک و ملکیت در اصطلاح فقها امری اعتباری است که قابل انشاء با لفظ و غیر آن باشد. لحاظ اعتبار در سخنان فقها دارای چند صورت است:

۱- اعتبار تسلط و استیلا به طوری که جایگزین قدرت تکوینی و تصرف در چیزی باشد... جواز تصرف خارجی از شئون این امر اعتباری است.

۲- اعتبار نسبت و ارتباط میان مالک و مملوک و قرار دادن ملک از مقوله اضافه متکرر مثل ابوت و زوجیت است (مشکینی، بی‌تا: ۵۱۴).

برخی فقها مالکیت را چنین تعریف می‌کنند که حقیقت مالکیت چیزی جز اعتباری عقلایی نیست. بنابراین عقلاً آنچه را که در دست فردی است، علقه‌ای میان او و منشأ سلطنت او اعتبار می‌کنند یا خود سلطنت را معتبر می‌دانند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۵۳/۱).

یکی دیگر از فقها می‌نویسد: معنای مالکیت و مالیت و واژه‌های مترادف این دو، معنای اضافی است که جز با وجود مالک و متمول محقق نمی‌شود و این معنای اضافی، طبق حکم عرف و تبادل است. بنابراین معنای ملکیت و مالیت، معنای عرفی یا لغوی است که شناخت آن متوقف بر بیان یا دلیل شرعی نیست، بلکه در این مورد باید به عرف و لغت رجوع کرد (نراقی، ۱۴۱۷: ۱۱۳).

برخی نیز بر این عقیده‌اند که مالکیت دارای چهار مرحله است: الف) ملکیت حقیقی که همان سلطنت تامّ و کامل است؛ به گونه‌ای که اختیار مملوک از حیث حدوث و بقا تحت سلطنت مالک است. ب) مالکیت انسان نسبت به خود و اعضاء و کارهایش. ج) مالکیت مقولی خارجی که عبارت است از هیئت حاصله از احاطه جسم بر جسم دیگر. د) مالکیت اعتباری که عقلاً آن را برای سلطنت یک شخص بر یک شیء معتبر دانسته‌اند. روشن است که این نوع مالکیت از مقوله اعراض نیست تا اینکه محتاج وجود موضوع خارجی باشد (توحیدی، بی‌تا: ۲۰/۲).

یکی از حقوق دانان هم در ارائه تعریف مالکیت می‌نویسد: مالکیت حقی است دائمی که به موجب آن شخص می‌تواند در حدود قوانین، تصرف در مالی را به خود اختصاص دهد و از تمام منافع آن استفاده کند (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۱۱۰).

معنای حق مالکیت، اختیار قانونی شخص معین بر اشیاء یا اموال یا شخص دیگر است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲ الف: ۲۲۶).

حقوق دان دیگری نیز در راستای بیان ارکان مالکیت نوشته است: عناصر مالکیت از قرار ذیل است: اول: اختصاص چیزی از چیزها - منقول یا غیر منقول - به شخصی از اشخاص. دوم: غالباً آن چیز مال است، خواه از اعیان خارجی باشد یا از منافع؛ مثل در اجاره اعیان یا از مطالبات مثل متعهد به در غیر اعیان و منافع. سوم: حق انتقال آن به غیر از طریق اعمال قصد و رضا (به عقد یا ایقاع). چهارم: قابلیت انتقال به وراثت (ر.ک: همو، ۱۳۹۲ ب: ۴۹۷).

۲-۲. سوء استفاده از حق

سوء استفاده از حق به معنای به کار بردن حق - خواه به طور مادی یا در ضمن یک

عمل حقوقی- به ضرر غیر که ظاهراً به عنوان استفاده از حق مشروع به کار می‌رود؛ ولی صاحب آن حق به قصد اضرار به غیر، حق خود را به کار می‌برد (همو، ۱۳۹۲ الف: ۳۶۷).

۳-۲. ربات

ربات در لغت به معنای آدمک، مترسک، آدم مصنوعی، آدم‌واره و آدم مکانیکی است (سائسی، ۱۳۸۴: ۱۱۴۷/۲). در اصطلاح دستگاه کنترل‌شده توسط کامپیوتر و مجهز به وسایل هوشمند جهت تشخیص ورودی، سیگنال‌ها یا شرایط محیطی. این دستگاه همچنین مجهز به یک شیوه محاسباتی برای تصمیم‌گیری و یک شیوه راهنمایی برای فراهم کردن امکان کنترل می‌باشد (حسنوی، ۱۳۷۳: ۷۶۷).

در تعریف دیگر آمده است: ربات ماشینی (است) که می‌تواند ورودی خود را حس نماید و با قدری هوشمندی و بدون دخالت انسان، تغییراتی را در محیط خود به وجود آورد (قلی‌زاده نوری، بی‌تا: ۶۴۳).

۴-۲. رباتیک

رباتیک قسمتی از هوش مصنوعی در ارتباط با ربات‌ها و علم مطالعه، طراحی، ساخت و استفاده از ربات است (همان؛ حسنوی، ۱۳۷۳: ۷۶۷).

۵-۲. اشتغال

اشتغال در لغت به معنای شغل، پیشه و پرداختن به کاری است (انوری، ۱۳۸۲: ۱۵۲/۱). در اصطلاح نیز به کارگیری فردی برای انجام کار معین با شرایط معلوم است. به دیگر سخن، وضعیتی از به کار گماردن (برای شروع یا خاتمه کار)، داشتن شغل و حرفه‌ای که فرد برای امرار معاش به دست می‌آورد و به مجموعه‌ای از افراد که به منظور کسب سود، کار یا خدمت می‌کنند، اطلاق می‌شود (یدالهی فارسی، ۱۳۸۸: ۷۷/۱).

در مقام جمع‌بندی می‌توان گفت مالکیت رباتیک حقی دائمی است که مالک آن می‌تواند در محدوده قوانین و تا وقتی که منجر به اضرار و زیان به دیگران- فرد یا جامعه- نشود، از همه منافع آن بهره‌مند شود.

۳. مشروعیت استفاده از حق مالکیت

گفته شد که حق مالکیت یعنی اختیار قانونی فرد نسبت به اموال و اشیای خود. حق مالکیت چون کامل‌ترین حق عینی است و تمامی منافع اقتصادی مال را در بر دارد، با موضوع خود که ملک باشد، در عرف یکی شناخته می‌شود (امامی، بی‌تا: ۲۰/۱).

۳-۱. اوصاف مالکیت

قانون مدنی حق مالکیت را تعریف نکرده است، ولی از اوصاف و آثاری که برای آن استنباط می‌شود، به اجمال می‌توان تعریف حق مالکیت را به دست آورد. مرسوم است که مالکیت دارای سه وصف اساسی اطلاق، انحصار و دوام است.

وصف اطلاق: به موجب ماده ۳۰ قانون مدنی، «هر مالکی نسبت به مایملک خود حق همه‌گونه تصرف و انتفاع دارد، مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد». پس مالک حق همه‌گونه تصرف در ملک خود را دارد و استثناهای این قاعده باید در قوانین مطرح باشد. در حقوق کنونی، این استثناها چندان فراوان است که به دشواری می‌توان از اطلاق حق مالکیت سخن گفت. واقع‌بینی ایجاب می‌کند که (باید) به جای اطلاق حق، از قید قانون در ماهیت آن یاد کرد و گفت: «حقی که به مالک، اختیار انتفاع و تصرف را در حدود قوانین می‌دهد». با وجود این هنوز هم از اصل «تسلیط» برای بیان اختیار مالک با احترام یاد می‌شود، ولی این اصل مفهوم پیشین را ندارد. بر اساس اصل ۴۷ قانون اساسی:

«مالکیت شخصی که از راه مشروع باشد، محترم است. ضوابط آن را قانون معین می‌کند».

در اصل ۴۴ آمده است:

«... مالکیت در این سه بخش تا جایی که با اصول دیگر این فصل مطابق باشد و از محدوده قوانین اسلام خارج نشود و موجب رشد و توسعه اقتصادی کشور گردد و مایه زیان جامعه نشود، مورد حمایت قانون جمهوری اسلامی است...».

قیده‌های اصل ۴۴ به خوبی نشان می‌دهد که حق مالکیت، دیگر از حقوق طبیعی و مربوط به شخصیت انسان نیست؛ وسیله‌ای است برای حفظ منافع عمومی و تنها در

صورتی مورد حمایت قرار می‌گیرد که شیوهٔ اکتساب و اجرای آن در مسیر هدف‌های قانون‌گذار باشد. در این مفهوم تازه، آخرین مرز آزادی مالک این است که مایهٔ زیان جامعه نشود. این قید در اصل ۴۰ همان قانون در چگونگی اجرای حق مالکیت نیز دیده می‌شود:

«هیچ کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیلهٔ اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد».

این اصل، سوءاستفاده از حق مالکیت را منع می‌کند و انتفاع و تصرف مالک را محدود به رفتاری متعارف می‌سازد. به بیان دیگر، حق مالکیت در مرحلهٔ ایجاد، فردی، و در مرحلهٔ اجرا، اجتماعی است.

وصف انحصار: نتیجهٔ طبیعی اطلاق، اختیار مالک و لزوم رعایت احترام آن از طرف تمام مردم، انحصاری بودن حق مالکیت است. مالک می‌تواند هر تصرفی را که مایل باشد در مال خود بکند و مانع از تصرف و انتفاع دیگران شود. مالکیت در مرحلهٔ ایجاد، حق فردی است و قانون از این حق در برابر تجاوز فرد حمایت می‌کند... اصول ۴۴ و ۴۷ قانون اساسی، مشعر به همین مقصود است. مادهٔ ۳۱ قانون مدنی در همین زمینه مقرر می‌دارد: «هیچ مالی را از تصرف صاحب آن نمی‌توان بیرون کرد، مگر به حکم قانون».

مواد ۳۰۸ به بعد همین قانون، غاصب را به ردّ عین ملک و منافع آن مکلف می‌کند و مسئولیت تلف عین و توابع آن را بر عهدهٔ او می‌نهد. با وجود این انحصاری بودن مالکیت خصوصی نیز به مفهوم گذشتهٔ خود باقی نمانده و از جهات گوناگون محدود شده است.

وصف دوام: این وصف در هیچ یک از مواد قانون مدنی تصریح نشده و حتی در مورد مالکیت منافع نیز شرط مدت الزامی است؛ مانند مادهٔ ۴۶۸ قانون مدنی. ولی باید دانست که گذشته از این مورد، حق مالکیت دائمی است و طبیعت آن با موقتی بودن منافات دارد؛ چنان که در قانون مدنی نیز با مرگ مالک از بین نمی‌رود و فقط ممکن است به یکی از اسباب انتقال به دیگری واگذار شود (ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۱۰۵-۱۰۸).

در فقه، استفاده از حق مالکیت در قالب قاعدهٔ تسلّط یا تسلیط یا سلطنت بیان شده

است. مفاد قاعده این است که هر مالکی نسبت به مال خود تسلط کامل دارد و می‌تواند در آن هر گونه تصرفی اعم از مادی و حقوقی بکند و هیچ کس نمی‌تواند او را بدون مجوز شرعی از تصرفات منع کند. به دیگر سخن به موجب این قاعده، اصل بر آن است که همه گونه تصرفات برای مالک مجاز است؛ مگر آنکه به موجب دلیل شرعی خلاف آن ثابت گردد (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۲۲۷/۱).

۲-۳. مفاد قاعده تسلیط

در بیان مفاد قاعده تسلیط سه دیدگاه وجود دارد: دیدگاه اول معتقد است که جمله «إِنَّ النَّاسَ مَسْلُطُونَ عَلَىٰ أَمْوَالِهِمْ» در مقام تشریح بیان شده و مفادش این است که مردم حق هر گونه تصرف مادی و حقوقی در اموال خود را دارند و می‌توانند این حق را به هر کیفیتی که بخواهند اعمال کنند (ر.ک: مراغی، ۱۴۱۷: ۹/۲؛ غروی اصفهانی، ۱۴۱۸: ۱۰۸/۱). به عبارت دیگر، هر گونه تصرفی مادام که عدم مشروعیت آن از سوی شارع اثبات نشده، توسط مالک مجاز و مشروع است. برخی فقها این نظر را قبول ندارند؛ زیرا مستلزم آن است که حدیث یادشده در مقام تشریح باشد و بر جواز هر تصرفی که مشروعیت آن از ناحیه شارع ثابت نشده، دلالت کند (توحیدی، بی‌تا: ۱۰۱/۲).

دیدگاه دوم معتقد است که مردم بر اموال خود هر نوع تسلطی دارند، ولی در کیفیت و شیوه اعمال این سلطنت تابع مقررات اند (ر.ک: انصاری، ۱۴۳۴: ۴۱/۳). به تعبیر دیگر، این قاعده صرفاً بر صحت تصرفات انجام‌شده در مال در مرحله مسببات - همانند بیع، صلح و... دلالت دارد و بر سلطنتی که به مرحله اسباب بازگشت دارد، دلالت نمی‌کند... (آملی، ۱۴۱۳: ۱۳۵/۱).

دیدگاه سوم مبین این نکته است که این قاعده تنها در مقام بیان عدم محجوریت مالکان است و همین مقدار بیان می‌کند که مردم نسبت به اموالشان در جهات مشروع حق تصرف دارند (ر.ک: توحیدی، بی‌تا: ۱۰۱/۲).

بنابراین و با توجه به دسته‌بندی صورت گرفته، به نظر می‌رسد برداشت دوم صحیح است؛ چرا که اعمال حق مالکیت به طور مطلق سبب اختلال نظم عمومی می‌شود. به این دلیل که اعمال حق فردی در مواردی سبب مزاحمت با حقوق دیگر افراد خواهد

شد؛ برای همین باید چگونگی تصرف و شیوه به کارگیری آن تابع مقررات باشد.

۳-۳. ادله مشروعیت استفاده از حق مالکیت

حین بررسی آیات قرآن به سه گونه مالکیت برمی‌خوریم: دسته‌ای از آیات هستند که مالکیت را مطلقاً برای خدا بیان می‌کنند.^۱ دسته‌ای دیگر بیانگر مالکیت نیایی انسان نسبت به خدا هستند^۲ و دسته سوم نیز با به کارگیری واژه مال و اموال، مالکیت انسان را تبیین می‌کنند که همین دسته در بحث ما ضرورت دارند. برای نمونه می‌توان به آیات ۲۷۹ سوره بقره، ۲ و ۲۹ سوره نساء، ۲۸ سوره انفال و ۹ سوره منافقون اشاره نمود.

از روایات نیز برای نمونه می‌توان به مواردی اشاره کرد:

- ۱- پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله: مردم بر اموال خود مسلط هستند (احسابی، ۱۴۰۵: ۲۰۸/۳).
- ۲- راوی می‌گوید^۳ به امام صادق علیه السلام گفتم: مردی که فرزند دارد، آیا می‌تواند مال خود را برای نزدیکانش قرار دهد؟ امام فرمود: مال اوست، با آن هر کار می‌خواهد می‌تواند بکند تا اینکه مرگ او فرا رسد (کلینی، ۱۴۲۹: ۳۳۰/۱۳).
- ۳- امام صادق علیه السلام فرمود:^۴ صاحب مال تا زمانی که روح در بدن دارد، نسبت به استفاده از مال خود به هر صورت که بخواهد، از هر فردی شایسته‌تر است (همان: ۳۲۷/۱۳).

در متون قانونی نیز ماده ۳۰ قانون مدنی ضمن پذیرش این حق مقرر می‌دارد:
«هر مالکی نسبت به مایملک خود حق همه‌گونه تصرف و انتفاع دارد، مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد».

نیز در ماده ۳۱ قانون مذکور آمده است:

«هیچ مالی را از تصرف صاحب آن نمی‌توان بیرون کرد، مگر به حکم قانون».

۱. مانند ﴿لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَمَا فِيهِنَّ﴾ (مائده / ۱۲۰).

۲. مانند ﴿آمَنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَأَنْقَضُوا مِمَّا جَعَلَكُمْ مُتَخَلِّفِينَ فِيهِ﴾ (حدید / ۷).

۳. محمد بن یحیی و غیره عن محمد بن أحمد، عن يعقوب بن يزيد، عن يحيى بن المبارك، عن عبد الله بن جبلة، عن سماعة.

۴. عدّة من أصحابنا عن أحمد بن محمد بن عيسى، عن الحسن بن عليّ، عن ثعلبة بن ميمون، عن أبي الحسن الساباطي، عن عمّار بن موسى: أنّه سمع أبا عبد الله عليه السلام يقول....

۴. سوءاستفاده از حق مالکیت

یکی از شاخصه‌های حق مالکیت، مطلق بودن این حق بود؛ بدین معنا که فرد می‌تواند با ملک خود هر کاری که می‌خواهد انجام دهد و محدودیتی در استفاده از آن نسبت به او متصور نیست. تا دو قرن اخیر بسیاری از نویسندگان فرانسوی حق را مطلق می‌پنداشتند؛ به این معنا که کسی که حق خود را اعمال می‌کند، هرچند در اجرای آن به دیگری ضرر زند، محدودیت و مسئولیتی ندارد (Ripert, 1956: 2/965). اما حق آن است که ثمرهٔ اطلاق مطلق چیزی جز هرج و مرج و تضییع حقوق دیگران نیست. برای همین باید جهت استفادهٔ نابهنجار یا سوءاستفاده از حق چاره‌ای اندیشید. در حقوق اسلامی، قاعدهٔ «لا ضرر ولا ضرار» که منع از سوءاستفاده از حق را ایجاب می‌کند، خاستگاه برخی اصول و مواد قانونی مورد نیاز برای این منظور است. اصل ۴۰ قانون اساسی مقرر داشته است:

«هیچ کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیلهٔ اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد».

مواد ۶۵، ۱۱۴، ۱۲۲، ۱۳۲، ۱۵۹، ۵۹۱، ۵۹۲، ۵۹۴، ۶۰۰، ۸۳۳، ۱۰۲۹ و... از قانون

مدنی مبتنی بر قاعدهٔ «لا ضرر ولا ضرار» هستند.

در اصل ۴۰ قانون اساسی دو مورد نفی شده است: اضرار به غیر و تجاوز به منافع عمومی؛ بدین معنا که هر کس بخواهد از حقوق خویش بهره‌برداری نماید، تا جایی این آزادی را دارد که بهره‌برداری او مایهٔ زیان دیگران (فردی) یا مصداق تجاوز به منافع عمومی (اجتماعی) نشود. مادهٔ ۱۳۲ قانون مدنی نیز هرچند مسئله را به صورت مثال همسایه بیان نموده است، ولی می‌توان با تنقیح مناط یا الغای خصوصیت حکم، آن را برای موارد دیگر نیز جاری نمود. علاوه بر این، مادهٔ ۱۳۲ قانون مدنی ویژگی مطلق بودن مالکیت را که در مادهٔ ۳۰ قانون مزبور بدان تصریح شده است، محدود می‌کند؛ بدین معنا که قاعدهٔ «لا ضرر» که مبنای مادهٔ ۱۳۲ است، سبب تحدید گسترهٔ قاعدهٔ «سلطنت» در مادهٔ ۳۰ شده است.

همچنان که پیشتر بیان شد، پشتوانهٔ اصل ۴۰ و مادهٔ ۱۳۲ قاعدهٔ «لاضرر» است.

برای همین در این بحث با پرسش‌هایی روبه‌رو می‌شویم که نیازمند بررسی هستند: از جمله: آیا بیکار کردن دیگران با توجیه جایگزینی ربات یا فناوری رباتیک سبب وارد آمدن زیان به افراد است؟ آیا محدود نمودن مالک در استفاده از ملکش در مورد بحث، مصداق ضرر است؟ آیا در اثبات ضرر، قصد اضرار در مسئله مدخلیت دارد؟ آیا فرضیه تعارض دو ضرر در مورد بحث امکان وقوع دارد؟ و در صورت وقوع کدام یک مقدم است؟

در باره مدخلیت قصد اضرار یا عدم آن باید به یک اصل مهم توجه نمود که در فقه و حقوق اسلامی، مقنن به غایت اجتماعی و حقوقی توجه دارد و در اصول قانون اساسی به جزئیات حقوقی پرداخته نمی‌شود. برای همین شاید در نظر نخست چنین متبادر شود که با توجه به اصول متعدد قانون اساسی، قصد اضرار منظور مقنن بوده است و وی نگاهی به مطلق ضرر ندارد. برای نمونه در اصل ۴۰، به ممنوعیت اعمال حق در صورت اضرار به دیگران و تجاوز به منافع عمومی اشاره شده است. در بند ۵ اصل ۴۳ در راستای تأمین استقلال اقتصادی جامعه و ریشه کن کردن فقر و محرومیت و... اضرار به غیر ممنوع شمرده شده است. از مفهوم اصل ۴۸ نیز می‌توان به ممنوعیت اضرار به غیر دست یافت؛ آنجا که بیان داشته است که هیچ کس نمی‌تواند به عنوان مالک نسبت به کسب و کار خود، امکان کسب و کار را از دیگری سلب کند.

در تمامی این موارد این مفهوم مورد نظر است که شخص در اعمال حق خود با «قصد اضرار» زبانی به دیگری وارد آورد. چنین گفته‌ای مورد پسند است ولی این واقعیت به این معنا نیست که قانون اساسی قصد اضرار را تنها ضابطه سوءاستفاده از حق دانسته است؛ زیرا همان گونه که گفته شد، قانون اساسی به جزئیات امور حقوقی نمی‌پردازد؛ بلکه نقش آن بیان کلیاتی است که جنبه محوری دارند. در حقیقت این اصول از قانون اساسی تنها زیان‌آورترین فرد شایع سوءاستفاده از حق را بیان کرده و ممنوع دانسته است. از هیچ یک از این اصول استنباط نمی‌شود که تنها مصداق و یگانه مورد سوءاستفاده از حق از نظر قانون اساسی، موردی است که در آن قصد اضرار وجود داشته باشد. قوانین لازم‌الاجرای دیگری به روشنی ثابت می‌کنند که غیر از

ضابطه قصد اضرار، ضوابط دیگری نیز در این زمینه مورد توجه می‌باشد؛ هرچند با توجه مبانی غنی فقهی، این اصل می‌توانست به صورت جامع‌تر تنظیم شود، به طوری که ضابطه محوری یعنی نفی ضرر را در بر گیرد. همین دیدگاه در رابطه با تدوین ماده ۱۳۲ قانون مدنی لحاظ شده است که بیانگر ضابطه نفی ضرر است. در این مورد کافی است به صدر ماده توجه شود که مقرر داشته است: «کسی نمی‌تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضرر همسایه شود». این قاعده کلی و اصل اساسی است و استثنائات بعد از آن، شمول قاعده را از بین نمی‌برد و مواردی که این ماده پیش‌بینی می‌کند، خارج از فرض «قصد اضرار» است (ر.ک: بهرامی احمدی، ۱۳۷۰: ۲۰۳). از این رو همین که عمل و فعل انسانی موجب زیان به دیگری شود، مصداق سوءاستفاده از حق است.

۵. سوءاستفاده از حق مالکیت ربات

۱-۵. بررسی مصادیق ضرری بودن فناوری رباتیک

فناوری‌های نوین با هدف خدمت به جامعه بشری مورد مطالعه و بهره‌برداری قرار گرفته و همیشه در راستای تسهیل امور جاری زندگی انسان‌ها به کارگیری می‌شوند؛ ولی از این حقیقت نیز نباید چشم پوشید که این فناوری‌ها با همه کارآمدی و فوایدی که دارند، گاه می‌توانند موجبات زیان و ضرر را برای انسان یا جامعه انسانی فراهم آورند. فناوری رباتیک نیز از این قاعده مستثنا نبوده و دارای مزایای فراوانی مانند انجام کارهای تکراری و حوصله‌بر، کارهای خطرناک، بلند کردن اجسام سنگین، تولید ماشین، انجام کاوش‌های فضایی، خنثی‌سازی بمب، کار کردن در محیط‌های خطرناک و غیر بهداشتی و کار کردن شبانه‌روزی است. اما در مقابل این خدمات، دارای معایبی است که گاه پیامد آن‌ها، ورود ضربات سنگین به انسان، خانواده و جامعه است که به هیچ روی قابل پذیرش یا اغماض نیستند. شاید مهم‌ترین ارمغان فناوری رباتیک، صرفه‌جویی در هزینه اشتغال باشد؛ اما وقتی این مزیت از جوانب گوناگون فرهنگی، اجتماعی، اقتصادی، جامعه‌شناسی و... بررسی گردد، چنین به دست

می‌آید که پیامد این مزیت، از دست دادن شغل، بیکاری متوالی افراد، پایین آمدن تمایلات و سطح توانمندی اجتماعی افراد و در نهایت منزوی و درون‌گرا شدن آن‌هاست که با توجه به این پیامدهای منفی، نمی‌توان این مزیت را قابل توجه دانست.

با توجه به رشد و شتاب روزافزون فناوری، تردیدی نیست که بسیاری از فرصت‌های شغلی در آینده در اختیار ربات‌ها قرار گرفته و انسان‌ها شغل‌های خویش را از دست خواهند داد^۱ و دیگر نیازی به نیروی انسانی کار در سطح وسیع وجود نخواهد داشت. پرسشی که در اینجا خودنمایی می‌کند آن است که در این صورت، راه امرار معاش انسان‌ها چه می‌تواند باشد؟ راه مقابله با این تهدید چیست؟ از سوی دیگر چه سان می‌تواند از وجود این فناوری‌ها بهره برد؟ و آیا کارخانه‌داران و صاحبان سرمایه اقتصادی و حتی دولت‌ها به منظور دستیابی به سود بیشتر حق دارند اقدام به جایگزینی ربات به جای نیروی انسانی کار کنند؟

برای پاسخ به این پرسش‌ها نخست باید گفت که تصور آینده بدون شغل بسیار سخت است. از سوی دیگر، جایگزینی ربات با نیروی انسانی، با دید سرمایه‌داری و با هدف و انگیزه سودآوری بیشتر برای صاحبان سرمایه و دولت‌ها و کارخانه‌داران صورت گرفته و در راستای اهداف آن‌ها گزینه مناسبی خواهد بود. این ایده که منشأ آن سوءاستفاده از قدرت و دارایی و مقام است، برای جامعه از این جهت که باعث از دست رفتن شغل و ایجاد بیکاری می‌شود، پدیده میمونی نیست. در واقع بیکار شدن افراد در سطح کلان، علاوه بر خدشه‌دار کردن اصل ارزشی و ارزشمندی کار، پیامدهای متفاوتی به دنبال دارد که در مجموع از آن‌ها می‌توان مصداق ضرر و زیان رساندن به غیر در امر اشتغال را نتیجه گرفت.

به این نمونه‌ها توجه کنید:

۱- کارخانه ربات‌ها می‌توانند شغل میلیون‌ها کارگر صنایع پوشاک را تهدید کنند

(<<https://www.theguardian.com/sustainable-business/2016/jul/16/robot-factories-threaten-jobs-millions-garment-workers-south-east-asia-women>>).

1. <<http://www.seoultehran.com/news/186634>>; <<https://www.isna.ir/news/95081711993>>.

۲- فرصت‌های شغلی که در آینده در اختیار ربات قرار می‌گیرند: به طور کلی باید توجه داشت که ربات امروزه در صنعت خودروسازی، بسته‌بندی، الکترونیک، سیستم‌های اتوماتیک، علوم فضایی، سیستم‌های آموزشی، سیستم‌های بهداشتی، داروسازی، تحقیقات، علوم نانو، تشخیص و شناسایی و... مورد استفاده قرار می‌گیرد. طی چند سال اخیر، محبوبیت ربات‌ها نزد مردم بسیار افزایش یافته است و کارشناسان توسعه این علم را به نوعی پیشرفت در همه علوم می‌دانند. با وجود این، نتایج حاصل از مطالعه جدید مرکز MIT نشان داده است که به زودی ربات جای ۵ شغل انسان را می‌گیرد و به عبارت دیگر در پنج دسته شغلی، بیکاری ایجاد می‌کند؛ مشاغل مانند صندوق‌داری و بازیگری، اپراتور تلفن، فروشندگی، کارمندان بانک، جراحی

(www.iran-newspaper.com/1392/9/28/Iran/5539/Page/19).

۳- مدیر عامل شرکت‌های اسپیس‌ایکس و تسلا موتورز از نیاز بشریت به یک درآمد ثابت برای تمام مردم جهان خبر داد؛ زیرا در اثر اتوماسیون، همه مشاغل را ربات‌ها در دست خواهند گرفت. الون ماسک اظهار کرد: در آینده انسان‌ها زمان بیشتری برای انجام کارهای جالب‌تر و پیچیده‌تر خواهند داشت. ما باید بدانیم که چگونه با جهان مملو از هوش مصنوعی در آینده کنار بیاییم. در حال حاضر ربات‌ها برخی از مشاغل را در کارخانه‌ها انجام می‌دهند و با این رویه، در آینده ممکن است اکثر کارها به طور اتوماسیون و توسط این هوش‌های مصنوعی صورت بگیرند. اگرچه ویژگی‌هایی مانند خلاقیت در کارها هنوز فقط توسط انسان قابل انجام است، اما شرکت‌ها در تلاش‌اند تا این گونه خصوصیات را نیز به دنیای هوش مصنوعی وارد کنند

(<https://www.isna.ir/news/95081711993>).

۴- ناامنی شغلی، یکی از موضوعات و زمینه‌های مرکزی رقابت‌های انتخاباتی ریاست جمهوری آمریکا در سال ۲۰۱۶ بوده است؛ آنچه به تهییج خشم عمومی علیه توافقات تجاری و مهاجرت دامن زده است. اما اقتصاددانان هشدار می‌دهند که آمریکایی‌ها بیشتر و بیشتر شغل‌های خود را از دست خواهند داد؛ نه به خاطر رقابت خارجی، بلکه به دلیل پیشرفت فناوری. مسئله عمیق‌تری که آمریکا با آن روبه‌روست، این است که چگونه باید برای ده‌ها میلیون راننده کامیون، حسابدار، کارگر کارخانه

و کارمند اداری، کارهای ارزشمند با درآمدهای مناسب فراهم کرد؛ در حالی که به خاطر ربات‌ها، خودروهای بدون راننده و ماشین‌های آموزش‌پذیر، مشاغل کنونی آن‌ها طی سال‌های پیش رو ناپدید خواهد شد؟ تحلیل‌گران مؤسسه «مک کنزی» در مقاله جدیدی که ماه گذشته منتشر شد، دیدگاه‌های خود را مشخص‌تر بیان کرده‌اند. آمارهای آن‌ها که برگرفته از داده‌های «اداره آمار کار» ایالات متحده است و بیش از ۸۰۰ هزار شغل را پوشش می‌دهد، تصویر شوک‌برانگیزی را از آینده ترسیم می‌کند. در بخش تولید، ۵۹ درصد تمام فعالیت‌های شغلی باید اتوماتیزه شود و این شامل ۹۰ درصد از کاری است که جوشکارها، تراشکارها و لحیم‌گرها انجام می‌دهند. در بخش خدمات غذایی و اقامتی، ۷۳ درصد از کار می‌تواند توسط ماشین‌ها انجام شود. در خرده‌فروشی، ۵۳ درصد از مشاغل کنونی می‌تواند حذف شود. در سراسر دنیا، ربات‌ها دارند جای کارگران را می‌گیرند. طبق گزارش شورای مشاوران اقتصادی کاخ سفید، تراکم ربات در هر ۱۰ هزار کارگر، در ژاپن و آلمان بیشتر از آمریکا است. در گزارش اقتصادی ماه فوریه این شورا با استناد به مطالعات پژوهشی چنین عنوان شد که «استخدام‌شدگان با مهارت‌های متوسط» از جمله کتابدارها، منشی‌ها و کارگران خطوط موتتاژ، زودتر از دیگران جای خود را به ربات‌ها داده‌اند؛ اما فناوری ماشین‌های آموزش‌پذیر به زودی بسیاری از مشاغل دیگر را نیز اتوماتیزه خواهد کرد...

(<http://www.seoultehran.com/news/186634>).

۲-۵. پیامدهای بیکاری در فناوری رباتیک

۱-۲-۵. وقوع جرایم علیه اموال، مالکیت و جامعه

با توجه به شواهدی که ذکر شد می‌توان مهم‌ترین پیامد از دست دادن مشاغل را تنگدستی، اعسار، افساد و -در سطح وسیع- اخلال در نظم اقتصادی و عمومی دانست. تنگدستی و فقر زمانی به وجود می‌آیند که افراد جامعه، توانایی کسب درآمد نداشته باشند. اعسار و تنگدستی به معنای عام آن، ناتوانی در پرداخت مخارج زندگی است و این نتیجه طبیعی جایگزینی ربات و انسان است که هرچند بتوان منافع را بر آن مترتب دانست، ولی ضرر و زیان فراوان ناشی از آن را نباید از ذهن دور داشت. از سوی دیگر

فقر و تنگدستی می‌تواند به وجودآورندهٔ فساد هم باشد. به دیگر سخن، میان این دو ارتباط وجود دارد و عوامل اقتصادی به شکل مزبور می‌تواند در وقوع جرائم مؤثر باشد. نتایج به دست آمده از یافته‌های (برخی) تحقیقات نشان می‌دهند که بیکاری علاوه بر مخارجی همچون هزینهٔ بیمهٔ بیکاری و هزینه‌های مربوط به کاهش مهارت و تخصص نیروی کار و سایر مخارج مستقیم و غیر مستقیمی که بر اقتصاد یک جامعه می‌گذارد، در بردارندهٔ هزینهٔ دیگری نیز هست و آن افزایش جرایم علیه اموال و مالکیت به ویژه سرقت است که به دنبال خود، آثار زیانباری را بر جامعه تحمیل خواهد کرد (ر.ک: گرشاسبی فخر، ۱۳۹۰: ۴۰۱).

در تحقیقی دیگر، فقر و بیکاری از عوامل مؤثر بر جرم شمرده شده است. در ادبیات اقتصادی دو نوع فقر وجود دارد: اول، فقر مطلق که از طریق خط فقری که به عنوان تأمین حداقل هزینه‌های لازم زندگی برای کسب رضایت در تأمین سلامت و بهداشت تعریف می‌شود، قابل اندازه‌گیری است. دوم، فقر نسبی که در این حالت فرد حداقل‌ها را دارد، لیکن نسبت به سایر گروه‌های جامعه فقیر محسوب می‌شود (صادقی و همکاران، ۱۳۸۴: ۶۶). بنابراین ایجاد بیکاری و بیکار کردن افرادی که دارای شغل هستند، به معنای سوق دادن آنان به فقر مطلق است که این در بحث، به معنای ایجاد زیان نسبت به دیگران مصداق می‌یابد (همان: ۶۹). این در حالی است که بیکاری متغیری است که نمایندهٔ فقدان فرصت‌های قانونی برای کسب درآمد است. وقتی فردی بیکار می‌شود، بازدهی نهایی ناشی از فعالیت‌های قانونی کمتر از قبل شده و انگیزه و احتمال ورود وی را به فعالیت‌های مجرمانه افزایش می‌دهد. ایدهٔ اساسی رابطهٔ مثبت بین بیکاری و جرم این است که فرد بیکار قادر به حفظ استاندارد خاص زندگی خود نیست؛ بنابراین بیکاری اثر تکانه‌ای^۱ است که فرد را مجبور به وارد شدن در فعالیت‌های مجرمانه می‌کند (صمدی، ۱۳۹۲: ۱۹۵).

با توجه به آنچه ذکر شد، اگر به کارگیری ربات در مشاغل گوناگون سبب بیکاری افراد جامعه در حد وسیع شود و به دست آوردن فرصت مجدد شغلی در فرایندی

1. Shock effect.

طولانی ایجاد شود یا اصلاً ایجاد نشود، سبب تحقق جرائم متعدد در جامعه می‌شود. به دیگر سخن، وقتی در اثر تصرف مشاغل توسط ربان، بیکاری در بیشتر مشاغل نمود یابد، فرد در اثر عدم کسب درآمد، دچار فقر می‌گردد و شواهد زیادی وجود دارد که فقر می‌تواند به عنوان عاملی مهم در تحقق جرم قلمداد گردد. دلیل اصلی این رابطه نیز این است که وقتی فردی گرسنه باشد، دست به دزدی غذا می‌زند. بنابراین فقر باعث افزایش فعالیت‌های مجرمانه می‌شود که این بیانگر آن است که میان نرخ جرم و نرخ فقر ارتباط وجود داشته و هر اندازه که فقر افزایش یابد، افزایش جرم را نیز در پی خواهد داشت.

۵-۲-۲. اختلال در نظم مقاصد شریعت

۵-۲-۲-۱. تولید همراه با اشتغال

با توجه به آنچه آمد، اگر این جرائم رو به افزایش نهاده و در سطح جامعه گسترش یابند، با توجه به اینکه بیکاری اصلی‌ترین شاخصه و خاستگاه همه آن‌هاست، در سطح کلان، مصداق افساد فی الارض بودن آن نیز دور از ذهن نخواهد بود. به دیگر سخن با توجه به ملاک‌های ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی، توسعه بیکاری از جنبه مهم نیروی انسانی، باعث اختلال در نظام اقتصادی و نظم عمومی می‌شود؛ زیرا چرخ تولید کارخانه‌ها به واسطه وجود نیروی انسانی می‌چرخد و اگر این هدف با راهکار جایگزینی ربان توجیه گردد، از هم گسیختگی نظم عمومی به واسطه ایجاد جرایم علیه اموال و مالکیت و... قابلیت توجیه نخواهد داشت. هرچند توجیه جایگزینی ربان نیز بی‌فایده است؛ زیرا با توجه به ادله می‌توان ادعا نمود که تولید همراه با اشتغال از مقاصد شریعت اسلامی^۱ است. به دیگر سخن اگر در جامعه، امر تولید وجود داشته باشد، اما از اشتغال بی‌بهره باشد، با توجه به پیامدهای پیش‌گفته، جامعه اقتصادی دچار نوعی اختلال خواهد شد و چرخه اقتصادی آسیب می‌بیند.

خداوند در قرآن در چندین مورد اشتغال را مورد تأکید قرار داده است:

۱. مقاصد شریعت، اهداف ملحوظ شرعی در همه احکام یا بیشتر آن‌ها یا هدف نهایی شریعت و اسراری است که شارع برای هر حکمی از احکام وضع نموده است (حسینی، ۲۰۰۷: ۲۷۷).

الف) ﴿وَآيَةٌ لَهُمُ الْأَرْضُ الْمَيْتَةُ أَحْيَيْنَاهَا... لِأُكُلُوا مِنْ ثَمَرِهِ وَمَا عَمِلَتْهُ أَيْدِيهِمْ أَفَلَا يَشْكُرُونَ﴾ (یس / ۳۳-۳۵)؛ برای ایشان، زمین مرده [خشک و بی گیاه] آیتی است، که آن را زنده [و سبز] کردیم... تا از میوه درختان و آنچه [با بهره‌وری از مواهب الهی] به دست خود به عمل آورده‌اند، بخورند، پس اکنون آیا شکر نمی‌گزارند؟

ب) ﴿وَجَعَلَ النَّهَارَ نُشُورًا﴾ (فرقان / ۴۷)؛ روز را برای جنبش و کار قرار داد.

ج) ﴿وَجَعَلْنَا النَّهَارَ مَعَاشًا﴾ (نبا / ۱۱)؛ و روز را برای تحصیل معاش مقرر داشتیم.

با دقت و تتبع در روایات نیز می‌توان به اینکه اشتغال، هدفی اقتصادی است، پی برد: الف) ای مفصل! از چیزهایی عبرت بگیر که برای رفع نیازمندی‌های آدمی آفریده شده و تدبیرهایی در آن‌ها به کار رفته است؛ دانه برای خوراک او آفریده شده، لیکن آرد کردن و خمیر کردن و پختن آن به عهده خود انسان گذاشته شده است؛ کرک و پشم برای پوشش او آفریده شده، ولی زدن و رشتن و بافتن آن تکلیف خود اوست؛ درخت برای او آفریده شده، اما نشاندن و آب دادن و رسیدگی به آن، کارهایی است که خود باید بکند؛ گیاهان دارویی برای درمان او آفریده شده، لیک چیدن و ترکیب کردن و ساختن دارو از آن‌ها به خود او واگذار شده است؛ و دیگر چیزها را نیز به همین گونه خواهی یافت. پس بنگر که چگونه آنچه را که انسان خود نمی‌توانسته پدید آورد، خداوند پدید آورده است. لیکن در هر یک از آن‌ها جای کار و کوششی باقی گذاشته است؛ زیرا که صلاح آدمی در همین چگونگی بوده است، چون اگر این کار نیز از عهده آدمی برداشته می‌شد و برای او هیچ کار و شغلی باقی نمی‌ماند، انسان از ناسپاسی و سرمستی چنان می‌شد که زمین نمی‌توانست تحملش کند و سرانجام به کارهایی دست می‌زد که به تلف شدن او منجر می‌گشت. به واقع اگر همه نیازمندی‌های مردمان (بدون کوشش و کار و زحمت) در اختیار ایشان می‌بود، زندگی دیگر گوارا نمی‌شد و از آن لذتی برای هیچ کس فراهم نمی‌آمد. آیا ندیده‌ای که اگر کسی مهمان قومی شود و مدتی بماند و همه آنچه می‌خواهد از خوراک و پوشاک و پذیرایی در اختیارش باشد، از بیکاری خسته و ملول می‌شود و دلش می‌خواهد که خودش را به چیزی مشغول دارد؟ پس بر این قیاس کن که اگر آدمی در تمام عمر هر چه می‌خواست در اختیار می‌داشت، به چه رنجی گرفتار می‌شد، و حسن تدبیر در

چیزهایی که برای انسان آفریده شده، در آن است که جایی برای کار آدمی در آن‌ها باقی مانده است، تا هم از بیکاری دلگیر نشود و هم او را از پرداختن به چیزهایی بازدارد که یا به دست نمی‌آید یا به خیر و صلاح او نیست... بدان ای مفضل! خدا (به دست آوردن) نان را دشوار قرار داده است که جز با تدبیر و حرکت به آن دسترس پیدا نمی‌شود، تا در این کار برای انسان شغلی فراهم شود که او را از پیامدهای بیکاری، یعنی سبکسری و بیهودگی بازدارد (مجلسی، ۱۴۰۳: ۸۶/۳-۸۷).

ب) به گنجشکان بنگر که چگونه خوراک خود را در هنگام روز به چنگ می‌آورند و چنان است که این خوراک یک‌جا آماده و در اختیار آن‌ها نیست، بلکه باید با حرکت کردن و جستجو کردن، به آن دسترس پیدا کنند. وضع همه آفریدگان به همین گونه است؛ پس منزّه است خداوندی که روزی آفریدگان خود را به اندازه مقدر کرد... و آن را چنان قرار نداد که از دسترس به دور باشد؛ زیرا آفریدگان به آن نیازمندند، و چنان نیز نداشت که به رایگان و بی هیچ تلاشی در دسترس آنان واقع شود؛ زیرا که در این چگونگی، هیچ مصلحتی وجود نمی‌داشت. اگر نیازمندی‌های خوراکی به صورت یک‌جا و آماده وجود می‌داشت، چارپایان به آن حمله می‌بردند و آن اندازه می‌خوردند تا شکم‌هایشان باد کند و هلاک شوند. آدمیزادگان نیز با فراغتی که برایشان پیش می‌آمد به نهایت ناسپاسی و سرمستی گرفتار می‌شدند و تباهی و زشت کاری سراسر زمین را می‌گرفت (همان: ۱۰۶/۳).

ج) راوی می‌گوید: نزد امام صادق عَلَيْهِ السَّلَام نشسته بودیم که «علاء بن کامل» وارد شد و روبه‌روی امام صادق نشست و گفت: دعا کن که خدا روزی مرا به راحتی نصیب کند. فرمود: چنین دعایی نمی‌کنم. برو کار کن، چنان که خداوند بزرگ به تو امر کرده است (که کار کنی و از دسترنج خود بخوری) (کلینی، ۱۴۲۹: ۵۴۰/۹).

۲-۲-۲-۵. اختلال در ازدواج و حفظ نسل

گذشته از این مورد، پیامد منفی دیگر بیکاری، هلاک نسل انسانی است؛ زیرا وقتی فرد قادر به تأمین هزینه‌های زندگی خویش نباشد و نتواند با توجه به اقتضائات طبیعی، دست به ازدواج و تشکیل خانواده بزند، مسئله تولید مثل رو به کاهش می‌گذارد که این

موجب هلاک نوع انسانی است، در حالی که ابقاء و حفظ نسل از مقاصد شریعت اسلامی است که جز با ازدواج و اتصال جنسی طبیعی زن و مرد رخ نمی‌دهد (انصاری، ۱۴۲۹: ۱۵۰/۳). در برخی تفاسیر، آیه «وَإِذَا تَوَلَّى سَعَى فِي الْأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَيُهْلِكَ الْحَرْثَ وَالنَّسْلَ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفُسَادَ» (بقره/ ۲۰۵) ناظر به همین مسئله شمرده شده است. این آیه می‌خواهد جمله قبلی یعنی فساد در زمین را بیان کند و بفرماید فساد و افسادش به این است که قوام نوع انسانی در بقای حیاتش به غذا و تولید مثل است. اگر غذا نخورد، می‌میرد و اگر تولید مثل نکند، نسلش قطع می‌شود (طباطبایی، ۱۳۹۰: ۹۶/۲). در این آیه مقصود از حرث، زنان و «نسل» فرزندان می‌باشند. امام صادق علیه السلام می‌فرماید: مراد از «حرث» در اینجا دین است و منظور از «نسل» مردم اند (طبرسی، ۱۳۷۲: ۵۳۴/۲).

بنابراین و بر اساس آنچه ذکر شد، یکی از مقاصد مهم شریعت، تولید، اشتغال افراد و نیز ازدواج و تولید نسل است. این در حالی است که توسعه فناوری رباتیک بدون لحاظ رابطه معنادار تولید و اشتغال، می‌تواند در تعارض با این مقاصد قرار گیرد.

۵-۲-۳. عدم تقارن رشد و توسعه اقتصادی و عدالت اجتماعی

نکته قابل اهمیت دیگر اینکه از دیدگاه اسلام، میان رشد و توسعه اقتصادی و عدالت اجتماعی رابطه وجود دارد. رشد اقتصادی یعنی افزایش بلندمدت ظرفیت تولید به منظور افزایش عرصه کل، تا بتوان نیازهای جمعیت را تأمین کرد (کوزنتس، ۱۳۷۲: ۱۷). رشد اقتصادی در همه مکاتب به عنوان هدف شناخته می‌شود، ولی در مکتب اقتصادی اسلام، افزایش ثروت هدف متوسط جامعه است نه هدف نهایی. به دیگر سخن، افزایش ثروت، ابزار و وسیله‌ای است که در خدمت رفع نیازهای انسان در جریان تکامل و تعالی قرار می‌گیرد (جهانپان، ۱۳۸۸: ۳۵-۳۶). بنابراین و بر اساس نظر بسیاری از نویسندگان اسلامی، رشد اقتصادی تنها در چارچوب نگرش عدالت‌خواهانه معنادار است (همان: ۲۷۴). به دیگر سخن، برخی دانشمندان معتقدند که همراهی عدالت اجتماعی و رشد اقتصادی، ویژگی بارز و خط مشی اصلی توسعه اقتصادی از دیدگاه اسلام است (احمد، ۱۳۷۴: ۲۶۹). شهید صدر نیز بر این عقیده است که رشد و افزایش تولید در نگرش اسلامی، یکی از پایه‌های برپایی خلافت صالحان می‌باشد. اساساً ایشان

گسترش ثروت را یکی از اجزای عدالت اقتصادی که شامل عدالت توزیعی می‌شود، می‌داند؛ یعنی رشد اقتصادی و عدالت توزیعی به هدف نهایی که رفاه اقتصادی جامعه است، کمک می‌کنند (جهانیان، ۱۳۸۸: ۲۷۵). به دیگر سخن، رشد اقتصادی و تولید فراوان زمانی ارزشمند است که بتواند رفاه اجتماعی همهٔ افراد را به ویژه از راه اشتغال، افزایش درآمد و ارتقای سطح زندگی به همراه داشته باشد. حال اگرچه با استقرار فناوری سرمایه‌بری مانند رباتیک بتوان به سود بسیار دست یافت، ولی چون به کارگیری ربات در این عرصه سبب بیکاری افراد می‌شود، می‌تواند وضعیت جامعه را از حیث نرخ بیکاری وخیم‌تر سازد که در این صورت رشد و توسعه و تولید، خاستگاه رفاه یک‌طرفه و به نفع مالکان و سرمایه‌داران خواهد بود و جنبهٔ عمومی نخواهد داشت.

از سوی دیگر، توسعهٔ اقتصادی به معنای رشد همراه با افزایش ظرفیت‌های تولیدی مانند ظرفیت‌های فیزیکی، انسانی و اجتماعی است. در توسعهٔ اقتصادی، رشد کمی تولید حاصل خواهد شد، اما کنار آن نیز می‌توان شاهد تحول نهادهای اجتماعی بود. علاوه بر این اگر علاج فقر، بیکاری و نابرابری را شاخصه‌های توسعهٔ اقتصادی بدانیم، می‌توان ادعا کرد که میان اشتغال و رشد و توسعه، رابطهٔ معنادار وجود دارد. در حقیقت رشد اقتصادی به عنوان راهکاری مهم برای حل بحران اشتغال تلقی شده است که اقتصاددانان با استفاده از قانون اوکان^۱ ارتباط میان رشد و اشتغال را پیگیری می‌کنند. مطالعات تجربی مؤید درستی و صحت این قانون است (شهبازی و طالبی، ۱۳۹۱: ۱۹). بنابراین می‌توان نتیجه گرفت که هر اندازه رشد و توسعه رو به افزایش نهد، باید بیکاری روندی رو به کاهش داشته باشد. عکس همین قضیه هم صادق است؛ بدین معنا که هر اندازه رشد و توسعه کاهش یا توقف یابد، نرخ اشتغال سیری صعودی خواهد یافت. برای همین وقتی فعالیت‌های اقتصادی شکل می‌گیرند، به اشتغال رسیدن نیروی کار به‌عنوان یک نهادهٔ مهم در کنار سرمایه، مورد نیاز خواهد بود. این در حالی است که فناوری رباتیک این تناسب را در امر اشتغال بر هم می‌زند.

۵-۲-۴. اخلال در شاخص توسعه انسانی

امروزه شاخص توسعه انسانی^۱ یکی از شاخص‌های توسعه اقتصادی است که شاخصی ترکیبی برای سنجیدن موفقیت در هر کشور است و دارای سه معیار امید به زندگی، آموزش و درآمد می‌باشد. مهم‌ترین مشکلی که فناوری رباتیک در بعد اشتغال در این زمینه ایجاد می‌کند، این است که وقتی آرام آرام بیشتر مشاغل در اختیار ربات‌ها قرار گیرند، آموزش و تربیت تخصصی نیروی کار، امری بیهوده تلقی می‌شود؛ بدین معنا که وقتی در مشاغل از نیروی انسانی استفاده نشود، فرایند آموزش آکادمیک و حرفه‌ای دچار ایستایی و تعطیلی شده و دیگر نیازی بدان احساس نمی‌شود. از سوی دیگر وقتی فرد نتواند تخصص کسب کند، جامعه نمی‌تواند از او بهره‌مند شود. لذا کاری که نیاز به کسب حرفه و تخصص در اختیار او قرار نمی‌گیرد که این امر منجر به نداشتن درآمد یا پایین آمدن آن می‌شود و خود این امر هم کاهش سطح امید به زندگی را در پی خواهد داشت. برای نمونه اگر ربات کتابدار در همه عرصه‌های کتابداری مانند دسته‌بندی و طبقه‌بندی کتاب‌ها، ثبت اطلاعات، آماده‌سازی منابع اطلاعاتی، فهرست‌نویسی و... جایگزین کتابدار شود، کسب تخصص و مطالعه مستمر و هدفمند درباره خدمات نوین کتابداری و ارتقای دانش نیروی انسانی کتابدار برای جامعه ضرورتی نخواهد داشت و این بدین معناست که جامعه در این عرصه نیاز به متخصص ندارد. با سیر نزولی سطح آموزش، سطح درآمد هم تنزل یافته و در اثر عدم نیاز به نیروی متخصص به صفر می‌رسد که باعث کاهش سطح امید به زندگی نیز می‌شود.

۶. بررسی تعارض دو قاعده «لاضرر» و «تسلیط» در فناوری رباتیک

مهم‌ترین دلیلی که در این بحث ممکن است مطرح شود این است که حق تسلیط و مالکیت ربات اصل بوده و حقی طبیعی محسوب می‌شود و نمی‌توان مالک ربات را از بهره‌وری از آن منع نمود. از سوی دیگر هر گونه استفاده از آن نیز می‌تواند در مواردی به حال دیگران زیان داشته باشد. از اینجا بحث تعارض دو قاعده رخ می‌نماید که باید

1. Human development index.

برای حل آن چاره اندیشید.

دربارهٔ تعارض قاعدهٔ «لاضرر» با قاعدهٔ «تسلیط» میان فقها چندین دیدگاه وجود

دارد:

۱- مشهور فقها قائل به جواز تصرفات مالک در ملک خود و تقدم قاعدهٔ «تسلیط» هستند. البته اطلاق کلام این دسته از دانشمندان بر صورت نیاز مالک و متضرر شدن در صورت ترک تصرف وی حمل می‌شود. شیخ طوسی در باب حفر کردن چاه فاضلاب یا توالت که نزدیک به چاه همسایه باشد (طوسی، ۱۳۸۷: ۲۷۲/۳-۲۷۳)، ابن ادریس در باب آب‌ها و حریم حقوق (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۳۷۴/۲)، علامه حلی در بحث دوازدهم از منافع کتاب احیاء موات (علامه حلی، ۱۴۲۰: ۵۱۴/۴)، شهید اول در بحث حریم املاک (عاملی جزینی، ۱۴۱۷: ۶۰/۳) و صاحب ریاض در همان بحث (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۱۲۰/۱۴) از جملهٔ فقهایی هستند که این دیدگاه را پذیرفته‌اند.

۲- مطلقاً قاعدهٔ «لاضرر» بر قاعدهٔ «تسلیط» مقدم می‌شود. این قول به محقق قمی

نسبت داده شده است (ر.ک: نراقی، ۱۴۲۲: ۲۸۹).

۳- چنانچه ضرر فاحش باشد، قاعدهٔ «لاضرر»، و در غیر این صورت قاعدهٔ

«تسلیط» مقدم خواهد بود (ر.ک: سبزواری، ۱۴۲۳: ۶۳۶/۲).

۴- قاعدهٔ «لاضرر» بر قاعدهٔ «تسلیط» حاکم است (نجفی، ۱۴۰۴: ۵۱/۳۸؛ انصاری،

۱۴۳۴: ۴۶۲/۲؛ کاظمی خوانساری، ۱۳۷۳: ۲۰۹).

با این مقدمه تردیدی نیست که مفاد قاعدهٔ «لاضرر»، رفع و نفی حکم ضرری به طور مطلق است. به دیگر سخن، در مجعولات شرعی حکم ضرری یافت نمی‌شود و ضرر عنوان ثانوی برای مجعولات است. در بررسی تعارض این قاعده با قاعدهٔ «تسلیط» باید گفت که سلطنت از جانب شرع جعل شده است و وقتی که ضرری باشد، به واسطهٔ قاعدهٔ «لاضرر» نفی می‌شود. بنابراین همان گونه که قاعدهٔ «لاضرر» بر ادلهٔ احکام حاکم است، به دلیل اتحاد مناط در همهٔ احکام، همین حکم در مورد سلطنت هم جریان خواهد داشت.

در حقیقت این بحث که اگر به سبب تصرف مالک در مال خود، زیانی به دیگری

وارد شود، دارای گونه‌هایی است:

- ۱- مالک فقط قصد اضرار به دیگری دارد، بدون وجود نفع یا دفع ضرر در تصرف خود.
- ۲- تصرف مالک خالی از نفع و ضرر و صرفاً از روی هوی و هوس بوده و قصد اضرار نیز وجود ندارد.
- ۳- قصد ضرر وجود ندارد، ولی در تصرف مالک در ملک منفعت وجود دارد.
- ۴- در ترک تصرف، ضرر نسبت به خودش وجود دارد (بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲۴۲/۱؛ خالصی، ۱۴۱۵: ۹۹).
- در مقام بررسی باید گفت که در حکومت قاعده «لاضرر» بر قاعده «تسلیط» در دو صورت نخست تردیدی نیست؛ بنا بر اینکه شامل قاعده سلطنت در مورد زیان رسانیدن به دیگری - چه با قصد و چه بدون قصد- نیز می‌شود. اما اگر بگوییم تصرفاتی که موجب زیان به دیگری هستند، مالک نسبت به آنها نفعی ندارد و در ترک آن نیز زبانی متوجه مالک نمی‌شود، این مورد از عموم قاعده سلطنت خارج است و مجالی برای حکومت باقی نمی‌ماند؛ بلکه خروج این دو صورت از تحت عموم قاعده «سلطنت» تخصصی است، نه به واسطه حکومت. ولی انصاف حکم می‌کند که برای احتمال شامل نشدن این صورت نسبت به قاعده سلطنت توجیهی وجود نداشته باشد؛ زیرا ظاهر حدیث این است که برای هر مالکی نسبت به همه انواع تصرفات، سلطنت وجود دارد؛ حتی اگر با قصد اضرار هم باشد و خواه مستلزم ضرر به غیر باشد یا نباشد. در نهایت در صورت ضرر به دیگری، ضامن پرداخت خسارت خواهد بود. در صورت سوم نیز باید قائل به حکومت قاعده «لاضرر» نسبت به قاعده «تسلیط» شد؛ زیرا سلطنت مالکان بر اموالشان، حکم شرعی وضعی به عنوان اولی است و معلوم است که قاعده «لاضرر» بر ادله اولی که برای احکام نسبت به موضوعات آنها به عنوان اولی ثابت است، حکومت دارد. در صورت چهارم، قاعده ضرر نسبت به ضرر به دیگری با خودش نسبت به ضرر مالک تعارض می‌کند که پس از تساقط، مرجع قاعده سلطنت خواهد بود. ناگفته نماند که جواز تصرف مالک در صورت‌های سوم و چهارم از حیث حکم تکلیفی است که منافاتی با ثبوت ضمان نخواهد داشت (بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲۴۵-۲۴۳/۱).

آنچه از بحث این نوشتار در میان این گونه‌ها قابلیت انطباق دارد، گونه اول و سوم است. در صورت اول که قصد اضرار دارد، شکی در حرمت تصرف در مال نیست؛ زیرا مقتضای قاعده «لاضرر»، جلوگیری از وارد آوردن زیان به دیگری است، بنابراین در این صورت قاعده «لاضرر» بلامنازع حاکم است.

در صورت سوم نیز همان گونه که پیشتر در تفسیر اصل ۴۰ قانون اساسی گفته شد، قصد اضرار تنها ضابطه سوءاستفاده از حق نیست، به این دلیل که در قانون اساسی به جزئیات امور پرداخته نمی‌شود. برای همین اگر در تصرف مالک، اضرار بر غیر صادق باشد و در ترک تصرف او نیز زیانی قابل توجه وجود نداشته باشد، وجه تقدم با قاعده «لاضرر» خواهد بود نه با دلیل «الناس مسلطون علی أموالهم»؛ بلکه حتی در مرحله‌ای بالاتر می‌توان آن را بر قاعده «لاخرج» مقدم داشت.^۱ با این توضیح که اگر چنین گفته شود که حکم به ترک تصرف مالک در مال خود، حکمی حرجی است، یعنی حرج و ضیق اگر سبب برای جواز مطلق تصرف مالک شود، علاوه بر قاعده «لاضرر»، معارض با دلیل عسر و حرج در طرف غیر نیز خواهد بود، در این صورت دلیل «لاخرج» در هر دو طرف تعارض پیدا می‌کند، در حالی که قاعده «لاضرر» از این معارضه سالم می‌ماند. البته این نکته شایان یادآوری است که برداشت مذکور در گونه سوم، با این منطقی صورت گرفته است که استفاده از ربات و فناوری وابسته به آن، به منظور سودآوری بیشتر باشد^۲ که در این صورت همان گونه که روشن است سود وجود دارد و به خاطر وجود سود جاری، این برداشت قابلیت پذیرش دارد. وانگهی با توجه به مفاد قاعده «لاضرر» و حاکم بودن آن بر احکام ادله اولیه، قانون‌گذار اسلام نیز اجرای قاعده «تسلیط» را منوط به عدم تحقق ضرر به دیگران دانسته و در صورت تعارض، با تضییق از جانب محمول، حکم به تقدم قاعده «لاضرر» بر قاعده «تسلیط» نموده است.

۱. شیخ انصاری معتقد به حاکمیت «لاخرج» بر «لاضرر» است (ر.ک: انصاری، ۱۴۲۸: ۴۶۷/۲).

۲. این امکان وجود دارد که ماشین‌های هوشمند، دستیابی به نرخ رشد بالاتر را ممکن سازند، اما آن‌ها به همین میزان، تقاضا برای کار افراد را کاهش می‌دهند که این امر شامل نیروهای باهوش نیز می‌شود. در این صورت شاهد جامعه‌ای هستیم که هر روز ثروتمندتر می‌شود، اما تمام منافع ناشی از این ثروت به کسانی تعلق می‌یابد که مالک ربات‌هایند (<http://www.tarjomaan.com/barresi_ketab/7231>).

در مقام جمع‌بندی فرض تعارض دو ضرر باید گفت که مالک برای به دست آوردن سود بیشتر نمی‌تواند سبب بیکاری افراد دیگر شود؛ زیرا از دست دادن شغل، مصداق زیان رسانیدن به آنان است.^۱ برای همین از باب تقدم حق جامعه بر فرد و تحقق عدالت اجتماعی، زیان تنها در جانب افراد شاغلی قابل اعتنا خواهد بود که به دلیل زیاده‌خواهی مالک ربات، شغل خویش را از دست می‌دهند.

۷. ادله اثبات محدودیت استفاده از حق مالکیت ربات

۷-۱. تنقیح مناط و الغاء خصوصیت در مسئله

تنقیح مناط به معنای شناسایی علت حکم از کلام شارع و قانون‌گذار است. الغاء خصوصیت نیز حذف ویژگی‌های منصوص و تعمیم حکم به موارد دیگر است. با توجه به اصل ۴۰ قانون اساسی که برای اثبات عدم سوءاستفاده از حق مالکیت بدان استناد شده، می‌توان با استفاده از تنقیح مناط چنین گفت که مالک ربات نمی‌تواند استفاده از جنبه اطلاقی حق خویش را وسیله‌ای برای اضرار و زیان رساندن به دیگران قرار دهد؛ یعنی وی هرچند حق هر گونه استفاده از مال خود را دارد، ولی در اینجا چون با جایگزینی آن سبب ورود زیان به دیگران به واسطه بیکار کردن آنها می‌شود، طبق مبنای ملاک این اصل، حق مالکیت وی محدود می‌شود و در این مورد نمی‌تواند چنین بهره‌وری داشته باشد.

از سوی دیگر با الغاء خصوصیت «همسایگی» در ماده ۱۳۲ قانون مدنی می‌توان حکم به محدودیت استفاده از بهره‌وری نمود. بدین بیان که چون تصرف مطلق و هر گونه استفاده از فناوری رباتیک موجب زیان به دیگران به واسطه از دست دادن

۱. در واقع این پیشرفت تنها منافع گروه کوچکی از افراد را تأمین خواهد کرد و هم‌اینک نیز در حال تحقق یافتن است. برای نمونه، از میان پانزده آمریکایی ثروتمند، شش نفر از آنها مالک شرکت‌های تکنولوژی دیجیتال هستند که قدیمی‌ترین آنها، یعنی شرکت مایکروسافت، از سال ۱۹۷۵ تا کنون به فعالیت مشغول است. شش نفر دیگر این فهرست نیز صاحبان کسب و کارهای خانوادگی هستند، مانند والتون‌ها که امپراطوری خرده‌فروشی آنها با دستمزدهای پایین، نشانه‌ای از ارزان شدن نیروی کار انسان در نسبت با ربات‌های انباردار است... (<http://www.tarjomaan.com/barresi_ketab/7231>).

شغلشان می‌شود، بر مبنای این ماده نیز نمی‌توان حکم به مطلق حق مالکیت وی نمود؛ بلکه باید استفاده وی را در این زمینه محدود کرد.

۲-۷. بنای عقلا

بی‌تردید بنای عقلا و ارتکازات عرفی نیز مبتنی بر عدم سوء استفاده از حق در استفاده از آن برای صاحب حق است و در این مورد فرقی بین مصادیق آن نیست؛ چنان که متخصصان فناوری رباتیک نیز بدین امر واقف‌اند. پروفیسور موشه وردی^۱ در سخنرانی در گردهمایی پیشرفت علم چنین بیان داشته است که انسان‌ها به کار کردن نیاز دارند و داشتن شغل یکی از ارکان جدایی‌ناپذیر از زندگی بشر محسوب می‌شود... به اعتقاد من باید از هم‌اکنون برای پیشگیری از سلطه ربات‌ها روی زندگی بشر و داشتن استفاده صحیح از آن‌ها، مطالعه و تحقیق کرده و سرمایه‌گذاری‌های لازم را در این زمینه آغاز نماییم. اگر از الآن به فکر نباشیم، ممکن است ۲۵ سال دیگر با یک انقلاب بزرگ اجتماعی مواجه شویم که نتیجه خوبی در پی نخواهد داشت و حتی شاید همانند انقلاب‌های تاریخی به مرگ میلیون‌ها انسان منجر شود. البته تنها ایشان نیست که چنین اعتقادی دارد، استفان هاوکنینگ^۲ نیز معتقد است که هوش مصنوعی بزرگ‌ترین بلای زندگی انسان است (<https://www.cnet.com/news/stephen-hawking-artificial-intelligence-could-be-a-real-danger/>).

اریک برینیا لفسون^۳ اقتصاددان دانشگاه MIT و آندرو مک‌آفی^۴ که از پیشگامان اتوماسیون به شمار می‌روند، بر این عقیده‌اند که جایگزینی نیروی کار با ماشین‌ها، صرفاً آسیبی حاشیه‌ای نیست. هر زمان که نیروی کار با اتوماسیون مواجه شود، بیکاری تکنولوژیک در کوتاه‌مدت یا بلندمدت پیامد ضروری خواهد بود... حتی سودمندترین پیشرفت‌ها نیز نتایج نامطلوبی در پی خواهد داشت که باید مدیریت شود. (Brynjolfsson & McAfee, 2014: 10).

1. Moshe Vardi.
2. Stephen Hawking.
3. Eric Brynjolfsson.
4. Andrew McAfee.

در ایران نیز بر حسب تتبع نگارندگان، شرکت «کرمان خودرو» برای اینکه کارگران خود را بیکار نکند، از تجهیز سالن رنگ آمیزی آن شرکت به فناوری رباتیک خودداری نموده است. به اعتقاد مدیر سالن رنگ این شرکت، با توجه به موقعیت منطقه هر کارگری که بیکار می‌شود، به احتمال ۹۰ درصد در کار قاچاق گرفتار می‌شود. آن‌ها با این کار از بیکار شدن ۳۰۰ نفر پیشگیری کرده‌اند (<<https://www.ilna.ir/fa/tiny/news-338248>>).

شاید در اینجا این اشکال به ذهن برسد که از جمله شرایط حجیت بنای عقلا آن است که مورد تقریر و تأیید شارع قرار گرفته و از ناحیه او ردعی صورت نگرفته باشد؛ در حالی که مورد بحث این نوشتار در زمان شارع وجود نداشته است تا بتوان اثبات نمود که سیره عقلا مورد تأیید و عدم ردع شارع قرار می‌گیرد.

در پاسخ به این پرسش باید گفت که در وجه حجیت بنای عقلا سه مبنا وجود دارد: مبنای اول بیانگر احراز عدم ردع از ناحیه شارع است (ر.ک: بروجردی نجفی، ۱۴۱۷: ۱۳۸/۳؛ حائری یزدی، ۱۴۱۸: ۶۰۹؛ حکیم، ۱۴۱۳: ۳۳/۶). مبنای دوم عدم احراز ردع است (ر.ک: غروی اصفهانی، ۱۳۷۴: ۳/۳؛ موسوی خمینی، ۱۴۱۰: ۱۳۰/۲؛ مغنیه، ۱۹۷۵: ۲۲۲) و مبنای سوم ارجاع سیره مورد نظر به حکم عقل می‌باشد (ر.ک: آشتیانی، ۱۴۰۳: ۱۷۱/۱؛ منتظری نجف‌آبادی، ۱۴۱۵: ۴۷۰). آنچه می‌توان گفت این است که اعتبار امضای شارع در سیره عقلا امری پذیرفته شده است، ولی امضای او برای هر یک از سیره‌های عقلا به صورت اختصاصی واجب نیست؛ بلکه امضای کلی وی نسبت به امور عقلایی کافی است. به دیگر سخن هرچند شارع در زمان سیره‌های جدید موجود نیست، ولی بر این موافقت کرده است که امور متعلق به عقلا را به آن‌ها واگذار نماید؛ بدین معنا که مرتکبات عقلایی را در همه زمان‌ها پذیرفته است. از سوی دیگر میان سیره عقلا در زمان شارع و زمان جدید تفاوتی نیست و از آنجا که اسلام دینی ابدی و شارع نیز دانا به سیره عقلا تا روز قیامت است، بر اوست که با سیره‌ای که مخالف با واقع است، اعلان مخالفت کند و نمی‌توان گفت که او در موافقت با سیره‌های جدید اهمال نموده و آن‌ها را نه رد و نه تأیید کرده است (فاضل موحدی لنگرانی، ۱۴۳۰: ۲۱-۲۷).

با این تفصیل، ادله شرعی و عقل -بر اساس آنچه آمد- حکم می‌کنند که سازندگان و یا استفاده‌کنندگان از آن تحت شرایطی خاص، مجاز به استفاده از آن هستند. از این رو

شایسته است که قانون‌گذاران جامعه در راستای استفاده بهینه از حق مالکیت در فناوری رباتیک، قواعد مربوط به آن را تدوین نمایند.

نتیجه‌گیری

- ۱- حق مالکیت ربات تا زمانی می‌تواند مورد بهره‌وری قرار گیرد که موجب اضرار به دیگران نشود.
- ۲- مالک ربات نمی‌تواند با توجیه دستیابی به تولید بیشتر و کار کردن شبانه‌روزی ربات، مانع اشتغال دیگران شده و آنان را بیکار نماید.
- ۳- صرف تولید در چرخه اقتصادی معنا ندارد و این چرخه زمانی معنادار می‌شود که عنصر اشتغال نیز فعال باشد. تولید و اشتغال در کنار یکدیگر از مقاصد اقتصادی شریعت اسلامی است.
- ۴- از آنجا که تولید همراه با اشتغال و حفظ نفس و نسل و ازدواج را می‌توان از مقاصد شریعت برشمرد، جایگزینی ربات در مشاغل نسبت به نیروی انسانی کار، به راحتی می‌تواند این مقاصد را دچار اختلال نماید.
- ۵- با جایگزینی ربات، نیاز به نیروی متخصص کمتر و کمتر می‌شود تا جایی که به تربیت آکادمیک و توسعه آموزشی نسبت به انسان، احساس نیازی نخواهد شد که خود این مسئله و توابع آن می‌تواند مخلّ به شاخص توسعه انسانی باشد.
- ۶- میان استفاده نکردن از حق مالکیت و بیکار شدن افراد در فرض جایگزینی ربات، دو ضرر وجود دارد و در این فرض، از باب تقدم حق جامعه بر فرد و نیز تحقق عدالت اجتماعی، مالک ربات موظف است به گونه‌ای از حق خود استفاده نماید که سبب زیان بر مردم - یعنی بیکار کردن آن‌ها - نشود.
- ۷- با استفاده از دلیل تنقیح مناط از اصل ۴۰ قانون اساسی و نیز الغاء خصوصیت «همسایگی» در ماده ۱۳۲ قانون مدنی و نیز بنای عقلا، می‌توان گفت که چون جایگزینی ربات در مشاغل، ادارات و کارخانه‌ها سبب از دست دادن شغل انسان و پیرو آن ایراد ضرر به او است، باید حق مالکیت رباتیک در این عرصه محدود گردد.

کتاب‌شناسی

۱. آشتیانی، محمدحسن، بحر الفوائد فی شرح الفرائد، قم، کتابخانه حضرت آیه‌الله العظمی مرعشی نجفی، ۱۴۰۳ ق.
۲. آملی، میرزا محمدتقی، مکاسب و البیع، تقریرات درس میرزا محمدحسین غروی نائینی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۳. ابن ادریس حلّی، محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۴. ابن درید، محمد بن حسن، جمهرة اللغه، بیروت، دار الملايين، ۱۹۸۸ م.
۵. احسائی، محمد بن زین الدین، عوالی اللئالی العزیزیه فی الاحادیث النبویه، قم، دار سیدالشهداء (ع)، للنشر، ۱۴۰۵ ق.
۶. احمد، خورشید، مطالعاتی در اقتصاد اسلامی، ترجمه محمدجواد مهدوی، مشهد، بنیاد پژوهش‌های اسلامی آستان قدس رضوی، ۱۳۷۴ ش.
۷. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، تهران، اسلامی، بی تا.
۸. انصاری، قدرت‌الله، موسوعة احکام الاطفال و ادلتها، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار (ع)، ۱۴۲۹ ق.
۹. انصاری، مرتضی، فرائد الاصول، چاپ نهم، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۸ ق.
۱۰. همو، کتاب مکاسب، چاپ بیستم، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۳۴ ق.
۱۱. انوری، حسن، فرهنگ فشرده سخن، تهران، سخن، ۱۳۸۲ ش.
۱۲. بجنوردی، سیدحسن، القواعد الفقهیه، تحقیق مهدی مهریزی و محمدحسن درایتی، قم، الهادی، ۱۴۱۹ ق.
۱۳. بروجردی نجفی، محمدتقی، نهاية الافکار، تقریرات درس آقاضیاء عراقی، چاپ سوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۱۴. بهرامی احمدی، حمید، سوءاستفاده از حق، چاپ دوم، تهران، اطلاعات، ۱۳۷۰ ش.
۱۵. توحیدی، محمدعلی، مصباح الفقاهه، تقریرات درس آیه‌الله موسوی خویی، بی جا، بی تا.
۱۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، چاپ بیست و پنجم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۲ ش (الف).
۱۷. همو، فرهنگ عناصرشناسی، چاپ دوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۲ ش (ب).
۱۸. جهانیان، ناصر، اسلام و رشد عدالت‌محور، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۸ ش.
۱۹. حائری یزدی، عبدالکریم، درر الفوائد، چاپ ششم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸ ق.
۲۰. حسینی، رضا، فرهنگ اصطلاحات کامپیوتری Webster، چاپ دوم، تهران، راین، ۱۳۷۳ ش.
۲۱. حسینی، محمد، الدلیل الفقهی، دمشق، مرکز ابن ادریس الحلّی للدراسات الفقهیه، ۲۰۰۷ م.
۲۲. حکیم، عبدالصاحب، منتقى الاصول، تقریرات درس آیه‌الله سیدمحمد حسینی روحانی، قم، دفتر معظم‌له، ۱۴۱۳ ق.
۲۳. خالصی، محمدباقر، رفع الغرر عن قاعدة لا ضرر، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۵ ق.
۲۴. سائسی، سیدمحسن، فرهنگ لغات و اصطلاحات کامپیوتر، تهران، سائسی، ۱۳۸۴ ش.
۲۵. سبزواری، محمدباقر، کفایة الاحکام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۳ ق.
۲۶. سعدی، ابوجیب، القاموس الفقهی لغة و اصطلاحاً، چاپ دوم، دمشق، دار الفکر، ۱۴۰۸ ق.

۲۷. شریف مرتضی، علی بن حسین، رسائل شریف مرتضی، تحقیق سیدمهدی رجائی، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۰۵ ق.
۲۸. شهبازی، کیومرث و زهرا طالبی، «تولید، بیکاری و قانون اوکان: شواهدی از استان‌های کشور»، فصلنامه اقتصاد مقداری، شماره ۱، بهار ۱۳۹۱ ش.
۲۹. صادقی، حسین، وحید شقاقی شهری و حسین اصغرپور، «تحلیل عوامل اقتصادی تأثیرگذار بر جرم در ایران»، مجله تحقیقات اقتصادی، شماره ۶۸، بهار ۱۳۸۴ ش.
۳۰. صمدی، علی حسین، «تورم، بیکاری و جرائم اقتصادی»، مجله علمی-پژوهشی رفاه اجتماعی، سال سیزدهم، شماره ۵۱، ۱۳۹۲ ش.
۳۱. طباطبایی، سیدمحمدحسین، المیزان فی تفسیر القرآن، چاپ دوم، بیروت، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، ۱۳۹۰ ق.
۳۲. طباطبایی حائری، سیدعلی، ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل، تحقیق محمد بهره‌مند و همکاران، قم، مؤسسه آل‌البتیة، ۱۴۱۸ ق.
۳۳. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، حاشیه المکاسب، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۲۱ ق.
۳۴. طبرسی، محمد بن حسن، مجمع البیان فی تفسیر القرآن، چاپ سوم، تهران، ناصر خسرو، ۱۳۷۲ ش.
۳۵. طوسی، محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، تحقیق سیدمحمدتقی کشفی، چاپ سوم، تهران، المكتبة المرتضویة لاحیاء الآثار الجعفریة، ۱۳۸۷ ق.
۳۶. عاملی جزینی، محمد بن جمال‌الدین مکی، الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۳۷. علامه حلّی، حسن بن یوسف، تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه، تحقیق ابراهیم بهادری، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۰ ق.
۳۸. غروی اصفهانی، محمدحسین، حاشیه کتاب المکاسب، تصحیح عباس محمد آل سباع قطیفی، قم، انوار الهدی، ۱۴۱۸ ق.
۳۹. همو، نهایی الدراری فی شرح الکفایه، قم، سیدالشهداء علیه السلام، ۱۳۷۴ ق.
۴۰. فاضل موحدی لنکرانی، محمدجواد، حق التألیف، تعریف محمدجواد سعیدی، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیه السلام، ۱۴۳۰ ق.
۴۱. فیروزآبادی، محمد بن یعقوب، القاموس المحیط، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۵ ق.
۴۲. قلی‌زاده نوری، فرهاد، فرهنگ تشریحی اصطلاحات کامپیوتری مایکروسافت، تهران، آذر - کانون نشر علوم، بی‌تا.
۴۳. کاتوزیان، ناصر، اموال و مالکیت، چاپ سی و نهم، تهران، میزان، ۱۳۹۲ ش.
۴۴. کاظمی خوانساری، موسی، رساله فی قاعدة نفی الضرر، تهران، المكتبة الحیدریه، ۱۳۷۳ ق.
۴۵. کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، قم، دار الحدیث، ۱۴۲۹ ق.
۴۶. کوزتس، سیمون، رشد نونین اقتصادی، ترجمه مرتضی قره‌باغیان، تهران، رسا، ۱۳۷۲ ش.
۴۷. گرشاسبی فخر، سعید، «ارتباط بین بیکاری و سرقت در ایران»، فصلنامه علمی-پژوهشی رفاه اجتماعی، سال یازدهم، شماره ۴۰، ۱۳۹۰ ش.
۴۸. مجلسی، محمدباقر، بحار الانوار، چاپ دوم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۳ ق.
۴۹. محقق داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه، چاپ دوازدهم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ ق.

۵۰. مراغی، سید میرعبدالفتاح، *العناوین الفقہیہ*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۵۱. مشکینی، علی، *مصطلحات الفقہ*، قم، الهادی، بی تا.
۵۲. مغنیه، محمدجواد، *علم اصول الفقہ فی ثوبه الجدید*، بیروت، دار العلم للملایین، ۱۹۷۵ م.
۵۳. منتظری نجف آبادی، حسین علی، *نهایة الاصول*، تقریرات درس آقا حسین بروجردی، تهران، تفکر، ۱۴۱۵ ق.
۵۴. موسوی خمینی، سیدروح الله، *الرسائل*، قم، اسماعیلیان، ۱۴۱۰ ق.
۵۵. مهنا، عبدالاعلی، *لسان اللسان*، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۳ ق.
۵۶. نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، تحقیق عباس قوچانی و علی آخوندی، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۵۷. نجفی کاشف الغطاء، محمدحسین، *تحریر المعجله*، نجف، المکتبه المرتضویه، ۱۳۵۹ ق.
۵۸. نراقی، احمد، *عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۵۹. نراقی، محمد بن احمد، *مشارق الاحکام*، تحقیق سیدحسن وحدتی شبیری، چاپ دوم، قم، کنگره بزرگداشت ملامهدی نراقی و ملااحمد نراقی، ۱۴۲۲ ق.
۶۰. یدالهی فارسی، جهانگیر، *دانش نامه کارآفرینی*، تهران، بنیاد دانش نامه نگاری ایران - مؤسسه کار و تأمین اجتماعی، ۱۳۸۸ ش.
61. Brynjolfsson, Eric & Andrew McAfee, *The Second Machine Age: Work, Progress and Prosperity in a Time of Brilliant Technologies*, First Edition, New York, Norton, 2014.
62. Ripert, G. et J. Boulanger, *Traité de droit civil*, Paris, L.G.D.J., 1956.

بطلان عقد مکره و نقد نظریه عدم نفوذ

بارویکرد اصلاح مواد ۲۰۹ و ۳۴۶ قانون مدنی*

□ احمد باقری^۱

□ زهره نیک‌عمل^۲

چکیده

مشهور فقیهان قائل‌اند که اگر فرد مکره بعد از زوال اکراه به عقد رضایت دهد، عقد واقع شده نافذ خواهد بود. ایشان در اثبات مدعای خویش به دلایلی نظیر عموم «أوفوا بالعقود»، اجماع، وجود قصد لفظ در مکره، عدم شرط مقارنت عقد با قصد و شباهت با بیع فضولی تمسک جسته‌اند. در مقابل، برخی فقیهان با انتقاد از این دیدگاه و رد دلایل مشهور، عقد فرد مکره را از اساس باطل دانسته و برای رضایت بعدی مکره اعتباری قائل نیستند. این فقیهان پس از رد ادله مشهور، به دلایلی چون عموم آیه مبارکه ﴿أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ و قاعده «العقود تابعة للقصود» و استصحاب عدم صحت استناد کرده‌اند. قانون مدنی به تبعیت از مشهور فقیهان در مواد ۲۰۹ و ۳۴۶، عقد مکره را غیر نافذ و امضای بعدی او را عامل نفوذ عقد دانسته است. بر اساس یافته‌های این تحقیق

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۷/۲۸ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۲/۲۰.

۱. استاد دانشگاه تهران (نویسنده مسئول) (bagheri@ut.ac.ir).

۲. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران (z.nikamal@ut.ac.ir).

که با روش تحلیلی توصیفی صورت گرفته است، عقد مکره در شمار عقود فاقد قصد و در نتیجه محکوم به بطلان است. بر این اساس و مطابق با قواعد عمومی حاکم بر عقود، پیشنهاد اصلاح ماده ۲۰۹ مبنی بر بی‌اثر دانستن رضایت بعدی و ماده ۳۴۶ مبنی بر تصریح به بطلان عقد مکره داده شده است.

واژگان کلیدی: اکراه، مکره، رضا، اختیار، قصد، بطلان، عدم نفوذ.

طرح مسئله

در فقه امامیه وجود قصد و رضایت در عقود، از جمله شرایطی هستند که در صحت عقد دخالت داشته و بدون قصد و اراده هر یک از متعاقدین، مفهوم عقد تحقق پیدا نخواهد کرد. در ماده ۱۹۰ قانون مدنی نیز قصد متعاقدین به مدلول عقد از شرایط اساسی صحت عقد شمرده شده است. گاهی در انجام معاملات ممکن است افراد مورد تهدید و اکراه قرار بگیرند؛ از این رو نظام حقوقی اسلام و به تبع آن قانون مدنی، این مهم را مورد توجه قرار داده و حکم آن را بیان نموده‌اند. البته حکم معامله مکره مورد اختلاف فقیهان است؛ برخی آن را غیر نافذ شمرده و لزوم عقد را متوقف به رضایت وی پس از زوال اکراه دانسته‌اند و در مقابل، گروهی دیگر به بطلان آن رأی داده‌اند. قانون مدنی نیز به تبعیت از مشهور فقیهان در ماده ۳۴۶ اعلام داشته است: «عقد بیع باید مقرون به رضای طرفین باشد و عقد مکره نافذ نیست» و در ماده ۲۰۹ نیز به صراحت آورده است: «امضای معامله بعد از رفع اکراه موجب نفوذ معامله است». شهرت قول به عدم نفوذ در میان فقیهان و تصریح قانون مدنی به آن، موجب شده که این حکم کمتر مورد نقد قرار گیرد و عمده فقیهان و حقوق‌دانان در آثار خود که به کرات هم نگارش شده، به تأیید و تقویت آن پرداخته و به گونه‌ای مورد بحث قرار می‌دهند که گویی قول مخالف وجود ندارد یا قابل توجه و بررسی نیست.

این در حالی است که به نظر می‌رسد قول به بطلان عقد مکره، علاوه بر اینکه با قواعد عمومی حاکم بر معاملات سازگار است، می‌تواند چالش‌های موجود ناشی از حکم به عدم نفوذ معامله مکره را نیز مرتفع سازد؛ چه آنکه عدم نفوذ معامله اکراهی و ملکیت متزلزل مرتب بر آن از یک سو، و اختیار مطلق مکره (به ویژه از حیث زمان) در

عدم تنفیذ عقد از دیگرسو، نظام معاملات را با اخلال و موانع خودساخته روبه‌رو می‌سازد.

مسئله اصلی این نوشتار تقویت قول مخالف، با هدف رفع چالش‌های موجود همراه با حفظ اصل تسهیل در معاملات است. البته مسئله اکراه، موضوع مقالات مختلفی قرار گرفته که این مقالات به سه دسته قابل تقسیم‌اند: اغلب آن‌ها با رویکرد این نوشتار که در پی اثبات بطلان عقد مکره است، متفاوت بوده و در صدد اثبات عدم نفوذ عقد مکره‌اند (ر.ک: علی‌آبادی، ۱۳۸۱: ش ۷۱؛ بروجردی، ۱۳۱۶: ش ۳۹؛ قنوتی، ۱۳۷۸: ش ۲۰؛ آقایی، ۱۳۸۴: ش ۱). برخی نیز صرفاً معامله مکره را در صورتی که التفات به قصد نداشته، باطل دانسته‌اند که آن هم مآلاً به نظر مشهور فقیهان منجر می‌شود (ر.ک: رفیعی، ۱۳۸۰: ش ۱۰) - که در نقطه مقابل فرضیه این جستار است- و سرانجام برخی از آثار موجود در این زمینه در صدد توجیه مواد ۲۰۹، ۳۴۶ و ۱۰۷۰ قانون مدنی هستند (ر.ک: فرحزادی، ۱۳۷۸: ش ۶۶؛ صابری و دیگران، ۱۳۹۲: ش ۷) که این نیز مخالف با رویکرد این مقاله است که مواد مذکور را نقد نموده و پیشنهاد اصلاح آن‌ها را می‌دهد.

۱. مفهوم‌شناسی اختیار و اکراه

اختیار: در لغت شامل برگزیدن و ترجیح چیزی بر دیگری (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۲۶۶/۴؛ حسینی واسطی زبیدی، ۱۴۱۴: ۳۷۶/۶) و نیز اراده هر چیزی است که خیر و نیک باشد (طریحی، ۱۴۱۶: ۲۹۴/۳). در اصطلاح برخی فقیهان از آن به قصد به وقوع مضمون عقد با طیب نفس در مقابل کراهت و عدم رضایت خاطر - نه اختیاری که در برابر جبر است - تعبیر شده است (طباطبایی حکیم، بی‌تا: ۱۸۸؛ انصاری دزفولی، ۱۴۱۵: ۳۰۷/۳) و برخی فقیهان دیگر ضمن تأکید بر ضرورت رضا و طیب نفس، اختیار را غیر از آن دانسته و آن را به وقوع معامله بدون اکراه تعریف کرده‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۱۲۰/۱؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۷۷/۲). بنا بر تعاریفی که از اختیار ذکر شد، اختیار در برخی تعابیر به قصد و رضا نزدیک شده، در حالی که هر یک از قصد و رضا دارای معنای متفاوتی با اختیار هستند. برای قصد در لغت، معانی مختلفی ذکر شده است؛ از جمله: در پیش گرفتن راه (حسینی واسطی زبیدی، ۱۴۱۴: ۱۸۹/۵)، عدل و میانه‌روی (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۳۵۴/۳؛

جوهری، ۱۴۱۰: ۵۲۵/۲)، عزم و توجه به سوی چیزی (جوهری، ۱۴۱۰: ۵۲۴/۲). در اصطلاح فقیهان شوق مؤکدی که منشأ عمل خارجی می‌شود، به اعتبار درونی بودن، نیت، و به اعتبار رفع کردن تردید، عزم، و به اعتبار پایداری و استقامتش قصد نامیده می‌شود (غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۱۸۹/۱). رضا نیز در لغت به معنای موافقت، سرور قلب در مقابل سخط و اکراه است (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۳۲۳/۱۴). در اصطلاح فقیهان، به طیب نفس و اختیار در مقابل اکراه اطلاق می‌شود (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۶۵-۲۶۶؛ انصاری دزفولی، ۱۴۱۵: ۳۰۷/۳) و در اصطلاح حقوقی، میل و اشتیاق معامله‌کننده به انجام دادن عمل حقوقی است؛ به این گونه که هنگامی که منافع و مضار مورد معامله سنجیده می‌شود و منافع بر مضار برتری می‌یابد، در نفس انسان اشتیاق و تمایل به ایجاد ملکیت آن کالا پدید می‌آید که این اشتیاق، مرحله سوم از مراحل چهارگانه فعالیت روانی اراده (تصور، تصدیق، رضا و قصد) است (محقق داماد، ۱۳۹۲: ۲۳۱/۱). لازم به ذکر است در قانون مدنی در مواد ۱۹۰ و ۱۹۳ از دو واژه قصد و رضا در کنار هم استفاده شده که با نگاه اول به نظر می‌رسد هر دو در نظر قانون‌گذار به معنای واحدی بوده‌اند. اما با دقت در ماده ۱۹۰ که قصد و رضا عامل صحت عقد و ماده ۳۴۶ که رضا عامل نفوذ معامله شمرده شده، معلوم می‌شود استفاده آن‌ها در کنار هم تسامحی بوده و قصد و رضا دو معنای متفاوت دارند؛ بدین صورت که قصد و رضای مذکور در ماده ۱۹۰ هر دو به معنای قصد (یکی از شرایط اساسی صحت) و رضای مورد نظر در ماده ۳۴۶ به معنای رضایت (یکی از شرایط لزوم) به کار رفته‌اند.

اکراه: مصدر باب افعال از ماده «کره» (به فتح یا ضم کاف) است. «کره» به معنای قهر، اجبار، قبیح و آنچه انسان دوست ندارد، است (طریحی، ۱۴۱۶: ۳۶۰/۶؛ مقری فیومی، بی‌تا: ۵۳۲/۲). به تصریح برخی لغت‌شناسان، «کره» با فتح کاف در لغت به معنای تحمل مشقتی است که از سوی دیگران به شخص وارد شده، و با ضم کاف به معنای تحمل مشقتی است که از سوی خود شخص است (حسینی واسطی زبیدی، ۱۴۱۴: ۱۴۱۹/۱۹). در کلام فقیهان، گاه اکراه در کنار جبر و با قید واو آورده شده (طوسی، ۱۴۰۰: ۳۱۶)، که در این صورت مترادف با اجبار خواهد بود و اکراه به معنای اجبار به معنای اعم یعنی وادار کردن است با کمی تفاوت نسبت به جبر ناشی از اضطرار که یکی با نیروی

بیرونی و دیگری عوامل و شرایط محیطی اجتماعی و شخصی است. در اکراه منشأ تهدید و خطر همیشه یک فرد انسانی است که عاملی خارجی محسوب می‌شود. به عبارت دیگر اکراه فعل اکراه‌کننده است و اضطرار صفت مضطر (محقق داماد، ۱۳۸۰: ۹۸/۴).

۲. تبیین نظریه مشهور

فقیهان بحث اکراه را ذیل بحث اختیار که از شرایط متعاقدين است، آورده‌اند (عاملی جزینی، ۱۴۱۷: ۱۹۳/۳؛ محقق حلی، ۱۳۸۷: ۲۹۳/۳). مشهور فقیهان بیع مکره را بعد از زوال اکراه و رضایت او نافذ می‌شمارند (انصاری دزفولی، ۱۴۱۵: ۳۲۸/۳؛ موسوی خویی، بی‌تا: ۳۳۲/۳؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۲: ۲۷۶/۱). به عبارت دیگر از نظر ایشان، یا عدم شرط مقارنت عقد و قصد مطرح است (عاملی جبعی، ۱۴۱۲: ۲۷۶/۱) و یا رضایت مکره را در عقد، رضایتی عقلانی تصور نموده که برای ایجاد عقد در عالم اعتبار کافست و رضایت طبعی و خودجوش او را مخدوش می‌دانند که در این صورت با رضایت مکره بعد از عقد، آن را نافذ می‌شمارند (محقق داماد، ۱۳۹۲: ۲۳۴/۱).

وقتی شرایط تحقق اکراه در فردی به وجود آید - یعنی اولاً اکراه‌کننده قدرتی با قهر و غلبه بر اکراه‌شونده داشته باشد، ثانیاً اکراه‌شونده ظن غالب به این دارد که اگر از خواسته اکراه‌کننده سر باز زند، وی آنچه را که به آن تهدید نموده عملی خواهد نمود، ثالثاً آن چیزی که اکراه‌شونده به آن تهدید شده از چیزهایی باشد که به او ضرر می‌رساند (طوسی، ۱۴۰۷: ۵۱/۵) - و با تحقق این شرایط، فرد مکره اقدام به انجام معامله‌ای کند، عنصر اختیار و رضایت در معامله او مفقود بوده است و مشهور فقیهان حکم به عدم نفوذ چنین معامله‌ای داده‌اند (حسینی حلبی، ۱۴۱۷: ۲۱۴). اگرچه طبق نظر فقیهان، اثری بر عقد بدون رضایت و اختیار مترتب نیست، ولی طبق نظر مشهور، بعد از رضایت مکره، عقد نافذ و مستقر می‌گردد (عاملی جبعی، ۱۴۱۲: ۲۷۶/۱). به عبارت دیگر از نظر ایشان، عقد غیر نافذ، عقدی ناقص بوده و رضای متأخر، نقش رافع نقص را بازی نموده و عقد را تکمیل و تصحیح می‌سازد (امامی، ۱۳۷۲: ۱۷۷/۱). طبق این دیدگاه تأمل در وضع روانی مکره نشان می‌دهد که انشاء او محدود به قصد لفظ نیست - که با این

محدودیت، نتیجه عقد انکار شود. بلکه در حقیقت مکره برای رهایی از گزند اکراه، هر دو (قصد لفظ و حصول نتیجه) را از سر نارضایتی می‌خواهد (کاتوزیان، ۱۳۷۰: ۱۵۸). قانون مدنی نیز به تبعیت از مشهور در ماده ۳۴۶ به عدم نفوذ عقد اکراهی حکم نموده و در ماده ۲۰۹ نیز امضای بعدی مکره را عامل نفوذ عقد او دانسته است. مشهور برای نفوذ عقد مکره بعد از رضایت، به دلایلی چند استناد نموده‌اند که در ادامه، این دلایل مورد بررسی قرار خواهند گرفت.

۱-۲. دلایل نفوذ عقد مکره بعد از رضایت او

۱-۱-۲. ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾

طبق آیه شریفه ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (مانده / ۱)، هر عقدی لازم‌الوفاست، مگر اینکه دلیل بر بطلان آن وجود داشته باشد. پس عموم امر به وفای به عقد شامل موارد بیع اکراهی هم می‌شود (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۱۵۵/۳).

این دلیل مورد نقد واقع می‌شود؛ زیرا مراد از عقود در این آیه شریفه، عقود صحیح است، در غیر این صورت شامل عقود غیر معتبر مثل عقد صبی هم می‌شود. پس با اختصاص آن به موارد معتبر، شامل عقد مکره نمی‌شود. اگر در جواب گفته شود که عقد صبی فاقد شرط بلوغ است، از این رو از عموم این آیه خارج می‌شود، در مورد هازل و عابث - که واجد شرایط کمال‌اند - می‌توان گفت که اگر عموم آیه شامل مکره بشود، شامل هازل و عابث نیز خواهد شد (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۵۵۷/۱۲).

۲-۱-۲. اجماع

برخی فقیهان اجماعی بودن نفوذ عقد مکره بعد از رضایت او را مانعی برای اشکال گرفتن بر چنین حکمی تلقی کرده و گفته‌اند که اگر مسئله اجماعی نبود، به دلیل فقدان قصد عقد، مجالی برای اشکال گرفتن از چنین حکمی وجود می‌داشت (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۶۷/۲۲).

این دلیل پذیرفته نمی‌شود؛ زیرا اجماعی که در مورد نفوذ عقد مکره بعد از زوال اکراه ادعا شده، مورد قبول برخی فقیهان نیست (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۵۶/۸) و به فرض قبول

اجماع، این اجماع به دلیل استناد به آیه مذکور، از نوع مدرکی بوده و حجیت ندارد (مظفر، ۱۳۸۸: ۱۱۰/۲).

۳-۱-۲. وجود قصد لفظ در مکره

این استدلال فقیهان بر این پایه استوار است که با فرض اینکه مکره فردی عاقل، بالغ و رشید است و هنگام عقد قصد لفظ دارد، ولی قصد مدلول لفظ ندارد، همین امر مانع رضایت او محسوب می‌شود. بنابراین بعد از زوال مانع و رضایت دادن او، عقد اثر می‌کند. طبق این دیدگاه برای انعقاد عقد دو امر لازم است؛ یکی قصد و رضا که به اراده حقیقی تعبیر می‌شود و دیگری چیزی که دلالت بر آن‌ها نماید که اراده انشایی نامیده می‌شود (امامی، ۱۳۷۲: ۱۸۳/۱). این دسته از فقیهان چنین امری را تشبیه نموده‌اند به عقد فضولی که قصد مالک در آن مفقود است و بعد از اجازه مالک، آثار عقد بر آن مترتب می‌شود (عاملی جبعی، ۱۴۱۲: ۲۷۶/۱). البته مراد ایشان از عدم قصد مدلول لفظ در مکره، این نیست که کلام انشایی مکره در زمان انعقاد عقد، مانند کلام هازل یا کلام کسی که از روی تقلید یا تلقین سخن می‌گوید، مدلولی نداشته و مهمل بوده، بلکه مراد ایشان این است که مکره قصد وقوع مضمون عقد در خارج را نداشته است؛ زیرا مدلول کلام انشایی که همچون معلولی برای الفاظ کلام است، به محض پیدایش علت که انشاء عقد است، موجود می‌گردد. به عبارت دیگر، قصد لفظ مکره مجرد تکلم نیست، بلکه قصد معنای آنچه را که می‌گوید دارد، ولی قصد وقوع مضمون عقد در خارج را ندارد (انصاری دزفولی، ۱۴۱۵: ۳۰۸/۳). بنابراین اقدام او حاوی قصدی است که بر رضای سالم اتکا ندارد و به همین جهت غیر نافذ است، نه باطل (کاتوزیان، ۱۳۴۶: ۵۷۲). در این میان برخی حقوق‌دانان نیز همسو با مشهور فقیهان در عدم نفوذ بیع مکره، از تعبیر لزوم رضای معتدل برای نفوذ عقد استفاده نموده و قائل‌اند که در عقد مکره، چنین رضایتی مفقود است (امامی، ۱۳۷۲: ۱۹۵/۱).

اما این دلیل با اشکال اساسی روبه‌روست؛ چرا که می‌توان در جواب فقیهانی که قائل‌اند در عقد مکره قصد لفظ بدون قصد مدلول آن شده (عاملی جبعی، ۱۴۱۲: ۲۷۶/۱)، یا قائل‌اند که قصد لفظ صورت گرفته و قصد مدلول لفظ به عنوان معلول قصد لفظ در

پی آن آمده، ولی قصد مکره نسبت به تحقق مضمون عقد در خارج مفقود است و با رضایت بعدی حاصل می‌شود (انصاری دزفولی، ۱۴۱۵: ۳۰۸/۳) گفت که در این دو صورت نیز عقد مکره باطل خواهد بود؛ چرا که هم فقدان قصد معنای الفاظ و هم فقدان قصد تحقق مضمون عقد در خارج موجب بطلان عقد است (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۷۷/۲). از طرف دیگر، مقایسه عقد مکره با عقد فضولی برای اثبات نفوذ، صحیح نیست که در ادامه، دلایل بطلان چنین قیاسی خواهد آمد. استفاده از تعبیر رضای معتدل هم خالی از اشکال نمی‌نماید؛ چه اینکه استفاده از این تعبیر، ناشی از این است که برای فرد مکره رضایتی در نظر گرفته شده، ولی رضایتی نامعتدل و غیر متعادل؛ در حالی که طبق تعریفی که از رضا ذکر شد، رضا در مقابل سخط و اکراه به کار می‌رود و مکره در عقد اکراهی اساساً رضایتی ندارد (چه معتدل و چه نامعتدل). از همین روست که فقیهان نیز اکراه را در برابر رضا و اختیار به کار برده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۶۵/۲۲-۲۶۶؛ انصاری دزفولی، ۱۴۱۵: ۳۰۷/۳). البته لازم به ذکر است که قانون‌گذار در قانون مدنی به اصطلاحات قصد لفظ و قصد مدلول لفظ که بین فقیهان رد و بدل شده، تعرضی نداشته و از واژه قصد و رضا استفاده نموده است. از آنجا که طبق ماده ۱۹۰ قصد و رضا شرط اساسی صحت معامله شمرده و در ماده ۳۴۶ که مفاد آن پیش از این بیان شد، مقرون بودن عقد به رضای طرفین شرط شده، معلوم می‌شود که رضای مورد نظر در ماده ۱۹۰ مترادف با قصد بوده و با تسامح از تعبیر رضا استفاده شده و رضای مذکور در ماده ۳۴۶ که موجب نفوذ معامله شمرده شده، همان چیزی است که در کلام برخی فقیهان به قصد مدلول لفظ تعبیر شده است.

۴-۱-۲. عدم شرط مقارنت عقد با قصد

فقیهانی که به این استدلال متمسک شده‌اند، بیان می‌دارند که اگرچه قصد از شرایط صحت عقد است، اما مقارنت و همراهی آن با عقد شرط نیست و برای چنین مقارنتی نه تنها دلیلی وجود ندارد، بلکه عموم امر به وفای به عقد و صحت عقد فضولی، دلایلی بر عدم اشتراط مقارنه‌اند. بنابراین با فرض جمع بودن سایر شرایط صحت در عقد مکره، عدم قصد او حین عقد تنها مانعی است که در برابر نفوذ عقد وجود دارد.

این مانع -همچون بیع فضولی بعد از اجازه مالک- با رضایت لاحقه مکره مرتفع می شود (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۱۵۵/۳). به عبارت دیگر در صورتی که رضا مؤخر از قصد انشاء قرار گیرد، مانند آن است که مقارن با قصد بوده؛ زیرا رضایت بر امری که در گذشته اتفاق افتاده، به معنای موافقت و امضای آن امر است (امامی، ۱۳۷۲: ۱۹۵/۱).

این دیدگاه پذیرفتنی نیست؛ زیرا فقیهان مخالف با نفوذ عقد مکره بعد از رضایت، چنین اظهار داشته‌اند که آنچه از نصوص مربوط به عقود: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ (نساء/۲۹)، مستفاد می شود این است که برای صحت عقد، چاره‌ای جز حصول رضا با الفاظی که در عقد بین متعاقدین جاری می شود، نیست و تأخر رضا از عقد و صحیح بودن عقد با اجازه بعدی دلیل می طلبد (بحرانی آل عصفور، ۱۴۰۵: ۳۷۶/۱۸). همچنین تنظیر عقد مکره با بیع فضولی درست نیست؛ چون حتی اگر قائل شویم به اینکه صدور قصد مدلول لفظ یعنی انتقال ملکیت و تسلیط بر تصرف از وظایف مالک است -آنچنان که برخی فقیهان گفته‌اند (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۱۵۵/۳)- و در بیع فضولی بعد از اجازه مالک و قصد او نسبت به مدلول لفظ، عقد نافذ می شود (همو، ۱۴۱۲: ۲۷۶/۱)، در مورد عقد مکره نمی توان چنین ادعایی نمود؛ چون مکره بر خلاف فضول، خود مالک است و در هنگام عقد، صدور قصد از او به دلیل اکراره ایجادشده، اصلاً و رأساً منتفی است (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۵۶/۸؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴: ۶۲/۴). علاوه بر آنچه گفته شد، ظاهر عبارت «العقود تابعة للقصد» (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۱۳۵/۳) نیز بیانگر این است که قصد مقارن با عقد معتبر است و قصد متأخر از آن اعتباری ندارد (عاملی کرکی، ۱۴۱۴: ۶۲/۴). این تنظیر هم که برخی قائل به آن شده‌اند که رضای مؤخر از قصد انشاء مانند رضای مقارن با قصد است (امامی، ۱۳۷۲: ۱۹۵/۱)، خالی از مسامحه و اشکال نیست؛ زیرا این قول حتی از ادعای عدم شرط مقارنه قصد با عقد هم قدمی فراتر نهاده و رضایت بعد از عقد را همانند رضایت زمان عقد تصور نموده است. با دقت در مواد مختلف قانون مدنی می توان گفت که قانون گذار نیز نظریه عدم شرط مقارنت عقد با قصد را نپذیرفته است. به این ترتیب که با نگاه کلی به مواد ۱۹۰، ۲۰۹ و ۳۴۶ قانون مدنی می توان گفت که قصد، شرط صحت معامله و رضا

شرط لزوم آن است. در ماده ۲۰۹ که ذکر آن رفت، امضای^۱ بعدی معامله موجب نفوذ معامله شمرده شده و طبق ماده ۳۴۶ لزوم مقرون بودن عقد به رضای طرفین مطرح و عدم آن به منزله عدم نفوذ عقد دانسته شده، یعنی رضا شرط لزوم معامله بوده و عدم آن خللی به صحت عقد وارد نمی‌آورد؛ در حالی که در ماده ۱۹۰ قصد و رضا از شرایط اساسی صحت معامله دانسته شده است. برای دفع تناقض ظاهری این مواد باید گفت که مراد از رضا در ماده ۱۹۰ همان قصد است که با تسامح به صورت مترادف به کار رفته‌اند. با این وصف می‌توان گفت از آنجا که قصد در قانون مدنی شرط صحت شمرده شده، فقدان آن عامل بطلان معامله می‌شود؛ پس قصد باید مقارن با عقد بوده و در ضمن عقد موجود باشد. ولی طبق ماده ۲۰۹ رضا که شرط لزوم دانسته شده، اگر متأخر از عقد باشد، خللی به صحت عقد وارد نکرده و رضای بعدی موجب نفوذ معامله‌ای می‌شود که صحیحاً واقع شده است. - که البته مفاد این ماده با نقد جدی روبه‌روست که در فرازهای مختلف این نوشتار به آن پرداخته شده است..

نظریه مذکور با نگاه به عرف نیز قابل رد است و توجیه رد آن در امور غیر حقوقی ملموس‌تر می‌شود. به این ترتیب که عرف نیز آثار و ارزش مترتب بر یک عمل ناشی از طیب خاطر و رضایت را بر عملی که از روی تهدید انجام شده باشد، بار نمی‌کند و اگر قرار باشد به عمل صادره مزایایی تعلق بگیرد و ارزش‌گذاری شود، عمل فرد مکره، ارزشی برابر با عمل فردی که با اختیار و طیب خاطر اقدام به انجام نموده، ندارد؛ در حالی که با قول به نفوذ عقد مکره، گو اینکه رضایت متأخر از عقد، عقد توأم با اختیار و طیب خاطر را از جهت آثار، دقیقاً برابر می‌کند با عقد ناشی از تهدید و اکراه.

۲-۱-۵. قیاس با بیع فضولی

فضول هم مانند مکره قصد لفظ دارد، اما قصد مدلول لفظ تنها از مالک صادر می‌شود که در بیع فضولی، مالک هنگام عقد، حضور و اطلاع نسبت به عقد ندارد. بنابراین بعد از اطلاع مالک و اجازه او و صدور قصد مدلول لفظ از ناحیه او، بیع فضولی نافذ شده و آثار عقد -بعد از اجازه او- بر آن بار می‌شود. در مورد فرد مکره نیز

۱. مراد از امضا در اینجا همان رضایت بعدی مکره است.

اگرچه قصد لفظ از او هنگام عقد صادر شده، اما قصد مدلول او بعد از زوال اکراه صادر می‌شود. پس عقد او نیز با رضایت بعدی - همچون بیع فضولی بعد از اجازه مالک - نافذ می‌شود (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۱۵۵/۳).

اما این استدلال نیز صحیح نمی‌نماید. همان طور که پیشتر گفته شد، مقایسه بیع فضولی با عقد مکره درست نیست؛ زیرا عاقد فضول، قصد عقد دارد، اما به لحاظ عدم مالکیت او، صحت معامله‌اش مشروط به اجازه بعدی مالک است. اما در عقد مکره، به جهت وجود اکراه در عاقد - که مالک نیز هست - اصلاً قصدی از سوی او صادر نمی‌شود تا بعد از زوال مانع، رضایت او عقد را نافذ کند (نراقی، ۱۴۱۵: ۲۶۸/۱۴؛ بحرانی آل عصفور، بی‌تا: ۲۶۳/۱۱؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴: ۶۲/۴). از سوی دیگر فرق بین بیع فضولی و عقد مکره واضح است؛ چرا که عقد مکره از ابتدای امر به مالک منتسب می‌شود، در حالی که بیع فضولی بعد از اجازه مالک به او نسبت داده می‌شود. حتی با نادیده گرفتن این مطلب، اختلاف فقیهان در صحت بیع فضولی قابل اغماض نیست تا جایی که حتی برخی بیع فضولی را از اساس باطل می‌دانند (فیض کاشانی، بی‌تا: ۴۶/۳؛ بحرانی آل عصفور، بی‌تا: ۵۷/۱۲). با وجود این اگر قرار است که قائل به صحت بیع فضولی شد، جواز آن با اجازه مالک با توجه به دلایلی است که مختص به بیع فضولی (یا با تسامح می‌توان گفت مختص عقد فضولی) است و به محل فرض ما که عقد مکره است، ارتباطی ندارد (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۵۵۷/۱۲).

بنا بر مطالب گفته شده اگرچه مشهور فقیهان، قائل به صحت عقد مکره و نفوذ آن با رضایت بعدی او هستند و قانون مدنی نیز در مواد ۲۰۹ و ۳۴۶ - که مفاد آن‌ها پیش از این ذکر شد - از ایشان تبعیت نموده است، اما همان طور که گفته شد، دلایل ایشان در اثبات مدعا کافی نبوده و حتی در برخی موارد اشتباه است؛ به ویژه در عقدی مانند عقد مکره - که فقیهان با اتفاق نظر قائل به عدم نفوذ آن هستند (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۸/۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۱۷/۲؛ عاملی جزینی، ۱۴۱۷: ۱۹۲/۳؛ حسینی حلی، ۱۴۱۷: ۲۱۴) و بعد از رضایت مکره نیز باز بحث نفوذ یا عدم نفوذ آن مطرح است -، اثبات لزوم بعد از توافق بر عدم آن، نیازمند دلایل محکم و متقنی است که در کلام فقیهان قائل به نفوذ بعد از رضایت مکره مفقود است.

بنابراین وقتی دلایل نفوذ عقدی ناکافی و مردود باشند، خودبه‌خود نتیجه، عدم نفوذ آن خواهد شد. از سوی دیگر حکم عقلی نیز بر بطلان عقد مکره دلالت می‌کند؛ چرا که باقی ماندن یک عقد برای همیشه یا برای یک مدت طولانی، عامل ایجاد اختلالات و بی‌نظمی‌های مختلف در نظام معاملاتی جامعه می‌شود. با این اوصاف نظریه بطلان عقد مکره قوت زیادی داشته و سستی نظریه نفوذ بعد از رضایت مکره آشکار می‌شود. با وجود این، فقیهان قائل به بطلان عقد مکره، دلایلی نیز برای اثبات ادعای خویش آورده‌اند که این دلایل در ادامه، ذیل نظریه بطلان عقد مکره ذکر خواهند شد.

۳. نظریه بطلان عقد مکره

گروهی از فقیهان بر این اعتقادند که عقد مکره باطل است و رضایت بعدی تأثیری در نفوذ آن ندارد (عاملی کرکی، ۱۴۱۴: ۶۲/۴؛ بحرانی آل عصفور، ۱۴۰۵: ۳۷۶/۱۸؛ طباطبایی حکیم، بی‌تا: ۱۸۸). در بطلان چنین عقدی فرقی هم نمی‌کند که بین قصد و رضا تفکیک لحاظ شود و یا برای قصد و رضا ملازمه‌ای در نظر گرفته شود؛ در هر دو صورت، عقد فرد مکره محکوم به بطلان است. فقیهان قائل به بطلان، دلایلی برای مدعای خویش ذکر نموده‌اند که در ادامه ذکر آن‌ها خواهد رفت.

۱-۳. دلایل بطلان عقد مکره

۱-۱-۳. ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ أَلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾
 فقیهان با نظر به این آیه مبارکه (نساء/ ۲۹) در بحث قصد و رضایت در عقود، به دو دسته تقسیم شده‌اند؛ عده‌ای قائل به تفکیک قصد از رضا و عده‌ای قائل به وحدت و ملازمه قصد و رضا شده‌اند که در ادامه این جستار، به بیان این دو دیدگاه پرداخته می‌شود.

۱-۱-۱-۳. بطلان عقد مکره بر پایه نظریه تفکیک قصد از رضا

از دیدگاه این نظریه، در آیه تراضی، رضا به معنای طیب نفس است و نمی‌توان آن را

به معنای قصد و اراده و یا ملازم با آن دو دانست؛ زیرا آنچه شرط صحت و درستی معامله محسوب می‌شود، رضا به معنای طیب نفس است. حال آنکه قصد و اراده شرط صحت عقد نیست، بلکه مقوم و رکن آن است. شارع در آیه مبارکه در صدد تمایز قائل شدن بین سبب صحیح و سبب باطل انتقال برآمده، از این رو باید عقد و قصد انشاء وجود داشته باشند تا تمایز آن از رضا معنا پیدا کند (محقق داماد، ۱۳۹۲: ۱/۲۳۵). قانون مدنی نیز نظریه تفکیک قصد از رضا را پذیرفته؛ به گونه‌ای که در ماده ۱۹۵ عقد فاقد قصد را باطل، و در مواد ۲۰۳، ۲۰۹ و ۳۴۶ عقد فاقد رضا را غیر نافذ معرفی نموده است. اما باید گفت که حتی اگر این نظریه پذیرفته شود، با قول به اینکه در عقد مکره اساساً قصدی از فرد مکره محقق نشده (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۵۶/۸؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴: ۴/۶۲؛ نراقی، ۱۴۱۵: ۱۴/۲۶۸؛ بحرانی آل عصفور، ۱۴۰۵: ۱۸/۳۷۶) و قصد نیز از ارکان معاملات محسوب می‌شود (عاملی کرکی، ۱۴۱۴: ۴/۶۲)، بنابراین رکن معامله مفقود است و با فقد رکن، عقدی به عالم اعتبار وارد نمی‌شود (ماده ۱۹۵ ق.م.). بنابراین طبق نظریه تفکیک قصد از رضا، وجود اکراه منجر به بطلان عقد مکره می‌شود.

۳-۱-۲. بطلان عقد مکره بر پایه نظریه وحدت قصد و رضا

برخی فقیهان در خصوص قصد و شوق مؤکد قائل به وحدت و عینیت هستند و اراده را یک حالت و کیف نفسانی بسیط می‌دانند که [اساساً] تجزیه آن به قصد و رضا درست نیست (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۲/۲۶۷). از نظر ایشان، انشای عقد زمانی صورت می‌گیرد که قصد وقوع مُنشأ شده باشد؛ پس اگر قصدی نباشد، انشایی صورت نگرفته و اعتبار قصد، همان اعتبار اختیار است (طباطبایی حکیم، بی‌تا: ۱۸۸). از این رو در عقد مکره، قصد بلکه رضا وجود ندارد و آنچه از آیه تراضی استنباط می‌شود، شرطیت رضاست و اینکه فقیهان بین معامله اکراهی و غیر آن تفاوت گذاشته و کلام مکره را معتبر دانسته و فقدان رضا را مبطل عقد نمی‌دانند (عاملی جزینی، ۱۴۱۷: ۳/۱۹۳؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۳/۱۵۶)، درست نیست (بحرانی آل عصفور، ۱۴۰۵: ۱۸/۳۷۳؛ اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۵۶/۸؛ نراقی، ۱۴۱۵: ۱۴/۲۶۷). طبق این مبنا، بدون تردید عقد مکره که فاقد عنصر رضا و در نتیجه فاقد عنصر قصد است، باطل بوده و رضایت یا عدم رضایت بعدی مکره، کوچک‌ترین

تأثیری در لازم یا صحیح شدن آن نخواهد داشت؛ چرا که قصد از ارکان عقد بوده و هنگامی که از یکی از طرفین یا هر دوی آنها صادر نشود، عقد محکوم به بطلان می‌شود (محقق حلی، ۱۴۰۷: ۷۴۸/۲؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴: ۶۲/۴). فقدان رضا با عدم قصد ملازمه دارد؛ زیرا نمی‌توان تصور کرد که شخص قصد انجام دادن کاری را داشته باشد، ولی مرتبه‌ای از میل و رضای نفسانی در او نباشد (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۵۶/۸؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۲۶۷/۲۲). از سوی دیگر با توجه به مصداق دیگر جدایی قصد از رضا - بیع فضولی - نیز دیدگاه مبتنی بر اعتبار قصد، بدون رضا قابل انتقاد است؛ زیرا به فرض در بیع فضولی برای قصد فردی که از حدود اختیارات قانونی یا قراردادی خود تجاوز کرده، به نوعی سازندگی و حالت انشایی قائل است، در عین حال برای رضای او تأثیری قائل نیست. اگر قصد مالک مؤثر است، رضایت او نیز باید مؤثر باشد و اگر رضایتش مؤثر نیست، قصد او نیز نباید تأثیرگذار باشد. بنابراین تفکیک قصد و رضا که دو مهره از فعالیت‌های روانی اراده انسان است، مستند به هیچ‌گونه دلیل قابل قبولی نیست (محقق داماد، ۱۳۹۱: ۳۳۰/۲).

۳-۲. قاعده «العقود تابعة للقصد»

عقد، عهد مؤکدی است که بدون قصد محقق نمی‌شود (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۱۳۵/۳). در حقیقت عقد از امور لفظی نبوده، بلکه از امور قلبی و قصدی است. به عبارت دیگر، قصد و اراده عامل تحقق عقود و معاهدات و تحقق خصوصیات آنهاست (همان: ۱۳۷/۳). بنابراین طبق مبنای کسانی که فرد مکره را غیر قاصد می‌دانند، طبیعتاً چون قصدی از سوی او صادر نمی‌شود، یکی از ارکان عقد مفقود بوده و عقد او باطل است (عاملی کرکی، ۱۴۱۴: ۶۲/۴؛ بحرانی آل عصفور، ۱۴۰۵: ۳۷۶/۱۸؛ طباطبایی حکیم، بی‌تا: ۱۸۸). قانون‌گذار هم در ماده ۱۹۱ قانون مدنی تحقق عقد بدون قصد انشاء را منتفی دانسته و بیان می‌دارد: «عقد محقق می‌شود به قصد انشاء».

البته برخی فقیهان قائل به نفوذ عقد مکره بعد از رضایت او، بیان داشته‌اند که مکره قصد لفظ دارد، اگرچه قصد مدلول لفظ را ندارد و با رضایت بعدی او، قصد مدلول محقق خواهد شد (عاملی جبعی، ۱۴۱۲: ۲۶۷/۱). در کلام این فقیهان تعارض وجود دارد،

به گونه‌ای که بیع فرد مزاح‌کننده را که به شوخی الفاظ بیع را بیان می‌کند و قصد لفظ دارد، اما قصد مدلول آن را ندارد، باطل می‌دانند؛ در حالی که طبق نظر همین فقیهان، مکره نیز از لحاظ داشتن قصد لفظ و نداشتن قصد مدلول لفظ، شبیه فرد مزاح‌کننده است، ولی بیع مکره را بعد از زوال اکراه و رضایت او نافذ می‌دانند (همو، ۱۴۱۳: ۱۵۶/۳). بنابراین باید گفت که مراد از قصد مدلول لفظ، قصد ایجاد و انشای آن است و در مقابل عدم قصد قرار می‌گیرد؛ فرقی هم نمی‌کند که قصد لفظ داشته یا نداشته باشد (طباطبایی حکیم، بی‌تا: ۱۸۴). از این رو با کمی تأمل می‌توان گفت که حتی بر مبنای کسانی که قصد لفظ را برای مکره متصور می‌دانند - بدون اینکه قصد مدلول لفظ را داشته باشد - نیز عقد مکره باطل خواهد بود؛ زیرا آنچه در برابر عدم قصد قرار می‌گیرد، قصد مدلول لفظ است. برخی فقیهان برای حل چنین تعارضی گفته‌اند:

«منظور از عدم قصد مدلول لفظ در مکره، عدم قصد تحقق مضمون عقد در خارج است؛ زیرا با وجود قصد لفظ در عقد و به مجرد تکلم، مدلول آن کلام نیز ایجاد می‌شود. به عبارت دیگر، رابطه علت و معلولی بین آن‌ها وجود دارد» (انصاری دزفولی، ۱۴۱۵: ۳۰۸/۳).

اما چنین توجیهی قابل قبول نیست؛ زیرا در کلام فقیهانی که عقد مکره را با رضایت او نافذ می‌دانند، تصریح شده است که قصد لفظ دارد، بدون اینکه قصد مدلول آن را داشته باشد (عاملی جبعی، ۱۴۱۲: ۲۶۷/۱)؛ یعنی ایشان برای توضیح قصد مدلول لفظ، سخنی از قصد تحقق مضمون عقد در خارج نیاورده‌اند، بنابراین چنان توجیهی خلاف ظاهر کلام و نوعی مصادره به مطلوب است. علاوه بر آن می‌توان گفت که حتی اگر فرد مختاری، قصد تحقق مضمون عقد در خارج را نداشته باشد، عقد او باطل است، چه رسد به فرد مکره؛ و برعکس گاه فرد مکره هم به دلیل رعب و وحشتی که در او ایجاد شده است، قصد تحقق مضمون عقد را در خارج دارد، ولی عقد او به سبب اکراهش باطل است (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۷۷/۲).

۳-۱-۳. اصل عدم نقل و استصحاب عدم صحت

البته اگرچه تمسک به اصل در جایی مجاز است که دلیل دیگری نباشد، اما با

فرض عدم پذیرش دلایل پیشین، می‌توان از اصل عدم نیز برای اثبات مدعا بهره جست. در عقود اصل بر عدم تأثیر اجازه بعد از زوال مانع است، مگر اینکه دلیل خاصی وجود داشته باشد؛ در حالی که در مورد تأثیر رضایت مکره بعد از عقد اکراهی در نفوذ عقد، نه نصی وجود دارد و نه اجماعی (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۵۶/۸). علاوه بر این از آنجا که در عدم نفوذ عقد مکره بدون الحاق رضایت بعدی، بین فقیهان امامیه اتفاق نظر وجود دارد (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۱۳/۱۰؛ فیض کاشانی، بی‌تا: ۴۷/۳؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۰: ۲۴/۲؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۲: ۲۷۶/۱)، طبق قاعده استصحاب که «ابقاء ما کان» است، عدم نفوذ عقد اکراهی حتی بعد از زوال اکراه، استصحاب می‌شود (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۵۵۷/۱۲). به همین جهت است که استثنا کردن عقد مکره از عقود باطلی چون عقد کودک، دیوانه، بیهوش و شخص خوابیده، غیر واضح و بدون دلیل است (بحرانی آل عصفور، ۱۴۰۵: ۳۷۳/۱۸).

۳-۴. عدم دلیل بر تصحیح عقد مکره

وقتی می‌شود گفت عقد مکره بعد از زوال اکراه و رضایت او نافذ است که بتوان گفت عقد مکره در زمان اکراه او مجاز و صحیح است و تنها مشکلی که هست عدم لزوم آن است که با رضایت و اجازه بعدی، لازم و نافذ می‌شود (همان: ۳۷۵/۱۸). حل این مسئله در حالتی که همه فقیهان اتفاق بر نفوذ بیع مکره دارند (انصاری دزفولی، ۱۴۱۵: ۳۲۸/۳؛ محقق حلی، ۱۴۰۸: ۹/۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۱۸/۲؛ عاملی جزینی، ۱۴۱۷: ۱۹۳/۳؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۷۷/۲)، از طریق رضایت بعدی مکره، نیازمند دلیل محکم و متقنی است که در کلام فقیهان مفقود است. بنابراین لازم دانستن چیزی که اتفاق نظر بر عدم لزوم آن در سابق وجود دارد، بدون وجود دلیل خاص و معتبر، عقلایی نیست (بحرانی آل عصفور، ۱۴۰۵: ۳۷۵/۱۸).

با توجه به مطالبی که ذکر شد، عقد فرد مکره به دلیل فقدان قصد در او باطل است و رضایت بعدی مکره کوچک‌ترین تأثیری در صحت و یا نفوذ آن نخواهد داشت؛ چه اینکه با باطل دانستن عقد از اساس، عقدی به عالم اعتبار نیامده که بخواهد با رضایت بعدی نافذ شود.

لازم به ذکر است مواردی وجود دارد که اکراه به حق صورت گرفته که در این موارد در صحت عقد اکراهی، اختلاف نظری بین فقیهان وجود ندارد؛ برای مثال در جایی که حاکم در جهت پرداخت دین، مدیون را وادار به انجام معامله‌ای کند یا در جایی که مالک حیوان از طعام دادن به آن سر باز زند و حاکم او را وادار به فروش حیوان نماید، این معامله صحیح است (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۱۵۷/۳). بنابراین حتی فقیهانی که عقد مکره را در حالتی که به ناحق مورد اکراه قرار گرفته، درست نمی‌دانند، در چنین مواردی حکم به صحت عقد مکره می‌نمایند (بحرانی آل عصفور، ۱۴۰۵: ۳۷۶/۱۸؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۱۵۷/۳؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳: ۳۱۷/۲؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۰: ۱۰۶/۲). با توجه به آنچه گذشت، در اکراه به حق نیز همان اشکال فقدان قصد انشاء عقد از سوی مکره وارد است، ولی در این موارد چون مسئله حق غیر و استیفای آن مطرح است، حاکم می‌تواند از طریق ولایت خویش و طبق قاعده «الحاکم ولی الممتنع» به نیابت از سوی مکره، قصد عقد نموده و معامله را انجام دهد که با این وصف، اشکال مزبور نیز مرتفع می‌شود.

نتیجه‌گیری

با توجه به آنچه گذشت، معلوم می‌شود که بین فقیهان امامیه در نفوذ عقد مکره بعد از زوال اکراه، اختلاف وجود دارد. از یک سو مشهور فقیهان قائل به نفوذ چنین عقدی بعد از رضایت مکره بوده و در جهت اثبات این ادعا به دلایلی چند تمسک جسته‌اند که این دلایل از استحکام کافی برای اثبات مدعا برخوردار نبوده و توسط قائلان به عدم اعتبار رضایت بعدی مکره، مورد نقد واقع شده‌اند. از سوی دیگر، فقیهان قائل به بطلان عقد مکره علاوه بر رد دلایل مشهور، به دلایل محکمی نیز برای اثبات بطلان عقد مکره استناد کرده و اساساً صدور قصد از مکره را منتفی دانسته‌اند، بی‌آنکه قول به تفکیک قصد از رضا یا ملازمه این دو، تأثیری در این حکم داشته باشد؛ زیرا در هر دو صورت به دلیل نبود قصد در فرد مکره، عقد او محکوم به بطلان خواهد بود. قانون مدنی به تبعیت از نظر مشهور فقیهان در مواد ۲۰۹ و ۳۴۶ به عدم نفوذ عقد مکره و نفوذ آن بعد از رضایت تصریح نموده، ولی با توجه به آنچه گفته شد، این مواد قانونی نیز مورد نقد و عدم پذیرش قرار می‌گیرند.

پیشنهاد

با توجه به آنچه گذشت، از آنجا که مکره قصد معامله ندارد و طبق ماده ۱۹۰ قانون مدنی، قصد متعاملین در شمار شرایط اساسی صحت معامله قلمداد شده است، پیشنهاد می‌شود ماده ۲۰۹ قانون مدنی که امضای بعد از رفع اکراه را موجب نفوذ عقد دانسته، به این صورت اصلاح گردد: «امضای معامله بعد از رفع اکراه، تأثیری در نفوذ معامله اکراهی نخواهد داشت» و به دنبال آن ماده ۳۴۶ قانون مدنی نیز که بیع فرد مکره را غیر نافذ شمرده است، به این شکل اصلاح شود: «عقد بیع باید مقرون به رضای طرفین در حین عقد باشد و عقد مکره باطل است».

کتاب شناسی

۱. آقایی، مریم، «عصر اراده و نقش آن در قراردادها»، فقه و حقوق اسلامی، شماره ۱، پاییز ۱۳۸۴ ش.
۲. ابن منظور، ابوالفضل محمد بن مکرم، لسان العرب، چاپ سوم، بیروت، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۱۴ ق.
۳. اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الاذهان، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
۴. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، تهران، کتاب فروشی اسلامی، ۱۳۷۲ ش.
۵. انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین، مکاسب، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ مرتضی انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۶. بحرانی آل عصفور، حسین بن محمد، الانوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع، قم، مجمع البحوث العلمیه، بی تا.
۷. همو، الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۸. بروجردی، محمد، «اکراه»، مجموعه حقوقی، شماره ۳۹، ۱۳۱۶ ش.
۹. جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح، تاج اللغة و صحاح العربیه، بیروت، دار العلم للملایین، ۱۴۱۰ ق.
۱۰. حسینی حلبی، سیدحمزة بن علی بن زهره، غنیة النزوع الی علمی الاصول و الفروع، قم، مؤسسه امام صادق (علیه السلام)، ۱۴۱۷ ق.
۱۱. حسینی عاملی، سیدجواد بن محمد، مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۱۲. حسینی واسطی زبیدی، سیدمحمد مرتضی، تاج العروس من جواهر القاموس، بیروت، دار الفکر للطباعة و النشر، ۱۴۱۴ ق.
۱۳. رفیعی، احمدرضا، (بررسی صحت یا بطلان عقد مکره)، پژوهشنامه متین، شماره ۱۰، بهار ۱۳۸۰ ش.
۱۴. صابری، حسین، محمدرسلول آهنگران و سهند صادقی بهمینی، «بازپژوهشی فقهی حقوقی پیرامون تفکیک قصد از رضا»، آموزه های فقه مدنی، شماره ۷، بهار و تابستان ۱۳۹۲ ش.
۱۵. طباطبایی حکیم، سیدمحسن، منهاج الصالحین، بیروت، دار التعارف للمطبوعات، ۱۴۱۰ ق.
۱۶. همو، نهج الفقاهه، قم، انتشارات ۲۲ بهمن، بی تا.
۱۷. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، حاشیه مکاسب، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۲۱ ق.
۱۸. طریحی، فخرالدین، مجمع البحرین، چاپ سوم، تهران، کتاب فروشی مرتضوی، ۱۴۱۶ ق.
۱۹. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، الخلاف، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۲۰. همو، النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی، چاپ دوم، بیروت، دار الکتب العربی، ۱۴۰۰ ق.
۲۱. عاملی جبعی، زین الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، حاشیه سلطان العلماء، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۲ ق.
۲۲. همو، مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۲۳. عاملی جزینی، محمد بن جمال الدین مکی، الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۲۴. عاملی کرکی (محقق ثانی)، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل البيت (علیهم السلام)، ۱۴۱۴ ق.

۲۵. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *تذکرة الفقهاء*، قم، مؤسسه آل البيت عليه السلام، ۱۴۱۴ ق.
۲۶. همو، *قواعد الاحکام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۲۷. علی آبادی، علی، «قصد و رضا و تأثیر آن در تحقق عقد»، *مقالات و بررسی‌ها*، دفتر ۷۱، تابستان ۱۳۸۱ ش.
۲۸. غروی نائینی، میرزا محمدحسین، *منیة الطالب فی حاشیة المکاسب*، تهران، المكتبة المحمدیه، ۱۳۷۳ ق.
۲۹. فرحزادی، علی اکبر، «بررسی فقهی حقوقی اثر اکراه در عقد بیع»، *مقالات و بررسی‌ها*، شماره ۶۶، زمستان ۱۳۷۸ ش.
۳۰. فیض کاشانی، محمدحسن بن شاه مرتضی، *مفاتیح الشرائع*، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، بی تا.
۳۱. قنوتی، جلیل، «رابطه قصد و رضا در اعمال حقوقی با تأکید بر دیدگاه امام خمینی علیه السلام»، *روش‌شناسی علوم انسانی*، شماره ۲۰، پاییز ۱۳۷۸ ش.
۳۲. کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی (ایقاع)*، تهران، یلدا، ۱۳۷۰ ش.
۳۳. همو، *قواعد عمومی قراردادها*، تهران، به‌نشر، ۱۳۴۶ ش.
۳۴. محقق حلی، نجم‌الدین جعفر بن حسن، *المعتبر فی شرح المختصر*، قم، مؤسسه سیدالشهداء عليه السلام، ۱۴۰۷ ق.
۳۵. همو، *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۷ ق.
۳۶. همو، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۳۷. محقق داماد، سیدمصطفی، *حقوق قراردادها در فقه امامیه*، چاپ پنجم، تهران، سمت، ۱۳۹۲ ش.
۳۸. همو، *حقوق قراردادها در فقه امامیه*، چاپ دوم، تهران، سمت، ۱۳۹۱ ش.
۳۹. همو، *قواعد فقه (بخش جزایی)*، چاپ دوم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۰ ش.
۴۰. محقق سبزواری، محمدباقر بن محمد مؤمن، *کفایة الاحکام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۳ ق.
۴۱. مظفر، محمدرضا، *اصول الفقه*، چاپ دوم، قم، دار الفکر، ۱۳۸۸ ش.
۴۲. مقرئ فیومی، احمد بن محمد، *المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی*، قم، دار الرضی، بی تا.
۴۳. موسوی بجنوردی، سیدحسن، *القواعد الفقهیه*، قم، الهادی، ۱۴۱۹ ق.
۴۴. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، *کتاب البیع*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ ق.
۴۵. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *مصباح الفقه (المکاسب)*، بی جا، بی تا.
۴۶. نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۴۷. نراقی، مولا احمد بن محمد مهدی، *مستند الشیعة فی احکام الشریعه*، قم، مؤسسه آل البيت عليه السلام، ۱۴۱۵ ق.

بررسی ابعاد فقهی

همزادسازی و بدل‌سازی انسانی*

- سید محسن مرتضوی^۱
- مجتبی نوروزی^۲

چکیده

یکی از مسائل مستحدثه در حوزه مباحث مهندسی ژنتیک و علم پزشکی، مسئله تکثیر سلول‌های تلقیحی و ایجاد چندقلوهای مشابه می‌باشد که از آن به همزادسازی یاد می‌شود. امکان تکثیر غیر جنسی سلول‌های تکامل یافته جانوری - کلونینگ، دستاورد جنجال‌آفرین جهان علم در سالیان اخیر بوده است. این پژوهش به دنبال پاسخ مستدل فقهی به موضوع جداسازی سلول‌های تلقیحی در مرحله تکثیر و خارج ساختن آن‌ها از رحم و جایگزینی در رحم زن اجنبی و احکام مرتبط با آن مانند حکم از بین بردن سلول‌های تلقیحی خارج شده از رحم، خرید و فروش سلول‌های تلقیحی و نسب و هویت طفل متولد شده از راه همزادسازی می‌باشد. این مقاله مباحث استدلالی و اجتهادی مرتبط با این

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۶/۸ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۲/۲۰.

۱. طلبه سطح چهار حوزه علمیه قم (mohazerat@yahoo.com).

۲. استادیار دانشگاه علوم و معارف قرآن کریم، دانشکده تربیت مدرس قرآن مشهد (نویسنده مسئول) (m.noruzi@quran.ac.ir).

مسئله و دیدگاه فقیهان را مورد بررسی و مذاقه قرار داده و به این نتیجه رسیده است که چون عملیات همزادسازی تضمین شده نیست و موجب به خطر افتادن سلامت جنین می‌شود، از نظر تکلیفی حرام می‌باشد. همچنین قرار دادن کاشت سلول تلقیحی در رحم زن اجنبی حرام است. در احکام وضعی نیز مثل نسب، طفلی که از راه همزادسازی متولد می‌شود، به پدر منتسب نمی‌باشد و مادر او نیز زن صاحب رحم است. همچنین خرید و فروش سلول‌های تلقیحی نیز مبتلا به اشکالات متعدد بوده و اطلاق سلول تلقیحی نیز مستلزم ثبوت دیه است.

واژگان کلیدی: سلول تلقیحی، چندقلوهای مشابه، همزادسازی، بدل‌سازی انسانی، نسب، دیدگاه فقیهان.

مقدمه

همزادسازی و تکثیر سلول‌های تلقیحی موجودات زنده، یکی از مباحث جدید و پرچالش در حوزه مباحث علم مهندسی ژنتیک و پزشکی در عصر کنونی می‌باشد. جامعه بشریت هم‌اکنون با موقعیتی خطیر، مسئله شبیه‌سازی انسان را تجربه می‌کند. هم‌اینک محققان و دانشمندان بعد از موفقیت عملیات همزادسازی و تکثیر سلول تلقیحی در حیوانات، نخستین آزمایش‌های خود را در مورد بدل‌سازی انسانی و تکثیر سلول‌های تلقیحی انسانی انجام داده‌اند و جهان بی‌صبرانه منتظر نتایج و تحقق چنین امری است؛ به طوری که اگر این عملیات با موفقیت صورت بگیرد، در آینده، جهان با کارخانه‌های آدم‌سازی و تولید نسخه‌های مشابه از هر موجود زنده روبه‌رو خواهد بود. لذا شایسته است که ابعاد گسترده این موضوع را از نگاه فقه غنی و پویای شیعه مورد بحث و بررسی قرار دهیم.

این پژوهش به دنبال پاسخ به این سؤالات اساسی است که آیا جداسازی سلول‌های تلقیحی در مرحله تکثیر و خارج ساختن آن‌ها از رحم جایز است؟ آیا می‌توان سلول تلقیحی جداشده را در رحم زن دیگری کاشت تا در آنجا رشد و پرورش پیدا کند؟ حکم از بین بردن سلول‌های تلقیحی خارج‌شده از رحم چیست؟ حکم خرید و فروش سلول‌های تلقیحی و نسب و هویت طفل متولدشده از راه همزادسازی چیست؟ در رابطه با پیشینه این موضوع باید گفت که چون این مسئله از مسائل جدید و

نویداست و در حال حاضر مراحل آزمایشی خود را طی می‌کند، پژوهش‌چندانی از لحاظ فقهی و حقوقی در کتب و مقالات علمی نسبت به آن دیده نشده است. تنها مقاله فقهی که به این مسئله و ابعاد مختلف آن پرداخته، مقاله‌ای با عنوان «شبهه‌سازی انسان» (حائری، ۱۳۸۷: ش ۵۵) است. همچنین در فصلی از کتاب *الاستنساخ بین التقدیة و التشریح* نوشته سیدعلی سبزواری به برخی از مباحث این موضوع اشاره شده است.

به منظور تبیین بیشتر موضوع، ابتدا به تعریف همزادسازی و کاربردهای آن و سپس حکم تکلیفی تکثیر سلول‌های تلقیحی و در نهایت برخی از احکام وضعی مترتب بر آن همانند وضعیت نسب، خرید و فروش سلول تلقیحی، دیه و... به صورت استدلالی و اجتهادی اشاره شده است.

۱. تعریف همزادسازی (تکثیر سلول‌های تلقیحی)

سلول تلقیح‌یافته زمانی که داخل رحم زن قرار داده شود، شروع به تکثیر و رشد می‌کند. ابتدا این سلول تلقیحی تبدیل به ۲ سلول، سپس ۴ سلول، بعد ۸ و ۱۶ و نهایتاً به ۳۲ سلول می‌رسد و در این زمان تکثیر متوقف می‌شود و هر یک از این ۳۲ سلول، یک عضو خاص بدن را می‌سازند. هر یک از این سلول‌ها در یک غشا و پوسته قرار دارند که داخل آن ماده سیال و هسته حاوی کروموزوم‌ها می‌باشد. پیشرفت علم به جایی رسید که در سال ۱۹۹۳ میلادی هال واستیلین دانشمند آمریکایی در گردهمایی انجمن باروری در مونترال کانادا اعلام نمود که توانسته اولین آزمایش همزادسازی موجود زنده را با موفقیت پشت سر گذارد. اعلام این خبر، جنجالی بزرگ در مجامع علمی به پا کرد (فتاحی معصوم، ۱۳۸۴: ۹۵).

روش کار این‌طور بود که دانشمندان توانستند غشای سلولی را بشکافند و سلول‌های تکثیر یافته را از هم جدا کرده و هر یک را در غشای جدیدی قرار دهند؛ یعنی سلول تخم اصلی را در مرحله تقسیم و تکثیر به دو سلول، از هم جدا کرده و در غشای خاص قرار دهند که در نتیجه هر کدام از دو سلول ناشی از تقسیم اول، سلول اصلی خواهند بود و برای ایجاد زن به تنهایی شروع به تقسیم و تکثیر می‌کنند و این وضعیتی است که به طور طبیعی در مورد دوقلوهای همسان پیش می‌آید. بعد هر کدام

از این دو سلول جدید در صورت قرار گرفتن در رحم زن و طی دوران جنینی می‌تواند انسانی مشابه دیگری ایجاد کند؛ در نتیجه دو انسان کاملاً شبیه به هم تولید می‌شود. این شیوه در حقیقت در پی ایجاد چندقلوهای همسانی است که به یک اصل منسوب هستند. همچنان می‌شود سلول جداشده دیگر را در حالت انجماد در آزمایشگاه حفظ نمود و چند سال بعد در صورت تمایل در رحم زن کاشت که در این صورت فرزندان مشابه متولد می‌شوند که هیچ فرقی با یکدیگر ندارند و تنها از لحاظ سنی با هم اختلاف دارند. همچنین هنگام تقسیم سلول تخم اصلی به چهار سلول می‌توان این چهار سلول را از هم جدا کرده و هر یک را در غشای جدید قرار داد. سپس یکی را در رحم باقی گذاشت تا مراحل تکثیر و تشکیل جنین را ادامه دهد و سه سلول دیگر را بیرون آورد و در رحم سه شخص دیگر قرار داد تا مراحل تکثیر و رشد را طی کنند که در این صورت چهار قلوهای یکسان و مشابه به وجود می‌آیند. تا این مرحله در حیوانات آزمایش شده است (اسلامی، ۱۳۸۶: ۱۱۲). به این عملیات، همزادسازی یا بدل‌سازی می‌گویند که در آن چندقلوهای مشابه و یکسان به وجود خواهد آمد. در زبان عربی به این عملیات «استتام» به معنای توأم‌سازی گفته می‌شود.

۲. فواید و کاربردهای همزادسازی

دانشمندان برای عمل همزادسازی و ایجاد نسخه‌بدل‌های انسانی، فواید متعددی ذکر کرده‌اند که به برخی اشاره می‌شود:

۱- باروری و بچه‌دار ساختن زوج‌های نازا؛ برای مثال زنی که تخمک‌های او ضعیف است و نطفه و جنین در رحم او تشکیل نمی‌شود، در مرحله تکثیر اولیه سلول‌های تلقیح‌یافته، زمانی که سلول تخم به چهار سلول تقسیم می‌شود، یک سلول تخم را در رحم باقی می‌گذارند و سه سلول باقی‌مانده را بیرون آورده و در آزمایشگاه نگه می‌دارند که اگر حمل اولی موفق نبود و جنین تشکیل نشد، از سلول‌های تلقیحی بدل استفاده نمایند و آن‌ها را وارد رحم کنند. یا زوجینی که اصلاً قدرت باروری ندارند، می‌توانند با ایجاد چندقلوهای مشابه از طریق شبیه‌سازی به آن‌ها نوزاد جدید هدیه نمایند.

۲- اگر جنین در رحم مادر سقط شود یا نوزاد متولدشده بعد از مدتی بمیرد، می‌توان

از سلول تلقیحی بدل او که در آزمایشگاه نگهداری شده، استفاده کرد تا دوباره طفلی شبیه همان نوزاد اولی متولد شود و از آلام و ناراحتی‌های مادر و خانواده او کاسته شود.

۳- فرزند متولدشده از طریق همزادسازی، اگر در زندگی خود دچار بیماری‌ها و یا نقص عضو شود، با استفاده از سلول تلقیحی بدل او در آزمایشگاه و تولد او از بافت‌ها و اعضای بدنی این نسخه بدل، می‌توان برای مداوا استفاده نمود؛ به طوری که دانشمندان گفته‌اند دوقلوهای همسان می‌توانند از تمام اعضای بدن یکدیگر برای پیوند موفق اعضا استفاده کنند.

۴- فراهم آوردن مجموعه بزرگی از انسان‌های دارای ویژگی‌های وراثتی همگون به منظور اجرای بررسی‌های علمی بر روی آن‌ها.

۵- تنظیم جنس کودکان و انسان‌ها در آینده.

۶- به وجود آوردن مجموعه‌ای از افراد همسان و مشابه برای انجام مأموریت‌های خاص مثل جنگ‌ها و....

۷- به وجود آوردن نسخه جنینی همه انسان‌ها تا در صورت نیاز به آن نسخه بدل هنگام بیماری‌ها یا به منظور تجدید حیاتش از آن بهره‌برداری کرد.

۸- به وجود آوردن انسان‌های سالم برای جبران خطرهای ناشی از بیماری‌های ارثی نهفته در برخی ترکیب‌های جنسی و ژنتیکی (فتاحی معصوم، ۱۳۸۴: ۱۲۱).

۳. حکم تکلیفی همزادسازی

با توجه به اینکه در عمل همزادسازی، یک سلول تلقیحی تکثیرشده را از رحم خارج کرده و سلول دیگر را در رحم برای ادامه تکثیر و رشد باقی می‌گذارند، حکم تکلیفی این عمل را از سه جهت می‌توان بررسی نمود: ۱. آیا خارج ساختن سلول تلقیح یافته از رحم زن جایز است؟ ۲. آیا این سلول خارج شده را می‌توان در رحم زن دیگر قرار داد؟ ۳. آیا سلول‌های خارج شده از رحم را می‌توان از بین برد؟

۳-۱. جداسازی سلول تلقیحی و بیرون آوردن آن از رحم

دانشمندان معتقدند که در عمل شکافتن سلول اصلی تخم به دو سلول و بیرون

آوردن یکی از آن دو، احتمال خطر و ضرر رساندن به سلول باقی مانده در رحم وجود دارد و این کار چه بسا موجب از بین رفتن و تضعیف آن شود؛ به طوری که نتواند تبدیل به جنین و نوزاد شود. چون از نظر علمی این عملیات تضمین شده نیست و احتمال از بین رفتن و آسیب دیدن سلول‌های تلقیحی زیاد است، انجام دادن کاری که باعث شود مبدأ پیدایش انسان از بین برود، حرام می‌باشد. در روایات متعددی بر حرمت از بین بردن نطفهٔ انسانی تأکید شده است (ر.ک: حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۵۸۲/۲ و ۳۷۲/۱۸).

در موثقهٔ اسحاق بن عمار، خوردن دارویی که موجب از بین رفتن نطفه شود، حرام شمرده شده است:

«عن إسحاق بن عمار قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام: المرأة تخاف الحبل فتشرب الدواء فتلقى ما في بطنها. قال: لا. فقلت: إنما هو نطفة. فقال: إن أول ما يخلق النطفة» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۶/۲۹)؛ اسحاق بن عمار گوید که به امام کاظم عليه السلام عرض کردم: آیا زنی که از حاملگی می‌ترسد، می‌تواند دارو مصرف کند تا آنچه را در شکم دارد، سقط کند؟ فرمود: نه. عرض کردم: فقط نطفه بوده است. فرمود: نخستین چیزی که آفریده می‌شود، نطفه است.

از این روایت استفاده می‌شود که از بین بردن و بیرون آوردن و ساقط کردن چیزی که می‌تواند منشأ فرزند انسانی شود، حرام است. بنابراین چون در همزادسازی غالباً بیرون آوردن سلول‌ها موجب به خطر افتادن و ضرر رساندن به تکثیر و رشد سلول باقی مانده می‌شود و احتمال دارد نتواند تبدیل به جنین شود، از این جهت مصداق از بین بردن نطفه و منشأ پیدایش انسان بوده و حرام است. البته اگر پیشرفت علم به مرحله‌ای برسد که موفقیت عمل همزادسازی را تضمین نماید، به طوری که بیرون آوردن سلول هیچ ضرر و نقصی به سلول باقی مانده وارد نسازد، حرمتی از این جهت وجود نخواهد داشت.

۲-۳. جایگزینی سلول تلقیحی در رحم دیگر

آیا این سلول تلقیحی خارج شده از رحم را که در آزمایشگاه در شرایط مناسب نگهداری می‌شود، می‌توان در رحم زن دیگری قرار داد تا در آنجا مسیر تکثیر کامل و تشکیل جنین را سپری کند و تبدیل به فرزند شود؟

در اینجا نسبت به آن زنی که این سلول تلقیحی در رحم او کاشته می‌شود، چند فرض متصور است؛ زیرا آن زن، یا همسر صاحب سلول غیر جنسی است یا از محارم او و یا اجنبیه است.

فرض اول: زن صاحب رحم، همسر دیگر صاحب سلول غیر جنسی است. در این صورت اشکالی وجود ندارد؛ چون سلول تلقیح‌یافته حاوی هسته و ۴۶ کروموزوم سلول غیر جنسی شوهر اوست و تخمک گرفته‌شده از زن اول تهی شده و هسته آن بیرون آورده شده و به منزله غشاء و پوسته است و غشاء به منزله ماده خارجی است (فتاحی معصوم، ۱۳۸۴: ۷۵) که داخل کردن آن به رحم اشکالی ندارد. لذا مجموع این سلول فقط حاوی سلول غیر جنسی شوهر است که انتقال آن به رحم همسر دیگرش مانعی نخواهد داشت.

فرض دوم: زن صاحب رحم، از محارم صاحب سلول غیر جنسی است؛ مانند مادر، خواهر و... در این صورت دو اشکال عمده وجود دارد:

۱. انتقال و وارد کردن نطفه مرد به رحم شخصی غیر از همسرش جایز نیست و از محرمات در شریعت است؛ همان طور که در روایات به آن اشاره شده است.^۱ خود عنوان افراغ نطفه در رحم اجنبی، از محرمات در شریعت اسلامی است و انصراف این روایات به متعارف در زمان صدور نصوص که طریق مقاربت و زنا باشد، ناتمام است و آیه حفظ فرج (مؤمنون/ ۵-۷؛ معارج/ ۲۹-۳۱) در رابطه با زنان هم دلالت می‌کند که رحم زن فقط می‌تواند محل قرار گرفتن نطفه شوهرش باشد و نمی‌تواند ظرف برای نطفه شخصی غیر از شوهرش قرار بگیرد. بنابراین نمی‌توان سلول تلقیحی را در رحم زنی غیر از همسر صاحب سلول غیر جنسی قرار داد؛ چون مصداق قرار دادن نطفه در رحم اجنبی خواهد شد.

۲. اگر ملاک در مادر بودن را صاحب رحم بدانیم و نه صاحب تخمک، این عمل در باب محارم موجب تحقق عناوین متعدد نسبی خواهد شد که از مستنکرات و امور قبیح در شریعت مقدس می‌باشد؛ مثلاً صاحب رحم که مادر طفل حساب می‌شود، از

۱. «عن أبي عبدالله قال: إن أشد الناس عذاباً يوم القيامة رجل أقر نطفته في رحم يحرم عليه» (کلینی، ۱۴۰۷: ۵/۵۴۱).

طرفی خواهر صاحب سلول غیر جنسی است و عمهٔ طفل هم حساب می‌شود و پدر طفل هم از طرفی دایی او می‌شود. همین‌طور باعث تداخل عناوین متعدد نسبی در شخص واحد می‌شود که این امر از مستنکرات نزد متشرعه و شرع مقدس می‌باشد (مکارم شیرازی، ۱۳۹۴: ۲۶).

فرض سوم: زن صاحب رحم، هیچ رابطهٔ نسبی با صاحب سلول غیر جنسی نداشته باشد و اجنبی باشد. در این صورت اشکال این است که موجب دخول نطفه و مبدأ پیدایش آدمی در رحم زن اجنبی خواهد شد که از محرمات در شریعت اسلامی می‌باشد.

یک اشکال هم در هر سه فرض این است که در نوع موارد، مستلزم نظر و لمس حرام می‌باشد؛ مگر اینکه مباشر در این عمل فقط خود صاحب سلول و همسر او باشد که فرض نادری است.

علاوه بر آن، اشکال مشترکی به هر جهت پیشین همزادسازی چه خارج ساختن سلول از رحم و چه قرار دادن این سلول در رحم دیگری شده است و آن اینکه تحقق عملیات همزادسازی و ساختن نسخه‌بدل‌های انسانی و چندقلوهای مشابه، باعث از بین رفتن تمایز و اختلاف بین افراد بشری خواهد شد و افراد متعددی متولد می‌شوند که از جهت خصوصیات و آثار، مشابه و عین یکدیگرند و این امر موجب اختلال نظام می‌شود؛ زیرا در باب دعاوی، معاملات، امتحانات، ادارات، آزمایشات و دیگر امور، موجب اشتباه خواهد شد.

به این اشکال جواب‌هایی داده شده است:

۱. به صورت طبیعی هم مصادیقی از همزادسازی در خارج محقق می‌شود، مثل دوقلوهای همسان، بنابراین طبق روال عادی و طبیعی نظام خلقت، این امر محقق است و اشکالی ندارد. این پاسخ خیلی دقیق نیست؛ زیرا تشابه در همزادسازی بیش از چندقلوهای همسان است. در چندقلوهای همسان، تشابه در اغلب خصوصیات است، ولی در همزادسازی یک نوع تطابق و تشابه کامل وجود دارد، لذا قابل قیاس با هم نمی‌باشند.

۲. در عملیات همزادسازی در صورتی که اطفال در یک زمان متولد شوند، مشابه و

عین یکدیگر خواهند بود و اشکال وارد است. ولی در انحاء دیگر همزادسازی که از جهت زمانی مختلف‌اند و سلول‌های نسخه‌بدل در آزمایشگاه نگهداری و در آینده متولد می‌شوند، در این صورت اطفال با یکدیگر تفاوت سنی پیدا می‌کنند؛ در نتیجه تشابه کامل محقق نمی‌شود. بنابراین این دلیل اخص از مدعاست و در همهٔ فروض کارایی ندارد.

۳. اگر عملیات همزادسازی در زمان و محیط جغرافیایی یکسان محقق شود، تشابه کامل وجود دارد، ولی اگر از لحاظ محیط جغرافیایی و مکان رشد جنین، تفاوت وجود داشته باشد، تشابه کامل محقق نمی‌شود و دانشمندان گفته‌اند که تا سه درصد اختلاف وجود خواهد داشت (اسلامی، ۱۳۸۶: ۲۳۴).

۳-۳. از بین بردن سلول‌های خارج شده از رحم

مسئلهٔ دیگر این است که آیا اتلاف و از بین بردن سلول‌های جدا شده از رحم که در آزمایشگاه نگهداری می‌شوند، جایز است؟ آیا باید حتماً آن‌ها را در رحم زن قرار داد تا مسیر تشکیل جنین و تولد را سپری کنند؟

احتمال حرمت در اینجا وجود دارد؛ چون همان طور که قبلاً گذشت، مستفاد از روایات، حرمت از بین بردن نطفه و مبدأ پیدایش آدمی است. بنابراین سلول‌های خارج شده از رحم، چون قابلیت تبدیل شدن به جنین را دارند، از بین بردن آن‌ها در آزمایشگاه مصداق از بین بردن نطفه و حرام است.

ولی آیهٔ الله خوبی در جواب استفتایی مرقوم داشته‌اند که از بین بردن نطفهٔ آدمی خارج از رحم مانعی ندارد:

«لا بأس بإتلاف تلك الأجنة فإن قتل الجنين المحرم إنما هو فيما إذا كان في رحم وأما في الخارج فلا دليل على حرمة إتلافه» (موسوی خوبی، ۱۴۱۶: ۳۵۱/۱).

بنابراین طبق این دیدگاه، از بین بردن سلول‌های تلقیحی در آزمایشگاه اشکالی ندارد؛ زیرا آنچه حرمت دارد، از بین بردن نطفه و جنین داخل رحم است و دلیلی بر حرمت اتلاف نطفهٔ خارج رحم وجود ندارد. حق با ایشان است و مستفاد از روایات، حرمت از بین بردن نطفه‌ای است که در داخل رحم و در مسیر رشد جنین است و از

بین بردن مجرد مبدأ پیدایش انسانی که هنوز در رحم مستقر نشده باشد، حرام نمی‌باشد. دلیل بر این ادعا صحیحۀ رفاعه است:

رفاعه می‌گوید: به امام صادق علیه السلام عرض کردم که کنیزی خریدهام و چه‌بسا به سبب فاسد شدن خون یا نفخ در رحم، خون حیض او قطع می‌شود و بعد از خوردن دارویی، همان روز خون می‌بیند، آیا این کار جایز است؛ در حالی که نمی‌دانم قطع خون به سبب حامله شدن است یا به علت دیگر؟ امام علیه السلام فرمود: این کار را نکن. عرض کردم: گاهی قطع خون او بعد از گذشت یک ماه است و اگر به سبب حاملگی بود، باید نطفه‌ای مانند نطفه مردی که عزل می‌کند، باشد. امام علیه السلام فرمود: هر گاه نطفه منعقد شده در رحم قرار بگیرد، تبدیل به لخته خون (علقه)، سپس به تکه گوشتی (مضغه) می‌شود و بعد از آن هر چه خواست خدا باشد، همان می‌شود. ولی اگر نطفه در رحم قرار نگیرد، از او چیزی خلق نمی‌شود، پس هر گاه یک ماه از قطع عادت کنیز می‌گذرد، به او دوا نده و در زمانی که خون می‌بیند، دوا خوردن جایز است.^۱

بر اساس این روایت، هر گاه نطفه در مسیر تکامل و رشد، تبدیل به جنین شود، اتلاف و از بین بردن آن حرام است. ولی دلیلی بر حرمت مطلق مبدأ نشوء آدمی گرچه در خارج رحم باشد و در حالی باشد که رشد و تکامل آن متوقف شده است، نداریم. بنابراین از بین بردن سلول‌های تلقیحی خارج شده از رحم در آزمایشگاه اشکالی نخواهد داشت.

در رابطه با حکم تکلیفی عمل همزادسازی، برخی این عمل را با دو شرط جایز می‌دانند: اول اینکه باعث به خطر افتادن و ضرر رساندن به سلول تلقیحی و جنین باقی‌مانده در رحم نشود، و دوم اینکه منجر به اختلال نظام و هرج و مرج در جامعه نشود؛ به طوری که تشخیص ظالم از مظلوم، محرم از نامحرم، مدعی از منکر و... میسر نباشد (حائری، بی‌تا: ۲۵۳).

۱. «عن رفاعة قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: اشترت الجارية فرّما احتبس طمئها من فساد أو ریح فی رحم فتسقی دواءً لذلك فتطمئن من یومها. أفیجوز لی ذلك وأنا لا أدری من حبل هو أو غیره؟ فقال لی: لا تفعل ذلك. فقلت له: إنّه إنمّا ارتفع طمئها منها شهراً ولو كان ذلك من حبل إنمّا كان نطفة الرجل الذی یعزل. فقال لی: إنّ النطفة إذا وقعت فی الرحم تصیر إلى علقة ثمّ إلى مضغة ثمّ إلى ما شاء الله وإنّ النطفة إذا وقعت فی غیر الرحم لم یخلق منها شیء فلا تسقها دواءً إذا ارتفع طمئها شهراً وجاز وقتها الذی کانت تطمئن فیهِ» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۳۳۸/۲).

۴. برخی از احکام وضعی مترتب بر همزادسازی

۴-۱. انتساب

طفلی که از طریق عمل همزادسازی و تکثیر سلول‌های تلقیحی متولد می‌شود، به چه کسی منتسب و پدر و مادر حقیقی او چه کسی است؟ در اینجا باید حکم انتساب نسب پدر و مادر جداگانه بحث و بررسی شود.

۴-۱-۱. انتساب از ناحیه پدر

در همزادسازی، سلول تلقیحی و جنین از ترکیب سلول غیر جنسی با تخمک تهی‌شده زن تشکیل شده است. گرچه به حسب معنای لغوی، تولد به وجود آمدن شیئی از شیء دیگر است (طریحی، ۱۴۱۶: ۵۵۱/۴)، مثل اینکه می‌گویند: «إِنَّ الْحَرَارَةَ تَوْلَدَتْ مِنَ النَّارِ» (حرارت از آتش متولد شد)، در موضوع بحث نیز این طفل از همان سلول غیر جنسی متولد شده و به وجود می‌آید، ولی در موضوع نسب علاوه بر مفهوم تولد حقیقی، باید عناوین انتزاعی مثل «أب و أم» عرفاً صادق باشد تا انتساب صحیح باشد؛ در حالی که در صدق عرفی مفهوم «أب» (پدر)، تکوّن از «ماء الرجل» (سلول جنسی و اسپرم مرد) معتبر است و مجرد نشوء و مصدریت برای تحقق عنوان ولد کافی نیست. بنابراین چون در صدق مفهوم پدر، تکوّن از سلول جنسی معتبر است، لذا در همزادسازی که از سلول غیر جنسی استفاده می‌شود، مفهوم «أب» صادق نیست و طفل همزادسازی‌شده به پدر منتسب نمی‌باشد.

برخی از فقهای معاصر اهل سنت نیز معتقدند که در عملیات شبیه‌سازی انسانی اساساً مفهوم پدری یکسره از میان می‌رود و هیچ اثری از پدر در نوزاد شبیه‌سازی‌شده دیده نمی‌شود (خادمی، ۱۴۲۵: ۷۲).

۴-۱-۲. انتساب از ناحیه مادر

اگر سلول تلقیحی، به رحم همان زنی که تخمک از او گرفته شده، انتقال داده شود، در این صورت که صاحب رحم با صاحب تخمک یک نفر است، مشکلی از ناحیه انتساب به مادر نداریم و مادر این طفل همین زنی است که هم تخمک از اوست و هم

طفل از او زاییده شده است. ولی اگر صاحب رحم و صاحب تخمک دو نفر باشند، تخمک از زنی گرفته شود و با سلول غیر جنسی مردی تلقیح شود و در رحم زن دیگری قرار داده شود، در این صورت، مادر این طفل چه کسی می‌باشد؟ زن صاحب رحم که بچه از او متولد می‌شود یا زن صاحب تخمک که تخمک از او گرفته شده است؟ با توجه به ملاک‌های مادری در اینجا چهار دیدگاه موجود دارد:

۱-۲-۱-۴. دیدگاه اول

این است که ملاک مادری، صاحب رحم بودن است و مادر شخصی است که بچه را زاییده است. بر این سخن دو دلیل می‌توان اقامه کرد:

۱. به حسب متفاهم عرفی، مادر بودن به این است که جنین در رحم شخصی قرار بگیرد و از او تغذیه کند و از او هم متولد شود. بنابراین در عرف، مادر حامل جنین است و ملاک مادر بودن حمل جنین است؛ همان طور که در لغت هم آمده که «الأم هی الوالدة» (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۴۶۷/۳). در ادله شرعیه هم به این حیثیت حمل جنین توجه ویژه‌ای شده و در آیات کریمه هم جایی که صحبت از مادر و لزوم احترام به مادر است، از مادر به عنوان حامل جنین یاد شده است: «حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهَنَا عَلَى وَهْنٍ» (لقمان/ ۱۴) (مادرش او را با زحمت حمل کرد)؛ «حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كَرْهًا وَوَضَعَتْهَا كَرْهًا» (احقاف/ ۱۵) (مادرش او را به دشواری حمل کرد و به دشواری به دنیا آورد)؛ «وَإِذَا نَمَّتُ اجْنَتَهُ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ» (نجم/ ۳۲) و...، که در همه آن‌ها، آنچه در مفهوم مادری مورد توجه قرار گرفته، حیثیت حمل و ولادت طفل از او می‌باشد و اینکه مادر، پناه و پرورش‌دهنده جنین بوده است و حیثیت اخذ تخمک از او در فهم عرفی و آیات کریمه لحاظ نشده است. بنابراین همان طور که در ارتکاز و فهم عرفی نسبت به زن، حیثیت ظرفیت لحاظ شده است، در آیات کریمه و روایات هم به این حیثیت در مورد زن توجه شده است و حامل جنین و زن نگهدارنده جنین، مادر حقیقی می‌باشد.

۲. اگر از جهت فهم عرفی هم تردید وجود داشته باشد، ولی به واسطه دلیل شرعی که در مقام تعیین ملاک مادر بودن است، شک برطرف می‌شود. در سوره مبارکه مجادله در مورد ظاهر آمده است: «الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا

اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ» (مجادله/ ۲)؛ «آنان که با زنانشان زهار می‌کنند، آن زنان، مادران آنها حساب نمی‌شوند؛ بلکه مادرانشان کسانی‌اند که آنها را زاییده‌اند».

از این آیه مبارکه استفاده می‌شود که مادر حقیقی شخص، حامل جنین است و آن کسی است که بچه از او متولد می‌شود و ملاک در مادری، صاحب رحم بودن است. به این دیدگاه اشکالاتی شده است که باید از آنها جواب داد:

۱. در آیه شریفه تعبیر «ولدنهم» آمده است. ولادت در لغت به معنای تکون شیئی از شیء دیگر است؛ همان طور که گفته می‌شود: «إِنَّ الْحَرَارَةَ تَوْلَدَتْ مِنَ النَّارِ»؛ حرارت از آتش پدید آمد. لذا والده حقیقی صاحب تخمک می‌باشد؛ چون جنین از تخمک به وجود آمده و پدیدار شده است.

در پاسخ به این اشکال می‌توان گفت که عنوان ولادت در عرف به معنای زاییدن است و زمانی که این تعبیر برای زن به کار می‌رود، مراد زنی است که بچه را زاییده است که منحصراً صاحب رحم می‌باشد و در صدق عرفی عنوان ولادت، تکون از شیء لحاظ نشده است.

۲. حصر در آیه شریفه حصر حقیقی نیست؛ بلکه حصر اضافی است. صاحب حدائق می‌گوید:

«إِنَّ الْحَصْرَ الْمَذْكُورَ فِي الْآيَةِ إِنَّمَا هِيَ إِضَافِيٌّ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْمَظَاهِرَةِ وَتَسْمِيَةِ الْمَظَاهِرِ لَزَوْجَتِهِ أُمَّاً» (بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۳/۴۴۳).

آیه مبارکه در مقام نفی توهم مردم نازل شده که خیال می‌کردند به مجرد زهار، زن‌های آنها مادرشان می‌شوند و احکام مادری بار خواهد شد. آیه در مقام ردع آنها می‌گوید:

«همسران شما مادرانتان نمی‌شوند؛ بلکه مادران شما کسانی هستند که شما را زاییده‌اند».

پس در مقابل همسران، مادر صاحب رحم می‌باشد و حصر اضافی مراد است، نه اینکه در تمام موارد، ملاک مادری به صاحب رحم بودن است؛ حتی در موارد دوران بین صاحب تخمک و صاحب رحم. خلاصه اینکه چون حصر در آیه حقیقی نیست،

نمی‌توان از آن، ضابط و ملاک کلی مادر بودن را به دست آورد.

پاسخ این است که گرچه احتمال اضافی بودن حصر داده می‌شود، ولی وجهی برای تعیین حصر اضافی نیست؛ بلکه ظهور اولیه خطاب و تعلیل در این است که حصر حقیقی باشد و آیه شریفه در مقام اعطای یک ضابط و ملاک کلی در مورد مادر بودن است که ملاک مادری به ولادت و صاحب رحم بودن است که این کبرای کلی در موردظهار هم تطبیق می‌شود که زوجه موردظهار مادر نمی‌شود؛ چون ملاک کلی مادر بودن به ولادت می‌باشد. بنابراین می‌توان به آیه شریفه به عنوان اعطاء ضابط و ملاک کلی در مادر بودن استدلال نمود.

۲-۲-۱۴. دیدگاه دوم

ملاک مادری به صاحب تخمک بودن است و آن زنی که تخمک از او اخذ می‌شود، مادر حقیقی و شرعی طفل است. امام خمینی در بحث تلقیح مصنوعی (موسوی خمینی، بی‌تا: ۶۲۳/۲)، مقام معظم رهبری (حسینی خامنه‌ای، ۱۴۲۴: ۳۲/۲)، سیدکاظم حائری (بی‌تا: ۲۴۶)، سیدسعید حکیم (۱۴۲۲: ۳۴۳)، منتظری (منتظری نجف‌آبادی، ۱۴۲۷: ۸۸) و فاضل موحدی لنکرانی (بی‌تا: ۹۵) قائل به این نظریه شده‌اند.

قائلان به این دیدگاه چنین استدلال کرده‌اند که ویژگی‌های ارثی از صاحب تخمک به طفل می‌رسد و همان‌طور که در ناحیه پدر، اسپرم مرد دخالت در تحقق عنوان پدری دارد، در ناحیه مادر هم تخمک زن در تحقق عنوان مادری دخالت دارد و از نظر علمی نیز طفل و جنین تشکیل شده از اسپرم مرد و تخمک زن هر دو می‌باشد. (ر.ک: مؤمن قمی، ۱۴۱۵: ۹۸).

در پاسخ به این دیدگاه می‌توان گفت که اولاً: همان‌طوری که در ذیل نظریه اول بیان شد، در مفهوم عرفی مادر حیثیت تکون از تخمک زن اخذ نشده است؛ بلکه آنچه مرتکز و ملحوظ در ذهن عرف عام نسب به مفهوم مادری است، همان حامل جنین بودن است و مادر همان والده و زن صاحب رحم است که طفل را زاییده و بچه از او متولد می‌شود. همین‌طور در آیات و روایات هم از مادر به عنوان حامل جنین یاد شده است.

ثانیاً: حتی اگر در بحث تلقیح مصنوعی ملاک مادری را به صاحب تخمک بودن بدانیم، ولی در بحث شبیه‌سازی و همزادسازی نمی‌توانیم مادر را صاحب تخمک بدانیم؛ چون در عملیات شبیه‌سازی، تخمک زن از هسته و سیتوپلاسم خود تهی شده و همهٔ کروموزوم‌های آن که حاوی ژن‌های وراثتی است، خارج شده است. لذا تخمک زن فقط به منزلهٔ قشاء و پوسته است و دخالتی در تکوین جنین جز از باب ظرف و محل بودن ندارد. به تعبیر دیگر در اینکه ملاک مادری صاحب تخمک باشد، دو ویژگی معتبر است: یکی ارائهٔ تخمک و دوم نقش داشتن تخمک در خاصه‌های ژنتیکی فرزند، و در شبیه‌سازی و همزادسازی شرط دوم مفقود است. لذا نمی‌توان قائل شد که مادر طفل شبیه‌سازی شده، آن زنی است که تخمک از او گرفته شده است (مرتضوی، ۱۳۹۵: ۱۴۷).

۳-۲-۱-۴. دیدگاه سوم

ملاک در مادر بودن، صاحب رحم و صاحب تخمک بودن با هم است و هر دو خصوصیت در صدق عنوان مادری باید وجود داشته باشد. لذا در مواردی که صاحب رحم و صاحب تخمک تغایر دارند و دو نفر می‌باشند، هیچ کدام مادر نمی‌باشد؛ چون آنچه در ازمینهٔ سابق محقق بوده، این است که مادر کسی است که صاحب رحم و تخمک باشد و این دو یکی بوده و یک مصداق داشته است و تمام ادله‌ای که احکام مادری را بیان کرده، مقصود همان شخص بوده که هم صاحب رحم بوده و هم صاحب تخمک (حسینی سیستانی، ۱۴۲۸: ۴۲۲).

اشکال این دیدگاه آن است که گرچه مصداق مادر در ازمینهٔ گذشته شخصی بوده که هم صاحب تخمک و هم صاحب رحم بوده است، ولی وجود خصوصیات متعدد در ازمینهٔ سابق، مقومات مفهوم مادر را تعیین نمی‌کند؛ بلکه باید ببینیم عرف کدام یک را ملاک مادری می‌داند. اگر به حسب استظهار عرفی، یکی از آن دو را به عنوان ملاک مادری انتخاب و تقویت نمودیم، دیگر نوبت به این دیدگاه سوم نخواهد رسید.

۴-۲-۱-۴. دیدگاه چهارم

بر هر یک از صاحب تخمک و صاحب رحم عنوان مادری صادق خواهد بود؛

چون تخمک از یکی و پرورش از دیگری است. لذا این طفل دو مادر خواهد داشت و احکام مادری مثل حرمت ازدواج شامل هر دو مادر می‌شود و نسبت به حق حضانت مادر نیز به تناوب عمل خواهد شد. از مراجع معاصر، موسوی اردبیلی این نظریه را قبول نموده است. ایشان در جواب استفتایی چنین مرقوم داشته است:

«طفلی که به طریق مذکور متولد شود، به مادر صاحب تخمک و به مادری که طفل در رحم او پرورش یافته، ملحق می‌شود؛ یعنی این بچه، دو مادری محسوب می‌شود و به هر دوی این زن‌ها احکام مادری تعلق پیدا می‌کند» (موسوی اردبیلی، ۱۳۷۷: ۴۰۷/۱).

دلیل دیدگاه چهارم این است که ادله و نصوص شرعیه نسبت به مفهوم مادری دو نوع‌اند: در یک قسم ادله، از مادر به عنوان حامل جنین یاد کرده و بر حیثیت صاحب رحم بودن و ولادت طفل از او توجه شده است؛ مانند آیات شریفه «حَمَلْتَهُ أُمُّهُ وَهِنًا عَلَيَّ وَهْنِي» (لقمان/ ۱۴)؛ «حَمَلْتَهُ أُمُّهُ كَرْهًا وَوَضَعْتَهُ كَرْهًا» (احقاف/ ۱۵) و «وَإِذَا أَنْتُمْ أُمَّهَاتٌ مَنُحَنَاتٌ مِمَّا وَجَدْتُمْ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ» (نجم/ ۳۲) و روایاتی که در دیدگاه اول به آن‌ها اشاره شد.

و در قسم دیگر ادله شرعیه به حیثیت تکون از تخمک زن (ماء المرأه) توجه شده است؛ مثل آیه شریفه «إِنَّا خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ أَمْشَاجٍ» (دهر/ ۲) (ما انسان را از نطفه مخلوط [اسپرم مرد و تخمک زن] خلق نمودیم) یا «الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً» (نساء/ ۱) که از زن و مرد (نطفه آن‌ها) افراد دیگر متولد می‌شوند و روایت «اختراروا لنطفكم فإنَّ الخال أحد الضجيعين» (حرر عاملی، ۱۴۰۹: ۴۸/۲۰) و «تخیروا لنطفكم فإنَّ الأبناء تشبه الأحوال» (کلینی، ۱۴۰۷: ۵۹۰/۱۰)؛ چون طفل خصوصیات وراثتی و زن‌ها را از مادرش اخذ می‌کند، شبیه دایی‌اش می‌شود، پس «ماء المرأه» و تخمک زن، تأثیر در طفل دارد و در مفهوم مادری فقط حیثیت ظرفیت مورد لحاظ نیست؛ بلکه حیثیت تکون طفل از تخمک او هم لحاظ شده است.

بنابراین با توجه به اینکه برخی از ادله شرعی در مفهوم مادری به حیثیت حامل جنین بودن توجه کرده‌اند و در برخی حیثیت تکون از «ماء المرأه» و صاحب تخمک بودن لحاظ شده است، در نتیجه تحقق مفهوم مادری هر یک به تنهایی کفایت می‌کند و بر هر کدام از صاحب رحم و صاحب تخمک عنوان مادری صادق است. این دیدگاه دارای دو اشکال است:

۱. در آیات شریفه در توصیف مادر که به صفت حمل و وضع طفل اشاره شده و صفات خاصی را برجسته کرده است، دلالت ندارد که ملاک مادری، حمل و صاحب رحم بودن است. همچنین از آیات ذکرشده در قسم دوم هم اگر بپذیریم که در مقام بیان تأثیر «ماء المرأة» و تخمک زن در طفل می‌باشد، ولی نمی‌توان از آن‌ها استظهار کرد که ملاک مادر بودن به صاحب تخمک بودن فقط است. لذا از این ادله شرعی نمی‌توان ملاک مادری را کشف نمود؛ بلکه مهم همان استظهار عرفی و فهم عرف در ملاک مادری است که قبلاً به آن اشاره شد.

۲. اگر بپذیریم که دو قسم از ادله در بیان ملاک مادری داریم، مقتضای جمع بین ادله، این نمی‌شود که تحقق هر یک کافی است؛ بلکه باید بگوییم اجتماع هر دو برای تحقق عنوان مادری لازم است که همان دیدگاه سوم خواهد شد؛ یعنی مادر کسی است که هم تخمک از او گرفته شود و هم بچه از او زاییده شود.

همچنین آیات عظام اراکی (۱۳۷۳: ۲۵۰) و سیستانی (پایگاه اطلاع‌رسانی آیه‌الله سیستانی، بخش استفتانات) قائل به احتیاط شده و گفته‌اند نسبت به ترتب احکام مادری بین صاحب تخمک و صاحب رحم رعایت احتیاط شود. دلیل این احتیاط آن است که علم اجمالی به وجود می‌آید که یکی از این دو زن صاحب رحم و صاحب تخمک، مادر است، لذا نسب به احکام لزومیه مثل حرمت نکاح و وجوب انفاق و... نسبت به هر دو طرف باید احتیاط نمود.

۴-۲-۵. دیدگاه مختار

از بررسی نصوص و ادله مختلف می‌توان به این نتیجه رسید که حق در این مسئله، دیدگاه اول است. زیرا ملاک در مادر بودن به مقتضای فهم عرفی و ادله شرعی، ولادت و صاحب رحم بودن است. آیه‌الله خویی هم در جواب استفتایی، ملاک در مادری را ولادت و صاحب رحم بودن معین نموده و چنین مرقوم داشته است:

«زنی که نطفه در رحمش قرار گرفته، مادر شرعی بچه است. مادر کسی است که بچه را به دنیا می‌آورد؛ چنان که کلام خدا این گونه اقتضاء دارد: «الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ» (مجادله/ ۲): کسانی که با زنانشان ظهار می‌کنند، این زنان مادرانشان نیستند. مادرانشان فقط زنانی هستند که آن‌ها را

زایده‌اند» (موسوی خویی، ۱۴۱۲: ۹۹).

همچنین آیات عظام تبریزی (۱۴۲۷: ۲۸۰/۹) و سیدمحمد شاهرودی در بحث تلقیح مصنوعی، ملاک مادری را صاحب رحم بودن دانسته‌اند (پایگاه اطلاع‌رسانی آیه‌الله شاهرودی، بخش استفتانات).

۳-۱-۴. نسب خواهری و برادری بین اطفال شبیه‌سازی شده

بحث دیگر در باب نسب اطفال همزادسازی شده، اینکه آیا بین این اطفال که از طریق عملیات همزادسازی متولد شده‌اند و بین این چندقلوهای مشابه، نسب خواهری و برادری صادق است؟

بدیهی است که در صدق عنوان «أخ» و «أخت»، انتساب به پدر و مادر تأثیر دارد. لذا بستگی به این دارد که در بحث گذشته، انتساب به پدر و مادر را پذیرفته باشیم یا خیر؟ اگر این اطفال شبیه‌سازی شده از سلول جنسی و اسپرم مرد واحدی به وجود آمده باشند، انتساب به پدر ثابت است؛ در نتیجه برادر و خواهری از ناحیه پدر با هم دارند. ولی اگر از سلول غیر جنسی شخصی به وجود آمده باشند، انتساب به پدر منتفی خواهد بود؛ در نتیجه برادر و خواهر پدری نمی‌شوند. در ناحیه برادر و خواهر مادری بودن اگر ملاک مادری را به صاحب رحم بودن بدانیم، همه این اطفال به تناوب از رحم یک زن متولد شده باشند، طبعاً برادر و خواهر مادری می‌شوند؛ ولی اگر از رحم‌های متعدد متولد شده باشند، مادر مشترک نخواهند داشت، لذا برادر و خواهر مادری نمی‌شوند. همچنین اگر ملاک مادری را به صاحب تخمک بودن بدانیم و در تولد همه این اطفال از تخمک یک زن استفاده شده باشد، آن زن مادر مشترک آن‌ها می‌شود و برادر و خواهر مادری خواهند شد. اگر عنوان برادر و خواهر پدری و مادری بین آن‌ها محقق نشود، با یکدیگر اجنبی حساب می‌شوند و جواز نکاح بین آن‌ها ثابت می‌شود.

۴-۲. خرید و فروش سلول‌های تلقیحی برای عملیات همزادسازی

آیا سلول تلقیحی تکثیر یافته در رحم را می‌توان به متقاضیان باروری فروخت؟ همان طور که در بحث شبیه‌سازی گذشت، نسبت به خرید و فروش سلول‌های

تلقیحی، اشکالات سه گانه وجود دارد:

۱. سلول تلقیحی از اعضای بدن انسان به شمار می‌رود و انسان مالک اعضای بدن خویش نیست تا بتواند آن‌ها را بفروشد؛ در حالی که ملکیت مبیع یکی از شرایط صحت بیع است: «لا بیع إلا فی ملک» (احسائی، ۱۴۰۵: ۲/۲۴۷). همچنین در اینجا اخذ پول در مقابل رفع ید از حق اختصاص شخص نسبت به سلول که بازگشت به هبه مشروطه دارد، نیز صحیح نمی‌باشد؛ چون این حق اختصاص قابل انتقال به دیگری نمی‌باشد؛ زیرا با نهی شارع که فرزنددار شدن دیگران از این سلول تکثیر یافته را منع نموده است، انتقال این حق به دیگران معنا ندارد (مرتضوی، ۱۳۹۵: ۱۳۸).

۲. گرچه سلول‌های تلقیحی متقاضی و خواهان دارد، ولی شارع مقدس منافع مقصوده از آن را مورد نهی و منع خود قرار داده و اجازه استفاده از این سلول‌ها را جهت باروری و فرزنددار شدن نداده است. بنابراین با توجه به تحریم منفعت مقصوده آن، مالیت سلول تکثیری الغاء شده است؛ در نتیجه فروش آن به خاطر عدم مالیت مبیع باطل است (ر.ک: همو، ۱۳۹۵: ۱۳۵).

۳. با بیرون آوردن سلول تکثیر یافته از رحم، عنوان جزء جدا شده از بدن انسان صادق می‌شود و فقها قائل شده‌اند که جزء جدا شده از بدن انسان زنده نجس می‌باشد (فاضل موحدی لنگرانی، بی‌تا: ۲۱۵) و خرید و فروش اعیان نجس جایز نیست. البته در جای خود در فقه بیان شده که مجرد نجاست، مانع از صحت بیع نیست (ر.ک: انصاری، ۱۴۱۵: ۳۳/۱)؛ بلکه صحت بیع تابع وجود منفعت عقلاییه است. بنابراین عمده، اشکال دوم است که با تحریم شارع، منفعت و مالیت سلول‌های تلقیحی الغاء شده است. نتیجه اینکه خرید و فروش سلول‌های تلقیحی جایز نیست.

بحث قابل طرح دیگر اینکه بعد از تولد اطفال همزادسازی شده آیا می‌توان این اطفال را به خانواده‌هایی که فرزنددار نمی‌شوند یا مراکزی که متقاضی هستند، فروخت یا خیر؟

در این رابطه، اشکال عمده این است که مالک شدن نسبت به موجود زنده سبب مملک می‌خواهد (ر.ک: هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳: ۴/۲۱۰) و حال آنکه کسی نمی‌تواند مالک انسان زنده دیگری شود و او را در معرض خرید و فروش قرار دهد؛ در حالی که

قوام خرید و فروش و صحت بیع به مالکیت مبیع می‌باشد. بنابراین چون طفل شبیه‌سازی شده انسان حرّ و آزادی است که ملک کسی نمی‌باشد، قابل خرید و فروش نیست. همچنین چون حق اختصاص نسبت به طفل متولد شده هم قابل تصور نیست، هبه مشروط از باب رفع ید از حق اختصاص و اخذ پول بدین صورت هم جایز نخواهد بود، چون انسان زنده، متعلق حق اختصاص و سلطنت کسی قرار نمی‌گیرد.

۳-۴. ثبوت دیه در اتلاف سلول‌های تلقیحی

بعد از تلقیح سلول غیر جنسی با تخمک تهی شده از هسته و قرار دادن آن در رحم، این سلول تلقیحی شروع به تقسیم و تکثیر می‌کند. در این مراحل تقسیم و تکثیر، از نظر حکم تکلیفی ذکر گردید که از بین بردن و اتلاف این سلول‌های تکثیر شده جایز نیست. حال حکم وضعی آن مورد بحث است که آیا از بین بردن این سلول‌ها مستلزم ثبوت دیه می‌باشد یا خیر؟

به حسب مستفاد از روایات (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۲۹/۲۹) و کلمات فقها (ر.ک: نجفی، ۱۴۰۴: ۳۶۸/۴۳؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۴۶۲/۱۱)، از بین بردن نطفه‌ای که در مسیر تبدیل به جنین قرار گرفته، دیه دارد. بنابراین از بین بردن سلول‌های تکثیر شده، حکم از بین بردن نطفه در رحم را دارد که دیه ثابت در آن، ۲۰ دینار شرعی است. در روایت ابن مسکان از امام صادق علیه السلام آمده است:

«دیه الجنین خمسة أجزاء؛ خمس للنطفة عشرون دينارًا وللعلقة خمسان أربعون دينارًا وللمضغة ثلاثة أخماس ستون دينارًا...» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۲۹/۲۹)؛ دیه جنین پنج قسمت می‌شود: خمس آن مربوط به از بین بردن نطفه است که در آن بیست دینار ثابت می‌شود. دو خمس آن مربوط به از بین بردن علقه است که چهل دینار ثابت می‌شود و سه خمس دیگر آن مربوط به از بین بردن حالت مضغه است که شصت دینار می‌شود....

بنابراین با توجه به این روایت، سلول‌های تکثیر یافته در رحم چون در مسیر تشکیل جنین قرار گرفته و قابلیت تولد آدمی را پیدا کرده‌اند، هر کاری که موجب از بین بردن آن‌ها شود، مستلزم ثبوت دیه می‌شود که دیه آن ۲۰ دینار شرعی می‌باشد.

نتیجه گیری

۱. در رابطه با حکم تکلیفی تکثیر سلول‌های تلقیحی و خارج ساختن برخی از آن‌ها در مرحله تکثیر از رحم و باقی گذاشتن یک سلول تلقیح یافته در رحم، چون این عملیات تضمین شده نیست و موجب به خطر افتادن سلامت سلول تلقیحی و جنین داخل رحم می‌شود، این کار جایز نمی‌باشد؛ زیرا مصداق از بین بردن نطفه و مبدأ پیدایش آدمی می‌باشد.
۲. همچنین قرار دادن سلول‌های تلقیحی جدا شده، در رحم شخص اجنبی حرام است؛ زیرا به مقتضای نصوص معتبر، رحم هر زنی فقط ظرف و وعاء نطفه همسرش می‌تواند باشد.
۳. از بین بردن سلول‌های تلقیحی در آزمایشگاه اشکالی ندارد؛ زیرا آنچه حرمت دارد، از بین بردن نطفه و جنین داخل رحم است و دلیلی بر حرمت اتلاف نطفه خارج رحم وجود ندارد.
۴. در بحث احکام وضعی طفلی که از راه همزادسازی متولد می‌شود، ذکر گردید که این طفل پدر ندارد؛ زیرا از نطفه و سلول جنسی متولد نشده است. در رابطه با انتساب به مادر نیز اگر سلول تلقیحی به رحم همان زنی که تخمک از او گرفته شده، انتقال داده شود، در این صورت که صاحب رحم با صاحب تخمک یک نفر است، مشکلی از ناحیه انتساب به مادر نداریم. ولی اگر صاحب رحم و صاحب تخمک دو نفر باشند، تخمک از زنی گرفته شود و با سلول غیر جنسی مردی تلقیح شود و در رحم زن دیگری قرار داده شود، در این صورت، چهار دیدگاه مطرح شد که دیدگاه اول که ملاک در مادر بودن را بر اساس فهم عرفی و ادله شرعی ولادت، صاحب رحم بودن می‌دانست، مورد تأیید قرار گرفت. اثبات نسب خوهری و برادری بین اطفال شبیه‌سازی شده نیز تابع پذیرش انتساب به پدر و مادر است.
۵. خرید و فروش سلول‌های تلقیحی به جهت ابتلا به اشکالات سه گانه حرام است.
۶. فروش اطفال همزادسازی شده به خانواده‌هایی که فرزنددار نمی‌شوند یا مراکزی که متقاضی هستند، جایز نمی‌باشد.

۷. دیه در اتلاف سلول‌های تلقیحی به حسب مستفاد از روایات و کلمات فقها ثابت است. بنابراین از بین بردن نطفه‌ای که در مسیر تبدیل به جنین قرار گرفته، حکم از بین بردن نطفه در رحم را دارد که دیهٔ ثابت در آن، ۲۰ دینار شرعی است.

کتاب‌شناسی

۱. ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، چاپ سوم، بیروت، دار الفکر، ۱۴۱۴ ق.
۲. احسایی، ابن ابی‌جمهور، عوالی اللئالی، قم، دار سیدالشهداء علیه‌السلام، ۱۴۰۵ ق.
۳. اراکی، محمدعلی، استفتانات، قم، معروف، ۱۳۷۳ ش.
۴. اسلامی، سیدحسین، شبیه‌سازی انسانی از دیدگاه آیین کاتولیک و اسلام، تهران، مرکز مطالعات و تحقیقات ادیان و مذاهب، ۱۳۸۶ ش.
۵. انصاری، مرتضی، المکاسب، قم، کنگره شیخ انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۶. بحرانی، یوسف، الحدائق الناظرة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۷. تبریزی، جواد، صراط النجاة، قم، دار الصدیقه، ۱۴۲۷ ق.
۸. حائری، سیدکاظم، الفتاوی المنتخبه، قم، دفتر معظم‌له، بی‌تا.
۹. همو، «شبیه‌سازی انسان»، مجله فقه اهل بیت علیه‌السلام، قم، شماره ۵۵، پاییز ۱۳۸۷ ش.
۱۰. حرّ عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، قم، مؤسسه آل‌البتی، ۱۴۰۹ ق.
۱۱. حسینی خامنه‌ای، سیدعلی، اجوبه الاستفتانات، قم، دفتر معظم‌له، ۱۴۲۴ ق.
۱۲. حسینی سیستانی، سیدمحمدرضا، وسائل الانجاب الصناعیه، بیروت، دار المورخ العربی، ۱۴۲۸ ق.
۱۳. حکیم، سیدمحمدسعید، مرشد المغترب، توجیهات و فتاوی، نجف، دفتر معظم‌له، ۱۴۲۲ ق.
۱۴. خادمی، نورالدین مختار، الاستسناخ البشری بدعة العصر، بیروت، دار وحی القلم، ۱۴۲۵ ق.
۱۵. طریحی، فخرالدین، مجمع البحرین، چاپ سوم، تهران، مرتضوی، ۱۴۱۶ ق.
۱۶. فاضل موحدی لنکرانی، محمد، احکام پزشکان و بیماران، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیه‌السلام، بی‌تا.
۱۷. فاضل هندی، محمد، کشف اللثام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
۱۸. فتاحی معصوم، سیدحسین، مجموعه مقالات سومین همایش دیدگاه‌های اسلام در پزشکی، مشهد، معاونت پژوهشی دانشگاه علوم پزشکی مشهد، ۱۳۸۴ ش.
۱۹. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، الکافی، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۲۰. مرتضوی، سیدمحسن، شبیه‌سازی انسان در آینه فقه، قم، مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی، ۱۳۹۵ ش.
۲۱. مکارم شیرازی، ناصر، مشکلات مهم تلقیح مصنوعی، قم، مدرسه امیرالمؤمنین علیه‌السلام، ۱۳۹۴ ش.
۲۲. منتظری نجف‌آبادی، حسینعلی، احکام پزشکی، چاپ سوم، قم، سایه، ۱۴۲۷ ق.
۲۳. مؤمن قمی، محمد، کلمات سدیدیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۵ ق.
۲۴. موسوی اردبیلی، عبدالکریم، استفتانات، قم، نجات، ۱۳۷۷ ش.
۲۵. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، تحریر الوسیله، قم، دار العلم، بی‌تا.
۲۶. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، صراط النجاة، قم، المنتخب، ۱۴۱۶ ق.
۲۷. همو، مسائل وردود، قم، دار الهادی، ۱۴۱۲ ق.
۲۸. نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۲۹. هاشمی شاهرودی، سید محمود، موسوعة الفقه الاسلامی، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، ۱۴۲۳ ق.

تحلیل فقهی و حقوقی

جایگاه «توصیف» امر موضوعی

در دادرسی مدنی*

- رضا دریائی^۱
- مصطفی کربلانی آقازاده^۲

چکیده

دادرسی از آغاز تا پایان هر مقطعی از مراحل دادرسی، بی‌نیاز از توصیف امر موضوعی دعوی نیست. به دلیل روشن نبودن مفهوم و قلمرو امر موضوعی و امر حکمی در حقوق ایران، مرجع صالح جهت توصیف امر موضوعی در دادرسی مدنی در هاله‌ای از ابهام است. اندیشمندان حقوقی عمدتاً با اقتباس از حقوق دانان فرانسوی نفیاً یا اثباتاً درباره‌ی اینکه توصیف در اختیار دادرسی است یا خیر اظهار نظر نموده‌اند. نوشتار حاضر با اتکا بر تقسیم موضوعات در فقه به مستنبطه و غیر مستنبطه، به بررسی جایگاه توصیف در میان امر موضوعی و حکمی می‌پردازد و پس از نقد و ارزیابی دلایل موافقان و مخالفان بازتوصیف امر موضوعی از سوی دادرسی، اثبات می‌نماید که «دادرسی مکلف است با رعایت تطابق نتیجه‌ی بازتوصیف با نتیجه‌ی مورد نظر اصحاب دعوی، عدم تغییر امر موضوعی دعوی و اصل تناظر،

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۷/۲۵ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۲/۲۰.

۱. استادیار دانشگاه گیلان (نویسنده‌ی مسئول) (reza.daryae@gmail.com).

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه مفید (mkaghazadeh64@gmail.com).

نسبت به بازتوصیف امر موضوعی اقدام نماید».

واژگان کلیدی: توصیف، بازتوصیف، اصل تناظر، امر موضوعی، امر حکمی، موضوعات مستنبطه، موضوعات غیر مستنبطه.

درآمد

به منظور فصل خصومت و کشف حقیقت، به موازات دادرسی، قیاسی قضایی متشکل از دو عنصر موضوعی و حکمی نزد دادرس شکل می‌گیرد. در دادرسی مدنی آنچه بر عهده اصحاب دعوی قرار دارد، ابراز و اقامه امر موضوعی است. اما پیدا کردن امر حکمی و انطباق آن با امر موضوعی منحصراً از وظایف دادرس محسوب می‌شود و لازم است که در استدلال قضایی وی منعکس گردد (شهیدی، ۱۳۸۵: ۸۰؛ انصاری، ۱۳۸۷: ۱۲۲). با توجه به پیوستگی موضوع و حکم و ارتباط تنگاتنگ میان آن دو که می‌توان آن را به رابطه علت و معلول تشبیه کرد، از آن جهت که اگر ماهیت موضوع مشخص نباشد، دادرس در مقام قضاوت نمی‌تواند رأی صادر نماید، نوشتار حاضر در مقام پاسخ به این پرسش است که توصیف یا شناخت امر موضوعی به عنوان مقدمه حکم، بر عهده چه شخصی از اشخاص مرتبط با دادرسی مدنی قرار دارد و در صورت توصیف امر موضوعی از سوی اصحاب دعوی، آیا دادرس پایبند به آن است یا با حصول شرایطی می‌تواند آن را بازتوصیف کند؟ برای نمونه اگر خواهان خواسته دعوی خود را خلع ید توصیف نماید، در حالی که به نظر دادگاه توصیف صحیح آن تخلیه ید است، آیا دادرس مکلف به بازتوصیف آن می‌باشد یا با توجه به آنکه دعوی مطابق قانون اقامه نشده، باید قرار عدم استماع دعوی صادر گردد؟ سابقه تحقیق در این باره در حقوق ما نشان می‌دهد که اندیشمندان حقوقی در رابطه با توصیف امر موضوعی عمدتاً تحت تأثیر حقوق دانان فرانسوی نفیاً یا اثباتاً سخن گفته‌اند؛ به طوری که از نظر برخی، توصیف جزئی از وظایف استنباطی دادرس قرار ندارد و او جز اعمال امر حکمی قابل انطباق بر امر موضوعی ارائه شده از سوی اصحاب دعوی، نمی‌تواند دخالت بیشتری در شناخت امر موضوعی نماید (غمامی و محسنی، ۱۳۸۶: ۹۴؛ انصاری، ۱۳۸۷: ۱۳۰) و از نظر برخی دیگر، از آنجا که امر حکمی تحت سیطره و تسلط دادرس است، توصیف نیز جزئی از فرایند استنباطی دادرس به عنوان مقدمه صدور رأی

به شمار می‌آید (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۸/۳؛ غمامی و اشراقی آرانی، ۱۳۸۹: ۲۶۹؛ خدابخش، ۱۳۹۰: ۸۴). با وجود این، هنوز ناگفته‌هایی از مسئلهٔ توصیف بر مبنای فقه امامیه وجود دارد. در پژوهش حاضر جهت یافتن پاسخ همسو و منطبق با فقه، در ابتدا با روش توصیفی و تحلیلی، مفاهیم امر موضوعی، امر حکمی در حقوق و فقه تبیین و سپس با مراجعه به منابع معتبر اسلامی، مرجع صالح توصیف، امکان و شرایط بازتوصیف بیان می‌گردد. به این ترتیب در ابتدا مفاهیم امر موضوعی و امر حکمی در حقوق، موضوع و حکم در فقه و همچنین مفهوم توصیف تشریح می‌گردد. سپس مرجع صالح توصیف مشخص و در خاتمه شرایط بازتوصیف امر موضوعی بیان خواهد شد.

۱. تحلیل مفهومی

۱-۱. تعریف امر موضوعی در حقوق

امر موضوعی که بدان موضوع یا واقعه^۱ نیز گویند، از نظر لغوی به معنای امر «مورد بررسی» است (دنکوب، ۱۳۹۰: ۱۵۵). از نظر اصطلاحی، برخی امر موضوعی را واقعه یا عمل حقوقی صرف نظر از حکم (Black: 2004: 628؛ محسنی، ۱۳۸۹: ۱۵۳) و برخی دیگر واقعه یا عمل حقوقی آن طور که وجود دارد، تعریف نموده‌اند (سلجوقی، ۱۳۵۵: ۸۵). در مقابل، گروهی دیگر به این دلیل که بین واقعه یا عمل حقوقی و حکم آن ارتباط تنگاتنگی است، حکم را جزئی لاینفک از امر موضوعی می‌دانند (انصاری، ۱۳۸۷: ۱۳۰). وقایع یا اعمال حقوقی مطروحه از سوی اصحاب دعوی به علت کثرت، دارای تنوع و ویژگی‌هایی است که برخی از آن‌ها دارای احوال، خواص و آثار متشابه زیادی با یکدیگرند. بررسی هر یک از این احوال، خواص و آثار به منظور شناخت وقایع یا اعمال حقوقی ارائه شده کاری دشوار است؛ زیرا گاه آن‌چنان پیچیده می‌شوند که ارزیابی و شناختشان نیازمند مراجعه به متخصص است. بر این اساس می‌توان گفت: «امر موضوعی مجموعهٔ وقایع و پدیده‌های مجرد از امر حکمی است که اصحاب دعوی در دادرسی به اعتبار صلاحیت‌های خود بیان می‌دارند».

1. Fact.

۲-۱. تعریف امر حکمی در حقوق

در برابر امر موضوعی، امر حکمی قرار دارد که در دادرسی مدنی به آن «حکم» یا «قانون» گویند. منظور از آن، کلیه قوانین، مقررات، قواعد و اصول حقوقی است که وضعیت یک واقعه یا امر موضوعی را مشخص می‌کند (Black, 2004: 1000; محسنی، ۱۳۸۹: ۱۹۹). این تعریف به روشنی نمی‌تواند موجب تمیز امر موضوعی از امر حکمی گردد؛ به ویژه در موضوعاتی که دارای ماهیتی پیچیده‌اند و تشخیص آن مستلزم فرایندی استنباطی است؛ نظیر مفاهیم تقصیر و جنون. توضیح اینکه اگر داوری قانون را به عنوان ضابطه تعیین تقصیر^۱ و جنون^۲ در سبب دعوی قرار دهیم، دادرس باید در هر شرایط و اوضاع و احوالی پیرامون این امر اظهار عقیده نماید؛ در حالی که در بسیاری از موارد برای تعیین اینکه آیا شخص مرتکب تقصیر کرده یا دچار جنون گردیده است، باید به عقیده کارشناس تکیه کرد و او را صالح در شناسایی ماهیت موضوع مورد اختلاف دانست (سادات‌حسینی، ۱۳۹۱: ۴۵). با این حساب به نظر می‌رسد «به مسائلی که اعمال و استناد به آن به اعتبار صلاحیت و توانایی‌های دادرس در حل اختلاف، ریشه در اراده او دارد، نظیر قانون و اصول حقوقی»، امر حکمی گویند.

۳-۱. تعریف حکم و موضوع در فقه

حکم که در فقه از آن به عنوان «مجموع» یا «اعتبار» شرعی نیز یاد می‌شود، بنا بر یک تعریف عبارت است از خطابی که از ناحیه خداوند به نحو اقتضا یا تخییر به افعال مکلفان تعلق می‌گیرد (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۲۸۶/۲). از آنجایی که این تعریف شامل احکام وضعی نمی‌شود و از این حیث همراه با اشکال می‌باشد، بهتر است که گفته شود حکم عبارت است از «هر آنچه از حیث شاریت از شارع اخذ می‌شود» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۲: ۲۴۹). شناخت و کشف حکم نیازمند به کار بستن سعی و تلاش بسیار در ادله احکام است. این مهم حاصل نخواهد شد جز به وسیله مجتهد. دادرس نیز همانند مجتهد

۱. ماده ۹۵۱ ق.م.م. «تعدی، تجاوز نمودن از حدود اذن یا متعارف است نسبت به مال یا حق دیگری».
 ماده ۹۵۲ ق.م.م. «تفریط عبارت است از ترک عملی که به موجب قرارداد یا متعارف برای حفظ مال غیر لازم است». ماده ۹۵۳ ق.م.م. «تقصیر اعم است از تفریط و تعدی».
 ۲. ماده ۱۲۱۱ ق.م.م. «جنون به هر درجه که باشد موجب حجر است».

در صدور رأی، چنین جهد و تلاشی را به کار می‌گیرد تا حکم مسئله حقوقی را از مقررات، قواعد و اصول حقوقی به دست آورد. از این رو خالی از قوت نیست که بگوییم «دادرس در نظام قضایی ما همان نقشی را دارد که مجتهد در کشف احکام دارد».

موضوع از ماده «وضع» و در لغت به معنای «فرونده» (مقرر) و «وضع شده» است (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۳۹۶/۸؛ ابن فارس، ۱۴۰۴: ۱۱۷/۶) و در اصطلاح فقهی به هر آنچه فعلیت حکم به آن بستگی دارد، گویند و یا به معنای چیزی است که حکم بر آن مترتب می‌شود.

با توجه به پیوستگی موضوع و حکم و ارتباط تنگاتنگ میان آن دو که آن را به رابطه علت و معلول می‌توان تشبیه نمود، از این جهت که اگر ماهیت موضوع مشخص نباشد، مجتهد در مقام فتوا و قضاوت نمی‌تواند حکم صادر نماید (جمعی از اساتید حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۳: ۳۲۷). فقها در مباحث «اجتهاد و تقلید»، در شناسایی موضوعات احکام هم در فقهت و هم در قضاوت، موضوعات را به موضوعات مستنبطه و غیر مستنبطه تقسیم می‌نمایند.^۱ موضوعات مستنبطه موضوعاتی‌اند که تشخیص آن‌ها نیازمند دقت و تأمل در منابع و ادله احکام شرعی از کتاب، سنت، اجماع و عقل است (حکیم، ۱۴۱۶: ۱۰۵/۱) که در حقوق می‌توان از آن به موضوعات مستنبطه قانونی یاد کرد. در مقابل، موضوعات غیر مستنبطه قرار دارد که تشخیص آن نیازمند تأمل و استدلال در منابع و ادله احکام نیست. موضوعات غیر مستنبطه را می‌توان به دو قسم موضوعات عرف محض یا عام و موضوعات تخصصی (عرف خاص) تقسیم کرد (جمعی از اساتید حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۳: ۸۰). به عنوان ضابطه تشخیص موضوعات مستنبطه از غیر مستنبطه می‌توان گفت آنجایی که شارع یا قانون‌گذار نفیاً یا اثباتاً در موضوع دخالت و برای آن حدی قرار می‌دهد، موضوع مستنبطه است که از آن جمله می‌توان به عناوین عقود و معاملات همچون بیع و نکاح اشاره داشت؛ زیرا آن‌ها اموری هستند که خصوصیاتشان

۱. توضیح اینکه در حقوق اسلامی یکی از شئون فقیه قضاوت است. فقیه در مقام قضاوت به سان مجتهدی باید حکم قضیه را با ابزاری که در اختیار دارد، مشخص نماید و چون احکام قضایی ناظر به موضوعات است و قاضی نمی‌تواند از موضوعات فاصله بگیرد، فقها برای تشخیص موضوعات، آن را به اقسام متعددی تقسیم نموده‌اند.

اقتضاء دارد برای شناسایی و تشخیص آن‌ها در منابع قانونی جستجو و تأمل نمایم. در مقابل در جایی که در لسان شارع یا قانون‌گذار تصرفی در موضوع نشود و به همان معنای عرفی اکتفا گردد، موضوع غیر مستنبطه به شمار می‌آید (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹: ۵۷/۱؛ جمعی از اساتید حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۳: ۸۱).

۴-۱. تعریف توصیف و تمیز آن از مفاهیم مرتبط

۴-۱-۱. تعریف توصیف

هنگامی که خواهان، دعوای خود را اقامه می‌کند، مکلف به ارائه امر موضوعی است تا دادرس بتواند عقیده خود را در آن خصوص اعلام دارد. همان طور که سابقاً بیان گردید، موضوعات مطروحه نزد دادرس از ماهیت یکسانی برخوردار نیستند. برخی از آن‌ها به قدری پیچیده‌اند که شناختشان نیازمند عملیات استنباطی است. از این رو اولین پرسشی که به ذهن دادرس یا مجتهد - که بخشی از وظیفه وی قضاوت است - متبادر می‌شود آن است که این موضوع در کدام یک از «دسته‌های حقوقی یا فقهی» جای می‌گیرد؟ بنابراین منظور از توصیف در دادرسی «عملیات ذهنی برای انطباق قاعده کلی بر امر موضوعی است تا معین شود امر موضوعی ابرازی در کدام یک از دسته‌های حقوقی یا فقهی قرار می‌گیرد» (هرمزی، ۱۳۸۳: ۳۷). در ادامه ابتدا توصیف با مفاهیم مشابه مقایسه شده و سپس مرجع صالح جهت توصیف امر موضوعی مورد مطالعه قرار خواهد گرفت.

۴-۱-۲. تمیز توصیف از مفاهیم مرتبط

۴-۱-۲-۱. توصیف و تفسیر امر موضوعی

تفسیر به معنای برطرف نمودن ابهام از موضوع است (خدابخشی، ۱۳۹۰: ۹۴).^۱ در تفسیر

۱. تفسیر رابطه نزدیکی با مفهوم هرمنوتیک که روشی برای کشف معنای متن است، دارد. هرمنوتیک به اشکال گوناگون در پژوهش‌های حقوقی راه یافته و مخالف عینیت بخشیدن به متن است. یکی از اهداف هرمنوتیک حقوقی، ارائه اصولی برای قرأت است؛ اصولی که به طور ایده‌آل متن را به حکم، و لفظ را به عمل مرتبط می‌سازد (گودریچ، ۱۳۸۳: ۲۱۹-۲۲۰).

برعکس توصیف، مراد کشف معنای موضوع بدون در نظر گرفتن عنوان حقوقی آن می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۸/۳؛ شهیدی، ۱۳۸۳: ۳۱۷). توصیف پس از رفع ابهام از آنچه واقع شد، اتفاق می‌افتد و مرحله‌ای مؤخر بر تفسیر به شمار می‌آید. به بیان دیگر، دادرس پس از بررسی و شناخت معنای مورد ابهام اعلام می‌دارد که عمل مورد تفسیر در چه جایگاه قانونی قرار دارد و از چه طبیعت حقوقی برخوردار است (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۸/۳). به نظر می‌رسد تفسیر امر موضوعی، جزء امر حکمی و در نتیجه در قلمرو صلاحیت دادرس قرار دارد. در حقیقت از آنجایی که در نظام حقوقی ما بخش اعظمی از قواعد اصول فقه به شناسایی سازوکار فهم صحیح متن اختصاص دارد، دادرس مکلف است در پرتو این قواعد همانند یک متخصص به دنبال کشف معنای متن رفته و مفهوم صحیح امر موضوعی مورد تنازع را احراز نماید.^۱

۴-۲-۲. توصیف و تعبیر امر موضوعی

در طول دادرسی امر موضوعی دعوی ممکن است دستخوش تغییر و تحول شود. این بحث به طور عمده در ماده ۹۸ ق.آ.د.م. مطرح و ناظر به امکان تغییر خواسته، جهت دعوی، درخواست، افزایش و کاهش خواسته است. تمام این موارد را می‌توان به نوعی تغییرات دعوی قلمداد نمود. این تغییرات بدون اراده اصحاب دعوی ممکن نیست و دادرس نمی‌تواند رأساً این موضوعات را تغییر دهد. این در حالی است که همان طور که در ادامه می‌آید، در توصیف امر موضوعی، دادرس بدون اینکه مأخوذ به توصیف ارائه شده از سوی اصحاب دعوی باشد، قادر است با اتکا بر اختیارات حاصله در زمینه صدور حکم و رفع اختلاف، جایگاه صحیح موضوع مطروحه را مشخص نماید (امامی و دیگران، ۱۳۹۲: ۸ به بعد). با این حساب به رغم عدم امکان پذیرش تغییر دعوی از سوی دادرس، نباید تصور شود که امکان توصیف امر موضوعی دعوی از سوی دادرس نیز وجود ندارد. امر موضوعی باید مانند هر مفهوم حقوقی دیگری در جایگاه صحیح خود قرار گیرد. اشخاص به طور معمول آنچه را که در واقعیت اتفاق می‌افتد،

۱. اندیشمندان حقوقی در رابطه با جایگاه تفسیر در میان امر موضوعی و حکمی اتفاق نظر ندارند (برای ملاحظه نظرات و استدلال‌های متفاوت ر.ک: شهیدی، ۱۳۸۳: ۳۱۷؛ غامی و دیگران، ۱۳۸۹: ۲۷۵).

از دادگاه می‌خواهند. از همین رو این دادرس است که صلاحیت دارد بر اساس مفاهیم و هنجارهای حقوقی، به توصیف امر موضوعی دعوی پرداخته و آن را از انحراف ظاهری دور نماید. به واقع طرفین دعوی نسبت به تعیین ماهیت موضوع مورد نزاع معمولاً فاقد تخصص محسوب شده و افزون بر آن اختیاری نیز در رفع اختلاف ندارند (همان: ۱۴ به بعد). اصل تثبیت دعوی اقتضاء می‌کند که امر موضوعی دعوی جزء در مواردی که قانون تجویز می‌نماید، حتی‌الامکان دچار تغییر و تحول نگردد؛ این در حالی است که در توصیف دعوی دادرس می‌تواند با حصول شرایطی نظر خود را بر طرفین دعوی تحمیل کند (خدابخشی، ۱۳۹۰: ۱۱۴ به بعد).

۲. مرجع توصیف

همان طور که آمد، توصیف فرایندی ذهنی است برای تشخیص ماهیت موضوعات ارائه‌شده، و به علت ارتباط تنگاتنگ موضوع و حکم، تشخیص موضوع یا توصیف آن نقش به‌سزایی در صدور رأی دادگاه دارد. یکی از عواملی که توصیف را با دشواری همراه می‌سازد، «نامعلوم بودن مرجع توصیف» است. همین امر موجب گردید به این پرسش در حقوق که توصیف در حوزه اختیارات کدام یک از افراد مرتبط با دادرسی قرار دارد، به رغم اهمیت آن، پاسخ مستدلی داده نشود.

در بحث موضوع‌شناسی در فقه به اعتبارات مختلف، تقسیم‌بندی‌های مختلفی از موضوع بیان می‌شود. یکی از این تقسیمات بر پایه مرجع تشخیص‌دهنده موضوع، تقسیم موضوعات به مستنبطه و غیر مستنبطه است که در واقع مقدمه‌ای است برای مرجع تشخیص موضوع (جمعی از اساتید حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۳: ۶۹). منظور از تشخیص موضوع در فقه اعم است از «تعیین چستی موضوع و تعیین مصداق» که در حقوق از تعیین چستی موضوع با نام توصیف یاد می‌شود. از آنجایی که موضوعاتی که نزد دادرس ارائه می‌شود، انواع متعددی دارد و موضوع در مقام قضاوت نقش اساسی را ایفاء می‌کند، لازم است مرجع تبیین عهده‌دار هر قسم از موضوع مشخص شود.

کلیدی که در کتب فقهی فارق تعیین مرجع تشخیص موضوع به شمار می‌آید، تقلیدی بودن یا تقلیدی نبودن موضوع است. به این ترتیب که اگر موضوع تقلیدی باشد،

تشخیص دهنده آن فقیه یا دادرس، و اگر چنین نباشد، تشخیص دهنده آن غیر فقیه یا غیر دادرس است (همان). ملاک در این جداسازی همان طوری که فقها بیان می‌دارند، تخصصی یا غیر تخصصی بودن موضوع است که موجب می‌شود مقلد خود را ملزم به تبعیت از نظر مجتهد یا دادرس نماید (ابروانی نجفی، ۱۴۲۲: ۴۶۵). به باور نگارندگان، این ملاک در تعیین مرجع توصیف در دادرسی نیز می‌تواند به کار آید. از این رو تفکیک مراجع متناسب با هر موضوع می‌تواند معیاری مؤثرتر در تعیین مرجع توصیف به شمار آید که در ادامه خواهد آمد.

۱-۲. موضوعات مستنبطه (شرعی یا قانونی)

از آنجایی که این موضوعات از سوی شارع یا قانون‌گذار تماماً، جزئاً و یا قیداً مورد دخل و تصرف قرار گرفته و از این جهت نیازمند استدلال و استناد به منابع شرعی یا حقوقی هستند، تشخیص آن نیازمند تخصص در این حوزه است و این مهم جز با استنباط از منابع شرعی یا حقوقی امکان‌پذیر نیست (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۲۵/۱). با این حساب می‌توان گفت که تشخیص موضوعات مستنبطه، نیازمند تخصصی همچون دادرس است و تنها فرایند عملیات استنباطی اوست که توصیف را ثمربخش می‌سازد.

۲-۲. موضوعات غیر مستنبطه عرفی محض یا عام

منظور از موضوعات غیر مستنبطه عرفی محض یا عام آن موضوعاتی است که شناخت آن‌ها نیازمند استنباط و تخصص نیست و نوع مردم می‌توانند به راحتی آن را تشخیص دهند. در این قسم از موضوعات از این جهت که مرجع توصیف چه شخصی است، اتفاق نظری دیده نمی‌شود که این اختلاف را می‌توان یکی از مصادیق اختلاف نظر فقها در نقش مجتهد یا قاضی به عنوان عاملی مؤثر در تشخیص موضوعات غیر مستنبطه عرف عام دانست که در حقوق نیز رخنه کرده است. بر اساس این دیدگاه‌ها در اینکه تعیین مفهوم بر عهده عرف یعنی مردم قرار دارد یا فقیه و قاضی، اختلاف نظر وجود دارد. برخی از فقها تشخیص مفهوم این موضوعات را با عرف می‌دانند (همان)؛ در حالی که بنا بر دیدگاه دیگر، تشخیص مفهوم به عهده فقیه یا قاضی است که آن را از عرف اخذ می‌نماید (موسوی خویی، ۱۴۱۸: ۴۱۲). ریشه اصلی بحث در

خصوص مرجع توصیف در همین مهم نهفته است. حقوق‌دانان در شناسایی مرجع توصیف اتفاق نظر ندارند؛ برخی مرجع توصیف را اصحاب دعوی و برخی هم دادرس می‌دانند. در ادامه، این نظرات به همراه دلایل و نقد آن بیان، و در نهایت نظر منتخب تشریح خواهد شد.

۲-۱. مرجعیت اصحاب دعوی در توصیف؛ بیان دلایل و ارزیابی آن

از نظر برخی، دادرس جز اعمال امر حکمی قابل انطباق بر امر موضوعی ارائه‌شده از سوی اصحاب دعوی نمی‌تواند دخالت بیشتری نماید و حق تغییر توصیف بیان‌شده از سوی اصحاب دعوی را ندارد (غمامی و محسنی، ۱۳۸۶: ۹۴)؛^۱ همچنان که در فقه، نویسنده العروة الوثقی و سیدمصطفی خمینی اظهارنظر مجتهد را - که بخشی از وظیفه استنباطی وی قضاوت است - در این قسم از موضوعات به دلیل عدم دخالت شارع و واگذار نمودن تشخیص آن به مردم و اغرای به جهل ناشی از عدم تخصص مجتهد نمی‌پذیرند (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۲۵/۱؛ موسوی خمینی، ۱۴۱۸: ۲۷۳/۱). طرفداران این دیدگاه در حقوق، دو دلیل برای اثبات مدعای خود بیان می‌دارند که در ادامه به همراه نقد آن خواهد آمد.

۱- لاینفک بودن توصیف اصحاب دعوی از امر موضوعی: به علت عدم دخالت شارع یا قانون‌گذار در تعیین این موضوعات، جدا ساختن امر موضوعی از قواعد حقوقی به ویژه در اعمال حقوقی نظیر عقود غیر ممکن است (شمس، ۱۳۹۳: ۱۴؛ ساردویی نسب و دیگران، ۱۳۹۳: ۴۳)؛ زیرا در اکثر موارد، اصحاب دعوی تشخیص خود را از موضوع مورد استناد می‌خواهند یا برعکس، می‌خواهند از اعمال آن جلوگیری کنند (انصاری، ۱۳۸۷: ۱۳۰). در نقد این استدلال می‌توان گفت که اگرچه تشخیص و شناخت این موضوعات نیازمند استدلال و تخصص ویژه‌ای نیست و طرفین دعوی می‌توانند نسبت به تعیین ماهیت آن اقدام نمایند، اما چنین موضوعی نباید موجب این تصور شود که توصیف حق اصحاب دعواست. مطابق تعریف، توصیف عملیاتی ذهنی است برای

۱. این دیدگاه در برخی از آراء دادگاه‌ها قابل مشاهده است؛ برای نمونه شعبه چهلم دادگاه تجدیدنظر استان تهران طی دادنامه شماره ۱۰۴۴ مورخ ۸۴/۱۱/۱ در پرونده کلاسه ۱۰۵۸/۴۰/۸۴، دعوی خواهان به خواسته خلع ید را چون توصیف صحیح آن از نظر دادگاه تخلیه ید بود، قابل استماع ندانست.

انطباق قاعده کلی بر امر موضوعی، تا معین شود که امر موضوعی ابرازی در کدام یک از دسته‌های فقهی یا حقوقی قرار می‌گیرد. در فرایند دادرسی در موضوعات غیر مستنبطه عرفی عام، به دلیل مرجعیت دادرس در رفع اختلاف، این تشخیص به دادرس، نه اصحاب دعوی واگذار شده است تا آن را مبنای رأی خویش قرار دهد.

۲- تغییر امر موضوعی دعوی به همراه بازتوصیف: برخی با این استدلال که تغییر توصیف، ملازمه با تغییر امر موضوعی دارد و تغییر امر موضوعی هم بر پایه اصل تسلیط در اختیار اصحاب دعوی قرار دارد، مخالف اختیار دادرس در بازتوصیف امر موضوعی اند (شمس، ۱۳۸۲: ۴۹/۱؛ همو، ۱۳۹۳: ۱۰). در نقد این استدلال می‌توان گفت که توصیف تعیین‌کننده جایگاه امر موضوعی در دسته‌های مرتبط است که با توجه به آن، امر موضوعی در جایگاه صحیح خود قرار می‌گیرد. همان طور که در ادامه بیان خواهد شد، بازتوصیف امر موضوعی همواره ملازمه با تغییر آن ندارد که گفته شود با تغییر توصیف، امر موضوعی تغییر می‌یابد؛ از این رو استدلال مزبور اخص از مدعاست. بدون تردید اگر تغییر توصیف منجر به تغییر امر موضوعی دعوی گردد، دادرس نمی‌تواند به بهانه بازتوصیف، امر موضوعی را تغییر دهد؛ برای نمونه اگر خواهان به اشتباه، خواسته دعوی خود را به جای فسخ قرارداد، بطلان توصیف کند، دادرس حق دخالت و بازتوصیف آن را به فسخ ندارد؛ زیرا با این کار دادرس علاوه بر تغییر توصیف خواسته، با تغییر خواسته دعوی در امر موضوعی دخالت می‌نماید که این قابل پذیرش نیست. آثار و پیامدهای فسخ و بطلان عمل حقوقی کاملاً متمایز از هم می‌باشند؛ برای نمونه، فسخ ناظر به آینده، و بطلان اثر قهقرایی دارد که این مهم در خصوص تحلیل حقوقی تصرفات بعد از قرارداد و همچنین مالکیت نسبت به منافع، تأثیر مستقیم دارد.

۲-۲-۲. مرجعیت دادرس در توصیف؛ بیان دلایل و ارزیابی آن

غالب حقوق دانان هماهنگ با نظر مشهور در فقه بر اساس تبعیت موضوع از حکم (موسوی خویی، ۱۴۱۸: ۳۵۰)، نظر به اینکه امر حکمی تحت سیطره و تسلیط دادرس است، موافق دخالت دادرس در توصیف‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۸/۳؛ غمامی و اشراقی آرنانی، ۱۳۸۹: ۲۶۹). از نظر این گروه از حقوق دانان، تعیین و شناسایی مفاهیم بر عهده دادرس و ارائه

امر موضوعی بر عهده طرفین دعوی قرار دارد تا بدین ترتیب دادرس بتواند امر موضوعی را در جایگاه صحیح خود قرار دهد؛ زیرا قواعد و مقررات حقوقی به طور کلی و مجرد بدون توجه به موارد خاص وضع می‌شود و به منظور حمل نمودن حکم قانون بر موضوع خارجی، توصیف دقیق آن‌ها از سوی دادرس لازم است (خدابخشی، ۱۳۹۰: ۸۴).^۱ از کلام موافقان نقش دادرس در توصیف می‌توان دو دلیل ذیل را استنباط نمود که در ادامه بیان و مورد ارزیابی قرار می‌گیرد.

۱. تسلیط دادرس در امر حکمی و تبعیت موضوع از حکم: مطابق نظر اکثریت، از آنجایی که صدور رأی تابع عقیده و نظر دادرس است، توصیف امر موضوعی به عنوان مقدمه صدور رأی نیز باید تحت تسلیط تصمیمات دادرس باشد (غمامی و اشراقی آرانی، ۱۳۸۹: ۲۷۰؛ ساردویی‌نسب و دیگران، ۱۳۹۳: ۴۳). در نقد این استدلال می‌توان گفت که اگر استدلال مزبور صحیح باشد، می‌بایست تعیین امر موضوعی هم در حوزه اختیارات دادرس قرار گیرد؛ زیرا به همان شیوه‌ای که استدلال‌کننده، توصیف امر موضوعی را بر عهده دادرس قرار می‌دهد، باید ارائه آن را نیز بر عهده او قرار دهد؛ در حالی که اکثر اندیشمندان حقوقی و قوانین دادرسی، نقشی برای دادرس در ارائه امر موضوعی به علت اصل تسلیط طرفین دعوی در امر موضوعی قائل نشده‌اند.

۲. تکلیف در مراجعه به دادرس: فراغ ذمه دادرس از صدور رأی، نیازمند این است که خود در امر موضوعی به توصیف بپردازد و طرفین دعوی باید از تشخیص او در این خصوص پیروی کنند؛ زیرا بر اصحاب دعوی واجب است که برای تشخیص این موضوعات به دادرس مراجعه کنند. در این باره باید گفت اینکه برای صدور رأی به عنوان مقدمه آن، باید ماهیت موضوعات غیر مستنبطه عرف عام توصیف شود، ملازمه با آن ندارد که همواره توصیف به صورت انحصاری از سوی دادرس صورت پذیرد. تکلیف

۱. در برخی از آراء دادگاه‌ها این دیدگاه نیز قابل مشاهده است: برای نمونه، شعبه سوم دادگاه عمومی اهر در رسیدگی تجدیدنظر به رأی صادره از شورای حل اختلاف در پرونده کلاسه ۹۵۰۹۹۸۲۴۲۴۱۰۵۴۱ با نقض رأی تجدیدنظر خواسته با این استدلال که «... در قانون مدنی ایران تفاوت مبنایی در خصوص تفکیک این دو دعوی (بطلان و ابطال قرارداد) از یکدیگر وجود ندارد و اثر هر دو خواسته نهایتاً منجر به نتیجه واحد خواهد شد...»، تجدیدنظرخواهی را وارد دانست و با بازتوصیف خواسته خواهان بدوی از ابطال به بطلان، رأی به محکومیت تجدیدنظر خوانده صادر نمود.

دادرس بر توصیف در امر موضوعی مستنبطه قانونی ضروری است؛ ولی دست کم همان طور که در ادامه خواهد آمد، در امر موضوعی مستنبطه عرفی خاص، دادرس تخصصی ندارد و باید به فرد دارای صلاحیت، یعنی کارشناس مراجعه و از این طریق توصیف خود را استوار سازد. بدیهی است که در موضوعات مستنبطه عرفی خاص، تشخیص کارشناس در توصیف قابل اعتمادتر از تشخیص دادرس است. توانمندی دادرس، تشخیص موضوعات مستنبطه قانونی است و در شناخت موضوعات عرفی تخصصی، به ابزار و توانمندی دیگری همچون کارشناس نیاز است که در ادامه تشریح خواهد شد.

۲-۲-۳. نظر منتخب

به نظر می‌رسد این اختلافات بیش از آنکه یک نزاع واقعی باشد، نزاعی لفظی است؛ زیرا تشخیص موضوعات عرفی عام در رأی دادرس دخالت دارد و این تشخیص هرچند عرفی است و به عرف واگذار می‌شود، ولی این واگذاری نه به اصحاب دعوی، بلکه به دادرس واگذار شده است و این دادرس است که باید ببیند تشخیص عرف از موضوعات غیر مستنبطه عرفی عادی چیست و آن را مبنای رأی خود قرار دهد. به بیان دیگر این دادرس است که باید با مراجعه به عرف، آن را تشخیص دهد.

۲-۳. موضوعات غیر مستنبطه عرفی خاص

در موضوعات غیر مستنبطه عرفی خاص که شناخت موضوع نیازمند پیش‌زمینه‌های تخصصی است، نظیر تعیین تقصیر یا بی‌احتیاطی راننده مسبب حادثه، ممکن است به نظر آید که مرجع توصیف به طور مطلق کارشناس است؛ زیرا او می‌تواند با اعمال روش استنباطی بهتر به نتایج اطمینان‌بخش‌تری در توصیف امر موضوعی دست یابد. نباید از نظر دور داشت که مطابق ماده ۲۶۵ ق.آ.د.م. دادرس می‌تواند توصیفی را که کارشناس از این موضوعات ارائه می‌دهد، در صورت عدم انطباق با اوضاع و احوال محقق و معلوم، نپذیرد. درست است که دادرس، تخصصی در تعیین عنوان موضوعات غیر مستنبطه عرفی خاص ندارد، اما روند ضروری استدلال در تصمیمات قضایی بر مقدمه‌ای به نام عنصر «تصمیم و اراده دادرس» استوار است (الشریف، ۱۳۹۱: ۱۹۲).

محدود نمودن اختیارات دادرس در توصیف صورت گرفته از سوی کارشناس، با ماهیت قضاوت ناسازگار است و عقلانیت در حقوق حکم می‌کند که نظر کارشناس در صورتی مورد متابعت قرار گیرد که موجب وثوق و اطمینان گردد. بر همین اساس، علاوه بر معیار مطابقت با واقع، باید به معقول بودن نتایج نیز توجه داشت. از این رو در کنار پذیرش مراجعه به کارشناس در توصیف، در نهایت دادرس است که در خصوص تطبیق امر موضوعی با قاعده کلی تصمیم‌گیری می‌نماید.

با توجه به اینکه مبنا و دلیل اصلی رجوع اشخاص به دادرس برای صدور رأی از نظر سیره عقلی، رجوع به متخصص از باب تحکیم و رفع اختلاف است، باید دید این سیره و اصل تسلیط دادرس در چه مواردی در مرجع توصیف جاری و ساری است. ملاک اصلی در جواز دخالت دادرس در توصیف به عنوان مقدمه صدور رأی، این نیست که هر توصیفی که زمینه را برای صدور رأی فراهم کند، در اختیار دادرس است؛ بلکه به نظر می‌رسد مبنای اصلی اختیار دادرس در توصیف از باب «رجوع شخص غیر متخصص به متخصص برای رفع اختلاف» است. با این نگاه توصیف موضوعات مستنبطه قانونی و غیر مستنبطه عرف عام در محدوده اختیار دادرس قرار می‌گیرد، در حالی که توصیف موضوعات غیر مستنبطه عرف خاص یا محض، در گستره اختیارات کارشناس است. البته در توصیف موضوعات غیر مستنبطه عرف خاص نیز چون روند ضروری دادرسی مبتنی بر «تصمیم دادرس» می‌باشد، تصمیم‌گیرنده نهایی دادرس است و او تعیین می‌کند که عنوان انتخابی کارشناس در جایگاه صحیح خود قرار دارد یا خیر.

بر بنیاد اینکه از جمله وظایف دادرس در کنار کشف حقیقت، فصل خصومت می‌باشد و نظر به عدم تخصص و تکلیف اصحاب دعوی در توصیف، به باور نگارندگان دادرس بدون اینکه مأخوذ به عنوان انتخابی طرفین برای امر موضوعی باشد، باید با رعایت شرایطی که در ادامه می‌آید، نسبت به بازتوصیف امر موضوعی اقدام کند. افزون بر آن، اصل استماع دعاوی، صرفه‌جویی در هزینه دادرسی، جلوگیری از تکرار دعاوی و تعیین و تکلیف اختلاف طرفین در سریع‌ترین زمان ممکن اقتضاء دارد در فرضی که خواهان توصیف اشتباهی می‌نماید، اما به واقع محق به شمار می‌آید،

دادرسی با بازتوصیف امر موضوعی به دعوی رسیدگی و رأی مقتضی را صادر کند.^۱ در پاسخ به این پرسش که بازتوصیف امر موضوعی از سوی دادرسی یک وظیفه است یا اختیار؟ به نظر می‌رسد نظام حقوقی اسلام بر اساس مفاهیم و قواعد از پیش تعیین شده، مسئولیت حل اختلاف را به دادرسی واگذار نمود که می‌تواند توصیف ارائه شده از سوی اصحاب دعوی را نپذیرد و اینکه بتواند آن را بازتوصیف نماید، ناشی از این امر است که اصحاب دعوی به علت عدم تخصص و عدم صلاحیت در فصل خصومت،

۱. ماده ۱۲ قانون جدید آیین دادرسی مدنی فرانسه بیان می‌دارد: «... دادرسی باید توصیف دقیقی از وقایع و اعمال مورد اختلاف بدهد، بدون آنکه محدود به نامی که طرفین برای آن پیشنهاد کرده‌اند، باشد...».

با وجود آشکار بودن امکان بازتوصیف عنوان مجرمانه در دادرسی کیفری (برای مطالعه بیشتر و دیدن نظرات متعدد، ر.ک: خدابخشی، ۱۳۸۴: ۱۷-۲۸؛ نهرینی، ۱۳۹۶: ۱/۴۴۷-۴۸۰)، شعبه پنجم دادگاه تجدیدنظر استان مازندران در دادنامه صادره به شماره ۹۱۰۹۹۷۱۵۱۵۸۰۰۱۸۱ در پرونده کلاسه ۹۱۰۳۹۸۱۹۲۲۵۰۱۳۹ با توجه به اینکه عنوان مجرمانه در کیفرخواست از عضوگیری در شرکت هرمی به کلاهبرداری توصیف شده بود، با این استدلال که شعبه ۱۰۲ عمومی جزایی شهرستان تنکابن برابر بند «ج» ماده ۱۴ اصلاحی قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب تابع عنوان کیفرخواست است و حق تغییر آن را از کلاهبرداری به عضوگیری در شرکت هرمی ندارد، رأی بدوی را نقض و دادگاه بدوی را مکلف به تبعیت از عنوان کیفرخواست می‌نماید. دادگاه بدوی نیز بدون انجام اقدامی به منظور اصلاح عنوان کیفرخواست از کلاهبرداری به عضوگیری در شرکت هرمی، با وجود اینکه عقیده بر مجرمیت متهم داشت، حسب دادنامه صادره به شماره ۹۱۰۹۹۷۱۹۲۰۸۰۰۷۲۰ رأی بر براءت متهم صادر می‌نماید که با تجدیدنظرخواهی شاکی عیناً به تأیید شعبه پنجم تجدیدنظر استان تحت دادنامه ۹۲۰۹۹۷۱۵۱۵۸۰۰۸۱۵ می‌رسد! متعاقباً شاکی با اصلاح عنوان مجرمانه دایر بر عضوگیری در شرکت‌های هرمی در مقام شکایت مجدد برمی‌آید؛ اما در کمال تعجب شعبه دوم بازپرسی با این استدلال که موضوع مشمول اعتبار امر قضاوت است، قرار موقوفی تعقیب به شماره ۹۲۰۹۹۸۱۹۲۲۴۰۱۵۳۰ صادر نمود که در نهایت به تأیید شعبه ۱۰۳ دادگاه عمومی جزایی شهرستان تنکابن نیز رسید! لازم به توضیح است که بند «ج» ماده ۱۴ اصلاحی قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب پیشتر در ماده ۱ الحاقی به قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۱۲ در متنی مشابه وجود داشت که دلیل وضع آن، تفکیک مرحله تحقیق و تعقیب یعنی دادرسی از مرحله دادرسی و دادگاه است که تا مادامی که موضوعی در دادرسی قطع نظر از موارد خاص - مورد تحقیق قرار نگرفته، دادگاه حق رسیدگی درباره آن ندارد، نه اینکه عنوان انتحابی در کیفرخواست موضوعیت دارد و دادگاه تنها در محدوده عنوان اتهامی مندرج در کیفرخواست می‌تواند رسیدگی نماید. به عبارت دیگر، هدف مقنن ممنوع ساختن دادگاه از رسیدگی به اعمالی است که در دادرسی مورد رسیدگی قرار نگرفته است و مورد تقاضای محاکمه در کیفرخواست نیست (خالقی، ۱۳۸۹: ۳۶۰) که مقنن در آخرین اراده خود در ماده ۲۸۰ ق.آ.د.ک. مصوب ۱۳۹۲ به صراحت آن را بیان و امکان بازتوصیف عنوان اتهامی را برای دادگاه اعلام می‌نماید.

تکلیف به توصیف ندارند^۱ و اگر هم توصیف نموده باشند این توصیف نسبت به دادرس لازم‌الاتباع نبوده و او باید عنوان انتخابی اصحاب دعوی را بازتوصیف نماید. بنابراین اینکه دادرس اختیار دارد امر موضوعی دعوی را بازتوصیف نماید، به معنای آزادی مطلق دادرس نیست؛ بلکه فقدان ممنوعیت است که می‌تواند در راستای محدودیت‌هایی که دارد، نسبت به بازتوصیف امر موضوعی اقدام نماید (خدابخشی، ۱۳۹۰: ۹۶ به بعد). از این رو حسب آنچه آمد، مطابق ماده ۳ ق.آ.د.م. و اصل ۱۶۷ ق.ا. این توانایی دادرس در بازتوصیف، بیش از آنکه یک اختیار ساده باشد، به یک تکلیف شباهت دارد.

بر همین اساس دادرس با ملاحظه آثار امر موضوعی مورد ادعا، عنوان آن را انتخاب و مبادرت به صدور رأی می‌کند؛ به طوری که اصحاب دعوی نمی‌توانند با توصیف جدیدی از همان امر موضوعی، مجدداً اقامه دعوی نمایند. توضیح اینکه توصیف امر موضوعی از وظایف اصحاب دعوی نیست؛ بنابراین تجدید دعوی، نیازمند امر موضوعی جدید و متفاوت با امر موضوعی دعوی است که سابق بر آن اقامه گردید. برای نمونه اگر خواهان، دعوی مطالبه خسارت به سبب اتلاف مطرح نماید و این دعوی محکوم به بی‌حقی شود، نمی‌تواند دوباره به اعتبار همان امر موضوعی یا واقعه ولی از باب تسبیب، دعوی خود را تجدید نماید (شمس، ۱۳۸۲: ۴۹/۱؛ پورطهماسبی فرد و محسنی، ۱۳۸۴: ۷۱).^۲

۱. برای دیدن نظر مخالف که طرفین دعوی علاوه بر ارائه امر موضوعی باید موضوع دعوی را توصیف نمایند تا معلوم شود در کدام یک از دسته‌های حقوقی قرار دارد و دادرس حق ندارد توصیف طرفین را تغییر دهد یا نادیده گیرد و اگر آن را ناصواب تشخیص داد باید قرار عدم استماع دعوی صادر نماید (ر.ک: غمامی و محسنی، ۱۳۸۶: ۹۴).

۲. نباید تصور گردد در هر حالتی امکان طرح دوباره همان امر موضوعی با توصیف متفاوت وجود ندارد. اگر دادرس معتقد باشد که امکان بازتوصیف امر موضوعی دعوی «تکلیفی» به وی تحمیل نمی‌کند، بلکه تنها «قدرت و اختیار» را به او اعطا می‌کند، نباید حق طرح مجدد دعوی را با تغییر توصیفی که صورت گرفته است به این اعتبار که موضوع مشمول اعتبار امر مختومه شد از اصحاب دعوی سلب نمود؛ چه اینکه دادرس بدون در نظر گرفتن آثار کلی امر موضوعی ارائه شده با لحاظ عنوان انتخابی اصحاب دعوی، مبادرت به اتخاذ تصمیم نمود. از این رو محدودیتی برای دادرس بعدی وجود ندارد که بتواند با توصیف جدیدی از همان امر موضوعی به دعوی رسیدگی کند. شایان ذکر است که مطابق ماده ۱۲ قانون جدید آیین دادرسی مدنی فرانسه نیز هر گاه اصحاب دعوی (به موجب توافق «صریح») در حقوقی که آن‌ها حق دخالت آزاد در آن را دارند، این قصد را داشته باشند که مذاکرات دعوی را بر اساس توصیف‌ها و نکات خاصی محدود کنند، دادرس نمی‌تواند نام‌گذاری (توصیف) یا مبنای حقوقی آن را تغییر دهد (کوشه و دیگران، ۱۳۹۱: ۱۸۷-۱۸۸).

پرسش قابل طرح اینکه آیا اصحاب دعوی می‌توانند در مورد حقوقی که آزادانه امکان تصرف دارند با اتکا بر اصل تسلیط آن‌ها بر امر موضوعی و در راستای افزایش اختیاراتشان در سرنوشت اختلاف، دادرس را به توصیف معینی محدود سازند؟ (محسنی، ۱۳۸۹: ۲۱۴). در حقوق ما به سختی می‌توان مقرره‌ای در این خصوص یافت و همین موضوع سبب شد که برخی برای چنین توافقاتی ارزشی قائل نشوند (شمس، ۱۳۹۳: ۲۴) و برخی نیز در وضع کنونی بگویند که گزینش نوع طلاق توسط زوجین، نمونه‌ای از این موارد است که اصحاب دعوی می‌توانند نسبت به توصیف، آزادانه تصرف کنند؛ به طوری که دادرس بر حسب گزینش آن‌ها به نوع طلاق (بائن یا رجعی) ترتیب اثر می‌دهد (محسنی، ۱۳۸۹: ۲۱۴). به نظر می‌رسد چنین حالتی بیش از آنکه به امر موضوعی ارتباط یابد، به دخالت طرفین در امر حکمی و محدود نمودن اختیار دادرس نسبت به آن مربوط است (برای دیدن نظر مخالف ر.ک: محسنی، ۱۳۸۹: ۲۱۴). در چهارچوب توصیف مورد توافق طرفین در امر حکمی، دادرس بدون دارا بودن اختیاری در گزینش امر حکمی، باید درخواست آن‌ها را قبول کند. ممنوعیت یا صحت چنین توافقاتی در دو رویکرد مزبور، ریشه در مبانی متفاوت آن‌ها دارد. به بیان دیگر، قدرت دادرس در بازتوصیف ریشه در این دارد که وی اختیار خود در فصل خصومت را از دولت اخذ می‌نماید یا از طرفین دعوی؟ به نظر می‌رسد اگر ریشه این تکلیف دادرس را در اعمال عدالت و امنیت در جامعه بدانیم، امکان توافق خلاف طرفین دعوی در محدود نمودن دادرس منتفی است؛ زیرا در واقع یک طرف این واقعه دولت قرار دارد؛ اما اگر تکلیف مزبور از سوی طرفین دعوی برای حل و فصل اختلافات خصوصی حسب تخصصی که دادرس دارد به او اعطا می‌شود، پذیرش امکان محدود نمودن قلمرو مداخله دادرس در بازتوصیف امر موضوعی خالی از قوت نیست. شایان ذکر است ماده ۹۶۸ ق.م. که حاکی از اختیار طرفین قرارداد در تعیین قانون حاکم است با احتمال اخیر هماهنگ می‌باشد.

۳. شرایط بازتوصیف امر موضوعی دعوی

بازتوصیف امر موضوعی در عین حال که جایگاه موضوع مورد اختلاف را مشخص می‌کند، اما اگر بدون قواعد و شرایط منطقی اعمال شود، آثار نادرستی را به بار

می‌آورد؛ برای نمونه سبب می‌شود دادگاه امر موضوعی دعوی را تغییر دهد و یا وارد واقعه‌ای شود که اصلاً مورد تنازع نیست. به همین جهت برای جایگزین نمودن توصیف صحیح باید شرایطی فراهم باشد (خدابخشی، ۱۳۹۰: ۱۱۴). در ادامه، شرایط بازتوصیف امر موضوعی از سوی دادرس بیان می‌شود.

۳-۱. تطابق نتیجه بازتوصیف با نتیجه مورد نظر اصحاب دعوی

در هر مورد که دادرس به بررسی امر موضوعی دعوی می‌پردازد و در انتها مبادرت به صدور رأی می‌نماید، باید بازتوصیف او از نظر نتیجه با آنچه اصحاب دعوی به دنبال آن هستند، هماهنگ باشد (همان: ۱۱۶). آنچه برای اصحاب دعوی اهمیت دارد نتیجه نهایی است و اگر بازتوصیف مورد نظر با آنچه می‌خواهند مغایر باشد، امکان بازتوصیف وجود ندارد؛ زیرا چنین امری بر خلاف اصل تسلیط اصحاب دعوی در امر موضوعی است. برای مثال در دعوای اعلام فسخ قرارداد، با وجود اینکه اراده انشایی فسخ‌کننده بر خلاف انفساخ ضرورت دارد، اما به نظر می‌رسد دادرس می‌تواند با بازتوصیف خواسته خواهان از فسخ به انفساخ یا برعکس، رسیدگی به دعوی را ادامه دهد؛ زیرا تفاوت عمده‌ای میان آثار فسخ قرارداد و انفساخ وجود ندارد. به نحو اجمال می‌توان گفت که هر دو ناظر به آینده‌اند و آثار تصرفات حقوقی بعد از عقد تا زمان انحلال و وضعیت منافع مورد معامله در این دوران، از احکام مشابهی پیروی می‌کنند. با این حساب، تغییر توصیف از سوی دادگاه، دخالت در امر موضوعی به شمار نمی‌آید. از ماده ۴۵۲ ق.م.هم مشابهت آثار فسخ و انفساخ در نظر قانون‌گذار قابل استنباط است. در این ماده می‌خوانیم:

«اگر متعاملین هر دو خیار داشته باشند و یکی از آنها امضاء کند و دیگری فسخ نماید، معامله منفسخ می‌شود».

در قسمت اخیر این ماده به جای بیان فسخ معامله، از عبارت انفساخ استفاده گردید.

همچنین در دعوای تخلیه ید و خلع ید، هدف اصلی خواهان و اثر این دعوای یکسان است. آنچه در این دعوای دنبال می‌شود، اخراج ید متصرف از مال غیر است؛

صرف نظر از اینکه متصرف از ابتدا بدون حق در مال موضوع دعوی تصرف نماید (خلع ید) یا اینکه شروع تصرفش مانند مستأجر با رضایت مالک باشد (تخلیه ید). در ماده ۳۰۸ ق.م. نیز هر دو حالت پیش‌بینی شد. تفاوت‌های فرعی و غیر قابل اتکا میان این دو دعوی، نظیر اینکه تخلیه یک دعوای غیر مالی و خلع ید دعوای مالی است، نباید مانع بازتوصیف از سوی دادرس گردد. اداره حقوقی دادگستری نیز در نظریه مشورتی شماره ۷/۴۵۴۵ مورخ ۱۳۷۷/۶/۲۳ این مهم را تأیید نمود. در حقیقت نتیجه بازتوصیف دادرس و توصیف خواهان با یکدیگر هماهنگ هستند و عمل دادرس دخالت در امر موضوعی محسوب نمی‌شود.

با این حساب از آنجایی که میان خواسته بطلان با خواسته فسخ قرارداد آثار کاملاً متفاوتی وجود دارد، نمی‌توان امکان بازتوصیف خواسته را برای دادگاه مورد پذیرش قرار داد. برای نمونه، بطلان بر خلاف فسخ، اثر قهقرایی دارد و این تفاوت، منشأ آثار مهمی است؛ از جمله اینکه منافع مبیع بعد از عقد تا زمان فسخ، به مالک بعد از عقد تعلق دارد، در صورتی که در صورت بطلان از آنجایی که خریدار مالک مبیع نمی‌گردد، تبعاً مالک منافع نیز نخواهد بود و یا اگر بعد از قرارداد و قبل از فسخ، مشتری مورد معامله را به شخص دیگر انتقال دهد، قرارداد اخیر صحیح است؛ در حالی که در فرض بطلان قرارداد اول، قرارداد دوم فضولی و غیر نافذ محسوب می‌شود.

۲-۳. عدم تغییر امر موضوعی دعوی به همراه بازتوصیف آن

شاید تصور شود که دادرس می‌تواند رأساً امر موضوعی را از جریان پرونده استنباط و بر اساس آن رأی صادر نماید (پورطهماسی فرد و محسنی، ۱۳۸۴: ۶۲). این در حالی است که صرف یکسانی نتیجه حکم دادگاه با آنچه اصحاب دعوی می‌خواهند، امکان بازتوصیف امر موضوعی از سوی دادرس را توجیه نمی‌کند؛ بلکه باید امر موضوعی دعوی نیز ثابت و استوار باقی بماند. امر موضوعی هر دعوی سبب ایجاد آثار حقوقی متفاوتی از اسباب و جهات دعوی دیگر می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۲۷۰/۳). برای مثال در

۱. «... نباید به عنوان دعوی که خلع ید است یا تخلیه توجه کرد؛ بلکه باید ماهیت دعوی را در نظر گرفت... چنانچه موجر علیه مستأجر، دعوی را به عنوان خلع ید اقامه کرده باشد، ماهیتاً همان دعوای تخلیه است و ذکر یک عنوان به جای عنوان دیگر، موجب صدور قرار عدم استماع دعوی نمی‌شود».

دعوای تخلیه عین مستاجر، موجد در موارد معینی این حق را دارد که مستأجر را از ملک تجاری بیرون نماید. حسب مورد، حق کسب، پیشه و تجارت به صورت کامل و یا نصف به مستأجر تعلق می‌گیرد و در مواردی نیز از این حق محروم خواهد گشت (مواد ۱۴، ۱۵ و ۱۹ ق.ر.م.م. ۵۶). اثر دعوای تخلیه به سبب نیاز شخصی با تخلیه به سبب تعدی و تفریط مستأجر یا تخلف از شرایط مقرر، متفاوت است. اگرچه نتیجه هر دو دعوی، خارج کردن ملک از تصرف خوانده است، اما چون جهاتی کاملاً متفاوت بر هر یک حکومت می‌کند، لذا تغییر هر یک از این جهات، امر موضوعی دعوی را دگرگون می‌کند. همچنین در دعوی اعلام بطلان قرارداد به سبب جهت نامشروع، دادرسی نمی‌تواند به سبب جنون متعاقدین، قرارداد را باطل نماید؛ زیرا هر امر موضوعی، توجیه‌گر دعوایی خاص است و بازتوصیف آن باید به نحوی صورت گیرد که اختلاف فاحشی با امر موضوعی ارائه‌شده از سوی اصحاب دعوی نداشته باشد.

۳-۳. ضرورت رعایت اصل تناظر

افزون بر آنچه آمد، آیا اعمال اصل تناظر به عنوان یکی از اصول بنیادین آیین دادرسی مدنی در هنگام بازتوصیف امر موضوعی از سوی دادرسی نیز ضروری است؟ در حقوق ما با توجه به اینکه اعمال امر حکمی، تحت سلطه دادرسی است، در رابطه با اجرای اصل تناظر در امر حکمی تردید بسیار است. از این رو بدیهی است که تکلیف دادرسی به اطلاع‌رسانی بازتوصیف امر موضوعی به اصحاب دعوی نیز در حاله‌ای از ابهام قرار دارد. در بسیاری از موارد در رویه قضایی شاهدیم که اصحاب دعوی با حکمی مواجه می‌شوند که امر حکمی آن اساساً در دادرسی مورد مناقشه قرار نگرفته و به بیان دیگر دادگاه با رأی خود آن‌ها را غافلگیر می‌نماید. به نظر می‌رسد اینکه امر حکمی تحت اختیار دادرسی است، منافاتی با این ندارد که دادرسی مکلف به رعایت اصل تناظر در امر حکمی باشد (دنکوب، ۱۳۹۰: ۲۷۷؛ حیدری، ۱۳۸۹: ۱۶۲). تناظر یکی از اصول کلی حقوق است که مطابق ماده ۳ ق.آ.د.م. از منابع حقوق به شمار می‌آید. این اصل بی‌طرفی دادرسی را تضمین می‌کند و اختصاص آن به امر موضوعی ترجیح بلامرجح است. نادیده گرفتن این مهم می‌تواند با توجه به بند ۱ از ماده ۳۷۱ ق.آ.د.م.

منجر به نقض رأی فرجام خواسته و به طریق اولی دیگر آراء صادره از مراجع بدوی و تجدیدنظر گردد. چهره‌ای از این امر نیز در ماده ۲۹۷ ق.آ.د.م. که بیان می‌دارد: «رأی دادگاه باید پس از انشای لفظی نوشته شده...»، قابل استنباط است. قانون‌گذار در این ماده با عبارت «انشای لفظی» قبل از نگارش رأی، صرف‌نظر از تلاش جهت دقت نظر بیشتر دادرس در صدور رأی (خدابخشی، ۱۳۹۰: ۱۷۸/۲)، به نظر می‌رسد به اعلام امر حکمی به طرفین دعوی اشاره دارد؛ امری که باعث می‌شود طرفین دعوی از امر حکمی استنادی دادرس مطلع گردند و ملاحظات خود را در این باره بیان دارند.^۱

نتیجه‌گیری

مقاله حاضر با اتکا بر تحلیل فقهی و حقوقی، در مقام پاسخ به این پرسش بنیادی نگاشته شد که توصیف امر موضوعی، جزئی از امر موضوعی است یا در قلمرو امر حکمی قرار دارد؟ برای مثال توصیف سبب یا خواسته دعوی در سلطه طرفین دعوی قرار دارد یا دادگاه می‌تواند در صورت نیاز نسبت به بازتوصیف امر موضوعی اقدام کند؟ نویسندگان حقوقی و رویه قضایی، پاسخ‌های متفاوتی به این پرسش داده‌اند که دلایل ابرازی مورد نقد و بررسی قرار گرفت. توصیف یک عملیات ذهنی برای انطباق قاعده کلی بر امر موضوعی است تا معین شود که امر موضوعی ابرازی در کدام یک از دسته‌های حقوقی یا فقهی قرار می‌گیرد. توصیف یک فرایند تخصصی برای اعمال

۱. قانون‌گذار فرانسوی در ماده ۱۳ قانون آیین دادرسی مدنی و متعاقباً در تصویب‌نامه شماره ۵۰۰-۸۱ مورخ ۱۲ مه ۱۹۸۱ با اصلاح ماده ۱۶ و ماده ۴۴۴ اصلاحی به موجب تصویب‌نامه شماره ۲۰۱۰-۱۱۶۵ مورخ ۱ اکتبر ۲۰۱۰ ماده ۵ قانون جدید آیین دادرسی مدنی، به ضرورت رعایت اصل تناظر در امر حکمی تأکید نمود. در خصوص بازتوصیف نیز با این مبنا که چون دادرس خود عنصری را وارد دعوی می‌کند و این امر به تغییر ارزیابی طرفین از امر موضوعی منجر می‌شود (حیدری، ۱۳۸۹ الف: ۱۳۴)، در مواردی که دادرس توصیف دیگری از عنوان استنادی طرفین به کار می‌برد، در راستای جلوگیری از غافلگیری طرفین دعوی و در جهت رعایت اصل تناظر با این بیان که: «... دادرس نمی‌تواند تصمیم خود را بر جهات حکمی که خود «رأساً به آن‌ها استناد کرده» متکی نماید، بدون اینکه پیش از این طرفین را برای ارائه نظرات دعوت نموده باشد»، وی را مکلف نموده تا طرفین را مطلع و اظهارات آن‌ها را بشنود؛ امری که باعث شده برخی بین حالتی که خواهان عنوان امر موضوعی را مشخص نکرده با جایی که آن را نام‌گذاری می‌کند، تمیز قائل شوند و حکم ماده را ناظر به وضعیتی نمایند که خواهان عنوان امر موضوعی را مشخص کرده باشد (کوشه و دیگران، ۱۳۹۱: ۲۰۳).

قاعده قانونی است و جزئی از وظایف متخصص به شمار می‌آید که شناخت دقیق آن نیازمند استدلال است. قاعدتاً هیچ یک از اصحاب دعوی جز از باب تعاون و مشارکت در دادرسی، تکلیفی در این خصوص ندارند. مبنای اصلی صلاحیت دادرس در توصیف از باب «رجوع شخص غیر متخصص به متخصص برای رفع اختلاف» است. با این نگاه، توصیف موضوعات مستنبطه قانونی از قبیل تعیین عنوان عقود و معاملات همچون بیع و نکاح و موضوعات غیر مستنبطه عرف عام، در محدوده اختیار دادرس قرار می‌گیرد، در حالی که توصیف موضوعات غیر مستنبطه عرف خاص یا محض نظیر تعیین تقصیر راننده مسبب حادثه، در صلاحیت کارشناس است. در توصیف موضوعات غیر مستنبطه عرف خاص نیز چون روند ضروری دادرسی مبتنی بر «تصمیم دادرس» می‌باشد، تصمیم‌گیرنده نهایی دادرس است و او تعیین می‌کند که عنوان انتخابی کارشناس در جایگاه صحیح خود قرار دارد یا خیر. مختصر اینکه توصیف در گستره امر حکمی و سلطه دادرس قرار می‌گیرد.

اختیار دادرس در رابطه با توصیف امر موضوعی مطروحه در دعوی مطلق نیست. دادرس در صورتی می‌تواند برای امر موضوعی ارائه شده از سوی طرفین دعوی توصیف صحیح را جایگزین کند که شرایط این امر فراهم باشد. اولاً اعمال توصیف صحیح از سوی دادگاه بر امر موضوعی دعوی نباید منجر به نتایج متفاوت از آنچه طرفین دعوی به دنبال آن هستند گردد. از این رو اصلاح توصیف خواسته دعوی از فسخ به انفساخ یا از تخلیه ید به خلع ید و برعکس قابل قبول و اصلاح خواسته دعوی از فسخ به بطلان و برعکس غیر قابل قبول است. ثانیاً اعمال توصیف صحیح از ناحیه دادگاه نباید منجر به تغییر امر موضوعی گردد؛ برای مثال در دعوی تخلیه که موجد سبب آن را تغییر شغل عنوان نمود، دادگاه نمی‌تواند سبب مزبور را به نیاز شخصی موجد که کاملاً آثار متفاوتی در پی دارد، تغییر دهد. ثالثاً در صورت اعمال توصیف صحیح از سوی دادگاه، رعایت اصل تناظر ضرورت دارد. به بیان دیگر دادگاه می‌بایست طرفین را قبل از صدور حکم از این مهم مطلع و فرصت اظهار نظر در این خصوص را در اختیار آن‌ها نهد.

کتاب‌شناسی

۱. ابن فارس، احمد، معجم مقانیس اللغة، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۴ ق.
۲. ابن منظور، ابوالفضل جمال‌الدین محمد بن مکرم، لسان العرب، چاپ سوم، بیروت، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع - دار صادر، ۱۴۱۴ ق.
۳. امامی، محمد، رضا دریایی و مصطفی کربلایی آقازاده، «دعوی اضافی»، مجله مطالعات حقوقی شیراز، دوره پنجم، شماره ۳، ۱۳۹۲ ش.
۴. انصاری، باقر، نقش دادرس در تحول نظام حقوقی، تهران، میزان، ۱۳۸۷ ش.
۵. ایروانی نجفی، علی بن عبدالحسین، الاجتهاد و التقليد (الاصول فی علم الاصول)، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۲ ق.
۶. پورطهماسی فرد، محمد و حسن محسنی، «اصل تسلط طرفین دعوی بر جهات و موضوعات دعوی»، مجله کانون وکلا، دوره جدید، شماره ۲۱، شماره پیاپی ۱۹۰، پاییز ۱۳۸۴ ش.
۷. جمعی از اساتید حوزه و دانشگاه، موضوع‌شناسی در فقه، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، پاییز ۱۳۹۳ ش.
۸. حکیم، سیدمحسن، مستمسک العروة الوثقی، قم، مؤسسه دارالتفسیر، ۱۴۱۶ ق.
۹. حیدری، سیروس، «اصل تناظر در حقوق فرانسه و کامن‌لا»، مطالعات حقوقی شیراز، دوره دوم، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۸۹ ش (الف).
۱۰. همو، «علم قاضی و اصل تناظر»، مجله تحقیقات حقوقی، ویژه‌نامه شماره ۲، ۱۳۸۹ ش (ب).
۱۱. خالقی، علی، آیین دادرسی کیفری، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۸۹ ش.
۱۲. خدابخشی، عبدالله، استقلال و پیوند حقوق مدنی و کیفری، تهران، فکرسازان، ۱۳۸۴ ش.
۱۳. همو، مبانی فقهی آیین دادرسی مدنی و تأثیر آن در رویه قضایی، ج ۲، تهران، انتشار، ۱۳۹۰ ش.
۱۴. دنکوب، ابوالفضل، «امور موضوعی و امور حکمی در دعوی»، رساله دکتری دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۰ ش.
۱۵. سادات حسینی، سیدعباس، «حجیت نظریه کارشناسی در اثبات حجر»، فصلنامه حقوق پزشکی، دوره ششم، شماره ۲۳، زمستان ۱۳۹۱ ش.
۱۶. ساردویی‌نسب، محمد، محمد مولودی و جواد عیوضی، «قلمرو دفاع ماهوی در دادرسی مدنی با نگرشی در حقوق تطبیقی»، پژوهش‌های فقهی، دوره نهم، شماره ۳، پاییز ۱۳۹۳ ش.
۱۷. سلجوقی، محمود، «مسائل حکمی و مسائل موضوعی»، مجله حقوقی قضایی دادگستری، شماره ۱۵، اسفند ۱۳۵۵ ش.
۱۸. الشریف، محمد مهدی، منطق حقوق، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۱ ش.
۱۹. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، تهران، میزان، پاییز ۱۳۸۲ ش.
۲۰. همو، «سبب، امور موضوعی و توصیف آن‌ها در دعوی مدنی»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۶۵، بهار ۱۳۹۳ ش.
۲۱. شهیدی، مهدی، اصول قراردادها و تعهدات، تهران، مجد، ۱۳۸۳ ش.
۲۲. همو، مجموعه مقالات حقوقی، تهران، مجد، ۱۳۸۵ ش.
۲۳. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، العروة الوثقی (المحشی)، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۲۴. همو، العروة الوثقی (للسید الیزدی)، چاپ دوم، بیروت، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، ۱۴۰۹ ق.

۲۵. غمامی، مجید و حسن محسنی، *اصول آیین دادرسی فراملی*، تهران، میزان، پاییز ۱۳۸۶ ش.
۲۶. غمامی، مجید و مجتبی اشراقی آرانی، «فوائد عملی و نظری تفکیک امر حکمی از امر موضوعی در دادرسی مدنی»، *فصلنامه حقوق*، دوره چهارم، شماره ۴، زمستان ۱۳۸۹ ش.
۲۷. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۰ ش.
۲۸. کوشه، ژرارد، جان لانگلد و دانیل لیو، *آیین دادرسی مدنی فرانسه*، ترجمه احمدعلی هاشمی، تهران، دادگستر، ۱۳۹۱ ش.
۲۹. گودریچ، پیت، «هرمنوتیک حقوقی»، ترجمه بهروز جندقی، *مجله فقه و حقوق*، سال اول، شماره ۲، پاییز ۱۳۸۳ ش.
۳۰. محسنی، حسن، *اداره جریان دادرسی مدنی*، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۹ ش.
۳۱. محقق داماد، سیدمصطفی، *قواعد فقه*، چاپ دوازدهم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۳۲. مکارم شیرازی، ناصر، *بحوث فقهیه هامه*، در یک جلد، قم، مدرسه الامام علی بن ابی طالب (علیه السلام)، ۱۴۲۲ ق.
۳۳. موسوی خمینی، سیدمصطفی، *الخيارات*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۸ ق.
۳۴. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *التنقیح فی شرح العروة الوثقی، الاجتهاد والتقلید*، تحت اشراف لطفی، قم، ۱۴۱۸ ق.
۳۵. همو، *موسوعة الامام الخوئی*، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۱۸ ق.
۳۶. نهرینی، فریدون، *آیین دادرسی مدنی*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۶ ش.
۳۷. هرمزی، خیرالله، «توجیه آرای مدنی و ضمانت اجرای عدم آن»، *پژوهش حقوق و سیاست*، شماره ۱۱، ۱۳۸۳ ش.

38. Black, Henry, *Law Dictionary*, London, West Publishing, 2004.

بررسی فقهی - حقوقی

شرط ضمان مرتهن*

- سیدمحمدهاشم پورمولا^۱
- محدثه جلیلی‌زاده^۲
- مرتضی رحیمی^۳

چکیده

با توجه به شهرت عدم ضمان امین، آیا شرط ضمان مرتهن که امین است، نافذ است؟ در این مورد سه دیدگاه حائز اهمیت هستند. برخی چنین شرطی را برخلاف مقتضای عقد رهن دانسته و از این رو علاوه بر بطلان شرط، عقد رهن را نیز باطل دانسته‌اند. برخی دیگر با وجود فاسد دانستن شرط مزبور، به صحت عقد رهن باور دارند. برخی نیز چنین شرطی را صحیح دانسته‌اند. در رهن، حق مالکی مرتهن در وضع ید او بر مال مرهون، شرعی است. اطلاق برخی از روایات نشانگر آن است که مرتهن ضامن نیست؛ خواه ضمان وی شرط شود یا شرط نشود. همچنین اصل برائت نیز بر عدم ضمان مرتهن دلالت دارد؛ لذا شرط

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۸/۵ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۲/۲۰.

۱. استادیار دانشگاه شیراز (نویسنده مسئول) (pourmola@shirazu.ac.ir).

۲. کارشناس ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه شیراز (m_jalilizadeh@yahoo.com).

۳. دانشیار دانشگاه شیراز (mrahimi@shirazu.ac.ir).

ضمان مرتهن مخالف شرع بوده، اما مخالف مقتضای عقد نیست؛ زیرا امانت در رهن مقتضای اثر ذاتی عقد نیست که شرط خلاف آن منافای با مقتضای عقد باشد. روش تحقیق در این مقاله توصیفی - تحلیلی است.

واژگان کلیدی: امانت، عین مرهون، اذن، حق مالکی، مقتضای عقد، مخالفت با کتاب و سنت.

مقدمه

در فقه اسلامی، اگر کسی در مال دیگری تصرف مشروع و مجاز کند، ید او نسبت به آن مال امانی بوده و مسئول جبران خسارت وارده بر آن نیست؛ مگر اینکه تعدی و تفریط او ثابت شود (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۰: ۴۱۱/۲). بنا بر این قاعده و با توجه به امانی بودن ید مرتهن مطابق فتاوی فقها، مرتهن ضامن عین مرهون نیست، مگر در صورت تعدی و تفریط. شهید اول در این مورد می‌نویسد:

«مرتهن جز به تعدی یا تفریط ضامن عین مرهون نیست» (عاملی جزینی، ۱۴۱۰: ۱۳۲).

شیخ طوسی نیز بیان کرده است:

«از دیدگاه ما، رهن ضمان آور نیست. از این رو اگر عین مرهون بدون تفریط تلف شود، مرتهن ضامن نیست و طلبی که از رهن دارد، ساقط نمی‌شود» (طوسی، ۱۴۰۷: ۲۵۶/۳).

در بیان دلیل این حکم، روایات،^۱ اجماع (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۴۲/۲؛ حسینی حلی، ۱۴۱۷: ۲۴۵/۱) - که با وجود روایات، اجماع مدرکی محسوب می‌شود - و اصل برائت (سیوری حلی، بی‌تا: ۶۰/۲-۶۱) ذکر شده است. همچنین بیان شده است که مقتضای امانی بودن ید مرتهن، آن است که ضامن نباشد (ایروانی، ۱۴۲۷: ۲۵۲/۲). در ماده ۷۸۹ قانون مدنی نیز آمده است:

۱. از جمله روایاتی که می‌تواند عدم ضمان مرتهن را نتیجه دهد، روایتی از پیامبر ﷺ است: «لا یغلق الرهن من راهنه الذی رهنه، له غنمه وعلیه غرمه» (بیهقی، بی‌تا: ۳۹/۶)؛ مرتهن مالک عین مرهون نمی‌شود، بلکه رهن مالک آن است که سود و زیان آن بر عهده وی می‌باشد. منظور از «غرمه» در روایت مزبور، نقصان و تلف عین مرهون است؛ از این رو بر اساس روایت مزبور در فرض نقصان و تلف عین مرهون از کیسه و مال رهن محسوب می‌شود و در فرض عدم تقصیر و تفریط، مرتهن ضامن آن نیست.

«رهن در ید مرتهن امانت محسوب است و بنابراین مرتهن، مسئول تلف یا ناقص شدن آن نخواهد بود، مگر در صورت تقصیر».

برداشت برخی حقوق دانان از این ماده آن است که چون مقنن به قید حصر در صورت تقصیر او را مسئول شمرده است، از این رو در غیر این صورت (و مثلاً در مورد شرط مسئولیت) او را مسئول و ضامن نمی‌داند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۶۱).
در خصوص امکان یا عدم امکان شرط ضمان مرتهن، در بین فقها دیدگاه‌های ذیل حائز اهمیت است:

الف) اکثر فقها شرط ضمان مرتهن را مورد اشاره و بررسی قرار نداده و از اینکه آیا چنین شرطی را می‌توان برای مرتهن قرار داد یا نه، سخن نگفته‌اند؛ هرچند که گفته‌اند در فرض عدم تعدی و تفریط، مرتهن ضامن نیست (عاملی جزینی، ۱۴۱۰: ۴۰/۴؛ حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۱۳/۱۲۷؛ نجفی، ۱۳۹۴: ۲۵۸/۲۵؛ طوسی، ۱۴۰۷: ۲۵۶/۳).

ب) برخی از فقها شرط ضمان مرتهن را مورد اشاره و بررسی قرار داده و به عدم جواز چنین شرطی گرایش نموده و آن را موجب بطلان عقد و شرط دانسته‌اند (غروی نایینی، ۱۴۱۸: ۳/۲۱۷). برخی از ایشان نیز بر این باورند که در فرض اشتراط ضمان مرتهن، تنها شرط باطل می‌شود (علامه حلی، ۱۴۲۰: ۴۸۰/۲) و عقد صحیح خواهد بود.

ج) برخی از فقها از امکان ضمان مرتهن در فرض اشتراط رهن سخن گفته‌اند (موسوی سبزواری، بی‌تا: ۳۸۲). سخن یادشده نشانگر آن است که از دیدگاه ایشان، شرط ضمان مرتهن صحیح است و در فرض مزبور، عقد رهن باطل نخواهد بود.

در پژوهش حاضر که به روش توصیفی - تحلیلی و با تکیه بر روش اجتهاد انجام شده، ضمن بررسی دقیق ادله این اقوال، به پرسش‌های اصلی چون «دلیل امانت بودن رهن چیست؟»، «آیا شرط ضمان مرتهن بر خلاف مقتضای عقد است؟» و «آیا شرط ضمان مرتهن بر خلاف کتاب و سنت است؟»، پاسخ گفته شده است.

۱. انواع امانت

امانت در فقه بر دو گونه است:

الف) امانت مالکی: به مالی گفته می‌شود که مالک، آن را در اختیار دیگری

گذاشته است و سبب آن یا عقدی است که امانت موضوع اصلی آن است؛ مانند ودیعه، و یا عقدی است که امانت در ضمن آن و به تبع مطرح است؛ مانند اجاره، عاریه، مضاربه، وکالت، شرکت و رهن (عاملی جعی، ۱۴۱۳: ۲۳۵/۴-۲۳۷). امانت مالکی خود بر دو قسم است:

۱. امانت عقدیه: امانت به معنای اخص بوده که مصداق بارز آن «ودیعه» است. در این نوع امانت، شرط ضمان، مخالف مقتضای عقد بوده، بلکه به دلیل آیه ﴿مَاعَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾ (توبه / ۹۱) و روایات خاص مخالف شرع می‌باشد.

۲. امانت غیر عقدیه: امانت به معنای اعم بوده که یا به سبب مصلحت مالک مانند مضاربه و یا به سبب مصلحت غیر مالک مانند عاریه می‌باشد. عقود مذکور، بالذات مقتضی ضمان نیستند (غروی اصفهانی، ۱۴۱۹: ۳۰؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۰: ۶۶/۷-۶۷).

ب) امانت شرعی: به مالی اطلاق می‌شود که شارع، فردی را بر آن امین قرار داده است. این نوع امانت از موضوع بحث ما خارج است.

در رهن، گروهی از فقها و حقوق دانان صرف اذن مالک را مبنای امانت دانسته (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۰: ۷۷/۶؛ امامی، ۱۳۶۸: ۳۷۱/۲) و برخی نیز اذن مالک به همراه حق مالکی را مبنای امانت شمرده‌اند (غروی نایینی، ۱۴۱۸: ۲۱۷/۳). برخی از حقوق دانان نیز دلیل امانت در رهن را مانند ودیعه دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۶۴: ۵۵۸/۳). از این رو، روشن شدن دیدگاه درست حائز اهمیت است؛ زیرا اگر رهن را به دلیل اذن مالک، امانت بدانیم و حق مالکی را در امانت بودن آن دخیل ندانیم، در این صورت وضع شرط ضمان برای مرتهن جائز است؛ همان گونه که چنین شرطی به اتفاق همه فقها در عاریه و نیز از دیدگاه برخی از فقها (اردبیلی، ۱۴۱۲: ۶۹/۱۰؛ موسوی خمینی، ۱۴۱۸: ۷۳/۲-۷۵) در اجاره جایز است. با وجود این ممکن است شرط ضمان مرتهن، تنها اذن مالک را از بین ببرد، اما حق مالکی همچنان باقی باشد و لذا چنین شرطی برای مرتهن جایز نباشد.

۲. عین مرهون در فقه و حقوق موضوعه

هر گاه عین مرهون (رهن) در دست مرتهن تلف شود، مرتهن ضامن آن نخواهد بود، مگر اینکه تعدی و تفریط کرده باشد (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۱۲۷/۱۳؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۴:

از این رو تلف شدن عین مرهون، چیزی از حق مرتهن نمی‌کاهد. پس اگر تلف به دلیل تعدی و تفریط روی داده باشد، مرتهن ضامن آن است و باید خسارت تلف شدن عین مرهون را بپردازد، اما به طلب او لطمه‌ای وارد نمی‌شود و طلب او همچنان و به همان مقدار باقی است (عاملی جزینی، ۱۴۱۰: ۱۳۳). در واقع عین مرهون، وثیقهٔ دین و متعلق حق مرتهن است و عین آن در مالکیت راهن باقی است و بدین جهت مال مرهون بعد از قبض مرتهن مادامی که در تصرف اوست، امانت مالکانه می‌باشد و کسی که مال غیر را در امانت مالکانه خود دارد، مسئول تلف و ناقص شدن آن نیست؛ مگر در صورتی که تقصیر نموده باشد (امامی، ۱۳۶۸: ۳۷۱/۲). مرتهن با گرفتن مورد رهن، حق تصرف در آن پیدا نمی‌کند. عین و منافع رهن به راهن تعلق دارد، از این رو مرتهن نمی‌تواند در خانه‌ای که به رهن گرفته، سکونت کند یا بر اتموبیل یا اسبی که در رهن دارد، سوار شود؛ مگر اینکه راهن به او اذن داده باشد (نجفی، ۱۳۹۴: ۱۷۸/۲۵؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۲۳۰/۱).

با توجه به قید «تعدی و تفریط»، مرتهن ضامن تصرفاتی که در آن‌ها اذن دارد، نیست. تصرفات مرتهن که برای حفظ عین ضروری هستند، از همین گونه‌اند؛ زیرا باقی گذاردن عین در تصرف مرتهن به منزلهٔ اذن در نگهداری از آن است، اما تصرفات خارج از اذن، نوعی تعدی است و در این صورت مرتهن ضامن تلف عین است؛ مثل آنکه حیوانی را که رهن است، در اصطبل نگهداری نکند و آن حیوان گم شود و یا برف پشت بام خانه‌ای را که رهن اوست، پاک نکند و در اثر آن سقف اتاق فرود آید و یا مجرای آب را تمیز نکند و فشار آب خرابی وارد سازد. خلاصه هر تکلیف که امین دارد، مرتهن همان تکلیف را خواهد داشت و در صورت تعدی و تفریط ضامن است. همچنین در فرضی که مرتهن از طرف راهن، مجاز در تصرف خاصی است، اگر از آن مقدار تصرف مأذون، تعدی کند، مثلاً از طرف رهن‌دهندهٔ اسب به مرتهن اجازه داده شود که روزی دو فرسخ بر آن سوار و یا تا حدود بیست من بار بر آن حمل نماید و مرتهن نسبت به مسافت یا مقدار بار تجاوز کند، در تمام این صور چون از حدود اجازه تعدی کرد، ضامن خواهد بود. اگر خرابی عین مرهون، مستند به فعل مرتهن یا ترک او در حفاظت نباشد، ضامن نیست؛ مثلاً سقف‌های خانهٔ راهن پوسیده باشد و راهن آن را

تعمیر نکند و خراب شود، مسئولیتی متوجه مرتهن نخواهد بود، بلکه راهن خود سبب خرابی شده و خرابی به فعل خود او مستند می‌باشد (حائری شاه‌باغ، ۱۳۴۶: ۶۹۱/۲).

ضمان مرتهن قبل از بری شدن: اگر به موجب شرط یا توافق طرفین، عین مرهون در تصرف مرتهن باقی بماند، باید او را امین مالک شمرد. بی‌گمان راهن نمی‌تواند مورد رهن را پس بگیرد یا بدون رضای مرتهن به دیگری بسپارد (بخش اخیر ماده ۷۸۷ ق.م.ا)، ولی مرتهن نیز نمی‌تواند بدون اذن راهن به تصرف ادامه دهد. جمع بین دو حق به این است که عین در تصرف امینی باشد که طرفین برمی‌گزینند یا حاکم معین می‌کند. پس اگر مرتهن به عنوان متصرف، به طور صریح یا ضمنی انتخاب شود، در واقع امین و نماینده مالک در حفظ عین مرهون است و رابطه آنان تابع قواعد ودیعه خواهد بود. بدین ترتیب مرتهن در صورتی مسئول تلف یا ناقص شدن مال است که در حفظ آن تقصیر کرده باشد (کاتوزیان، ۱۳۶۴: ۵۸۸/۳). البته به نظر می‌آید که رابطه امانت در رهن مانند رابطه امانت در ودیعه نیست؛ زیرا امانت، مشترک معنوی است و سبب ایجادکننده آن در عقود مختلف، متفاوت است.

ضمان مرتهن بعد از بری شدن مدیون: «هر گاه رهن به دلیل بری شدن مدیون منحل شود، صفت امانت مرتهن از بین نمی‌رود و باقی می‌ماند تا مالک آن را به وسیله مطالبه بر هم بزند. به بیان دیگر، در فرض باقی ماندن رهن در تصرف مرتهن، رابطه حقوقی آنان به دو عقد رهن و ودیعه تحلیل می‌شود؛ رهن با بری شدن منحل می‌شود و ودیعه با فسخ مالک. بنابراین رابطه مذکور تا پیش از مطالبه رهن باقی است و متصرف امین به شمار می‌آید» (همان). ماده ۷۹۰ قانون مدنی در تأیید همین مطلب مقرر می‌دارد: «بعد از براءت ذمه مدیون، رهن در ید مرتهن امانت است. لیکن اگر با وجود مطالبه آن را رد ننماید، ضامن آن خواهد بود، اگرچه تقصیر نکرده باشد».

درباره این ضمان در فصل رهن حکم ویژه‌ای نیامده است. پس احکام عمومی غصب و ضمان قهری را باید اجرا کرد (همان).

در نص قانون، سخنی از ودیعه به میان نیامده و به لفظ «امانت» اکتفا شده است. از این رو به نظر می‌رسد که استفاده از لفظ ودیعه در رهن به دلیل بار معنایی که در آن است، یعنی «مقتضای ذات بودن امانت در آن»، قابل تأمل است. لذا برخی معتقدند

که در اثر فک رهن، حق وثیقه زائل می‌گردد، ولی اذن در تصرف که ملاک امانت مالکانه است، باقی می‌ماند (امامی، ۱۳۶۸: ۳۷۱/۲). اینکه موجد امانت در عقد رهن چیست و آیا مراد قانون‌گذار در به کار بردن لفظ امانت در مواد مرتبط با رهن، ودیعه است یا اذن در تصرف که هر کدام در بین حقوق‌دانان طرفدارانی دارد و سبب تفسیر قانون مدنی در این باب شده است، امری است که در ادامه این مقاله، مورد تحلیل و بررسی و نقد قرار می‌گیرد.

۳. حکم وضعی شرط ضمان مرتهن

در مقدمه آمد که اکثر فقها و حقوق‌دانان، تنها به ضمان مرتهن در صورت تعدی و تفریط پرداخته‌اند. اما در تحقیق حاضر، این فرض مورد بررسی قرار گرفته و به آن پاسخ داده شده که با توجه به امین بودن مرتهن، آیا در صورت عدم تعدی و تفریط وی، شرط ضمان جایز است؟ در این خصوص جز برخی از فقها و حقوق‌دانان، مستقیم به این مسئله پرداخته‌اند.

برخی از فقها شرط ضمان برای مرتهن را جائز دانسته‌اند، چنان که سید عبدالاعلی سبزواری گفته است:

«مرتهن امین است و ضامن نیست مگر آنکه وی در مورد مال مرهون، تفریط یا تعدی کند یا آنکه راهن ضمان وی را شرط کند» (موسوی سبزواری، بی‌تا: ۳۸۲).

بعضی دیگر مانند محمدحسین غروی نایینی بر این باورند که شرط ضمان امین باطل بوده و موجب بطلان عقد اصلی نیز می‌شود (غروی نایینی، ۱۴۱۸: ۲۱۷/۳). برخی دیگر نیز مانند علامه حلی بر این باورند که شرط ضمان مرتهن باطل است، با وجود این، شرط مزبور به صحت عقد لطمه‌ای وارد نمی‌کند (علامه حلی، ۱۴۲۰: ۴۸۰/۲).

این مسئله در لسان حقوق‌دانان بدین شرح بیان شده است: شرط مسئولیت نسبت به رهینه باطل است؛ چون مقنن به قید حصر در صورت تقصیر، او را مسئول شمرده است. بنابراین در غیر این صورت «و مثلاً شرط مسئولیت» او را مسئول و ضامن نمی‌داند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۶۱). در اینجا نقدی وارد است و آن اینکه وجود حصر در قانون به بررسی احکام شرعی آن ضربه‌ای وارد نمی‌کند؛ چون مسئله شرط از قواعد عمومی

قراردادهاست که در همه عقود جاری است و تنها باید جائز بودن یا نبودن آن را از منظر شرعی کشف کرد. حقوق دانان در مباحث حقوقی می‌توانند با استفاده از حصری که قانون‌گذار به کار برده، مفهوم‌گیری کنند. بنابراین منحصر کردن ضمان به مورد خاصی از نظر آنان اشکالی ندارد. اما یک فقیه نمی‌تواند با استناد به حصر در قانون، شرط ضمان مرتهن را مختص به یک مورد خاص کند، بلکه باید با روش اجتهادی و قواعد و معیارهای خاص درباره این مسئله اظهار نظر شرعی کند و اظهار نظر او می‌تواند در تفسیر قانون در موارد مسکوت مورد استفاده قرار بگیرد. بر این اساس، یافتن نظر صحیح در فقه اسلامی درباره صحت شرط ضمان مرتهن را تحت دو عنوان که عمده ادله صاحب نظران در این عرصه است، دنبال می‌کنیم: الف) موافقت یا مخالفت شرط با مقتضای عقد؛ ب) موافقت یا مخالفت شرط با کتاب و سنت.

۳-۱. موافقت یا مخالفت شرط با مقتضای عقد

در اینکه آیا شرط ضمان مرتهن مخالف با مقتضای عقد است، دو احتمال حائز اهمیت است:

الف) براساس یک احتمال چنین شرطی مخالف مقتضای عقد رهن است؛ از این رو چنین شرطی نه تنها باطل و بی‌اثر است، بلکه موجب بطلان عقد اصلی که شرط در ضمن آن درج شده است، نیز می‌شود (غروی نایینی، ۱۴۱۸: ۲۱۷/۳). دلیل بطلان عقد رهن به خاطر شرط ضمان مرتهن آن است که شرط مزبور مخالف با مقتضای عقد رهن است؛ زیرا مقتضای عقد رهن آن است که مرتهن امین بوده و از این رو ضامن نیست؛ زیرا به اقتضای اثر ذاتی عقد، ید مشروط علیه نسبت به مال امانی است و به اقتضای اثر شرط، به فرض صحت آن، ید مشروط علیه نسبت به آن ضمانتی می‌شود. واضح است که حکم ضمان و امان نسبت به شیء واحد و ید واحد در زمان واحد با هم سازگاری ندارد و از این رو قابل توجیه نیست. در نتیجه شرط مزبور موجب بطلان قرارداد می‌شود؛ مثلاً عقد ودیعه مقتضی آن است که ید مستودع نسبت به آن امانی باشد، از سویی شرط ضمان مستودع مقتضی آن است که ید او نسبت به مال ضمانتی باشد. بنابراین شرط ضمان امین، شرط خلاف مقتضای ذات عقد بوده و موجب بطلان آن

می‌شود (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۱۶۲/۵).

برخی از فقها درباره مبطل بودن شرط مخالف مقتضای عقد ادعای اجماع نموده‌اند (عاملی جزینی، ۱۴۱۰: ۳۳۱). با توجه به احتمال یادشده از آنجایی که مرتهن به خاطر مقتضای عقد رهن، امین است، اشتراط ضمان وی در ضمن عقد رهن، موجب بطلان عقد رهن می‌شود.

ب) احتمال دوم آنکه شرط ضمان مرتهن، شرط بر خلاف مقتضای عقد نیست. بر اساس این احتمال و دیدگاه، شرط ضمان مرتهن از آن جهت که مخالف با مقتضای عقد رهن نیست - گرچه به دلیل دیگر ممکن است باطل باشد - باعث بطلان عقد رهن نمی‌باشد (علامه حلی، ۱۴۲۰: ۴۸۰/۲).

دلیل آنکه شرط ضمان مرتهن شرط مخالف با مقتضای عقد رهن نیست، آن است که عدم ضمان مرتهن یا امین بودن وی، اثر ذاتی عقد رهن نیست تا در صورت شرط ضمان، شرط مخالف مقتضای عقد به شمار آمده و از همین رو موجب بطلان عقد رهن گردد (موسوی خمینی، ۱۴۰۷: ۱۶۲/۲). با توجه به دلیل یادشده در عقود امانی، وصف امانی بودن لزوماً اثر ذاتی آن‌ها نیست، بلکه مثلاً اثر ذاتی عقد اجاره، حق مالکیت منافع برای مستأجر می‌باشد. همچنین اثر ذاتی عقد عاریه آن است که مستعیر حق انتفاع از مال مورد عاریه را دارد. اثر ذاتی عقد رهن نیز می‌تواند استیفای دین از عین مرهون جهت مطالبه دین باشد.

برای توضیح بیشتر هرچند که مرتهن به خاطر امانت مالکيه امین است، اما امانت مالکيه بر دو گونه است؛ زیرا گاهی برای مصلحت گیرنده - نه مصلحت مالک - مالی در اختیار اوست، مثل عاریه، و گاهی مالی به خاطر مصلحت خود مالک در اختیار دیگری است، مثل ودیعه. در فرض دوم، گیرنده مال محسن بوده و امین می‌باشد و به دلیل آیه ﴿مَاعَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾ (توبه/ ۹۱)، در صورت تلف مال بدون تفریط سوگند نمی‌خورد. اما در فرض نخست که مال به خاطر مصلحت گیرنده نه مالک، در اختیار دیگری است، هرچند که مال مزبور با اذن مالک در اختیار وی است، گیرنده مال محسن تلقی نمی‌شود. اگر گرفتن مال مرهون - بر خلاف ودیعه - به خاطر مصلحت مرتهن باشد، آنگاه شرط ضمان او مخالف مقتضای عقد نمی‌شود.

۲-۳. موافقت یا مخالفت شرط با کتاب و سنت

در روایات صادر از معصومان علیهم‌السلام، شرط مخالف با کتاب و سنت مجاز شمرده نشده است؛ مثلاً در روایتی آمده است:

«المسلمون عند شروطهم إلا کَلَّ شرط خالف کتاب الله عزَّ وجلَّ فلا یجوز» (تمیمی مغربی، ۱۳۸۵: ۴۴/۲؛ صدوق، ۱۴۱۳: ۲۰۲/۳؛ طوسی، ۱۳۹۰: ۲۲/۷؛ حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۱۶/۱۸).

از سوی دیگر بر عدم ضمان امین به صورت عام احادیثی وارد شده؛ چنان که علی علیه‌السلام فرمود: «لیس علی المؤمن ضمان» (نوری طبرسی، ۱۴۰۸: ۱۶/۱۴). با توجه به روایات یادشده این پرسش پیش می‌آید که آیا شرط ضمان مرتهن خلاف کتاب و سنت است؟ همچنین ادله خاص باب رهن که عدم ضمان مرتهن را بیان می‌دارند، آیا مقتضایشان آن است که فی نفسه و بدون اقدام او ضامن نیست؛ به گونه‌ای که اگر ضمن عقد، مرتهن به واسطه شرط، ضامن دانسته شود، با آن ادله عدم ضمان منافات ندارد؟ یا اینکه ضامن کردن مرتهن به واسطه اسبابی مانند شرط ضمن عقد مشروع نیست؟ برای پاسخ به این سؤال باید به مفاد و ادله عقد رهن و حقیقت معقودعلیه در آن مراجعه کرد که آیا حکم عدم ضمان برای مرتهن در صورت عدم افراط و تفریط، مانند یک حکم شرعی است که شرط خلاف آن ممکن نیست؟ یا مانند یک حق بوده که در اختیار رهن است و او می‌تواند خلاف آن را شرط کند.

اگر دلیل دال بر حکم با اطلاق خود ظهور نداشته باشد که شامل صورت اشتراط هم بشود - مانند اکثر ادله‌ای که دلالت بر احکامی دارند که متضمن رخصت و تسلیط است - در این صورت تغییر آن حکم با ملزم شرعی مانند شرط اشکالی ندارد (انصاری، ۱۳۱۸: ۱۲/۳-۱۳). این موارد وجود یک حق را نشان می‌دهد که به واسطه شرط قابل اسقاط است. اما اگر ظاهر دلیل عمومیت داشته باشد و حالت شرط و غیر شرط را دربرگیرد، مانند «لا یملک ولد حرّ» (نجفی، ۱۳۹۴: ۲۲۷/۳۰)، حکم بودن را نتیجه می‌دهد. در صورت شک در اطلاق و عموم دلیل نسبت به شرط یا به عبارت دیگر در صورت شک بین حق و حکم تنها می‌توان به اصول مراجعه کرد؛ زیرا موضوع عموماتی مانند عموم وفای به شرط، حق است که در مانحن‌فیه مشکوک می‌باشد. از همین رو تمسک

به عموماً، تمسک به عام در شبههٔ مصداقیه بوده و مردود است (غروی اصفهانی، ۱۴۱۹: ۵۰). در چنین حالتی از آنجا که شک مزبور به قابلیت یا عدم قابلیت اسقاط یا نقل بازگشت دارد، اصل عدم آن‌هاست (غروی نایینی، ۱۴۱۸: ۹۲/۱؛ طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸: ۵۶/۱). چنین اصلی استصحاب بقای ما کان قبل از اسقاط یا نقل است (غروی نایینی، ۱۴۱۸: ۱۰۸/۱).^۱ در مانحن‌فیه به دلیل اینکه حکم عدم ضمان مرتهن، منطوق و نص ادلهٔ رهن می‌باشد، اگر شک شود که آیا با شرط، قابل برطرف شدن است یا خیر، به استصحاب عدم ضمان در حالت شرط حکم می‌شود.

روایات چندی بر عدم ضمان مرتهن در فرض عدم افراط و تفریط وی دلالت دارند؛ از جمله:

۱. صحیحهٔ جمیل بن درّاج که به نقل از امام صادق علیه السلام در آن آمده است که حضرت - دربارهٔ مردی که نزد دیگری رهنی قرار داد و مال رهنی نزد مرتهن ضایع شد- فرمود:

«مال ضایع شده متعلق به راهن بوده و مرتهن جهت گرفتن مال خود به راهن رجوع می‌کند»^۲ (صدوق، ۱۴۱۳: ۳۰۵/۳؛ کلینی، ۱۳۸۸: ۲۳۵/۵؛ فیض کاشانی، ۱۴۰۶: ۱۸/۸۵۸).

این روایت نشانگر آن است که در صورت تلف شدن مال رهنی، ضمانی بر عهدهٔ مرتهن نیست. اطلاق روایت مزبور حالت شرط و عدم شرط را دربرمی‌گیرد.

۲. صحیحهٔ ابان بن عثمان از امام صادق علیه السلام که در آمده است: «اگر آنچه نزد مرتهن است ضایع شود و او باعث خرابی آن نشده باشد، مرتهن به راهن مراجعه می‌کند تا حق خود را از او بگیرد»^۳ (صدوق، ۱۴۱۳: ۳۰۸/۳).

این روایت نیز بر عدم ضمان مرتهن دلالت داشته و نسبت به حالت شرط و عدم شرط اطلاق دارد.

۱. البته چنین اصلی نمی‌تواند حکم بودن را ثابت کند؛ زیرا اثبات حکم بودن از لوازم عقلی و به اصطلاح «اصل مثبت» است و مثبتات اصل حجت نیستند (بحرالعلوم، ۱۴۰۳: ۱۹/۱).

۲. «محمد بن علی بن الحسین یاسناده عن محمد بن أبی عمیر عن جمیل بن درّاج قال: قال أبو عبد الله علیه السلام فی رجل رهن عند رجل رهناً فضاع الرهن - قال هو من مال الراهن - ویرجع المرتهن علیه بماله».

۳. «ومنها صحیحة ابان بن عثمان عن أبی عبد الله علیه السلام (أنه -خ) قال: فی الرهن إذا ضاع من عند المرتهن من غیر أن یستهلكه، رجع بحقه علی الراهن فأخذه».

۳. روایت محمد بن یعقوب از علی بن ابراهیم که در آن، امام علیؑ دربارهٔ مردی که به دیگری رهن داده بود، اما در اثر اصابت چیزی با آن، مال مورد رهن ضایع شده بود، فرمود: «برای جبران خسارت به رهن رجوع کن» (کلینی، ۱۳۸۸: ۲۳۵/۵).

شیخ طوسی روایت مزبور را به صورت «به مثلش رجوع کن»، نقل نموده است^۱ (طوسی، ۱۳۹۰: ۱۷۰/۷).

این روایت نیز عدم ضمان مرتهن در صورت عدم تعدی و تفریط را نتیجه می‌دهد و نسبت به حالت شرط و عدم شرط اطلاق دارد.

روایات فوق با اطلاق خود بر عدم ضمان مرتهن در حالت شرط و عدم شرط ظهور دارند. بر این اساس می‌توان نتیجه گرفت که شرط ضمان مرتهن بر خلاف کتاب و سنت است و به تعبیر دیگر شرط ضمان مرتهن خلاف شرع است.

۴. نقد و بررسی

از آنجا که مال در دست مرتهن امانت است، باید بررسی شود مرتهن که امین است آیا امانت سبب عدم ضمان شده و علت تامهٔ آن است؟ یا کبرای قضیهٔ عدم ضمان، اذن و رضای مالک، مصلحت او، احسان، حق مالکی و یا استتابه است و امانت یک معنای کلی است که با هر یک از این پنج مسئله تحقق پیدا می‌کند و حکم آن که عدم ضمان است ظاهر می‌شود. همهٔ فقها اتفاق دارند که حقیقت استیمان در عقد ودیعه، با امانت در عقود دیگر غیر از وکالت متفاوت است؛ یعنی ظهور ادلهٔ امانت در رهن نشان‌دهندهٔ آن است که حداقل با امانت در ودیعه فرق دارد و آن را نازل منزلهٔ مستودع در احکام قرار داده‌اند.

برخی از فقها و حقوق‌دانان، مبنای امانت در رهن را بر اساس اذن صرف مالک قرار داده‌اند (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۰: ۷۷/۶؛ امامی، ۱۳۶۸: ۳۷۱/۲). سؤالی که مطرح است

۱. «محمد بن یعقوب عن علی بن ابراهیم عن ابيه عن ابن ابي عمير عن حماد عن الحلبي في الرجل يرهّن عند الرجل رهناً فيصبيه شيء أو ضاع. قال: يرجع بماله عليه. ورواه الشيخ بإسناده عن علي بن ابراهيم مثله. وإسناده عن حماد عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يرهّن عند الرجل الرهن فيصبيه شيء أو ضاع. قال: يرجع بماله عليه» (صدوق، ۱۴۱۳: ۳۱۰/۳).

این است که مبنای امانت در رهن آیا اذن صرف مالک است یا اذن مالک همراه با حق مالکی؟

برخی معتقدند که در اثر قبض دادن مال مرهون به مرتهن، امانت مالکانه پیدا می‌شود و در اثر فک رهن، حق وثیقه زایل می‌گردد، ولی اذن در تصرف که ملاک امانت مالکانه است، باقی می‌ماند (امامی، ۱۳۶۸: ۳۷۱/۲). بر این اساس می‌توان نتیجه گرفت که در عقد رهن «حق وثیقه» وجود دارد. به عبارت دیگر وضع ید مرتهن بر عین مرهون، براساس حقی است که از عقد نشئت گرفته است. البته این مسئله از مفاد عقد رهن به دلالت مطابقه‌ای برداشت می‌شود؛ زیرا همان‌گونه که گذشت، رهن‌گرو گذاشتن مال به جهت وثیقه (و تضمین) نزد طلبکار است تا چنان که وی نتواند در زمان مقرر، حق خود را از بدهکار استیفا کند، آن را از مالِ گرو گذاشته‌شده یا قیمت آن استیفا نماید (حسینی حلبی، ۱۴۱۷: ۲۴۲/۱؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۴۱۶/۲). هر گاه ثبوت ید بر عین از روی حق باشد، نزد شرع نیز معتبر است و عدم ضمان چنین ید، سبب عدم نفوذ اشتراط ضمان در آن می‌شود (غروی نایینی، ۱۴۱۸: ۲۱۵/۳-۲۱۶). نظر به اینکه شرط ضمان، حق مالکی مرتهن را که شرعی است، رفع نمی‌کند، گفتن اینکه اگر حق است، اسقاط آن با شرط ممکن است، منطقی نمی‌نماید.

اگر ما دلیل امانت در رهن را بر اساس اذن صرف مالک بدانیم، در این صورت مانند عاریه به اتفاق همه فقها و یا مانند اجاره از دیدگاه برخی از فقها، امکان شرط ضمان در آن وجود داشته و قرار دادن چنین شرطی برای مرتهن، نه مخالف مقتضای عقد خواهد بود و نه مخالف کتاب و سنت؛ زیرا در چنین صورتی شرط ضمان به منزله عدم رضای مالک است و این چیزی است که در اختیار شارط است و حال آنکه اکثر فقها در خصوص امکان شرط ضمان مرتهن سخنی به میان نیاورده‌اند. در اینجا می‌توان این ایراد را وارد کرد که مبنای امانت در رهن بر اساس اذن صرف مالک نیست، بلکه مبنای امانت، اذن مالک به همراه حق مالکی است (همان: ۲۱۷/۳)؛ جواز شرط ضمان مرتهن، هر چند اذن مالک را از بین می‌برد، اما نمی‌تواند حق مالکی را از بین ببرد. به همین دلیل گذاشتن چنین شرطی برای مرتهن جایز نیست.

برخی از فقها و حقوق‌دانان (کاتوزیان، ۱۳۶۴: ۵۸۸/۳؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۰: ۷۷/۶)،

نوع امانت در رهن را از باب ودیعه دانسته و بر این باورند که اگر به موجب شرط یا توافق طرفین، عین مرهون در تصرف مرتهن باقی بماند، باید او را امین مالک شمرد. بنابراین راهن نمی‌تواند مورد رهن را پس بگیرد یا بدون رضای مرتهن به دیگری بسپارد (بخش اخیر ماده ۷۸۷ ق.م.ا؛ ولی مرتهن نیز نمی‌تواند بدون اذن راهن به تصرف ادامه دهد. جمع بین دو حق به این است که عین در تصرف امینی باشد که طرفین برمی‌گزینند یا حاکم تعیین می‌کند. پس اگر مرتهن به عنوان متصرف، به طور صریح یا ضمنی انتخاب شود، در واقع امین و نماینده مالک در حفظ عین مرهون است و رابطه آنان تابع قواعد ودیعه خواهد بود. بنابراین اما هر گاه به دلیل بری شدن مدیون، رهن منحل شود، صفت امانت مرتهن همچنان به قوت خود باقی می‌ماند تا مالک با مطالبه مورد رهن، این صفت را از بین ببرد. به بیان دیگر، در فرض باقی ماندن مال مرهون در تصرف مرتهن، رابطه حقوقی بین راهن و مرتهن مشمول دو عقد رهن و ودیعه می‌شود: رهن با بری شدن راهن منحل می‌شود و ودیعه با فسخ مالک منفسخ می‌گردد (کاتوزیان، ۱۳۶۴: ۵۸۸/۳). همچنین اگر ودیعه نیز با رهن منحل شود، اذن مالک تا هنگام مطالبه باقی می‌ماند (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۰: ۷۷/۶).

از عبارات کاتوزیان و بجنوردی استفاده می‌شود که دلیل امانت در مال مرهون، مانند دلیل امانت در مال مورد ودیعه است و لذا هر حکمی که برای مال مورد ودیعه بیان شود، برای مال مرهون نیز قابل اجرا و صدق خواهد بود؛ یعنی همان طور که قرار دادن شرط ضمان در مال مورد ودیعه، خلاف مقتضای عقد است در مورد شرط ضمان مرتهن نیز همین حکم جاری است.

دیدگاه یادشده با اشکالاتی از جمله موارد ذیل مواجه است:

- ۱- عقد ودیعه از نوع امانت عقدی است، در حالی که امانت در رهن غیر عقدی است که مبنای آن حق مالکی است (غروی نایینی، ۱۴۱۸: ۲۱۷/۳).
- ۲- حقیقت عقد ودیعه، استنباط است، در حالی که حقیقت عقد رهن چنین نیست. در رهن، شرط نمی‌تواند حق مالکی را از او بگیرد. این عقود عقلایی بوده که مورد امضای شارع قرار گرفته‌اند. مطالعه دقیق ساختار آنها که به هدف رفع نیاز جامعه و براساس عدل و انصاف شکل گرفته، وظیفه محققان است. آیات و روایات نیز ما را به

این احکام عقلایی راهنمایی می‌کنند؛ به ویژه هنگامی که دارای اطلاق یا عمومی باشند و ما در مسئله‌ای شک داشته باشیم. در روایات رهن، بحث جواز شرط ضمان نیامده است و می‌توان استظهار کرد که اطلاق آن‌ها نسبت به عدم ضمان، موارد شرط را نیز دربرمی‌گیرد و تنها موارد افراط و تفریط استثناء شده است.

امانت که به معنای عدم ضمان است، بر اساس علت‌های کبروی آن یعنی «استنابت، حق مالکی، مصلحت مالک، اذن و رضای او و احسان» (همان: ۲۱۷/۳-۲۱۸)، از ادله ضمان که قاعده «ید» و «اتلاف» است، تخصیصاً یا تخصصاً خارج شده است و شرط تنها آن مواردی از علل عدم ضمان (امانت) را که در اختیار شرط‌کننده است، مانند اذن و رضای مالک در عاریه، می‌تواند رفع کند و لذا ید را در آن موارد، ذیل عموم قاعده اولیه «علی الید» برمی‌گرداند. اما درباره رهن که علت امانت و عدم ضمان، حق مالکی است، شرط توانایی برداشتن آن را به دلیل شرعی بودن ندارد و لذا شرط عدم ضمان در آن، مخالف کتاب و سنت می‌شود.

به عبارت دیگر، شرط ضمان در هر عقدی باید با ساختار و احکام آن عقد تنافی نداشته باشد؛ چون امانت یک مشترک معنوی است که مصادیق مختلف دارد و احکام هر مصداق با هم فرق می‌کند؛ به گونه‌ای که در برخی افراد، شرط ضمان ممکن است و در برخی افراد ممکن نیست. همچنین هر گاه بر اساس یک حکم عقلایی - که از باب حکمت و مصلحت است - حقی ایجاد شود و این حق مورد تأیید و امضای شارع قرار گیرد، مخالفت با آن، تنها مخالفت با حکم عقلایی نیست، بلکه مخالفت با شرع است.

نتیجه‌گیری

اگر دلیل امانت، اذن صرف مالک یا احسان باشد، یعنی اینکه مالک از روی اختیار و قصد، مال خود را نزد دیگری بسپارد، شرط ضمان ممکن است؛ یعنی مالک می‌تواند برای امین شرط بگذارد که اگر مال وی بدون تعدی و تفریط امین تلف شود، ضامن باشد. ولی اگر دلیل امانت، حق مالکی باشد، شرط ضمان نادرست و خلاف کتاب و سنت است. بنابراین اگر ما دلیل امانت در رهن را بر اساس اذن صرف مالک بدانیم،

چنان که برخی از فقها و حقوق دانان به آن اشاره کرده اند، در این صورت مانند عاریه به اتفاق همه فقها و یا مانند اجاره از دیدگاه برخی از فقها، امکان شرط ضمان در آن وجود داشته و قرار دادن چنین شرطی برای مرتهن، نه مخالف مقتضای عقد خواهد بود و نه مخالف کتاب و سنت؛ در حالی که اکثریت فقها و حقوق دانان چنین مطلبی را بیان نکرده اند.

این مسئله را از باب ادله رهن چنین می توان بررسی کرد: روایاتی که از باب رهن ذکر شد، بر عدم ضمان در حالت عدم افراط و تفریط مرتهن دلالت دارند. این روایات با اطلاق خود حالت شرط و عدم شرط را دربرمی گیرند؛ لذا اشتراط ضمان، مخالف کتاب و سنت می باشد. همچنین به دلیل آنکه حکم عدم ضمان مرتهن، منطوق و نص ادله رهن است، اگر شک شود که آیا با شرط، قابل برطرف شدن است یا خیر، حکم به استصحاب عدم ضمان در حالت شرط می شود.

بر دیدگاهی که می گوید «امانت در رهن مانند ودیعه» است نیز اشکالاتی وارد است؛ زیرا رهن با ودیعه تفاوت دارد؛ از جمله تفاوت های آن دو این است که در ودیعه، شرط ضمان مخالف مقتضای عقد است؛ زیرا امانت در ودیعه به عنوان مقتضای ذات چنان به ماهیت عقد وابسته بوده و ملازم با آن است که اگر به وسیله شرط گرفته شود، جوهر عقد نیز از دست می رود و در دید عرف و قانون، موضوعی برای آن باقی نمی ماند؛ لذا چنین شرطی علاوه بر باطل بودن، اجماعاً مبطل عقد نیز است. در رهن نیز مانند ودیعه، شرط ضمان امین نافذ نیست، ولی نه از این جهت که شرط مزبور مخالف مقتضای عقد است، بلکه از آن روی که مخالف با کتاب و سنت است. البته در فقه، مبطل بودن چنین شرطی - به عنوان شرط باطل - نسبت به اصل عقد، مبنایی است.

کتاب شناسی

۱. ابن ادریس حلی، ابوجعفر محمد بن منصور، السرائر، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۲. اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة والبرهان، تحقیق مجتبی عراقی، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۲ ق.
۳. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، تهران، اسلامی، ۱۳۶۸ ش.
۴. انصاری، شیخ مرتضی، کتاب المکاسب، قم، اسماعیلیان، ۱۳۱۸ ش.
۵. ایروانی، باقر، دروس تمهیدیه فی الفقه الاستدلالی، قم، بی نا، ۱۴۲۷ ق.
۶. بحرالعلوم، محمد بن محمدتقی، بلغة الفقیه، تهران، مکتبه الصادق علیه السلام، ۱۴۰۳ ق.
۷. بیهقی، احمد بن حسین، السنن الکبری، بیروت، دار الفکر، بی تا.
۸. تیمی مغربی، ابوحنیفه نعمان بن محمد، دعائم الاسلام، قم، مؤسسه آل البيت علیه السلام، ۱۳۸۵ ش.
۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق مدنی (رهن و صلح)، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۸ ش.
۱۰. حائری شاه باغ، سیدعلی، شرح قانون مدنی، بی جا، بی نا، ۱۳۴۶ ش.
۱۱. حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، قم، مؤسسه آل البيت علیه السلام، ۱۴۰۹ ق.
۱۲. حسینی حلبی، سیدحمزه بن علی بن زهره، غنیة النزوع، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۷ ق.
۱۳. حسینی روحانی، سیدمحمدصادق، منهاج الصالحین، بی جا، مکتبه الفین، ۱۴۱۴ ق.
۱۴. سیوری حلی (فاضل مقداد)، جمال الدین مقداد بن عبدالله، کنز العرفان فی فقه القرآن، قم، بی نا، بی تا.
۱۵. صدوق، محمد بن علی بن حسین بن موسی بن بابویه قمی، من لایحضره الفقیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۱۶. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، حاشیه المکاسب، قم، اسماعیلیان، ۱۳۷۸ ش.
۱۷. طوسی، محمد بن حسن، الخلاف، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۱۸. همو، تهذیب الاحکام، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۹۰ ش.
۱۹. عاملی جبعی، زین الدین بن علی، مسالک الافهام، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۲۰. عاملی جزینی، محمد بن جمال الدین مکی، اللمعة الدمشقیه، بیروت، دار التراث - الدار الاسلامیه، ۱۴۱۰ ق.
۲۱. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۰ ق.
۲۲. غروی اصفهانی، محمدحسین، حاشیه کتاب المکاسب القدیمة، تحقیق عباس محمد آل سیبغ القطیفی، بی جا، ذوی القربی، ۱۴۱۹ ق.
۲۳. غروی نایینی، محمدحسین، منیة الطالب، تقریر شیخ موسی بن محمد نجفی خوانساری، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۸ ق.
۲۴. فیض کاشانی، محمدمحسن بن شاه مرتضی، الوافی، اصفهان، کتابخانه امام امیرالمؤمنین علی علیه السلام، ۱۴۰۶ ق.
۲۵. کاتوزیان، ناصر، دوره عقود معین ۳، حقوق مدنی (عقود اذنی - وثیقه های دین)، تهران، به نشر، ۱۳۶۴ ش.
۲۶. کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۸۸ ش.
۲۷. موسوی بجنوردی، میرزا حسن، القواعد الفقهیه، قم، اسماعیلیان، ۱۴۱۰ ق.
۲۸. موسوی خمینی، سیدروح الله، تحریر الوسیله، تهران، مکتبه اعتماد الکاظمی، ۱۴۰۷ ق.
۲۹. موسوی خمینی، سیدمصطفی، کتاب الخیارات، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۸ ق.

۳۰. موسوی سبزواری، سید عبدالاعلی، جامع الاحکام الشرعیه، چاپ نهم، قم، المنار، بی تا.
۳۱. نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۹۴ ش.
۳۲. نوری طبرسی، میرزا حسین، مستدرک وسائل الشیعه، بیروت، مؤسسة آل البيت علیهم السلام، ۱۴۰۸ ق.

انتقال حقوق و تعهدات قراردادی

در حقوق ایران و اسناد بین‌المللی*

- مصطفی انصاری نسب^۱
- حسن مرادی^۲
- نجادعلی الماسی^۳

چکیده

انتقال توأمان حقوق و تعهدات قراردادی، حالتی است که فرد موقعیت قراردادی خود را از لحاظ طرف پیمان بودن، به شخص ثالثی واگذار نماید و او را از لحاظ برخورداری از حقوق و مسئول بودن در اجرای تعهدات جانشین خود سازد. بر اساس دیدگاه‌های سنتی، ملاک در قابلیت انتقال حقوق و تعهدات قراردادی، مستمر بودن عقد (در مقابل آتی بودن) است؛ در حالی که با بررسی تطبیقی و ملاحظه اسناد بین‌المللی و تحلیل ماهیت‌های حقوقی مرتبط باید گفت که ملاک وجود یا عدم وجود حقوق و تعهدات غیر شخصی است. باین دیدگاه،

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۷/۲۱ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۲/۲۰.

۱. دانشجوی دکتری تخصصی، گروه حقوق، واحد امارات، دانشگاه آزاد اسلامی، دبی، امارات متحده عربی (mo_ansari63@yahoo.com).

۲. استادیار دانشگاه تهران (نویسنده مسئول) (ylaw30@gmail.com).

۳. استاد دانشگاه تهران (nalmasi@ut.ac.ir).

این شبهه که در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (که در این زمینه ساکت است) انتقال حقوق و تعهدات جایگاهی ندارد، باید مردود اعلام شود. علاوه بر این از گذشته، انتقال حقوق و تعهدات قراردادی را در قالب عقد صلح به عنوان یک عقد معین مطرح کرده‌اند، در حالی که با تحلیلی که از ماهیت عقد صلح و شرایط انتقال صورت پذیرفته است، باید قائل به انتقال در قالب عقد نامعین بود. لذا ارائه این دیدگاه‌ها می‌تواند تأثیر عملی به سزایی در اصلاح رویه قضایی داشته باشد و در زمینه‌سازی اصلاح قوانین، متناسب با به روزترین اسناد بین‌المللی مؤثر باشد.

واژگان کلیدی: انتقال حقوق و تعهدات، انتقال قراردادی، عقد مستمر،

عقد شخصی.

مقدمه

انتقال حقوق و تعهدات قراردادی آن است که شخص پس از انعقاد یک قرارداد، موقعیت خود را از لحاظ طرف پیمان بودن، به دیگری منتقل سازد (غمامی، ۱۳۷۷: ۱۵). در انتقال حقوق و تعهدات قراردادی، طرف قرارداد از رابطه حقوقی کنار می‌رود و شخص دیگری جانشین و جایگزین می‌شود و از آن پس طرف عقد به حساب می‌آید و می‌تواند حقوق ناشی از عقد را مطالبه نماید و در مقابل تعهدات ناشی از عقد نیز مسئول است که در اصطلاح، واگذاری یا انتقال قرارداد اتفاق افتاده است. این امر با تبدیل تعهد متفاوت است؛ چرا که موضوع عقد متضمن انتقال قرارداد، حقوق و تعهدات ناشی از یک قرارداد به عنوان یک موجود اعتباری مستقل است؛ اما موضوع تبدیل تعهد، یک تعهد است که این تعهد می‌تواند ناشی از یک عمل حقوقی مثل عقد باشد و یا می‌تواند ناشی از وقوع یک جرم و یا حتی در اثر ضمان قهری یا مسئولیت مدنی باشد. به عبارت دیگر، موضوع تبدیل تعهد با موضوع انتقال حقوق و تعهدات قراردادی کاملاً متفاوت است. علاوه بر این در تبدیل تعهد، اثر مهم، سقوط تعهد سابق و ایجاد تعهد جدید است؛ لذا در تبدیل تعهد بر خلاف انتقال قرارداد، نمی‌توان قائل به انتقال تعهد با همان وضعیت شد.

نکته‌ای که نباید از نظر دور داشت این است که لازم نیست در انتقال حقوق و

تعهدات قراردادی، کل حقوق و تعهدات ناشی از قرارداد موجود باشند؛ بلکه ممکن است بخشی از حقوق و تعهدات انجام شده باشد و باقی مانده آن واگذار گردد؛ مثل حالتی که نیمی از مدت عقد اجاره سپری شده باشد. با این حال این نکته ظریف هم وجود دارد که می‌بایست برای واگذاری، حقوق و تعهدات توأمان و متقابلاً هر دو موجود باشند. تصور کنید که پیمانکاری کل تعهدات خود را انجام داده و فقط بخشی از دستمزد خود را هنوز دریافت نکرده است، یعنی تعهدی در این فرض وجود ندارد، بلکه تنها حق مطالبه و دریافت مابقی دستمزد برای او باقی مانده است. حال اگر در این وضعیت پیمانکار اقدام به واگذاری قرارداد نماید، نباید به ظاهر امر بسنده کرد. فی الواقع آنچه اتفاق افتاده است، تنها انتقال حقوق است که تفاوت آن با موضوع بحث روشن است. با همین وضعیت باید مواظب خلط موضوع قرارداد با واگذاری تعهدات (تبدیل تعهد) هم بود؛ مثل حالتی که همان پیمانکار، دستمزد کامل را گرفته و فقط بخشی از تعهدات خود در تکمیل پروژه را واگذار می‌کند.

برخی با بررسی استقرایی در مواردی که انتقال حقوق و تعهدات اتفاق افتاده است، از این جهت که انتقال حقوق و تعهدات قراردادی باعث تشویق انتقال‌گیرنده به نقض قرارداد و کمتر شدن تعهد اخلاقی به اجرای قرارداد شده است، به اصل آزادی انتقال قرارداد انتقاد نموده‌اند (Wilkinson-Ryan, 2012: 511). اما به نظر می‌رسد که اولاً بررسی استقرایی، مبنای دقیقی برای چنین برداشتی تلقی نمی‌گردد؛ ثانیاً در بررسی نیروی الزام‌آور قرارداد، ملاک ضمانت اجراهای حقوقی و فهری است و نه میزان تعهد اخلاقی فرد که امری غیر حقوقی است؛ ثالثاً بر فرض پذیرش وجود چنین امری، با لحاظ این موضوع که در انتقال حقوق و تعهدات قراردادی رضایت طرف دیگر شرط است، ایراد مرتفع می‌شود؛ زیرا طرف قرارداد با برآورد میزان پابندی اخلاقی انتقال‌دهنده و انتقال‌گیرنده می‌تواند به انتقال رضایت دهد یا با آن مخالفت کند.

در بحث انتقال حقوق و تعهدات قراردادی، به لحاظ سکوت قانون‌گذار، چالش‌های مهمی در خصوص قابلیت انتقال برخی انواع حقوق و تعهدات قراردادی و همچنین ماهیت و قالب حقوقی عقد متضمن انتقال حقوق و تعهدات قراردادی وجود دارد که هنوز پاسخ مستدل و قطعی در این زمینه‌ها در نوشته‌های حقوقی مشاهده نمی‌شود؛ به

نحوی که علی‌رغم استدلال صورت گرفته در این مقاله، هنوز حقوق و تعهدات در عقود تملیکی غیر قابل انتقال قلمداد می‌شوند یا اینکه هنوز به صورت سنتی قالب حقوقی انتقال قراردادی حقوق و تعهدات، عقد صلح معرفی می‌شود. لذا سؤال اصلی در این مقاله با بررسی در حقوق ایران و اسناد بین‌المللی این است که عقود قابل انتقال چه عقود بوده و در چه قالب حقوقی این انتقال صورت می‌پذیرد؟ سؤالات فرعی دیگری نیز در همین راستا مطرح می‌گردد، از جمله اینکه «مفهوم انتقال حقوق و تعهدات قراردادی چیست؟» یا اینکه «آنی یا مستمر بودن و شخصی یا غیر شخصی بودن عقد چه تأثیری بر قابلیت انتقال عقد دارد؟» لذا فرضیه مطروحه شامل شرط وجود حقوق و تعهدات قراردادی در قابلیت انتقال، آن هم در قالب عقد صلح، با استدلال حقوقی و کمک از مواضع اسناد بین‌المللی مرتبط، تحلیل و نفیاً یا اثباتاً این فرضیه بررسی و سعی در رفع ابهامات و ارائه راهکارهای جدید شده است. در همین راستا ابتدا مفهوم انتقال حقوق و تعهدات قراردادی و تحلیل این انتقال با اصل نسبی بودن قراردادها صورت پذیرفته است. سپس حقوق و تعهدات قابل انتقال و قالب حقوقی این انتقال در حقوق ایران و اسناد بین‌المللی بررسی شده است تا زمینه جهت استخراج نتایج کاربردی در انتهای مقاله فراهم آید.

۱. مفهوم انتقال حقوق و تعهدات قراردادی

قبل از بحث در مورد قراردادها و حقوق و تعهدات قابل انتقال و همچنین قالب حقوقی این انتقال، لازم است مفهوم «انتقال حقوق و تعهدات قراردادی» در حقوق ایران و اسناد بین‌المللی بررسی گردد که در این قسمت به این مهم پرداخته خواهد شد.

۱-۱. حقوق ایران

«انتقال حقوق و تعهدات قراردادی» خود نهادی مستقل و دارای مفهومی ویژه است که در حقوق ما کمتر مورد توجه بوده است. در قوانین ما هرچند موارد و مصادیقی از انتقال حقوق و تعهدات قراردادی مشاهده می‌شود، اما تعریفی از این نهاد مشاهده نمی‌شود. ماده ۲۱۹ قانون مدنی لازم‌الاتباع بودن عقود نسبت به قائم‌مقام متعاملین را

پذیرفته است، اما مفهومی از نحوه سرایت عقد به قائم مقام ارائه نداده است. ماده ۲۳۱ این قانون نیز در بیان تأثیر عقود مقرر داشته که معامله علاوه بر طرفین قرارداد در حق قائم مقام قانونی آن‌ها نیز مؤثر می‌باشد.

در مورد قائم مقام نیز تعریفی در قوانین مشاهده نمی‌کنیم. اما «قائم مقام کسی است که به طور مستقیم یا به وسیله نماینده خود در تراضی شرکت نداشته، ولی در نتیجه انتقال تمام یا قسمتی از دارایی یکی از دو طرف به او جانشین طرف قرارداد و عهده‌دار و بهره‌مند از اجرای آن شده است» (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۲۷۹/۳). لذا طرف قرارداد می‌تواند شخص ثالثی را قائم مقام خود سازد و وضع حقوقی خود، اعم از حقوق و تعهدات ناشی از قرارداد را به او انتقال دهد و اگر در قالب یک قرارداد باشد، 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 و همانند طرف عقد بتواند آن را فسخ کند و اجبار طرف را بخواهد و از حق حبس سود ببرد (همان: ۲۹۳/۳). بنابراین در این انتقال، عقد سابق به حیات خود ادامه می‌دهد و انتقال قرارداد را نباید اقاله عقد سابق و انعقاد عقد جدید دانست.

بنابراین انتقال قرارداد را نباید با انتقال تمام یا بخشی از حقوق ناشی از قرارداد اشتباه گرفت. در انتقال قرارداد، همزمان کل حقوق و کل تعهدات باقی‌مانده از قرارداد به صورت توأمان منتقل شده و طرف قرارداد از رابطه حقوقی کنار می‌رود و شخص دیگری جانشین و جایگزین می‌شود و از آن پس طرف عقد به حساب می‌آید و می‌تواند حقوق ناشی از عقد را مطالبه نماید و در مقابل تعهدات ناشی از عقد نیز مسئول است. اما هنگامی که یک طرف عقد، حقی را که به موجب قرارداد کسب نموده است به دیگری منتقل نماید یا تنها بخشی از تعهدات ناشی از قرارداد را منتقل کند، انتقال قرارداد محقق نمی‌شود؛ مثل کارگری که وصول دستمزدی را که استحقاق آن را دارد، به دیگری واگذار می‌کند. بدیهی است که در چنین حالتی طرفین قرارداد (کارفرما و کارگر یا اجیر و مستأجر) تغییر نکرده‌اند؛ بلکه به موجب توافق علی‌حده شخص ثالث می‌تواند دستمزد کارگر را مطالبه نماید، بی‌آنکه طرف عقد محسوب شود.

۲-۱. حقوق اسلام

در مباحث فقهی، فقهای عظیم‌الشان شیعه باب مستقلی را در انتقال حقوق و تعهدات قراردادی بحث نکرده‌اند. اما در قالب عقود مضاربه، مزارعه، اجاره و... در خصوص این نهاد اظهارنظر نموده‌اند؛ به نحوی که از محتوای کلام آنان می‌توان برداشت نمود که موضوع انتقال قرارداد در فقه اسلام به رسمیت شناخته شده و از سابقه طولانی برخوردار می‌باشد. بنابراین در یافتن پاسخ بسیاری از ابهامات می‌توان از آن بهره جست (شعاریان، ۱۳۸۸: ۳۱). انتقال قرارداد را می‌توان جزء قواعد عمومی قراردادهای در فقه محسوب کرد و برخی فقها در همه عقود آن را جاری می‌دانند (طباطبایی حکیم، ۱۳۹۱: ۳۳۳/۱۳)^۱ که این انتقال قطعاً با لحاظ شرایط لازم از جمله اذن طرف دیگر عقد خواهد بود.

در کلام فقهای عظیم‌الشان امامیه، مبحث انتقال حقوق و تعهدات قراردادی بیشتر در مبحث اجاره مطرح شده است؛ اما ضوابط قابل تسری به سایر عقود نیز می‌باشد. از آنجا که مستأجر، مالک منافع عین مستأجره می‌باشد که فوراً بعد از عقد اجاره حاصل می‌شود، فقها معتقدند که وی می‌تواند حتی بدون اذن موجر، مورد اجاره را به دیگری اجاره دهد (بروجردی، ۱۳۶۵: ۳۸۳). در باب اجاره، شهید اول می‌فرماید:

«مستأجر می‌تواند چیزی را که اجاره کرده، آن را به کس دیگری اجاره دهد؛ مگر آنکه موجر اول شرط کرده باشد که خود او مباشرتاً از آن منفعت استفاده کند»^۲

(عاملی جزینی، ۱۳۸۵: ۱۱/۲).

شهید ثانی در شرح این گزاره، راهی پیشنهاد نموده که امکان انتقال قرارداد اجاره را علی‌رغم وجود این شرط به وجود می‌آورد:

«اگر مستأجر اول بر مستأجر دوم شرط کند که خود مبادرت به استیفای منفعت برای مستأجر دوم کند، جایز است آن را اجاره دهد؛ زیرا چنین اجاره‌ای با شرطی که موجر اول کرده است، منافات ندارد؛ چه آنکه استیفای منفعت توسط مستأجر اول، اعم از

۱. «فله نقلها إلى الغير بمقتضى قاعدة السلطنة... هكذا الحكم في جميع الأمور التي تقبل النيابة عرفاً، فإن الأصل فيها جواز النيابة إلا مع شرط المباشرة».

۲. «للمستأجر أن يوجر إلا مع شرط استيفاء المنفعة بنفسه».

آن است که برای خود استیفا کند یا برای دیگری»^۱ (عاملی جبعی، ۱۳۸۸: ۲۸/۴).

به نظر می‌رسد حالت پیش‌بینی شده از سوی شهید ثانی را باید یک قرارداد فرعی تلقی کرد و در هر حال شرط مباشرت، مانع انتقال قرارداد خواهد بود. در میان فقهای معاصر، برخی با اشاره به مشروعیت سرقفلی در اجاره مغازه‌ها معتقدند که اگر در ضمن عقد اجاره، حق واگذاری قرارداد اجاره 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 (موسوی خمینی، ۱۴۰۴: ۲۳۹). این نظریه مؤیدی بر مشروعیت انتقال ارادی اجاره از ناحیه مستأجر می‌باشد.

۳-۱. کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا

در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، سخنی از انتقال حقوق و تعهدات قراردادی به میان نیامده است. همان‌گونه که اشاره شد، این کنوانسیون ناظر بر عقد بیع در بعد بین‌المللی می‌باشد که این عقد از انواع عقود آتی تلقی می‌شود^۲ که در مقابل عقود مستمر تقسیم‌بندی می‌شوند. عقد آتی عقدی است که اثر آن اصولاً با انعقاد قرارداد یا در لحظه دلخواه دو طرف ایجاد می‌شود؛ مانند عقد بیع که به مجرد وقوع آن، مشتری مالک مبیع و فروشنده مالک ثمن می‌شود یا عقد قرض (ماده ۶۴۸ ق.م.ا.) و برعکس عقد مستمر عقدی است که اجزای مورد عقد به تدریج و به طور مستمر در طول زمان معین ایجاد می‌شود؛ مانند عقد اجاره، بیمه یا عقد شرکت (قاسم‌زاده، ۱۳۸۳: ۳۸).

علی‌رغم آنچه مورد اشاره ماده ۱۷۱۷ قانون مدنی فرانسه قرار گرفته، ممکن است کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا عقد بیع را به عنوان یک عقد آتی قابل انتقال ندانسته باشد؛ زیرا انتقال حقوق و تعهدات قراردادی تنها در عقود مستمر قابل تحقق می‌باشد که اثر عقد در طول زمان ادامه دارد. اما از سوی دیگر اگر قائل به قابلیت واگذاری

۱. «أن يشترط المستأجر الأول على الثاني استيفاء المنفعة له بنفسه صحيح أن يوجر أيضاً، بعدم منافاتها لشرط الموجه الأول، فإن استيفاء المنفعة بنفسه أعم من استيفاءها لنفسه».

۲. ارتباط عقود آتی با موضوع بحث در قسمت دوم مقاله تحلیل شده است.

عقد آتی از جمله عقد بیع باشیم، به نظر می‌رسد در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مخالفتی با این امر وجود ندارد و حتی در قالب ماده ۷ این کنوانسیون می‌توان موضوع را به قوانین داخلی هم تسری داد. در هر حال بحث به این سؤال موقوف می‌شود که آیا در عقود آتی هم می‌توان صحبت از انتقال حقوق و تعهدات قراردادی و انتقال قرارداد به میان آورد یا خیر؟ در قسمت‌های آتی به این موضوع پرداخته شده است و با روشن شدن این مطلب، موضع کنوانسیون نیز روشن می‌شود.

۴-۱. در اصول قراردادهای اتحادیه اروپا

در اصول قراردادهای اروپا فصل یازدهم به «انتقال حقوق»^۱ اختصاص داده شده است و فصل دوازدهم که از ۳ ماده تشکیل شده است، با عنوان «جانشینی متعهد جدید؛ انتقال قرارداد»^۲ وارد سند مذکور شده است. گفتار دوم از این فصل مربوط به انتقال توأمان حقوق و تعهدات قراردادی است که با اصطلاح «Transfer of Contract» مطرح شده است و این گفتار فقط مشتمل بر ماده ۲۰۱-۱۲ است که مقرر داشته است:

«۱. طرف قرارداد می‌تواند با شخص ثالثی توافق نماید که شخص مذکور به عنوان طرف قرارداد جایگزین شود. در چنین موردی، جانشینی صرفاً در نتیجه رضایت طرف دیگر مؤثر می‌شود و در این صورت طرف اول بری‌الذمه می‌شود...»^۳.

پذیرش نظریه نقض کارآمد قرارداد، به لحاظ اینکه اجرای اجباری قرارداد را در شرایطی منتفی می‌سازد، از رونق و مزایای واگذاری قرارداد می‌کاهد. در اصول قراردادهای اتحادیه اروپا برخی با استناد به بند ۲ ماده ۱۰۲-۹ این اصول - که مبین این امر است که اجرای اصل تعهد در صورتی که زیان‌دیده به طور متعارف موضوع اجرای تعهد را از طریق منابع دیگر به دست بیاورد، دیگر قابل مطالبه نیست- بر این عقیده‌اند که نقض کارآمد قرارداد در سند مذکور شناسایی شده است (Hesselink, 2001: 257).

1. Assignment of claims.
2. Substitution of new debtor: Transfer of contract.
3. "A party to a contract may agree with a third person that, that person is to be substituted at the contracting party. In such a case the substitution takes effect only where, as a result of the other party's assent, the first party is discharged..."

در مقابل، برخی چنین برداشتی را صحیح ندانسته و اظهار داشته‌اند که این ماده به طور قاطع بر این امر دلالت ندارد و انتقاد نموده‌اند که نظریه نقض کارآمد قرارداد از باب مبادینت با حاکمیت اراده طرفین و مخالفت با حسن نیت، در این سند قابل پذیرش نیست و الحاق این نظریه به حقوق قراردادها منجر به افزایش عدم اعتماد شده و تأثیرات زیانباری بر تولید و پیشرفت جامعه می‌گذارد؛ زیرا افراد در صورتی که نتوانند اجرای قرارداد را تضمین نمایند، مایل نخواهند بود وارد قراردادهای دارای منافع دوجانبه شوند؛ چرا که نمی‌توانند به آن‌ها اعتماد نموده و بر اساس آن اقدام نمایند و در صورتی که افراد مکلف به اجرای قرارداد باشند، اما به دلایلی توان این امر را نداشته باشند، می‌توانند از نهاد واگذاری قرارداد استفاده کنند (Khouri, 2002: 759).

۵-۱. در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی

بر خلاف کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، موضوع انتقال حقوق و تعهدات قراردادی صراحتاً و با تفصیل نسبتاً قابل توجهی مطرح شده است و علاوه بر اینکه مستقلاً در این سند بین‌المللی در خصوص واگذاری حقوق^۱ و نیز واگذاری تعهدات^۲ صحبت شده است، نهاد انتقال توأمان حقوق و تعهدات قراردادی هم در قسمت سوم از فصل نهم وارد گردیده و از عبارت "Assignment of Contract" استفاده شده است. در این سند بین‌المللی، انتقال حقوق و تعهدات قراردادی در ماده ۱-۳-۹ تعریف شده است:

«انتقال یک قرارداد به معنای انتقال توافقی حقوق و تعهدات یک شخص (واگذارنده) به شخص دیگر (طرف واگذاری) است و آن هم حقوق و تعهداتی که ناشی از قرارداد واگذارنده با طرف دیگر است».^۳

لازم به توضیح است که اصول قراردادهای اروپا، یک سند صرفاً بین‌المللی و در

1. Assignment of rights.
2. Transfer of obligation.
3. "Assignment of a contract means the transfer by agreement from one person (the assignor) to another person (the assignee) of the assignor's rights and obligations arising out of a contract with another person (the other party)".

محدوده جغرافیایی مربوط به اتحادیه اروپا اعمال می‌شود؛ در حالی که اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، یک سند جهانی بوده که هم بر قراردادهای داخلی و هم خارجی امکان اعمال آن وجود دارد؛ خواه قرارداد تجاری باشد یا غیر تجاری (Saidov, 2008: 8).

۲. انتقال حقوق و تعهدات قراردادی و اصل نسبی بودن قراردادها

اصل نسبی بودن قراردادها، حاصل نفوذ اصل حاکمیت اراده در قلمرو حقوق خصوصی است. با این حال به تدریج فکر اجتماعی شدن حقوق بر همه چیز سایه گستراند و نویسندگان دریافتند که هر اندازه در نسبی بودن قراردادها اصرار شود، باز هم قرارداد، پدیده‌ای خارجی و اجتماعی است که هرچند اشخاص ثالث به طور مستقیم از آثار آن برخوردار نمی‌شوند، ولی وجود آن را نیز نمی‌توانند انکار نمایند و در این صورت هرگز نسبت به آن به طور کامل بیگانه نمی‌مانند؛ برای مثال شخصی مورد اجاره را از موجد می‌خرد و برای تخلیه مستأجر دادخواست می‌دهد. مستأجر نسبت به عقد بیع، بیگانه‌ای بیش تلقی نمی‌شود، ولی نمی‌تواند به استناد نسبی بودن قراردادها، صلاحیت مالک جدید را در برابر خود انکار کند و وقوع بیع را نادیده بگیرد. پس ناچار باید بین نسبی بودن اثر عقد و قابل استناد بودن آن، به عنوان یک رویداد اجتماعی تفاوت گذاشت (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۲۷۵/۳).

از یک منظر، انتقال حقوق و تعهدات قراردادی در جایی که به سبب ارادی انجام می‌شود، با اصل نسبی بودن قراردادها منافات دارد. اصل نسبی بودن قراردادها، مانع از آن است که پیمان متضمن انتقال موقعیت قراردادی که اصولاً میان طرف قرارداد اصلی و ثالث بیگانه بسته می‌شود، در حق طرف دیگر عقد مؤثر افتد. در توجیه منافات انتقال حقوق و تعهدات قراردادی با اصل نسبی بودن قراردادها، قبل از هر چیز باید به استثنای پذیری اصل توجه داشت. اصل نسبی بودن قراردادها، خود در موارد متعددی که عمدتاً مبتنی بر نظم عمومی و اخلاق حسنه است، دچار استثنائات فراوان شده است؛ به گونه‌ای که دامنه اصل را محدود ساخته‌اند. تعهد به نفع شخص ثالث (ماده ۱۹۶ ق.م.ا) که در خود ماده ۲۳۱ قانون مدنی به آن اشاره شده است، عقود جمعی، معاملات

فضولی و معامله به قصد فرار از دین، مواردی از استثنائات اصل نسبی بودن قراردادها هستند.

بر اساس تقسیم‌بندی انواع انتقال حقوق و تعهدات قراردادی، انتقال عقد ممکن است به حکم قانون باشد؛ برای مثال ماده ۴۹۸ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «اگر عین مستأجر به دیگری منتقل شود، اجاره به حال خود باقی است» و باقی بودن اجاره معنایی جز این ندارد که از این پس منتقل‌الیه، قائم‌مقام موجر شده و همان حقوق و تکالیف را دارد. در ماده ۱۰ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ آمده است: «... مستأجر نمی‌تواند منافع مورد اجاره را به غیر انتقال دهد یا واگذار نماید، مگر اینکه کتباً این اختیار به او داده شده باشد».

پس می‌بینیم که ملاحظه اصل آزادی انتخاب طرف قرارداد در اجاره محل کسب که عقدی با اجرای مستمر است و پاره‌ای امتیازات قهری برای مستأجر به ارمغان می‌آورد، موجب گشته تا مستأجر از انتقال موقعیت قراردادی خود بدون رضایت موجر منع شود. اما این منع مطلق نیست. به موجب ماده ۱۹ این قانون، نسبت به اجاره محل‌های تجاری در صورتی که مستأجر حق انتقال به غیر 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 موجر، 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 یا پیشه یا تجارت می‌شود که یکی از اقلام مهم دارایی بازرگانان به حساب می‌آید و انتقال این حق جز از راه انتقال اجاره امکان‌پذیر نیست. پس اگر آزادی موجر در انتخاب طرف قرارداد، به موجب ماده ۱۹ قانون مذکور و با صدور حکم تجویز انتقال منافع از سوی دادگاه محدود می‌شود و مستأجر مجاز به انتقال وضع قراردادی خود می‌شود، به دلیل برخوردی است که این آزادی با نظم اقتصادی جامعه پیدا می‌کند.

واگذاری تبعی حقوق و تعهدات قراردادی نیز نوع دیگری از واگذاری است. بهترین مثال در این زمینه، ماده ۱۲ قانون کار مصوب ۱۳۶۹ مجمع تشخیص مصلحت نظام است که مقرر می‌دارد:

«هر نوع تغییر حقوقی در وضع مالکیت کارگاه، از قبیل فروش یا انتقال به هر شکل، تغییر نوع تولید، ادغام در مؤسسه دیگر، ملی شدن کارگاه، فوت مالک و امثال این‌ها، در رابطه قراردادی کارگرانی که قراردادشان قطعیت یافته است، مؤثر نمی‌باشد و کارفرمای جدید، قائم‌مقام تعهدات و حقوق کارفرمای سابق خواهد بود».

ملاحظه می‌شود که بر اساس حکم این ماده، هر گونه تغییر وضعیت در مالکیت کارگاه، موقعیت قراردادی کارفرما را که برخاسته از قرارداد کار است، به مالک جدید منتقل می‌کند. این انتقال که به حکم قانون صورت می‌پذیرد، به هیچ روی نیازمند اعلام رضایت کارگران که طرف مقابل قرارداد کارند، نیست؛ از این رو شاید منافای با اصل نسبی بودن قراردادها باشد؛ زیرا به کارگری که آزادانه کارفرمای خود را برگزیده است باید این حق را داد که کارفرما را از انتقال خودسرانه کارگاه و به تبع آن جانشین ساختن کارفرمایی جدید در رابطه کار باز دارد (عراقی، ۱۳۸۶: ۷۶).

در آنجا که انتقال عقد به حکم قانون صورت می‌پذیرد، در واقع انتقال قرارداد، اثری است که قانون به یک عمل یا واقعه حقوقی مترتب می‌گرداند. در اینجا با توجه به پذیرش قانون به عنوان تجلی حاکمیت اراده و عامل مشروعی برای محدودیت حاکمیت اراده، منافات میان اصول آزادی‌گزینش طرف قرارداد و اصل نسبی بودن قرارداد از یک طرف و آزادی انتقال حقوق و تعهدات قراردادی از طرف دیگر به خوبی توجیه می‌شود. قانون‌گذار در ملاحظه منافات انتقال قرارداد با اصل آزادی‌گزینش طرف قرارداد، با مصلحت‌اندیشی، در هر مورد یکی را بر دیگری ترجیح داده است؛ برای مثال قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶، امکان انتقال عقد اجاره را جز در آنجا که این حق به مستأجر داده شده باشد، پیش‌بینی ننموده است (محمدی، ۱۳۸۶: ۱۳۷).

انتقال حقوق و تعهدات قراردادی ممکن است به صورت قهری - به سبب فوت یکی از طرفین قرارداد - صورت پذیرد. با فوت هر یک از طرفین قرارداد، جمله اموال و دارایی متوفی و از جمله حقوق و تعهدات ناشی از قراردادهای در حال اجرا، با رعایت قوانین به ورثه منتقل می‌شود و ورثه قائم‌مقام متوفی در ادامه روابط قراردادی او با طرف قرارداد می‌باشند؛ ضمن اینکه این انتقال خود دلیلی بر صحت انتقال حقوق و تعهدات

قراردادی محسوب است. در اینجا نیز با توجه به پذیرش قائم مقامی ورثه از سوی متوفی، توجیه این منافات مشکل نیست.

انتقال حقوق و تعهدات قراردادی، همچنین ممکن است به صورت ارادی باشد؛ مانند آنکه شخصی طی قولنامه‌ای متعهد می‌شود که خانه خود را به فرد معینی بفروشد، آنگاه خریدار آینده، موقعیت قراردادی خود و حقی را که به موجب وعده متقابل نسبت به خریدن خانه طرف پیمان به دست آورده است، به دیگری منتقل کند. تفاوت این شیوه انتقال با انتقال قانونی در آن است که انتقال قانونی عقد، اثری است که قانون بر یک عمل یا واقعه حقوقی مترتب می‌گرداند و شاید مورد خواست طرفین نیز نبوده باشد. ولی در انتقال پیمان به تراضی، جابه‌جایی موقعیت قراردادی مستقیماً مورد انشای طرفین قرار می‌گیرد و وارد قلمرو تراضی می‌شود.

در اینجا توجیه منافات انتقال حقوق و تعهدات قراردادی با اصل نسبی بودن قرارداد دشوار است. اگر هر کس می‌تواند آزادانه طرف معامله خود را انتخاب کند، پس نمی‌توان پذیرفت که یکی از طرفین عقد بتواند با انتقال وضعیت قراردادی خود به بیگانه‌ای، طرف قرارداد خود را با او طرف سازد. بر این اساس شاید بتوان گفت که انتقال موقعیت قراردادی تنها در سایه رضایت طرف دیگر ممکن است که مواد ۵۴۱، ۵۴۵ و ۵۵۴ قانون مدنی نیز بر همین مبنا، به صراحت در متن ماده به لزوم اذن طرف قرارداد تأکید داشته‌اند.

اگر امکان انتقال حقوق و تعهدات قراردادی (به صورت کلی یا جزئی) توسط یکی و یا هر یک از طرفین قرارداد، در خود قرارداد و به صورت شرط ضمن عقد و یا در توافق‌نامه دیگری و خارج از قرارداد پیش‌بینی شده باشد، تردیدی در امکان انتقال قرارداد در حدود پیش‌بینی شده وجود ندارد. همین حکم در جایی که امکان انتقال قرارداد به صورت ضمنی پیش‌بینی شده باشد نیز حاکم است (Cheshire & Fifoot & Furmston, 1996: 545).

رضایت طرف دیگر قرارداد به انتقال حقوق و تعهدات قراردادی، همچنین ممکن است از اوضاع و احوال و شرایطی که قرارداد در آن منعقد شده و همچنین از نوع و ماهیت قرارداد استنباط شود؛ برای مثال در آنجا که حجم عملیات قرارداد به گونه‌ای باشد که متعهد شخصاً قادر به انجام آن نباشد و همچنین در آنجا که طرف قرارداد

می‌داند که متعهد شخصاً وسایل اجرای مفاد قرارداد را در اختیار ندارد، تردیدی در رضایتمندی وی به انتقال قرارداد وجود ندارد. ماده ۶۷۲ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «وکیل در امری نمی‌تواند برای آن امر به دیگری وکالت دهد؛ مگر اینکه صریحاً و یا به دلالت قرائن وکیل در توکیل باشد».

همچنین رضایت طرف دیگر قرارداد به انتقال حقوق و تعهدات قراردادی و جواز آن ممکن است مبتنی بر عرف باشد؛ برای مثال، امروزه عرف هیچ گونه تردیدی در امکان انتقال حقوق و تعهدات قراردادی ناشی از قراردادهای پیش خرید آپارتمان و بسیاری از قراردادهای خدماتی شهری باقی نگذاشته است^۱ (محمدی، ۱۳۸۶: ۱۳۷). بنابراین می‌توان گفت که بررسی در گونه وسیعی از قراردادها از حیث ماهیت و مضمون، شرایط و اوضاع و احوالی که قرارداد در آن منعقد شده است و به ویژه عرف حاکم بر قراردادها نشان می‌دهد که انتقال حقوق و تعهدات قراردادی، یا به حکم قانون و برای رعایت مصلحت بالاتر است یا با رضایت طرف دیگر به انتقال قرارداد، که در هر دو صورت مابینتی با اصل نسبی بودن قرارداد وجود ندارد.

۳. عقود مستمر و آنی در انتقال حقوق و تعهدات قراردادی

عقد آنی عقدی است که نتیجه مورد انتظار طرفین به محض وقوع عقد حاصل می‌گردد؛ مثل بیع که به مجرد وقوع عقد، بایع مالک ثمن و مشتری مالک مبیع می‌گردد و عقد مستمر عقدی است که اجزای مورد عقد به تدریج و به طور مستمر در طول زمان معین ایجاد می‌شود؛ مثل عقد اجاره، بیمه و شرکت (قاسم‌زاده، ۱۳۸۳: ۳۸). بعضی اعتقاد دارند که انتقال حقوق و تعهدات قراردادی تنها در عقود مستمر اعم از عهدی مانند پیمانکاری و مضاربه و یا تملیکی مانند اجاره قابل تحقق است. دلیل ذکرشده در این زمینه در همین حد است که در عقود آنی نتیجه‌ای که طرفین از بستن

۱. ماده ۲۲۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است، ملزم می‌نماید، بلکه متعاملین به کلیه نتایجی هم که موجب عرف و عادت و یا به موجب قانون از عقد حاصل می‌شود، ملزم می‌باشند». همچنین ماده ۲۲۵ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «متعارف بودن امری در عرف و عادت به طوری که عقد بدون تصریح همه منصرف به آن باشد، به منزله ذکر در عقد است».

عقد انتظار دارند، با انعقاد عقد حاصل می‌گردد و موردی برای انتقال باقی نخواهد ماند (مقدم، ۱۳۸۶: ۲۳۲). با این وصف، عقدی مثل عقد بیع چون یک عقد آنی است، قابلیت واگذاری را ندارد و انتقال حقوق و تعهدات قراردادی ناشی از بیع ممکن نیست. شاید به همین دلیل است که در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا صحبتی از انتقال حقوق و تعهدات قراردادی به میان نیامده است و از آنجا که کنوانسیون صرفاً ناظر بر عقد بیع می‌باشد، این سکوت به مفهوم عدم قابلیت انتقال حقوق و تعهدات قراردادی ناشی از عقد بیع به لحاظ آنی بودن عقد است.

همان طور که می‌دانیم، واگذاری قرارداد، انتقال توأمان حقوق و تعهدات ناشی از قرارداد است؛ به نحوی که شخص ثالث، جانشین طرف قرارداد در اجرای تعهدات و بهره‌مندی از حقوق گردد. بنابراین ملاک در انتقال قرارداد، وجود یا عدم وجود این حقوق و تعهدات ناشی از عقد است، خواه عقد آنی باشد و یا مستمر؛ برای نمونه وقتی در یک عقد اجاره هنوز مدت اجاره باقی مانده است، یعنی اینکه حقوق و تعهدات ایجادشده در عقد اجاره برای طرفین هنوز به اتمام نرسیده است؛ لذا حقوق و تعهدات قراردادی ناشی از این عقد قابل انتقال است. حال چنانچه طرفین به تعهدات خود عمل کرده باشند، فی‌الواقع چیزی برای انتقال باقی نخواهد ماند و واگذاری حقوق و تعهدات قراردادی فاقد موضوع می‌گردد. اما در عقود آنی مثل عقد بیع هم ممکن است حقوق و تعهدات به محض وقوع عقد به اتمام نرسند؛ برای مثال فروشنده هنوز همهٔ ثمن را دریافت نکرده یا خریدار بخشی از مبیع را تحویل نگرفته است و یا اینکه برای انجام برخی تعهدات، اجلی معین شده باشد. به نظر می‌رسد با پذیرش ضابطهٔ مطرح‌شده مبنی بر وجود یا عدم ایفای تعهدات می‌توان قائل به قابلیت انتقال حقوق و تعهدات قراردادی ناشی از این نوع عقود هم گردید؛ چون آنچه موضوع واگذاری است، همان حقوق و تعهدات است که در مانحن‌فیه نیز وجود دارد.

بنابراین با توجه به مطالب پیش‌گفته باید قائل به همین نظر بود؛ یعنی آنی یا مستمر بودن عقد تأثیری در قابلیت انتقال حقوق و تعهدات قراردادی نخواهد داشت و آنچه باید به عنوان ضابطه قرار گیرد، وجود یا عدم وجود حقوق و تعهدات ناشی از عقد و عدم سقوط آن‌ها می‌باشد؛ چنان که مادهٔ ۲۶۴ قانون مدنی مقرر داشته، وفای به عهد

یکی از موجبات سقوط تعهدات است^۱ و اگر تعهد ساقط گردد، واگذاری آن هم به تبع آن منتفی می‌گردد.

۴. عقود شخصی و عقود غیر شخصی در انتقال حقوق و تعهدات قراردادی

تقسیم‌بندی عقود به شخصی و غیر شخصی، در متون قانونی ملاحظه نمی‌گردد و حتی حقوق‌دانان نیز در بحث تقسیم‌بندی عقود، چندان به این موضوع نپرداخته‌اند. با این حال اینکه یک عقد در کدام یک از انواع فوق‌الذکر باشد، در انتقال حقوق و تعهدات قراردادی مؤثر است. علاوه بر تأثیر این دسته‌بندی در انتقال حقوق و تعهدات قراردادی، خوب است یادآور شویم که در اثر اشتباه نسبت به یک عمل حقوقی نیز تأثیر این دسته‌بندی مشاهده می‌گردد. ماده ۲۰۱ قانون مدنی ایران مقرر می‌دارد: «اشتباه در شخص طرف به صحت معامله خللی وارد نمی‌آورد؛ مگر در مواردی که شخصیت طرف علت عمده عقد باشد».

بنابراین مشخص می‌گردد برخی عقود وجود دارند که شخصیت طرف مقابل عقد برای طرف عقد مهم است. در این عقود معمولاً طرفین عقد، یا اینکه به دنبال نفع و ضرر اقتصادی آنچنان نیستند - یعنی عقد در اصطلاح یک عقد سوداگرانه نیست -، مثل هبه، و یا اینکه ویژگی‌های خاص و شخصیت طرف مقابل است که فرد را راضی به انعقاد قرارداد نموده است، مثل حالتی که فرد تمایل دارد تابلوی نقاشی مد نظرش را فلان نقاش مشهور ترسیم کند و با او برای این امر، قراردادی منعقد می‌کند. برعکس گاهی فرد از انعقاد یک قرارداد صرفاً هدف کسب منفعت مادی دارد و مهم نیست که طرف مقابل چه کسی است؛ مثل کسی که قصد فروش خودروی خود را دارد و با درج آگهی در روزنامه آن را به هر کس که به قیمت بالاتر بخرد، می‌فروشد و یا برگزاری مزایده و مناقصه در معاملات دولتی که شخصیت طرف، مورد نظر نیست. لذا «عقد

۱. ماده ۲۶۴ قانون مدنی بیان می‌دارد: «تعهدات به یکی از طرق ذیل ساقط می‌شوند: ۱. به وسیله وفاء به عهد...».

شخصی عقدی است که تعهد ناشی از آن قائم به شخص است؛ مانند نکاح، قرارداد نقاشی تابلو و...» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۲۵۸۱/۴) و «عقد غیر شخصی عقدی است که در آن اوصاف و مهارت و به طور کلی شخصیت طرف معامله، مدنظر قرار نگرفته است و برای متعهدله قرارداد، تفاوتی نمی‌کند که چه کسی تعهدات قراردادی را اجرا خواهد نمود و این عقد همان عقد غیر قائم به شخص می‌باشد» (شعاریان، ۱۳۸۸: ۱۳۶).

بدیهی است از آنجایی که با انتقال عقد، تعهدات قراردادی نیز به قائم‌مقام تسری می‌یابد و منتقل‌الیه مکلف به اجرای تعهدات ناشی از آن است، در صورتی که عقد از نوع قائم به شخص باشد، اجرای آن توسط شخص دیگری جز طرف عقد، هرچند که قائم‌مقام نیز او باشد، ممکن یا مقبول طرف دیگر عقد نبوده و انتقال قرارداد نیز منتفی خواهد بود. این حکم از ماده ۴۹۷ قانون مدنی در عقد اجاره قابل برداشت است:

«عقد اجاره به واسطه فوت موجر یا مستأجر باطل نمی‌شود و لیکن اگر موجر فقط برای مدت عمر خود مالک منافع عین مستأجره بوده است، اجاره به فوت موجر باطل می‌شود و اگر شرط مباشرت مستأجر شده باشد، به فوت مستأجر باطل می‌گردد».

یعنی در اجاره‌ای که قائم به شخص است، فوت شخص موجب انحلال عقد اجاره و مانع انتقال حقوق و تعهدات قراردادی به ورثه می‌گردد؛ در حالی که اصولاً یعنی در اطلاق عقد اجاره این گونه نیست. به طور کلی در تشخیص قائم به شخص بودن، اوصاف، مهارت، شخصیت و توانایی مالی طرف عقد مدنظر قرار می‌گیرد و چنین قراردادی به وراثت منتقل نخواهد شد (Davies, 1977: 170).

ملاحظه می‌گردد در اینکه غیر شخصی بودن قرارداد، شرط لازم برای انتقال حقوق و تعهدات قراردادی است، تردیدی وجود ندارد، اما گاهی تشخیص قرارداد شخصی از غیر شخصی دچار چالش می‌گردد؛ یعنی برای دادرس تردید وجود دارد که از نظر موضوعی، قرارداد را شخصی تلقی کند یا غیر شخصی، تا بتواند حکم موضوع یعنی قابلیت انتقال یا عدم آن را نتیجه‌گیری کند. در پاسخ به این سؤال گفته شده است:

«در حقوق ایران و مطابق قانون، قصد مشترک طرفین محور تفسیر قرارداد [است] نه مصالح اجتماعی و انصاف که از حیث مصادیق ابهام دارد» (شهیدی، ۱۳۸۸: ۲۹۴).

یعنی اینکه باید مشخص گردد که در قرارداد موضوع بحث، طرفین تا چه میزان برای شخصیت طرف مقابل اهمیت قائل هستند که در این مسیر، تفسیر قرارداد و رعایت اصول لازم در این تفسیر می‌تواند بسیار راهگشا باشد.^۱

در تفسیر اراده طرفین بعضی ضوابط قانونی می‌توانند تسهیل‌کننده باشند؛ برای نمونه همان طور که اشاره شد، در عقد اجاره مطابق ماده ۴۹۷ قانون مدنی، اصل بر قابلیت انتقال عقد اجاره می‌باشد؛ مگر اینکه شرط مباشرت شده باشد. همین ضابطه در ماده ۵۲۹ قانون مدنی در مورد عقد مزارعه هم ملاحظه می‌گردد.^۲

علاوه بر ضابطه‌های مذکور در قانون، گاه برداشت نوعی از انواع قراردادها هم می‌تواند در این زمینه مهم باشد؛ یعنی اینکه باید بین دیدگاه عرف در خصوص شخصی و غیر شخصی بودن یک قرارداد چگونه است؛ برای مثال عقد بیع عرفاً یک عقد غیر شخصی، و عقد هبه معمولاً یک عقد شخصی تلقی می‌گردد، یا اینکه عقد اجاره عموماً عقد غیر شخصی و عقد قرض اصولاً عقد شخصی تلقی می‌گردد؛ یعنی عرف است که قضاوت می‌کند کدام قرارداد با شخصیت و اوصاف و مهارت طرف عقد ارتباط دارد و کدام یک از قراردادها دارای چنین ارتباطی نیست.

برخی بر این عقیده‌اند که دادگاه می‌تواند در شناسایی نوع عقد، داوری عرف و ظاهر را مبنای تشخیص خود قرار دهد و در این خصوص، بین قراردادهای رایگان و مبتنی بر احسان و عقود معوضی که به طور معمول برای دست یافتن به عوض مناسب منعقد می‌گردد، قائل به تفریق گردیده و اظهار داشته‌اند که در اقسام عقود معوض، به طور معمول به شخصیت طرف عقد توجه نمی‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۱/۴۶۶). باید افزود که غیر شخصی بودن، وصف تمامی قراردادهای معوض به شمار نمی‌رود و پاره‌ای از عقود معوض نیز بر مبنای شخصیت متعاملین یا یکی از آنها شکل می‌گیرد؛ مانند قراردادی که با پزشک و یا معمار و یا نقاش منعقد می‌گردد (همان: ۱/۴۶۷). به نظر می‌رسد این نظر کاملاً درست است؛ اما کاربرد آن در جایی است که قصد مشترک

۱. برای مطالعه درباره نحوه تفسیر قرارداد ر.ک: قاسم‌زاده، ۱۳۷۶: ۵۵.

۲. ماده ۵۲۹ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «عقد مزارعه به فوت متعاملین یا احد آنها باطل نمی‌شود؛ مگر اینکه مباشرت عامل شرط شده باشد؛ در این صورت به فوت او منتقل می‌شود».

طرفین احراز نگردد، وگرنه این قصد بر ضوابط نوعی مقدم است؛ برای نمونه عقد اجاره که نوعاً غیر شخصی است، در بسیاری موارد به اعتبار شخصیت طرف و خصوصاً شخصیت مستأجر منعقد می‌شود، که در این موارد باید آن را شخصی و غیر قابل انتقال محسوب کرد. بنابراین در باب بیان رابطه ملاک شخصی و نوعی می‌توان گفت که در تشخیص شخصی یا غیر شخصی بودن عقد، دادرس ابتدا در صورت اثبات اراده طرفین از سوی مدعی آن، ضابطه شخصی را اعمال خواهد نمود که این ضابطه اولویت دارد و در صورت عدم اثبات اراده طرفین، ضابطه نوعی را اعمال خواهد نمود.^۱

سؤال قابل طرح دیگر اینکه چنانچه در عرف نسبت به شخصی یا غیر شخصی بودن قرارداد تردید وجود داشته باشد و از عبارت قرارداد نیز نتوان به اراده طرفین در این خصوص پی برد، تکلیف چیست؟

در مواردی که چنین تردیدی وجود دارد، برخی گفته‌اند اصل این است که عمل مورد تعهد، قائم به شخص نمی‌باشد (بروجدی عبده، ۱۳۸۰: ۱۵۷). در تکمیل این دیدگاه و تقویت آن به نظر می‌رسد از مواد قانون مدنی هم می‌توان یاری جست. در ماده ۲۰۱ از این قانون،^۲ اصولاً اشتباه در شخصیت طرف مقابل، تأثیری در عقد ندارد. این اصل حکایت از آن دارد که قانون مدنی اصولاً شخصیت طرف مقابل را مؤثر نمی‌داند؛ مگر خلاف آن ثابت شود. ملاک ماده ۱۹۶ قانون مدنی نیز مؤید این استدلال است. به موجب ماده مذکور، «کسی که معامله می‌کند آن معامله برای خود آن شخص محسوب است، مگر اینکه در موقع عقد خلاف آن را تصریح نماید یا بعد خلاف آن ثابت شود...» که هرچند در این مورد، طرف عقد به تصور انعقاد عقد با شخص معین، حاضر به انجام معامله شده است، اما با توجه به اعتبار معامله در حق اصیل، معلوم می‌شود که اوصاف و خصوصیات وی مورد توجه نمی‌باشد؛ زیرا اگر اوصاف شخصی مدنظر قرار می‌گرفت، عقد معتبر تلقی نمی‌شد.

۱. لازم به توضیح است که طبق ماده ۱۹۹ از قانون آیین دادرسی مدنی، «در کلیه امور حقوقی، دادگاه علاوه بر رسیدگی به دلایل مورد استناد طرفین دعوی، هر گونه تحقیق یا اقدامی که برای کشف حقیقت لازم باشد، انجام خواهد داد».

۲. این ماده مقرر داشته است: «اشتباه در شخص طرف به صحت معامله خللی وارد نمی‌آورد؛ مگر در مواردی که شخصیت طرف علت عمده عقد بوده باشد».

گاهی در قابلیت انتقال حقوق و تعهدات قراردادی، اشاره به مالی و غیر مالی بودن عقد شده است؛ یعنی اینکه اصولاً حقوق و تعهدات قراردادی ناشی از عقود مالی قابل انتقال و حقوق و تعهدات قراردادی ناشی از عقود غیر مالی غیر قابل انتقال می‌باشند (مقدم، ۱۳۸۶: ۲۳۲). به نظر می‌رسد تقسیم‌بندی عقود به شخصی و غیر شخصی، بر این تقسیم‌بندی اولویت داشته باشد؛ یعنی اینکه در تقسیم عقود به مالی و غیر مالی هم ما در واقع به دنبال این هستیم که شخصی و غیر شخصی بودن عقد را مشخص کنیم. به عبارت دیگر مالی و غیر مالی بودن عقد، خود یک ضابطه نوعی در کشف شخصی یا غیر شخصی بودن عقد است و نیاز به چنین تقسیم‌بندی جدیدی احساس نمی‌گردد.

۵. قابلیت انتقال حقوق و تعهدات قراردادی در اسناد بین‌المللی

از آنجا که واگذاری قرارداد، اقدامی جهت جلوگیری از نقض قرارداد است، یکی از اصولی که واگذاری قرارداد را توجیه می‌کند، اصل حسن نیت است. رعایت حسن نیت در چارچوب اصول قراردادهای اتحادیه اروپا تعهد مثبتی است که نه تنها باید در مرحله انعقاد و اجرای قرارداد رعایت شود، بلکه طرفین باید در اجرای تعهدات و استفاده از حقوق خود نیز آن را رعایت کنند (Lando & Beale, 2000: 113). اما در اینکه چه حقوق و تعهدات قراردادی اصولاً قابلیت انتقال دارند و چه حقوق و تعهدات قراردادی غیر قابل انتقال تلقی می‌گردند، در اسناد بین‌المللی اعم از کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی و اصول قراردادهای اتحادیه اروپا، سخنی به میان نیامده است. حقوق دانان نیز اعم از داخلی و خارجی در این خصوص اظهارنظری نداشته‌اند. اما به نظر می‌رسد آنچه در خصوص حقوق و تعهدات قراردادی قابل انتقال بیان شد، ویژه حقوق داخلی ایران یا هر کشور دیگر نباشد. حتی به نظر می‌رسد این ضوابط بیش از آنکه شرایط حقوقی تلقی گردند، می‌توانند وصف عقلی و منطقی داشته باشند؛ یعنی عقدی که آثار آن خاتمه یافته است و عقدی که شخصی است، منطقی و عقلاً غیر قابل واگذاری است. پس سکوت اسناد بین‌المللی بر این امر منطقی و عقلی خیلی دور از انتظار هم نبوده و نیست. لذا ضوابط مذکور در این خصوص در اسناد بین‌المللی هم قابل اعمال خواهند بود. با این حال در ماده ۷-۱-۹ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی

در بحث انتقال حقوق، بر غیر شخصی بودن حق تأکید شده است.^۱ سؤالی که مطرح می‌گردد این است که آیا سکوت مطلق کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا در خصوص واگذاری یا انتقال حقوق و تعهدات قراردادی با این وصف که این سند بین‌المللی ویژه عقد بیع است، به مفهوم عدم قابلیت انتقال حقوق و تعهدات قراردادی ناشی از عقد بیع خواهد بود؟ با توجه به مطالب پیش گفته به نظر پاسخ منفی است؛ چرا که دلیل قائلان به عدم قابلیت انتقال عقد بیع این است که این عقد آنی بوده و به محض انعقاد مالکیت بیع و ثمن منتقل می‌گردد و موضوع دیگری برای واگذاری و انتقال باقی نخواهد ماند (مقدم، ۱۳۸۶: ۲۳۲)؛ در حالی که این برداشت صحیح نمی‌باشد و موضوع انتقال قرارداد مجموع حقوق و تعهدات است و چنانچه حقوق و تعهداتی در پی انعقاد یک عقد بیع موجود باشد، برای قابلیت واگذاری عقد نباید تردید کرد، هرچند مالکیت سابقاً منتقل شده است. پس نمی‌توان عقد بیع را مطلقاً غیر قابل انتقال دانست و سکوت کنوانسیون در مورد انتقال را باید با قواعد موجود در خود کنوانسیون تحلیل کرد که با لحاظ مواد ۴، ۶، ۷ و ۹ کنوانسیون در صورت سکوت کنوانسیون، عرف روشنگر موضوع خواهد بود که انتقال حقوق و تعهدات قراردادی نیز با توجه به سایر اسناد بین‌المللی از جمله اصول قراردادهای اتحادیه اروپا و اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی و همچنین قراردادهای فرم (UCP)،^۲ امری عرفی و پذیرفته شده در حقوق بین‌الملل می‌باشد.

۶. قالب حقوقی انتقال حقوق و تعهدات قراردادی

انتقال حقوق و تعهدات قراردادی به لحاظ دخالت اراده، خود یک عقد محسوب می‌شود. حال باید مشخص شود که عقد معین است یا نامعین و اگر عقد معین است

۱. در این ماده مقرر گردیده است: «۱. یک حق با صرف توافق بین واگذارنده و طرف واگذاری، بدون دادن اخطار به متعهد واگذار می‌شود؛ ۲. نیازی به رضایت متعهد نیست، مگر اینکه در اوضاع و احوال مورد نظر، تعهد از ویژگی اساساً شخصی برخوردار باشد».

۲. در کشف عرف در تجارت بین‌الملل، یکی از راه حل‌ها مراجعه به قراردادهای فرم می‌باشد که عموماً از این قراردادها در بیع‌های بین‌المللی، تحت عنوان UCP (Uniform Customs and Practice) استفاده می‌شوند و عموماً در این قراردادها انتقال قرارداد پیش‌بینی شده است.

با کدام یک از انواع عقود معین تطبیق دارد. در این قسمت می‌بایست قالب حقوقی انتقال حقوق و تعهدات قراردادی مشخص شود تا نسبت به شرایط و آثار آن بهتر بتوان بحث کرد.

۶-۱. عقد معین یا نامعین

عقد معین، عقدی است که در قانون، نام، احکام و مقتضای ویژه‌ای دارد (ره‌بیک، ۱۳۸۷: ۱۱)؛ مثل عقد بیع که احکام آن تحت همین عنوان در قانون مدنی بیان شده و مقتضای ذات آن تملیک عین در مقابل عوض معلوم است (ماده ۳۳۸ ق.م.ا یا عقد بیمه، عقد اجاره، عقد صلح، عقد هبه و....).

اگر بخواهیم انتقال حقوق و تعهدات قراردادی را یک عقد معین بدانیم، ناگزیر باید آن را در قالب یکی از عقود معین تعرفه‌شده در قانون جای داد. یکی از احتمالات عقد بیع است. اما در ایران از آنجا که موضوع عقد بیع بر اساس ماده ۳۳۸ قانون مدنی انتقال مالکیت عین است، پس انتقال حقوق و تعهدات قراردادی نمی‌تواند موضوع عقد بیع قرار گیرد. اما در حقوق آمریکا و انگلیس، قلمرو بیع گسترده است و انتقال ارادی قرارداد می‌تواند از طریق بیع صورت پذیرد (شعاریان، ۱۳۸۸: ۹۶). با وجود این، گاه بیع می‌تواند سبب انتقال تبعی شود؛ مثل حالتی که مالک عین مستأجر را می‌فروشد و قرارداد اجاره خودبه‌خود منتقل می‌شود. علاوه بر این در حقوق آمریکا و انگلیس، انتقال حقوق و تعهدات قراردادی در قالب عقد هبه و به عنوان انتقال مجانی قرارداد^۱ ممکن می‌باشد (Beatson, 1988: 455). در حالی که در حقوق ایران از آنجایی که بر اساس ماده ۷۹۸ قانون مدنی، قبض در هبه شرط صحت است، لذا انتقال حقوق و تعهدات قراردادی در قالب هبه ناممکن است؛ چرا که حقوق و تعهدات و در مفهوم کلی تر عقد، مفهومی اعتباری است که نمی‌توان قبض و اقباض را در خصوص آن تصور کرد و مالی می‌تواند موضوع هبه قرار گیرد که قابلیت قبض و اقباض را داشته باشد. همچنین از آنجا که موضوع عقد بیع بر اساس ماده ۳۳۸ قانون مدنی انتقال مالکیت عین است، پس انتقال حقوق و تعهدات قراردادی نمی‌تواند موضوع عقد بیع

1. Gift assignment.

قرار گیرد؛ یعنی قرارداد قابل خرید و فروش نیست. با وجود این، گاه بیع می‌تواند سبب انتقال تبعی حقوق و تعهدات قراردادی شود؛ مثل حالتی که مالک عین مستأجره را می‌فروشد و قرارداد اجاره خودبه‌خود منتقل می‌شود. لازم به ذکر است که در متون قانونی نمی‌توان عقدی را یافت که با عنوان خاص انتقال و جابه‌جایی ارادی حقوق و تعهدات را منتقل کند و با این مقتضا در قانون تعریف شده باشد. به عبارت دیگر، واگذاری یا انتقال قرارداد یا همان انتقال حقوق و تعهدات قراردادی نمی‌تواند در حقوق ما عقدی معین تلقی شود. از طرفی لزومی ندارد که به هر قیمت آن را در قالب یکی از عقود معین موجود بگنجانیم؛ لذا عقدی که جهت انتقال حقوق و تعهدات قراردادی منعقد می‌شود، می‌تواند در قالب عقد نامعین منعقد شود و حتی گنجاندن واگذاری یک قرارداد به صورت شرط ضمن عقد نیز امکان‌پذیر است، با این وصف که آن را تابع عقد اصلی می‌کند و در صورت فسخ یا بطلان عقد اصلی، شرط مذکور نیز منتفی می‌شود.

برخی معتقدند که انتقال موقعیت قراردادی (انتقال حقوق و تعهدات قراردادی) که باعث می‌شود شخص ثالث قائم‌مقام انتقال‌دهنده قرار گیرد و همانند او پایبند به حقوق و تعهدهای ناشی از عقد شود، در امور مدنی بیشتر به وسیله صلح حقوق و دیون و دعاوی احتمالی ناشی از عقد انجام می‌شود و انتخاب صلح به لحاظ تنوع بی‌نظیر موضوع آن و برای این است که همه آثار انتقال نیاز به تصریح نداشته باشد و عقدی معین بر روابط طرفین حکومت کند (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۳/۳۱۱).

از آنجا که در قانون مدنی ما که صلح عقدی معین تلقی شده است، برای آن مقتضای گسترده‌ای پیش‌بینی شده است، به نحوی که ماده ۷۵۴ از این قانون مقرر داشته: «هر صلح نافذ است جز صلح بر امری که غیر مشروع باشد». لذا به نظر می‌رسد عقد صلح این قابلیت را داشته باشد که وسیله‌ای برای انتقال حقوق و تعهدات ناشی از عقد قرار گیرد و چون صلح به عنوان «سید العقود» یک مقتضای لاقضا و گسترده دارد، ایرادی وجود ندارد که موضوع صلح، انتقال عقد دیگری باشد و در این امر نمی‌تواند مابینتی با مقررات امری وجود داشته باشد.

با این حال باید در نظر داشت عقدی که در تعریف مذکور از عقود معین نگنجد،

عقد نامعین است. مبنای پذیرش عقد نامعین در حقوق ایران، ماده ۱۰ قانون مدنی است^۱ که واگذاری قرارداد می‌تواند در قالب این ماده بگنجد؛ زیرا همان طور که گفته شد، در این نهاد مابینتی با شرع و قانون ملاحظه نمی‌شود، بلکه تطبیق آن هم به نحو مذکور دور از ذهن نیست؛ چنان که برخی بر این اعتقادند که انتقال حقوق و تعهدات قراردادی در قالب عقد نامعین اتفاق می‌افتد (مقدم، ۱۳۸۶: ۲۳۹). در حاشیه ماده ۱۰ قانون مدنی و ارتباط آن با عقد صلح، نظریاتی مطرح شده که به اختصار به آن‌ها اشاره می‌شود. برخی قائل به انحصار عقود در عقود معین هستند. به اعتقاد این دسته از فقها، قراردادی صحیح است که شارع مقدس صریحاً حکم به صحت آن کرده باشد و عموماً و اطلاقات نصوص را منصرف به عقود متداول در زمان شارع می‌دانند (نجفی، بی‌تا: ۱۴۰/۲۶). در مقابل، عده‌ای از فقها بر این اعتقادند که عقود صحیح منحصر به عقود متداول در زمان شارع نیست و مقتضای عموماًتی مثل آیات «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و «تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ» امضا و تأیید هر معامله عقلایی و تجارت مبتنی بر تراضی است (طباطبایی، بی‌تا: ۲۸۳/۵). در پی این اختلاف نظرها در بین حقوق دانان نیز برخی عقد صلح را جدای از ماده ۱۰ قانون مدنی و یک عقد معین، هر چند با اقتضای گسترده می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۲۲۳/۱). اما به نظر می‌رسد چنان که بعضی معتقدند، عقد صلح عقد معین نیست و با وجود آن، نیازی به ماده ۱۰ قانون مدنی نمی‌باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۵: ۱۰). در قانون مدنی ایران، صلح در مفهوم وسیعی به کار رفته است؛ به نحوی که در ماده ۷۵۲ این قانون^۲ صلح در مقام رفع تنازع موجود یا آینده، و در ماده ۷۵۸ قانون مدنی^۳ صلح در مقام معاملات پذیرفته شده است. به عبارت دیگر، در این قانون صلح در معنای عام آن و فراتر از صلح ابتدایی یا صلح در مقام رفع تنازع مدنظر است؛ چنان که صلح می‌تواند

۱. این ماده مقرر می‌دارد: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است».

۲. این ماده مقرر می‌دارد: «صلح ممکن است یا در مورد رفع تنازع موجود و یا جلوگیری از تنازع احتمالی در مورد معامله و غیر آن واقع شود».

۳. این ماده مقرر می‌دارد: «صلح در مقام معاملات هر چند نتیجه معامله را که به جای آن واقع شده است، می‌دهد، لیکن شرایط و احکام خاصه آن معامله را ندارد. بنابراین اگر مورد صلح عین باشد، در مقابل عوض، نتیجه آن همان نتیجه بیع خواهد بود، بدون اینکه شرایط و احکام خاصه بیع در آن مجری شود».

معاوضی یا غیر معاوضی، مجانی یا بلاعوض باشد؛ این در حالی است که در ماده ۲۰۴۴ قانون مدنی فرانسه صلح تنها در مقام رفع منازعه منعقد می‌شود.^۱

عقد صلح مدنظر فقها، دارای مقتضایی گسترده و منطبق با ماده ۱۰ قانون مدنی و عقد نامعین است.^۲ این گستردگی در مصادیق و مقتضای عقد صلح با توجه به اینکه ویژگی عقد معین، داشتن مقتضای ویژه است، معین بودن آن را دچار تردید می‌کند و تفاوت آن با عقود نامعین مبهم است.

اگر مقصود آن است که می‌توان یک قالب عمومی به نام تراضی و تسالم برای هر چیزی تعریف کرد و آن را به عنوان عقد (نه عقد معین) شناسایی نمود، این سخن صحیح است. این همان نظریه عمومی قراردادها یا عقد نامعین و به عبارتی موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی است. اما اگر مقصود آن است که نفس تسالم و تراضی یک مقتضای خاص در مقابل تملیک، تعهد، انحلال و... می‌باشد، این کلام پذیرفتنی نیست؛ زیرا تسالم و تراضی، ذات هر عقدی را تشکیل می‌دهد و این امر به عقد خاصی اشاره نمی‌کند. اگر ملاک تفکیک صلح از سایر عقود، قصد باشد هم باید گفت این سخن نیز اگر به معنای آن است که برقراری آثاری (هر نوع اثری) مورد قصد طرفین است و آن‌ها می‌توانند بر چنین آثاری توافق کنند، بحثی نیست. این نظر مجدداً بر نظریه عمومی قراردادها تأکید می‌کند. اما اگر مقصود آن است که قصد صلح، قصد خاص و ویژه‌ای است که در تمام انواع صلح به طور یکسان قابل تصور است، به نظر نمی‌رسد چیزی بیش از قصد تسالم و توافق از آن به دست آید و نمی‌توان مقتضای خاصی را در این مورد در نظر گرفت (رهپیک، ۱۳۸۵: ۱۰).

بنابراین به نظر می‌رسد همان‌گونه که برخی از حقوق‌دانان اشاره کرده‌اند و در این قسمت، این استدلال‌ات ارائه و تکمیل شد، این امر به اثبات رسید که عقد صلح، مقتضای خاص و ویژه‌ای ندارد و این امر باعث می‌شود به صرف اینکه صلح در قانون مدنی در کنار سایر عقود معین با نام ویژه آمده، عقد معین تلقی نشود. اینکه صلح در

1. Art 2044: "A compromise settlement is a contract whereby the parties terminate a dispute having arisen or prevent a dispute from arising" (Crabb, 1994: 132).

۲. «الصلح جائز بین المسلمین إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً» (حرّ عاملی، ۱۴۱۴: باب صلح، ۲).

مباحث فقهی با یک مقتضای گسترده مطرح شده است، برای پر کردن جای خالی عقود نامعین (قواعد عمومی قراردادها) در مباحث فقهی بوده است که با همان شرایط وارد قانون مدنی شده است. به عبارت دیگر، صلح قالب فقهی ماده ۱۰ قانون مدنی و عقود نامعین می‌باشد؛ زیرا ماهیت عقود نامعین صرف توافق است و در تقسیم‌بندی عقود، تراضی و توافق محض، موضوع اصلی عقود نامعین است.

۶-۲. قالب انتقال حقوق و تعهدات قراردادی در اسناد بین‌المللی

کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا تنها در خصوص عقد بیع^۱ صحبت کرده است و همان طور که قبلاً بیان شد، اشاره‌ای به نهاد واگذاری قرارداد ندارد تا بتوان قالب این نهاد را بررسی کرد. حال چنانچه قابلیت واگذاری حقوق و تعهدات قراردادی ناشی از عقد بیع را بپذیریم، آن هم به عنوان یک قاعده عمومی، آنگاه بیع در این کنوانسیون تابع این قواعد خواهد بود؛ امری که در خصوص آن بحث لازم صورت پذیرفت.

در بررسی اسناد دیگر شامل اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی و اصول قراردادهای اتحادیه اروپا، مشخص می‌شود که این اسناد، ویژه عقد خاصی نیستند و برعکس کنوانسیون بیع بین‌المللی، در قواعد عمومی قراردادها وضع شده‌اند. در این اسناد، تفکیکی بین عقود معین و نامعین ملاحظه نمی‌شود و هر آنچه مقرر شده، به صورت قواعد کلی مطرح شده است. این در حالی است که اگر به تعریف عقد معین برگردیم، ملاحظه می‌شود که اوصاف یک عقد معین در اسناد بین‌المللی برای نهاد واگذاری قرارداد پیش‌بینی شده‌اند؛ به نحوی که انتقال توأمان حقوق و تعهدات قراردادی در هر دو سند تحت عنوان خاص واگذاری قرارداد و در بخشی مجزا تعریف شده و در پی آن، احکام ویژه این نهاد نیز مطرح شده و مقتضای آن هم انتقال توافقی حقوق و تعهدات است. اما آیا باید واگذاری قرارداد در این اسناد را عقد معین دانست؟ در ماده ۱-۳-۹ از اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی و همچنین در ماده ۲۰۱-۱۲ از اصول قراردادهای اتحادیه اروپا، «توافق» به عنوان عنصر اساسی در واگذاری قرارداد قلمداد شده است که این امر نشانگر عقد بودن نهاد واگذاری قرارداد در این اسناد

1. Sale.

است. اما به نظر درست نیست که بخواهیم این نهاد را در این اسناد، یک عقد معین تعریف کنیم؛ چرا که اولاً تفکیک صورت گرفته بین عقود معین و نامعین را نمی‌توان بر این اسناد تحمیل کرد؛ لذا با این وصف که این تفکیک در این اسناد وجود ندارد، پس معین یا نامعین بودن واگذاری قرارداد نمی‌تواند واجد اثر حقوقی و در خور اهمیت باشد و ثانیاً اصول ارائه شده به عنوان یک سری اصول عام و حاکم بر تمام قراردادهای می‌باشند و آنچه را که بیان شده، می‌توان اصول عمومی قراردادهای تلقی کرد که واگذاری قرارداد نیز یکی از این اصول بوده که محدود کردن آن در قالب عقد معین ممکن است از این جهت که باید همه عقود مورد نظر اسناد را در بر بگیرد با اهداف این اسناد در تعارض باشد. لذا نباید به سمت محدود کردن مقتضا و موارد تحت شمول نهاد واگذاری قرارداد گام برداریم. در مجموع همین که واگذاری قرارداد را یک عقد بدانیم، برای ما کافی خواهد بود و تا همین جا آنچه را که از ضوابط و اصول مورد نیاز است، کشف خواهیم کرد و لزومی به معین دانستن این عقد نیست.

لازم به ذکر است، با توجه به ماده ۱۰۴-۱۱ از اصول قراردادهای اتحادیه اروپا و بند ۴ از ماده ۱۲-۹ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، انتقال حقوق و تعهدات قراردادی تابع شکل و تشریفات نیز نخواهد بود که به استناد همین مواد، بر آزادی طرفین قرارداد در انتخاب شکل انعقاد قرارداد در این اسناد تأکید شده است (Bonell, 2012: 145). این دیدگاه با اصل رضایی بودن قراردادهای در حقوق ایران نیز منطبق است.

نتیجه‌گیری

انتقال قراردادی حقوق و تعهدات، زمانی است که طرفین عقد موجود که موضوع واگذاری است، با شخص ثالثی که سمتی در قرارداد مذکور ندارد، برای جانشینی وی در این قرارداد به جای یکی از طرفین به توافق می‌رسند که این توافق خود عقد جدیدی محسوب می‌شود و موضوع آن واگذاری حقوق و تعهدات قراردادی است. در وضعیت فعلی در خصوص پذیرش این نهاد در حقوق ایران نمی‌توان تردید کرد و به صورت صریح و ضمنی، این نهاد مکرراً مورد اشاره قانون‌گذار قرار گرفته است. اما همان‌طور که گفته شد، هیچ یک از قوانین ما باب مستقلی را به بررسی قواعد عمومی نهاد انتقال

حقوق و تعهدات قراردادی اختصاص نداده‌اند؛ کاری که در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی و اصول قراردادهای اروپا به خوبی صورت گرفته است. در حالی که به نظر می‌رسد این موضوع از نقاط ضعف قوانین ایران می‌باشد و شایسته است قانون‌گذار در وضعیتی که این نهاد در موارد متعدد مطرح کرده و کاربرد زیادی نیز در روابط قراردادی پیدا کرده است، مبحثی را با عنوان «قواعد عمومی انتقال حقوق و تعهدات» تصویب نماید تا از اختلاف‌نظرها و ابهامات موجود در این زمینه کاسته شود. با این حال، با رویکردی نو و بر خلاف آنچه در تألیف حقوقی ملاحظه می‌گردد، باید گفت که حقوق و تعهدات قراردادی در قالب عقد نامعین منتقل می‌شوند و حاکمیت اراده آن‌قدر گسترده است که این نوع انتقال را در این قالب توجیه کند. از سوی دیگر، گنجانیدن انتقال حقوق و تعهدات قراردادی در قالب عقود معین پیش‌بینی شده در قانون، هرچند مزایایی دارد، اما ما را با محدودیت‌های قانونی عقود معین در اصل حاکمیت اراده مواجه می‌نماید. علاوه بر این، نهاد انتقال قرارداد با هیچ یک از عقود معین سازگار نیست و اگر در عمل یا در برخی دیدگاه‌ها انتقال توأمان حقوق و تعهدات در قالب عقد صلح مطرح گردیده است، دلیل آن قرابت عقد صلح به عقد نامعین است. به عنوان یک دیدگاه جدید باید گفت ملاک در انتقال حقوق و تعهدات، وجود یا عدم وجود این حقوق و تعهدات ناشی از عقد است؛ خواه عقد آنی باشد و یا مستمر. چنانچه حقوق و تعهداتی در پی انعقاد یک عقد بیع موجود باشد، برای قابلیت واگذاری عقد نباید تردید کرد؛ هرچند مالکیت سابقاً منتقل شده است. پس نمی‌توان عقد بیع را مطلقاً غیر قابل انتقال دانست. این موضع در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا قابل اعمال است. از آنجایی که با انتقال عقد، تعهدات قراردادی نیز به قائم‌مقام تسری می‌یابد و منتقل‌الیه، مکلف به اجرای تعهدات ناشی از آن است، در صورتی که عقد از نوع قائم به شخص باشد، اجرای آن توسط شخص دیگری جز طرف عقد، هرچند که قائم‌مقام او باشد، ممکن یا مقبول طرف دیگر عقد نبوده و انتقال قرارداد نیز منتفی خواهد بود.

کتاب‌شناسی

۱. بروجردی، مرتضی، *مستند العروة الوثقی؛ کتاب الاجاره*، قم، لطفی، ۱۳۶۵ ش.
۲. بروجردی عبده، محمد، *حقوق مدنی*، تهران، مجلد، ۱۳۸۰ ش.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، چاپ سوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۶ ش.
۴. همو، *مجموعه محشای قانون مدنی*، چاپ پنجم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۵ ش.
۵. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعة الی تنقیح مسائل الشریعه*، قم، مؤسسه آل‌البتیت، ۱۴۱۴ ق.
۶. ره‌پیک، حسن، *حقوق مدنی؛ حقوق قراردادها*، تهران، خرسندی، ۱۳۸۵ ش.
۷. همو، *حقوق مدنی؛ عقود معین (۱)*، تهران، خرسندی، ۱۳۸۷ ش.
۸. شعاریان، ابراهیم، *انتقال قرارداد*، تبریز، فروزش، ۱۳۸۸ ش.
۹. شهیدی، مهدی، *اصول قراردادها و تعهدات*، چاپ پنجم، تهران، مجلد، ۱۳۸۸ ش.
۱۰. طباطبایی، سیدمحمدحسین، *المیزان فی تفسیر القرآن*، تهران، بنیاد علمی و فکری علامه طباطبایی، بی‌تا.
۱۱. طباطبایی حکیم، سیدمحسن، *مستمسک العروة الوثقی*، قم، دار التفسیر، ۱۳۹۱ ش.
۱۲. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی، *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، ترجمه حمید مسجدسرای، کاشان، اندیشه‌های حقوقی، ۱۳۸۸ ش.
۱۳. عاملی جزینی (شهید اول)، شمس‌الدین محمد بن جمال‌الدین مکی، *اللمعة الدمشقیة*، چاپ دوم، ترجمه حمید مسجدسرای، تهران، خط سوم، ۱۳۸۵ ش.
۱۴. عراقی، سیدعزت‌الله، *حقوق کار*، چاپ هفتم، تهران، سمت، ۱۳۸۶ ش.
۱۵. غمامی، مجید، «آزادی گزینش طرف قرارداد»، *مجله تحصیلات تکمیلی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران*، شماره ۱، ۱۳۷۷ ش.
۱۶. قاسم‌زاده، سیدمرتضی، *اصول قراردادها و تعهدات*، تهران، دادگستر، ۱۳۸۳ ش.
۱۷. همو، «حل اختلافات قراردادی»، *مجله دیدگاه‌های حقوق قضایی*، شماره‌های ۵-۶، ۱۳۷۶ ش.
۱۸. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، چاپ یازدهم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۲ ش.
۱۹. محمدی، عبدالعلی، «اصل آزادی انتقال قرارداد»، *مجله تحقیقات حقوقی آزاد*، شماره ۲، ۱۳۸۶ ش.
۲۰. مقدم، عیسی، «انتقال قرارداد»، *فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران*، شماره ۴، ۱۳۸۶ ش.
۲۱. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، *زبدة الاحکام*، تهران، سازمان تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۴ ق.
۲۲. نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی‌تا.
23. Beatson, J., *Anson's Law of Contract*, London, Oxford University Press, 1988.
24. Bonell, Michael Joachim, "International Investment Contracts and General Contract Law: a Place for the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts?", *Uniform Law Review*, Vol. 17, Issue 1-2, 1 June 2012.
25. Cheshire, G.C. & C.H.S. Fifoot & M.P. Furmston, *Law of Contract*, London, Butterworths Pub, 1996.

26. Crabb, John H., *The French Civil Code*, Netherlands, Kluwer Law & Taxation Publishers, 1994.
27. Davies, F.R., *Contract*, London, Sweet & Maxwell Publication, 1977.
28. Hesselink, Martijn Willem, "The Principles of European Contract Law: Some Choices Made by the Lando Commission", *Global Jurist Frontiers*, Vol. 1, No. 1, Article 4, January 2001.
29. Khouri, Nina, "Efficient Breach Theory in the Law of Contract: An Analysis", *Auckland University Law Review*, 2002, Vol. 9, Issue 3, 2002.
30. Lando, Ole & Hugh Beale, *The Principles of European Contract Law*, London, Kluwer Law International, 2000.
31. Saidov, Djakhongir, *The Law of Damages in the International Sale of Good*, North America (US & Canada), Hart Publishing, 2008.
32. Wilkinson-Ryan, Tess, "Transferring Trust: Reciprocity Norms and Assignment of Contract", *Journal of Empirical Legal Studies*, Vol. 9, Issue 3, 2012.

تَرْجَمُ حِكْمَهُمَا

موجز المقالات

الدراسة الفقهيّة لحكم الدخل الناشئ من الربيع استناداً بآية التجارة

- محمّد عليّ شيخ الإسلاميّ (طالب دكتوراه في فرع الفقه ومبادئ القانون الإسلاميّ بجامعة فردوسيّ)
- سيّد محمّد تقّي قبوليّ درأفشان (أستاذ مشارك بجامعة فردوسيّ بمشهد)
- محمّد تقّي فخلعيّ (أستاذ بجامعة فردوسيّ بمشهد)

المقالة الحاضرة تدرس الحكم الوضعيّ للربيع والدخل الناشئ منه. باستخدام المنهج التحليليّ الاستنباطيّ في هذه المقالة عُدّ بعض أقسام الربيع كالربيع السياسيّ والاقتصاديّ المنطبق على الباطل والدخل الحاصل منه، مصداقاً من الأكل بالباطل بعد دراسة مفهوم الربيع من جانب وإثبات كون مفهوم الباطل في آية التجارة عرفيّاً باستعانة الآراء الفقهيّة التفسيرية من جانب آخر. أمّا صدق انطباق الربيع المعلوماتيّ على موضوع الباطل في آية التجارة في بعض مصاديقه مشكل عرفيّاً ولازم أن نلزم بتفصيله يعنى إذا أدى الربيع المعلوماتيّ إلى تضييع الحقوق والظلم، يكون مصداقاً للباطل والدخل الحاصل منه يكون الأكل بالباطل. الحاصل هو أنّه إذا أثبت أنّ الدخل الحاصل من الربيع هو الأكل بالباطل، لا يملك ويكون مضمون عليه.

المفردات الرئيسة: الربيع، أكل المال بالباطل، الباطل العرفيّ.

نقد على الفرضية المشهورة لفقهاء الإمامية في باب كيفية صدور حكم

حجر المفلس

- راضية أمينيّ (طالبة دكتوراه في فرع الفقه والقانون بجامعة فردوسی بمشهد)
- حسين صابريّ (أستاذ بجامعة فردوسی بمشهد)
- محمّد حسن حائريّ (أستاذ بجامعة فردوسی بمشهد)

مشهور فقهاء الإمامية أنهم لا يعتبرون طلب الحجر من قبل المفلس وتبرّع الحاكم في إصدار حكم الإفلاس نافذاً، ويرون إمكان إصدار الحكم إذا طالب الدائون ذلك؛ في حين يلزم القانون الوضعي التاجر الذي لا يقوى على تسديد ديونه بأن يطالب بوقف المحاكمة. وفي بعض الحالات يمكن للنائب العام أن يبادر بنفسه إلى إصدار حكم الحجر على المدين. هذه المقالة سعت من خلال المنهج الوصفي التحليلي إلى إزالة هذا الفارق بين التشريع الديني والوضعي مراعية وجوب موافقة القوانين مع الموازين الشرعية. وخلصت المقالة إلى أن الوثائق والمستندات المذكورة التي تبناها المشهور، قاصرة عن إثبات مدّعاها؛ إضافة إلى أن الطرف المقابل يتمتع بأدلة ترجح كفة الميزان لصالح موقف المنافس.

المفردات الرئيسية: حجر المفلس، المدين، الدائن، المادة رقم ٤١٥ لقانون التجارة.

بحث فقهيّ وحقوقيّ حول التعسّف في استعمال الحقّ المالكيّة

للروبوتية في مسألة التوظيف

- حمزة نظريور (طالب دكتوراه في فرع الفقه ومبادئ القانون الإسلاميّ بجامعة مازندران)
- عليّ أكبر إيزديّ فرد (أستاذ بجامعة مازندران)
- محمّد محسنّي دهكلانيّ (أستاذ مشارك بجامعة مازندران)

وجود التكنولوجيا الحديثة يكون من مستلزمات الحياة العصرية. تصنع هذه التكنولوجيا بهدف خدمة الحياة البشرية. لكن مع فوائدها الكثيرة في بعض الأحيان تضرّ بحياة الإنسان. التكنولوجيا الروبوتية هي واحدة من تلك الأنواع التي تكون منشأ الضرر من حيث أخذ فرص العمل. علماً أنّ الروبوتات التي بدأت بالدخول في المجالات الاقتصادية والصناعية تسببت في فقدان الإنسان فرص العمل وهذه العويصة تنشأ من

تعرّف المالك من حقّ مالكيته -عالمًا أو جاهلاً-. يتناول هذا المقال بأسلوب تحليلي وصفيّ وفقًا للمبادئ القانونيّة والفقهية يُستنتج أنّ مالك الروبوت يمكن أن يستفيد من منافعها في إطار القانون ما لم يتضرر إلى الناس وأنّ الدليل على محروميته من حقّه المطلق للمالكيّة هو تقدّم حقّ المجتمع على حقّ الفرد.

المفردات الرئيسة: الروبوتية، الروبوت، التعرّف في استعمال الحقّ، حقّ المالكيّة، التوظيف، قاعدة التسليط، قاعدة لا ضرر ولا ضرار.

بطلان عقد المكره ونقد نظريّة عدم النفوذ في ضوء تعديل المادتين

٢٠٩ و ٣٤٦ للقانون المدني

□ أحمد باقرى (أستاذ بجامعة طهران)

□ زهرة نيك عمل (طالبة دكتوراه في فرع الفقه ومبادئ القانون الإسلامي بجامعة طهران)

مشهور الفقهاء يقولون بنفوذ العقد إذا رضی به المكره بعد زوال الإكراه، معتمدين في هذا القول على أدلّة منها عموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، والإجماع، ووجود قصد اللفظ في المكره، وعدم شرط مقارنة العقد مع القصد والشبه بين العقد وبيع الفضوليّ. وفي المقابل، وجّه جمع من الفقهاء انتقادًا إلى هذا الرأي، وردّوا أدلّة المشهور، معتبرين عقد المكره باطلاً من الأساس، ولا يعتدّون برضاه لاحقًا. وبعد أن ردّ هؤلاء الفقهاء تلك الأدلّة، استندوا إلى جملة أدلّة نحو: عموم الآية الشريفة ﴿أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ وقاعدة «العقود تابعة للقصد» واستصحاب عدم الصحّة. أمّا القانون المدنيّ فيتبع مشهور الفقهاء في مادّتيه المرقمتين ٢٠٩ و ٣٤٦ حيث يعدّ عقد المكره غير نافذ، وموافقته اللاحقة سبب نفوذ العقد. وعلى أساس نتائج هذه الدراسة الوصفية التحليلية، فإنّ عقد المكره يأتي في عداد العقود الفاقدة للقصد وبالتالي سيحكم عليه بالبطلان. وعليه وعلى وفق القواعد العموميّة الحاكمة على العقود، يقترح البحث تعديل المادة ٢٠٩ على أساس إبطال مفعول الرضا اللاحق والمادّة ٣٤٦ على أساس التصريح ببطلان عقد المكره.

المفردات الرئيسة: الإكراه، المكره، الرضا، الاختيار، القصد، البطلان، عدم النفوذ.

دراسة الجوانب الفقهية لتكوين التوائم والاستنساخ البشري

- السيد محسن مرتضوى (طالب المستوى الرابع فى الحوزة العلمية بقم المشرفة)
- مجتبى نوروزى (أستاذ جامعة علوم ومعارف القرآن الكريم بمشهد المقدسة)

إحدى المسائل المستحدثة فى مجال نقاشات الهندسة الوراثية وعلم الطب، مسألة تكاثر خلايا تلقيح وتكوين التوائم المشابهة والذى يسمّى بـ«الاستئام». إمكانية التكاثر اللاجنسى للخلايا المتكاملة الحيوانية - كلونينك، إحدى الإنجازات العلمية التى سببت جدال فى الآونة الأخيرة. هذا التحقيق، يبحث عن دليل قوى من الناحية الفقهية للإجابة عن السؤال حول فصل خلايا تلقيح حين التكاثر وإخراجها من الرحم ووضعها فى رحم امرأة أجنبية والأحكام الفقهية المرتبطة بهذا الموضوع كحكم انعدام خلايا تلقيح المستخرجة من الرحم، وابتياح خلايا تلقيح ومسألة النسب والانتساب للطفل المولود بالاستنساخ. هذا المقال تضمّن دراسة استدلالية - اجتهادية حول هذه المسألة وآراء الفقهاء وفى النهاية استنتج: أمّا تكليفاً: فإنه يحرم الاستئام لأنها عملية غير ضامنة وقد توجب أضراراً بسلامة الجنين وكذا يحرم وضع وزرع خلية تلقيح فى رحم المرأة الأجنبية. وأمّا وضعاً: الطفل الحاصل بالاستنساخ لا ينسب إلى أبيه، وأمّه صاحبة الرحم. وابتياح خلايا تلقيح فيها شوائب عديدة، وانعدام خلايا تلقيح يستلزم الدية. المفردات الرئيسية: خلية تلقيح، التوائم المشابهة، تكوين التوائم، الاستنساخ البشرى، النسب، آراء الفقهاء.

التحليل الفقهي والحقوقى لموضع وصف الامر الموضوعى فى

المحاكمة المدنية

- رضا دريائى (أستاذ مساعد بجامعة جيلان)
- مصطفى كربلائى آقا زادة (طالب دكتوراه فى فرع القانون الخاص بجامعة مفيد)

ليس الحاكم غنياً عن وصف الأمر الموضوعى للدعوى من البداية حتى نهاية كل مرحلة من مراحل المحاكمة. المصدر الجيد فى هالة من الغموض لوصف الامر الموضوعى فى المحاكمة المدنية بسبب عدم الوضوح لمدلول وموضع الامر الموضوعى

والأمر الحكمي في حقوق إيران. العلماء الحقوقيون قد ذكروا حول أن الوصف في اختيار الحاكم أو غير ذلك؟ غالبًا مقتسبين من الحقوقيين الفرنسيين سلبيًا أو إيجابيًا. هذا المقال يقوم بدراسة موضع الوصف بين الأمر الموضوعي والحكمي اعتمادًا على تقسيم الموضوعات الفقهيّة المستنبطة وغير المستنبطة ويثبت الوصف المجدد للأمر الموضوعي من قبل الحاكم بعد نقد وتقييم أسباب الموافقين والمخالفين. الحاكم موظف أن يقوم بالوصف المجدد للأمر الموضوعي مراعيًا مطابقة نتيجة الوصف المجدد بالنتيجة المرجوة لأصحاب الدعوى، عدم تغيير الأمر الموضوعي للدعوى ومبدأ التقابل.

المفردات الرئيسة: الوصف، الوصف المجدد، مبدأ التقابل، الأمر الموضوعي، الأمر الحكمي، الموضوعات المستنبطة، الموضوعات غير المستنبطة.

دراسة فقهيّة قانونيّة لشرط ضمان المرتهن

- سيد محمّد هاشم پورمولا (أستاذ مساعد بجامعة شيراز)
- محدّثة جليلي زادة (ماجستير في فرع الفقه ومبادئ القانون الإسلامي بجامعة شيراز)
- مرتضى رحيمي (أستاذ مشارك بجامعة شيراز)

إنّ المشهور هو عدم ضمان الأمين، فهل شرط ضمان المرتهن الأمين نافذ؟ وفي ذلك ثلاثة آراء، فالبعض يعتقد أنّ هذا الشرط هو خلاف لما جاء في عقد الرهن، لذلك، إضافةً إلى بطلان الشرط يبطل عقد الرهن أيضًا، ويعتقد البعض الآخر مع فساد الشرط المذكور لا شك في صحّة عقد الرهن، ويعتقد آخرون بصحّة هذا الشرط في الرهن، والحقّ المالكى للمرتهن في وضع اليد على المال المرهون شرعيّ. يذهب إطلاق بعض الروايات إلى أنّ المرتهن ليس بضامن، اشترط ضمانه أم لم يشترط. إضافةً إلى ذلك يدلّ أصل البراءة على عدم ضمان المرتهن، لذلك فشرط ضمان المرتهن خلاف للشرع لا لما يقتضيه العقد، لأنّ الأمانة في الرهن لا تطلب الأثر الذاتيّ للعقد ليكون خلافًا منافيًا لما يقتضيه العقد، وتقوم هذه المقالة على المنهج الوصفيّ - التحليلي.

المفردات الرئيسة: الأمانة، العين المرهون، الإذن، حق الإمتلاك، مقتضى العقد، مخالفة الكتاب والسنة.

نقل الحقوق والالتزامات التعاقدية في القانون الإيراني والمستندات الدولية

- مصطفى أنصاري نسب (طالب دكتوراه، جامعة آزاد الإسلامية، دبي، فرع الإمارات العربية المتحدة)
- حسن مرادى (أستاذ مساعد بجامعة طهران)
- نجاد على ألماسى (أستاذ بجامعة طهران)

يوصف نقل الحقوق والالتزامات التعاقدية بأنه حالة ينقل فيها الشخص موقعه بصفته طرفاً في العقد إلى شخص ثالث فيجعله خلفاً له في التمتع بالحقوق والمسؤوليات والوفاء بالالتزامات. بناءً على وجهات النظر التقليدية، يتمثل المعيار في إمكانية نقل الحقوق والالتزامات التعاقدية في استمرار العقد (مقابل الإتاحة الفورية)؛ بينما ينبغي القول فيما يتعلّق بالدراسة المقارنة والأطلاع على المستندات الدولية وتحليل الطبيعة الحقوقية ذات الصلة، أنّ معيار وجود أو انعدام الحقوق والالتزامات غير شخصي. في هذه الحالة، يجب رفض الشبهة القائمة على أن نقل الحقوق والالتزامات ليس له مكانة في ميثاق بيع البضائع الدولي (والذي ليس له وجهة نظر في هذا المجال). فضلاً عن ذلك، فقد طرح نقل الحقوق والالتزامات التعاقدية ضمن إطار عقد تصالح بصفته عقداً معيناً، بينما يشير تحليل طبيعة عقد التصالح وشروط النقل إلى أن النقل كان ضمن إطار عقد غير معين؛ لذلك فإنّ تقديم وجهات النظر هذه من شأنه أن يؤثر تأثيراً عملياً كبيراً على تعديل الإجراءات القضائية والقوانين بما يتناسب مع أحدث المستندات الدولية في هذا المجال. المفردات الرئيسية: نقل الحقوق والالتزامات، النقل التعاقدى، العقد المستمر، العقد الشخصي.

scope of infinite contract by establishing the course of analyzing the assignment essence and cession qualifications, hence presentation of those perspectives bring about significant practical outcomes for correction of case law in compatible with the latest revision of international documents moreover it could be effective for creation of domination in law refinement as well.

Keywords: *Rights & obligations cession, Contractual cession, Viable contract, Personal contract.*

not essential to the contract. The research method of this article is analytical-descriptive.

Keywords: *Trust, Mortgage, Permission, Quran and sonnah, Requirements of a contract.*

Contractual Rights and Obligations Cession

According to the Iran and International Documents

- *Mustafa Ansari Nasab (PhD student at Islamic Azad University, UAE Branch)*
- *Hasan Moradi (Assistant professor at University of Tehran)*
- *Negad Ali Almasi (Professor at University of Tehran)*

Simultaneous Contractual Rights & Obligations Cession is a modality that an entity delegates or transfer his contractual circumstances to the third party as the party to the covenant it means he surrogates him in terms of enjoyment of rights and liability for commitment performance indeed the touchstone for transferability of contractual rights and obligations is focused on viability of contract (in contrasting with spontaneous) according to the traditional viewpoints, while it is evident that touchstone of existence and nonexistence of rights and obligations are counted impersonal by comparative reviewing the international documents and analysis of relevant legal essences, as a result the confusion concerning the issue of rights and obligations devoid of any standing on merchandise international sale convention (which it is mute in the discussed background) is baseless, moreover the issue of contractual rights and obligation cession defined as finite contract within framework of assignment contract, whereas it is logical to assume the cession in

issues, considers the position of description between question of fact and question of law and after criticizing the for and against reasons, establishes that the judge has to re-describe the question of fact if some requirements exist.

Keywords: *description, re-description, correspondence principle, question of fact, question of law, change of litigation, judge, inferred issues, un-inferred issues.*

Juridical-Legal Study of Mortgagee's Guarantee Condition

- *S. Muhammad Hashem Pourmola (Assistant professor at University of Shiraz)*
- *Mohadetheh Jalilzadeh (MA of Jurisprudence)*
- *Morteza Rahimi (Associate professor at University of Shiraz)*

Lack of guarantee for trusty person in jurisprudence is popular. Is mortgagee's guarantee condition valid considering this piece of fact? There are three important views about it: 1- Some considered it contradictory to requirement of a contract and consequently voted for the invalidity of condition and contract, 2- Some others argued for the invalidity of condition and validity of contract, and 3- Some reasoned for the validity of condition. In mortgage, the right of mortgagee for having substance is legitimate. The absoluteness of some traditions indicates that mortgagee has not guarantee neither in the case of conditioning nor in the case of non-conditioning in the contract. Baraat principle refers to the lack of guarantee of mortgagee, as well. So mortgagee's guarantee condition is contrary to Shariah but is not contrary to the requirement of a contract because trust in mortgage is

and parenting and identity of the child born through human cloning. This article have been investigated and scrutinized the argumentative and diligent subjects related to this issue and the jurisprudents views, and it has been concluded that, since the operation of human cloning is not guaranteed and endangers the health of the fetus, it is forbidden to do so. Also, it is forbidden to put and plant an inseminated cell in the womb of foreign woman. In terms of a situational sentences like parenting, a child who born by human cloning is not attributed to the father, and his mother is also the owner of the womb. In addition, the purchase and sale of inseminated cells are also have numerous problems, and destroying inseminated cells also requires the paying atonement (blood money).

Keywords: *inseminated cell, Similar twins, Human cloning, Human bastardization, Parenting, Jurisprudents perspective.*

Jurisprudence and Law Analysis of Describing Question of Fact in Lawsuit

□ *Reza Daryaei (Assistant professor at University of Guilan)*

□ *Mustafa Karbalaee Aghazadeh (PhD student of Private Law)*

From the beginning until the end of a trial in each step, a judge requires describing question of fact. Due to lack of clarity in concept of question of fact and question of law in Iran, reliable testimony for describing question of fact is ambiguous. Generally, Iranian lawyers by depending on French lawyers, remark about describing the question of fact in lawsuit. This article by depending on dividing issues in Islamic jurisprudence into inferred and un-inferred

209 and 346, makes the forced contract ineffective, and regards its subsequent satisfaction as an agent of its effectiveness. According to the findings of this research that has been done in a descriptive-analytic method, the forced contract is regarded as those contracts that are lack of intention and consequently is void. Thus, in accordance with the general rules governing the contract, it is proposed to amend the Article 209 so that the subsequent satisfaction is ineffective and Article 346 so that the void of the forced contract is specified.

Keywords: *Reluctance; Forced person; Satisfaction; Free will; Intention; Nullity; Ineffectiveness.*

Investigation of Juridical Dimensions of Human Cloning and Bastardization

- *Sayyed Mohsen Mortazavi (Student of 4th levels at Hawzah 'Ilmiyah of Qom)*
- *M. Nowruzi (Assistant prof. at Quran University of Science and Education)*

One of the new coming issues in the field of genetic engineering and medical science is the subject of the reproduction of inseminated cells and the creation of similar twins, which is referred to as twinning (human cloning). Non-sexual reproduction of evolved animal cells-cloning has been the controversial achievement of science in recent years. This research seeks to give the rational juridical response to the issue of isolation of inseminated cells at the stage of reproduction and extraction of them from the womb and its replacement in the womb of foreign (strange) woman and its related commandments, such as the sentence of annihilating inseminated cells extracted from the uterus, the purchase and sale of inseminated cells,

can have its benefits and limit the right of the owner because of the primacy of the individual.

Keywords: *Robotics, robots, abuse of the right, the right of ownership, employment, the rule of domination, the rule of no harm for anyone.*

Nullity of Forced Contract and Criticizing the Idea of Its Non-influence with the Approach to Amendment of the Articles 209 and 346 of the Civil Code

□ *Ahmad Bagheri (Professor at University of Tehran)*

□ *Zohreh Nik Amal (PhD student of Jurisprudence)*

The dominant jurists believe that if the forced person satisfies with the contract after removal of reluctance, the contract will be effective. Supporting their claim, they have advanced reasons such as the generality of the verse “fulfill your obligations”, consensus, existence of the intention in the word of the forced contract, the non-condition of the contract with intention and resemblance to the unauthorized sale. Criticizing this view and rejecting the reasons of the dominant jurists, some jurists, in contrast, have said that the contract of the forced person is void and does not give credit for his next satisfaction. After rejecting reasons of the dominant jurists, these jurists have invoked to reasons such as the general meaning of the verse “except there be trading by your mutual agreement” and the rule “all contracts depend on intention”, and the rule of non-existential authorization of previous state. Following the view of dominant jurists, the civil law in Articles

law. The results of the research show that the documents mentioned by the dominant jurists cannot prove their claim; in addition, there are evidences against the famous viewpoint that it strengthens the rival's view.

Keywords: *Incapacity of the bankrupt; Debtor; Creditor; Article 415 of the Commercial Code.*

Legal Jurisprudence Study of Abuse of the Robot Ownership in Employment

- Hamzeh Nazarpour (PhD student of Jurisprudence)
- Ali Akbar Izadi Fard (Professor at University of Mazandaran)
- M. Mohseni Dehkalani (Associate professor at University of Mazandaran)

New technologies are regarded as essential accessories in nowadays life and often have been designed with the purpose of serving human life; however, having said all of the benefits that these technologies have, the loss or misuse of them should be considered in relation to society. Robotic technology is one of those species that, unlike many benefits, can be a source of loss than most people in terms of job opportunities available to them. Robots, with assertiveness in economical and industrial arenas, have seized various jobs and this has caused people to lose their jobs as a result of this conscious or unconscious abuse of robot owner. In this study, which was conducted in descriptive-analytical method, the principles and rules of law and jurisprudence were considered. It was revealed by the results that Robotic technology ownership, within the rules and until its ownership does not result in harm or loss to person or community,

issue of falsity in the glorious Tejarat verse, in some of its examples, is doubted, and it should be detailed that only if the information rent leads to the violation of rights and oppression to others, it is an example of falsity and the incomes arising from it is false property acquisition. Consequently in all cases where it is proved that the incomes arising from rent is false property acquisition, the person will not be the owner of the income and will be the guarantor for it.

Keywords: *Economic rents, Rent seeking, The misappropriation of property, Customary voiding.*

A Critique of the Dominant Shiite Jurisprudent Views on the Quality of the Issuance of the Verdict of Incapacity of the Bankrupt

- *Razyeh Amini (PhD student of Jurisprudence)*
- *Hussein Saberi (Professor at Ferdowsi University of Mashhad)*
- *Muhammad Hasan Haeri (Professor at Ferdowsi University of Mashhad)*

The dominant Shiite jurists say that the demand of incapacity (hajr) by the bankrupt and the volunteering verdict of bankruptcy by the judge is not effective and it is only possible in the assumption of the demand of creditors, whereas in written laws the businessman who does not have the power to pay his debts is obliged to request the suspension. In some cases, the prosecutor may voluntarily issue the sentence of incapacity against the debtor. Considering the necessity of conforming the laws with religious standards, the present article has sought in a descriptive-analytical method to eliminate this distinction between sharia law and legislative

Abstracts

Jurisprudential Review of the Verdict of the Incomes Arising from Rent According to Tejarat (Trade) Verse

- *Muhammad Ali Sheikh al-Eslami (PhD student of Jurisprudence)*
- *S. M. Taqi Ghabooli Dorafshan (Associate professor at Ferdowsi University)*
- *Muhammad Taqi Fakhlaei (Professor at Ferdowsi University of Mashhad)*

The present article seeks to review the legal verdict of the incomes arising from rent. In this article, some types of negative rents, including economic and political rents conforming to falsity, and income arising from rent seeking are considered as false property acquisition in light of interpretive jurisprudential views, and by using an inferential analytical method after examining the concept of rent from one aspect, and by proving the nature of falsity is customary in Tejarat verse. But the conformity of the information rent with the

Table of contents

Jurisprudential Review of the Verdict of the Incomes Arising from Rent According to Tejarat (Trade) Verse/ Muhammad Ali Sheikh al-Eslami & Sayyed Muhammad Taqi Ghabooli Dorafshan & Muhammad Taqi Fakhlaei	3
A Critique of the Dominant Shiite Jurisprudent Views on the Quality of the Issuance of the Verdict of Incapacity of the Bankrupt Razyeh Amini & Hussein Saberi & Muhammad Hasan Haeri	27
Legal Jurisprudence Study of Abuse of the Robot Ownership in Employment Hamzeh Nazarpour & Ali Akbar Izadi Fard & Muhammad Mohseni Dehkalani	51
Nullity of Forced Contract and Criticizing the Idea of Its Non-influence with the Approach to Amendment of the Articles 209 and 346 of the Civil Code Ahmad Bagheri & Zohreh Nik Amal	83
Investigation of Juridical Dimensions of Human Cloning and Bastardization Sayyed Mohsen Mortazavi & Mojtaba Nowruzi	103
Jurisprudence and Law Analysis of Describing Question of Fact in Lawsuit Reza Daryae & Mustafa Karbalaei Aghazadeh	127
Juridical-Legal Study of Mortgagee's Guarantee Condition Sayyed Muhammad Hashem Pourmola & Mohadetheh Jalilizadeh & Morteza Rahimi	151
Contractual Rights and Obligations Cession According to the Iran and International Documents/ Mustafa Ansari Nasab & Hasan Moradi & Negad Ali Almasi	169
Translation of Abstracts:	
Arabic Translation	199
English Translation	214