

صاحب امتیاز: **فصلنامه علمی پژوهشی**  
مدیر مسئول: سیدحسن وحدتی شبیری

سردبیر: محمد امامی

اعضای هیئت تحریریه (به ترتیب حروف الفبا):

دکتر محمد امامی (دانشیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی)

دکتر احمد باقری (استاد دانشگاه تهران)

دکتر محسن جهانگیری (دانشیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی)

دکتر محمدحسن حائری (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)

دکتر حسین صفایی (استاد دانشگاه علوم اسلامی رضوی)

دکتر محمدتقی فخلعی (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)

دکتر محمدصادق موسوی (دانشیار دانشگاه شهید مطهری)

دکتر سیدابوالقاسم نقیبی (دانشیار دانشگاه شهید مطهری)



مشاوران علمی این شماره (به ترتیب حروف الفبا):

دکتر احمد احمدی / دکتر فاطمه اسلامی / حجة الاسلام دکتر محمد امامی / دکتر

امین امیرحسینی / حجة الاسلام دکتر جواد ابروانی / حجة الاسلام دکتر

سیدابوالقاسم حسینی زیدی / دکتر موسی حکیمی صدر / دکتر سعید خردمندی /

حجة الاسلام دکتر سیدعلی دلبری / حجة الاسلام دکتر سیدعلی رضوی / دکتر

محمدعلی سعیدی / دکتر عباسعلی سلطانی / حجة الاسلام دکتر ابوالفضل

علیشاهی قلعه جوقی / دکتر محمدتقی فخلعی / دکتر حجت مبین / حجة الاسلام

دکتر علی نصرتی / حجة الاسلام سیدمهدی نقیبی / دکتر حسین هوشمند

فیروزآبادی / حجة الاسلام دکتر غلامرضا یزدانی / حجة الاسلام دکتر محمدمهدی

یزدانی کمرزد



تأییدیه علمی پژوهشی:

«مجله آموزه‌های فقه مدنی» بر اساس مجوز کمیسیون بررسی نشریات کشور

(وزارت علوم، تحقیقات و فناوری) در تاریخ ۱۳۹۱/۵/۱۸ و به شماره ۱۳۳۹۲۱ از

بهار و تابستان ۱۳۸۹ دارای درجه «علمی-پژوهشی» گردیده است.

این فصلنامه در وبگاه‌های زیر قابل دسترسی است:

[www.sid.ir](http://www.sid.ir) و [www.noormags.ir](http://www.noormags.ir) و [www.magiran.com/razavi](http://www.magiran.com/razavi)

و [www.civilica.com](http://www.civilica.com) و [www.isc.gov.ir](http://www.isc.gov.ir)

«ترتیب مقالات بر اساس حروف الفبای نویسنده اول می‌باشد.»

«آرای نویسندگان مقالات لزوماً دیدگاه مجله نیست.»

«نقل مطالب مجله با ذکر مأخذ بلامانع است.»

## آموزه‌های فقه مدنی

پاییز - زمستان ۱۳۹۹، شماره ۲۲



مسئول اجرایی

محمدامین انسان

کارشناس اجرایی

علی برهان‌زهی

نحوه انتشار

به صورت الکترونیکی در وبگاه

[www.razavi.ac.ir](http://www.razavi.ac.ir)

ارتباط با کارشناس

«تماس با ما» در سامانه نشریات

نشانی پستی

مشهد، ص پ ۹۱۷۳۵-۴۶۱

رایانامه

[razaviunmag@gmail.com](mailto:razaviunmag@gmail.com)

## *Specialized Journal of Razavi University of Islamic Sciences*

**Civil Jurisprudence Doctrines**

No. 22

Autumn 2020 & Winter 2021



**Proprietor:**

Razavi University of Islamic  
Sciences

**Managing Director:**

S. H. Vahdati Shobeiri

**Editor -in- Chief:**

M. Imami

**Executive Chief:**

M. A. Ensan

**Editorial Board:**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**Web Site:** [www.razavi.ac.ir](http://www.razavi.ac.ir)

**E.mail:** [razaviunmag@gmail.com](mailto:razaviunmag@gmail.com)



## 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.

## ماهیت افراز

### در حقوق موضوعه ایران و فقه امامیه\*

- حمید ابهری<sup>۱</sup>
- سیدحسن حسینی مقدم<sup>۲</sup>
- سیدمهدی حسینی مقدم<sup>۳</sup>

#### چکیده

در خصوص ماهیت تقسیم، در فقه و کتب حقوقی سخن گفته شده، اما از ماهیت افراز کمتر سخن به میان آمده است. اکثر نویسندگان در بررسی تقسیم، به ماهیت آن نیز پرداخته‌اند و چون افراز را یکی از شقوق تقسیم می‌دانند، خود را بی‌نیاز از بیان ماهیت افراز دیده‌اند. با شناخت ماهیت افراز، حسب اینکه معامله (بیع، مبادله، معاوضه) یا تمیز حق یا عقد باشد، آثار آن نیز متفاوت است. آیا حق شفعه و خيارات در افراز جاری است یا خیر؟ آیا در افراز، امکان اقاله وجود دارد یا خیر؟ آیا اساساً افراز، تأثیری در لزوم یا عدم لزوم ثبت تقسیم‌نامه خواهد داشت؟ پاسخ به این موارد، معطوف به شناسایی ماهیت افراز است.

\* تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۵/۱۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۱۰/۲۱.

۱. استاد گروه حقوق خصوصی دانشگاه مازندران (نویسنده مسئول) (hamid.abhary@gmail.com).
۲. استادیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه مازندران (s.h.hoseinimoghadam@umz.ac.ir).
۳. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه مازندران (s.h.hosseinimoghaddam@gmail.com).

در این مقاله به روش تحلیلی - توصیفی با مطالعه آراء و نظرات حقوق دانان و فقهای امامیه خواهیم گفت که نظریه عقد بودن ماهیت افراز، در حقوق موضوعه و در بین فقها نیز تا حدودی طرفداران بیشتری دارد. لیکن عقد بودن الزاماً به مفهوم معامله و بیع نیست و احکام خاص بیع اعم از حق شفعه و خیارات مختص بیع در آن راه ندارد. طبعاً به دلیل همان ماهیت عقدی افراز، امکان اقاله و اعمال سایر خیارات در افراز قابل تصور و تحقق می باشد.

**واژگان کلیدی:** افراز، تقسیم، مال مشاع، شریک، ثبت.

### مقدمه

بر حسب اینکه ماهیت افراز، معامله (بیع، معاوضه، مبادله) یا تمیز حق یا عقد باشد، می تواند آثار مختلفی بر وجود یا عدم وجود حق شفعه و خیارات در تقسیم داشته باشد. از دیگر سو، تفاوت در ماهیت افراز می تواند در اقاله یا عدم اقاله تقسیم، نقشی اساسی داشته باشد. همچنین تأثیر آن در لزوم یا عدم لزوم ثبت تقسیم نامه نمایان می گردد. افراز (به طور کلی تقسیم) به این منظور انجام می شود تا هر یک از شرکا به جای سهام منتشر در مجموع یک مال، بر بخش معینی از مال به عنوان سهم خویش، مالکیت مفروز داشته و به شراکت در کل مال پایان دهند.

بر این مبنا، هر یک از نویسندگان، گذشتن شریک از مجموع حصه و قبول این امر را که بر مقداری از آن مال به قسمت مفروز، مالکیت داشته باشد، در یکی از قالب های حقوقی بررسی نمودند. برخی آن را در چارچوب نظریه معامله طرح کرده و افراز را معامله (بیع، معاوضه یا مبادله) دانسته اند و بر این اساس، این جدایی سهام در مال مشاع را موجب نقل و انتقال حصه ها می دانند. گروهی دیگر آن را در قالب نظریه تمیز حق مورد بررسی قرار داده و تقسیم یا افراز را فاقد هر نوع ماهیت قراردادی و خصوصاً عقود ناقله دانسته، معتقدند که قسمت، موجب تمیز حقوق است و بیع یا کلاً عقد نیست. نهایتاً عده ای افراز را در حیطه نظریه عقد بودن مطرح کرده، معتقدند که گرچه عقدی از عقود است، ولی از سنخ بیع و صلح و یا هبه نبوده و اساساً در آن مبادله دو مال صورت نگرفته تا افراز معامله باشد. این تفاوت دیدگاه ها و تضارب آرا، نگارندگان را بر آن داشت تا با بررسی دقیق هر یک از این نظریه ها و به نقد کشیدن نقاط قوت و ضعف

آن‌ها، تعریفی صحیح از ماهیت افراز به دست داده و تأثیر ماهیت افراز بر خيارات، حق شفعه، اقاله آن، ثبت تقسیم‌نامه و اخذ استعلامات و نیز هزینه‌های دولتی را چنان که شایسته است، تنویر نمایند.

## ۱. تبیین مفهوم و عناصر افراز

افراز در لغت به معنای «جدا کردن، بیرون دادن» است (معین، ۱۳۸۳: ۳۶۳). همچنین به معنای «تفکیک، تشخیص، دسته‌بندی و جدا کردن دو چیز از یکدیگر» نیز می‌باشد (دهخدا، ۱۳۷۳: ۲۵۹۹/۲). در قوانین و آیین‌نامه‌ها، تعریف صریح و روشنی از افراز وجود ندارد و به همین دلیل، حقوق‌دانان تعاریف مختلفی از آن ارائه داده‌اند:

- «افراز مشاع عبارت است از ازاله وصف اشاعه مال به تراضی شرکا و یا به حکم دادگاه» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶ الف: ۳۲۵/۱).

- «افراز یعنی تقسیم مال منقول و یا غیر منقول؛ خواه به تراضی باشد یا به حکم دادگاه» (همو، ۱۳۸۶ ب: ۴۹۹/۱).

- «افراز عبارت است از دعوای شریک ملک مشاع بر شریک دیگر به منظور تقسیم مال مزبور در صورت عدم تراضی بر تقسیم» (نفکریان، ۱۳۸۸: ۱۰).

- «تقسیم به افراز در صورتی است که... بتوان در تقسیم از هر نوع اموال، حصه‌ای معین نمود و آن عموماً در موردی است که مال، مشترک مثلی باشد... یا چیزی باشد متساوی‌الاجزاء...» (امامی، ۱۳۸۷: ۲۱۸/۲).

- «توزیع عادلانه مال مشترک، بدون اینکه نیازی به تعدیل قیمت داشته،... این تقسیم را افراز یا تقسیم می‌نامند» (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۶۸/۲).

- «افراز عبارت است از تمیز حق و تعیین حصه هر شریک از محل مال مشترک مثلی یا قیمی مساوی‌الاجزاء به تراضی یا توسط دادگاه» (سرخی، ۱۳۸۵: ۹۳).

از آنجایی که در اموال مشاع، هر کس به قدر سهم خود مالک عین مال است و در زمان افراز، ملکیت مشاع بر کل مال، به ملکیت مفروز بر مقداری از مال به نسبت سهم او تبدیل خواهد شد، می‌توان نظر این گروه را بر دو نظر قبلی ارجح دانست. افزودن قید «با تراضی یا به حکم دادگاه» به تعریف، منطقی به نظر نمی‌رسد؛ زیرا افراز به صورت مطلق شامل هر دو نوع آن (افراز به تراضی یا به حکم دادگاه) می‌شود و هر گاه نیاز به

خروج یکی از این موارد از دایره شمول تعریف بود، به ناچار یکی از این قیود باید به تعریف اضافه می‌شد تا سایر موارد از شمول تعریف خارج می‌گردید. در نتیجه افزودن این قید به تعریف، امری ناپسند است. «تعریف افراز به تمییز حقوق، در واقع تعریف دوری است... زیرا تمییز و افراز در خارج از ذهن، دو چیز نیستند، فقط دو کلمه‌اند» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۱/۵۰۰). به همین دلیل بهتر است از این عبارت در تعریف افراز استفاده نگردد. اما می‌توان افراز را به تخصیص قسمت مفروزی از مال مشاع به شرکاء به نسبت حصه هر یک از آنان، در اموال مثلی یا قیمی متساوی‌الاجزاء تعریف نمود و موارد ذیل را به عنوان عناصر افراز برشمرد:

- ۱- وجود مال (اعم از منقول یا غیر منقول)؛
- ۲- مثلی یا متساوی‌الاجزایی بودن مال؛
- ۳- وجود حالت اشاعه در مال؛
- ۴- تخصیص مقدار مفروز از مال مشاع به شریکان به نسبت حصه آن‌ها؛
- ۵- ازاله اشاعه.

بندهای ۱، ۲ و ۳ را می‌توان از شرایط مال موضوع افراز و خصایص آن پنداشت. در فرض وجود نداشتن هر یک از این خصایص، مسئله افراز واقع نمی‌گردد و بندهای ۴ و ۵ پیامد افراز تلقی می‌گردند؛ زیرا با تحقق افراز، حالت اشاعه پایان می‌یابد و مالکیت شرکا به نسبت حصه آن‌ها، به طور مجزا در بخشی از مال مثلی یا متساوی‌الاجزاء مشاعی استوار می‌گردد.

## ۲. اقسام افراز

مال مشاع از جهات مختلف قابل تقسیم‌بندی است. بر اساس دخالت شریکان، تقسیم دو نوع است؛ تقسیم به تراضی و تقسیم به اجبار. اما از حیث شیوه تقسیم، عبارت از تقسیم به افراز، تقسیم به تعدیل، تقسیم به رد و تقسیم به فروش می‌باشد. در خصوص اقسام افراز، فقط می‌توان افراز را به افراز به تراضی و افراز به اجبار دانست و سایر اقسام در خصوص افراز موضوعیت ندارند. از این جهت در ادامه، به شرح این دو شق افراز می‌پردازیم.



## ۱-۲. افراز به تراضی

افراز به تراضی را می‌توان به افراز مال مشاع با توافق شرکا تعریف نمود (همان: ۴۹۹). در مقرراتی که مربوط به تنظیم روابط مالی اشخاص باشد، معمولاً قانون‌گذار سعی بر آن دارد تا توافق شرکا را در اجرای سلطه مالکان بر هر امری مقدم دارد. اگر شرکا در تقسیم مال مشاع توافق داشته باشند، اراده‌شان معتبر است و نیاز به مداخله دادگاه نیست (جوان‌مرادی، ۱۳۸۹: ۶۱). رضایت طرفین در جایی که مختار به تصمیم‌گیری هستند، بر نظر دادگاه مقدم است؛ چون هدف دادگاه نیز اجرای عدالت است و هر شریک با رضایت کامل بر قسمت مفروزی از ملک تصرف و مالکیت دارد. طبق ماده ۵۹۱ ق.م.ا.ج: «هر گاه تمام شرکاء به تقسیم مال مشترک راضی باشند، تقسیم به نحوی که شرکاء تراضی نمایند، به عمل می‌آید...».

اجازه افراز به تراضی صریحاً داده شده و قانون امور حسبی نیز عموماً به متقاضی جواز تقسیم داده است تا چنانچه طرحی برای افراز دارد، به دادگاه ارائه نماید و شرکا می‌توانند آزادانه در دادگاه راجع به نحوه تقسیم یا افراز تصمیم گرفته و حتی با تعیین جزئیات آن، اقدام به ازاله اشاعه نمایند. در ماده ۳۰۷ قانون امور حسبی آمده است: «درخواست‌کننده تقسیم می‌تواند زمینه‌هایی برای تقسیم ترکه تهیه نموده و به دادگاه تسلیم نماید...».

ماده ۳۰۹ نیز مقرر می‌دارد:

«اشخاص ذی‌نفع می‌توانند در دادگاه حاضر شده، به تراضی قراری راجع به مقدمات تقسیم یا طرز تقسیم اموال بگذارند. در این صورت، دادگاه صورت‌مجلسی مشتمل بر قرارداد نامبرده تنظیم می‌نماید.».

نهایتاً ماده ۳۱۰ همان قانون برای جلوگیری از ظلم به شریک غایب که ممکن است حق اعتراض یا ارائه نظری داشته باشد، پیش‌بینی نموده که مراتب پیشنهاد و تراضی سایر شرکاء، به شخص ذی‌نفعی که در تنظیم قرارداد شرکت نداشته است، اعلام گردد و او می‌تواند طی مدت‌زمان تعیین شده، به دفتر دادگاه مراجعه، و رضایت یا عدم رضایت خود را اعلام کند. بدین ترتیب مبنای قانونی افراز به تراضی در مواد فوق تعیین گردید.

## ۲-۲. افراز به اجبار

به افراز مال به موجب حکم دادگاه، که شرکا را مجبور به قبول قسمت مال مشاع می‌کند، افراز اجباری گفته می‌شود. این اصطلاح در مقابل افراز به تراضی به کار می‌رود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶ ب: ۵۰۰/۱). گاهی ممکن است عده‌ای از شرکا، «منافع خود را در بقای شرکت ببینند» (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۶۶/۲) و در مقابل، عده‌ای دیگر منافع خویش را در تقسیم اموال شرکت ببینند و گاهی ممکن است شرکا بر انحلال اشاعه اتفاق داشته باشند، ولی از عهده کیفیت تقسیم برنایند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶ ب: ۱/۲). در نتیجه در همه این موارد، شرکا ناگزیر به مقامات قضایی مراجعه می‌نمایند تا بتوانند با اجبار شریک دیگر به افراز، به هدف خویش دست یابند و بتوانند بر سهم مفروزی از اموال شرکت، تصرف و مالکیت داشته باشند. طبق شق دوم ماده ۵۹۱ ق.م.، «... در صورت عدم توافق بین شرکاء، حاکم اجبار به تقسیم می‌کند». در اجرای قاعده «الحاکم ولی الممتنع»، دادگاه را مجاز به افراز مال مشاع بین شرکا می‌نماید. مؤید دیگر این امر، مفاد ماده ۵۹۴ ق.م. راجع به عدم مشارکت یک یا چند شریک در تعمیر یا تنقیه فئاتی است که نیاز به این امر دارد، که حاکم را برای دفع ضرر و پایان دادن اختلاف مجاز دانسته تا شریک ممتنع را حسب مورد به تنقیه، تعمیر، اجاره یا فروش سهم وی اجبار نماید. از مواد ۳۱۷، ۳۱۹ و ۳۲۰ قانون امور حسبی هم همین حکم استنباط می‌شود.

## ۳. ماهیت افراز

افراز به این منظور انجام می‌شود که هر یک از شرکا به جای سهام منتشر در مجموع یک مال، بر بخش معینی از مال به عنوان سهم خویش، مالکیت مفروز داشته و به شراکت پایان دهند. بر این اساس هر یک از نویسندگان، گذشتن هر شریک از مجموع حصه و قبول این امر را که بر مقداری از آن مال به صورت مفروز مالکیت داشته باشد، در یکی از قالب‌های حقوقی مورد بررسی قرار داده‌اند که در ادامه بدان می‌پردازیم.

### ۳-۱. نظریه معامله (بیع یا معاوضه) بودن افراز

در املاک مشاعی، به حکم ماده ۵۷۱ ق.م. هر یک از شرکا در جزء جزء مال مالکیت دارند و برای اینکه هر یک بتوانند به طور مستقل مالک بخشی از اموال شوند، باید بخشی از حق مالکیت خود را به اندازه سهم طرف مقابل، به طرف دیگر انتقال داده و در مقابل، بخشی از مال را به میزان سهم خویش از طرف مقابل انتقال بگیرند. هر یک از نویسندگان، این انتقال را به زعم خویش، بیع یا معاوضه و یا مبادله در معنای گسترده معامله نامیده و برای تبیین نظر خود، دلایلی ارائه نموده‌اند.

برخی از فقهای شیعه، ماهیت تقسیم را نوعی معاوضه می‌دانند و معتقدند که قبل از افراز، هر شریک، مالک هر ذره از ملک مشاع است، ولی پس از افراز، هر یک این مالکیت را در حصه مفروز طرف مقابل از دست می‌دهد و این معنا بدون مبادله حقوق و بدون معاوضه محقق نمی‌شود (آشتیانی، ۱۳۶۲: ۲۹۲). لیکن اکثر فقهای شیعه (نجفی، ۱۳۷۹: ۳۰۹/۲۶؛ قمی، ۱۳۷۱: ۲۹۸/۳؛ موسوی خمینی، ۱۳۸۳: ۵۹۱/۲)، این نظر را مردود می‌دانند.

به عقیده برخی حقوق‌دانان، تقسیم از نظر تحلیل حقوقی، تمیز حق ساده نیست و مبتنی بر معاوضه هم می‌باشد. هر یک از شرکا، اجزاء فرضیه مشاع خود را که در حصه شریک دیگر قرار دارد، در مقابل اجزاء فرضیه مشاع شریک مزبور که در حصه مفروز او قرار دارد، تملیک می‌نماید. بنابراین تقسیم در حقیقت معامله خاصی است که عمل تقسیم، کاشف از قصد انشاء می‌باشد (امامی، ۱۳۸۷: ۲۱۷/۲). رکن اساسی نظریه معامله بودن افراز، انتقال مالکیت است. شریک در مقابل انتقال یافتن بخشی از مال مشاع به قدر حصه خود از طرف مقابل، به اندازه حصه او، مال مشاع را به او منتقل می‌نماید تا هر کدام بتوانند به صورت مستقل در سهم اختصاصی خویش تصرف و مالکیت داشته باشند. نظریه معامله بودن افراز، دارای نقایص بسیاری است و اکثر ایرادات وارد به نظریه، مختص ذات این نظریه (انتقال مالکیت) بوده و نهایتاً سبب رد این نظریه و مطرح شدن سایر نظریات گردیده است. این ایرادات عبارت‌اند از:

اولاً: به دلیل معاوضی بودن غالب معاملات خصوصاً بیع و معاوضه... ارزش هر یک از دو عوض هنگام مبادله به طور جداگانه ارزیابی می‌شود، در حالی که در

افراز، سهم مفروز به عنوان بها و عوض حصه مشاع تلقی نمی‌شود و در حقیقت، همان «حق» که مساوی با سهم شریک است، از حالت اشاعه به حالت افراز درمی‌آید (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۳۱۸/۴؛ جوان‌مرادی، ۱۳۸۹: ۶۰).

ثانیاً: اگر افراز را بیع بدانیم، تقسیم ملک از وقف امکان ندارد (نوی، بی‌تا: ۱۷۳/۲۰)؛ زیرا امکان بیع مال موقوفه مطابق با مواد ۸۸، ۸۹ و ۳۴۹ ق.م. اصولاً منتفی است. در حالی که وفق حکم ماده ۵۹۷ ق.م.، «تقسیم ملک از وقف جایز است...». بنابراین قسمت یا افراز بیع نیست، در غیر این صورت مطمئناً با منع مواد مذکور مواجه می‌شد. در نتیجه ماهیت قسمت یا افراز، امری غیر از بیع و امثال آن می‌باشد.

ثالثاً: به نظر برخی حقوق‌دانان، افراز مبادله حصص مشاع نیست و فاقد صفت تملیک است؛ زیرا لازمه مبادله این است که هر یک از طرفین مبادله وقتی که می‌خواهد مبادرت به مبادله کند، در قدر حصه خود مفروضاً حق مبادله داشته باشد. پس افراز ضمن مبادله، متوقف است بر افراز قبل از مبادله، و این دور باطل است و مبادله بودن آن مردود می‌باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶ الف: ۳۲۵/۱).

رابعاً: عرف نیز تقسیم مال مشترک را مبادله دو مال نمی‌داند؛ زیرا طرفین در تقسیم به تراضی کیفیت سلطه مالکانه خود را تغییر می‌دهند و اسم این عمل را نمی‌توان مبادله نهاد؛ مثلاً دو همسایه که هر یک جداگانه مالک خانه خود هستند، ضمن یک عقد به نفع یکدیگر تعهد می‌کنند که دیوار آجری وسط دو خانه را بردارند و به جای آن نرده آهنی بگذارند. آیا این تراضی که کیفیت سلطه مالکانه آن‌ها را تغییر می‌دهد، مبادله است؟ اگر اسم آن مبادله نباشد، اسم افراز به تراضی هم مبادله نیست؛ زیرا در افراز به تراضی هم ماهیت مالکیت شریک و مقدار مالکیت تغییر نکرده و فقط طرفین در کیفیت سلطه مالکانه یکدیگر تغییر داده‌اند. این امر را عرفاً مبادله نمی‌گویند و دست کم تحقق مبادله در این وضع، محل تردید است و مدعی تحقق مبادله باید دلیل بیاورد. عدم مبادله دلیل لازم ندارد (همو، ۱۳۸۷: ۱۸۳؛ همو، ۱۳۸۲ الف: ۱۷۳/۱؛ حقیقت، ۱۳۸۷: ۲۱۱؛ پورسلیم‌بناب، ۱۳۸۶: ۲۰). با تمسک به معنای عرفی تقسیم، به لحاظ اینکه در عرف، افراز بیع یا مبادله نیست و یا در این زمینه تردید وجود دارد، با استناد به اصل عدم، تحقق مبادله منتفی است.

خامساً: قانون گذار در ماده ۱ قانون تسهیل تنظیم اسناد رسمی، دفاتر اسناد رسمی را موظف نمود تا در زمان انتقال عین اراضی و املاک، اقدام به اخذ استعلام از اداره دارایی و حسب مورد شهرداری یا جهاد کشاورزی نمایند. اما در ماده ۹ آیین نامه با چنین عبارتی: «... و نیز تنظیم اسنادی که موجب تغییر مالکیت عین نمی گردد، از قبیل اجاره، رهن و تقسیم نامه...» بیان می دارد که تقسیم سبب انتقال مالکیت نیست و دفاتر اسناد رسمی در حین تنظیم اسناد مربوط به تقسیم نامه به دلیل عدم وجود نقل و انتقال، نیازی به اخذ استعلام از اداره دارایی ندارند. پس تقسیم از شمول مبادله یا معاوضه و بیع که هر کدام موجب نقل و انتقال می باشند، خارج است.

در تأیید نظر فوق می توان به نظریه وحدت رویه کانون سردفتران و دفتریاران به شماره ۴۳/۱۷۵۲۴- مورخه ۱۳۸۵/۰۷/۱ اشاره نمود (محمدی، ۱۳۸۷: ش ۸۰) که اعلام داشت برای تنظیم اسناد رهنی و تقسیم نامه و وقف، به جز اخذ پاسخ استعلام از ادارات ثبت محل با توجه به قسمت اول ماده ۱ قانون تسهیل تنظیم اسناد در دفاتر اسناد رسمی، استعلامی دیگر ضروری نمی باشد.

### ۲-۳. نظریه تمیز حق

در نظریه تمیز حق، افزای فاقد هر نوع ماهیت قراردادی و خصوصاً عقود ناقله است. به نظر طرفداران این نظریه، قسمت موجب تمیز حقوق است و بیع یا عقدی نیست. در مذهب شیعه... قسمت بیع نیست و مجرد تمیز حق است (قمی، ۱۳۷۱: ۲۸۴/۳ و ۲۹۸). به اعتقاد صاحب جواهر، قسمت تمیز حق است و شکی نیست که بیع و صلح و معاوضه و... نیست و در آن، حق شفعه و خيارات راه ندارد. وی در ادامه می گوید که برای این امر، مخالفی ندیده ام (نجفی، ۱۳۷۹: ۳۰۹/۲۶). صاحب تحریر الوسیله نیز قسمت را بیع نمی داند و عقیده دارد:

«آن [قسمت] عبارت است از جدا کردن حصه های شرکا از همدیگر... قسمت کردن بیع و معاوضه نیست پس در آن، نه خیار مجلس و نه خیار حیوان - که اختصاص به بیع دارند - راه ندارد و ربا در آن داخل نمی شود...» (موسوی خمینی، ۱۳۸۳: ۵۹۱/۲).

فقه‌های دیگر هم معتقدند که قسمت، جدا کردن حقی از حق دیگر بوده و حتی اگر چیزی نیز در این راستا داده شود، باز از شمول بیع خارج است (محقق حلّی، ۱۳۶۴: ۲۵۸/۱). در تقویت این نظریه می‌توان دلایل ذیل را برشمرد:

اولاً: در ماده ۶۰۶ ق.م.، تقسیم ترکه میت قبل از اداء کلیه دیون به وراث تجویز شده است. در حالی که در ماده ۸۷۱ ق.م. و ماده ۲۲۹ قانون امور حسبی، معاملاتی که مربوط به اعیان ترکه باشد، نافذ نبوده و دیان می‌توانند آن را تنفیذ نمایند؛ زیرا تقسیم، معامله و بیع نیست و ماده ۲۲۹ صریحاً بیع و صلح و هبه و... را نسبت به ماترک متوفی منع نموده است و اگر تقسیم یا افراز، بیع یا مبادله یا معاوضه باشد، مشمول این حکم شده و نمی‌توان نسبت به ماترک معامله‌ای نمود. اما ماده ۶۰۶ ق.م.، مجوز تقسیم ماترک را قبل از ادای دیون متوفی صادر نموده است. پس افراز، جزء عقود ناقله از جمله بیع و صلح و معاوضه و مبادله نمی‌باشد.

ثانیاً: چنانچه افراز نیازی به تراضی داشته باشد، به ناچار قانون‌گذار باید این امر را قید می‌نمود؛ زیرا اصل بر آزادی است و نمی‌توان بدون محمل قانونی، اشخاص را وادار به تراضی نمود. برخی دیگر معتقدند:

«در افراز، اعلام اراده لزومی ندارد و شرکا جز تمیز حق خود، عملی را اراده نکرده‌اند. برای صحت عمل تقسیم، به امری زائد بر نفس تقسیم یعنی اعلام قصد انشاء حاجت نیست و با ویران شدن رکن قصد انشاء که ستون اصلی تمام اعمال حقوقی اعم از عقد ایقاع است، بنای نظریه‌های مبتنی بر عقد بودن تقسیم (بیع و معاوضه و صلح) فرو می‌ریزد» (الشریف، به نقل از: سرخی، ۱۳۸۵: ۵۳).

این در حالی است که ماده ۵۸۹ ق.م. به طور مطلق به شریک اجازه می‌دهد که هر وقت بخواهد، حتی بدون رضایت سایر شرکا، اقدام به افراز یا تقسیم نماید. پس افراز، عقد یا معامله نیست و نیازی به رضایت شرکا ندارد. اگر ضرورت وجود تراضی در افراز، مورد توجه قانون‌گذار بود، این ماده باید به این صورت وضع می‌گردید: «هر شریک‌المال هر وقت که بخواهد، با توافق شریک دیگر می‌تواند اقدام به تقسیم نماید...».

ثالثاً: وفق قاعده «الناس مسلطون علی أموالهم» و ماده ۳۰ ق.م.، هر مالک بدون

رضایت دیگران، حق دخالت در مال خود را دارد و نیاز به اعلام اراده شریک یا شرکای دیگر نیست. در نتیجه، تمیز حق بودن ماهیت افراز و معامله نبودن آن، می‌تواند از نتایج این حکم باشد. هرچند ممکن است با استناد به ماده ۵۸۱ و ۵۸۲ ق.م. به این استدلال خدشه وارد نمود. اما این ایراد وارد نیست؛ زیرا موضوع ماده ۵۸۱ ق.م. منع از تصرفات حقوقی در مال مشاع است. اما در موضوع مطروحه، هر شخص فقط در سهم خود تصرف حقوقی می‌نماید؛ چون هدف، بر هم زدن شرکت است، نه اتخاذ تصمیمی برای کل مال مشترک، بنابراین شریک تصرفی در کل مال شرکت نکرده و مسئله افراز از حکم ماده ۵۸۱ ق.م. خروج موضوعی دارد. از طرفی ماده ۵۸۲ ق.م. نیز نمی‌تواند ایرادی به موضوع وارد نماید؛ زیرا منع این ماده، متوجه تصرفات مادی است، در حالی که پس از افراز، هر شخص (شریک سابق) در حصه مفروز خود تصرف می‌نماید.

رابعاً: به حکم قاعده لاضرر نیز نمی‌توان درخواست افراز مالکی را که از ادامه اشاعه، متحمل ضرر و زیان می‌گردد، منوط به تراضی و توافق سایر شرکا و انعقاد عقد توسط آنان دانست. بنابراین تنها نظریه تمیز حق بودن ماهیت افراز است که چنین مشکلی را مرتفع می‌نماید.

خامساً: تمیز حق، سبب تخصیص حصه می‌شود و برای این امر نیاز به بیع یا حتی معامله و عقد در معنای کلی نیست؛ به همین سبب از محدودیتی که سایر نظرات مواجه هستند، از جمله در ارتباط با مواردی همچون تقسیم ملک از وقف، یا عقد شمردن ماهیت تقسیم، برخوردار نیست.

سادساً: بسیاری از اندیشمندان علم حقوق نیز نتوانسته‌اند تمیز حق را به طور کلی نادیده بگیرند یا با ارائه دلایل منطقی، این نظریه را مردود اعلام دارند (امامی، ۱۳۸۷: ۲/۲۱۷؛ کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۲/۵۸ و ۱۰۰؛ همو، ۱۳۷۷: ۴۱۳). از طرفی نظریه تمیز حق با استقبال همه‌جانبه از سوی فقها مواجه شده است و نظر مشهور در فقه است (نجفی، ۱۳۷۹: ۲۶/۳۰۹؛ موسوی خمینی، ۱۳۸۳: ۲/۵۹۱؛ قمی، ۱۳۷۱: ۳/۲۹۸؛ ابن قدامه، ۱۹۷۰: ۱۰/ش۸۳۱۶)؛ برای نمونه در جوهر آمده است که ماهیت افراز، تمیز حق است و اختلافی در آن

نیست و به لحاظ عدم نیاز به وجود قصد در آن، ایرادی متوجه آن نیست<sup>۱</sup> یا در *المغنی* آمده است که افراز نمی‌تواند بیع باشد، چون در آن تراضی که از لوازم بیع است، وجود ندارد.<sup>۲</sup> همچنین شهید ثانی نیز به دلیل عدم وجود قصد در افراز و حسب مورد وجود اجبار در آن و لزوم برقراری تساوی در افراز، آن را بیع نمی‌داند.<sup>۳</sup> به همین دلیل، مطابق با حکم اصل ۱۶۷ قانون اساسی و با توجه به نص ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی، پذیرش این نظر از منطبق حقوقی برخوردار است.

سابعاً: نظریه تمیز حق، عاری از کلیه ایراداتی است که به چگونگی اعلام اراده و قصد انشاء برمی‌گردد؛ زیرا در این نظریه، نیازی به اعلام اراده و توافق بین شرکا نیست. به همین دلیل، لزومی در توجیه افراز به اجبار و یا تقسیم به قرعه ... وجود ندارد؛ در حالی که سایر نظرات به دلیل عقد بودن، نیاز به توافق و قصد انشاء دارند. بنابراین نظریه تمیز حق در این خصوص از نقاط قوت برخوردار است. با توجه به سابقه تاریخی نظریه تمیز حق در فقه شیعه، این نظر به مرور زمان در قوانین موضوعه تأثیر گذاشته است. برای نمونه با تدقیق در مقررات ذیل، این امر به خوبی قابل استنباط است:

الف) قانون‌گذار گاهی در تقسیم، به دلیل عدم توافق شرکاء، مسئله را با قرعه حل نموده است که با نظریه تمیز حق سازگارتر به نظر می‌رسد. مصداق این امر در ماده ۱۵۷ ق.م. راجع به آب بردن دو زمین در دو طرف نهر که حق تقدم یکی بر دیگری محرز نباشد و هر دو در یک زمان بخواهند آب ببرند، آمده است که باید از قرعه استفاده نمود. همچنین در ماده ۵۹۸ ق.م. و نیز مواد ۳۱۹ و ۳۲۰ قانون امور حسبی، بر استفاده از قرعه در فرض عدم تراضی شرکاء در انتخاب حصه تأکید گردیده است.

۱. «فی القسمة وهی تمییز الحق لكل شریک من غیره ولا ریب فی أنها أمر برأسه لیست بیعاً ولا صلحاً ولا غیرهما سواء کان فیها ردّ أو لم یکن کما لا خلاف أجدّه فیّه، بل ولا إشکال، ضرورة عدم اعتبار قصد شیء زائد علی مفهومها فی صحّتها کضرورة اختلافها مع البیع والصلح وغیرهما فی اللوازم والأحكام المقتضیة لاختلاف الملزومات» (نجفی، ۱۳۷۹: ۳۰۹/۲۶).

۲. «لا تلزم؛ لأنها بیع، والبیع یلزم بالتراضی» (ابن قدامة، ۱۹۷۰: ۱۰/ش ۸۳۱۵).

۳. «واعلم أنّ القسمة عندنا تمییز حقّ أحد الشرکاء عن حقّ الآخر، ولیست بیعاً وإن اشتملت علی ردّ، لأنها لا تقتصر علی صیغة، ویدخلها الإجبار فی غیر تلك الأفراد التی یدخلها الجبر فی البیع، ویقتدر أحد النصیبین بقدر الآخر مع تساویهما، والبیع لیس فیّه شیء من ذلك، واختلاف اللوازم والخواصّ المطلقة یدلّ علی اختلاف الملزومات والمعروضات» (عاملی جعی، ۱۴۱۳: ۳۱۸/۴).



ب) اجازه تقسیم ملک از وقف توسط قانون‌گذار نیز مؤید نفوذ نظریه تمیز حق در قوانین موضوعه است؛ زیرا در ماده ۵۹۷ ق.م.آ آمده است: «تقسیم ملک از وقف جایز است، ولی تقسیم مال موقوفه بین موقوف علیهم جایز نیست»، و در تأیید ماده ۳۴۹ ق.م. نیز آمده است: «بیع مال وقف صحیح نیست...». حال چنانچه ماهیت افراز، تمیز حق باشد، بدون هیچ توجیهی اعطای چنین مجوزی از سوی قانون‌گذار منطقی تلقی می‌شود.

ج) اعطای مجوز تقسیم به وراث، برای تقسیم ماترک نیز با ماهیت تمیز حق سازگاری دارد و به نظر، اولین توجیهی که به ذهن متبادر می‌گردد، تمیز حق بودن ماهیت افراز است. به همین دلیل، قانون‌گذار با وجود وضع قوانین منع‌کننده هرگونه معامله نسبت به ماترک، در مواد ۸۷۱ ق.م. و ۲۲۹ قانون امور حسبی، در ماده ۶۰۶ ق.م. تحت شرایطی اجازه تقسیم ماترک را به وراث متوفی داده است.

د) عدم توجه قانون‌گذار به اعلام رضایت شرکا در موردی که سخنی از تراضی شرکا یا وارث برای تقسیم اموال مشترک است، نیز امری موجه برای نظریه تمیز حق به‌شمار می‌آید؛ زیرا حتی در این وضعیت که شریکی خواهان تراضی با دیگر شرکاست، از مسئله توافق شرکا چشم‌پوشی نموده است. با نگاه به مواد ۳۰۷، ۳۰۹، ۳۱۰ و ۳۱۱ قانون امور حسبی، این سؤال مطرح می‌شود که آیا توافق همه شرکا ضروری است یا خیر؟ و اگر چنین توافقی ضرورت ندارد، مبنای آن چیست؟ در پاسخ می‌توان مبنای عدم اراده و تراضی شرکا را تمیز حق بودن ماهیت افراز دانست. برخی از نویسندگان نیز ماهیت حقوقی تقسیم را جدا کردن حق مالکیت شریکان و برطرف کردن اشاعه دانسته، بر همین پایه دعوای تقسیم را غیر مالی می‌دانند (کاشانی، ۱۳۸۸: ۱۳۴).

ه) دادگاه رسیدگی‌کننده به درخواست افراز، پس از اتمام تقسیم، صورت جلسه‌ای مبنی بر میزان سهام و اختصاص حصه به شرکا تنظیم می‌نماید؛ در حالی که مطابق نص صریح ماده ۳۲۳ قانون امور حسبی، صورت مجلس مذکور باید به امضا یا مهر صاحبان سهام و امضای دادرس دادگاه برسد و هر گاه بعضی از صاحبان سهام نخواهند آن را امضا نمایند نیز تأثیری در موضوع ندارد.

و) برای فروش مال مشاع غیر قابل افراز نیز درخواست یک شریک کافی است و

نیازی به توافق همه شرکا نیست. طبق ماده چهارم قانون افراز و فروش املاک مشاع مصوب ۱۳۵۷، ملکی که به موجب تصمیم قطعی غیر قابل افراز تشخیص داده شود، با تقاضای هر یک از شرکا به دستور دادگاه شهرستان فروخته می‌شود که دلیلی بر نفوذ نظریه تمیز حق در قوانین موضوعه است.

ز) مقنن در ماده ۹ آیین‌نامه قانون تسهیل تنظیم اسناد رسمی نیز هر گونه انتقال بلاعوض اراضی و اعیان به نفع دولت و شهرداری‌ها و نیز تنظیم اسنادی که موجب تغییر مالکیت عین نمی‌گردد از قبیل اجاره، رهن و تقسیم‌نامه را از پرداخت عوارض و اخذ استعلام معاف دانسته است. در نتیجه افراز را موجب انتقال مال نمی‌داند که توجه قانون‌گذار را به تمیز حق نشان می‌دهد و آن را از زمره عقود خارج می‌سازد.

پس از بیان دلایل مؤید این نظریه، در ادامه دلایل ابرازی مورد نقد و بررسی قرار می‌گیرد:

اولاً: اساسی‌ترین انتقاد بر نظریه این است که تمیز، ثمره تراضی است و ماهیتی مستقل از خود ندارد و نتیجه امری به طور قطع نمی‌تواند ماهیت عملی باشد. برای مثال نتیجه بیع، تغییر ملکیت و انتقال مال است، اما ماهیت آن عقد است؛ امری که کاملاً متمایز از نتیجه است. در واقع شرکا در حین افراز با هم تراضی می‌نمایند که هر کدام مالک و متصرف قسمت مفروزی از مال مشترک گردند و این تراضی است که سبب تمیز حق مالکان ملک مشاع می‌گردد. بنابراین نمی‌توان نظریه تمیز حق را به عنوان نظریه توجیه‌کننده ماهیت افراز پنداشت؛ بلکه تمیز حق، اثر افراز است.

ثانیاً: با وجود آنکه در توجیه ماده ۶۰۶ ق.م. ادعا شده که تقسیم، معامله نیست، به همین دلیل تعارضی با ماده ۸۷۱ ق.م. و ماده ۲۲۹ قانون امور حسبی ندارد، اما این ادعا تنها نظریه برای توجیه ماده ۶۰۶ و اعطای مجوز تقسیم به وراثت نیست؛ زیرا نظریه‌های دیگری از جمله وثیقه بودن کل ترکه در مقابل طلب دائن و یا تقسیم دین متوفی بین وراثت به سهم آنان، یا مسئولیت مستقیم هر یک از ورثه در مقابل طلبکاران متوفی، وجود دارد و با استناد به نظریه‌های ارائه‌شده می‌توان گفت که اعطای مجوز به وراثت به دلیل معامله و بیع یا عقد نبودن تقسیم نیست و حداقل این امر منافاتی با عقد بودن تقسیم ندارد.

ثالثاً: قانون‌گذار در مواد ۳۰۷، ۳۰۹ و ۳۱۰ قانون امور حسبی نیز بدو از تراضی شرکا برای افراز سخن می‌گوید. این مواد نه تنها توجیه‌کننده نظریه تمیز حق نیست، بلکه رضایت خود شرکا را در بدو امر واجد اهمیت می‌داند. از طرفی صرف وضع ماده ۵۸۹ ق.م. که اختیار تقسیم را به شرکا داده است، به معنای عدم لزوم رعایت تراضی توسط شرکا نیست؛ زیرا مقررات قانون امور حسبی به موجب ماده ۳۲۶ این قانون، بر تمامی انواع تقسیم و خصوصاً افراز جاری است. اما اگر یکی از شرکا از تراضی امتناع نماید، حاکم به حکم قاعده «الحاکم ولی الممتنع» به جای ممتنع، اقدام به تراضی می‌نماید. بنابراین کتمان تراضی در افراز امری دشوار است.

رابعاً: به حکم قاعده تسلیط و ماده ۳۰ ق.م. باید به مالک این حق را داد که هر وقت مصلحت دانست، درخواست افراز نماید. اما نحوه افراز اینکه با تراضی باشد یا غیر آن، از اصل تسلیط و ماده ۳۰ ق.م. بر نمی‌آید؛ زیرا هر وقت شریک اقدام به تراضی برای افراز نکرد، آن وقت حاکم تراضی می‌نماید. تمسک به قاعده لاضرر نیز جهت توجیه نظریه تمیز حق، امری خالی از وجه است؛ زیرا قاعده لاضرر حکمی ثانوی است که سبب تخصیص احکام اولیه می‌گردد و در نتیجه نمی‌توان به استناد آن، قاعده‌ای دیگر ساخت. از طرف دیگر، هر گاه بر اساس قاعده لاضرر حکم به امری شود، دیگر نیاز به توجیه ماهیت قضیه نیست تا به ناچار نظریه تمیز حق را به عنوان نظریه توجیه‌کننده افراز در این موارد برگزینیم؛ زیرا چنین افرازی خود مستثنای از قاعده کلی است.

خامساً: استناد به تخصیص حصه توسط تمیز حق نیز سبب ترجیح نظریه تمیز حق بر سایر نظرات نمی‌گردد؛ زیرا تخصیص حصه می‌تواند ثمره تراضی باشد. در عین حال، حکم مواد ۳۴۹ و ۵۹۷ ق.م. مبنی بر اذن قانون‌گذار برای تقسیم ملک از وقف، می‌تواند از جمله دلایل رد نظریه معامله که موجب نقل و انتقال می‌گردد، باشد. ولی اذن قانون‌گذار برای تقسیم ملک از وقف، نمی‌تواند نافی وجود تراضی باشد؛ همچنان که در قرعه نیز تراضی وجود دارد؛ چون ابتدا طرفین در اصل افراز با یکدیگر تراضی می‌نمایند، سپس جهت تخصیص حصه، به قرعه متمسک می‌گردند. همچنین فروش مال مشاع غیر قابل افراز به درخواست یک شریک، موضوع ماده ۴ قانون افراز و فروش

املاک مشاع، از باب تمیز حق بودن ماهیت افراز نیست، بلکه از باب قاعده لاضرر است. ماده ۹ آیین‌نامه قانون تسهیل تنظیم اسناد رسمی نیز فقط عدم نیاز به اخذ استعلام در تنظیم اسناد مربوط به تقسیم‌نامه را توسط دفاتر اسناد رسمی اعلام می‌نماید و این بدان معنا نیست که ماهیت افراز، تمیز حق است. پس نمی‌توان نظریه تمیز حق را به عنوان نظر ارجح دانست و ماهیت افراز را تمیز حق پنداشت. بنابراین نظریه دیگری به عنوان نظریه عقد که فاقد اثر نقل و انتقال است، مطرح گردد.

### ۳-۳. نظریه عقد بودن افراز

در نظریه عقد بودن افراز، افراز گرچه عقدی از عقود است، ولی از سنخ بیع و صلح یا هبه نیست؛ زیرا مبادله مال در بین نیست تا معامله باشد. در واقع افراز به تراضی، موجب تملیک و تملک دو مال نیست، بلکه طرفین به موجب آن، کیفیت مالکانه خود را از حالت اشاعه به افراز مبدل می‌کنند (پورسلیم‌بناب، ۱۳۸۶: ۲۰). از طرفی در تقسیم، تنها به تمیز حق پرداخته نمی‌شود؛ حق تبدیل می‌شود و مبادله مشاع با مفروز به تراضی نیاز دارد و نباید آن را خارج از اعمال حقوقی شمرد. انجام خواسته شرکا و تمیز حق در هر حال، ملازمه با نوعی تبدیل حق و تراضی دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۵۹/۲). تمیز حق، ثمره تراضی است و ماهیتی مستقل از خود ندارد. به عبارت دیگر، نتیجه یک امر الزاماً نمی‌تواند ماهیت آن عمل باشد. نتیجه بیع انتقال مالکیت است، اما ماهیت آن عقد است؛ امری که کاملاً متمایز از نتیجه است. شرکا در حین افراز با هم تراضی می‌نمایند که هر کدام مالک قسمت مفروزی از مال مشترک گردند و این تراضی است که سبب تمیز حق مالکان مشاع می‌گردد.

از مفهوم مخالف ماده ۵۹۹ ق.م. که تقسیم را لازم دانسته و امکان رجوع را از شرکا بدون تراضی سلب نموده است، برمی‌آید که اقاله افراز مجاز است. این در حالی است که طبق ماده ۲۸۳ ق.م. و یا با تمسک به مواد ۲۸۴ و ۲۸۵ همین قانون، اقاله تنها مخصوص عقود است، نه اموری غیر آن از جمله تمیز حق. پس اعطای مجوز اقاله افراز توسط قانون‌گذار به معنای پذیرش عقد بودن ماهیت افراز است. با همه این اوصاف، نظریه عقد بودن ماهیت افراز به شرح ذیل مورد انتقاد واقع شده است که پاسخ هر یک

ارائه خواهد شد:

۱- اگر تراضی را مبنای افراز بدانیم، به ناچار باید افراز به اجبار را توجیه نماییم؛ زیرا ممکن است این گونه تصور شود که در افراز به اجبار شریک، مجبور هیچ نوع تراضی با شریک متقاضی انجام نمی‌دهد و این امر ناقض نظریه عقد بودن ماهیت افراز است؛ زیرا مصداقی در افراز یافته شد که در آن تراضی وجود ندارد و همین بس تا نظریه مزبور جامع همه مصادیق افراز نباشد. در توجیه این نظریه، به عقیده برخی در تقسیم، تنها به تمیز حق پرداخته نمی‌شود؛ حق تبدیل می‌شود و مبادله مشاع با مفروز به تراضی نیاز دارد. تقسیم به اجبار نیز نوعی مبادله است که برای دفع ضرر به شریک دیگر تحمیل می‌شود و نباید آن را خارج از اعمال حقوقی شمرد. تمیز حق در هر حال ملازمه با نوعی تبدیل حق و تراضی دارد؛ با این تفاوت که گاه نیز حاکم به جای یک یا چند نفر از اعضای معامله تصمیم می‌گیرد (همان: ۵۸). افراز نیز عقد است و نیاز به تراضی تمامی شرکا دارد. در صورت امتناع یک شریک، حاکم به جای شریک تصمیم می‌گیرد و تراضی می‌نمایند. محل اجرای قاعده «الحاکم ولی الممتنع»، همین مورد و مصادیق مشابه آن است؛ همانند آنکه شخص با قولنامه، خود را ملزم به انجام بیعی نماید و سپس از انجام آن سرپیچی نماید که حاکم ابتدا وی را اجبار به بیع می‌نماید و در نهایت با فرستادن نماینده به دفتر اسناد رسمی، انتقال قطعی مال را به ثبت می‌رساند. حکم بیع و افراز واحد است و مصداق افراز هیچ تمایزی با تعهد به بیع، که متعهد از آن سرپیچی می‌کند، ندارد.

۲- اگر ماهیت افراز، عقد به شمار آید، امکان استفاده از قرعه جهت خروج از شرکت وجود ندارد (نووی، بی‌تا: ۱۷۳/۲۰)؛ زیرا در قرعه، هیچ نوع تراضی صورت نمی‌پذیرد. بنابراین نمی‌توان افراز را در زمره عقود دانست. در پاسخ به این انتقاد می‌توان گفت که قرعه در مرحله تخصیص حصه، حل مشکل می‌نماید و مغایرتی با اصل تراضی ندارد. این امر خود به دو صورت است؛ در برخی موارد، شرکا با هم بر اصل افراز تراضی می‌نمایند، اما در اختصاص مال مشاع مفروز شده اختلاف دارند و گاهی یکی از شرکا با افراز مخالف است و شریکی که درخواست افراز دارد، ناگزیر باید با مراجعه به حاکم، درخواست افراز نماید. حاکم به جای شریک ممتنع، اقدام به

ترازی بر اصل افراز می‌نماید؛ ولی در تخصیص حصه مفروز، از قرعه استفاده می‌نمایند. نتیجتاً تراضی در افراز در هر صورت وجود دارد، اما تخصیص حصه با قرعه صورت می‌گیرد.

۳- به عقیده برخی در افراز، وجود اعلام اراده و قصد انشاء ضروری نیست و ذهن شرکا، تهی از هر گونه نقل و انتقال است (حقیقت، ۱۳۸۷: ۲۱۱؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۳۱۸/۴؛ کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۵۷/۲؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۱/۴۹۹؛ جوان‌مرادی، ۱۳۸۹: ۶۰)؛ در نتیجه نمی‌توان قسمت را عقد دانست.

در پاسخ بیان می‌گردد هر شریکی که قصد افراز دارد، ابتدا تلاش می‌کند که رضایت شریک دیگر را جلب نماید، تا به اتفاق اقدام به افراز نمایند. مواد ۳۰۷، ۳۰۹، ۳۱۰ و ۳۱۱ قانون امور حسبی مؤید این امر است. ولی هر گاه حاکم از جلب رضایت شریک ناامید شد، طبق قاعده «الحاکم...» برای کسب رضایت، به جای شریک ممتنع اعلام رضایت می‌نماید. هرچند این ایراد ممکن است مطرح شود که قاعده «الحاکم ولی الممتنع» قاعده‌ای ثانویه است و منوط به استنکاف شریک مقابل است، از این رو امکان استخراج قاعده دیگر به استناد آن وجود ندارد. اما در پاسخ، توجه به این نکته ضروری است که در تمام مواردی که حاکم به قائم‌مقامی از شریک، اقدام به افراز می‌نماید، تا امتناع از سوی شریک محرز نگردد، امکان ورود حاکم به موضوع جهت تراضی وجود ندارد. این قاعده ثانویه هرچند دلیل نبوده و نمی‌توان از آن قاعده استخراج نمود، اما چگونگی تراضی را در موارد استنکاف شرکا از تراضی توجیه می‌نماید.

پذیرش ماهیت عقدی افراز به تبع، رعایت ماده ۱۹۰ ق.م. و اجرای قواعد عمومی معاملات را طلب می‌نماید و لزوم وجود اهلیت طرفین در افراز ضروری است. همچنین معین بودن موضوع افراز، موضوع بند ۳ ماده ۱۹۰ قانون مدنی، خللی در قرعه ایجاد نمی‌نماید؛ زیرا اصل مال مشاع که اصلاً مبهم نبوده و قبل از اختصاص به هر یک از شرکا، به قطعات مفروز معین با مشخصات و حدود معلوم تفکیک شده و ارزش قطعات چنانچه سهم هر یک از شرکا در مال مشاع برابر باشد، مساوی است. قطعاً ابهامی بر سر هر قطعه و اوصاف آن وجود ندارد. حال آیا مورد این معامله، مردد است؟

پاسخ منفی است؛ زیرا برابری ارزش دو مال، امکان وجود غرر را منتفی نموده و از طرفی، مشابه این امر نیز در قانون مدنی ما وجود دارد. با ملاک ماده ۳۰۵ ق.م. روشن است که قانون‌گذار ببع «مقدار معین به طور کلی از شیئی متساوی الاجزاء» (معامله کلی در معین) و یا حتی مبیع کلی فی‌الذمه را با ذکر مقدار و جنس و وصف مبیع صحیح شمرده و غرر را در آن منتفی دانسته است. بنابراین با وجود قطعات معلوم و با اوصاف و حدود تعریف‌شده و برابر بودن ارزش قطعات مفروز، نباید نگران مبهم بودن موضوع افراز موضوع بند ۳ ماده ۱۹۰ و ۲۱۶ ق.م. بود.

با توجه به دلایل فوق و علی‌رغم گرایش فقهای امامیه به نظریه تمیز حق، نظریه عقد بودن افراز ارجح بوده و قابل تأیید می‌باشد. هرچند در ماده ۵۹۸ ق.م. و ذیل عنوان «عقود معینه» از افراز نام برده نشده، اما در قانون، شرایط خاصی برای افراز در نظر گرفته شده که این امر سبب نزدیک شدن افراز به عقود معین می‌گردد. با این وصف می‌توان افراز را ماهیتاً عقدی مشمول ماده ۱۰ ق.م. یا عقد صلح (فاقد هر گونه نقل و انتقال) دانست. همچنین در هر موردی که در قوانین، تشریفات آمره‌ای برای افراز پیش‌بینی نشده باشد، بر اساس ماده ۱۰ ق.م. یا عقد صلح یا شروط ضمن عقد می‌توان به تراضی آن را تغییر داد یا تکمیل نمود.

#### ۴. فایده تشخیص ماهیت افراز

از بررسی ماهیت افراز، آنچه مفید خواهد بود، تأثیر عملی آن است. اینکه ماهیت افراز حسب مورد، معامله (بیع، معاوضه، مبادله) یا تمیز حق یا عقد باشد، می‌تواند آثار مختلفی بر وجود یا عدم وجود حق شفعه و اختیارات در تقسیم داشته باشد. از دیگر سو، تفاوت در ماهیت افراز، در اقاله یا عدم اقاله تقسیم و نیز نقش اساسی آن در لزوم یا عدم لزوم ثبت تقسیم‌نامه نمایان می‌گردد. بدین ترتیب به بررسی تأثیر ماهیت افراز بر موارد فوق خواهیم پرداخت.

#### ۴-۱. تأثیر ماهیت افراز بر اختیارات

طبق ماده ۴۵۶ ق.م. تمام انواع خیار در جمیع معاملات لازمه، ممکن است موجود

باشد؛ مگر خیار مجلس و حیوان و تأخیر ثمن که مخصوص بیع است. چنانچه ماهیت افراز از جنس معامله باشد، تمام یا بعضی از خیارات در تقسیم راه خواهند یافت. اما اگر ماهیت افراز تمیز حق باشد، خیارات در آن راه ندارد تا با اعمال خیار، اقدام به برهم زدن تقسیم گردد. طرفداران نظریه تمیز حق معتقدند که به لحاظ تمیز حق بودن ماهیت افراز، خیارات در آن راه ندارد؛ زیرا خیارات با ماهیت افراز که تمیز حق است، سازگار نیستند (نجفی، ۱۳۷۹: ۳۰۹/۲۶، عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۳۱۸/۴). خیارات در عقود جاری بوده و به همین دلیل از آنجا که افراز نیز از سنخ عقود است، خیاراتی که مختص به بیع نیستند، در آن جاری خواهند بود. ماده ۶۰۰ ق.م. به عنوان مصداقی از این قاعده، خیار عیب را در افراز جاری می‌داند و به شریکی که مال معیوبی در حصه او قرار گرفته، اجازه می‌دهد که افراز را بر هم بزند. به همین ترتیب باید به شریکی که مالی بسیار کمتر از حصه به او تسلیم شده، حق اعمال خیار غبن داد؛ در غیر این صورت، ضرر او جبران نشده باقی خواهد ماند. پس نمی‌توان شرکا را از تراضی برای ایجاد خیار (خیار شرط) در افراز منع نمود. بنابراین سایر خیارات حسب مورد به استثنای خیارات مختص به بیع، در افراز جریان خواهند یافت.

#### ۲-۴. تأثیر ماهیت افراز بر حق شفعه

حق شفعه از اموری است که صرفاً از انتقال مال غیر منقول قابل تقسیم، با عقد بیع با جمع شرایط مذکور در ماده ۸۰۸ ق.م. به وجود می‌آید. اگر افراز، بیع باشد باید حق شفعه را در آن جاری دانست. این در حالی است که با عقد دانستن ماهیت افراز، به صرف تقسیم مال غیر منقول قابل تقسیم، حق شفعه به وجود نمی‌آید؛ زیرا ماهیت افراز بیع نیست، بلکه صرفاً عقد است. طرفداران نظریه تمیز حق نیز که ماهیت افراز را تمیز حق می‌دانند، حق شفعه را در آن جاری نمی‌دانند (نجفی، ۱۳۷۹: ۳۰۹/۲۶؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۳۱۸/۴؛ نووی، بی‌تا: ۱۷۳/۲۰). هرچند تصور وجود حق شفعه در افراز، در غالب موارد آن، منطقی به نظر نمی‌آید و از شرایط ایجاد حق شفعه، انتقال مال غیر منقولی است که تعداد شرکا در آن، دو شخص باشند و به قصد بیع انجام پذیرد. بر فرض آنکه ماهیت تقسیم، بیع باشد و تعداد شرکا بیش از دو شخص باشند، از شرایط اعمال حق



شفعه، پرداخت ثمن به مشتری برای تملک حصه اوست؛ در حالی که در افراز، نه تنها مبلغی به عنوان ثمن پرداخت نمی‌شود، بلکه تنها نوعی تقسیم میان شرکاست و شخص ثالثی در میان نمی‌باشد. از طرفی با جمع همه این شرایط، چون ماهیت افراز بیع نیست، به‌طور کلی، تشکیل، وجود و اعمال حق شفعه در افراز امکان‌پذیر نیست.

#### ۳-۴. تأثیر ماهیت افراز بر اقاله آن

در اینکه آیا امکان اقاله تقسیم یا افراز وجود دارد یا خیر، بین نویسندگان حقوقی اختلاف نظر وجود دارد. برخی حقوق‌دانان با اینکه معتقدند در افراز تملیک نیست و به بیع و مبادله توجه نمی‌باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲ ب: ۱۹)، اما هر گونه تراضی را قابل اقاله دانسته و اقاله افراز را صحیح می‌پندارند (همو، ۱۳۸۶ الف: ۳۲۶/۱). همچنین به دلیل وجود قاعده سلطه و به خاطر عموم ادله اقاله و اینکه اقاله، اختصاص به بیع ندارد، بلکه در هر تعهدی محقق می‌شود (سرخی، ۱۳۸۵: ۱۴۷)، امکان اقاله را پذیرفته‌اند. به عقیده برخی دیگر، از مفاد بخش اخیر ماده ۵۹۹ ق.م.ا.م. برمی‌آید که شرکا به تراضی می‌توانند تقسیم را بر هم زنند و آن را اقاله کنند. بنابراین اندیشمندانی معتقد به اقاله افراز هستند که ماهیت آن را عقد می‌پندارند و تمیز حق را در نهان همراه نوعی مبادله می‌دانند. پس همان اراده‌ها که مبادله را به تراضی انجام داده‌اند، می‌توانند تقسیم را بر هم زنند و هر سهم را به جای پیشین خود بنشانند (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۹۷/۲).

در مقابل نظر فوق، در فقه امامیه اقاله افراز را تقریباً غیر ممکن می‌دانند و معتقدند که تقسیم در اعیان بعد از انجام شدن و قرعه کشیدن لازم می‌باشد و برای هیچ یک از شرکا حق باطل کردن و فسخ آن نیست، بلکه ظاهر آن است که با رضایت هم، حق فسخ و ابطال آن را ندارند؛ زیرا ظاهراً اقاله در آن مشروعیت ندارد (موسوی خمینی، ۱۴۱۳: ۵۹۱). برخی نیز معتقدند که قسمت، موجب تمیز حقوق است و بیع نیست. اقاله و فسخ مختص عقود است و بعد تصحیح قسمت و لزوم آن به قرعه یا تراضی، قسمت هر یک مختص او می‌شود و رجوع آن حصه به غیر و شراکت غیر در آن بدون ناقلی از نواقل شرعیه وجهی ندارد (قمی، ۱۳۷۱: ۲۹۸/۳ و ۶۰۱). در نتیجه اقاله تقسیم در فقه در هر شرایطی حتی با رضایت طرفین غیر ممکن است؛ زیرا ماهیت افراز را تمیز حق

می‌پندارند، در حالی که اقاله تنها در عقود امکان‌پذیر است.

در بین نویسندگان حقوقی، برخی یا مخالف اقاله افزازند یا سعی در محدود نمودن آن دارند و حکم ماده ۵۹۹ ق.م. را ناظر به افزاز به تراضی می‌دانند و افزاز را که به موجب حکم دادگاه انجام می‌شود، از شمول آن ماده خارج می‌دانند؛ زیرا در تقسیم توسط حکم دادگاه، وضع جدیدی به وجود می‌آید و اعتبار آن ناشی از اراده نیست، بلکه از حکم دادگاه است. برای تأیید این نظر می‌توان در تعبیر ماده ۵۹۹ گفت که قانون‌گذار به مفهوم مخالف اعلام خود نظر نداشته و تنها می‌خواسته لزوم تقسیم را مقرر کند. به همین دلیل اقاله افزازی را که به موجب حکم دادگاه صورت می‌گیرد، غیر ممکن دانسته، تنها راه ایجاد اشاعه را تراضی جدید با استفاده از اسباب آن می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۹۷/۲-۹۸؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲ ج: ۳۳۵).

اما به نظر می‌رسد اقاله افزاز برای طرفین امکان‌پذیر است؛ زیرا در حکم ماده ۲۸۳ ق.م. و با تمسک به مواد ۲۸۴ و ۲۸۵ ق.م. موضوع اقاله، شامل معامله و یا در معنای گسترده آن عقد می‌باشد. از آنجایی که افزاز ماهیتاً عقد است، بر پایه مفهوم مخالف ماده ۵۹۹ ق.م.، قانون‌گذار به طور مطلق اجازه اقاله افزاز را صادر نمود و تفاوتی در اینکه افزاز با تراضی طرفین یا ناشی از حکم دادگاه باشد، وجود ندارد و محدود کردن طرفین در هر امری، مغایر با اصل آزادی قراردادهای و ماده ۱۰ ق.م. است. بنابراین مدعی محدودیت باید مستند قانونی مبنی بر محدودیت اشخاص را ارائه دهد. لیکن مخالفان از ارائه چنین دلیلی ناتوان گشته و بر خلاف نظر ایشان، مفهوم مخالف ماده ۵۹۹ ق.م. نیز موافق اقاله افزاز است.

#### ۴-۴. تأثیر ماهیت افزاز بر ثبت تقسیم‌نامه

تقسیم‌نامه را به «سند رسمی یا عادی<sup>۱</sup> که بیان‌کننده تقسیم مال مشاع باشد، تعریف می‌کنند» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶ ب: ۱۳۹۲/۲). ادارات ثبت و دفاتر اسناد فقط به تقسیم‌نامه ثبت‌شده در دفاتر اسناد رسمی ترتیب اثر می‌دهند و نسبت به صدور اسناد مالکیت مجزا، برای مالک مفروز اقدام می‌نمایند. ادارات ثبت و دفاتر اسناد رسمی

۱. برای ملاحظه اقسام و جایگاه سند ر.ک: ابهری و برزگر، ۱۳۹۱: ۱۱-۲۷.

دارای قدرت قضایی دادگاه نیستند تا با رسیدگی، به احراز و اعلام صحت تقسیم‌نامه عادی اقدام نمایند. آنان که ماهیت افراز را تمیز حق می‌دانند، بر این باورند که به دلیل عدم نقل و انتقال و عدم وقوع معامله در افراز، ثبت تقسیم‌نامه در دفاتر اسناد رسمی ضرورت نداشته و الزامی برای شرکا وجود ندارد (سرخ، ۱۳۸۵: ۸۷-۸۸). اما حقوق‌دانانی که ماهیت افراز را عقد می‌پندارند، طبق مواد ۲۲، ۴۶، ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت - که ثبت کلیه عقود و معاملات راجع به عین یا منافع املاک یا اموال غیر منقولۀ ثبت‌شده یا ثبت‌نشده در دفتر املاک را اجباری می‌دانند، ثبت تقسیم‌نامه را نیز ضروری می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۵۸/۲؛ همو، ۱۳۷۷: ۴۱۳؛ حقیقت، ۱۳۸۷: ۲۱۱؛ نوروزی، ۱۳۶۹: ۳۶).

رویه قضایی نیز تقسیم‌نامه‌های عادی را با رسیدگی قضایی به رسمیت شناخته و مفاد آن را قابل اجرا می‌داند. شعبه ۲۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در دادنامه شماره ۱۱۸۷ مورخه ۸۳/۱۱/۱۲ پرونده کلاسه ۸۳/۲۵/۱۲۳۵ مقرر داشت:

«... تقسیم‌نامه عادی تنظیمی فیما بین مالکین مشاعی مادام در یکی از محاکم مورد تنفیذ واقع نشوند، قانوناً قابلیت استناد را ندارد...» (مکرم، ۱۳۸۹: نسخه ۷۹).

همچنین شعبه ۱۷ دیوان عالی کشور در پرونده کلاسه ۷۲/۱۳/۱۷ در دادنامه مورخه ۷۲/۰۱/۰۱ می‌نگارد:

«اصالت سند عادی... که به امضای خواهان رسیده، از ناحیه دادگاه احراز شده است و اعتبار اسناد عادی که اصالت آن‌ها محرز گردیده، با توجه به موازین شرعی محرز و بلاشکال بوده و مواد استنادی دادگاه از قانون ثبت اسناد، خللی در اعتبار این اسناد وارد نمی‌کند. از این لحاظ مفاد سند مزبور لازم‌الرعايه می‌باشد...».

اداره حقوقی قوه قضاییه در نظریه مشورتی شماره ۱۲۶۴/۷ مورخه ۱۳۶۶/۴/۱۶ بیان داشت:

«درخواست تنفیذ صلح‌نامه یا تقسیم‌نامه عادی از محکمه حقوقی ذی‌صلاح، بلامانع است...» (همان).

این رویه، مخالف مفاد بند ۱ ماده ۴۷ بوده و مطابق قانون، ثبت تقسیم‌نامه ضروری است. این امر سبب حفظ نظم عمومی و امنیت اقتصادی و کاهش طرح دعاوی در دادگستری خواهد شد. تقسیم‌نامه‌های ناشی از افراز به اجبار توسط دادگاه یا گزارش

اصلاحی تنظیمی محاکم، از جمله اسناد رسمی محسوب شده و قابلیت اجرایی دارند. بنابراین امکان انکار و تردید در آن نیست و در عمل سبب بروز مشکلات آتی برای طرفین نخواهند شد.

#### ۵-۴. تأثیر ماهیت افراز بر اخذ استعلامات و هزینه‌های دولتی

نظارت دولت، سبب هماهنگی و منظم ساختن ساختار نقل و انتقالات و کسب درآمد می‌گردد. به همین دلیل، ماده ۱ قانون تسهیل تنظیم اسناد در دفاتر اسناد رسمی، متعاملین و دفاتر اسناد رسمی را مکلف نموده که در زمان انجام معاملات، از اداره ثبت، اداره دارایی و... استعلام نمایند. از طرفی هر معامله‌ای که در دفاتر اسناد رسمی به ثبت می‌رسد، ناگزیر از پرداخت حقوق دولتی مانند مالیات نقل و انتقال و حق‌الثبت می‌باشد. قبل از تصویب قانون مذکور تسهیل در مورد اخذ استعلامات از دارایی و شهرداری و دریافت حقوق دولتی ثبت تقسیم‌نامه که منتهی به افراز املاک می‌گردید، بین دفاتر اسناد رسمی و ادارات مربوطه اختلاف نظر وجود داشت. دفاتر اسناد رسمی با توجه به ماهیت افراز معتقد بودند که ماهیت افراز عقد است، اما سبب نقل و انتقال اموال و املاک نمی‌گردد؛ در نتیجه اخذ استعلامات و پرداخت حقوق دولتی به عهده طرفین نمی‌باشد (نوروزی، ۱۳۶۹: ۳۵). در مقابل، نهادها و ادارات دولتی که متصدی اخذ این وجوه بوده‌اند، ماهیت افراز را معامله‌ای دانسته‌اند که منتهی به نقل و انتقال املاک می‌گردد و بر لزوم اخذ این استعلامات و پرداخت وجوه اصرار می‌ورزیدند. کانون سردفتران، طی دادخواستی از دیوان عدالت اداری، خواستار ابطال بخشنامه‌هایی گردید که وصول مالیات را در افراز، ضروری و بر عهده دفاتر اسناد رسمی می‌دانست. هیئت عمومی دیوان عدالت اداری طی دادنامه شماره ۵ موضوع پرونده کلاسه ۸۳/۳۲۲ به تاریخ ۱۳۸۶/۱/۱۹، دریافت مالیات از طرفین در حین تنظیم تقسیم‌نامه را ممنوع و اعلام داشت:

«... تقسیم اموال مشاع به فرض عدم تساوی و لزوم پرداخت یا اصلاح یا سازش مابه‌التفاوت سهام مالکین مشاع در پایان تقسیم، از مصادیق موارد مصرح در مادتين ۱۱۹ و ۱۸۷ قانون مالیات‌های مستقیم و سایر درآمدهای مشمول مالیات محسوب نمی‌شود...» (مکرم، ۱۳۸۹: نسخه ۷۹).

بعد از تصویب قانون تسهیل تنظیم اسناد در دفاتر اسناد رسمی طبق ماده ۹ آیین نامه آن، هر گونه انتقال بلاعوض اراضی و اعیان به نفع دولت و شهرداری‌ها و نیز تنظیم اسنادی که موجب تغییر مالکیت عین نمی‌گردد، از قبیل اجاره، رهن و تقسیم‌نامه، از پرداخت عوارض و اخذ هر گونه گواهی و به استثنای پاسخ استعمال از اداره ثبت اسناد معاف می‌باشد و حق‌الثبت معاملات شامل افراز به تراضی نمی‌شود؛ چون در افراز به تراضی، تملیک و تملک نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲ الف: ۱۷۳/۱). همچنین به موجب بند «و» ماده ۱۰ قانون خدمت وظیفه عمومی مصوب ۱۳۶۳/۰۷/۲۹، ثبت هر گونه نقل و انتقال غیر قهری اموال در دفاتر اسناد رسمی، مستلزم اخذ فتوکپی مدارک مشخص‌کننده وضعیت خدمتی افراد است. به همین دلیل در نظر کسانی که ماهیت افراز را معامله و نوعی نقل و انتقال می‌دانستند، اخذ کارت پایان خدمت یا معافیت ضروری بود. برعکس طرفداران نظریه عقد بودن ماهیت افراز، اخذ چنین مدارکی را تکلیفی خارج از ضوابط قانونی می‌دانستند. کانون سردفتران در رأی وحدت رویه شماره ۵۶/۲۲۰۸ مورخه ۱۳۸۹/۰۳/۲۲ چنین اظهار نظر نمود:

«به تقسیم املاک مشاع بین شرکا و تعیین حصة مفروز آن‌ها، نقل و انتقال اطلاق نمی‌گردد. بنابراین برای تنظیم تقسیم‌نامه، نیازی به اخذ مدرک دال بر رسیدگی به مشمولیت طرفین تقسیم نمی‌باشد.»

## نتیجه‌گیری

افراز سبب انحلال اشاعه می‌گردد و می‌توان آن را به «تخصیص قسمت مفروزی از مال مشاع به شرکاء به نسبت حصة هر یک از آنان، در اموال مثلی یا قیمی متساوی‌الاجزاء»، تعریف نمود و عناصر آن را به وجود مال مثلی یا متساوی‌الاجزاء، وجود حالت اشاعه در مال، تخصیص مقدار مفروز از مال مشاع به شریکان به نسبت حصة آن‌ها و ازاله اشاعه برشمرد. افراز به عنوان اولین شق تقسیم، ممکن است به تراضی واقع شود یا به اجبار. تراضی و توافق شرکا در اجرای قاعده سلطه مالکان بر مال خویش و با توجه به مواد ۱۰، ۲۱۹، ۵۹۱ و ۵۹۸ ق.م. و مواد ۳۰۷، ۳۰۹ و ۳۱۰ قانون امور حسبی صورت گرفته و امری الزام‌آور است. افراز به اجبار نیز طبق قاعده «الناس مسلطون علی أموالهم»

و مواد ۳۰، ۵۸۹، ۵۹۱ و ۵۹۴ ق.م. و مواد ۳۱۷، ۳۱۹ و ۳۲۰ قانون امور حسبی انجام می‌پذیرد و به حکم قاعده «الحاکم ولی الممتنع»، حاکم به جای شریک ممتنع اقدام به افراز می‌نماید.

برای ماهیت افراز سه نظریه ارائه شد. برخی ماهیت افراز را معامله می‌پندارند و برخی دیگر آن را عقد (در معنای عام بدون نقل و انتقال مال) می‌انگارند و عده‌ای دیگر آن را تمیز حق برمی‌شمارند. در فقه امامیه عموماً به نظریه اخیر بیشتر گرایش دارند، ولی با بررسی و کاوش به عمل آمده به نظر می‌رسد که نظریه عقد بودن ماهیت افراز، با مبانی حقوقی و مقررات موضوعه سازگاری دارد. بنابراین ماهیت افراز، عقد است؛ زیرا در آن تراضی طرفین و اراده آن‌ها نقش دارد. افراز به اجبار هم با تمسک به قرعه جهت تخصیص حصه، مشکلی با ماهیت افراز نخواهد داشت؛ زیرا طرفین یا خود اقدام به تراضی می‌نمایند یا حاکم در اجرای قاعده «الحاکم ولی الممتنع» از سوی ممتنع، اقدام به تراضی با شریک متقاضی افراز می‌نماید. از آن حیث که ماهیت افراز عقد است، صرفاً ناشی از دخالت اراده‌ها و تراضی است و مبتنی بر ماده ۱۰ ق.م. می‌باشد و معامله به عنوان عقد بیع یا معاوضه تلقی نمی‌شود؛ بنابراین مواردی چون اختیارات مختص بیع و حق شفعه در آن راه ندارد، ولی اقاله آن طبق ماده ۵۹۸ ق.م. امکان‌پذیر است و اختیاراتی که مختص بیع نباشد، در آن راه دارد. همچنین به دلیل عدم وجود نقل و انتقال در افراز، ضرورتی به اخذ استعلاماتی که برای نقل و انتقال املاک الزامی است، وجود ندارد. اما به دلیل عقد بودن ماهیت افراز، ثبت تقسیم‌نامه ضروری است. هرچند نظریه عقد بودن ماهیت افراز، با مبانی حقوقی و مقررات موضوعه سازگاری دارد، اما با توجه به اینکه پذیرش هر یک از نظرات ارائه‌شده، دارای آثار حقوقی کاملاً متفاوتی است، پیشنهاد می‌شود که قانون‌گذار ماهیت افراز را به صراحت تعیین نماید تا به کلیه اختلافات در ماهیت افراز خاتمه دهد.

## کتاب‌شناسی

۱. آشتیانی، محمدحسن بن جعفر، *کتاب القضاء*، چاپ سوم، قم، هجرت، ۱۳۶۲ ش.
۲. ابن قدامة المقدسی، موفق‌الدین عبدالله بن احمد بن محمد، *المغنی*، مصر، مکتبه القاہرہ، ۱۹۷۰ م.
۳. ابهری، حمید و محمدرضا بزرگر، «اقسام و جایگاه سند در حقوق موضوعه ایران و فقه امامیه»، *پژوهشنامه حقوقی*، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران، سال هفتم، شماره‌های ۲۶-۲۷، پاییز و زمستان ۱۳۹۱ ش.
۴. امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، چاپ بیستم، تهران، اسلامیه، ۱۳۸۷ ش.
۵. پورسلیم بناب، جلیل، *بررسی حقوقی و نحوه تفکیک و افراز*، چاپ دوم، تهران، آثار اندیشه، ۱۳۸۶ ش.
۶. تفکریان، محمود، *حقوق ثبت املاک (۲)*، چاپ سوم، تهران، نگاه بینه، ۱۳۸۸ ش.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *الفاروق*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۶ ش. (الف)
۸. همو، *حقوق ثبت املاک*، چاپ دوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲ ش. (الف)
۹. همو، *حقوق مدنی، رهن و صلح*، چاپ سوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۷ ش.
۱۰. همو، *فرهنگ عناصرشناسی حقوق مدنی*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲ ش. (ب)
۱۱. همو، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، چاپ سوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۶ ش. (ب)
۱۲. همو، *مجموعه محشی قانون مدنی*، چاپ دوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲ ش. (ج)
۱۳. جوان‌مرادی، ناهید، «انتقال و تقسیم مال مشاع در حقوق ایران»، *فصلنامه پژوهش حقوق و سیاست*، سال دوازدهم، شماره ۳۰، پاییز ۱۳۸۹ ش.
۱۴. حقیقت، علی، *ثبت املاک در ایران*، چاپ دوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۷ ش.
۱۵. دهخدا، علی‌اکبر، *لغت‌نامه*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۳ ش.
۱۶. سرخی، علی، *حقوق مدنی، تقسیم اموال مشترک*، چاپ دوم، تهران، فکرسازان، ۱۳۸۵ ش.
۱۷. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی، *مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۱۸. قمی، میرزا ابوالقاسم بن محمدحسن، *جامع الشتات فی اجوبه السؤالات*، تهران، کیهان، ۱۳۷۱ ش.
۱۹. کاتوزیان، ناصر، *عقود معین*، چاپ هفتم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۶ ش.
۲۰. همو، *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، تهران، دادگستر، ۱۳۷۷ ش.
۲۱. کاشانی، محمود، *قراردادهای ویژه*، تهران، میزان، ۱۳۸۸ ش.
۲۲. محقق حلّی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن حسن، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*، ترجمه محمدتقی دانش‌پژوه، چاپ چهارم، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۶۴ ش.
۲۳. محمدی، سیدفریدالدین، «آراء و نظریات کمیسیون وحدت رویه کانون سردفتران و دفتریاران، از آغاز تا فروردین ماه ۱۳۸۷»، *ضمیمه ماهنامه کانون*، سال پنجاهم، دوره دوم، ضمیمه شماره ۸۰، اردیبهشت ۱۳۸۷ ش.
۲۴. معین، محمد، *فرهنگ فارسی معین*، چاپ چهارم، تهران، گلرنگ یکتا، ۱۳۸۳ ش.
۲۵. مکرّم، علی، «نرم‌افزار بانک اطلاعات آراء و نظریات مشورتی»، نسخه ۷۹، ۱۳۸۹ ش.
۲۶. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، *ترجمه تحریر الوسیله*، ترجمه علی اسلامی، چاپ بیست و یکم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۸۳ ش.
۲۷. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۷۹ ش.

۲۸. نوروزی، برزو، «بحثی درباره افراز (تقسیم‌نامه) و لزوم یا عدم لزوم اخذ گواهی از دارایی»، ضمیمه ماهنامه کانون، سال چهل و هفتم، دوره دوم، ضمیمه شماره ۴۹، ۱۳۶۹ ش.
۲۹. نووی، ابوزکریا محیی‌الدین یحیی بن شرف، *المجموع شرح المذهب*، بیروت، دار الفکر، بی‌تا.





## تأملی فقهی و حقوقی در

# عین‌انگاری سهام شرکت‌های تجاری\*

- سید عبدالمطلب احمدزاده بزاز<sup>۱</sup>
- مرتضی محمدی<sup>۲</sup>
- محمدرضا مروارید<sup>۳</sup>

### چکیده

شناخت ماهیت سهام شرکت‌های تجاری، در تبیین درست ماهیت معاملات و مبادلات آن‌ها تأثیری فراوان دارد. در تبیین ماهیت سهام، دیدگاه‌های مختلفی ارائه شده است. یکی از مهم‌ترین دیدگاه‌ها، دیدگاهی است که به عین بودن یا حق عینی بودن سهم باور دارد. بر اساس این دیدگاه، حقوقی که برای سهام‌دار وجود دارد، در خود ورقه سهم انعکاس و تجسم یافته و مبدل به مال عینی شده است. این دیدگاه در تقابل با دیدگاهی است که سهم را دین یا مبیّن حق دینی، می‌داند. برای اثبات عین بودن سهام، به ادله متعددی از جمله، صحت بیع و جواز رهن سهام و ورقه بهادار بودن سهم، استناد شده است.

\* تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۵/۲۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۱۰/۲۱.

۱. استادیار دانشگاه مفید قم (نویسنده مسئول) (a\_ahmadzadeh@mofidu.ac.ir).

۲. استادیار دانشگاه مفید قم (mohammadi@mofidu.ac.ir).

۳. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه مفید قم (m\_rezamorvarid@yahoo.com).

در این جستار، بعد از تبیین و نقد ادله مورد استناد این دیدگاه، ضمن بررسی دیدگاهی که سهم را دین می‌داند، تلاش شده است که با بازبینی مفهوم مال و اقسام آن و با توجه به نحوه تشکیل شرکت سهامی، اثبات شود که سهم از مقوله «حق» است.

**واژگان کلیدی:** سهم، شرکت تجاری، عین، دین، حق، حق عینی، حق دینی، اوراق بهادار.

### مقدمه

در زمان کنونی، وجود شرکت‌های تجاری و تأثیرگذاری آن‌ها در امور اقتصادی، امری انکارناپذیر است. شخصیت اعتباری این شرکت‌ها، این امتیاز را در پی دارد که شرکای شرکت به صورت قهری یا ارادی تغییر کنند، بی‌آنکه شخصیت اعتباری شرکت متزلزل گردد. وجود شخصیت اعتباری برای شرکت، این امکان را فراهم می‌آورد که دارایی اختصاصی هر یک از شرکا، از دارایی خود شرکت مستقل گردد.

شرکت‌های سهامی عام، از مهم‌ترین شرکت‌های تجاری محسوب می‌شوند که فعالیت‌های مهم اقتصادی و تجاری کشور عمدتاً در پرتو تأسیس این شرکت‌ها انجام می‌گیرد. در این شرکت‌ها، به شرکا «صاحبان سهم» یا «سهام‌دار» گفته می‌شود. ایشان اشخاصی هستند که سهام آنان - به ویژه در مورد شرکت‌های بزرگی که در بورس اوراق بهادار پذیرفته شده‌اند - پیوسته دست به دست می‌شود (اسکینی، ۱۳۸۹: ۳/۲)؛ به طوری که امروزه در بسیاری از کشورها، سهام شرکت‌های سهامی، بخش مهمی از سرمایه اشخاص محسوب می‌شود.

در فقه فتوایی، در مورد جواز یا عدم جواز بیع سهام و برخی از فروع آن ابراز نظر شده است (موسوی خویی، ۱۴۱۷: ۳۱۷/۲؛ حسینی سیستانی، ۱۴۲۳: ۴۵۹؛ حسینی خامنه‌ای، ۱۳۸۹: ۳۸۹/۲). اما در فقه استدلالی، فقیهان به بحث جدی در مورد ماهیت سهام کمتر توجه کرده‌اند. در حقوق ایران، استادان حقوق، به مناسبت مباحث حقوق شرکت‌های تجاری، بحث‌هایی نه چندان گسترده در مورد ماهیت حقوقی سهام مطرح کرده‌اند.

چگونگی نگاه به سهم و نوع تبیینی که از ماهیت آن ارائه می‌شود، علاوه بر اینکه در چگونگی توصیف رابطه حقوقی سهام‌داران با شرکت تأثیرگذار است، می‌تواند در

تبيين درست ماهيت قراردادهایی که موضوع آن‌ها سهام است، مؤثر باشد.

بحث از ماهيت سهام، همواره با دشواری‌هایی مواجه بوده است. از یک‌سو، سهام شرکت‌های تجاری - و اصولاً همهٔ اوراق بهادار به معنای عام - به همان اندازه که از مفاهيم مطرح در دنیای حقوق و فقه می‌باشند، در عالم اقتصاد نیز حضور دارند. بنابراین با دو نگرش اقتصادی و حقوقی - فقهی می‌توان به آن‌ها نگرست و به نتایج احتمالاً متفاوت دست یافت. عدم توجه به تفاوت این دو نگرش، چه بسا موجبات لغزش در تحلیل و تبیین ماهیت آن‌ها را فراهم سازد.

از سوی دیگر، از آنجا که مبدأ شکل‌گیری شرکت‌های تجاری، کشورهای غربی بوده است، از بُعد حقوقی نیز مطابق با مبانی حقوقی آن کشورها طراحی شده‌اند. بنابراین در اقتباس و استفاده از تحلیل‌های مبتنی بر مبانی حقوق غرب، همواره باید سازگاری یا ناسازگاری آن با اصول پذیرفته‌شده در فقه امامیه و حقوق موضوعهٔ ایران مورد توجه قرار گیرد. در غیر این صورت، احتمال بروز خطا در تحلیل و شناخت این دست از ماهیت‌ها، افزایش خواهد یافت.

از جمله نظریات مهمی که در مورد ماهیت سهام مطرح شده، نظریه‌ای است که سهام را عین در زمرهٔ اموال عینی و یا در برخی از تعابیر، حق عینی تلقی می‌کند. این دیدگاه به طور ویژه در تقابل با دیدگاهی قرار دارد که سهم را دین و یا حق دینی می‌شناسد.

عین دانستن سهم، در آثار برخی از استادان حقوق تجارت ایران مطرح شده است (ستوده تهرانی، ۱۳۸۸: ۷۱/۲؛ صفری، ۱۳۹۳: ۳۶۸/۱) و پژوهشگرانی نیز در دفاع و تأیید و مستدل نمودن این نظریه قلم زده‌اند (غمامی و ابراهیمی، ۱۳۹۱: ۱۳۹).

پیش از این، پژوهش‌هایی در تحلیل ماهیت سهام صورت گرفته است. مقالهٔ «باز پژوهی فقهی - حقوقی ماهیت اوراق سهام و قرارداد واگذاری آن» (جعفری خسروآبادی، شهیدی، ۱۳۹۴) هرچند به اختصار، اما بیشتر از دیگر پژوهش‌ها به این دیدگاه پرداخته است.

پژوهش حاضر پس از ذکر مقدمات بحث، ابتدا نظریه‌ای را که سهم را عین‌انگاری می‌کند، تبیین نموده و بعد از ذکر ادله و مستندات آن، تلاش می‌کند تا با شناخت

مبانی و خاستگاه این دیدگاه و بررسی ادله اثباتی و مؤیدات آن، میزان انطباق آن را با مبانی فقه و حقوق موضوعه ایران، مورد ارزیابی قرار دهد و با اشاره به نظریات رقیب در مورد ماهیت سهام، نظر برگزیده را تبیین نماید.

## ۱. سهم در اصطلاح

سهم در اصطلاح، در دو معنای عام و خاص به کار می‌رود. در کاربرد عام، سهم به حصه مشارکت هر شریک در هر نوع مشارکت و دارایی مشترک گفته می‌شود؛ برای مثال، حصه وارث در ماترک، یا دارایی شریک در ملک مشاع و نیز حقوق و تعهدات شرکا در شرکت، همگی با عنوان سهم معرفی می‌شوند.

کاربرد خاص واژه سهم، اختصاص به حقوق شرکت‌های تجاری دارد. در این شاخه از حقوق، واژه سهم معنای خاصی را افاده می‌کند؛ چرا که «سهم» به معنای بخشی از سرمایه شرکت سهامی است و در مقابل «سهم الشریکه»، به عنوان بخشی از سرمایه شرکت‌های غیر سهامی به کار می‌رود (پاسبان، ۱۳۸۷: ۲۶۸). هرچند به نظر برخی از حقوق‌دانان، این دو اصطلاح مبین یک مفهوم هستند و احتمال وجود اختلافاتی اندک و کم‌اهمیت، ماهیت این دو را متمایز نمی‌سازد (کاویانی، ۱۳۹۵: ۲۳۱)؛ لیکن صاحب‌نظرانی که به تحلیل ماهیت سهم پرداخته‌اند، عمدتاً مباحث خود را در مورد ماهیت سهام شرکت‌های بورسی متمرکز ساخته‌اند.

## ۲. ماهیت حقوقی سهم

ماده ۲۴ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷، در توصیف

سهم چنین مقرر می‌دارد:

«سهم قسمتی است از سرمایه شرکت سهامی که مشخص میزان مشارکت و تعهدات و منافع صاحب آن در شرکت سهامی می‌باشد...».

در ادامه ماده مذکور، ورقه سهم چنین توصیف می‌شود:

«ورقه سهم، سند قابل معامله‌ای است که نماینده تعداد سهامی است که صاحب آن در شرکت سهامی دارد».

در برخی موارد، واژه سهم در معنای ورقه سهم به صورت مجازی استعمال شده است؛ برای مثال، در ماده ۲۵ لایحه پیش گفته آمده است: «سهم ممکن است بانام یا بی نام باشد». هرچند در ماده ۳۹۷ لایحه قانون تجارت مصوب سال ۱۳۹۲، این استعمال تغییر یافته، تدوین کنندگان لایحه، ورقه سهم را به بی نام و بانام تقسیم نموده‌اند. بنابر کاربرد اخیر، ضرورتی ندارد که در تعریف سهام بانام گفته شود: «سهمی است که در ورقه راجع به آن، نام صاحب سهم ذکر شده است» (اسکینی، ۱۳۸۹: ۸۳/۲).

در تبیین ماهیت سهم، نظریه‌های مختلفی ارائه شده است. در یک دیدگاه، برخی خود برگه سهم را مال می‌دانند که می‌تواند مورد معامله قرار گیرد و در دیدگاه دیگر، خود برگه، فاقد مالیت است؛ اما حاکی از واقعیتی است که دارای مالیت است. در هر دو دیدگاه، «سهم» در زمره اموال قرار می‌گیرد. هرچند این تعبیر که «سهام شرکت‌ها مال نیست؛ نه مادی و نه معنوی» از بعضی محققان (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰: ۴۲-۴۳)، سبب شده است که برخی گمان کنند که ایشان مالیت سهم را باور ندارند (جعفری خسروآبادی و شهیدی، ۱۳۹۴: ۳۹)؛ اما واقعیت آن است که در عبارت پیش گفته، منظور از سهام، اوراق سهام است و از آنجا که در نظر ایشان، اساساً مال حاکی نیست و هر چه که حاکی از واقعیتی باشد، آن واقعیت، مال است نه آن حاکی، به همین خاطر چنین گفته شده است که سهام (یعنی اوراق سهام) مالیت ندارند.

مالیت سهام، مورد پذیرش قانون‌گذار نیز قرار گرفته است؛ چرا که ماده ۶۷ قانون اجرای احکام مدنی، سهام را از اموال منقول به شمار آورده است. همچنین بی تردید اوراق سهام شرکت‌های سهامی عام، در ردیف اوراق بهاداری طبقه‌بندی می‌شود که در بازار بورس اوراق بهادار قابل نقل و انتقال است.

با توجه به آنچه گفته شد، محل نزاع آن است که سهام، چگونه مالی است؟ در پاسخ به این سؤال، نویسندگان حقوق شرکت‌ها پاسخ‌های متفاوتی را بیان کرده‌اند. این پاسخ‌ها، از حق شخصی دانستن سهم تا عین دانستن آن اختلاف دارد. برخی نیز راه درست تبیین ماهیت سهم را در تفکیک میان انواع سهام جستجو کرده‌اند. در ادامه، ابتدا نظریه‌ای تبیین و بررسی می‌شود که سهم را حاکی ندانسته، بلکه آن را در زمره

اموال عینی طبقه‌بندی می‌کند. این نظریه را شاید بتوان شاخص‌ترین نظریه در مورد ماهیت سهام دانست.

### ۳. عین‌انگاری سهم

#### ۳-۱. تبیین نظریه

در این نظریه، اذعان می‌شود که سهم در ابتدا یک حق ناشی از قرارداد و تعهد تلقی شده، ولی پس از ایجاد، با انعکاس حقوق آن در ورقه بهادار، به یک دارایی عینی تبدیل می‌گردد. صاحبان این نظریه معتقدند همان‌گونه که شرکت پس از ایجاد، دارای شخصیت حقوقی مستقل و جدا از کسانی می‌شود که آن را به وجود آورده‌اند، سهم نیز مفهوم حقوقی است که به اعتبار مفهوم شرکت ایجاد می‌شود و آنگاه از قرارداد منشأ شکل‌گیری خود متمایز می‌گردد.

در این دیدگاه، حقوق ناشی از سهام، در دو مرحله طبقه‌بندی می‌شوند: مرحله اول، در مقابل ناشر آن؛ همانند شرکت سهامی عام. مرحله دوم، در مقابل اشخاص ثالث و انتقال‌گیرندگان آن. بنابراین از یک‌سو، سهم در مقابل شرکت، یک حق ناشی از قرارداد بین سهام‌داران است. اثر این قرارداد، وابسته به تراضی طرفین (مفاد اساسنامه) و احکامی است که قانون‌گذار مقرر می‌دارد. تعهدات ناشی از قانون و قرارداد، شرکت را ملزم به ایفای تعهدات خاصی همچون تقسیم سود و... می‌کند. از سوی دیگر، سهم در برابر انتقال‌گیرنده و سایر اشخاص، یک عین است (غمامی و ابراهیمی، ۱۳۹۱: ۱۳۸-۱۳۹). در این نظریه، اعتقاد بر این است که هرچند مطابق هر یک از اوراق بهادار از جمله سهام شرکت‌های تجاری، حقوقی به صاحبان آن تعلق می‌گیرد، لیکن حقوقی که دارنده ورقه سهم از آن برخوردار است، با خود ورقه، امتزاج حاصل کرده و در آن انعکاس یافته است. از این رو، ورقه سهم به «عین معین» بدل گشته است (صقری، ۱۳۹۳: ۲۶۸/۱) و آنچه موضوع معامله قرار می‌گیرد، همین ورقه است، نه چیزی ماورای آن. در واقع، هر چیزی که ماورای ورقه وجود دارد، در خود ورقه منعکس شده و با آن ممزوج گشته است. در نتیجه، حق مالکیت بر سهام، دیگر حق دینی تلقی نشده و حق

عینی می‌باشد که به مالی معین یعنی سهم تعلق می‌گیرد (ستوده تهرانی، ۱۳۸۸: ۷۱/۲). بنا به مراتب فوق، در این دیدگاه، سهم مال محسوس و مادی می‌باشد و انتقال سهم، انتقال عین است نه انتقال تعهد. این تحلیل - با توجه به امتیازهای حق عینی - دو نتیجه زیر را در بر خواهد داشت:

اولاً: صاحب حق عینی می‌تواند آن را به طور مستقیم اعمال کند. به عبارت دیگر، وی دارای حق تعقیب است؛ ولی حق دینی این امتیاز را ندارد. ثانیاً: انتقال حق عینی، بدون نیاز به اذن دیگری ممکن است؛ ولی انتقال دین جز با رضای بدهکار ممکن نیست (غمامی و ابراهیمی، ۱۳۹۱: ۱۴۳).

شایان ذکر است که برخی طرفداران این نظریه معتقدند که انعکاس تمام حقوق در ورقه و امتزاج آن با ورقه، ناظر به اسناد بی‌نام است. در نظر ایشان، سند بی‌نام دارای مالیت بوده و از قاعده عمومی ماده ۳۵ قانون مدنی تبعیت می‌کند. در تأیید این دیدگاه، به مفاد ماده ۳۲۰ قانون تجارت استناد شده است که این ماده، دارنده هر سند در وجه حامل را مالک دانسته و او را برای مطالبه وجه آن، محق محسوب نموده است (صقری، ۱۳۹۳: ۱/۳۷۰).

در مورد سهام بی‌نام تأکید شده است که از آن جهت که نقل و انتقال آن‌ها، به قبض و اقباض و دادوستد صورت می‌گیرد و دین در سند تجسم یافته است، باید آن‌ها را از این لحاظ، از اموال مادی و محسوس به شمار آورد. اما اسناد بانام از جمله دیون محسوب می‌گردند؛ زیرا نقل و انتقال آن‌ها باید در دفتر ثبت شرکت صادرکننده سهم ثبت شود (الماسی، ۱۳۷۳: ۱۹۵).

اثر حقوقی مترتب بر این دیدگاه، در تشخیص قانون حاکم بر این اسناد منعکس می‌شود. به این صورت که هر گاه مسئله انتقال قراردادی اسناد بی‌نام مطرح باشد، باید قانون محل وقوع آن را نسبت به آن‌ها اعمال نمود؛ در حالی که در مورد اسناد بانام، قانون اقامتگاه مدیون ملاک عمل قرار می‌گیرد.

تمایز قائل شدن میان سهام بی‌نام و بانام، در مسئله توثیق این اسناد به نحو پرننگ‌تری جلوه‌گر می‌شود؛ به گونه‌ای که برخی استادان حقوق مدنی پس از تجویز رهن سهام بی‌نام شرکت‌ها، سهام بانام را قابل توثیق ندانسته‌اند؛ با این استدلال که در نظر عرف،

بین سند (بانام) و موضوع آن یگانگی وجود ندارد؛ فلذا در حکم سند طلب می‌باشند نه عین معین (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۵۴۱/۴).

برخی پژوهشگران در انتقاد به نظر پیش گفته، با اظهار اینکه رواج توثیق سهام بانام و عدم وجود هر گونه تردید در این خصوص در بین فعالان بازار نشان می‌دهد که از منظر آن‌ها بین سند (بانام) و موضوع آن یگانگی کامل وجود دارد، تمایز میان سهام بی‌نام و بانام را صحیح ندانسته و آن را ناشی از قصور حقوق ایران در ارائه راه حل متناسب با سرعت تحولات بازار سرمایه و اقتضائات آن دانسته‌اند (غمامی و ابراهیمی، ۱۳۹۱: ۱۴۱).

### ۲-۳. ادله اثبات نظریه و نقد آن

عین‌انگاران سهم در اثبات دیدگاه خود عمدتاً به برخی از مواد قانونی استناد نموده‌اند. در مواد مورد استناد، یا سخن از فروش و رهن سهم آمده است یا می‌توان از ظاهر ماده استفاده نمود که قانون‌گذار سهم را عین می‌داند. در ادامه به این ادله اشاره خواهیم نمود.

#### ۱-۲-۳. استناد به قابلیت بیع و رهن سهام

مهم‌ترین دلیل اثبات این نظریه که به ادغام حقوق با خود ورقه باور دارد و سند را یک دارایی عینی یا حقی عینی تلقی می‌کند، استناد به مواد قانونی است که قابلیت بیع و توثیق سهم را نشان می‌دهد (همان: ۱۴۰-۱۴۱).

استناد به این مواد صحیح به نظر نمی‌رسد؛ زیرا نگاهی گذرا به مواد قانونی که در آن‌ها سخن از خرید و فروش سهام رفته است، نشان می‌دهد که در این مواد، سخن از ابتیاع یا خرید و فروش سهم است و نه ورقه سهم. بنابراین استدلال به این مواد در اثبات مال عینی بودن سهم، مستلزم دور باطل است؛ چرا که از یک سو، برای اثبات عین بودن سهم، به صحت بیع آن استناد شده و از سوی دیگر صحت بیع - حسب فرض - منوط به عین بودن سهم است. این اشکال در مورد رهن سهام نیز وارد است.

صرف نظر از ایراد پیش گفته، جواز یا صحت خرید و فروش چیزی، مستلزم عین بودن آن چیز نمی‌باشد؛ زیرا عین بودن مبیع به عنوان یکی از مقومات بیع، مورد ایراد جدی برخی از فقیهان قرار گرفته است (ایروانی نجفی، ۱۴۰۶: ۷۲/۱؛ موسوی خمینی، ۱۳۹۰: ۱۶/۱).



افزون بر این، میان دلیل اثبات و مدعا، مطابقتی وجود ندارد؛ زیرا مدعای این نظریه آن است که حقوق در ورقه سهم انعکاس یافته و با آن متحد شده، به طوری که خود ورقه، مبدل به مال عینی شده است؛ در حالی که قوانینی که در آن‌ها، قانون‌گذار از خرید و فروش سهام سخن گفته است، چیزی بیش از مال بودن سهم و قابلیت انتقال آن را نمی‌تواند اثبات کند. همچنین نباید از نظر دور داشت که به نظر برخی از استادان، تعبیر به فروش سهام در ادبیات حقوقی، صرفاً ناظر به قبول اصل حق واگذاری و انتقال سهام می‌باشد. به همین خاطر در نظر ایشان، اساساً بیع سهام محل تأمل دانسته شده و نهایتاً انتقال سهام در قالب صلح پذیرفته شده است (تفرشی و شعاریان ستاری، ۱۳۸۱: ۳۴-۳۵). در مورد رهن سهام نیز برخی از اساتید حقوق بازرگانی، با آن مخالفت نموده، پذیرش وثیقه نهادن سهم را در خصوص سهام مدیران در ماده ۱۱۴ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت، امری استثنایی تلقی نموده‌اند (اسکینی، ۱۳۸۹: ۱۲۷/۲). علاوه بر این، همان طور که برخی احتمال داده‌اند، استفاده از واژه توثیق در دستورالعمل توثیق اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۹ و مقررات مشابه آن، می‌تواند شاهد بر این باشد که قانون‌گذار در پی تأسیس نهاد حقوقی مستقل از رهن است که در آن نیازی به عین بودن مال مورد وثیقه نیست (انصاری و ذوالفقاری، ۱۳۹۱: ۱۷-۲۲).

### ۲-۳-۲. استناد به بند ۲۴ ماده اول قانون بازار اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۴

دلیل دیگر بر مال عینی بودن سهم، استناد به سخن قانون‌گذار در قانون بازار اوراق بهادار است. ورقه سهم بی‌تردید از اوراق بهادار محسوب می‌شود. در بند ۲۴ ماده ۱ قانون بازار اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۴ در تعریف اوراق بهادار آمده است:

«ورقه بهادار، هر نوع ورقه یا مستندی است که متضمن حقوق مالی قابل انتقال برای مالک عین و یا منفعت آن باشد».

این تعریف، شامل ورقه سهم می‌گردد. از عبارتی که در تعریف مذکور آمده است، چنین استظهار می‌شود که حقوق دارنده در ورقه انعکاس یافته و با آن امتزاج حاصل کرده و به عین معین برای مالک بدل گشته است (صقری، ۱۳۹۳: ۳۶۸/۱).

این استظهار پذیرفتنی نیست یا دست کم قابل مناقشه است؛ زیرا در این ماده، خود

ورقه فی نفسه مال یا حق مالی محسوب نشده، بلکه متضمن حقوق مالی محسوب شده است. معنای «متضمن حق مالی بودن» را از تعریفی که قانون‌گذار از ورقه سهم و اوراق قرضه ارائه داده است، می‌توان دریافت. قانون‌گذار در ماده ۲۴ لایحه قانونی در تعریف ورقه سهم، ابتدا آن را «سند قابل معامله» معرفی می‌کند و آنگاه این سند را «نماینده» تعداد سهامی می‌داند که صاحب آن در شرکت سهامی دارد. بنابراین منظور از عبارت «متضمن حقوق مالی قابل انتقال» در خصوص ورقه سهم آن است که ورقه سهم، مدرکی است که نشان‌دهنده حقوق مالی قابل انتقال است. در مورد ورقه قرضه نیز قانون‌گذار در ماده ۵۲ لایحه قانونی از تعبیر مشابهی استفاده کرده، آن را ورقه‌ای می‌داند که «معرف» مبلغی وام با بهره معین است.

استفاده از تعابیری مانند «سند»، «نماینده» و «معرف»، همگی گویای این مفهوم‌اند که خود ورقه سهم فی نفسه ارزشی ندارد؛ بلکه آنچه که فی‌الواقع مورد انتقال قرار می‌گیرد، واقعیاتی است که این اوراق از آن حکایت می‌کند و قابل معامله و دادوستد دانستن این اوراق، به نمایندگی از همان واقعیات است.

البته ممکن است تعبیر به «قابل معامله بودن سند»، این احتمال را تقویت کند که حقوق در سند منعکس شده و مبدل به مال عینی گشته است؛ لیکن چنان که برخی از پژوهشگران بیان داشته‌اند، تعبیر «قابلیت معامله» در مورد اسناد و اوراق تجاری، یعنی امکان انتقال مالکیت «طلب مندرج در سند تجاری» به دیگری بی‌آنکه در برابر منتقل‌الیه سند، عیوب و ایرادات ناشی از رابطه معاملاتی پایه قابل استناد باشد (نیکیخت و بناء نیاسری، ۱۳۹۰: ۳۸۱). بنابراین آنچه که قابل معامله است، طلب است و نه خود ورقه حاکی از طلب.

### ۳-۳. ایرادات مبنایی عین‌انگاری سهام

به نظر می‌رسد «عین‌انگاری سهام» که از سوی برخی استادان حقوق تجارت ایران مطرح شده، برگرفته از دیدگاه «مادی التزام» در دکترین حقوقی آلمان است. در دکترین حقوقی آلمان، قراردادی که میان شرکا و شرکت منعقد می‌شود، موجب التزام شرکت در برابر هر شریک می‌شود. به عبارت دیگر، شریک داین، و شرکت مدیون

آن‌هاست و از آنجا که دین، چیزی جز التزام و حق شخصی نیست، قابل انتقال نمی‌باشد. لذا ساده‌ترین روش برای گریز از این امر آن است که گفته شود این دین و حق شخصی، در ورقه تجسم یافته و به حق عینی مبدل شده است (سنه‌وری، بی‌تا: ۱۰۸/۱).

چنان که ملاحظه می‌شود، گریز از موانعی که انتقال حق شخصی با آن مواجه بوده است، موجب می‌شود تا به التزام و حق شخصی، با نگاهی مادی نگریسته شود تا آنجا که ادعا می‌شود حق شخصی در کالبد ورقه تجسم یافته و به امر مادی دارای ارزش مالی مبدل شده است.

لیکن طرح و پذیرش این دیدگاه در حقوق ایران، در صورتی قابل توجیه است که در مبانی نظام حقوق ایران، یعنی فقه امامیه، همانند دیدگاه حقوق رومی، «دین» یک التزام (حق شخصی) و غیر قابل انتقال باشد. در چنین فرضی است که برای گریز از این مانع، تجسم حق شخصی در ورقه و در نتیجه، مال مادی یا حق عینی تلقی کردن سهام، قابل طرح خواهد بود. در حالی که حتی اگر سهم، دینی باشد که شرکا بر ذمه شرکت دارند، از دیدگاه فقه و حقوق ایران برای انتقال آن هیچ نیازی به عین‌انگاری سهم و تجسم حق شخصی در ورقه نیست؛ چرا که از منظر فقه امامیه و حقوق ایران، دین به معنای التزام نیست، بلکه مالی است نمادین که در ظرف اعتباری ذمه موجود می‌شود و همانند اموال خارجی منتقل می‌گردد (صدر، ۱۳۷۹: ۱۳-۹). بنابراین هیچ نیازی نیست که تصور کنیم حق شخصی در ورقه انعکاس یافته یا تجسم پیدا کرده است.

همچنین از لوازم عین دانستن سهم، یکسان‌انگاری سهم و اوراق نقدی (اسکناس‌های موجود) است. در حالی که حتی از دید عرف نیز خود ورقه سهم فی‌نفسه ارزش مالی اعتباری ندارد و نمی‌توان آن را دارای ماهیت حقوقی مستقل همچون اسکناس دانست. ورقه سهم با اسکناس قابل قیاس نیست. پول کاغذی در آغاز پیدایش خویش، بیانگر یک ادعا یا طلب بر عهده ناشر خود بوده است. اما با کنار گذاشتن پشتوانه طلا و نقره و گرایش نظام‌های پولی به پول رایج غیر قابل تبدیل، ماهیت حقوقی پول کاملاً دگرگون شد و در نتیجه، اسکناس‌های کنونی بر خلاف گذشته، تعهد قابل پرداخت ناشر و حق دینی دارنده محسوب نمی‌شوند و حاکی از مال نیستند، بلکه خود فی‌نفسه مال محسوب می‌شوند (عبدی‌پور فرد، ۱۳۹۳: ۱۴۲).

روشن است که اگر فردی اسکناس دیگری را تلف کند، ضامن خسارت وارده است؛ چرا که از دید عرف، تلف‌کننده بخشی از دارایی بوده است. اما چنین امری در جایی که شخصی اوراق سهام متعلق به دیگری را نابود می‌سازد، صادق نیست. حتی در مورد سهام بی‌نام، از بین بردن ورقه سهم را نمی‌توان از بین بردن دارایی صاحب آن دانست و لطمه‌ای به حقوق دارنده آن وارد نمی‌سازد و صرف اتلاف ورقه سهم، سبب زوال حق دارنده نمی‌شود (جعفری خسروآبادی و شهیدی، ۱۳۹۴: ۴۲).

برخی فقیهان نیز به تمایز اوراق تجاری و اوراق اسکناس باور داشته و گفته‌اند: «ورقه‌های سفته و سایر اوراق تجاری، دارای مالیت و از نقود نیستند و معاملات که به آن‌ها واقع می‌شود، به خود آن‌ها واقع نمی‌شود، بلکه به نقود و غیر آن‌ها که اوراق از آن‌ها حکایت می‌کند، می‌باشد و دادن آن‌ها به طلبکار، ذمه مدیون را ساقط نمی‌کند و اگر چیزی از آن‌ها در دست غاصب و مانند آن تلف شود یا شخصی آن را تلف کند، به ضمان تلف یا اتلاف، ضامن نمی‌باشد و اما اوراق نقدی مانند اسکناس و دینار و دلار و غیر آن‌ها، دارای مالیت اعتباری می‌باشند» (موسوی خمینی، ۱۳۷۵: ۴۵۷/۴).

هرچند این نظر، بیان‌کننده تفاوت موجود میان ورقه سفته و اسکناس است، اما در موضوع بحث، تفاوتی میان ورقه سفته و ورقه سهم دیده نمی‌شود. در حقوق خارجی نیز تفکیک میان ورقه سهم<sup>۱</sup> و سهم<sup>۲</sup> مورد توجه بوده است. در انگلیس، ورقه سهم صرفاً سندی محکمه‌پسند بر مالکیت است و این حقیقت باقی است که ورقه سهم صرف نظر از اینکه تجسم مادی سهم باشد یا سند اثبات، سهم نیست. به همین جهت از نظر قانونی، مالکان به واسطه فقدان یا تلف ورقه سهم به خودی خود، فاقد سهم محسوب نمی‌شوند. هرچند فقدان یا تلف ورقه در وجه حامل، مشکلات بیشتری را از نظر اثبات و ایفای غرامات تعیین شده از سوی ناشر سهم پدید می‌آورد، اما مالکیت مالک نسبت به سهم علی‌رغم مفقود شدن یا تلف شدن ورقه سهم باقی می‌ماند (Ooi, 2003: 45).

1. Certificate.
2. Shares.

مطلب سؤال برانگیز در نظریه‌ای که سهم را مال عینی می‌انگارد، این است که در این نظریه ادعا می‌شود که سهم در برابر انتقال گیرنده و سایر اشخاص (غیر از شرکت تجاری ناشر سهم) یک عین است (غمامی و ابراهیمی، ۱۳۹۱: ۱۳۹). لازمه این دیدگاه آن است که چنانچه فرض کنیم که سهم انتقال نیابد، ماهیت آن دیگر عین نیست، بلکه حقی است که ناشی از قرارداد و قانون است. بنابراین ماهیت سهم سهام‌داران اولیه شرکت، که بنا بر میزان آورده‌شان سهام به آن‌ها تخصیص داده شده، با ماهیت سهم کسانی که در معاملات بازار بورس، مالک سهام شرکت شده‌اند، متفاوت خواهد بود. منطق حقوقی اقتضا می‌کند تا جایی که ممکن است از تحلیلی که منجر به در نظر گرفتن ماهیت دوگانه برای سهم شود، پرهیز گردد. روشن است که سهام‌داران اولیه شرکت که بر اساس آورده‌شان مالک سهام شرکت شده‌اند نیز دارای ورقه سهم می‌باشند. حال چگونه است که حقوق ایشان در این ورقه منعکس نشده و تجسم نمی‌یابد؛ اما به مجرد انتقال سهم به دیگری، حقوق در ورقه تجسم یافته و مبدل به مال عینی می‌شود؟!

افزون بر ایرادات پیش گفته، لازمه اینکه حقوق در ورقه سهم منعکس شده و ورقه سهم، عین معین شناخته شود، این است که گریزی از صدور برگه سهم وجود نداشته باشد و نتوان جایگاهی برای سهم بدون ورقه تصور نمود. حال آنکه امروزه صدور سهم، وابسته به ورقه سهم نیست. از سال‌های پایانی قرن بیستم، حرکت از فضای سند کاغذی به سوی کنار گذاشتن کاغذ آغاز شده است. این حرکت بر این پیش‌فرض استوار است که اگر حقوق ناشی از سهم، مستقل از برگه است، پس سهم می‌تواند بدون چنین برگه‌ای نیز محقق شود و برای چنین سهامی، همان حقوق و تعهداتی وجود پیدا می‌کند که برای سهام دارای برگه<sup>۱</sup> موجود است (Henderson, 2013: 17).

برخی نویسندگان با اذعان به اینکه نمی‌توان سهم را مال محسوس و مادی دانست و ورقه سهم نیز تنها معرف سهم است، با تصرف در معنای ظاهری واژه عین، سهم را مال عینی دانسته‌اند. به نظر ایشان، عین لفظی عربی بوده که معادل آن در زبان فارسی «خود» یا «اصل» است که نقطه مقابل آن، منفعت است. بنابراین به نظر می‌رسد که

1. Certificated shares.

امروزه در عرف تجارت، سهم به عنوان یک مال عینی پذیرفته شده، مورد دادوستد قرار می‌گیرد (باریکلو، ۱۳۸۵: ۲۶).

این استدلال صرف نظر از اینکه بر خلاف معنای ظاهری عین در فقه و حقوق است، نمی‌تواند ماهیت سهم را معرفی نماید؛ زیرا در صورتی که عین را به معنای خود مال یا اصل مال تفسیر نماییم، نهایتاً منفعت نبودن سهم اثبات می‌شود، اما دین نبودن یا حق نبودن سهم اثبات نمی‌گردد؛ چون عین به معنای خود و اصل، بر دین یا حق نیز قابل اطلاق است.

صرف نظر از تمام آنچه گفته شد، تعابیری مانند انعکاس حقوق در ورقه یا تجسم دین در ورقه سهم که در ادبیات طرفداران عین‌انگاری سهم، زیاد به کار گرفته شده و به عنوان مبنای مالیت ورقه سهم معرفی می‌شود، پایگاهی در تحلیل‌های فقهی ندارد. در فقه و همچنین در حقوق مدنی ایران، چیزی با عنوان «تجسم یا انعکاس حقوق در ورقه» از موجبات مالیت آن ورقه به شمار نمی‌آید؛ بلکه باید در مورد آن ورقه، جعل و اعتبار عام یا خاص (از سوی مرجع صلاحیت‌دار) محقق شده باشد. در حالی که اوراق سهام به خودی خود، حتی در نزد عرف هم چیزی فراتر از دلیل اثبات محسوب نمی‌شود. همچنین از مواد قانونی هم نمی‌توان این استنباط را داشت که قانون‌گذار، خود ورقه سهم را به عنوان مال اعتبار نموده باشد.

در تأیید این دیدگاه، به اظهار نظر برخی از فقیهان شورای نگهبان در مورد اوراق مشارکت و اوراق همانند آن می‌توان اشاره نمود که این اوراق را فی‌نفسه فاقد ارزش و صرفاً واجد ارزش سندی دانسته‌اند (مؤمن، ۱۳۷۸: ۱۰).

در هر حال، انعکاس حقوق در ورقه یا تجسم دین در ورقه، تعابیری است اقتباسی از آنچه که در دکترین برخی از کشورها به ویژه آلمان و استرالیا مطرح شده است.

«در حقوق آلمان و استرالیا بیشتر اوراق بهادار، به شکل سند در وجه حامل<sup>۱</sup> صادر شده، به عنوان مال عینی و ملموس لحاظ می‌شوند. نظریه بنیادین در حقوق مدرن آلمان آن است که این اوراق بهادار، اسناد کاغذی هستند که ماهیتی ویژه دارند؛ چرا که

1. Bearer instrument.

حقوقی که با این سند کاغذی در ارتباط است، در خود سند کاغذی، تجسم و عینیت یافته<sup>۱</sup> و در نتیجه، طبق قواعد حاکم بر انتقال اموال مادی و ملموس، انتقال می‌یابد. اگر سند کاغذی منتقل شود، خریدار نه تنها عنوان مالکیت را نسبت به سند کاغذی تحصیل می‌کند، بلکه مستحق تمام حقوقی است که به آن سند مربوط می‌شود. در لغت آلمانی برای این اوراق بهادار، از واژه «wetpapier» استفاده می‌شود که در هر دو کاربرد آلمانی و استرالیایی استعمال می‌گردد. از جهت ادبی، این واژه معنای «کاغذ یا سند ارزش» را افاده می‌کند و اشاره به این واقعیت دارد که این ورقه و سند کاغذی، به یک حق دارای بها تجسد بخشیده است. همچنین این واژه، به این نظریه مبنایی در مورد اوراق بهادار در حقوق آلمان و استرالیا اشاره دارد که حقوق مربوط به سند، با خود سند یکی و ادغام، و مبدل به یک دارایی مادی و ملموس شده است» (Micheler, 2007: 145-148).

با توجه به آنچه در مورد ادله اثباتی نظریه عین‌انگاری سهام و نقد آن گفته شد، نمی‌توان نظریه مذکور را در تحلیل ماهیت سهام موفق ارزیابی نمود. البته این بدان معنا نیست که امکان اعتبار مالیت برای برگه سهم وجود ندارد و بنا بر وجود امکان چنین اعتباری است که برخی از مراجع تقلید، خرید و فروش سهام شرکت‌ها را تجویز نموده و در پاسخ به سؤالی در مورد حکم شرعی خرید و فروش سهام چنین نظر داده‌اند: «اگر ارزش مالی سهام کارگاه، کارخانه، شرکت و یا بانک، به اعتبار خود سهام و بر اثر اعطای اعتبار به آن‌ها توسط کسی که انجام این کار به وسیله او صحیح است باشد، خرید و فروش آن اشکال ندارد...» (حسینی خامنه‌ای، ۱۳۸۹: ۲/۲۹۴).

#### ۴. دین‌انگاری سهام

در مقابل دیدگاهی که به نقد و بررسی آن پرداختیم، نظریه‌ای وجود دارد که سهام را از مقوله دین و التزام می‌داند. طبق این نظریه، میان سهام‌دار و شخص حقوقی، رابطه التزام و دین فرض می‌شود؛ یعنی صاحب سهم نسبت به شرکت، دارای حق دینی است که بر اساس آن می‌تواند نسبت به آورده خویش، سود و منافی را از شرکت مطالبه

1. Materialize.

نماید و در صورت انحلال شرکت، قسمتی از دارایی آن را مطالبه کند. به عبارت دیگر، حق دارنده سهم علاوه بر مطالبه منافع، مطالبه قسمتی از سرمایه شرکت است و این دو حق صرفاً از حقوق دینی به شمار می‌روند (سنه‌وری، بی‌تا: ۲۹۳/۵؛ صقری، ۱۳۹۳: ۱۳۲/۱ و ۱۳۶).

در دیدگاه التزام، سرمایه شرکت خواه منقول و خواه غیر منقول باشد، به خود شرکت تعلق دارد و هیچ یک از شریکان تا زمانی که شرکت منحل نشده است، نمی‌تواند ادعا کند که به طور مشاع در هر یک از اجزاء دارایی، حق مالکیت دارد و سرمایه‌گذاران طلبکاران شرکت هستند و شرکت بدهکار ایشان است. هرچند در باور برخی باید میان سهام بانام و بی‌نام فرق گذاشت. به نظر ایشان، اسناد بانام جزء دیون محسوب می‌شوند و بنابراین قانون قابل اعمال نسبت به آنها، قانون اقامتگاه مدیون (شرکت یا شخص حقوقی متعهد) خواهد بود. این قانون هم در مورد صدور سهام بانام و هم در مورد انتقال مالکیت آنها صلاحیت‌دار خواهد بود (الماسی، ۱۳۷۳: ۱۹۵).

در بررسی این نظریه که سهم را حق دینی یا التزام می‌داند باید گفت حق شخصی یا دینی (التزام) که ریشه در حقوق روم دارد، یک رابطه کاملاً شخصی محسوب می‌شده که در ابتدا نقل و انتقال آن حتی به واسطه مرگ نیز ممکن نبوده است و به تدریج انتقال قهری آن با مرگ پذیرفته می‌شود، لیکن تا مدت‌ها انتقال ارادی حق شخصی امکان‌پذیر نبوده است تا زمانی که مکتب مادی التزام ظهور کرد و التزام و حق شخصی به عنوان عنصری مالی و قابل انتقال، شناسایی گردید.

در حقوق کامن‌لا نیز اوراق بهادار در ردیف اموالی با عنوان “chose in action” طبقه‌بندی می‌گردند. این اموال، که سهام یکی از مصادیق آن به شمار می‌آید، ابتدا به دلایلی از جمله نظم عمومی و جلوگیری از مداخله اشخاص ثالث در دعاوی و شرخری و به دلیل ماهیت کاملاً شخصی آنها، غیر قابل انتقال بودند که با تلاش‌های انصاف، این رویکرد تغییر پیدا کرد و این اموال قابلیت انتقال پیدا کردند. سپس با وضع قانون اموال ۱۹۲۵، کامن‌لا نیز مجبور به تغییر موضع خود شد و این اموال همانند اموال مادی، قابلیت نقل و انتقال پیدا کردند (جعفری خسروآبادی و شهیدی، ۱۳۹۴: ۴۵).

واژه “chose” به معنای “thing” یعنی «چیز» است و در حقوق انگلیس، در دو



طبقه کلی طبقه‌بندی می‌شود. طبقه نخست، "chose in possession" نام دارد و شامل امور مادی، محسوس و ملموس می‌گردد که به نحو واقعی قابل تصرف و بهره‌برداری است؛ مثل یک کتاب یا لوازم منزل. طبقه دوم، "chose in action" نام دارد که «حق» (right) را شامل می‌شود؛ مانند حق مطالبه یک بدهی و دین که با یک اقدام و دعوی حقوقی قابل اعمال است (Martin, 1990: 66).

البته باید توجه داشت که نمی‌توان با استناد به اینکه در کامن‌لا، سهام تحت عنوان "chose in action" قرار می‌گیرد، به این نتیجه رسید که سهام در کامن‌لا، حق شخصی و دین است؛ زیرا هرچند در حقوق انگلیس، سهم "share" در طبقه دوم، یعنی "chose in action" قرار می‌گیرد، لیکن چنان که برخی از نویسندگان اشاره کرده‌اند، به کار بردن عنوان "chose in action" در توصیف سهام، در صورتی که افاده معنایی بیشتر از غیر مادی و نامحسوس بودن سهام مراد باشد، گمراه‌کننده خواهد بود؛ چرا که به دین و طلب نیز "chose in action" اطلاق می‌شود و حال آنکه قطعاً سهام، شبیه به دیون (debts) نیست (Hicks, 2008: 271).

در هر حال بر فرض که سهام شرکت از قبیل طلب و دین باشد، باید گفت که در فقه امامیه دین با حق دینی - در نظریه سنتی آن - متفاوت است. در فقه امامیه، تردیدی در انتقال دین از راه بیع و حواله وجود ندارد. بنابراین اگر دیدگاه التزام را بر مبنای آنچه فقه امامیه به عنوان «دین» می‌شناسد و آن را مالی اعتباری در ظرف ذمه معرفی می‌کند، تبیین نماییم، مانعی در راه انتقال آن نخواهد بود. با وجود این، سهم را «دین» یا «طلب سهام‌دار از شرکت» دانستن، با ایراداتی مواجه شده است؛ برای نمونه، برخی استادان حقوق مدنی، سهم را با عنوان «حق خاص» معرفی نموده و از تسمیه این حق به عینی و دینی اجتناب کرده‌اند؛ چرا که «بدون تردید شریکان، حق عینی بر اموال شرکت ندارند؛ زیرا این اموال، متعلق به شخصیت حقوقی است و بنا بر فرض این شخصیت، وجود ممتاز و مستقل دارد. ولی طلبکار شرکت نیز به حساب نمی‌آیند؛ چون سهم معینی از سود را می‌برند و هنگام انحلال شرکت نیز اموال بین آن‌ها تقسیم می‌شود [و حال آنکه اگر طلبکار بودند]، طلبکار می‌تواند اصل طلب و بهره آن را بدون توجه به میزان سود و زیان شرکت بخواهد و پس از وصول این مبلغ نیز حقی بر اموال شرکت

ندارد» (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۲۳).

ایراد مذکور را باید وارد دانست؛ زیرا اگر سهام را معرّف حق بدانیم و عنوان سهام‌دار را حاکی از شخصی بدانیم که واجد حقوقی است که در ازاء تملیک آورده به شخص حقوقی، به او تعلق گرفته است، نمی‌توان این حق یا حقوق را که سهم نام دارد، حقی دینی دانست. حق شریک بر سرمایه شرکت در وقت انحلال، حق او نسبت به سود حاصل از فعالیت شرکت و به ویژه حق او در اداره شرکت را نمی‌توان در قالب رابطه بستانکاری و بدهکاری توجیه نمود.

در شرکت مدنی، مالکیت شرکا بر آورده از بین نمی‌رود. لذا حق شرکا در اداره مال مشاع، مستقیماً از آثار حق مالکیت است. لیکن این توجیه در مورد شخص حقوقی با مبنای بدهکار بودن آن به شرکا پذیرفتنی نیست. به عبارت دیگر، نمی‌توان در توجیه حق شرکا در اداره شرکت، به وجود رابطه دینی میان آن‌ها و شخص حقوقی استناد نمود.

همچنین بر فرض پذیرش اینکه سهم، طلب سهام‌دار از شرکت باشد، یا باید این طلب را ناظر به تعهد شرکت به پرداخت سود در پایان سال مالی بدانیم، یا ناظر به حق سهام‌داران بر دارایی شرکت و مبلغ اسمی سهام. فرض اول را نمی‌توان پذیرفت؛ زیرا ممکن است اساساً سودی در پایان سال مالی شناسایی نشود. فرض دوم نیز پذیرفتنی نیست؛ زیرا حق سهام‌دار بر دارایی شرکت، طلب موجود تلقی نمی‌شود؛ چرا که این حق پس از انحلال شرکت و در مدت تصفیه ایجاد می‌شود و در زمانی که شرکت در حال فعالیت است، مقتضی چنین طلبی ایجاد نشده و بنابراین قابل انتقال نمی‌باشد (غمامی و ابراهیمی، ۱۳۹۱: ۱۳۶).

از سوی دیگر، طلبکار دانستن سهام‌دار لوازمی دارد که پابندی به آن بسیار دشوار می‌نماید؛ برای نمونه، اگر سهام‌دار را طلبکار محسوب کنیم، از زمان حاصل شدن سود، استحقاق دریافت سود را ندارد، بلکه از تاریخ تصویب مجمع عمومی، مستحق دریافت سود خواهد بود. همچنین طلبکار دانستن سهام‌دار، علی‌القاعده وی را در زمان ورشکستگی شخص حقوقی، در ردیف سایر طلبکاران قرار خواهد داد.

در حالی که اولاً: به نظر می‌رسد مالکیت بر سود، بعد از حصول آن و اتمام سال

مالی مستقر است و تنها مقدار سود، منوط به نظر و تصمیم مجمع عمومی است. این مطلب از ظاهر ماده ۲۴۰ قانون تجارت قابل استفاده است:

«مجمع عمومی پس از تصویب حساب‌های سال مالی و احراز اینکه سود قابل تقسیم وجود دارد، مبلغی از آن را که باید بین صاحبان سهام تقسیم شود، تعیین خواهد نمود».

ثانیاً: در صورت ورشکستگی شخص حقوقی و عدم کفاف دارایی‌اش برای تأدیه دیون، به اندازه مبلغ اسمی سهام سهام‌دار، حق رجوع به او را خواهند داشت و حال آنکه طلبکار دانستن سهام‌دار، مقتضی چنین امری نیست.

از منظر فقه شیعه، در صورتی که سهام را ماهیتاً دین و طلب بدانیم، مانعی از جهت نقل و انتقال آن وجود نخواهد داشت؛ چرا که از این منظر، دین نوعی از مال محسوب می‌شود و مستقیماً متعلق مالکیت قرار می‌گیرد و هرچند مالی اعتباری است و در ظرفی اعتباری به نام ذمه وجود می‌یابد، لیکن به سادگی قابل نقل و انتقال است.

اما پذیرش این دیدگاه - دین دانستن سهم - در فقه، منوط به آن است که شرکت تجاری، واجد شخصیت حقوقی باشد تا همانند شخص طبیعی بتوان برای آن ذمه‌ای تصور نمود که اموالی در ظرف آن قرار گیرد. بنابراین اگر به هر دلیلی، وجود شخصیت حقوقی برای شرکت تجاری، مورد نفی قرار گیرد، این نظریه نفی خواهد شد. همچنین دین‌انگاری سهم در تحلیل فقهی، به معنای آن است که اشخاص (خریداران سهم) مبالغی را به شرکت تجاری قرض می‌دهند تا در مقابل، شرکت به عنوان مقترض، مالیت مال مورد قرض را ضامن باشد؛ خواه سود ببرد و خواه ضرر. در حالی که در شرکت‌های تجاری، هیچ یک از سود و مقدار آن و اصل سرمایه، در ضمانت شرکت نیست و التزام به چنین قرضی، به معنای پذیرش قرض ربوی حرام است.

## ۵. تحلیل ماهیت سهم با توجه به مبانی فقهی

به نظر می‌رسد برای ارائه تحلیلی جامع از ماهیت سهام، توجه به دو امر ضروری است: نخست، بازگشت به مفاهیم و مبانی پذیرفته‌شده در فقه به عنوان مهم‌ترین مبانی حقوق ایران. در این راستا، باید به مفهوم مال و اقسام آن در دیدگاه فقهی توجه نمود.

امر دوم، توجه به فرایند تحقق سهم است که می‌تواند در شناخت آن مؤثر باشد. در ادامه بحث با توجه به این دو امر مهم، سعی می‌شود ماهیت سهم تبیین گردد.

## ۱-۵. انواع مال

برای تعیین نوع مالیت سهام، بازخوانی اموری که قابلیت تمول دارند، ضروری است. این امور را می‌توان در پنج طبقه قرار داد: اعیان، نقود، منافع، قروض و حقوق (فضلی، ۱۴۱۹: ۲/۲۴).

### ۱-۱-۵. اعیان

در اصطلاح، «اعیان» به اشیاء مادی گفته می‌شود که دارای وجود خارجی‌اند؛ در برابر «نقود» که آن‌ها نیز اشیاء مادی دارای وجود خارجی محسوب می‌شوند، جز اینکه از ویژگی «نقد بودن» برخوردارند و به همین جهت، از اعیان متمایز می‌گردند. البته در برخی از استعمالات فقهی یا حقوقی، اعیان به همه اشیاء مادی اطلاق می‌شود؛ خواه از ویژگی نقد بودن برخوردار باشند یا نباشند، و آن‌ها را به منقول و غیر منقول تقسیم می‌نمایند. بنابراین مراد از عین، هر مالی است که در وجود خارجی، در عداد اجسام است و هدف است نه وسیله؛ پس اسکناس در محل بحث، عین نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱: ۴/۲۷۰۲).

### ۲-۱-۵. نقود

«نقود» صرف نظر از تطور معنایی که داشته است، به نوعی از مال اطلاق می‌شود که شامل همه واحدهای پولی اعم از طلا و نقره و چیزهای دیگر می‌شود. از لحاظ اقتصادی، دو کارکرد مهم برای نقود در نظر گرفته شده است:

**کارکرد اول:** «نقود» به عنوان مقیاسی برای سنجش قیمت و ارزش یک کالا نسبت به کالای دیگر به شمار می‌آیند؛ برای مثال، اگر بخواهیم قیمت گوشت گوسفند را نسبت به قیمت برنج بسنجیم، از راه واحدهای نقدی یعنی پولی، این کار صورت می‌گیرد، مثلاً اگر یک کیلو گوشت، ۴۵۰ هزار ریال و یک کیلو برنج، ۱۵۰ هزار ریال باشد، گفته می‌شود که ارزش و قیمت گوشت، سه برابر قیمت برنج است.

کارکرد دوم: «نقود» به عنوان واسطه در مبادله کالا به شمار می‌آیند. قبل از اختراع نقود، مبادلات به شکل دادوستد<sup>۱</sup> یعنی مبادله کالا به کالا یا کالا به خدمات بود؛ اما به جهت دشواری‌هایی که این شکل از مبادلات به همراه داشت، نقود به عنوان واسطه مبادله کالا اختراع شدند. شخص کالا را می‌دهد، نقد می‌ستاند و نقد را می‌دهد و کالا می‌ستاند.

با توجه به این دو کارکرد مهم، در تعریف نقود گفته شده است که نقد عبارت است از «هر چیزی که در مبادلات، از اقبال عام برخوردار بوده و دارای قدرت خرید عمومی باشد و به عنوان واسطه‌ای در معاملات و مقیاس قیمت‌گذاری لحاظ شود». عبارت «هر چیز» اشاره به تطوراتی دارد که نقود با توجه به شرایط اقتصادی و اجتماعی در مراحل مختلف تاریخی به خود دیده‌اند. در مرحله اول برخی از کالاها از ویژگی «نقد بودن» برخوردار بوده‌اند؛ پوست حیوانات، شتر و... (النقود السلعیه). در مرحله دوم، نقودی از جنس فلز مورد اقبال عام قرار می‌گیرند؛ فلزهایی از قبیل آهن، برنز، نقره و طلا (النقود المعدنیه). پس از این دوران، نقود کاغذی به میان آمد تا زمان کنونی که نقود بانکی وجود دارد.

این تطورات تاریخی نشان می‌دهد که اعتبار هر چیزی به عنوان واسطه در مبادلات بین کالاها یا خدمات، امکان‌پذیر است و چنانچه کارکردهای مهم نقود را داشته باشد، عنوان نقد را خواهد داشت. پس می‌توان گفت که نقود هر چیزی است که وظیفه نقود را انجام دهد (فضلی، ۱۴۱۹: ۲/۳۰-۳۳).

### ۳-۱-۵. منافع

«منافع»، جمع کلمه منفعت است. فقیهان در تعریف منفعت، نظر یکسانی ندارند:

- «المنفعة هی الغرض المقصود» (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۹/۱۲۵).

- «ما یقصدہ العقلاء عند الشراء» (غروی اصفهانی، ۱۴۰۹: ۱۹۲).

- «الحیثیة القائمة فی العین» (غروی اصفهانی، ۱۴۱۹: ۹۷).

تعاریف دیگری نیز در عبارات فقها آمده است؛ لیکن در جمع این تعاریف و لحاظ

1. Barter.

موارد استعمال واژه منفعت می‌توان گفت که در اصطلاح فقه، منفعت دارای دو معنای خاص و عام است. در معنای خاص، کلمه «منفعت» تنها به مواردی اطلاق می‌شود که در خارج عینیت ندارند؛ مثل سکونت خانه یا پوشیدن لباس یا عمل خیاطی. اما در معنای عام، کلمه منفعت، هم شامل موارد پیش گفته می‌شود و هم مواردی را در برمی‌گیرد که دارای اعیان خارجی هستند، مثل نمائات حیوانات و ثمرات گیاهان، و حتی در برخی از موارد، به خود گیاه - مانند علفِ چرا - «منفعت» اطلاق می‌شود. در هر حال، از تعبیر فقیهان چنین برمی‌آید که منفعت هر چیزی به حسب خود آن چیز است؛ چنان که به نظر برخی از فقیهان:

«سیره متداول آن است که زمین را برای چرای چهارپایان و استفاده از علف آن اجاره می‌دهند» (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۴: ۱۶/۱).

#### ۱-۵-۴. قروض

«قروض»، جمع کلمه قرض است. قرض در معنای مصدری، دلالت می‌کند بر فعل دادن مال به دیگری به منظور انتفاع از آن، تا اینکه در زمانی معین، بدل آن به مالک مسترد شود. در معنای اسم مصدری نیز دلالت می‌کند بر مالی که قرض داده شده است. واژه «دَین»، به قرض بسیار نزدیک است. در تفاوت لغوی میان دَین و قرض گفته شده است:

«دَین چیزی است که دارای اجل است؛ اما قرض چیزی است که اجل ندارد» (فیروزآبادی، بی‌تا: ۲۲۵/۴).

اما به نظر می‌رسد که چنین تفاوتی در استعمال علمی و عرفی این دو لفظ لحاظ نمی‌شود. در نظر برخی از فقیهان، «دَین» مالی است که ذمه یک انسان در برابر انسانی دیگر بدان مشغول می‌شود. اسباب متعددی موجب اشتغال ذمه می‌شود؛ برای مثال، قرض گرفتن مال موجب می‌شود که عوض آن در ذمه مقترض قرار گیرد، یا بیع سلف موجب می‌شود که مبیع تا زمانی مشخص بر ذمه بایع قرار گیرد، یا اتلاف مال، موجب ضمان و اشتغال ذمه مُتلف می‌گردد (بصری بحرانی، ۱۴۱۳: ۵/۶).

## ۵-۱-۵. حقوق

در مورد ماهیت حق، دیدگاه‌های متنوعی در فقه وجود دارد. گروهی سعی کرده‌اند با مفاهیمی چون ملکیت و یا سلطنت، ماهیت حق را تحلیل کنند. در دیدگاهی دیگر، حق در هر مورد، معنای خاص خودش را دارد.

به نظر می‌رسد در بررسی ماهیت حق باید ابتدا به این پرسش پاسخ داد که آیا «حق» از مفهومی مستقل در برابر سایر مفاهیم اعتباری مثل «حکم» و «ملک» برخوردار است یا خیر؟ پاسخ به این پرسش در تبیین ماهیت «حق» مفید خواهد بود. برخی بر این باورند که «حق» مفهوم مستقلی نداشته، تفاوتی میان حق و حکم وجود ندارد. به نظر ایشان، مجعولات شرعی<sup>۱</sup> گرچه از حیث آثار یکسان نیستند - مثلاً برخی قابل اسقاط و برخی دیگر غیر قابل اسقاط‌اند - لیکن تمام آن‌ها بر جعل و اعتبار استوارند (و ماهیت همه آن‌ها یکی است). لذا وجهی ندارد که آن‌ها را به حق و حکم تقسیم کنیم تا در نتیجه، نیاز به یافتن تفاوت میان آن‌ها باشیم. بلکه باید گفت که همه آن‌ها، حکم شرعی یا عقلایی‌اند که بر اساس مصالحی اعتبار شده‌اند.

در این دیدگاه، هیچ تفاوتی میان جواز قتل کافر و جواز قتل جانی وجود ندارد؛ هرچند مشهور، جواز را در مورد اول، «جواز حکمی» و در مورد دوم، «جواز حقی» دانسته‌اند. همچنین تفاوتی میان جواز رجوع واهب در عقد هبه، و جواز رجوع صاحب‌خيار در عقد بیع وجود ندارد. بنابراین فرق ماهوی بین «حق» و «حکم» نیست و «حق»، همان حکمی است که قابل اسقاط است (موسوی خویی، بی‌تا: ۴۶/۲).

در مقابل این دیدگاه می‌توان گفت که مفهوم «حق»، مستقل از سایر مفاهیم است و نیازی به توجیه آن با مفاهیمی مانند ملک و سلطنت نیست. به عبارت دیگر، «حق»

۱. مجعولات شرعی در این دیدگاه بر شش قسم‌اند: ۱- تکلیفی الزامی، مانند واجبات و محرمات. ۲- تکلیفی غیر الزامی، مانند مستحبات، مکروهات و مباحات. ۳- وضعی لزومی که انفساخ‌پذیر است، مثل لزوم بیع، اجاره، صلح و مانند آن‌ها؛ زیرا با شرط یا وصف یا اقاله می‌توان آن را بر هم زد. ۴- وضعی لزومی که انفساخ‌پذیر نیست، مثل لزوم عقد نکاح؛ چرا که جز در مواردی محدود و معین نمی‌توان آن را بر هم زد. ۵- وضعی ترخیصی در خور اسقاط، مانند حق شفعه و حق‌خيار که دارنده این دو حق می‌تواند آن‌ها را رها کند؛ بدین معنا که این اجازه به او داده شده است. ۶- وضعی ترخیصی غیر قابل اسقاط، مانند جواز در عقد هبه؛ یعنی حق واهب در بر هم زدن این عقد، که با اسقاط از بین نمی‌رود.

دارای اعتباری مستقل است. بنا بر این دیدگاه، همان طور که ملکیت، حکمی وضعی و دارای اعتباری مستقل است و احکام تکلیفیه‌ای بر آن مترتب می‌شود، «حق» نیز اعتباری اصیل است که احکام و آثار متعددی بر آن مترتب می‌شود؛ مانند حق تحجیر که سلطنت اعتباری بر احیای زمین است و از احکام و آثار این سلطنت، جواز آباد کردن و حرمت مزاحمت دیگران است. به بیان دیگر، حق در برابر احکام تکلیفی و احکام وضعی، مفهومی مستقل دارد که بر آن، آثار و احکامی مترتب می‌شود. دلیل بر این مدعا علاوه بر فهم و ارتکاز عقلا، صادق بودن «حق» در مواردی است که ملک و سلطنت در آن موارد صادق نیست؛ برای مثال، اگر کسی به مکانی از مسجد یا دیگر مکان‌های موقوفه یا مباح سبقت گیرد، بی شک آن مکان، ملک وی نمی‌شود؛ اما برای او حقی نسبت به مکان مزبور حاصل می‌شود. همچنین حق تحجیر، حق سوگند یا حق قذف، اگر به صغیری انتقال یابد، هیچ گونه سلطنتی برای تصرف در این حقوق ندارد، اما عقلا او را دارای حق می‌دانند (موسوی خمینی، ۱۳۹۰: ۳۹/۱). برخی از مؤیدات این دیدگاه عبارت‌اند از:

- ۱- در بسیاری از موارد، ملکیت به حق تعلق می‌گیرد؛ یعنی همان طور که در عرف، عین خارجی را مملوک می‌دانند، حق را نیز مملوک خود قرار می‌دهند. این امر، نشانگر تغایر حق و ملک است؛ چرا که عارض و معروض نمی‌توانند یکی باشند.
- ۲- شاهدی بر این ادعا که ماهیت «حق» با «جواز و لزوم» شرعی یکسان بوده و تنها وجه افتراق، در قابلیت و عدم قابلیت اسقاط است، ارائه نشده است، بلکه شواهدی بر خلاف این ادعا قابل ارائه است؛ زیرا مواردی وجود دارد که «حق» ثابت بوده، اما لزوم یا جواز شرعی وجود ندارد. برای مثال، در مواردی که شخص خانه‌اش را به بیع خیاری به دیگری منتقل کند و سپس محجور شود، بایع محجور حق خیار دارد، اما جایز نیست آن را اعمال نماید. نمونه دیگر در جایی است که شریک سهم فروخته شده، سفیه باشد، که در این صورت، حق شفعه ثابت است، اما جواز شرعی بر اعمال آن وجود ندارد. مورد دیگر، جایی است که حق خیار از راه ارث به صبی منتقل می‌شود (تبریزی، ۱۳۷۴: ۱۳/۲-۱۵). این شواهد، گویای آن است که «حق»، اعتباری خاص است و با جواز و لزوم شرعی متفاوت است.



## ۲-۵. تبیین ماهیت سهم بر مبنای «حق»

در میان طبقات پنج‌گانه که برای مال ذکر شد، توجه به نحوه تشکیل شرکت سهامی و تحقق سهم نشان می‌دهد که ماهیت سهم را می‌توان در طبقه پنجم از اموال قرار داد و آن را از «حقوق» دانست؛ البته حقوق در معنایی که در بحث پیشین برگزیدیم.

به عبارت دیگر، سهم در باور ما ماهیت «حقی» دارد؛ یعنی از مصادیق حق شناخته می‌شود و می‌توانیم آن را «حق الشرکه» یا «حق شرکتی» بنامیم.

در تبیین این دیدگاه، توجه به مراحل شکل‌گیری شرکت سهامی و تولد سهم مؤثر است. چنان که از مواد مذکور در بخش اول لایحه قانونی مصوب ۴۷ برمی‌آید، نخستین مرحله شکل‌گیری شرکت سهامی عام، تأسیس آن توسط مؤسسان است. آنان قراردادی را میان خود منعقد می‌کنند که بر اساس آن، موضوع شرکت انتخاب می‌شود. ایشان باید حداقل ۲۰ درصد از سرمایه شرکت را خودشان تعهد نمایند و دست کم ۳۵ درصد مبلغ تعهدشده را در اولین گام به حسابی که در یکی از بانک‌ها به نام «شرکت در شرف تأسیس» گشوده می‌شود، سپرده‌گذارده و از بانک گواهی دریافت نمایند.

مرحله دوم، مرحله پذیره‌نویسی است. پس از اینکه مؤسسان، امور مقدماتی را انجام دادند، باید در صدد جذب شرکای دیگر باشند. در این مرحله از آحاد جامعه برای سرمایه‌گذاری در «شرکت سهامی عام در شرف تأسیس» دعوت می‌شود. برای ورود به مرحله پذیره‌نویسی لازم است اعلامیه پذیره‌نویسی آماده گردد تا به انضمام اظهارنامه (تقاضانامه تنظیم شرکت) و اساسنامه، جهت اخذ مجوز پذیره‌نویسی، به مرجع ثبت شرکت‌ها تقدیم شود. البته به موجب قانون بازار اوراق بهادار مصوب سال ۱۳۸۴، مرجع ثبت شرکت‌ها نمی‌تواند به تنهایی اجازه انتشار اعلامیه پذیره‌نویسی برای شرکت سهامی عام را صادر کند، مگر آنکه سازمان بورس و اوراق بهادار با آن موافقت کند. بنابراین پذیره‌نویسی از طریق عرضه عمومی سهام امکان‌پذیر است و ایجاد و انتشار این سهام باید در نزد سازمان بورس و اوراق بهادار به ثبت برسد.

برای ثبت سهام شرکت، مؤسسان باید تقاضای مخصوصی به سازمان بورس تسلیم کنند. به موجب بند ۲۸ ماده ۱ قانون بازار اوراق بهادار، پذیره‌نویسی به معنای فرایند خرید اوراق بهادار از ناشر و یا نماینده قانونی آن و تعهد پرداخت وجه کامل آن طبق

قرارداد است.

بعد از مرحله پذیره‌نویسی و اطمینان از اینکه سرمایه شرکت صحیحاً تعهد شده و دست کم ۳۵ درصد آن پرداخت گردیده است، مؤسسان ضمن تعیین سهام هر یک از تعهدکنندگان سرمایه، از همه سرمایه‌گذاران برای تشکیل مجمع عمومی مؤسس دعوت می‌نمایند تا در آن پیش‌نویس اساسنامه مورد اصلاح و تصویب قرار گیرد.

بنا بر آنچه گفته شد، روشن می‌شود که در قبال «آورده»، «سهم» اختصاص داده می‌شود. آورده به شرکت ممکن است توسط مؤسسان شرکت یا توسط پذیره‌نویسان، پرداخت یا تعهد به پرداخت شود. اما باید توجه داشت که این سهم، مادام که برای شرکت، شخصیت حقوقی مستقل از شرکا ایجاد نشده، جزء مشاعی از سرمایه و مجموع آورده‌ها می‌باشد و رابطه مالکیت میان اشخاص حقیقی و آورده‌های ایشان، همچنان باقی است؛ زیرا از طرفی، شرکت تجاری به علت فقدان شخصیت نمی‌تواند مالک آورده شناخته شود و از سوی دیگر، اگر رابطه مالکیت شرکا را با آورده منقطع بدانیم، آورده‌ها بدون مالک خواهند ماند. بنابراین سهم در این مرحله از تشکیل شرکت تجاری، چیزی جز حصه مشاع شریک در مجموع آورده‌ها نیست. اما بعد از اینکه شرکت تجاری، واجد شخصیت حقوقی می‌شود، رابطه مالکیت میان مؤسسان و پذیره‌نویسان با آورده‌ها منقطع شده و در ازاء آن، ایشان از «حق الشریکه» یا همان «سهم» برخوردار خواهند شد.

آنچه گفته شد، ناظر به مرحله تأسیس شرکت تجاری بود. اما پس از آن، هر گونه نقل و انتقال یا تصرفی که توسط مؤسسان یا پذیره‌نویسان اولیه، از طریق عرضه سهامشان در بازار بورس صورت گیرد، در قالب انتقال یا تصرف در «حق» تبیین می‌شود. همچنین انتشار اوراق سهام جدید که توسط خود شرکت سهامی به منظور افزایش سرمایه صورت می‌گیرد و احتمالاً سهام‌داران جدیدی را به دایره شرکا می‌افزاید نیز به معنای انتشار اوراق مثبت حقی است که برای خریدار این اوراق اعتبار شده است؛ حقی که آن را «حق الشریکه» یا «سهم» می‌نامیم. این حق (سهم) علاوه بر اینکه اختیارات و امتیازاتی به صاحب آن (سهام‌دار) اعطا می‌کند، موجب ایجاد تعهدات یا تکالیفی برای او نیز می‌باشد.

## نتیجه گیری

از مجموع آنچه گفته شد می توان به نتایج زیر دست یافت:

۱- تحلیل ماهیت سهم بر مبنای تقسیم اموال به حق دینی و عینی، تناسبی با مبانی پذیرفته شده در فقه و حقوق ایران ندارد.

۲- عین انگاری سهام شرکت های تجاری هرچند متضمن امتیازاتی است، لیکن ادله وافی بر پذیرش آن موجود نیست. از یک سو برای تصحیح نقل و انتقال یا توثیق سهام، نیازی به عین انگاشتن سهم نیست، بلکه بر فرض پذیرش سایر دیدگاه های رقیب همانند حق انگاری سهم یا جزء مشاع دانستن سهم نیز می توان معاملات سهم را تجویز نمود؛ چنان که صحت بیع یا رهن سهم نیز ملازمه ای با عین بودن آن ندارد. از سوی دیگر، سهم را نمی توان دین یا التزام دانست؛ زیرا طلبکار دانستن سهام دار لوازمی دارد که پایبندی به آن دشوار است.

۳- تحلیل ماهیت سهم می تواند با توجه به مبانی بومی و پذیرفته شده در فقه و حقوق ایران صورت پذیرد. به نظر نگارندگان، «سهم» ماهیتاً «حق» است. با این توضیح که سهم در ابتدا در قبال «آورده» به اشخاص اختصاص داده می شود. مادام که برای شرکت، شخصیت حقوقی مستقل از شرکا ایجاد نشده، جزء مشاعی از سرمایه و مجموع آورده ها می باشد و رابطه مالکیت میان اشخاص حقیقی و آورده های ایشان، همچنان باقی است. اما بعد از اینکه شرکت تجاری واجد شخصیت حقوقی می شود، رابطه مالکیت میان مؤسسان و پذیره نویسان با آورده ها منقطع شده و در ازاء آن، ایشان از «حق الشریکه» یا همان «سهم» برخوردار خواهند شد. بنابراین هر گونه نقل و انتقال سهم را باید در قالب انتقال «حق»، تحلیل و نهایتاً آن را تجویز یا منع نمود.

## کتاب‌شناسی

۱. اسکینی، ربیعا، *حقوق تجارت؛ شرکت‌های تجاری*، چاپ سیزدهم، تهران، سمت، ۱۳۸۹ ش.
۲. الماسی، نجادعلی، *تعارض قوانین*، چاپ سوم، تهران، مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۷۳ ش.
۳. انصاری، علی و سهیل ذوالفقاری، «توثیق اموال غیر مادی در حقوق ایران»، *دوفصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، سال چهارم، شماره ۶، بهار و تابستان ۱۳۹۱ ش.
۴. ایروانی نجفی، علی بن عبدالحسین، *حاشیه‌المکاسب*، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۵. باریکلو، علی‌رضا، «ماهیت سهم و بازخريد آن توسط شرکت صادرکننده»، *پژوهشنامه حقوق و علوم سیاسی*، شماره ۱، تابستان ۱۳۸۵ ش.
۶. بصری بحرانی، زین‌الدین محمدامین، *کلمة التقوی*، چاپ سوم، قم، سیدجواد وداعی، ۱۴۱۳ ق.
۷. یاسبان، محمدرضا، *حقوق شرکت‌های تجاری*، چاپ سوم، تهران، سمت، ۱۳۸۷ ش.
۸. تبریزی، جواد بن علی، *ارشاد الطالب الی التعلیق علی مکاسب*، قم، اسماعیلیان، ۱۳۷۴ ش.
۹. تفرشی، محمدعسی و ابراهیم شعاریان ستاری، «سهم و حقوق ناشی از آن در شرکت‌های سهامی»، *فصلنامه پژوهش حقوق و سیاست*، دوره چهارم، شماره ۷، زمستان ۱۳۸۱ ش.
۱۰. جعفری خسروآبادی، نصرالله و سیدمرتضی شهیدی، «بازپژوهی فقهی - حقوقی ماهیت اوراق سهام و قرارداد واگذاری آن»، *دوفصلنامه تحقیقات مالی اسلامی*، سال پنجم، شماره ۱ (پیاپی ۹)، پاییز و زمستان ۱۳۹۴ ش.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *حقوق اموال*، چاپ دوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۰ ش.
۱۲. همو، میسوط درترمبولوژی حقوق، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۱ ش.
۱۳. حسینی خامنه‌ای، سیدعلی بن جواد، *اجوبة الاستفتانات (فارسی)*، چاپ دهم، تهران، پیام عدالت، ۱۳۸۹ ش.
۱۴. حسینی سیستانی، سیدعلی، *المسائل المنتخبة*، مشهد المقدسة، مكتبة آية الله العظمی سیدعلی السیستانی، ۱۴۲۳ ق.
۱۵. ستوده تهرانی، حسن، *حقوق تجارت*، چاپ سیزدهم، تهران، دادگستر، ۱۳۸۸ ش.
۱۶. سنهوری، عبدالرزاق احمد، *الوسیط فی شرح القانون المدني (العقود التي تقع علی الملكية: الهبة و الشركة)*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی‌تا.
۱۷. همو، *الوسیط فی شرح القانون المدني (نظرية الالتزام بوجه عام: مصادر الالتزام)*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی‌تا.
۱۸. صدر، سیدمحمدباقر، «حواله»، ترجمه سیدعلی‌رضا حائری، *فصلنامه فقه اهل بیت (علیهم‌السلام)*، شماره ۲۱، ۱۳۷۹ ش.
۱۹. صقری، محمد، *حقوق بازرگانی شرکت‌ها*، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳ ش.
۲۰. عبدی‌پور فرد، ابراهیم، *مباحثی تحلیلی از حقوق تجارت*، چاپ سوم، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۳ ش.
۲۱. غروی اصفهانی، محمدحسین، *بحوث فی الفقه (الاجاره)*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۹ ق.
۲۲. همو، *حاشیه کتاب مکاسب*، قم، ذوی‌القربی، ۱۴۱۹ ق.
۲۳. غمامی، مجید و مریم ابراهیمی، «ماهیت حقوقی سهام پذیرفته‌شده در بورس»، *نشریه مطالعات حقوق تطبیقی*، دوره سوم، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۱ ش.

۲۴. فضلی، عبدالهادی، *دروس فی فقه الامامیه*، بیروت، مؤسسه أم القرى، ۱۴۱۹ ق.
۲۵. فیروزآبادی، محمد بن یعقوب، *القاموس المحيط*، بیروت، دار العلم للجمع، بی تا.
۲۶. کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی؛ اموال و مالکیت*، تهران، یلدا، ۱۳۷۴ ش.
۲۷. همو، *دوره حقوق مدنی؛ عقود معین (جلد چهارم؛ عقود اذنی، وثیقه‌های دین)*، چاپ چهارم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۲ ش.
۲۸. کاشف‌الغطاء، محمدحسین بن علی بن محمدرضا، *تحریرالمجله*، تهران، المجمع العالمی للتقرب بین المذاهب الاسلامیه، ۱۴۲۴ ق.
۲۹. کاویانی، کوروش، *حقوق شرکت‌های تجاری*، چاپ پنجم، تهران، میزان، ۱۳۹۵ ش.
۳۰. کرکی عاملی، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل‌البتین، ۱۴۱۴ ق.
۳۱. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، *ترجمه تحریرالوسیله*، ترجمه علی اسلامی، چاپ سیزدهم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۷۵ ش.
۳۲. همو، *کتاب البیع*، نجف، مطبعة الآداب، ۱۳۹۰ ق.
۳۳. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *صراط النجاة فی اجوبة الاستفتائات*، قم، دار الاعتصام، ۱۴۱۷ ق.
۳۴. همو، *مصباح الفقاهه*، *تقریر محمدعلی توحیدی تبریزی*، بی جا، بی تا.
۳۵. مؤمن، محمد، «جایگاه اوراق مشارکت در نظام اقتصادی اسلامی»، *ماهنامه معرفت*، شماره ۲۸، ۱۳۷۸ ش.
۳۶. نیکبخت، حمیدرضا و ماشاءالله بناء نیاسری، «قابلیت معامله اعتبار در حقوق اعتبارات اسنادی مطالعه‌ای در مفهوم، شرایط، آثار و ماهیت حقوقی معامله اعتبار»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره چهاردهم، شماره ۵ (پیاپی ۱۰۷)، زمستان ۱۳۹۰ ش.
37. Henderson, Andrew James, *Uncertificated shares: a comparative look at the voting right of shareholders*, A dissertation submitted for the degree master of laws, University of Johannesburg, 2013, Available at: <<https://ujdigispace.uj.ac.za>>.
38. Hicks, Andrew & S. H. Goo, *Cases and Materials on Company Law*, 6<sup>th</sup> ed., Oxford, 2008.
39. Martin, Elizabeth A., *A Concise Dictionary of Law*, New York, Oxford University Press, 1990.
40. Micheler, Eva, *Property in Securities; A Comparative Study*, 1<sup>st</sup> Ed., New York, Cambridge University Press, 2007.
41. Ooi, Maisie, *Shares and Other Securities in the Conflict of Laws*, Oxford University Press, 2003.



## پژوهشی در

# حکم وضعی بیع مجهول به ضمیمه شیء معلوم؛

## با محوریت کتاب البیع امام خمینی رحمته الله علیه\*

□ محمد اسدی<sup>۱</sup>

□ محمدعلی راغبی<sup>۲</sup>

### چکیده

مقنن در ماده ۳۴۲ قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران تصریح می‌دارد: «مقدار و جنس و وصف مبیع باید معلوم باشد». این ماده ریشه در فقه امامیه دارد و از نظر فقها، عدم علم به جنس، مقدار و وصف مبیع، موجب غرری است که منهی عنه می‌باشد و غرر در معامله سبب بطلان است. در این مقام، اگر بیع مجهولی به ضمیمه شیء معلوم منعقد گردد، محل بحث است که آیا مانعیت غرر، بماه‌های بی‌ضمیمه معلوم از بین می‌رود یا نه؟ حکم وضعی این معامله میان فقها اختلافی است. در این میان، استدلال امام خمینی کاملاً متفاوت از آراء سایر فقهاست. ایشان چنین استظهار می‌دارد: روایات وارد در این خصوص، در مقام بیان حکم صحت برای بیع مجهول به ضمیمه شیء معلوم - که به واسطه غرر باطل می‌شود - نیست؛ بلکه روایات مذکور در جایی وارد شده است که اصلاً

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

۱. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه قم (نویسنده مسئول) (m.asadi@stu.qom.ac.ir).

۲. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه قم (ma-raghebi@yahoo.com).

غرری وجود ندارد. حاصل پژوهش در این خصوص نشان می‌دهد که در بیع مجهول به ضمیمه شیء معلوم، یا باید همانند امام از روایات وارد در این مسئله دست برداشت و قائل به بطلان چنین بیعی شد، چرا که استخراج حکم صحت از این روایات مخالف با قواعد عقلایی است، و یا در صورت اعتقاد به وجود اجماع مبنی بر صحت این بیع، باید به قدر متیقن (نصوص) اکتفا نمود و شایسته نیست که ضمیمه معلوم را به عنوان قاعده کلی برای تخصیص عدم جواز بیع مجهول پذیرفت.

**واژگان کلیدی:** امام خمینی، بیع، بیع مجهول، بیع معلوم، ضمیمه شیء معلوم.

### ۱. مقدمه

یکی از موضوعاتی که در متون فقهی به صورت مبسوط درباره آن بحث و گفتگو شده، بیع و احکام آن است و البته که منشأ معاملات عرف است و از احکام تأسیسی نمی‌باشد؛ اما روایاتی که در لابه‌لای کتب روایی در این زمینه به دست ما رسیده است، کمک شایانی به روشن شدن نقاط تاریک مباحث کرده و سبب وقوف بر جزئیات احکام معاملات و تقویت مبانی استدلال شده است.

از آنجا که قوانین داخلی ایران باید بر طبق موازین شرعی باشد و شارع مقدس به سبب جهالت و حصول غرر در بیع مجهول، چنین بیعی را باطل می‌داند، به تبع آن، قوانین حقوقی ایران نیز قائل به بطلان چنین بیعی خواهد بود. اما اگر اشخاص اقدام به بیع مجهول به انضمام شیء معلومی نمایند، حکم وضعی این معامله از نقطه نظر نظام حقوقی ایران چه خواهد بود؟ و براهین آن کدام است؟ و مقنن چگونه می‌تواند در نیل به حکم وضعی چنین بیعی، از موازین شرعی کمک بگیرد؟

اهمیت یافتن پاسخ مسئله مورد بحث مقاله، در جایی بروز می‌نماید که عرف جامعه برای فرار از حکم بطلان بیع مجهول، متوسل به حيله شده و اقدام به بیع مجهول به انضمام شیء معلوم نماید و در نهایت به غرض خود، یعنی بیع مجهول نائل گردد؛ اگرچه در ضمن بیعی معلوم و ناچیز باشد.

جستار پیش رو با تتبع در اقوال فقها و با تکیه بر نظر امام خمینی، در تلاش برای



یافتن پاسخ و ارائه راه حل است. این پژوهش با بهره‌گیری از تحلیل محتوای کیفی و با استناد به منابع کتابخانه‌ای صورت گرفته است.

## ۲. مفهوم‌شناسی بیع

بیع در لغت به «مبادله مال به مال» تعریف شده است و مقصود از «مال» اول، همان مبیع یا مثنی است و مراد از «مال» دوم، ثمن و عوض معامله است که مشتری به بایع انتقال می‌دهد. از نظر لغت، مبیع اختصاص به عین ندارد (فیومی مقری، بی‌تا: ۶۹/۲). برای بیع مصطلح، تعابیر مختلفی از سوی فقها ارائه شده است؛ از جمله اینکه برخی از فقها همانند شیخ انصاری و محقق کرکی، بیع را به چیزی که حاصل فعل بایع است (در معنای اسم مصدر) اطلاق نموده‌اند:

«أَنَّهُ إِنِّشَاءُ تَمْلِیْکِ عَیْنِ بَمَالٍ» (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۱/۳).

برخی دیگر همچون شیخ طوسی، ابن ادریس و علامه حلی، بیع را حاصل فعلِ موجب و قابل می‌دانند:

«هُوَ اِتِّتْقَالُ عَیْنِ مَمْلُوکَةٍ مِنْ شَخْصٍ اِلَیْ غَیْرِهِ بِعَوْضٍ مَقْدَرٍ عَلَیْ وَجْهِ التَّرَاضِیِّ» (طوسی، ۱۳۸۷: ۷۶/۲).

عده‌ای دیگر نظیر ابن حمزه، بیع را به عقد متضمن ایجاب و قبول تعریف کرده‌اند:

«اَلْبَیْعُ عَقْدٌ عَلَیْ اِتِّتْقَالِ عَیْنِ مَمْلُوکَةٍ...» (ابن حمزه طوسی، ۱۴۰۸: ۲۳۶).

از آنجا که معاملات از امور اعتباری به حساب می‌آیند، تعریف حقیقی - به جنس و فصل - ندارند؛ زیرا مشتمل بر ذات و ذاتیات نیستند. بنابراین اختلاف در تعابیر رخ می‌دهد. صاحب‌جوهر در این باره در کتاب خود می‌نویسد:

«در کتب اصحاب، تعریفی که جامع و مانع از بیع باشد، نیافتیم» (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۰۵/۲۲).

اما متظاهر آن است که بیع از مقوله معناست. بنابراین ایجاب و قبولی که از اسباب محسوب می‌شود، مطلقاً بیع نیست و حقیقت بیع، همان معنای لغوی آن یعنی مبادله مال به مال است و اضافه مالکیت، مدخلیتی در ماهیت و قوام مبادله ندارد و تملیک و

تملك - که متحد الحقیقه هستند و به اعتبار انشاء و منشأ متفاوت می‌شوند - به حسب غالب است و سلطنت به معنای ملکیت نمی‌باشد؛ بلکه از احکام عقلایی ملکیت محسوب می‌شود (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۱۱/۱-۲۱).

عده‌ای از فقها از جمله شیخ انصاری، صاحب جواهر، صاحب نهج الفقاهه، صاحب مفتاح الکرامه و دیگران در تعریف بیع، عین بودن معوض را معتبر دانسته و گفته‌اند: «معوض حتماً باید عین باشد». بنابراین منافع و حقوق نمی‌توانند معوض قرار بگیرند. این در حالی است که در عرف و زمان کنونی بسیار شاهدیم که منافع و حقوق، بیش از اعیان خارجی مورد بیع قرار می‌گیرند و عقلاً بر صحت آن به عنوان بیع تأکید می‌ورزند؛ نظیر سرقفلی که در بیع بودن آن شکی نیست و یا مثل حق تألیف، حق اختراع، حق انشعاب آب و ....

از دیدگاه امام، علاوه بر اینکه بیع حقیقتاً مبادله مال به مال بوده و مال اعم از عین می‌باشد، ملکیت از أعراض خارجی به حساب نمی‌آید و بلکه از اعتبارات عقلایی است و مانعی وجود ندارد که آن را برای موضوع اعتباری دیگر اعتبار نماییم؛ لذا بیع منافع و حقوق، بیع هستند (همان: ۳۱/۱-۳۳).

### ۳. مفهوم‌شناسی غرر

اهل لغت، غرر را به معنای غفلت، خطر، فریب و هلاکت آورده‌اند (ابن اثیر جزری، بی‌تا: ۳۵۵/۳؛ جوهری، ۱۴۱۰: ۷۶۸/۲). غرر در معنای فریب و غفلت، چیزی است که ظاهرش پسندیده و باطنش ناپسند باشد و عبارت «متاع الغرور» هم که در قرآن برای دنیا به کار رفته، به همین معناست (عاملی جزینی، بی‌تا: ۱۳۷/۲).

به اجماع فقها، غرر در اصطلاح، چیزی است که در معنای آن جهالت و ناآگاهی اخذ شده باشد و بر این اساس، به هر نوع معامله‌ای که در آن جهالت باشد، غرری گویند؛ خواه جهالت نسبت به اصل وجود باشد یا به حصول و تحویل کالا و یا نسبت به صفات آن از نظر کمّ و کیف باشد (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۷۸/۴). برخی از علمای تراز اول نیز قائل به عدم جریان غرر در جهل به وجود و حصول هستند (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۸۸/۲۲).

#### ۴. اقوال و استدلال فقهای امامیه

حکم وضعی بیع مجهول به ضمیمه شیء معلوم، از مسائلی است که ذهن غالب فقها را به خود جلب کرده است و یا دست کم به تبع از فقیهان پیش از خود، به بیان دیدگاه‌ها در این زمینه پرداخته‌اند. با نگاهی کلی به کتب فقهای متقدم و متأخر می‌توان دریافت که فقها در بیان حکم وضعی این مسئله، به سه دسته تقسیم شده‌اند.

##### ۴-۱. بیع مجهول به ضمیمه شیء معلوم، مطلقاً صحیح است

عده‌ای از فقها همچون شیخ طوسی و ابن حمزه، به نحو مطلق به صحت بیع مجهول به انضمام شیء معلوم حکم کرده و قائل هستند که در صحت بیع مذکور، مانعی موجود نیست:

«لا يجوز بيع ما في الآجام من السمك، لأن ذلك مجهول. فإن كان فيها شيء من القصب، فاشتره و اشترى معه ما فيها من السموك، لم يكن به بأس» (طوسی، ۱۴۰۰: ۴۰۱؛ ابن حمزه طوسی، ۱۴۰۸: ۲۴۶).

این قول از اسکافی و قاضی ابن براج نیز حکایت شده است (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۲۴۸-۲۴۷/۵).

حاصل تتبع در آراء فقها نشان می‌دهد که قول مشهور در بین فقهای متقدم، صحت بیع مجهول به ضم شیء معلوم است (انصاری، ۱۴۱۵: ۳۰۸/۴) و حتی بالاتر از آن، در خصوص بیع ماهی‌های نیز از ادعای اجماع شده است (طوسی، ۱۴۰۷: الف: ۱۵۵/۳).  
عده‌ای از متأخران نیز قول به صحت را برگزیده‌اند؛ از جمله محقق اردبیلی (۱۴۰۳: ۱۸۵/۸)، محقق سبزواری (۱۴۲۳: ۱۴۵۹/۱-۴۶۰) و فیض کاشانی (بی‌تا: ۵۶/۳-۵۷). عمده دلیل این گروه از فقها، روایات مستفیضی است که در مسئله ماهی، شیر و... وارد شده است که به ذکر آن‌ها می‌پردازیم.

##### ۴-۱-۱. ادله و مستندات روایی قائلان به صحت

۱. «مُحَمَّدُ بْنُ إِسْمَاعِيلَ عَنِ الْفَضْلِ بْنِ شاذَانَ عَنْ صَفْوَانَ بْنِ يَحْيَى عَنْ عِيصِ بْنِ الْقَاسِمِ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَنِ الرَّجُلِ لَهٗ نَعَمٌ يَبِيعُ أَلْبَانَهَا بِغَيْرِ كَيْلٍ. قَالَ: نَعَمْ، حَتَّى يَنْقَطِعَ أَوْ شَيْءٌ مِثْلَهَا» (کلینی، ۱۴۰۷: ۱۹۴/۵). ... از امام صادق علیه السلام در خصوص

مردی سؤال کردم که دارای چهار پایانی است و شیر آن‌ها را بدون پیمانانه می‌فروشد. فرمود: بیع صحیح است تا اینکه شیرها انقطاع یابد [و چیزی در پستان باقی نماند] و یا [در صورتی که مقداری از شیر موجود در پستان را فروخته، باید] به مقداری از شیر دوشیده ضمیمه شود.

۲. «مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ أَخِيهِ الْحَسَنِ عَنْ زُرْعَةَ عَنْ سَمَاعَةَ قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ اللَّبَنِ يُشْتَرَى وَهُوَ فِي الصَّرْعِ. قَالَ: لَا، إِلَّا أَنْ يَحْلُبَ لَكَ سُكَّرُجَهَ فَيَقُولَ اسْتَرِ مِنِّي هَذَا اللَّبَنَ الَّذِي فِي السُّكَّرُجَهِ وَمَا فِي صُرُوعِهَا بِشَمَنِ مُسَمًّى فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي الصَّرُوعِ شَيْءٌ كَانَ مَا فِي السُّكَّرُجَهِ» (طوسی، ۱۴۰۷: ب: ۱۲۳/۷)؛ ... سماعه نقل می‌کند: از امام صادق علیه السلام در خصوص شیری که در پستان است [و هنوز دوشیده نشده] سؤال کردم. امام فرمود: [خریدن آن] جایز نیست، مگر اینکه [بایع] مقداری از آن را در ظرفی بدوشد و بگوید: این مقدار شیر در ظرف را به ضمیمه شیر موجود در پستان به مبلغی معین از من بخر. در این صورت اگر در پستان شیری موجود نباشد، شیر در ظرف موجود می‌باشد [و تمام ثمن در برابر شیر موجود در ظرف قرار می‌گیرد].

۳. «مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ ابْنِ مَجْبُوبٍ عَنْ إِبْرَاهِيمَ الْكَزْحِيِّ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام: مَا تَقُولُ فِي رَجُلٍ اشْتَرَى مِنْ رَجُلٍ أَصْوَابَ مَائَةِ نَعْجَةٍ وَمَا فِي بُطُونِهَا مِنْ حَمَلٍ بِكَذَا وَكَذَا دِرْهَمًا؟ قَالَ: لَا بَأْسَ بِذَلِكَ إِنْ لَمْ يَكُنْ فِي بُطُونِهَا حَمَلٌ كَانَ رَأْسَ مَالِهِ فِي الصُّوفِ» (کلینی، ۱۴۰۷: ۱۹۴/۵)؛ ... به امام صادق علیه السلام گفتم: در خصوص مردی که پشم صد بزغاله را به ضمیمه حمل موجود در شکم آن [که مجهول است] به فلان درهم می‌فروشد، چه می‌فرمایید؟ امام علیه السلام فرمود: اشکالی ندارد و اگر حملی در شکم حیوان موجود نباشد، تمام ثمن در برابر پشم قرار می‌گیرد.

۴. «الْحَسَنُ بْنُ مُحَمَّدٍ بْنِ سَمَاعَةَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ زِيَادٍ عَنْ مُعَاوِيَةَ بْنِ عَمَّارٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: لَا بَأْسَ بِأَنْ يُشْتَرَى الْأَجَامُ إِذَا كَانَ فِيهَا قَصَبٌ» (همان: ۱۲۶/۷)؛ ... امام صادق علیه السلام فرمود: خریدن نیزار در صورتی که در آن نی باشد، اشکالی ندارد.

البته مراد اصلی، خریدن چیزهایی است که در نیزار وجود دارد و نه خود نیزار.

قرینه چنین معنایی، روایات قبل و بعد است.

۵. «وَعَنْهُ عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِنَا عَنْ زَكَرِيَّا عَنْ رَجُلٍ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام فِي شِرَاءِ الْأَجْمَةِ لَيْسَ فِيهَا قَصَبٌ إِنَّمَا هِيَ مَاءٌ. قَالَ: يَصِيدُ كَفًّا مِنْ سَمَكٍ تَقُولُ:

أَشْتَرِي مِنْكَ هَذَا السَّمَكِ وَمَا فِي هَذِهِ الْأَجْمَةِ بِكَذَا وَكَذَا» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۱۷/۳۵۶)؛ ... از امام صادق علیه السلام درباره خرید و فروش نیزاری که خالی از نی بوده و جز آب چیزی ندارد، سؤال پرسیده شد. امام علیه السلام فرمود: مشتى ماهی صید می‌کند و فروشنده می‌گوید: این مقدار ماهی [معلوم] را به ضمیمه آنچه در این نیزار است [مجهول]، به فلان مبلغ خریدم.

۶. «سَهْلُ بْنُ زِيَادٍ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ أَبِي نَصْرِ عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِهِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: إِذَا كَانَتْ أَجْمَةٌ لَيْسَ فِيهَا قَصَبٌ أُخْرِجَ شَيْءٌ مِنَ السَّمَكِ فَيُبَاعُ وَمَا فِي الْأَجْمَةِ» (کلینی، ۱۴۰۷: ۱۹۴/۵-۱۹۵)؛ ... امام صادق علیه السلام فرمود: اگر در نیزاری نی وجود نداشت، مقداری از ماهی نیزار خارج گردیده و به آنچه در نیزار است، ضمیمه شده و سپس فروخته می‌شود.

۷. «الْحَسَنُ بْنُ مُحَمَّدِ بْنِ سَمَاعَةَ عَنْ غَيْرِ وَاحِدٍ عَنْ أَبَانَ بْنِ عُثْمَانَ عَنْ إِسْمَاعِيلَ بْنِ الْفَضْلِ الْهَاشِمِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام فِي الرَّجُلِ يَتَقَبَّلُ بِجَزِيَةِ رُؤُوسِ الرَّجَالِ وَبِخِرَاجِ النَّخْلِ وَالْأَجَامِ وَالطَّيْرِ وَهُوَ لَا يَدْرِي لَعَلَّهُ لَا يَكُونُ مِنْ هَذَا شَيْءٌ أَبَدًا أَوْ يَكُونُ. قَالَ: إِذَا عَلِمَ مِنْ ذَلِكَ شَيْئًا وَاحِدًا أَنَّهُ قَدْ أَذْرَكَ فَاشْتَرِهِ وَتَقَبَّلْ مِنْهُ» (طوسی، ۱۴۰۷: ۱۲۵/۷)؛ ... از امام صادق علیه السلام در خصوص مردی پرسیده شد که مالیات سرانه و مالیات نخل خرما و درختان میوه و نیز مالیات نیزارها، شکارگاه‌ها، ماهی‌ها و پرندگان را تقبل می‌کند، در حالی که نمی‌داند چیزی از آن‌ها عایدش بیاید یا نه. [یعنی محتمل است.] امام علیه السلام فرمود: همین که یکی از آن خراج‌ها معلوم باشد و شخص بداند که مقداری از بهره‌ها و منافع عایدش می‌آید، می‌تواند تمام آن‌ها را تقبل کند، اگرچه نسبت به حصول سایر عوائد جاهل باشد.

#### ۴-۱-۲. نقدهای وارد شده بر روایات

در بحث حاضر توجه به دو نکته ضروری است: ۱. ضمّ معلوم الوجود به مجهول الحصول؛ ۲. ضمّ معلوم المقدار به مجهول المقدار.

آنچه با بیع مجهول به ضمیمه شیء معلوم تناسب دارد، قسم دوم است؛ یعنی ضمیمه کردن معلوم المقدار به مجهول المقدار، پس از اینکه به وجود و حصول آن وثوق داشته باشیم. بر این اساس، روایت دوم، سوم و هفتم خارج از موضوع هستند (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۲/۳۸۸؛ حیدری خورمیزی، ۱۳۹۵: ۱۷)؛ زیرا این روایات با غرر و جهل در حصول مرتبط هستند، نه جهل در کیل و وزن.

قید «فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي الصُّرُوعِ شَيْءٍ» در روایت دوم، «إِنْ لَمْ يَكُنْ فِي بُطُونِهَا حَمْلٌ» در روایت سوم، و «وَهُوَ لَا يَدْرِي» در روایت هفتم، دلیل بر این مدعاست و نشان می‌دهد که مشتری به وجود شیر در پستان و حمل در شکم حیوان و حصول سایر خراج‌ها (به جز یک خراج) علم ندارد.

اشکال مشترک در تمامی روایات آن است که به مسئله انضمام معلوم به مجهول ارتباطی ندارند، بلکه ظهور در ضمّ مجهول به مجهول دارند؛ زیرا فروش یک مشت یا مقداری از ماهی یا مقداری از شیر در ظرف و... به سبب حدوث جهالت نسبت به وزن یا مقدار آن جایز نیست (انصاری، ۱۴۱۵: ۳۱۱/۴). البته این حکم با فروش ماهیان نیزار بدون وزن کردن منافاتی ندارد؛ زیرا احتمال دارد که در بیع ماهیان انبوه، توزین معتبر نباشد و مشاهده کفایت کند (خوانساری، ۱۴۰۵: ۱۱۲/۳). در خصوص منع از فروش پشم موجود بر پشت غنم، علاوه بر عدم علم به مقدار پشم، ادعای اجماع نیز شده است (طوسی، ۱۴۰۷ الف: ۱۶۹/۳). در روایت هفتم نیز مقدار بهره‌ای که عاید شخص می‌گردد، مجهول است.

#### ۳-۱-۴. مقدار دلالت روایات از دیدگاه امام خمینی

قبل از ورود به بحث و تبیین دیدگاه امام در این زمینه، بیان یک مقدمه ضروری است و آن اینکه ظاهر نهی نبی ﷺ از بیع غرری (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۴۴۸/۱۷)، اختصاص به نفس بیع دارد، در حالی که بازگشت آن به مبیع بما هو مبیع است و یا اینکه کنایه از مبیع بما هو مبیع می‌باشد و بنا بر اینکه غرر به معنای جهالت باشد، مستلزم بطلان در دو موضع است: اول: جهالت به ذات مبیع، مانند جهل به اینکه مبیع گندم است یا جو؛ دوم: جهالت به کمّ و کیف متصل یا منفصل نسبت به جایی که مبیع از چیزهایی باشد که به کیل، وزن یا ذرع فروخته می‌شود. در این صورت، جهل به سایر اوصاف غرر در بیع نیست و غرر در مبیع بما هو مبیع نیز نمی‌باشد. بر این اساس، ظاهر آن است که شیر حیوان قبل از دوشیدن و اخراج از پستان، از اجناس مکیل و موزون نیست؛ همچنین است پشم حیوان قبل از تراشیدن، ماهی‌ها قبل از تذکيه، میوه‌ها قبل از چیدن و...؛ همان طوری که بیع شیر در پستان توأم با علم به وجود شیر، طبق قاعده صحیح است و

جهل به سایر اوصاف آن، ضرری به معامله نمی‌رساند، زیرا از اجناس غیر موزون است. بنابراین وزن در اینجا مثل سایر اوصاف است که در ذات مبیع دخیل نیست و جهل به وزن در اینجا موجب جهل به مبیع نمی‌باشد. تمام این موارد به حسب قواعد است (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۵۳۵/۳).

#### ۱-۳-۱-۴. روایت اول (عیص بن قاسم)

سند این روایت صحیح است (انصاری، ۱۴۱۵: ۳۱۰/۴). اما ظاهر سؤال از «بیع الألبان بغیر کیل» در این روایت نشان می‌دهد که بیع شیر قبل از دوشیدن از پستان، مراد سائل است - که در این صورت، نیازی به کیل و وزن ندارد و بیع آن صحیح است - و شاید منشأ سؤال، شباهت داشتن مسئله به بیع میوه درختان، قبل از چیدن آن باشد، در جایی که بیع آن بدون وزن کردن جایز است، و نظیر فروش گندم بر روی سنبل می‌باشد، در جایی که بیع آن بدون وزن و کیل صحیح است. بر این اساس، امام علیه السلام فرمود: بیع آن جایز است و در صورتی که جمیع البان را بفروشد، تعیین حدود آن تا زمان انقطاع واجب می‌باشد و در صورتی که بخشی از شیر فروخته شود، باید به وسیله کسر مشاع (نصف، ثلث و ...) تعیین گردد. پس تقدیر عبارت چنین است: «نعم، یجوز بیعها حتی تنقطع، أو بیع شیء منها».

احتمال دارد که مراد از انقطاع، انقطاع شیر به نحو مطلق باشد. پس سؤال و جواب در خصوص شیر موجود در پستان به نحو بالفعل نخواهد بود؛ بلکه مقصود شیرهایی است که در طول زمان در پستان حیوان حاصل می‌شود. در این صورت به وسیله ماه تعیین می‌شود و تقدیر کلام چنین خواهد بود: «نعم، یجوز إلی زمان انقطاع ألبان الجمیع، أو ألبان بعضها».

اما این احتمال که مقصود از انقطاع، انفصال باشد (مجلسی، ۱۴۰۴: ۲۰۸/۱۹)، اولاً بیعد و خلاف ظاهر است، زیرا انفصال با انقطاع و خشک شدن شیر فرق دارد؛ ثانیاً بیع انفصال جمیع (یعنی پس از دوشیدن تمامی شیرها) جایز نیست، مگر با کیل و وزن.

در نهایت امام می‌فرماید: استدلال قائلان به جواز بیع مجهول به ضمیمه، به این حدیث تمام نیست؛ زیرا روایت ظهور در این دارد که مراد امام علیه السلام از عبارت «حتی

تقطع»، امری معلوم نزد صاحبان اغنام به حسب تجربه است و غرر در آن راه ندارد؛ نه اینکه عنوان انقطاع به نحو ابهام باشد و اینکه امام ع اصلاً در صدد بیان شرط ضمیمه نمی‌باشد، بلکه در مقام بیان جواز و لاجواز است. پس مقتضای روایت، ظهور در صحت بیع است به نحو مطلق، بدون اینکه شیء معلومی بدان ضمیمه شود (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۵۳۵-۵۳۶).

#### ۴-۱-۳. روایت دوم

امام خمینی هر دو نقد کلی فقها نسبت به روایت دوم را بدین بیان رد می‌نماید: در خصوص اشکال اول (روایت ضمّ معلوم الوجود به مجهول الحصول است نه مجهول المقدار) (غروی اصفهانی، ۱۴۱۸: ۳/۳۹۲) می‌فرماید: موثقه ظهور در وجود لبن در ضرع دارد و وجود لبن برای نوع متعاملین مخفی نیست و ضمیمه در اینجا از باب احتیاط برای لبن مجهول المقدار یا مجهول الصفه است.

در خصوص اشکال دوم (روایت، ضمّ مجهول به مجهول است) (ایروانی نجفی، ۱۴۰۶: ۲۱۱/۱) می‌فرماید: روایت در مقام حکم دیگری است. به علاوه بعید نیست که مکیال خاصی برای بیع البان موجود باشد و این امر در میان صاحبان انعام در روستاها و غیره متعارف است و اشکالی در آن نیست.

از نظر امام، موثقه سماعه (عدم جواز بیع بدون کیل) معارض با صحیحه عیص (جواز بیع بدون کیل) است. بنابراین یا باید اطلاق صحیحه را با موثقه سماعه مقید کنیم و یا اینکه از باب حمل ظاهر بر نص، موثقه را بر کراهت حمل کنیم تا جمع عرفی حاصل شود و در نهایت حمل ظاهر بر نص را می‌پذیرد و شاهد آن را اولاً تعلیلی می‌داند که ذیل روایت آمده: «فإن لم یکن فی الضرع شیء کان ما فی السکرّجه» و دلالت بر کراهت دارد؛ البته از باب احتیاط و عدم اکل مال به باطل و نه از باب عدم علم به وجود لبن در ضرع. ثانیاً بیع لبن همانند بیع اثمار است و فروش بالفعل آن بدون ضمیمه جایز نیست و یا کراهت دارد؛ اما در طول زمان (مثلاً دو سال)، بیع آن بدون ضمیمه جایز است.

در نهایت می‌فرماید: موثقه سماعه ظهور در آن دارد که منع از بیع بدون ضمیمه



به خاطر غرر نیست؛ زیرا ضمیمه نمی‌تواند غرر را دفع کند، خواه در پستان، شیر باشد یا نباشد و نبی اکرم صلی الله علیه و آله نیز از غرری نهی نموده که مشتمل بر اوصاف نمی‌شود، حتی در مثل چیزهای کمی که محل بحث ماست؛ زیرا در ذات مبیع دخالتی ندارد (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۵۳۷/۳-۵۳۹).

#### ۴-۳-۱.۴. روایت سوم

ابتدا رد نقدهای کلی فقها: در خصوص اشکال اول (روایت ضمّ معلوم الوجود به مجهول الحصول است) امام می‌فرماید: مفروض در سؤال، وجود حمل است و چنین امری برای اهل خبره مجهول نمی‌باشد و تفحص از موجودیت حمل محال نیست. در خصوص اشکال دوم (روایت ضمّ مجهول به مجهول است): پشم حیوان قبل از چیدن مکیل و موزون نیست و غرر در آن راه ندارد. بنابراین مشاهده کفایت می‌کند (مفید، ۱۴۱۳: ۶۰۹؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۳۲۲/۲).

امام می‌فرماید: ضمّ پشم به حمل، از باب غرر نیست و مقتضای قواعد، صحت بیع حمل به شرط «علم به وجود حمل» است، بدون اینکه چیزی بدان ضمیمه شود، و غرر منهی عنه در اینجا جریان ندارد و اگر اجماع یا شهرتی بر عدم جواز بیع اقامه شود، به قدر متیقن اکتفا می‌گردد که همان بیع حمل به صورت منفرد است؛ اما به انضمام چیز دیگر صحیح خواهد بود. لذا در خصوص بیع حمل به ضمیمه، اجماعی وجود ندارد و بر طبق قواعد عمل می‌شود. افزون بر اینکه غرر برای ذات مبیع است و «نهی النبی عن الغرر» به معنای «نهی النبی عن ذات المبیع» است. به علاوه، در اینجا کمیت متصل و منفصل نیز غرری نیست؛ زیرا پشم حیوان قبل از چیدن، از چیزهایی نیست که مکیل و موزون باشد و بیع آن به صورت منفرد صحیح است (عاملی جعی، ۱۴۱۳: ۱۸۱/۳). بر این اساس، حکمت ضمیمه چیست؟ امام می‌فرماید: حکمت ضمیمه همان حکمتی است که در روایت البان ذکر شد؛ یعنی از باب احتیاط و عدم اکل مال به باطل است، نه از باب عدم علم به وجود حمل (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۵۴۱/۳-۵۴۲).

#### ۴-۳-۱.۴. روایات چهارم تا ششم

امام در این روایات نیز قائل به جواز بیع آجام به ضمیمه قصب است و ضعف و

مرسل بودن سند آن را به وسیله شهرت بین قداما (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۱۹۸/۱۳؛ عاملی جزینی، ۱۴۱۴: ۳۴/۲) و اجماع محکی (ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷: ۲۱۲) قابل جبران می‌داند؛ اما همانند روایات قبل، چنین بیعی را غرری نمی‌داند که نتیجه آن صحت بیع مجهول مسبب از دفع غرر در اثر ضمّ شیء معلوم باشد و قصب در اینجا اگرچه قابل مشاهده است، اما موزون نمی‌باشد که غرر در آن جریان یابد و ضمیمه کردن فروش قصب یا مثنی ماهی که به صورت منفرد صحیح است، موجب رفع غرر از بیع مجهول نمی‌گردد و روایت به هیچ وجه بر این امر دلالتی ندارد (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۵۴۳/۳-۵۴۶).

#### ۱۴-۳-۵. روایت هفتم

ظاهر روایت، ضمّ معلوم‌المدرک به مجهول‌الوجود بوده و کلام در موجود مجهول است (نه اینکه به وجود و حصول آن وثوق داشته باشیم و تنها مقدار آن مجهول باشد) و اگر وجود آن معلوم بود، احتیاجی به ذکر طرف تردید نبود (همان: ۵۴۷/۳). بنابراین روایت خارج از موضوع بحث است؛ چرا که اعتبار علم به وجود، از مسائل عقلی است نه شرعی، و بیع مجهول‌الوجود ممکن نیست و تقدیر وجود آن به نحو واقعی، موجب تعلیق معامله است و به اجماع، چنین معامله‌ای باطل است. به علاوه، جهل به حصول نیز خارج از محل بحث است؛ چرا که لزوم علم به حصول و وثوق، مندرج در تحت اعتبار قدرت بر تسلیم است و آن شرطی غیر از علم به عوضین است (غروی اصفهانی، ۱۴۱۸: ۳۹۱/۳).

#### ۲-۴. بیع مجهول به ضمیمه شیء معلوم، باطل است

قول به بطلان، مختار ابن ادریس و برخی متأخران (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۳/۲؛ همو، ۱۴۱۸: ۱۱۹/۱) است و دلیل بطلان را چنین بیان می‌کنند: احتیاط، ترک عمل به روایات وارد در خصوص بیع مجهول به ضمیمه شیء معلوم است؛ زیرا چنین بیعی غرری است و غرر منهی عنه به واسطه انضمام مرتفع نمی‌گردد و معلوم هر گاه به شیء مجهولی ضمیمه شود یا شیء مجهولی بدان ضمیمه گردد، آن معلوم به مجهول تبدیل می‌گردد و به عبارتی، جهالت در مبیع مجهول، سبب جهالت در کل مبیع و در نتیجه بطلان بیع می‌گردد:

«والأقوى عندى المنع من ذلك كله، لأنه غرر، وبيع مجهول، والرسول ﷺ نهى عن بيع الغرر... فالبيع باطل... لأنَّ المعلوم، إذا أُضيف إلى المجهول، و المجهول إذا أُضيف إلى المعلوم، صير ذلك المعلوم مجهول...» (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۳۲۳-۳۲۴؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۲۸۱/۳).

در جای دیگری نیز چنین استدلال کرده‌اند:

«از شرایط صحت بیع، معلومیت مبیع است و با وجود جهالت مبیع، بیع باطل است به دلیل اجماعی که بر آن نقل شده... و اخبار هم دلالت بر آن دارد و به سبب جهالت مبیع، "غرر" لازم می‌آید... و باطل است. اما با وجود ضمیمه [یعنی بیع غیر معین به ضمیمه معین]. خلاف است و اشهر در آن بطلان است به جهت آنکه جهالت جزء، مستلزم جهالت کل است» (میرزای قمی، ۱۴۱۳: ۹۷/۲).

#### ۳-۴. قول به تفصیل ارجح است

علامه حلی، بنیان‌گذار قول به تفصیل (من حیث جعل المتبايعين) است (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۶۷/۱۰). علامه در کتاب خود می‌نویسد:

«كل مجهول مقصود بالبيع لا يصح بيعه وإن انضم إلى معلوم ويجوز مع الانضمام إلى معلوم إذا كان تابعاً» (همو، ۱۴۱۳ الف: ۲۵/۲).

فروش کالای مجهولی که مقصود اصلی طرفین معامله است، صحیح نیست؛ اگرچه به شیء معلومی ضمیمه شود و در صورتی که کالای مجهول تابع باشد و به کالای معلومی - که مقصود معامله است - ضمیمه گردد، بیع صحیح است.

#### ۱-۳-۴. مراد از تابع در کلام علامه

کلام علامه ظهور در آن دارد که مراد ایشان از «تابع» چیزی است که دخول آن در مبیع شرط می‌شود؛ اما «مقصود» آن چیزی است که جزء مبیع باشد (انصاری، ۱۴۱۵: ۳۱۳/۴). منشأ این ظهور، فتاوای علامه در ابواب مختلف فقه است. برای نمونه:

- «اگر بایع بگوید: این حیوان و حمل آن را فروختم، بیع باطل است؛ زیرا حمل نمی‌تواند به صورت مستقل و یا به نحو جزء داخل در مبیع، مورد معامله قرار گیرد. اما اگر بایع حیوان حامله‌ای را بفروشد و مشتری مالکیت حمل را برای خود شرط کند، بیع صحیح است؛ زیرا نتاج تابع حیوان است، اگرچه ضمیمه کردن حمل به

مادر به عنوان جزئی از مبیع - صحیح نیست؛ زیرا بین جزء و تابع فرق است» (علامه حلی، ۱۴۱۳ الف: ۹۲/۲؛ همو، ۱۴۱۴: ۲۷۶/۱۰).

- «اگر بایع مرغی را که در شکم خود تخمی دارد، بفروشد و مشتری مالکیت تخم را شرط کند، صحیح است. اما در صورتی که تخم را جزئی از مبیع قرار دهد، صحیح نیست» (همو، ۱۴۱۴: ۲۷۸/۱۰).

**اشکال:** اولاً کلام علامه صریح در عدم جواز انضمام کالای مجهول به نحو جزئی است؛ بدون اینکه میان تعلق گرفتن انگیزه اصلی متعاملین به معلوم یا مجهول فرقی باشد (انصاری، ۱۴۱۵: ۳۱۵/۴). ثانیاً عبارت تأثیری ندارد و مشروط نیز جزء مبیع محسوب می‌شود. بنابراین اگر حمل و مادر با هم فروخته شوند، بیع صحیح است و صحت آن منوط بر فروش مادر و اشتراط حمل نمی‌باشد (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۳۸۵/۴). کلام شهیدین در لمعتین و شیخ طوسی در مسئله اشتراط مال برده به اعتبار علم به مقدار آن - خواه به نحو شرطیه باشد و خواه به نحو جزئیه - مؤید این مطلب است (عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۳۱۳/۳) و شهید اول صراحتاً می‌فرماید:

«اگر حمل جزئی از مبیع باشد، بنا بر قول قوی‌تر، بیع صحیح است؛ برای آنکه به منزله اشتراط است و مجهول بودن آن اشکالی ندارد، چون تابع است (عاملی جزینی، ۱۴۱۷: ۲۱۶/۳).

#### ۲-۳-۴. تابع بر حسب قصد متبایعین است

مطابق این دیدگاه، هر آنچه در انعقاد عقد، مقصود واقعی باشد، اصیل است و آنچه مقصود از معاملات، چیزی غیر از اوست، تابع نام دارد. بر این اساس، تابع به «تابع شخصی» و «تابع نوعی» تقسیم می‌شود.

#### ۱-۲-۳-۴. تابع شخصی

ملاک در اینجا، غرض شخصی متبایعین است. مثل اینکه مشتری نیاز شخصی به خرید رایانه همراه داشته باشد، اما خریدن آن میسر نباشد مگر به انضمام کیف آن. اصالت در اینجا با رایانه است و کیف تابع است، هر چند عرفاً تابع نباشد و جهالت به کیف به سبب تابع بودن، مانعی در صحت بیع ایجاد نمی‌کند.

اشکال شیخ برای مراعات غرض شخصی: من در این خصوص دلیل و شاهدی نیافتم. افزون بر اینکه قصد شخصی متبایعین، در وجود یا عدم وجود غرر در معامله مؤثر نیست (انصاری، ۱۴۱۵: ۳۱۹/۴-۳۲۰).

#### ۲-۲-۳-۴. تابع نوعی

ملاک در اینجا، غرض نوعی است؛ یعنی نوع مردم، تابع را از غیر تابع مشخص می‌کند نه شخص متبایعین؛ مثل اینکه در مسئله فروش حمل به ضمیمه مادر بگوییم: اگر حمل تابع باشد، عقد صحیح است؛ نظیر جایی که حیوان به همراه حمل موجود در شکم فروخته شود. اما اگر اصالت با حمل باشد، بیع باطل است؛ زیرا غرض نوعی در این فرض، به مادر تعلق می‌گیرد و در نتیجه، حمل تابع محسوب می‌شود. یا اینکه گفته شود: در موقوفه سماعه، یعنی فروش شیر به انضمام مقدار دوشیده شده از شیر، حمل بر موردی می‌شود که مقدار دوشیده شده اصالت دارد و باید نزدیک به میزان ثمن باشد و مقدار موجود در پستان تابع است (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۲۴۸/۵-۲۵۱).

اشکال شیخ برای مراعات غرض نوعی: قصد نوعی همانند بیان علامه، در تقارب ثمن اعطایی در برابر کالای معلوم و مجهول با هم است؛ نه فقط کالای معلوم. (شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۳۲۰/۴)

#### ۳-۳-۴. مراد از تابع در کلام صاحب جواهر

صاحب جواهر اظهار می‌دارد:

«مراد متبایعین در بیع مجهول به ضمیمه، همان شیء معلوم است و کالای مجهول تابع است [اگرچه بر حسب عرف و غرض متعاقدین و لفظ عقد تابع نباشد] تا بدین صورت، بیع مجهول صحیح محسوب شود. لذا میبایست که در مقابل ثمن قرار می‌گیرد، همان شیء معلوم است؛ اگرچه ضمیمه نامیده شود ولیکن مقصود متبایعین در تصحیح بیع، همان است؛ هرچند متبایعین به خاطر تصحیح بیع، اقدام به بیع مجهول به ضمیمه شیء معلوم نمایند» (نجفی، ۱۴۰۴: ۴۴۵/۲۲).

نظیر آنچه که میان اهل بازار رایج است و برخی از مردم برای تخلص از مخاصمه بعد از عقد به کار می‌برند؛ بدین نحو که طرفین به واسطه تراضی، شیء معلومی (مثلاً

سی کیلو طلا) را که در آن نزاعی نیست، از توابع و لواحق عقدی قرار می‌دهند که بیع بر روی میع کم‌ارزشی (مثلاً صد کیلو برنج) واقع شده تا بعد از عقد، از ادعای جهل یکی از طرفین در اثر تنزل قیمت بازار (به قیمت طلا) و فسخ معامله امتناع به عمل آورند (زیرا طلا در این حالت، ضمیمه و تابع است و بیع روی صد کیلو برنج واقع شده و جهالت به تابع، ضرری به صحت معامله وارد نمی‌آورد).

یا اینکه عده‌ای به واسطه تراضی، اقدام به بیع مجهول به ضمیمه شیء معلوم می‌کنند تا تحصیل یا عدم تحصیل کالای مجهول پس از عقد، ضرری به معامله وارد نیابد؛ چرا که معامله روی شیء معلومی واقع شده است؛ برای نمونه، قصد مشتری خریدن ماهی باشد و با بیع ماهی را ضمیمه نی‌های نیزار کرده و به مشتری بفروشد تا اگر پس از عقد، در نیزار ماهی یافت نشود، بیع باطل نگردد (همان: ۴۴۵/۲۲).

اشکال: هیچ یک از فقها چنین حمله را قبول نکرده است، مگر آنکه مراد وی از تابع، شرط قرار گرفتن کالای مجهول و مشروط بودن کالای معلوم باشد و چنین اراده‌ای بعید است و در این صورت نیز مراد وی به کلام علامه در تذکره و قواعد عود می‌کند و باز هم چیزی را حل نمی‌کند (انصاری، ۱۴۱۵: ۳۱۹/۴).

#### ۴-۳-۴. کلام امام خمینی در قول به تفصیل

ظاهر کلام علامه از عبارت «کُلُّ مجهول مقصود بالبیع، لا یصحّ بیعه وإن انضَمَّ إلى معلوم، ویجوز مع الانضمام إلى معلوم إذا كان تابعاً» نشان می‌دهد که مورد جواز و عدم صحت، چیز واحدی است و تابع بر خلاف ظاهر خود، بر شرط حمل می‌شود. بر این اساس، تبعیت به تبعیت در غرض یا وجود یا کلام و یا تعلق بیع حمل می‌گردد و با در نظر گرفتن سایر عبارات علامه در قواعد و تذکره الفقهاء معلوم می‌شود که مجهول به عنوان تابع برای بیع جعل شده که منطبق با شرط می‌باشد. بنابراین تفصیل علامه، تفصیل در صحت یا بطلان بیع مجهول نیست - همان طوری که شیخ انصاری چنین پنداشته است - بلکه تفصیل در بیع معلوم است که آیا شرط مجهول در آن مضر است یا شرط مجهول در آن مضر نیست؟ و در نهایت نتیجه گرفته‌اند که شرط مجهول بر طبق قواعد صحیح است (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۱۴۵۸/۳-۴۴۹-۵۴۹).

امام در پاسخ به کلام صاحب جواهر نیز چنین می‌فرماید: بیانات صاحب جواهر خلاف اعتبار عقلی و شرعی در بیع است؛ زیرا اگر مقصود متبایعین، وقوع عقد بر معلوم و مجهول هر دو باشد و ثمن تنها در برابر معلوم قرار گیرد، موجب تعلیق است و دو بیع در یک بیع منعقد می‌گردد. بدین نحو که در فرض حصول مجهول، مراد از بیع، معلوم و مجهول است و در فرض عدم حصول مجهول، مراد همان معلوم است. حال آنکه این گونه بیوع، بنا بر فرمایش نبی اکرم صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ منهی عنه است: «نهی عن بیعین فی بیع» (حزّ عاملی، ۱۴۰۹: ۳۸/۱۸) و همچنین خلاف ظواهر روایاتی است که بر بیع معلوم و مجهول با هم دلالت می‌کند (همان: ۵۵۲/۳).

### ۵. کلام پایانی امام خمینی در کتاب البیع

از نظر امام خمینی، مطلق دانستن روایات موجود در خصوص بیع مجهول به ضمیمه شیء معلوم و استخراج حکم وضعی صحت یا قاعده کلی منطبق بر مصادیق مختلف از آن‌ها، مخالف با قواعد عقلی، عقلایی و شرعی است. بدین بیان که بر حسب قواعد، غرر و جهالت به معاوضات محض اختصاص دارد و در معاملات نظیر بیع که عوض محض مقصود بالذات است، جهالت جایز نیست؛ بر خلاف جایی که احسان محض مقصود بوده و توسعه مال و تحصیل سود قصد نگردد - نظیر صدقه، هبه و ابراء - و جایی که غرضی اهم بر آن متصور باشد، نظیر خلع که مشاهده مال در آن کفایت می‌کند؛ چون بضع عوض محض نمی‌باشد. مضمون مرسله «نهی نبی صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ از بیع غرری» نیز چنان شهرتی یافته که ضعف سند آن با عمل مشهور فقیهان شیعه و سنی جبران گشته و به صورت قاعده‌ای مسلم در لسان فقها رواج یافته است؛ به طوری که محقق نائینی آن را از مسلمات امت اسلامی می‌داند (غروی نائینی، ۱۴۱۳: ۴۶۷/۲).

بر این اساس، بیع مجهول مطلقاً باطل بوده و جایز نیست، خواه به نحو منفرد واقع شود و خواه به ضمیمه شیء معلوم؛ مانند اینکه شیء معلومی به اجناس مکیل ضمیمه شود، در حالی که کیل آن مجهول باشد و یا به چیزی از اجناس شمردنی ضمیمه گردد و تعداد آن مجهول باشد (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۵۳۱/۳).

چنانچه بیع مجهول به ضمیمه شیء معلوم، عقد شرعی به حساب آید، به دلیل

شرعی احتیاج می‌یابد و آنچه از اخبار آحاد شاذ در این خصوص وارد شده، نه موجب علم بوده و نه موجب عمل است و شخص مفتی برای صحت فتوای خود باید به ادله قاطع رجوع نماید.

علاوه بر این، صحت بیع منوط به معلوم بودن مقدار عوضین در حین عقد است و حال آنکه چنین معاملاتی، شراء مجهول بوده و مبیع در زمان عقد، غیر معلوم است و در نتیجه، جهالت نسبت به مبیع به تمام بیع سرایت می‌کند و اسباب بطلان بیع را فراهم می‌آورد؛ زیرا جهل به بعض مبیع، مستلزم جهل به کل مبیع است و ضمّ معلوم به مجهول، مبیع را از مجهول بودن خارج نمی‌کند، بلکه ثمن واقع در مقابل معلوم را نیز مجهول می‌کند و نتیجه تابع اخس مقدمتین می‌باشد (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۳۲۲/۲).

استدلال حاضر، مورد قبول امام خمینی قرار گرفته است (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۵۵۲/۳). از سوی دیگر، روایات وارده در خصوص ضمائم، در مقام بیان این مطلب نمی‌باشد که مقصود بالذات از این گونه معاملات، مبیع معلوم است و غایت چیزی که روایات بر آن دلالت می‌کند چنین است که اگر مجهول نمی‌بود، ثمن در مقابل ضمیمه معلوم قرار می‌گرفت و مانعی از صحت بیع وجود نداشت. بلکه ظاهر روایات، اشعار بر این دارد که مقصود اصلی از چنین معاملاتی، همان مجهول است و ضمیمه از قبیل «حیل شرعی» می‌باشد تا اینکه گفته نشود در مقابل ثمن، عوضی قرار نگرفته است. بنابراین قصد واقعی طرفین از ضمیمه، تخلّص از بیع مجهول است (بحرانی، ۱۴۰۵: ۴۹۱/۱۸). این دلیل نیز موافق با رأی و مبانی فکری امام در خصوص حیل شرعی است (موسوی خمینی، بی‌تا: ۵۳۸/۱).

اما اگر شخصی از دلایل مذکور اقناع نگردد و برای رفع تحیر به اصول رجوع نماید، باید بفهمد که قائل شدن به صحت بیع مجهول به ضمیمه شیء معلوم، برخلاف اصل است (حلی، ۱۴۲۸: ۲۷۱/۱) و مقتضای اصل عملی و اصل لفظی (عموم نهی از غرر)، عدم افتراق بیع مجهول بین ضمّ معلوم به آن یا عدم ضمیمه است (لازی، ۱۴۱۸: ۲۶۳/۲)؛ زیرا اصل، بطلان بیعی است که مبیع در آن مجهول باشد و مقتضای قواعد، عدم جواز بیع مجهول و غرری است و فراغت ذمه یقینی، تنها با اجتناب از مجهول حاصل می‌شود.



در نهایت بنا بر تمام مطالبی که بیان شد، امام خمینی می‌فرماید:

«والإنصاف أن طرح الروایات كما صنعہ الحلّی أھون من التوجیہات المخالفۃ للواقع، والقواعد العقلیة والعقلانیة والشرعیة» (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۵۵۲/۳)؛ انصاف آن است که کنار گذاشتن این گونه روایات، همچنان که علامه حلی چنین کرده است، ساده‌تر از توسل به توجیهاتی است که مخالف با واقع و قواعد عقلیه و شرعیه می‌باشد.

## نتیجه‌گیری

۱. بیع مجهول در اجناس مکیل، موزون، معدود و مذروع، به جهت خصوصیتی که دارند، جایز نیست؛ زیرا موجب غرر است و بطلان بیع را در پی دارد و الغاء خصوصیت از آن‌ها امکان ندارد؛ خواه به نحو منفرد معامله شوند و خواه به ضمّ معلوم. اما لحاظ اوصافی که در ذات مبیع دخالته ندارند و از اجناس غیر مکیل و موزون و معدود و مذروع باشند، لازم نیست و بیع آن‌ها جایز است و غرر در آن‌ها راه ندارد؛ اگرچه به ضمیمه شیء معلوم باشد. از نظر امام خمینی، تمام روایات وارد در مبحث حاضر، مربوط به قسم دوم هستند و به هیچ وجه در مقام بیان صحت بیع مجهول غرری به انضمام شیء معلوم نیستند. بنابراین روایات مذکور باید کنار گذاشته شوند و در نتیجه، بیوع غرری مجهول، خواه منفرد و خواه به ضمیمه شیء معلوم، تحت عموم «عدم جواز» باقی می‌مانند.

۲. از نظر امام خمینی، تمامی تفصیلات وارد در بحث تابع از سوی فقها مردود است و از روایات وارده نمی‌توان چنین برداشتی کرد. به اعتقاد ایشان، مقتضای کلام علامه تفصیل در بیع مجهول نمی‌باشد؛ بلکه تفصیل در بیع معلوم است و لازمه پذیرش تفصیل صاحب جواهر، اراده دو بیع از بیع واحد است که نبی اکرم صلی الله علیه و آله از آن نهی کرده است.

۳. در صورتی که قائل به اعتبار اجماع باشیم، علی‌رغم مخالفت با قواعد پذیرفته‌شده از سوی فقها، باید به قدر متیقن (یعنی خصوص صحت در موارد مذکور در روایات) اکتفا نمود و سزاوار نیست که ضمیمه کردن شیء معلوم را به عنوان قاعده کلی برای تخصیص عدم جواز بیع مجهول پذیرفت.

## کتاب‌شناسی

۱. ابن اثیر جزری، مجدالدین ابوالسعادات مبارک بن محمد، *النهاية في غريب الحديث والاثار*، قم، اسماعیلیان، بی‌تا.
۲. ابن ادریس حلی، محمد بن منصور بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۳. ابن حمزه طوسی، محمد بن علی، *الوسيلة الى نيل الفضيلة*، قم، کتابخانه آیه‌الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۸ ق.
۴. ابن زهره حلبی، سیدحمزه بن علی حسینی، *غنية النزوع الى علمى الاصول والفروع*، قم، مؤسسه امام صادق (علیه السلام)، ۱۴۱۷ ق.
۵. اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة والبرهان في شرح ارشاد الاذهان الى احكام الايمان*، تصحیح مجتبی عراقی و دیگران، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
۶. انصاری، مرتضی بن محمدامین، *کتاب المكاسب المحرمة والبيع والخيارات*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۷. ایروانی نجفی، علی بن عبدالحسین، *حاشية المكاسب*، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۸. بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، *الحدائق الناضرة في احكام العترة الطاهرة*، تحقیق و تصحیح محمدتقی ایروانی و سیدعبدالرزاق مفرم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۹. جوهری، اسماعیل بن حماد، *الصحاح، تاج اللغة وصحاح العربية*، تحقیق احمد عبدالغفور عطار، بیروت، دار العلم للملایین، ۱۴۱۰ ق.
۱۰. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعة الى تحصیل مسائل الشریعة*، قم، مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لاحیاء التراث، ۱۴۰۹ ق.
۱۱. حسینی عاملی، سیدجواد بن محمد، *مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة*، تحقیق محمدباقر خالصی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۱۲. حلی، نجم‌الدین جعفر بن زهدری، *ایضاح ترددات الشرائع*، تحقیق مهدی رجایی، چاپ دوم، قم، کتابخانه آیه‌الله مرعشی نجفی، ۱۴۲۸ ق.
۱۳. حیدری خورمیزی، محمد، «نقد و تحلیل آرای فقهی در باب حکم بیع مجهول به ضمیمه»، *فصلنامه فقه و اصول*، سال چهل و هشتم، شماره پیاپی ۱۰۴، بهار ۱۳۹۵ ش.
۱۴. خوانساری، سیداحمد بن یوسف، *جامع المدارک في شرح المختصر النافع*، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۵ ق.
۱۵. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *الخلاف*، به کوشش علی خراسانی و دیگران، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق. (الف)
۱۶. همو، *المبسوط في فقه الامامية*، تصحیح و تعلیق محمدتقی کشفی، چاپ سوم، تهران، المكتبة المرتضوية لاحیاء الآثار الجعفرية، ۱۳۸۷ ق.
۱۷. همو، *النهاية في مجرد الفقه و الفتاوی*، چاپ دوم، بیروت، دار الکتب العربی، ۱۴۰۰ ق.
۱۸. همو، *تهذیب الاحکام*، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق. (ب)
۱۹. عاملی جعی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی، *الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية*، حاشیه سیدمحمد کلانتر، قم، کتاب فروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.
۲۰. همو، *مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام*، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.

۲۱. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال‌الدین مکی، *الدروس الشرعية في فقه الاماميه*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ۱۴۱۷ ق.
۲۲. همو، *القواعد و الفوائد*، قم، كتاب فروشى مفيد، بی تا.
۲۳. همو، *غاية المراد في شرح نكت الارشاد*، تحقيق رضا مختاری، قم، دفتر تبلیغات اسلامي، ۱۴۱۴ ق.
۲۴. علامه حلی، جمال‌الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *تذكرة الفقهاء*، قم، مؤسسه آل البيت عليه السلام، لاحياء التراث، ۱۴۱۴ ق.
۲۵. همو، *قواعد الاحكام*، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ۱۴۱۳ ق. (الف)
۲۶. همو، *مختلف الشيعة في احكام الشريعة*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ۱۴۱۳ ق. (ب)
۲۷. غروی اصفهانی (کمپانی)، محمدحسین، *حاشية كتاب المكاسب*، تحقيق عباس محمد آل سباع قطيفي، قم، انوار الهدی، ۱۴۱۸ ق.
۲۸. غروی نائینی، محمدحسین، *المكاسب و البيع*، تقرير ميرزا محمدتقی عاملی، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ۱۴۱۳ ق.
۲۹. فیض کاشانی، محمدمحسن بن شاه مرتضی، *مفاتيح الشرائع*، قم، کتابخانه آية الله مرعشي نجفی، بی تا.
۳۰. فیومی مقری، احمد بن محمد بن علی، *المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي*، قم، دار الرضی، بی تا.
۳۱. کرکی عاملی، علی بن حسین، *جامع المقاصد في شرح القواعد*، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل البيت عليه السلام، لاحياء التراث، ۱۴۱۴ ق.
۳۲. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، *الكافي*، تحقيق و تصحيح علی اکبر غفاری و محمد آخوندی، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلاميه، ۱۴۰۷ ق.
۳۳. لاری، سیدعبدالحسین، *التعليقة على المكاسب*، قم، مؤسسه المعارف الاسلاميه، ۱۴۱۸ ق.
۳۴. مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی، *مرآة العقول في شرح اخبار آل الرسول*، تحقيق سيدهاشم رسولی محلاتی، چاپ دوم، تهران، دار الکتب الاسلاميه، ۱۴۰۴ ق.
۳۵. محقق حلی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن حسن، *المختصر النافع في فقه الاماميه*، چاپ ششم، قم، مؤسسه المطبوعات الدينيه، ۱۴۱۸ ق.
۳۶. همو، *شرائع الاسلام في مسائل الحلال و الحرام*، چاپ دوم، قم، اسماعيليان، ۱۴۰۸ ق.
۳۷. محقق سبزواری، محمدباقر بن محمد مؤمن، *كفاية الفقه المشتهر بكفاية الاحكام*، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ۱۴۲۳ ق.
۳۸. مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری بغدادی، *المقننه*، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، ۱۴۱۳ ق.
۳۹. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، *تحریر الوسيله*، قم، دار العلم، بی تا.
۴۰. همو، *كتاب البيع*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ ق.
۴۱. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن، *جامع الشتات في اجوبة السؤالات*، تحقيق مرتضی رضوی، تهران، کیهان، ۱۴۱۳ ق.
۴۲. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام*، تحقيق عباس قوچانی، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.



## بازخوانی مسئله عبادیت و مالکیت در وقف

### مبنتی بر اصطلاح‌شناسی حدیثی\*

- جواد ابروانی<sup>۱</sup>
- سهیلا پیروزفر<sup>۲</sup>
- زهرا حسین‌زاده<sup>۳</sup>
- رضا حق‌پناه<sup>۴</sup>

#### چکیده

مسئله عبادیت وقف و نیز مالکیت آن در میان فقیهان همواره محل گفتگو بوده است. در حالی که عموم قدما، وقف را نیازمند قصد قربت دانسته‌اند، بسیاری از متأخران، آن را توصلی شمار کرده‌اند؛ چنان که در تعیین مالک عین موقوفه نیز آراء گوناگون و متضادی وجود دارد. از سوی دیگر، بسیاری از فقیهان متأخر، وقف را «عقد» لازم برشمرده و حتی لزوم ناشی از عقد را دلیلی بر عدم

\* تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۲/۱ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۲/۱۷.

۱. دانشیار گروه علوم قرآن و حدیث دانشگاه علوم اسلامی رضوی (نویسنده مسئول) (irvani\_javad@yahoo.com).
۲. دانشیار گروه علوم قرآن و حدیث دانشکده الهیات دانشگاه فردوسی مشهد (spirouzfard@um.ac.ir).
۳. کارشناس ارشد علوم قرآن و حدیث (zhs.ma2016@gmail.com).
۴. استادیار گروه علوم قرآن و حدیث دانشگاه علوم اسلامی رضوی (haghpanah@razavi.ac.ir).

اشتراک قصد قربت در آن دانسته‌اند. این در حالی است که عموم فقیهان پیشین، اشاره‌ای به «عقد» بودن آن نکرده‌اند.

این نوشتار، که به شیوه توصیفی تحلیلی و روش کتابخانه‌ای سامان یافته، تلاش کرده است ضمن ارائه اختصارگونه نظرات و ادله، به تبیین و تحلیل مستدل آن‌ها بپردازد. توجه به این نکته کلیدی که وقف در عموم روایات، با واژه «صدقه» بیان می‌شده است، به همراه شواهد و قرائنی که وقف را از سایر مصداق‌های صدقه متمایز می‌سازد، منتج به این می‌شود که از یک سو وقف، نوعی «ایقاع لازم» و نیازمند قصد قربت است و برگشت‌ناپذیری در آن نیز به همین سبب می‌باشد و از سوی دیگر، عین موقوفه پس از وقف، به مالکیت اعتباری خداوند داخل می‌شود. همچنین این تحقیق نشان می‌دهد که چگونه وقف، از «صدقه مشروط به قصد قربت» نزد عموم قداما، به «عقد لازم غیر مشروط به قصد قربت» نزد بسیاری از متأخران تبدیل شده است.

**واژگان کلیدی:** وقف، عبادیت وقف، مالکیت در وقف.

## ۱. طرح بحث

از جمله مسائل محل بحث در باب وقف، مسئله عبادیت آن است؛ آیا وقف، امری عبادی است و به سان دیگر عبادات، نیازمند قصد قربت است؟ یا توصلی بوده و صحت آن مشروط به قصد قربت نمی‌باشد؟ بسیاری از فقیهان متأخر، وقف را بر خلاف صدقه مندوبه، مشروط به قصد قربت نمی‌دانند. مسائلی همچون برگشت‌پذیری در وقف نیز مبتنی بر این بحث است؛ چه، در صورت اثبات عبادیت وقف، رجوع واقف به وقف امکان‌پذیر نخواهد بود. دلیل آن نیز این است که مقصود از افعال مشروط به قصد قربت -همچون صدقه مندوبه- رسیدن به اجر و پاداش اخروی است که با انجام آن حاصل شده است، و از آنجا که جمع بین عوض و معوض شدنی نیست، امکان بازگشت و پس گرفتن معوض (مانند مال صدقه داده شده) وجود ندارد (بحرانی، بی‌تا: ۲۶۲/۲۲). در غیر این صورت، مانع اصلی برگشت‌پذیری برداشته می‌شود و باید سراغ دیگر موانع احتمالی و دلایل اثبات لزوم این عقد رفت. از سوی دیگر، مسئله مالکیت در وقف و مالک عین موقوفه، سخت محل اختلاف است و دیدگاه‌های متنوعی در این زمینه وجود دارد. حال آیا بین عبادیت وقف و مالکیت آن رابطه وجود دارد؟ این نوشتار

تلاش می‌کند با بررسی مسئله مالکیت در وقف و تحلیل روایات مرتبط، به پرسش‌های بالا پاسخ دهد.

فرضیه تحقیق آن است که اگر اصطلاح‌شناسی واژه «صدقه» در روایات به عنوان واژه کلیدی در این موضوع، به درستی انجام گیرد، مسئله عبادیت و مالکیت در وقف را حل می‌کند، رابطه این دو را روشن می‌سازد و به اختلافات فقهی در این عرصه پایان می‌دهد.

## ۲. نکات مقدماتی

رسیدن به دیدگاهی استوار درباره پرسش‌های یادشده، نیازمند یادکرد چند مقدمه و تحلیل و نتیجه‌گیری در موضوعاتی چند است:

### ۱-۲. نقدگونه‌ای بر دیدگاه‌ها درباره مالکیت در وقف

درباره نوع مالکیت وقف، دیدگاه‌های گوناگونی بین فقیهان وجود دارد که همراه با نقدهایی بر آن‌ها، به اختصار بیان می‌شود:

**دیدگاه اول:** موقوفه ملک واقف است؛ چرا که وقف، اخراج مال از ملک خود و وارد کردن آن به مالکیت دیگران نیست؛ بلکه تقیید مالکیت مطلقه انسان است، به گونه‌ای که خرید و فروش، هبه و ارث انجام نمی‌شود. شمار اندکی از شیعه (نجفی، ۱۳۶۵: ۸۸/۲۸) و اهل سنت (کاشانی حنفی، ۱۴۰۹: ۲۱۹/۶؛ نیز ر.ک: ابن قدامه، بی‌تا: ۱۸۸-۱۸۷/۶)، این نظریه را باور دارند.

این دیدگاه، نقدپذیر است؛ چه، بقای مالکیت موقوفه بر ملک واقف، با نصوص موجود در مورد وقف و نیز ویژگی‌ها و لوازم «مالکیت» ناسازگار می‌باشد. در این نصوص آمده است: «صَدَقَةٌ... لَا تَبَاعُ وَلَا تُوهَبُ»<sup>۱</sup> (کلینی، ۱۳۶۷: ۳۹/۷). به کارگیری واژه «صدقه» در مورد وقف و همراهی آن با عبارت «الصدقة لله»<sup>۲</sup> (همان: ۳۱/۷)، با مالکیت واقف بر آن همخوانی ندارد؛ چنان که نفی ویژگی‌ها و لوازم مالکیت یعنی

۱. «صدقه‌ای... که فروخته و هبه نمی‌شود».

۲. «صدقه از آن خداوند است».

جواز بیع و هبه از عین موقوفه نیز نشانه خروج آن از مالکیت واقف می‌باشد. حقوق دانان پنج ویژگی را برای نهاد مالکیت بیان کرده‌اند: ۱. تداوم (محدود نبودن به زمانی خاص، بر خلاف اجاره)؛ ۲. انحصاری بودن (تعلق تمام منافع و هزینه‌های استفاده از ملک به مالک)؛ ۳. انتقال‌پذیری (از راه بیع، هبه، ارث و...؛ ۴. امنیت (از تصرف غیر)؛ ۵. عمومیت (در تصرفات قانونی) (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰: ۹۰). بدیهی است که بسیاری از این ویژگی‌ها در موقوفه نسبت به واقف وجود ندارد. از سوی دیگر، التزام به اصل مالکیت (برای واقف) بدون التزام به لوازم آن، حتی اگر با مفهوم و ماهیت مالکیت منافاتی نداشته باشد، بی‌ثمر و نوعی کاربرد الفاظی عاری از مفاهیم واقعی آن است، و التزام به لوازم آن نیز با حکمت وقف و آثار مورد انتظار از آن سازگار نیست.

بر همین اساس، باقی ماندن موقوفه بر ملک واقف، خلاف مشهور فقهاست (طوسی، ۱۴۱۷: ۵۳۹/۳-۵۴۰) و طبق گزارش صاحب جواهر، تنها ابوالصلاح حلبی آن را باور داشته است (نجفی، ۱۳۶۵: ۹۰/۲۸).

باور به دیدگاه مذکور از سوی برخی فقیهان، از آنجا ناشی شده که در روایت مشهور نبوی درباره وقف آمده است: «حَبَسَ الْأَصْلَ وَسَبَّلَ الثَّمَرَةَ»<sup>۱</sup> (ابن ابی‌جمهور احسائی، ۱۴۰۳: ۲۶۰/۲) و چنین تصور شده که مقصود از «تحبیس اصل»، بقای مالکیت آن برای واقف است. این در حالی است که تحبیس اصل، به غیر قابل انتقال بودن آن با فروش، هبه و ارث توسط موقوف‌علیهم اشاره دارد، نه به بقای آن بر ملک واقف (ر.ک: طوسی، ۱۴۱۷: ۵۴۰/۳).

**دیدگاه دوم:** موقوفه در مالکیت موقوف‌علیهم قرار دارد؛ چه در وقف عام و چه در وقف خاص. این نظریه، دیدگاه بسیاری از فقیهان است (همو، بی‌تا: ۲۸۷/۳؛ ابن ادریس حلّی، ۱۴۱۰: ۱۵۴/۳؛ محقق حلّی، ۱۴۰۹: ۴۵۰/۲؛ علامه حلّی، ۱۴۲۰: ۲۹۰/۳-۲۹۱؛ نجفی، ۱۳۶۵: ۸۸-۸۹/۲۸؛ ابن قدامه، بی‌تا: ۱۸۹/۶-۱۹۰).

این دیدگاه نیز نقدپذیر است؛ چه، مستفاد از ادله و اطلاقات باب وقف، مانند: «حَبَسَ الْأَصْلَ وَسَبَّلَ الثَّمَرَةَ»، صرفاً این است که پس از وقف، موقوفه از ملک مالک

۱. «اصل را نگه دار و منفعت را [برای موقوف‌علیه] مباح کن».



خارج می‌شود؛ اما اینکه وارد ملک موقوف‌علیهم شود، از ادله قابل اثبات نیست. بلکه ظاهر جمله «تحییس الأصل» می‌رساند که اصل مال، حبس شده و مالک و غیر مالک ممنوع‌التصرف در آن هستند و این، با ملکیت موقوف‌علیهم نمی‌سازد (غروی نائینی و دیگران، ۱۴۲۱: ۳۳۸).

از سوی دیگر، مالکیت موقوف‌علیهم بر وقف به سان مالکیت واقف، از این جهت که ویژگی‌های مالکیت همچون جواز بیع و هبه و توارث را ندارد نیز صحیح به نظر نمی‌رسد؛ چنان که پیشتر اشاره گردید.

آنچه به عنوان دلیل برای این دیدگاه یاد شده، آن است که اگر کسی آن را غصب کند، «ضامن» موقوف‌علیهم است و ممنوعیت بیع، دلیل عدم مالکیت نیست؛ چرا که در رهن نیز راهن با وجود مالکیت بر رهن، حق بیع آن را ندارد (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۱۵۴/۳). این دلیل نااستوار می‌نماید؛ چه، ضامن در مواردی همچون مستأجر نیز وجود دارد؛ یعنی اگر کسی عین مستأجره را غصب کند، ضامن مستأجر است، در حالی که مستأجر مالکیتی بر عین مستأجره ندارد. این در حالی است که هیچ یک از ویژگی‌های مالکیت برای موقوف‌علیهم ثابت نیست و صرف جواز انتفاع، اعم از مالکیت می‌باشد. دیدگاه سوم: وقف، فکّ ملک است و موقوفه، مالک ندارد (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۳۴۷/۶؛ موسوی خمینی، ۱۳۶۳: ۱۳۴/۳-۱۳۶).

روشن است که فکّ ملک با ادله سازگار نیست؛ چه، هر گاه بنای مسجد خراب شود و اجزایی همچون درب و پنجره آن قابل استفاده نباشد، فروش و هزینه کردن بهای آن در تجدید بنای مسجد جایز است، در حالی که اگر از قبیل فکّ ملک می‌بود، بیع آن جایز نبود؛ چرا که بیع جز در ملک روا نیست (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱: ۳۳/۲). عموم فقیهان نیز معتقدند که به لحاظ شرعی، مال بدون مالک وجود ندارد (نجفی، ۱۳۶۵: ۹۲/۲۸)، از این رو، گفته‌اند: مال بدون مالک، ملک امام است (میرزای قمی، ۱۴۱۳: ۱۲۳/۲).

از سوی دیگر، از روایات باب وقف - که در ادامه بخشی از آن‌ها می‌آید - صرفاً استفاده می‌شود که عین موقوفه از مالکیت مالک خارج می‌شود؛ اما دلالت ندارند که بدون مالک باقی خواهد ماند. بنابراین فکّ ملک، فاقد دلیل است.

قیاس وقف به عتق رقبه نیز قیاس مع الفارق است؛ چه، عبد پس از عتق آزاد می‌شود و فرد آزاد، مال نیست تا تحت مالکیت درآید و مالک داشته باشد، در حالی که عین موقوفه، همچنان مال است و نیازمند مالک.

**دیدگاه چهارم:** این دیدگاه تفصیلی است. بسیاری از فقیهان معتقدند که مالک در وقف بر جهات عامه -مانند مسلمانان، فقیران و...- خداوند است و در وقف بر معین (خاص)، موقوف‌علیهم. وقف بر مسجد نیز فکّ ملک می‌باشد (علامه حلی، ۱۴۱۲: ۳۹۴/۲؛ عاملی جزینی، ۱۴۱۲: ۲۷۷/۲؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۳۷۷/۵؛ کرکی عاملی، ۱۴۰۸: ۶۴/۹). همچنین برخی از فقیهان شیعه در خصوص مساجد و مانند آن احتمال داده‌اند که ملک تشریحی و اعتباری خداوند باشد (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱: ۳۳/۲). برخی از اهل سنت نیز این دیدگاه را باور دارند (ر.ک: ابن قدامه، بی‌تا: ۱۹۰/۶)؛ چنان که به نظر برخی از فقیهان معاصر، وقف در مسجد، فکّ ملک، و در سایر موقوفات، ملک غیر طلق موقوف‌علیهم است (حسینی سیستانی، ۱۴۱۴: ۳۸۸/۲).

بدیهی است نقدهایی که بر دیدگاه‌های پیشین وارد بود، بر بخش‌های عمده این نظریات، که ترکیبی از آن‌ها با افزودن نکاتی جدید است، نیز وارد می‌باشد.

از سوی دیگر، برخی احتمال داده‌اند که وقف عام (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱: ۳۳/۲) یا وقف بر جهات عامه غیر از مسجد (عاملی جزینی، ۱۴۱۲: ۲۷۷/۲)، در واقع از نوع مالکیت همه مسلمانان باشد. لازمه دیدگاه دوم که موقوف‌علیهم را مالک می‌داند، در خصوص مواردی همچون مسجد که وقف بر مسلمانان است، نیز پذیرش مالکیت عمومی در بخشی از موقوفه‌هاست (ر.ک: نجفی، ۱۳۶۵: ۸۹/۲۸). این دیدگاه نیز فاقد هر گونه دلیلی است.

## ۲-۲. تحلیل مالکیت اعتباری الهی

«مالکیت» به طور کلی به دو نوع عمده تقسیم می‌شود: مالکیت حقیقی و مالکیت اعتباری. «مالکیت حقیقی» یعنی گونه‌ای ارتباط و وابستگی بین دو شیء که وجود و قوام مملوک، از جهت حدوث و بقا وابسته به مالک است (طباطبایی، ۱۴۱۷: ۲۴/۱). این نوع مالکیت، ویژه خداوند است. «مالکیت اعتباری» نیز نوعی ارتباط و قرارداد بین

مالک و شیء است که صحت تصرفات را موجب می‌گردد (همان: ۲۴/۱ و ۱۴۸/۳؛ موسوی خمینی، بی‌تا: ۱۳۰۹/۱).

حال این پرسش مطرح است که آیا مالکیت اعتباری، برای خداوند هم وجود دارد؟ یعنی آیا در بین دارایی‌ها و منابع، مصداقی وجود دارد که مالک اعتباری آن، خداوند باشد؟

برخی با تقسیم مالکیت اعتباری به دو گونه الهی و بشری، برای خداوند نیز مالکیت اعتباری (حقوقی) قرار داده‌اند (طباطبایی، ۱۴۱۷: ۱۴۹/۳-۱۵۰). دلیل این مطلب نیز اختصاص یافتن بخشی از اموال به خداوند در تعبیراتی همچون ﴿لِلَّهِ حُمُسَهُ﴾<sup>۱</sup> (انفال / ۴۱) می‌باشد. همچنین در آیاتی، مساجد (جن / ۱۸) و از جمله خانه خدا (بقره / ۱۲۵؛ حج / ۲۶) به خداوند نسبت داده شده است که ممکن است «مالکیت» آن‌ها مدنظر باشد (قرطبی، ۱۴۰۵: ۱۱۴/۱۹). از آنجا که مساجد و از جمله مسجدالحرام به ملکیت اعتباری انسان‌ها در نمی‌آید، برخی احتمال داده‌اند ملکیت آن‌ها از نوع ملکیت تشریحی الهی باشد که در طول مالکیت حقیقی او قرار می‌گیرد (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱: ۳۳/۲).

در مقابل، برخی با انکار مالکیت اعتباری الهی (نجفی، ۱۳۶۵: ۹۰/۲۸) و حتی نامعقول دانستن آن، عبارت ﴿لِلَّهِ حُمُسَهُ﴾ (انفال / ۴۱) و ﴿قُلِ الْأَنْفَالُ لِلَّهِ﴾<sup>۲</sup> (انفال / ۱) را بر اولویت و ولایت در تصرف حمل کرده‌اند (موسوی خمینی، ۱۳۶۸: ۱۹۶/۲). بیشتر عالمان اهل سنت (طبری، ۱۴۱۲: ۷۰۳/۱۰؛ جصاص، ۱۴۰۵: ۲۳۰/۴؛ فخرالدین رازی، ۱۴۲۰: ۴۸۵-۴۸۴/۱۵) و برخی عالمان شیعه، خمس را پنج بخش نموده و ذکر خدا را در آیه خمس بر تیمن یا تأکید سهم پیامبر ﷺ یا بیان قصد قربت حمل کرده‌اند (ر.ک: موسوی عاملی، ۱۴۱۰: ۳۹۶-۳۹۳/۵؛ سبزواری، بی‌تا: ۴۸۶/۳) و یا بیانگر لزوم مصرف در مصالح عمومی دین دانسته‌اند (رشید رضا، ۱۴۱۴: ۷/۱۰).

دیدگاه نخست استوارتر به نظر می‌رسد و ظاهر نصوص نیز با آن هماهنگ است؛ چه، در آیه خمس که اختصاص سهمی به خداوند در آن یاد شده است: ﴿لِلَّهِ حُمُسَهُ﴾ (انفال / ۴۱)، سهمی نیز برای «پیامبر ﷺ» و سهمی برای «ذی القربی» اختصاص یافته

۱. «یک پنجم آن برای خداست».

۲. «بگو انفال از آن خداست».

است و بر اساس روایات (ر.ک: حرّ عاملی، بی‌تا: ۳۵۶/۶-۳۵۷)، سهم خدا و رسول ﷺ به همراه سهم «ذی‌القربی»، به منزله «نیمی از خمس»، به «امام» ویژه می‌شود و «مالکیت امام» را شکل می‌دهد (ر.ک: علامه حلی، ۱۴۱۲: ۳/۳۵۴؛ صدر، ۱۳۸۲: ۲۸۲). بدیهی است که اگر ذکر خدا در آیه، بر تیمّن یا تأکید سهم پیامبر ﷺ یا بیان قصد قربت حمل شود، دو سهم دیگر، «نیم خمس» نخواهد شد! بنابراین مالکیت اعتباری الهی بر بخشی از خمس باید پذیرفته شود. ضمن اینکه نمی‌توان از ظهور حرف «لام» در «الله» در موارد یادشده چشم‌پوشی کرد.

بر این اساس، مراد از مالکیت الهی بر خمس غنائم، مالکیت حقیقی نیست؛ زیرا این نوع مالکیت، بر کل غنائم و بلکه بر تمام هستی است. مفهوم ملکیت اعتباری الهی در اینجا آن است که مالکیت اعتباری مالک، نسبت به خمس مال سلب می‌شود و مصرف آن تحت فرمان الهی قرار می‌گیرد و پس از این مرحله به ملکیت اعتباری پیامبر ﷺ یا امام ائمه اطهار (طوسی، ۱۳۶۵: ۴/۱۲۵-۱۲۷؛ حرّ عاملی، بی‌تا: ۵۱۹-۵۰۹/۹؛ علامه حلی، ۱۴۱۲: ۳/۳۲۹) در خواهد آمد. نظیر همین مطلب درباره انفال: ﴿قُلِ الْأَنْفَالُ لِلَّهِ﴾ (انفال/ ۱) و فیء: ﴿مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ... فَلِلَّهِ...﴾<sup>۲</sup> (حشر/ ۷) نیز صادق است. در این موارد، مقصود بیان اختصاص سهمی از این اموال به خداوند است تا به وسیله پیامبر ﷺ در راه خدا مصرف گردد (طباطبایی، ۱۴۱۷: ۱۹/۲۰۳). درباره زکات در آیه ﴿وَأَتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ﴾<sup>۳</sup> (نور/ ۳۳) - در صورتی که منظور از «مال الله» زکات مال باشد- نیز این نکته صادق است (طوسی، ۱۴۱۷: ۶/۳۹۷؛ همو، بی‌تا: ۷/۴۳۴؛ طباطبایی، ۱۴۱۷: ۱۵/۱۱۳).

## ۳-۲. تحلیل مفهوم «صدقه» به عنوان واژه کلیدی بیانگر مفهوم وقف در

### روایات

هرچند در فقه اسلامی، برای بیان مفهوم وقف و احکام آن، به طور معمول از همین واژه استفاده می‌شود، در روایات به طور گسترده از واژه «صدقه» برای این منظور

۱. مقصود از فیء، زمین‌هایی است که کفار بدون جنگ آن را در اختیار مسلمانان قرار می‌دادند. این گونه اموال بخشی از انفال است.
۲. «آنچه خدا به پیامبرانش بازگرداند... اختصاص به خدا... دارد».
۳. «از مال خدا به آنان بدهید».

استفاده شده است؛ کاربردی که ریشه در تطور مفهومی واژه‌ها دارد و خود، زمینه برداشت‌های ناستواری را فراهم نموده که در ادامه خواهد آمد.

واژه «صدقه» در لغت از «صدق» گرفته شده که نقطهٔ مقابل «کذب» است (ر.ک: فراهیدی، ۱۴۰۸: ۵۶/۵؛ ابن منظور، ۱۴۱۰: ۱۰/۱۹۳). واژگان اشتقاق یافته از «صدق» هر کدام به گونه‌ای با مفهوم نخستین آن ارتباط دارند؛ دوست صمیمی را از آن روی «صَدِیق» (ر.ک: نور/ ۶۱) گویند که رفتار وی ادعای دوستی او را تصدیق می‌کند، و مهر زن را «صداق» (ر.ک: نساء/ ۴) گویند از آن جهت که پرداخت آن به سان هدیه‌ای نشانهٔ صدق ادعای مرد در عشق و علاقه به همسرش است (ر.ک: عسکری، ۱۴۱۲: ۳۱۰-۳۱۱).

واژه «صدقه» به مفهوم رایج آن، یعنی «هر آن چیزی که در راه رضای خدا به نیازمندان پرداخت شود» (زبیدی، ۱۴۰۹: ۴۰۵/۶) و نیز خود نشان راستی ادعای آدمی در ایمان به خدا و بندگی اوست. برخی از واژه‌شناسان که در آستانه قرآن قلم زده‌اند، کاربرد اصلی صدقه را در «پرداخت‌های مستحب و داوطلبانه» دانسته‌اند (راغب اصفهانی، ۱۴۰۴: ۴۸۰؛ طریحی، ۱۴۰۸: ۵۹۷/۲).

#### واژهٔ صدقه در اصطلاح فقهی دو کاربرد دارد:

نخست به معنای عام که بین قدما شهرتی بیشتر داشته است (برای نمونه ر.ک: مفید، ۱۴۱۰: ۶۵۲؛ طوسی، ۱۴۱۷: ۱۵۵/۲؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۱۵۲/۳؛ عاملی جزینی، ۱۴۱۲: ۱/۲۲۸). در این کاربرد، صدقه به معنای هر گونه پرداخت مالی است که برای رضای خدا صورت پذیرد، خواه واجب باشد یا مستحب، و از این روی، زکات مال مصطلح، فطره، کفارات، نذورات، قربانی و انفاق‌های مستحب را شامل می‌شود. به همین جهت، در تقسیم‌بندی انفاق‌های مالی و نیز تعریف آن‌ها به سان «مقسم» و «جنس» قرار می‌گیرد؛ برای نمونه، یحیی بن سعید حلی، از فقیهان سدهٔ هفتم، صدقات را به دو گونهٔ واجب و مستحب تقسیم کرده و آنگاه تعداد صدقات واجب را ۱۶ مورد دانسته که از آن جمله‌اند: زکات مال و فطره، قربانی در حج، کفارات و دیات. صدقات مستحب را نیز ۲۸ عدد دانسته است (ر.ک: حلی، ۱۳۸۶: ۴۸-۵۰). از سوی دیگر، بسیاری از فقیهان در تعریف زکات چنین گفته‌اند: «صَدَقَةٌ مُقَدَّرَةٌ...» (صدقه با مقدار تعیین شده) و در توضیح آن یادآور شده‌اند که «صدقه» جنس است (ر.ک: عاملی جزینی، ۱۴۱۲: ۱/۲۲۸).

اردبیلی، ۱۴۰۵: ۶/۴؛ ابن فهد حلی، ۱۴۰۷: ۴۹۹/۱؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۳۵۵/۱).

دوم به معنای خاص که همان انفاق مستحب است. در تعریف آن گفته‌اند: «تملیک عین بدون عوض به صورت داوطلبانه» (محقق حلی، ۱۴۱۰: ۱۵۹؛ فاضل آبی، ۱۴۱۰: ۵۵/۲). این معنا در عرف فقیهان متأخر و نیز جامعه غلبه پیدا کرده است. کاربرد قرآنی واژه «صدقه» نیز بسی گسترده است؛ آن‌سان که هر گونه کمک مالی به نیازمندان - خواه در قالب انفاق‌های واجب (ر.ک: توبه / ۶۰ و ۱۰۳) یا مستحب (ر.ک: توبه / ۷۹) - و نیز کمک‌های غیر مالی و احسان و گذشتن از حق (ر.ک: بقره / ۲۸۰؛ مائده / ۴۵) را شامل می‌شود و خصوصیت هر مورد به کمک قرائن قابل تشخیص است. بر این اساس، کاربرد قرآنی صدقه با اصطلاح فقهی اول آن، که بین قدما شهرت داشته است، نزدیک می‌باشد. با این حال، این واژه در قرآن به صورت خاص در مفهوم «وقف» به کار نرفته است.

در روایات - اما - کاربرد صدقه تا حدودی تطور یافته است. تأمل در روایات نشان می‌دهد که در عهد نبوی صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «صدقه» به طور مطلق در مفهوم «کمک مالی برای رضای خدا» به کار می‌رفته است. لیک کاربرد آن در «زکات مصطلح فقهی» بسی فزونی داشته است. انبوه روایات منقول از رسول خدا صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ که در آن‌ها، صدقه به معنای زکات آمده، گواه این مدعاست (کلینی، ۱۳۶۷: ۴۹۷/۳؛ ابن حنبل، بی‌تا: ۱۱/۱-۱۲). با این حال، در همان دوران و از سوی پیامبر صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ با تسری دادن ملاک آن به احسان‌های غیر مالی، آن‌سان که نزد اصولیان به عنوان «حکومت توسعه‌ای» مطرح است (ر.ک: عراقی، ۱۴۰۵: ۲۴-۲۲/۲ و ۱۳۲؛ غروی نائینی، ۱۴۰۹: ۱۹/۳)، به هر گونه کار مثبتی که برای رضای خدا انجام گیرد، صدقه اطلاق گردید (حرّ عاملی، بی‌تا: ۲۹۲-۲۹۳). چنان که گاه واژه یادشده درباره «وقف» نیز به کار رفته و از آن با تعبیر «صدقه جاریه» (ر.ک: ابن ابی‌جمهور احسائی، ۱۴۰۳: ۵۳/۲؛ مجلسی، ۱۴۰۳: ۲۳/۲؛ ابن حنبل، بی‌تا: ۲۷۲/۲؛ نسائی، ۱۳۴۸: ۲۵۱/۶) یاد شده است. لیک این استعمال همراه با قرینه بود.<sup>۱</sup> بنابراین هر جا در روایات نبوی واژه صدقه بدون قرینه به کار رفته، به مفهوم «مطلق انفاق مالی، اعم از

۱. وصف «جاریه» در این روایات، خود قرینه کاربرد آن در وقف است، گو اینکه می‌توان گفت در اینجا نیز مفهوم عامی مراد است که وقف هم جزء آن است.

واجب و مستحب» است، ولی انصراف به «زکات مصطلح فقهی» دارد.

در زمان حضرت امیر علیه السلام به تدریج استعمال آن در «وقف» فزونی یافت، لیک بدان حد نرسید که بدون قرینه به کار رود. در وقف‌نامه‌های علی علیه السلام واژه صدقه با قرینه‌هایی همچون «لَا تُبَاعُ وَلَا تُورَثُ»<sup>۱</sup> و «بَتَّةً بَتْلًا»<sup>۲</sup> (ر.ک: ابن منظور، ۱۴۱۰: ۷/۱۱ و ۴۲) به کار رفته است؛ برای نمونه:

«قَسَمَ نَبِيُّ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الْفَيْءَ، فَأَصَابَ عَلِيًّا عَلَيْهِ السَّلَامُ أَرْضًا فَاحْتَفَرَ فِيهَا عَيْنًا فَخَرَجَ مَاءٌ يَبِئِعُ فِي السَّمَاءِ كَهَيْئَةِ غُنْتِ الْبُعِيرِ، فَسَمَّاهَا يَبِئِعُ، فَجَاءَ الْبَشِيرُ يُبَشِّرُ، فَقَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: بَشِّرِ الْوَارِثَ، هِيَ صَدَقَةٌ بَتَّةً بَتْلًا فِي حَجِيجِ بَيْتِ اللَّهِ وَعَابِرِي سَبِيلِ اللَّهِ لَا تُبَاعُ وَلَا تُوهَبُ وَلَا تُورَثُ» (کلینی، ۱۳۶۷: ۵۴۷/۷-۵۵)؛ پیامبر خدا صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فیئ را تقسیم نمود. پس به علی علیه السلام زمینی رسید و حضرت چشمه‌ای در آن حفر کرد که آبی از آن خارج شد و چونان گردن شتر به آسمان می‌جوید. پس نام آن را «یبیع» نهاد. پس آنگاه که بشیر آمد تا بشارت دهد، فرمود: به وارث مژده ده که این [چشمه]، صدقه‌ای [وقفی] است جدای از مال مالک، در راه حجج خانه خدا و پویندگان راه او فروخته نمی‌شود، هدیه داده نمی‌شود و به ارث نمی‌رسد.

اما در زمان امام باقر و امام صادق علیهما السلام کاربرد واژه صدقه در مفهوم «وقف» چنان رواج پیدا کرد که حتی بدون قرینه صریح در لفظ نیز به کار می‌رفت. نمونه‌هایی -همراه با قرینه و بدون آن- را بنگرید:

۱. عجلان بن ابی صالح گوید: امام صادق علیه السلام بر من چنین املا کرد:

«... هَذَا مَا تَصَدَّقَ اللَّهُ بِهِ فَلَانٌ بَنُ فَلَانٍ وَهُوَ حَيٌّ سَوِيٌّ يَدَارِهِ الَّتِي فِي بَيْتِي فَلَانٍ يُحْدُودِهَا صَدَقَةٌ لَا تُبَاعُ وَلَا تُوهَبُ وَلَا تُورَثُ حَتَّى يَرْتَهَا وَارِثُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ» (همان: ۳۹/۷)؛ این چیزی است که فلانی در حالی که زنده و سالم است، به وسیله آن خانه‌اش را با حدودش در فلان منطقه برای خدا صدقه داده است؛ صدقه‌ای [وقفی] که فروخته نمی‌شود، هبه نمی‌گردد و به ارث نمی‌رسد تا اینکه وارث آسمان‌ها و زمین آن را به ارث برد.

۲. امام صادق علیه السلام فرمود:

۱. «فروخته نمی‌شود و به ارث نمی‌رسد».  
 ۲. «آن را [از ملک مالک] قطع کرد و جدا ساخت».

«لَيْسَ يُبْعَثُ الرَّجُلُ بَعْدَ مَوْتِهِ مِنَ الْأَجْرِ إِلَّا ثَلَاثَ خِصَالٍ: صَدَقَةٌ أُجْرَاهَا فِي حَيَاتِهِ فَهِيَ تَجْرِي بَعْدَ مَوْتِهِ...» (همان: ۵۶/۷)؛ آدمی پس از مرگش پاداشی را در پی ندارد، مگر از سه مورد: صدقه‌ای [وقفی] که در زمان حیاتش به جریان اندازد که پس از مرگش نیز در جریان می‌باشد....

### ۳. نمونه سوم:

«أوصى أبو الحسن عليه السلام بهذه الصدقة: هذا ما تصدق به موسى بن جعفر عليه السلام، تصدق بأرضه في مكان كذا وكذا كلها...» (صدوق، ۱۴۰۴: ۲۹۴/۴)؛ امام کاظم عليه السلام به این صدقه [وقف] وصیت نمود: این چیزی است که موسی بن جعفر به وسیله آن، تمامی زمینش در فلان مکان را صدقه داد....

### ۴. نمونه چهارم:

«عَنْ جَمِيلٍ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام: الرَّجُلُ يَتَصَدَّقُ عَلَى وُلْدِهِ بِصَدَقَةٍ وَهُمْ صِبَاغٌ. أَلَمْ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِيهَا؟ قَالَ: لَا، الصَّدَقَةُ لِلَّهِ عز وجل» (کلینی، ۱۳۶۷: ۳۱/۷)؛ جمیل گوید: به امام صادق عليه السلام گفتم: مردی برای فرزندانش صدقه‌ای [وقفی] قرار داد، در حالی که آنان صغیرند. آیا حق رجوع به آن را دارد؟ فرمود: خیر، صدقه از آن خداوند عز وجل است.

صدقه در روایت نخست به قرینه «لا تُبَاعُ ولا توهب...»، در روایت دوم به قرینه «تجرى بعد موته» و در حدیث سوم به جهت نسبت دادن آن به مکان (بأرضه) - آن‌سان که برخی حدیث پژوهان نیز تصریح کرده‌اند (ر.ک: فیض کاشانی، ۱۴۰۹: ۵۶۰/۱۰) - ظهور در وقف دارد، چنان که در آخرین حدیث نیز این نکته صادق است؛ زیرا صدقه پدر بر فرزند به مفهومی جز وقف، معقول به نظر نمی‌رسد. افزون بر این می‌توان از روایاتی یاد نمود که امام عليه السلام عموم آب‌های مکه و اطراف آن را صدقه می‌داند (ر.ک: همان: ۱۹۵/۱۰-۱۹۶).

این گونه است که فقیهان پیشین همچون شیخ طوسی، وقف و صدقه را یکی دانسته‌اند (طوسی، بی‌تا: ۵۹۶؛ نیز ر.ک: ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۱۶۰/۳)، که مرادشان کاربرد روایی آن‌هاست و حتی به گفته شیخ مفید در *المقنعه*، اطلاق اصلی و کاربرد واژه صدقه در صدر اول، همان وقف بوده است (مفید، ۱۴۱۰: ۶۵۲؛ نیز ر.ک: بحرانی، بی‌تا:



۱۵۴/۲۲-۱۵۵). نیز هم او (مفید، ۱۴۱۰: ۶۵۲) و هم ابن ادریس (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۱۵۲/۳) با عبارت «الْوَقُوفُ فِي الْأَصْلِ صَدَقَاتٌ» رابطه وقف و صدقه را بیان کرده‌اند. بر این اساس می‌توان گفت که کاربرد «صدقه» در این روایات، در دو معنا بسیار رایج بوده است: وقف، و کمک مالی به محرومان (اعم از واجب و مستحب). بنابراین هر گاه بدون هیچ گونه شاهد و قرینه‌ای به کار رود، مجمل خواهد بود (ر.ک: بحرانی، بی‌تا: ۲۶۷/۲۲؛ ایروانی، ۱۳۹۴: ۲۹-۴۳).

### ۳. برداشت‌های ناستوار از مفهوم صدقه در روایات

بی‌توجهی به اصطلاح خاص روایات در خصوص کاربرد واژه «صدقه»، برداشت‌های ناستواری را موجب گشته است: برای نمونه، فیض کاشانی در *وافی ذیل باب «إِنَّ الزَّكَاةَ لَا تَحُلُّ لِبَنِي هَاشِمٍ إِلَّا مَمَّنْ هُوَ مِنْهُمْ أَوْ عِنْدَ الضَّرُورَةِ»* این روایت حلبی را آورده است (فیض کاشانی، ۱۴۰۹: ۱۹۷/۱۰):

«إِنَّ فَاطِمَةَ عَلَيْهَا السَّلَامُ جَعَلَتْ صَدَقَاتِهَا لِبَنِي هَاشِمٍ وَبَنِي عَبْدِ الْمُطَّلِبِ» (صدوق، ۱۴۰۴: ۳۸/۲)؛ فاطمه عَلَيْهَا السَّلَامُ صدقاتش را برای بنی‌هاشم و بنی‌عبدالمطلب قرار داد.

در حالی که به نظر می‌رسد مراد از صدقه در این روایت، وقف باشد نه زکات؛ چنان که از روایات باب «صَدَقَاتُ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَفَاطِمَةَ وَالْأُتَمَّةَ عَلَيْهَا السَّلَامُ وَوَصَايَاهُمْ» (کلینی، ۱۳۶۷: ۴۷/۷-۵۰؛ فیض کاشانی، ۱۴۰۹: ۱۰/۵۵۷-۵۶۳) به طور کامل پیداست. کلینی پیش از روایت یادشده، حدیثی آورده که می‌تواند قرینه بر این مطلب باشد؛ چه، در آن نسبت به مواردی از میراث رسول خدا صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ به فاطمه عَلَيْهَا السَّلَامُ تصریح به «وقف» شده است (کلینی، ۱۳۶۷: ۴۷/۷). جالب اینجاست که فیض کاشانی روایت یادشده را -به طریقی دیگر- در این باب هم یاد کرده و ذیل آن چنین نگاهشده است:

«مقصود از صدقه، وقف است... و اطلاق صدقه بر وقف، بین آنان شایع و متعارف بوده است» (فیض کاشانی، ۱۴۰۹: ۱۰/۵۵۷).

مؤید این نکته آن است که در گزارش‌های تاریخی، به مالکیت حضرت زهرا عَلَيْهَا السَّلَامُ

۱. «زکات برای بنی‌هاشم حلال نیست، جز از طرف خودشان یا هنگام ضرورت».

بر آن مقدار اموال زکوی که زکات واجب به آن تعلق بگیرد، اشاره نشده است. همچنین روایات مربوط به فضیلت، پاداش و آثار مثبت دنیوی و اخروی صدقه و ترغیب به آن به طور عموم در باب «صدقه مندوبه» یاد شده است (برای نمونه ر.ک: اردبیلی، ۱۴۰۵: ۲۸۵/۴؛ فیض کاشانی، ۱۴۰۹: ۳۸۷/۱۰-۳۹۷). از طرفی، حرّ عاملی روایات مربوط به «صدقه زن بدون اذن شوهر» را -برای مثال- در «کتاب الوقوف والصدقات» آورده است، نه در بحث صدقه مندوبه! (ر.ک: حرّ عاملی، بی‌تا: ۲۳۳/۳)؛ در حالی که هیچ دلیلی بر این انحصار و تخصیص وجود ندارد. «وقف» نیز امری مندوب است و استعمال صدقه به معنای وقف نیز فراوان. بنابراین دست کم باید این گونه روایات را به وقف نیز تسری دارد.

#### ۴. اثبات فرضیه و پاسخ به پرسش‌ها

پس از یادکرد سه مقدمه مورد نیاز و مبتنی بر مقدمه دوم و سوم، اکنون به اثبات فرضیه و پاسخ به پرسش‌های تحقیق پرداخته می‌شود:

##### ۴-۱. مالکیت عین موقوفه

دیدگاه قابل اثبات در این باره آن است که در تمامی موارد، عین موقوفه پس از وقف، نه ملک موقوف علیهم می‌شود و نه فکّ ملک، و به طور قطع، ملک واقف هم نیست و او موقوفه را از ملک خود خارج کرده است؛ بلکه موقوفه در تمام اقسام وقف، «ملک اعتباری خداوند» می‌شود. دلیل این مطلب، مبتنی بر امور ذیل است:

نخست، اثبات مالکیت اعتباری خداوند بر برخی از منابع و دارایی‌ها؛

دوم، اصطلاح‌شناسی صحیح واژه «صدقه» در روایات و به ویژه کاربرد این واژه در بیان مفهوم وقف؛

سوم، روایاتی که به صراحت، وقف را از آن خداوند می‌دانند.

دو نکته نخست، پیشتر گذشت. اما نمونه روایات یادشده، روایت پیش‌گفته از

جمیل است:

«عَنْ جَمِيلٍ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: الرَّجُلُ يَصَدَّقُ عَلَىٰ وُلْدِهِ بِصَدَقَةٍ وَهُمْ صِغَارٌ

أَلَمْ أَنْ يَرْجِعْ فِيهَا؟ قَالَ: لَا، الصَّدَقَةُ لِلَّهِ ﷻ» (کلینی، ۱۳۶۷: ۳۱/۷)؛ جمیل گوید: به امام صادق علیه السلام گفتم: مردی برای فرزندانش صدقه‌ای [وقفی] قرار داد، در حالی که آنان صغیرند. آیا حق رجوع به آن را دارد؟ فرمود: خیر، صدقه از آن خداوند تعالی است.

روایت به لحاظ سندی صحیح است و از نظر دلالتی، صدقه در اینجا آن‌سان که بسیاری از فقیهان برداشت کرده‌اند، ظهور در وقف دارد (برای نمونه ر.ک: علامه حلی، ۱۴۱۲: ۳۰۲-۳۰۱/۶؛ همو، ۱۴۱۵: ۴۴۸/۲؛ فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۳۸۴/۲؛ ابن فهد حلی، ۱۴۰۷: ۶۴/۳). در روایات متعدد دیگری نیز از وقف به صدقه تعبیر شده است؛ از جمله روایاتی که امام علیه السلام عموم آب‌های مکه و اطراف آن را صدقه می‌داند (ر.ک: کلینی، ۱۳۶۷: ۱۹۵/۱۰-۱۹۶).

بر این اساس، صدقه به معنای عام خود که وقف را نیز شامل می‌شود، از آن خداوند است. درباره سایر مصادیق صدقه همچون زکات و انفاق مستحب، پس از خروج از ملک مالک و ورود به مالکیت اعتباری خداوند، به مالکیت فقرا و مانند آن منتقل می‌شود و فقیر مالک آن می‌گردد و این از مسلمات فقهی است (ر.ک: همدانی، بی‌تا: ۹۷/۳). تسالم فقهی این مسئله در وهله نخست، محصول ظواهری از آیات است؛ برای نمونه، آیه ۶۰ سوره توبه به عنوان مستند اصلی بیان‌کننده «مصارف زکات فقهی»، ۸ مورد را برای هزینه کرد «صدقات» بیان کرده که در چهار مورد نخست آن، با «لام» -مصرح یا به عطف- آمده است: «إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ»<sup>۱</sup>. مقصود از «صدقات» در اینجا نیز به تصریح روایات (کلینی، ۱۳۶۷: ۴۹۷/۳)، مفسران (طباطبایی، ۱۴۱۷: ۳۹۰/۹) و فقیهان (مفید، ۱۴۱۰: ۲۵۳؛ انصاری، ۱۴۱۵: ۳۵۰)، زکات مال (مصطلح فقهی) است. بنابراین اگر «لام» به مفهوم مالکیت باشد، مدعا را ثابت می‌کند و اگر به معنای «اختصاص» باشد نیز طبعاً پس از پرداخت به فقیر و دیگر موارد، برای آنان مالکیت ایجاد می‌کند (ر.ک: همدانی، بی‌تا: ۹۷/۳). شبیه این استدلال را در آیه «لِلْفُقَرَاءِ الَّذِينَ أُحْضِرُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ» (بقره/۲۷۳) نیز برای مجموعه انفاق‌ها و صدقات -با توجه به آیات پیش از آن- می‌توان مطرح کرد.

۱. «صدقات فقط ویژه نیازمندان و تهیدستان [زمینگیر] است و کارگزاران [جمع و پخش آن] و آنان که باید دل‌هایشان [برای تمایل به اسلام] به دست آورده شود».

ولی در وقف، دلیلی بر چنین انتقالی وجود ندارد و در موقوفات عامه، قطعاً منتفی است. در وقف خاص نیز چنان که گذشت، مصداق مطرح در روایت یادشده از جمیل، ظهور یا صراحت در تعلق آن به خداوند دارد. بنابراین مالکیت الهی بر وقف، هر دو نوع وقف خاص و عام را شامل می‌شود؛ زیرا اگرچه مصداق مطرح در روایت جمیل، وقف خاص است، ولی ذیل روایت، حکم عامی را بیان می‌دارد. آیاتی همچون: ﴿وَأَنَّ الْمَسَاجِدَ لِلَّهِ﴾<sup>۱</sup> (جن/۱۸) نیز تأییدی بر مالکیت خداوند نسبت به موقوفاتی عام همچون مساجد است؛ چه، هرچند حرف «لام» در «الله» نص در مالکیت نیست و محتمل است برای «اختصاص» باشد، لیک ظهور و دست کم احتمال مفهوم مالکیت را دارد، چنان که برخی از مفسران نیز بر مالکیت الهی بر مساجد تصریح کرده‌اند (قرطبی، ۱۴۰۵: ۱۹/۲۱).

## ۲-۴. عبادیت وقف

بسیاری از فقیهان، وقف را بر خلاف صدقه مندوبه، مشروط به قصد قربت نمی‌دانند (ر.ک: نجفی، ۱۳۶۵: ۲۸/۷-۸) و روایات دلالت‌کننده بر لزوم قصد قربت در «صدقه» را حمل بر صدقه مندوبه می‌کنند (ر.ک: بحرانی، بی‌تا: ۲۶۴/۲۲؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۲: ۲۴۵/۹). این در حالی است که نه تنها هیچ شاهدی بر این توجیه ارائه نشده است، که شواهد موجود در روایات مورد استناد -از جمله، صدقه بر فرزندان نشان می‌دهد که مراد از صدقه در اینجا، وقف است. از روایات دیگری نیز به روشنی برمی‌آید که «صدقه» به معنای عام خود (شامل وقف)، مشروط به قصد قربت است:

«قال أبو عبد الله عليه السلام: لَا صَدَقَةٌ وَلَا عَتَقٌ إِلَّا مَا أُرِيدَ بِهِ وَجْهَ اللَّهِ عز وجل» (کلینی، ۱۳۶۷: ۳۰/۷؛ طوسی، ۱۳۶۵: ۱۳۹/۹)؛ هیچ صدقه و آزاد کردن [برده‌ای] نیست، مگر آنچه که رضای خدا از آن اراده شود.

از این رو، دیدگاه فقیهانی که وقف را به سان انواع دیگر صدقه، مشروط به قصد قربت می‌دانند (طوسی، بی‌تا: ۵۹۶؛ ابن بزّاج طرابلسی، ۱۴۰۶: ۸۷/۲؛ ابن حمزه طوسی، ۱۴۰۸: ۳۶۹؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۱۵۹/۳؛ علامه حلی، ۱۴۲۰: ۲۹۵/۳)، استوارتر است و بدون قصد

۱. «و مساجد از آن خداوند است».

قربت، وقف باطل می‌باشد (علامه حلی، ۱۴۲۰: ۲۹۶/۳).

از آنجا که وقف، از آن خداوند و مشروط به قصد قربت است، رجوع به آن جایز نیست. در حقیقت، هر گونه پرداختی که صحت آن مشروط به قصد قربت باشد، برگشت‌ناپذیر بوده، فرد حق ندارد آن را باز پس گیرد. مواردی همچون: زکات، صدقه مندوبه و وقف، از آن جمله‌اند. اموری همچون هبه که قصد قربت در آن‌ها شرط نیست، نیز هر گاه به قصد قربت انجام شوند، قابل رجوع نیستند؛ چنان که فقیهان بدان تصریح کرده‌اند (ر.ک: عاملی جزینی، ۱۴۱۲: ۲۸۷/۲؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۱۹۳/۳؛ موسوی خمینی، ۱۳۶۳: ۵۸/۲)؛ چرا که عطاکننده در این موارد، عوض آن یعنی پاداش الهی را دریافت کرده است (محقق حلی، ۱۴۰۹: ۴۵۴/۲؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۱۹۱/۳).

روایات متعدد دیگری نیز بر این مطلب دلالت دارند، از جمله:

«عَنْ أَحَدِهِمَا عَلَيْهِ السَّلَامُ أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ رَجُلٍ كَانَتْ لَهُ جَارِيَةٌ فَأَدَّتهَا فَرَأَتْهُ فِيهَا، فَقَالَ: هِيَ عَلَيْكَ صَدَقَةٌ. فَقَالَ: إِنْ كَانَ قَالَ ذَلِكَ اللَّهُ عَلَيْكَ فَلَيْمُضْهَا وَإِنْ كَانَ لَمْ يَقُلْ فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ إِنْ شَاءَ فِيهَا» (کلینی، ۱۳۶۷: ۳۲/۷؛ طوسی، ۱۳۶۵: ۱۵۱/۹)؛ از امام باقر یا امام صادق عَلَيْهِمَا السَّلَامُ درباره مردی پرسیده شد که کنیزی داشت و همسرش به خاطر کنیز، او را اذیت می‌کرد، از این رو به همسرش گفت: این کنیز وقف تو باشد. امام فرمود: اگر برای رضای خدا آن را گفته است، باید بدان پاینده باشد و در غیر این صورت، می‌تواند بدان رجوع کند.

این روایت به روشنی نشان می‌دهد که قصد قربت، عامل تعیین‌کننده در عدم جواز بازگشت به پرداخت‌های مالی است. نقطه مقابل آن نیز در روایت ذیل آمده است:

- «مَا لَمْ يُعْطِ اللَّهُ وَفِي اللَّهِ فَإِنَّهُ يَرْجِعُ فِيهِ نَحْلَةً كَأَنْتَ أَوْ هِبَةً» (کلینی، ۱۳۶۷: ۳۰/۷)؛ آنچه برای خدا و در راه او پرداخت نشده، رجوع‌پذیر است؛ چه بخشش باشد یا هبه.

- «عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ أَنَّهُ قَالَ فِي الرَّجُلِ يَتَصَدَّقُ عَلَى وَوَلَدٍ قَدْ أَذْرَكُوا: إِذَا لَمْ يَقْبِضُوا حَتَّى يَمُوتَ فَهُوَ مِيرَاثٌ... وَقَالَ: لَا يَرْجِعُ فِي الصَّدَقَةِ إِذَا ابْتَغَى بِهَا وَجْهَ اللَّهِ عَلَيْكَ» (همان: ۳۱/۷؛ طوسی، ۱۳۶۵: ۱۳۵/۹)؛ امام باقر عَلَيْهِ السَّلَامُ درباره مردی که برای فرزندان بالغ خود وقفی کرده بود، فرمود: اگر آن را تا زمان فوت پدر قبض نکرده‌اند، ارث به شمار می‌رود... و فرمود: اگر برای رضای خداوند عَلَيْكَ وقف کرده باشد، قابل رجوع نیست.

بسیاری از فقیهان، «صدقه» در این روایت را به معنای وقف دانسته و برای اشتراط

«قبض» در وقف بدان استناد کرده‌اند (بحرانی، بی‌تا: ۲۶۵/۲۲؛ طباطبایی، ۱۴۱۹: ۲۷۹/۹؛ نجفی، ۱۳۶۵: ۶۳/۲۸-۶۴)؛ در حالی که این روایت، بر مسئله برگشت‌ناپذیری وقف به سبب اشتراط قصد قربت در آن نیز دلالت دارد. روایات یادشده در این بخش، همگی صحیح‌ه‌اند.

مبتنی بر عبادیت وقف، موقوف‌علیه و نیز کاری که وقف برای آن انجام می‌شود، باید صلاحیت و امکان قصد قربت را داشته باشد، همچون مراکز عبادت و امور عام‌المنفعه. در مقابل، وقف بر کفار یا خصوص مراکز عبادت آنان جایز نیست؛ زیرا نمی‌توان با این کار قصد قربت کرد. در عین حال، فرد مسلمان می‌تواند مالی را بر پدر و مادر و خویشاوندان کافر خود وقف کند؛ زیرا صلہ رحم به طور مطلق مطلوبیت دارد و از این رو، قصد قربت امکان‌پذیر می‌باشد (ر.ک: طوسی، بی‌تا: ۵۹۷؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۱۵۹/۳-۱۶۰).

### ۳-۴. وقف؛ عقد لازم یا ایقاع؟

ممکن است گفته شود برگشت‌ناپذیری در وقف به دلیل «عقد لازم» بودن آن است؛ خواه تعبدی و نیازمند قصد قربت باشد یا توصلی. از دیدگاه مشهور، وقف عقدی لازم است (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۱۵۹/۳؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۱۶۸/۳) و حتی بر عقد بودن آن، ادعای اجماع شده است (طباطبایی حائری، ۱۴۱۲: ۲۷۵/۹؛ نجفی، ۱۳۶۵: ۵/۲۸) و همین می‌تواند برگشت‌ناپذیری آن را ثابت نماید.

از طرفی، اگر وقف، نوعی «عقد» باشد، با ایجاب و قبول لازم‌الاجرا می‌شود. در نتیجه، نباید صحت آن مشروط به قصد قربت باشد! چنان‌که برخی فقیهان، همین نکته را به عنوان دلیل بر عدم اشتراط قصد قربت ذکر کرده‌اند (طباطبایی حائری، ۱۴۱۲: ۲۷۷/۹).

این دیدگاه ناستوار می‌نماید؛ چه، دلایل محکمی از روایات بر اشتراط قصد قربت وجود دارد که پیشتر گذشت، ولی هیچ‌گونه دلیل روایی بر «عقد» بودن وقف وجود ندارد. بلکه روایات منعکس‌کننده وقف‌نامه‌های معصومان علیهم‌السلام، دلالت روشنی بر عقد نبودن آن دارد؛ چه، وجود طرفین «ایجاب» و «قبول»، لازمه هر عقدی است، در حالی که وقف‌نامه‌های نقل شده از معصومان علیهم‌السلام خالی از هر گونه «قبول» می‌باشد (ر.ک: حز عاملی، بی‌تا: ۳۱۱/۱۳-۳۱۵).

بنابراین نمی‌توان برای اثبات عدم اشتراط قصد قربت در وقف، به عقد بودن آن استدلال کرد!

از سوی دیگر، بیشتر فقیهان در بحث وقف و به هنگام ذکر صیغه آن، به ذکر «ایجاب» اکتفا کرده و اشاره‌ای به «قبول» نکرده‌اند! (ر.ک: محقق حلی، ۱۴۰۹: ۴۴۲/۲؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۲: ۲۷۵/۹) و شماری نیز تصریح کرده‌اند که در وقف بر جهات عامه، قبول لازم نیست (ر.ک: نجفی، ۱۳۶۵: ۶/۲۸). برخی برای عدم اشتراط قبول چنین استدلال کرده‌اند که اصل، عدم اشتراط است و از طرفی، وقف فکّ ملک می‌باشد که در آن -به سان عتق- صرف ایجاب کافی است (عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۱۶۵/۳؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۲: ۲۷۵/۹).

این اختلاف نظر در اشتراط یا عدم اشتراط قبول، در کنار اشاره نکردن به «قبول» به عنوان رکن دوم در هر عقد، ادعای «عقد» بودن وقف را متزلزل می‌سازد؛ چنان که ناهمگونی بین «نوع مالکیت» در وقف با «ادعای عقد بودن» آن نیز مدعا را دشوارتر می‌کند؛ چه، اگر به سان بسیاری از فقیهان، وقف را -حتی در برخی مواردش- از نوع «فکّ ملک» بدانیم، چطور می‌توان در عین حال آن را «عقد» دانست؟ به دیگر سخن، اگر واقف به هنگام وقف، صرفاً عین موقوفه را از مالکیت خود خارج می‌سازد، با «چه کسی» قرارداد دوطرفه می‌بندد تا نام آن را «عقد» بنامیم؟! در انبوه املاک و وسایلی که برای مسجد یا برای مشاهده مشرفه یا امور عام‌المنفعه همچون بیمارستان و مدرسه و دانشگاه و ورزشگاه وقف می‌شود، «قبول» کننده واقعاً چه کسی است چنانچه وقف را نوعی عقد بدانیم؟! این اشکال، برخی از فقیهان را بر آن داشته است که «حاکم» را در این گونه موارد، «قبول» کننده بدانند! (نجفی، ۱۳۶۵: ۶/۲۸). روشن است که این ادعا نیز فاقد دلیل و حتی خلاف سیره عملی مسلمانان است!

واقعیت آن است که وقف، نوعی «ایقاع» است و مشروط به قصد قربت؛ واقف برای رضای خدا، با خواندن صیغه وقف، عین موقوفه را از مالکیت خود خارج ساخته و آن را «صدقه» -به مفهوم عام خود- قرار می‌دهد. اثر آن نیز سلب مالکیت واقف و انتقال آن به مالکیت اعتباری خداوند است. از طرفی، با توجه به اینکه «ایقاع» نیز به دو نوع «لازم» و «جایز» تقسیم می‌شود، وقفّ گونه‌ای از «ایقاع لازم» است و قابل رجوع و برگشت نمی‌باشد. دلیل «لازم» بودن آن نیز اشتراط قصد قربت در آن است که تفصیل آن گذشت.

و اما «اجماع» ادعاشده در مورد «عقد» بودن وقف نیز نمی‌تواند دلیل استواری بر مدعا باشد؛ چه، این ادعا از حد «اجماع منقول به خبر واحد» فراتر نمی‌رود و چنین اجماعی حجیت ندارد (ر.ک: انصاری، ۱۴۱۹: ۱۷۹/۱-۱۸۰). از سوی دیگر، اصولاً بسیاری از فقیهان سده‌های نخست، اشاره‌ای به «عقد» بودن آن نکرده‌اند (ر.ک: صدوق، ۱۴۱۸: ۳۲۳؛ مفید، ۱۴۱۰: ۶۵۲؛ طوسی، بی‌تا: ۲۸۶/۳؛ همو، بی‌تا: ۵۹۵؛ ابن بزّاج طرابلسی، ۱۴۰۶: ۸۶/۲؛ ابن حمزه طوسی، ۱۴۰۸: ۳۶۹). در حقیقت، وقف در سیر تاریخی فقه شیعه، از «صدقه مشروط به قصد قربت» نزد عموم قدما، به «عقد غیر مشروط به قصد قربت» نزد بسیاری از متأخران تبدیل شده است! بدیهی است که اثبات اجماع بر مطلبی که قدما حتی اشاره‌ای بدان نکرده‌اند، شدنی نیست؛ به ویژه آنکه وقف‌نامه‌های معصومان علیهم‌السلام نیز همسو با دیدگاه قدماست و نه متأخران؛ برای نمونه:

«تَصَدَّقَ مُوسَى بْنُ جَعْفَرٍ بِصَدَقَتِهِ هَذِهِ وَهُوَ صَاحِبُهَا، صَدَقَةٌ... لَا رَجْعَةَ فِيهَا ابْتِغَاءَ وَجْهِ اللَّهِ...» (حر عاملی، بی‌تا: ۳۱۵/۱۳)؛ موسی بن جعفر در حال صحت و سلامتی، این وقف را انجام داد، وقفی... که بازگشتی در آن نیست و برای رضای خداست.

در تمامی این روایات، هیچ شاهدی بر «عقد» بودن وقف وجود ندارد و از هر گونه لفظی که بیانگر «ایجاب و قبول» توأمان باشد یا «ایجاب لفظی» و «قبول عملی» را نشان دهد، تهی است.

#### ۴-۴. رابطه نوع مالکیت با عبادیت در وقف

مبتنی بر ظواهر روایات، می‌توان چنین برداشت کرد که وقف، از آنجا که از مالکیت واقف خارج شده و به مالکیت اعتباری خداوند داخل می‌شود، طبعاً نیازمند قصد قربت است و چون باید به قصد قربت باشد، قابل برگشت نیست. به دیگر سخن، برای آنکه عین موقوفه، به مالکیت اعتباری خداوند درآید، «برای خدا وقف کردن» و قصد قربت ضرورت می‌یابد و هر آنچه برای رضای خدا پرداخت شود، قابل رجوع نیست؛ به ویژه در مورد وقف که عین موقوفه هم به مالکیت اعتباری الهی درمی‌آید. روایت ذیل می‌تواند مؤید این برداشت باشد:

«عن موسی بن بکر عن الحكم قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إنَّ والدي تصدَّقَ عليَّ بدار



ثُمَّ بَدَا لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِيهَا، وَإِنْ قُضَاتْنَا يَقْضُونَ لِي بِهَا. فَقَالَ: نِعْمَ مَا قَضَيْتَ بِهِ قُضَائِكُمْ وَلَيْسَ مَا صَنَعَ وَالذُّكَّ، إِنَّمَا الصَّدَقَةُ لِلَّهِ ﷻ، فَمَا جُعِلَ لِلَّهِ فَلَا رَجْعَةَ فِيهِ لَهُ، وَإِنْ أَنْتَ خَاصَمْتَهُ فَلَا تَرْفَعْ عَلَيْهِ صَوْتَكَ...» (صدوق، ۱۴۰۴: ۲۴۸/۴) حکم گوید: به امام صادق علیه السلام گفتم: پدرم خانه‌ای برای من وقف کرد، سپس منصرف شد و خواست بدان رجوع کند. قضات ما نیز به نفع من حکم دادند. امام فرمود: قضات شما خوب قضاوتی کرده‌اند و قدرت کار بدی انجام داده است؛ چرا که وقف برای خداست و آنچه برای خدا باشد، قابل رجوع نیست، ولی اگر با او بحث کردی، صدایت را بلند نکن....

ذیل روایت، مشتمل بر صغری و کبرای کلی است؛ عبارت «إِنَّمَا الصَّدَقَةُ لِلَّهِ ﷻ» بیانگر صغری و مصداق محل بحث یعنی «وقف» می‌باشد. سیاق روایت و متعلق صدقه یعنی «خانه» در کنار روایات مشابه، به روشنی نشان می‌دهد که مقصود از «صدقه»، وقف است. و وقف را از آن خداوند می‌داند. عبارت «فَمَا جُعِلَ لِلَّهِ فَلَا رَجْعَةَ فِيهِ لَهُ» نیز کبرای کلی است.

## نتیجه‌گیری

بر اساس آنچه گذشت و مبتنی بر روایات و تحلیل صحیح آن‌ها، نتایج ذیل به دست می‌آید:

۱. وقف «عقد» نیست، بلکه نوعی «ایقاع» است. در نتیجه، نیازی به «قبول» از سوی موقوف‌علیهم ندارد و طبعاً در موقوفات عامه، نیازمند «قبول» از سوی حاکم نیست.
۲. وقف نوعی عبادت است و بدون قصد قربت باطل می‌باشد. به همین دلیل نیز برگشت‌ناپذیر بوده و گونه‌ای از «ایقاع لازم» به شمار می‌رود؛ چه، به طور کلی هر «صدقه» و «عطیه» ای که برای خدا و به قصد رضای او پرداخت شود، برگشت‌ناپذیر است.
۳. عین موقوفه، نه ملک واقف و موقوف‌علیه است و نه فک ملک، بلکه پس از خروج از مالکیت واقف، به مالکیت اعتباری خداوند درمی‌آید. این نوع مالکیت، تمام انواع وقف، اعم از وقف عام و وقف خاص را شامل می‌شود.
۴. به سبب عبادیت وقف، موقوف‌علیه و نیز کاری که وقف برای آن انجام می‌شود، باید صلاحیت و امکان قصد قربت را داشته باشد.

## کتاب‌شناسی

۱. ابن ابی جمهور احسائی، محمد بن زین‌الدین علی بن ابراهیم، *عوالی اللئالی العزیزة فی الاحادیث الدینیة*، مقدمه سیدشهاب‌الدین مرعشی نجفی، تحقیق مجتبی عراقی، قم، مطبعة سیدالشهداء ع، ۱۴۰۳ ق.
۲. ابن ادریس حلّی، محمد بن منصور بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، چاپ دوم، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۱۰ ق.
۳. ابن بزّاج طرابلسی، قاضی عبدالعزیز بن نحیر، *المهذب*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۴. ابن حمزه طوسی، محمد بن علی، *الوسيلة الی نیل الفضیلة*، تصحیح محمد حسون، قم، کتابخانه آیه‌الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۸ ق.
۵. ابن حنبل، ابوعبدالله احمد بن محمد، *مسند احمد*، بیروت، دار صادر، بی‌تا.
۶. ابن فهد حلّی، جمال‌الدین احمد بن محمد اسدی، *المهذب البارع فی شرح المختصر النافع*، تحقیق مجتبی عراقی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۷. ابن قدّامة المقدسی، موفق‌الدین عبدالله بن احمد بن محمد، *المغنی*، بیروت، دار الکتب العربی، بی‌تا.
۸. ابن منظور افریقی مصری، ابوالفضل جمال‌الدین محمد بن مکرم، *لسان العرب*، بیروت، دار الفکر، ۱۴۱۰ ق.
۹. اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الازهان الی احکام الایمان*، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۰۵ ق.
۱۰. انصاری، مرتضی بن محمد امین، *فرائد الاصول*، قم، مجمع فکر الاسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۱۱. همو، *کتاب الزکاة*، المؤتمر العالمی بمناسبة ذکری المئوية الثانية لمیلاد الشیخ الانصاری، قم، ۱۴۱۵ ق.
۱۲. ایروانی، جواد، *زکات باطنی*، مشهد، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ۱۳۹۴ ش.
۱۳. بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، تحقیق محمدتقی ایروانی، قم، جامعه مدرسین، بی‌تا.
۱۴. جصاص، ابوبکر احمد بن علی رازی، *احکام القرآن*، تحقیق محمدصادق قمحاوی، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۵ ق.
۱۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *حقوق اموال*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۰ ش.
۱۶. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة*، تحقیق عبدالرحیم ربانی شیرازی، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی‌تا.
۱۷. حسینی سیستانی، سیدعلی، *منهاج الصالحین*، قم، مکتب آیه‌الله العظمی السید سیستانی، ۱۴۱۴ ق.
۱۸. حلّی، یحیی بن سعید، *نزهة الناظر فی الجمع بین الاشباه والنظائر*، تحقیق سیداحمد حسینی و نورالدین واعظی، نجف، الآداب، ۱۳۸۶ ق.
۱۹. راغب اصفهانی، ابوالقاسم حسین بن محمد، *مفردات الفاظ القرآن*، قم، نشر کتاب، ۱۴۰۴ ق.
۲۰. رشید رضا، محمد، *تفسیر القرآن حکیم الشهیر بتفسیر المنار*، بیروت، دار المعرفه، ۱۴۱۴ ق.
۲۱. زبیدی، سیدمحمد مرتضی بن محمد حسینی واسطی، *شرح القاموس المسمی تاج العروس من جواهر القاموس*، تحقیق مصطفی حجازی، بیروت، دار الهدایه، ۱۴۰۹ ق.
۲۲. سبزواری، محمدباقر، *ذخیره المعاد فی شرح الارشاد*، قم، مؤسسه آل‌البت ع، بی‌تا.
۲۳. صدر، سیدمحمدباقر، *اقتصادنا*، قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۲ ش.
۲۴. صدوق، محمد بن علی بن حسین بن موسی بن بابویه قمی، *الهدایه*، قم، مؤسسه الامام الهادی ع، ۱۴۱۸ ق.

٢٥. همو، من لا يحضره الفقيه، تحقيق على أكبر غفاري، چاپ دوم، قم، جامعه مدرسين، ١٤٠٤ ق.
٢٦. طباطبائي، سيد محمد حسين، الميزان في تفسير القرآن، بيروت، مؤسسة الاعلمي للمطبوعات، ١٤١٧ ق.
٢٧. طباطبائي حائري، سيد علي بن محمد علي، رياض المسائل في بيان الاحكام بالادلة، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ١٤٢٢ ق.
٢٨. طباطبائي يزدي، سيد محمد كاظم بن عبد العظيم، العروة الوثقى، چاپ دوم، بيروت، اعلمي، ١٤٠٩ ق.
٢٩. طبري، ابو جعفر محمد بن جرير، جامع البيان في تفسير القرآن، بيروت، دار المعرفة، ١٤١٢ ق.
٣٠. طريحي، فخر الدين بن محمد، مجمع البحرين، تحقيق سيد احمد حسيني، چاپ دوم، بي جا، مكتب نشر الثقافة الاسلاميه، ١٤٠٨ ق.
٣١. طوسي، ابو جعفر محمد بن حسن، التبيان في تفسير القرآن، تحقيق احمد قصير عاملي، بيروت، دار احياء التراث العربي، بي تا.
٣٢. همو، الخلاف، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ١٤١٧ ق.
٣٣. همو، المسوط في فقه الاماميه، تحقيق محمد باقر بهبودي، بي جا، المكتبة المرتضويه، بي تا.
٣٤. همو، النهاية في مجرد الفقه والفتاوى، بيروت، دار الاندلس، بي تا.
٣٥. همو، تهذيب الاحكام، چاپ چهارم، تهران، دار الكتب الاسلاميه، ١٣٦٥ ش.
٣٦. عاملي جبعي (شهيد ثاني)، زين الدين بن علي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقيه، قم، كتاب فروشي داوري، ١٤١٠ ق.
٣٧. همو، مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام، قم، مؤسسة المعارف الاسلاميه، ١٤١٣ ق.
٣٨. عاملي جزيني (شهيد اول)، محمد بن جمال الدين مكي، الدروس الشرعية في فقه الاماميه، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ١٤١٢ ق.
٣٩. عراقى، ضياء الدين، نهاية الافكار، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ١٤٠٥ ق.
٤٠. عسكري، ابوهلال حسن بن عبدالله بن سهل، الفروق اللغويه، قم، جامعه مدرسين، ١٤١٢ ق.
٤١. علامه حلي، جمال الدين حسن بن يوسف بن مطهر اسدي، تحرير الاحكام الشرعية على مذهب الاماميه، تحقيق ابراهيم بهادري، قم، مؤسسة الامام الصادق عليه السلام، ١٤٢٠ ق.
٤٢. همو، تذكرة الفقهاء، قم، مؤسسة آل البيت عليه السلام لاحياء التراث، ١٤١٥ ق.
٤٣. همو، قواعد الاحكام في معرفة الحلال والحرام، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ١٤١٢ ق.
٤٤. همو، مختلف الشيعة في احكام الشريعة، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ١٤١٢ ق.
٤٥. غروي نائيني، محمد حسين، آقاضياء الدين عراقى، و على كزازى، الرسائل الفقيهيه، تقرير ميرزا ابوالفضل نجم آبادى، قم، مؤسسه معارف اسلامي امام رضا عليه السلام، ١٤٢١ ق.
٤٦. غروي نائيني، محمد حسين، فوائد الاصول، تقرير محمد علي كاظمي خراساني، تحقيق و تعليق آقاضياء الدين عراقى، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ١٤٠٩ ق.
٤٧. فاضل آبي، زين الدين حسن بن ابى طالب يوسفى، كشف الرموز في شرح المختصر النافع، قم، جامعه مدرسين، ١٤١٠ ق.
٤٨. فخر الدين رازى، ابو عبدالله محمد بن عمر تميمي بكرى شافعي، التفسير الكبير (مفاتيح الغيب)، بيروت، دار احياء التراث العربي، ١٤٢٠ ق.
٤٩. فخر المحققين حلي، ابوطالب محمد بن حسن بن يوسف، ايضاح الفوائد في شرح مشكلات القواعد، قم، العلميه، ١٣٨٧ ق.

۵۰. فراهیدی، خلیل بن احمد، العین، تحقیق مهدی مخزومی و ابراهیم سامرائی، بیروت، مؤسسة الاعلمی للمطبوعات، ۱۴۰۸ ق.
۵۱. فیض کاشانی، محمد محسن بن شاه مرتضی، الوافی، اصفهان، مكتبة الامام امير المؤمنين عليه السلام، ۱۴۰۹ ق.
۵۲. قرطبی، محمد بن احمد، الجامع لاحكام القرآن، بیروت، مؤسسة التاريخ العربي، ۱۴۰۵ ق.
۵۳. کاشانی حنفی، علاء الدین ابوبکر بن مسعود، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، پاکستان، المكتبة الحیبیة، ۱۴۰۹ ق.
۵۴. کرکی عاملی (محقق ثانی)، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم، مؤسسة آل البيت عليه السلام لاحیاء التراث، ۱۴۰۸ ق.
۵۵. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، الکافی، تصحیح علی اکبر غفاری، چاپ سوم، تهران، دار الکتب الاسلامیة، ۱۳۶۷ ش.
۵۶. مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی، بحار الانوار الجامعة لدرر اخبار الائمة الاطهار عليه السلام، چاپ سوم، بیروت، مؤسسة الوفاء، ۱۴۰۳ ق.
۵۷. محقق حلّی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن، المختصر النافع فی فقه الامامیة، چاپ سوم، تهران، مؤسسة البعثة، ۱۴۱۰ ق.
۵۸. همو، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، تحقیق سید صادق شیرازی، چاپ دوم، تهران، استقلال، ۱۴۰۹ ق.
۵۹. مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری بغدادی، المقنعة، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۱۰ ق.
۶۰. مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهیة، چاپ سوم، قم، مدرسه امام امیر المؤمنین عليه السلام، ۱۴۱۱ ق.
۶۱. موسوی خمینی، سید روح الله، البیع، قم، مطبعة مهر، بی تا.
۶۲. همو، المكاسب المحرمة، قم، اسماعیلیان، ۱۳۶۸ ش.
۶۳. همو، تحرير الوسيلة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۶۳ ش.
۶۴. موسوی عاملی، سید محمد بن علی، مدارک الاحکام فی شرح شرائع الاسلام، قم، مؤسسة آل البيت عليه السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۰ ق.
۶۵. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، جامع الشتات فی اجوبة السؤالات، تحقیق مرتضی رضوی، تهران، کیهان، ۱۴۱۳ ق.
۶۶. نجفی، محمد حسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، تحقیق عباس قوجانی، چاپ دوم، تهران، دار الکتب الاسلامیة، ۱۳۶۵ ش.
۶۷. نسائی، ابو عبد الرحمن احمد بن شعیب، سنن النسائی، بیروت، دار الفکر، ۱۳۴۸ ق.
۶۸. همدانی، آقارضا، مصباح الفقیه، طبعه حجریه، بی تا.

## تحلیل حقوقی - فقهی پذیره در اجاره زمین وقفی\*

- علیرضا باریکلو<sup>۱</sup>
- هادی کریمی<sup>۲</sup>

### چکیده

با توجه به اینکه دریافت مبلغی تحت عنوان پذیره در املاک موقوفه توسط متولیان رایج شده، موضوع اصلی این است که این مبلغ بر چه مبنای فقهی و حقوقی توجیه پذیر است و چه وضعیتی دارد؟ در این مقاله که به روش توصیفی و تحلیلی، ابتدا پذیره توصیف شده و سپس بر اساس هدف واقف و منافع موقوف علیهم تحلیل گردیده است، ثابت شد که دریافت پذیره، اگر مطابق با هدف واقف و منفعت موقوف علیهم باشد، شرعی و قانونی است که در این حالت همانند عین موقوفه باید به نفع تمام موقوف علیهم هزینه شود. از نظر کارکرد، پرداخت پذیره از سوی مستأجران املاک موقوفه، در حکم عوض تصرفات در عین موقوفه محسوب می شود؛ به این دلیل که مستأجران با پرداخت پذیره، محق در احداث بنا یا مستحقات در زمین وقفی می شوند.

\* تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۲/۱ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۲/۱۷.

۱. استاد پردیس فارابی دانشگاه تهران (نویسنده مسئول) (bariklou@ut.ac.ir).

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی پردیس فارابی دانشگاه تهران (karimi.hadi14@gmail.com).

**واژگان کلیدی:** خیریه، وقف، اجاره، حق احداث، هدف واقف، منافع

موقوف‌علیهم.

### مقدمه

در تولیت و مدیریت موقوفه، وظیفه توجه به اهداف واقف و رعایت مصلحت موقوف‌علیهم ایجاب می‌نماید که املاک وقفی به نحوی اداره شوند که نه تنها از رونق اقتصادی نیفتند، بلکه با قرار گرفتن در چرخه اقتصادی، موجبات آبادانی و احیای آن‌ها فراهم گردد و در نتیجه، غبطه و منافع موقوف‌علیهم بیشتر تأمین شود. خروج زمین‌های موقوفه کشاورزی از انتفای مورد نظر واقف در نتیجه قرار گرفتن در محدوده شهری، یکی از چالش‌های اداره موقوفات محسوب می‌شود. هرچند از دیدگاه مشهور فقه امامیه و ماده ۸۸ قانون مدنی، در صورت عدم امکان انتفاع منافع مورد نظر واقف، می‌توان مال موقوفه را فروخت و از ثمن آن، مالی خریداری کرد که هدف واقف را تأمین کند، ولی سرمایه محسوب شدن زمین و تفاوت فاحش قیمت زمین مسکونی نسبت به زمین کشاورزی باعث شد که در این گونه موارد، روش‌هایی انتخاب شوند که به مصلحت موقوف‌علیهم و اهداف واقف نزدیک‌تر باشند. لذا به منظور واگذاری تصرف و حفظ وقفیت ملک، قراردادهای اجاره بلندمدت با شرط ضمنی پرداخت پذیره رایج گردید که در بیشتر کشورهای عربی («عقد حُکر») نامیده شد. در حقوق ایران نیز چنین ماهیتی به استناد ماده ۱ آیین‌نامه نحوه و ترتیب وصول پذیره و اهدایی<sup>۱</sup> مصوب ۱۳۶۵/۲/۱۰ هیئت وزیران مورد شناسایی واقع شد که در ۱۳۸۲/۸/۷ اصلاح گردید.

۱. «ماده ۱- در مواردی که زمین بلامعارض وقفی ابتدائاً با اعطای حق تملک اعیان، جهت احداث واحد مسکونی و اداری، خدماتی و صنعتی دارای موافقت اصولی به اجاره واگذار می‌شود، مبلغی متناسب با قیمت عادلانه روز زمین که در هر حال نباید از ۳۰ درصد قیمت آن کمتر باشد، طبق نظر کارشناس رسمی دادگستری و یا دو نفر خبره محلی به هنگام تنظیم سند اجاره به عنوان پذیره اهدایی علاوه بر مال الاجاره عادلانه روز از متقاضی اعم از شخص حقیقی یا حقوقی دریافت خواهد شد. تبصره- میزان پذیره رقباتی که بدون سند اجاره در اختیار اشخاص است، در صورت موافقت متولی و یا اداره حج و اوقاف و امور خیریه با تنظیم سند اجاره و پرداخت اجور معوقه ایام تصرف، مشمول این ماده است؛ مشروط بر اینکه تصرف متصرف قبل از سال ۱۳۶۱ باشد».

این موضوع چون از حقوق کشورهای عربی اقتباس شده و آنان نیز از کشورهای غربی مانند انگلستان اخذ کرده‌اند، چندان از حیث مشروعیت، کارکرد و وضعیت، بررسی نشده است، هرچند بعضی آن را توصیف کرده‌اند؛ برای نمونه، در مقاله «بررسی فقهی حقوقی حق پذیره (حق تقدیمی)» (اصغری و بهشتی توندی، ۱۳۹۱)، به ماهیت این مفهوم پرداخته شده است، لیکن نوآوری این مقاله در بررسی کارکرد این ماهیت، رجحان اخذ پذیره بر فروش عین موقوفه، و معیارهای تعیین مبلغ پذیره و عدم مشروعیت پذیره تراکم است.

بنابراین از لحاظ حقوقی قابل بررسی است که پذیره چه ماهیتی دارد و مبنای مشروعیت اخذ آن چیست؟ آیا اخذ این مبالغ سنگین از متصرفان و بهره‌برداران با ساختار و اقتضای حقوقی وقف منطبق می‌باشد؟ وضعیت پذیره دریافت شده چگونه است؟ اگر منافع عین موقوفه محسوب شود، متعلق به موقوف‌علیهم حاضر در زمان انعقاد قرارداد می‌باشد؛ اما اگر در حکم عوض تصرف در عین موقوفه است، همانند حبس، متعلق حق تمام موقوف‌علیهم قرار می‌گیرد.

فرضیه مقاله این است که پذیره در قبال واگذاری حق تصرف به مستأجران املاک وقفی دریافت می‌شود که در این حالت، در حکم عین موقوفه است که باید به نفع تمام موقوف‌علیهم مدیریت شود.

## ۱. ماهیت پذیره

متولیان موقوفه با دریافت مبالغی از مستأجران، عملاً راهکار جدیدی را طرح نمودند که بعد از انقلاب با وضع قوانین و مقررات خاص تحت عنوان «پذیره»، جایگاه قانونی و حقوقی به خود گرفت.

عنوان پذیره از حیث سابقه تاریخی در تبصره ۶ ماده ۱ قانون مربوط به تفحص و اکتشاف و استخراج نفت در سراسر کشور و فلات قاره مصوب ۱۳۳۶/۴/۲۰ و ماده ۱ قانون نفت مصوب ۱۳۵۳ شناسایی شد و بعد از انقلاب در ماده ۱۳ قانون تشکیلات و اختیارات سازمان اوقاف و امور خیریه مصوب ۱۳۶۳/۱۰/۲ بدون ارائه تعریفی از آن، به مقررات حوزه وقف وارد شد و در تاریخ ۱۳۶۵/۲/۱۰ «آیین‌نامه نحوه و ترتیب وصول

پذیره و اهدایی» به تصویب هیئت وزیران رسید. بنابراین واژه پذیره که به تعبیر یکی از نویسندگان، «از نوآمده‌های نظام حقوقی ایران است» (ندافیان، ۱۳۹۴: ش ۱۴)، در ماده ۲۳ دستورالعمل مربوط به تعاریف و اصطلاحات صادره از نماینده وقت ولیّ فقیه در اوقاف، تعریف و مقرر شده است:

«پذیره وجهی است که به هنگام ایجار اراضی موقوفه با اعطای حق تملک اعیان به مستأجر، به عنوان پذیره ابتدایی...، حسب مورد، به نفع موقوفه با رعایت آیین نامه مربوط دریافت خواهد شد».

در این دستورالعمل، اعطای مبلغ پذیره در قبال حق تملک اعیان توصیف شده است که به نظر می‌رسد از جهاتی قابل ایراد است؛ زیرا اولاً، حق تملک به صرف پرداخت پذیره محقق نمی‌شود؛ چون اگر متعلق تملک، منافع زمین و عین مستأجره است که چنین حقی به محض انعقاد عقد اجاره محقق می‌شود. اگر متعلق تملک، مستحذات باشد که از جهتی آن وجود خارجی ندارد و از جهت دیگر به استناد قاعده تبعیت چون مصالح و اشجار، متعلق به مستأجر است، بالتبع مالک آن نیز می‌شود. به همین علت در حقوق مصر، پذیره به عنوان مبلغ مازاد بر کرایه در قبال حق تملک یا واگذاری موقوفات دارای بنای محتاج به تعمیر توصیف گردیده که برای تطابق آن با موازین حقوق اسلامی، عقد اجارتین یا اجاره مضاعف شناسایی شده است. لذا در ماده ۱۰۱۳ قانون مدنی مصر مقرر شده است:

«اجارتین یا اجاره مضاعف، عقدی است که به واسطه آن، تصرف در زمین وقفی دارای بنای محتاج به تعمیر و اصلاح، در قبال مبلغ مقطوعی معادل قیمت بنا و کرایه سالانه معادل اجرت المثل منافع زمین واگذار می‌شود».<sup>۱</sup>

به هر حال مطابق این ماده، متصرف مبلغ بلاعوضی پرداخت نمی‌کند. با این حال بعضی معتقدند که در این عقد بر خلاف عقد حکر، اعیان احدائی توسط مستأجر، متعلق به موقوفه بوده و مستأجر فقط دارای حق انتفاع است. اجاره بها در دو مرحله دریافت می‌شود؛ اجاره بهای اول به قیمت روز اجاره، تحت عنوان «اجاره بهای حال» و

۱. «المادة ۱۰۱۳ من القانون المدنی المصری: عقد الإجارتن هو أن يحکر الوقف أرضاً علیها بناء فی حاجة إلى الإصلاح مقابل مبلغ منجز من المال مساو لقيمة هذا البناء وأجرة سنویة للأرض مساویة لأجر المثل».



اجاره‌بهای دوم که معمولاً کم است، به صورت سالانه دریافت می‌گردد (زرقاء، ۱۹۶۸: ۵۶۹). ولی این تفسیر خلاف موازین حقوق اسلامی است؛ زیرا اولاً، اقتضای قواعد در این است که متصرف، مالک بنای احداثی خود باشد و موقوفه بودن آن نیازمند انشای عقد وقف از جانب مالک است، مگر اینکه شرط وقف بر احداث کننده در ضمن عقد درج شود. ثانیاً، متصرفی که عوض بنایی را پرداخته و آن را تعمیر یا احداث می‌کند، باید به اقتضای بلندمدت بودن رابطه حقوقی، از آن انتفاع دائم ببرد که چنین انتفاعی با وقفیت سازگار نیست. در نتیجه به اقتضای معاوضی بودن قرارداد، باید مبلغ پرداختی توسط متصرف در قبال احداث مستحقات در زمین وقفی و تملک بنای محتاج به تعمیر توصیف شود، مگر آنکه حق تصرف متصرف از حیث زمانی، محدود به عمر بنای احداثی باشد که در این فرض با موازین حقوقی منطبق است؛ زیرا متصرف توافق می‌کند که تصرف در بنای جدید و تعمیر بنای سابق به صورت عمری باشد. بنابراین اقتضای قواعد در این است که احداث کننده، مالک مستحقات شود، مگر شرط تعلق آن به شخص حقوقی موقوفه و محدودیت زمانی تصرف احداث کننده، در عقد درج شود که نوعی شرط به نفع ثالث است (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۱/۳ ش ۶۵۴ به بعد).

بنابراین «پذیره عبارت از پرداخت مبلغی است در اجاره بلندمدت زمین وقفی که مستأجر باید در قبال حق ایجاد بنا و مستحقات، به سازمان حقوقی موقوفه پرداخت کند». نکته این است که رابطه استیجاری باید بلندمدت باشد؛ زیرا اقتضای تحمیل چنین حقی بر عین مستأجره، بلندمدت بودن رابطه است، چون از حیثی، احداث بنا عرفاً زمان بر است که در ظرف مثلاً یک سال ممکن نیست و از حیث دیگر بعد از احداث مستحقات، موضوع بهره‌برداری از آن مطرح است که به مراتب به زمان بیشتری محتاج است.

پس هرچند به استناد نظریات حقوقی و فقهی (باریکلو، ۱۳۹۴ الف: ۳۲۱؛ عامری‌نیا، ۱۳۹۴: ش ۱۵؛ بجنوردی، ۱۳۷۷: ۵۵/۷) و ماده ۵۰۴ ق.م. احداث بنای مستأجر به موجب عقد اجاره، عملی مشروع و قابل حمایت است، اما در پایان عقد اجاره که طرفین عقد، خواهان تصرف می‌باشند، تعارض پیش می‌آید که به اقتضای ضرورت طولانی بودن مدت اجاره و نیز پرداخت پذیره، مالک مستحقات مقدم بر متولی در انجام تصرفات

می‌باشد. همان گونه که در نظریات فقهی نیز به استناد معیار فقهی «عرق ظالم»<sup>۱</sup> فقط متصرف نامشروع یا فاقد اذن را از حمایت تصرف در مال، محروم شمرده‌اند؛ برای مثال، بعضی غرس اشجار و زراعت با اذن مالک را واجد حق اولویت در ایجار (تمدید اجاره) دانسته‌اند (طباطبایی حکیم، ۱۴۰۴: ۵۰۱؛ فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۲/۲۷۱). برخی دیگر به استناد این ملاک فقهی (اردبیلی، ۱۴۱۲: ۱۰/۱۱۷-۱۱۸) که ادعای اجماع بر حجیت آن شده است (عاملی جبعی، ۱۴۱۶: ۱۱۰)، تصرفات مأذون را سبب ایجاد حق تقدم برای متصرف شمرده‌اند (تولایی، ۱۳۹۲: ۹۹). هرچند بعضی معتقدند که مالک عرصه می‌تواند بهای اعیانات و مستحذات را پرداخت و مستأجر را رفع تصرف نماید (طوسی، ۱۴۱۱: ۳/۵۱۹-۵۲۰؛ ابن قدامة المقدسی، بی‌تا: ۶۷؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۴۴۸). در حقوق مصر با استفاده از ملاک ماده ۹۲۶ قانون مدنی، مستأجری که اذن احداث بنا داشته، نسبت به آن ذی حق بوده، اما موجر می‌تواند با پرداخت ارزش مصالح و هزینه مستحذات یا مبلغی معادل ارزش روز زمین، رفع تصرف او را بخواهد (سنهوری، ۲۰۰۸: ج ۶/جزء ۱/ش ۴۳۰-۴۳۱). اما این برخلاف اصل سلطه و حرمت حق متصرف است. لذا چون متولی وقف، با اختیار حق احداث مستحذات را به متصرف واگذار کرده است، باید حق او را محترم شمارد. به عبارت دیگر، چون متصرف در قبال حق احداث مستحذات، پذیره پرداخت کرده، حق ادامه تصرف در آن را دارد و باید اجرت‌المثل عرصه موقوفه را در صورت عدم توافق با متولی پرداخت کند.

## ۲. انواع پذیره

هرچند پذیره از حیث چیستی، ماهیت واحدی است، ولی از حیث زمان پرداخت یا منشأ پرداخت قابل تفکیک است که این موضوع از حیث تطابق پذیره با موازین شرعی

۱. عرق به معنای ریشه‌ای از ریشه‌های درخت است و عرق ظالم موردی است که کسی در زمین آباد دیگری، درختی غرس کند تا زمین را تصاحب نماید. این واژه عیناً در روایت نبوی وارد شده است. این اثر واژه را با تئوین خوانده و معنای آن این می‌شود: حقی برای ریشه ظالم نیست که خود ریشه ظالم توصیف شده است. اما اگر ظالم به صاحب ریشه اضافه شود، معنا این است که صاحب ظالم نسبت به ریشه حقی ندارد. به هر حال، معنای حدیث این است که به تصرف ظالمانه حقی تعلق نمی‌گیرد (فیض کاشانی، ۱۴۰۶: ۱۸/۱۰۷۶؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۳/۳۶۴).

دارای اهمیت است. لذا انواع پذیره مطابق مقررات وقف مورد بررسی قرار می‌گیرد.

## ۱-۲. پذیره ابتدایی

پذیره ابتدایی، پذیره‌ای است که در اولین واگذاری عین موقوفه، مستأجر باید به سازمان حقوقی موقوفه پرداخت کند. مبلغ این پذیره به استناد ماده ۱ آیین‌نامه نحوه و ترتیب وصول پذیره و اهدایی مصوب ۱۳۶۵/۲/۱۰، حداقل ۳۰٪ قیمت زمین است. بدون تردید گسترش جمعیت و گران شدن قیمت اراضی شهری از یک طرف، توسعه شهرها و لزوم استفاده از اراضی منطبق بر کاربری‌های تعریف شده در نقشه‌های هادی و جامع شهرها از طرف دیگر، متولی موقوفه را ناچار به واگذاری اراضی که کاربری آن‌ها مطابق توسعه شهری، از کشاورزی به مسکونی تبدیل شده، به اشخاص نمود. اما در راستای تبعیت از قواعد آمره وقف، متولیان از واگذاری عین زمین منصرف شدند و به واگذاری تصرف در آن روی آوردند. از سوی دیگر، اشخاص زمانی حاضر به سرمایه‌گذاری در املاک موقوفه در قالب عقد اجاره می‌شوند که از دوام حقوق خود نسبت به عرصه و امکان حفظ سرمایه‌گذاری خود اطمینان حاصل کنند. لذا چون پذیرش چنین چیزی از سوی متولیان موقوفه بدون دریافت مابازاء مناسب، در راستای رعایت مصلحت و غبطه موقوف علیهم ممکن نبوده، ماهیت «پذیره» ایجاد شد. به هر حال، پذیره ابتدایی مبلغی است که اولین مستأجر زمین موقوفه باید به سازمان حقوقی وقف پرداخت نماید.

## ۲-۲. پذیره انتقالی

پذیره انتقالی، پذیره‌ای است که متصرف در زمان واگذاری اجاره به دیگری، به موقوفه پرداخت می‌نماید. مبلغ این پذیره معادل ۱۵٪ مابه‌التفاوت قیمت زمین در زمان انعقاد قرارداد اجاره و زمان انتقال آن یا ۱۵٪ مازاد و اضافه قیمت بازاری زمین نسبت به زمان انعقاد قرارداد تا زمان انتقال آن می‌باشد. مستند پذیره انتقالی، ماده ۲ آیین‌نامه نحوه و ترتیب وصول پذیره و اهدایی مصوب ۱۳۶۵ می‌باشد که در بند ۲۳ دستورالعمل مربوط به تعاریف و اصطلاحات سازمان اوقاف و امور خیریه صادره از نماینده وقت ولی فقیه چنین تعریف شده است:

«پذیره [انتقالی] وجهی است که... به هنگام انتقال رقبات به عنوان پذیره انتقالی، به نفع موقوفه با رعایت آیین‌نامه مربوط دریافت خواهد شد».

## ۳-۲. پذیره تراکم

پذیره تراکم عبارت از مبلغی است که در قبال احداث بنای بیشتر از متراژ توافق‌شده در قرارداد اجاره، مستأجر باید به سازمان اوقاف پرداخت نماید. این نوع پذیره در بخشنامه شماره ۲۰۶۰ مورخ ۷۳/۳/۷ سازمان اوقاف و امور خیریه شناسایی و مقرر شده است:

«در مواردی که مستأجر، زمین موقوفه را جهت احداث واحد معینی اجاره نموده و با خرید مساحت زیربنای مازاد بر تراکم از شهرداری، مجوز احداث بناهای به مراتب بیشتر از واحدهای پیش‌بینی‌شده در سند اجاره را اخذ می‌نماید، موظف است ۳۰ درصد پذیره قانونی را به عنوان مابه‌التفاوت نسبت به زمان ایجار، به موقوفه بپردازد».

مشروعیت این نوع پذیره مورد اختلاف است؛ برای مثال، شعبه ۶ دادگاه تجدیدنظر تهران طی دادنامه شماره ۵۹۷ مورخ ۸۹/۴/۳۰، دریافت چنین وجهی را توسط موقوفه، فاقد وجهت قانونی دانسته است (حسینی، ۱۳۹۴: ۳۸۳). اما شورای نگهبان در نظریه شماره ۸۳/۳۰/۷۱۱۱ مورخ ۸۳/۱/۲۰ و دیوان عدالت اداری در دادنامه شماره ۴۶۷ مورخ ۱۳۸۴/۹/۲۰، اخذ مبلغی تحت عنوان پذیره تراکم را نامشروع ندانسته است. به نظر می‌رسد وادار کردن متصرف به پرداخت پذیره تراکم، فاقد مشروعیت قانونی و وجهت شرعی است؛ زیرا مطابق با موازین شرعی، متصرف فقط ملزم به آثار اصل عقد و شروط ضمن آن می‌باشد که معمولاً چنین شرطی در قرارداد اجاره درج نمی‌شود. از حیث قانونی نیز متولیان باید اختیار قانونی اخذ پذیره تراکم را داشته باشند که در قانون، چنین اختیاری شناسایی نشده است.

## ۴-۲. اهدایی

یکی دیگر از وجوهاتی که در ماده ۱۳ قانون تشکیلات و اختیارات سازمان اوقاف و امور خیریه مطرح شد، اهدایی است. هرچند اینکه این پرداختی تحت عنوان پذیره قابل تعریف و تبیین است یا خیر، محل اختلاف است، ولی تردیدی نیست که پرداخت

این مبلغ تحت عنوان اهدایی بر خلاف سایر پذیره‌ها، با الزام قانونی مواجه نیست (رجائی، ۱۳۹۴: ۱۸۵). بنابراین اهدایی وجهی است مازاد بر کرایه و پرداخت‌های الزامی که به صورت داوطلبانه و کاملاً اختیاری، توسط مستأجر به سازمان حقوقی وقف پرداخت می‌شود. لذا واژه اهدایی متفاوت از پذیره است و دو عنوان جداگانه تلقی می‌شوند. علت آن است که در مقررات، عنوان اهدایی بر عنوان پذیره عطف شده است و اصل در واو عطف این است که هر کلمه‌ای معنای خودش را القا کند، نه اینکه عطف تفسیری باشد (اصغری و بهشتی توندی، ۱۳۹۱: ۱۶۸). هرچند برخی سعی نموده‌اند که اهدایی را به استناد ماده ۱۰ قانون مدنی تبیین و توجیه نمایند (بشیری، ۱۳۹۰: ۳۷۹)، اما قرارداد موضوع ماده ۱۰ نمی‌تواند مستند باشد؛ چون اولاً، رابطه طرفین تابع قرارداد اجاره است و اجاره و قرارداد موضوع ماده ۱۰ دو عقد مستقل می‌باشند. ثانیاً، ظهور اهدایی در مجانی بودن است که با لزوم قرارداد ماده ۱۰ سازگاری ندارد.

### ۳. جایگاه حقوقی پذیره

با توجه به اینکه رابطه سازمان حقوقی وقف و متصرف زمین اوقافی، تابع عقد اجاره است که ارکان آن منفعت زمین و مال‌الاجاره می‌باشند، موضوع قابل بررسی این است که پرداخت پذیره چه نقشی در قرارداد دارد. هرچند اقتضای اجاره آن است که موقت باشد و اجاره‌های معمولی به صورت یک‌ساله منعقد می‌شوند، اما در اجاره زمین وقفی که امروزه عمدتاً سه ساله و بیشتر منعقد می‌شود، با توجه به اینکه از سویی استیفای منفعت موضوع اجاره، نیازمند مدت زمان طولانی است و از سوی دیگر، متصرف با احداث اعیانی، مالک مستحقات می‌باشد که به اقتضای حرمت مال مسلم (همدانی، ۱۴۲۰: ۵۴؛ کلینی، ۱۴۰۷: ۳۶۰/۱؛ مجلسی، ۱۴۰۴: ۷/۱۱؛ ابن‌ابی‌جمهور احسائی، بی‌تا: ۴۷۳/۳)، باید از او حمایت شود، لذا در صورت درخواست مستأجر، موقوفه ملزم به تمدید قرارداد اجاره است. در نتیجه، چون اختیار سازمان حقوقی اوقاف در تخلیه مستأجر محدود می‌شود، برای جبران این محدودیت، سازمان حقوقی وقف در ضمن اجاره، شرط پذیره می‌کند تا تحدید اختیار او در عدم تخلیه، با مبلغ پذیره تعدیل شود و در مقابل، مستأجر نیز حق بهره‌برداری بلندمدت را در قالب اجاره از زمین اوقافی داشته

باشد. بنابراین پذیره ابتدایی، عوض حقی است که مستأجر در زمین وقفی به دست می‌آورد و پذیره انتقالی، عوض صدور مجوز انتقال زمین اوقافی به ثالث در جهت استفاده کامل از حق اعیانی مستأجر است. پس در قبال این واگذاری بلندمدت که به دلالت التزامی، تمام منفعت موقوفه و تا حدی تمام ارزش زمین را شامل می‌شود، موقوفه محق دریافت این مبلغ می‌باشد که بعضاً معادل با قیمت ملک است. لذا اگر مستأجر در زمین اوقافی، بنا یا حق اعیانی داشته، سازمان حقوقی وقف فقط می‌تواند مال الاجاره زمین را به قیمت عادلانه روز مطالبه کند و حق مطالبه پذیره ابتدایی را ندارد؛ چون متصرف در زمین احداث بنا کرده و مالکیت او محترم است. بنابراین مطالبه پذیره در اجاره‌هایی که بعد از تاریخ ۶۳/۱۰/۲ منعقد می‌شوند، قانونی است، ولی نسبت به اجاره‌هایی که قبل از این تاریخ منعقد شده‌اند و مستأجر در آن احداث بنا کرده، مطالبه پذیره غیر قانونی است؛ چون قراردادها از حیث اعتبار و آثار، تابع قوانین و مقررات جاری زمان انعقاد می‌باشند (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۷۴/۳). بنابراین پذیره ابتدایی، در حکم عوض اختیار تصرف و احداث بنا در مال موقوفه است و پذیره انتقالی در حکم عوض اذن متولی به انتقال آن به ثالث می‌باشد.

#### ۴. مبنای حقوقی پذیره

مراد از مبنای حقوقی این است که چرا و به چه علتی، پذیره وارد رابطه حقوقی موجر و مستأجر شد و توجیه عقلایی پرداخت پذیره از طرف مستأجر به سازمان حقوقی وقف چیست؟ هرچند ممکن است از حیث ادله شرعی، به قاعده شروط برای اعتبار شرط پذیره استناد شود، ولی باید توجه کرد که این قاعده برای مشروعیت پذیره انتقالی قابل استناد است، اما نسبت به پذیره ابتدایی قابل استناد نیست؛ چون پذیره شرط فعل پرداخت نیست، بلکه عمل پرداخت می‌باشد و تا زمانی که انجام نشود، سازمان حقوقی وقف اجاره را منعقد نمی‌کند. علاوه بر این، شرط باید دارای منفعت عقلایی مشروع باشد و لذا باید بررسی کرد که در مقابل پرداخت پذیره، چه امتیازی به مستأجر تعلق می‌گیرد تا شرط عقلایی شمرده شود. بعضی پذیره را مشابه حق الارض توصیف کرده‌اند و آن فرضی است که مالک زمین، آن را برای احداث اعیان یا برای زراعت در

اختیار کسی قرار دهد و در مقابل عوضی دریافت کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰: ۲۹۱). اما پذیره با حق الارض تفاوت دارد؛ چون حق الارض، در عوض تصرف در زمین قابل مطالبه است، ولی در پذیره، زمین اجاره داده می‌شود و علاوه بر مال الاجاره، مبلغی تحت عنوان پذیره، مقدم بر انعقاد عقد اجاره دریافت می‌شود.

بعضی دیگر پذیره را به حق سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت تشبیه کرده‌اند که در فقه اسلامی «زبن» اطلاق شده است (طاهری و انصاری، ۱۳۷۴: ۱۰۷۴/۲). هرچند منشأ حق سرقفلی و پذیره، طولانی بودن رابطه حقوقی است، لیکن تفاوت‌هایی با هم دارند از جمله اینکه: اولاً، سرقفلی فقط مختص املاک تجاری است، این در حالی است که موقوفه صرف نظر از نوع کاربری، مستحق دریافت مبلغی تحت عنوان پذیره می‌باشد؛ هرچند که نوع کاربری بر میزان پذیره، اثر مستقیم دارد. ثانیاً، قیمت سرقفلی در زمان تخلیه باید به مستأجر پرداخت شود؛ این در حالی است که پرداخت‌کننده پذیره در زمان تخلیه، مستحق دریافت قیمتی از سازمان حقوقی وقف نیست. ثالثاً، سرقفلی چون حقی قابل معاوضه است که در عوض واگذاری آن، مبلغی دریافت می‌شود (باریکلو، ۱۳۹۴ الف: ۳۵۶)، به عنوان یک سرمایه تجاری قابل دادوستد است؛ در حالی که پذیره قابل دادوستد نیست. بنابراین علی‌رغم بعضی از تشابهات، پذیره با سرقفلی از جهات متعددی تفاوت دارد. لذا پذیره ماهیتی مستقل دارد که باید در رابطه حقوقی طرفین توجیه شود. مبلغی که موقوفه بابت پذیره دریافت می‌کند، جزء مال الاجاره محسوب نمی‌شود، بلکه عوض اعطای حق احداث اعیان به دیگری می‌باشد که اختیارات سازمان حقوقی وقف را فراتر از حد اجاره عادی محدود می‌سازد. به عبارت دیگر، همانند حق سرقفلی، موجد با دریافت این مبلغ، ضرری را که از بابت سلب اختیار تخلیه در پایان اجاره متحمل می‌شود، جبران می‌کند (همو، ۱۳۹۴ ب: ۲۰۹). برخی فقها نیز در این زمینه عنوان داشته‌اند:

«چون مالک نمی‌توانسته مستأجر را از محل بیرون کند و گاهی یک محل کسب و مغازه، سال‌های متمادی بدون اضافه شدن مبلغ اجاره، در دست مستأجر باقی می‌مانده است، مالک اقدام به گرفتن چنین مبلغی علاوه بر مبلغ زمان‌بندی شده [کرایه] می‌نماید» (فاضل موحدی لنگرانی، ۱۳۷۷: ۲۹۷).

از حیث دیگر، هنگامی که ملک موقوفه با دریافت پذیره به اجاره واگذار می‌شود، حق احداث و ابقای اعیان به مستأجر تعلق می‌گیرد که در بلندمدت بتواند به رابطه استیجاری ادامه دهد و با پرداخت اجاره‌بهایی اندک اجاره را تمدید کند. به عبارت دیگر، سازمان حقوقی وقف، اختیار تخلیه ملک را از خود سلب می‌نماید. این تلقی از پذیره، باعث ایجاد حق مخصوصی برای مستأجر می‌شود که عرفاً دارای ارزش مالی است. این حق احداث و تملک اعیان که از مصادیق حق عینی محسوب می‌شود (حسنی، ۱۳۹۲: ۷۸)، اولویت در ایجار را بر موقوفه تحمیل می‌کند. برداشت عرف از پذیره دریافتی به وسیله موقوفه، با این مبنا سازگاری بیشتری دارد. این مبنا در خصوص حق سرفقلمی نیز وجود دارد. به عبارت دیگر، فلسفه پذیره همان‌طور که برخی نویسندگان در خصوص حق سرفقلمی معتقدند (باریکلو، ۱۳۹۴: ب: ۲۰۲) - حمایت از ادامه تصرفات مستأجر در عین مستأجره بعد از پایان مدت اجاره است.

به نظر می‌رسد مبنای اساسی که بتواند قرارداد اجاره بلندمدت و پذیره در ضمن آن را توجیه کند، هدف واقف است؛ زیرا در نظریات فقهی، هدف واقف به عنوان عامل اصلی تعیین حدود اختیارات متولی و حتی موقوف‌علیهم توصیف شده است و به عنوان اصلی لازم‌الاتباع باید از آن پیروی شود؛ برای مثال، بعضی در این باره معتقدند: موقوفه تا حدی که ممکن است، باید باقی بماند و از زوال و بطلان صیانت شود تا هدف واقف محقق گردد (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۳۸۵/۵). همچنین اخذ پذیره، موجب بقای موقوفه است که به هدف واقف نزدیک‌تر است؛ چون همان‌گونه که بعضی معتقدند، غرض واقف بقای عین است تا از آن انتفاع شود (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲: ۴۸). لذا تا حد امکان باید از قصد واقف تبعیت شود (همان: ۷۰)؛ همان‌گونه که در موارد جواز فروش عین موقوفه، واجب است از ثمن آن بدلی خریداری شود که اقرب به قصد واقف می‌باشد (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۷۱/۹). در نتیجه، اخذ پذیره به هدف واقف نزدیک‌تر از فروش عین موقوفه در موارد جواز فروش آن است؛ چون از طرفی اقرب به هدف واقف است و حتی بعضی معتقدند که واقف، حق به بقای وقف و دوام آن دارد (همان: ۷۹/۹) که این شیوه موجب حمایت از این حق می‌شود و از طرف دیگر، مصالح و غبطه موقوف‌علیهم نیز بیشتر تأمین می‌شود؛ چون مواردی وجود دارد که پذیره دریافتی از



## ۵. وضعیت حقوقی پذیره

در بحث ماهیت، پذیره به عنوان مبلغی تعریف شد که متصرف زمین اوقافی در قبال حق ایجاد و ابقای بنا و مستحقات خود باید به موقوفه پرداخت کند. در این بحث، وضعیت پذیره از حیث حقوقی بررسی می‌شود تا حکم آن به تبع معلوم شود. واضح است که وقف همان گونه که در ماده ۵۵ ق.م. مقرر است، عبارت از حبس عین و تسبیل منفعت می‌باشد. با توجه به این وضعیت، اگر مبلغ پذیره در قبال عین گرفته شود، در حکم عین موقوفه است و باید از محل آن، مالی که غرض واقف از وقف را تأمین می‌کند، خریداری شود، و اگر در قبال منافع عین موقوفه باشد، باید در راستای مصرف موقوفه‌علیهم حاضر یا هدف مورد نظر واقف هزینه شود. به عبارت دیگر، اگر در عوض عین توصیف شود، سرمایه است که باید در جهت اقرب به قصد واقف مدیریت شود؛ ولی اگر عوض منافع باشد، درآمد است که باید در مصرف مورد نظر واقف هزینه شود. مسلماً مستأجر سالانه مبلغی به عنوان کرایه پرداخت می‌کند که در قبال عوض منافع است و متولی سازمان حقوقی وقف می‌تواند آن را هزینه کند.

وضعیت پذیره دریافت‌شده، هرچند بر اساس برخی مقررات قانونی، مانند ماده ۱۳ قانون تشکیلات و اختیارات سازمان اوقاف و امور خیریه و ماده ۱۰ آیین‌نامه نحوه و ترتیب وصول پذیره، ظاهر در درآمد است، ولی این دیدگاه با واقعیت پذیره مطابقت ندارد؛ چون در واقع، پذیره در قبال مدت طولانی تصرف عین موقوفه پرداخت می‌شود و با توجه به اینکه حداقل مبلغ پذیره باید ۳۰٪ قیمت روز ملک باشد که در بعضی از موارد تا مرز ۱۰۰٪ قیمت زمین اوقافی از متصرف به عنوان پذیره دریافت می‌شود، نمی‌توان آن را درآمد و منافع حاصله توصیف کرد. لذا با توجه به مدت طولانی قرارداد، باید آن را عوض تصرف متصرف در این مدت توصیف نمود و در نتیجه آن را موقوفه شمرد. همان گونه که در موارد جواز فروش عین موقوفه، واجب است از ثمن آن بدلی خریداری شود که اقرب به غرض واقف باشد (همان: ۷۱/۹) و حتی بعضی معتقدند که آن مال خودبه‌خود وقف است (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۲۶۹/۳). لذا در صورت واگذاری در

ازای دریافت پذیره نیز، اقرب به قصد واقف این است که تمام احکام وقف بر آن مترتب شود.

بنابراین با توجه به اینکه با پرداخت پذیره، ملک موقوفه به طور کامل از تصرف متولی خارج و در اختیار متصرف قرار می‌گیرد که این حق به استناد ماده ۶ آیین‌نامه نحوه و ترتیب وصول پذیره و اهدایی، قابل وراثت است و به انتقال قهری یا ارادی بین ورثه، پذیره تعلق نخواهد گرفت، در نتیجه پذیره ابتدایی نمی‌تواند درآمد موقوفه محسوب شود؛ بلکه باید در حکم عوض موقوفه محسوب شود تا از محل آن مثلاً اگر زمین موقوفه کشاورزی بوده که تبدیل به مسکونی شده، زمین کشاورزی خریداری شود و منافع آن در جهت اهداف واقف مصرف شود. شاید تحت تأثیر این واقعیت است که در این ماده علی‌رغم اینکه مبلغ پذیره، درآمد محسوب شده، مقرر است که اگر بعد از هزینه کردن بر اساس اهداف واقف، مبلغ قابل توجهی باقی بماند، باید بنای اقرب به هدف واقف خریداری شود و یا در قسمتی از زمین، احداث بنا شود. یا در تبصره ماده ۱۰، پذیره موقوفات خاص، در حکم حقوق تمام نسل آنی و آتی موقوف‌علیه محسوب، و حکم به لزوم سرمایه‌گذاری آن شده است. در حالی که اگر مبلغ پذیره درآمد است، باید به همان نسل حاضر که در زمان ذی‌نفع بودن آنان ایجاد شده، متعلق باشد و نسل بعدی نسبت به منافع گذشته حقی نداشته باشد؛ چون هر نسلی، ذی‌نفع در منافع زمان حیات خود است (باریکلو، ۱۳۹۵: ۲۵۹-۲۶۰).

از این رو بعضی به استناد شخصیت حقوقی موقوفه، پذیره‌های دریافتی را جزء دارایی موقوفه دانسته‌اند که باید مطابق خواست واقف مصرف شود (بشیری، ۱۳۹۰: ۳۷۶) و چون غرض واقف، حبس عین و تسبیل منفعت بوده، باید به نحوی عمل کرد که تا حد امکان نظر واقف تأمین شود (پورارشاد، ۱۳۸۶: ۲۵)؛ مثلاً اگر مورد وقف، ساختمانی است که باید بی‌بضاعتان در آن ساکن باشند، می‌توان با پول ناشی از پذیره، ساختمان دیگری خرید و به همان مصرف اختصاص داد.

## ۶. معیارهای تعیین مبلغ پذیره

ساختار حقوقی وقف، اعم از عام و خاص، قبل از آنکه یک نهاد اقتصادی باشد،

ساختاری خیریه - فرهنگی است. متأسفانه از این بعد ساختار حقوقی وقف در دوره معاصر غفلت شده و فقط گاه گاهی چند اقدام فرهنگی به نام سازمان حقوقی وقف انجام می‌شود. در حالی که مراد این است که باید تولید وقف، طوری سازمان حقوقی وقف را مدیریت کند که علاوه بر حفظ غبطه و منفعت موقوف علیهم و ملاحظه اهداف واقف، جنبه فرهنگی آن در نظر مردم، غلبه بر جنبه اقتصادی آن داشته باشد. لذا معیارهایی که در پرتو آن‌ها مبلغ پذیره باید تعیین شود، مورد اشاره قرار می‌گیرند.

اولین و بنیادی‌ترین معیار مدیریت و تولید موقوفه، خیرخواهی و خیررسانی است که باید طوری قراردادهای موقوفه با اشخاص منعقد شود که حس خیرخواهی را در جامعه القا کند؛ چون وقف ناشی از اراده واقف در تحقق امور خیریه می‌باشد، که آرمان‌های انسانی و نیات نوع‌دوستی و غیرخواهی، از انگیزه‌های اصلی آن است (طباطبایی بزدی، ۱۳۷۷: ۱۸۶). لذا ضروری است در کیفیت اداره وقف به نحوی عمل شود که به اقتضای عموم حدیث «الوقوف علی حسب ما یوقفها أهلها» باشد.

بر این اساس، سازمان حقوقی وقف باید در پرتو دو اصل خیرخواهی که ملاک اصلی آن هدف واقف است و نیز اصل احساس خیررسانی از طرف مردم، مدیریت شود و رعایت این اقتضانات از جانب متولیان و اداره‌کنندگان که نماینده موقوفه محسوب می‌شوند، الزامی است. پس نباید در معاملات خود به طرف قرارداد اجحاف کنند و در این زمان که روح سرمایه‌پرستی مطلق بر جامعه حاکم است، باید قرارداد با سازمان حقوقی وقف، منصفانه‌تر از سایر قراردادها باشد؛ برای مثال، امیرالمؤمنین به مالک هشدار می‌دهد که در بسیاری از بازاریان، بخل و سخت‌گیری قبیحی است که موجب زورگویی در معاملات می‌شود. بیع و معامله باید بر تسامح و گذشت بر موازین عدل منعقد شود، طوری که در قیمت‌ها به طرفین عقد اجحاف نشود<sup>۱</sup> (نهج البلاغه، ۱۴۱۴: ۳۷۷). هرچند بعضی در تفسیر این هشدار بر این باورند که از واضحات فقهی، مباح بودن قیمتی است که فروشنده تمایل دارد کالای خود را بفروشد و شریعت به ادله

۱. «وَأَعْلَمُ مَعَ ذَلِكَ أَنَّ فِي كَثِيرٍ مِنْهُمْ ضَبْحًا فَاجِحًا وَشَحًّا قَبِيحًا وَاحْتِكَارًا لِلْمَنَافِعِ وَتَحَكُّمًا فِي الْبَيَاعَاتِ وَذَلِكَ بَابُ مَضَرَّةٍ لِلْعَامَّةِ وَعَيْبٌ عَلَى الْوَلَاةِ فَاَمْتَنِعْ مِنَ الْإِحْتِكَارِ فَإِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ مَنَعَ مِنْهُ وَلَيْكِنْ الْبَيْعُ بَيْعًا سَمْحًا بِمَوَازِينٍ عَدْلٍ وَأَسْعَارٍ لَا تُجْحَفُ بِالْفَرِيقَيْنِ مِنَ الْبَائِعِ وَالْمُبْتَاعِ...».

عام، مالک را از قیمت اجحافی منع نکرده است. لذا دستور امام به قیمت گذاری و منع بازاریان از فروش به قیمت بیشتر، از این حیث است که او ولی امر مسلمانان می باشد و صلاحیتش را برای پر کردن منطقه فراغ طبق مقتضیات عدالت اجتماعی که اسلام خواهان تحقق آن است، به کار می برد<sup>۱</sup> (صدر، ۱۴۱۷: ۶۹۲). اما باید توجه کرد که اولاً، دستور امام به این موضوع که بیع باید عادلانه باشد و به طرفین اجحاف نشود، یک دلیل عام است نه صلاحیت ولی امر؛ چون امام به مالک دستور داده و قیمت ناعادلانه یا اجحافی را ظلم بر مصرف کننده و عیب بر والی توصیف کرده است. بنابراین دستور امام به قیمت عادلانه در مرحله اول خطاب به بازاریان، و در مرحله دوم متوجه حاکم اسلامی است؛ یعنی بایع باید به قیمت عادلانه بفروشد، نه به قیمت اجحافی. اگر بایع امتناع کرد و به قیمت اجحافی فروخت، حاکم اسلامی باید مانع فروش او شود. ثانیاً، باید بین رابطه حقوقی و ساختار بازاری فرق گذاشت. اگر مقدار قیمت در یک رابطه حقوقی معین باشد، قیمت همان مقداری است که طرفین آگاهانه بر آن توافق کرده اند؛ اما اگر بحث قیمت در وضعیت و ساختار بازار باشد، قیمتی منصفانه است که در بازار اسلامی برای کالا تعیین و تحدید شده است. لذا در بسیاری از روایات مانند روایت رفاعه از امام صادق عَلَيْهِ السَّلَام (حز عاملی، ۱۴۰۹: ۱۷/۳۶۵) دستور داده شده که قیمت با قیمت عادلانه تطبیق شود. بنابراین از حیث اهداف واقف باید قرارداد طوری تنظیم شود که اجحاف نسبت به متصرف نشود؛ چون چنین امری از طرفی هرگز منظور واقف نبوده و مغایر با اهداف اوست و از طرف دیگر، مخالف با اقتضای خیرخواهی است که ساختار عرفی وقف متضمن آن است.

دومین معیار، رعایت عدالت است که از اهداف اساسی و مهم در حقوق اسلامی است. مطابق این اصل، مبلغ پذیره باید منصفانه باشد، طوری که به هیچ کدام از طرفین عقد اجحاف نشود. بر مبنای این اصل، سود در تجارت اسلامی باید منصفانه باشد و

۱. «من الواضح فقهيًا: أنَّ البائع يباح له البيع بأى سعر أحب، ولا تمنع الشريعة منعًا عامًا عن بيع المالك للسلعة بسعر محضف. فأمر الإمام بتحديد السعر، ومنع التجار عن البيع بثمان أكبر، صادر منه بوصفه ولي الأمر. فهو استعمال لصلاحياته في ملء منطقة الفراغ، وفقًا لمقتضيات العدالة الاجتماعية التي يتبناها الإسلام».

بر خلاف اقتصاد سرمایه‌داری، سود بر مبنای عرضه و تقاضای صرف نمی‌تواند مورد قبول اقتصاد اسلامی باشد. لذا بر خلاف حقوق غرب که به قاعده حقوق بازار<sup>۱</sup> عمل می‌شود، در نظریات فقهی در موارد زیادی، به ملاک قیمت عادلانه تصریح شده است (بصری بحرانی، ۱۴۱۳: ۲۶۵/۷؛ میرزای شیرازی، ۱۴۱۲: ۱۵۵/۱؛ کاشف‌الغطاء نجفی، ۱۳۵۹: ۶۶/۲؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۴۲۴/۱۴؛ فاضل‌هندی، ۱۴۱۶: ۳۷۸/۶). به همین دلیل، آن دیدگاه و نظر فقهی هم که در احتکار، معتقد به قیمت‌گذاری منصفانه حاکمیتی در یک رابطه حقوقی نیست (فاضل‌آبی، ۱۴۱۷: ۴۵۶/۱)، بر قیمت عادلانه و منصفانه تأکید دارد و دولت را از قیمت‌گذاری غیر منصفانه نهی می‌کند؛ چون قیمت ممکن است نسبت به تولیدکننده یا مصرف‌کننده غیر منصفانه باشد. لذا آنان معتقدند که دولت نباید قیمت‌گذاری کند؛ برای مثال، بعضی معتقدند که اگر محتکر در تعیین قیمت اجحاف کند، او را به کاهش قیمت امر می‌کنند، اما نرخ تعیین نمی‌کنند (علامه حلّی، ۱۴۱۹: ۲۴۰/۱). ولی بعضی دیگر که به استناد دلیل سلطه، قیمت‌گذاری را از اختیارات مالک دانسته‌اند، معتقدند که اگر علی‌رغم اجبار به فروش، از تعیین قیمت امتناع، یا در تعیین مقدار آن اجحاف کرد، حاکم می‌تواند قیمت‌گذاری کند (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۴۲/۴). بنابراین در معاملات و تجارت، نهاد خیریه وقف باید انصاف و عدالت را بیشتر مورد توجه قرار دهد تا مردم به آن متمایل شوند.

سومین معیار، رعایت منافع تمام ذی‌نفعان است که به اقتضای آن نباید منافع موقوفه مورد حیف و میل قرار گیرد و یا منافع آن در جهت مصالح دیگران یا غیر موقوف‌علیهم مصرف شود. لذا باید منافع موقوف‌علیهم، اعم از حاضر و آتی و نیز عام و خاص، مورد توجه قرار گیرد. پس پذیره ابتدایی باید در جهت منافع موقوف‌علیهم و اهداف واقف سرمایه‌گذاری شود و نباید در راستای مصرف دیگران یا موقوف‌علیه نسل و بطن حاضر هزینه شود. بنابراین تولیت اوقاف باید سازمان حقوقی وقف را در پرتو این اصول اداره کند.

با این حال، متأسفانه رویکرد فعلی متولیان سازمان حقوقی وقف، سرمایه‌داری

غیرمنصفانه است که این رویکرد در بلندمدت، آسیب جبران‌ناپذیری به نهاد وقف وارد می‌کند. تثبیت و تعمیم مفهومی به نام پذیره یا حق تقدیمی در اکثر اعمال حقوقی مرتبط با وقف، البته با نگرش و نگاه مدیریت فعلی نهاد وقف، با اصول حاکم بر نهاد وقف از جمله اصل خیرخواهی و انصاف و همچنین تبعیت از هدف واقف، در تنافی و تعارض است.

### نتیجه‌گیری

با توسعه محدوده شهری، اراضی موقوفه کشاورزی در محدوده شهری قرار گرفته‌اند و عملاً انتفاع مورد هدف واقف ناممکن شده است. هرچند حکم اولیه این موضوع، جواز فروش مال موقوفه و تبدیل آن به مال اقرب به هدف واقف بود، ولی به دلیل سرمایه محسوب شدن زمین مسکونی، متولیان وقف عمل به آن را به مصلحت ندیدند و به اجاره‌هایی روی آوردند که به طور بلندمدت، حق احداث بنا و مستحقات را به مستأجر اعطا می‌کند. متولیان در قبال اعطای چنین حقی که منجر به تحمیل برخی آثار از جمله تمديد اجباري قراردادهای اجاره بر موقوفات می‌شود، مبلغی تحت عنوان پذیره یا حق تقدیمی از مستأجران دریافت می‌نمایند. مشروعیت این شیوه در خصوص پذیره ابتدایی، از این جهت است که از یک طرف متضمن منفعت عقلایی مشروع برای طرفین است و از طرف دیگر، در راستای هدف واقف و تأمین منافع موقوف علیهم، منجر به حفظ و بقای عین موقوفه می‌شود. همچنین در خصوص پذیره انتقالی، این مشروعیت به استناد شرط مندرج در ضمن عقد اجاره توجیه‌پذیر است، ولی پذیره تراکم فاقد وجهت حقوقی است. اما مبلغ پذیره در مقررات، حداقل ۳۰٪ تعیین شده که متولیان باید در پرتو سه معیار ساختاری خیریه و فرهنگی بودن سازمان حقوقی وقف، سود و منافع منصفانه، و حفظ مصلحت تمام موقوف علیهم اقدام کنند که متأسفانه از این اصول عملاً غفلت شده است. پذیره، در حکم عوض زمین اوقافی است که باید در جهت تحقق اهداف واقف و منافع موقوف علیهم مدیریت شود.

## کتاب‌شناسی

۱. نهج البلاغه، گردآوری سید رضی، قم، مؤسسه نهج البلاغه، ۱۴۱۴ ق.
۲. ابن ابی جمهور احسانی، محمد بن زین‌الدین علی بن ابراهیم، *عوالی اللئالی العزیزة فی الاحادیث الدینیة*، قم، سیدالشهداء علیه‌السلام، بی‌تا.
۳. ابن ادريس حلی، محمد بن منصور بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۴. ابن قدامة المقدسی، موفق‌الدین عبدالله بن احمد بن محمد، *المغنی*، بیروت، دار الکتب العربی، بی‌تا.
۵. اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الاذهان الی احکام الایمان*، تحقیق مجتبی عراقی و دیگران، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۲ ق.
۶. اصغری، عبدالرضا، و فرزاد بهشتی توندری، «بررسی مبنای فقهی - حقوقی حق پذیره (حق تقدیمی)»، *دوفصلنامه آموزه‌های فقه مدنی*، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۶، پاییز و زمستان ۱۳۹۱ ش.
۷. باریکلو، علیرضا، *اموال و حقوق مالی*، چاپ دوم، تهران، سمت، ۱۳۹۴ ش. (الف)
۸. همو، «تحلیل فقهی - حقوقی سرفقلى در قانون موجر و مستأجر مصوب سال ۱۳۷۶»، *دوفصلنامه فقه و مبانی حقوق اسلامی*، دوره چهل و نهم، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۵ ش.
۹. همو، *حقوق قراردادها؛ عقود معین (۱)*، تهران، میزان، ۱۳۹۴ ش. (ب)
۱۰. بجنوردی، سیدمحمدحسن، *القواعد الفقهیه*، قم، الهادی، ۱۳۷۷ ش.
۱۱. بشیری، عباس و دیگران، *حقوق کاربردی وقف و اراضی موقوفه*، تهران، جنگل، ۱۳۹۰ ش.
۱۲. بصری بحرانی، زین‌الدین محمدامین، *کلمة التقوی*، چاپ سوم، قم، نشر سیدجواد وداعی، ۱۴۱۳ ق.
۱۳. پورارشاد، نادر، «فروش موقوفه در فقه امامیه و حقوق ایران»، *فصلنامه وقف میراث جاودان*، سال پانزدهم، شماره ۵۲، پاییز ۱۳۸۶ ش.
۱۴. تولائی، علی، و معین فرزانه وشاره، «مبانی و کاربرد قاعده فقهی "عرق ظالم"»، *فصلنامه حقوق اسلامی*، سال دهم، شماره ۳۷، تابستان ۱۳۹۲ ش.
۱۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *وسیط در ترمینولوژی حقوق*، چاپ چهارم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۰ ش.
۱۶. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعه*، قم، مؤسسه آل‌البتین علیهم‌السلام، لاحیاء التراث، ۱۴۰۹ ق.
۱۷. حسینی، محمد مهدی، «بررسی یک حق عینی؛ حق اولویت در ایجار و اذن احداث و تملک اعیان در زمین‌های وقفی»، *وکیل مدافع (فصلنامه داخلی کانون وکلای دادگستری خراسان)*، شماره‌های ۱۰-۱۱، پاییز و زمستان ۱۳۹۲ ش.
۱۸. حسینی، سیدمحمدرضا، *رویه‌های قضایی حاکم بر مقررات وقف*، چاپ دوم، تهران، مجد، ۱۳۹۴ ش.
۱۹. حسینی عاملی، سیدجواد بن محمد، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، قم، اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۲۰. رجائی، بهزاد، *اداره اموال موقوفه*، تهران، بهنامی، ۱۳۹۴ ش.
۲۱. زرقاء، مصطفی احمد، *الفقه الاسلامی فی ثوبه الجدید*، دمشق، مطبعة طربین، ۱۹۶۸ م.
۲۲. سنهوری، عبدالرزاق احمد، *الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید؛ نظریة الالتزام بوجه عام*، بیروت، منشورات الحلبي الحقوقی، ۲۰۰۸ م.
۲۳. صدر، سیدمحمدباقر، *اقتصادنا*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی - شعبه خراسان، ۱۴۱۷ ق.

۲۴. طاهری، محمدعلی، و مسعود انصاری، *دانشنامه حقوق خصوصی*، تهران، محراب فکر، ۱۳۷۴ ش.
۲۵. طباطبایی حکیم، سیدمحسن، *مستمسک العروة الوثقی*، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ ق.
۲۶. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، *ملحقات العروة الوثقی*، ۱ جلد، جزء ۲، تهران، ۱۳۷۷ ش.
۲۷. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *الخلاف*، تحقیق سیدعلی خراسانی و همکاران، قم، اسلامی، ۱۴۱۱ ق.
۲۸. عامری نیا، محمدباقر، «امکان اجبار مستأجر به قلع و قمع اعیانی بعد از انقضای مدت اجاره»، *دوفصلنامه مبانی فقهی حقوق اسلامی*، سال هشتم، شماره ۱۵، بهار و تابستان ۱۳۹۴ ش.
۲۹. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، قم، کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.
۳۰. همو، *تمهید القواعد الاصولیة و العربیة*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
۳۱. همو، *مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۳۲. علامه حلی، جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *تبصرة المتعلمین فی احکام الدین*، ترجمه ابوالحسن شعرانی، چاپ پنجم، تهران، اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۳۳. فاضل آبی، زین الدین حسن بن ابی طالب یوسفی، *کشف الرموز فی شرح المختصر النافع*، چاپ سوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۳۴. فاضل موحدی لنکرانی، محمد، *جامع المسائل*، قم، چاپ مهر، ۱۳۷۷ ش.
۳۵. فاضل هندی، بهاء الدین محمد بن حسن اصفهانی، *کشف اللثام و الابهام عن قواعد الاحکام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
۳۶. فخرالمحققین حلی، ابوطالب محمد بن حسن بن یوسف، *ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد*، تحقیق سیدحسین موسوی کرمانی و همکاران، قم، علمیه، ۱۳۸۷ ق.
۳۷. فیض کاشانی، محمدمحسن بن شاه مرتضی، *الوافی*، اصفهان، کتابخانه امام امیرالمؤمنین علی علیه السلام، ۱۴۰۶ ق.
۳۸. کاتوزیان، ناصر، *عقود معین*، چاپ هفتم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۰ ش.
۳۹. همو، *قواعد عمومی قراردادها (آثار قرارداد)*، چاپ نهم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳ ش.
۴۰. کاشف الغطاء، حسن بن جعفر بن خضر، *انوار الفقاهة - کتاب الوقف*، نجف اشرف، مؤسسه کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ ق.
۴۱. کاشف الغطاء نجفی، محمدحسین بن علی بن محمدرضا، *تحریر المعجله*، نجف اشرف، المكتبة المرتضویة، ۱۳۵۹ ق.
۴۲. کرکی عاملی (محقق ثانی)، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ ق.
۴۳. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، *الکافی*، تصحیح علی اکبر غفاری، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۴۴. مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی، *مرآة العقول فی شرح اخبار آل الرسول*، تحقیق سیدهاشم رسولی محلاتی، چاپ دوم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۴ ق.
۴۵. میرزای شیرازی، محمدتقی، *حاشیة المکاسب*، قم، الشریف الرضی، ۱۴۱۲ ق.
۴۶. ندافیان، مهدی، «درنگی در جایگاه قانونی پذیره و اهدایی»، *وکیل مدافع (فصلنامه داخلی کانون وکلای دادگستری خراسان)*، شماره ۱۴، ۱۳۹۴ ش.
۴۷. همدانی، رضا بن محمدهادی، *حاشیة کتاب المکاسب*، تحقیق محمدرضا انصاری، قم، مؤلف، ۱۴۲۰ ق.



# واکاوی تاریخی قالب‌شناسی ضمان

## در ادبیات فقه و حقوق شیعه\*

□ سیدعلی جبار گلباغی ماسوله<sup>۱</sup>

### چکیده

در ادبیات فقه شیعه، قالب‌شناسی اعمال فقهی حقوقی، یکی از قواعد عمومی معاملات است. گاه فقیهان شیعه درباره قالب‌شناسی برخی از اعمال فقهی حقوقی، به اختلاف سخن می‌گویند. ضمان در شمار اعمالی است که قالب‌شناسی آن، محل اختلاف است؛ مشهور فقهای شیعه، ضمان را عقد می‌دانند، و در مقابل، فقیهانی دیگر آن را ایقاع می‌شمارند. بررسی متون فقه شیعه نشان می‌دهد که پیروان هر یک از دو دیدگاه مذکور، بدون توجه به سیر تاریخی - که از امور مؤثر در شناخت عبارات عقلایی است - به تفسیر قالب‌شناسی ضمان روی می‌آورند.

هدف جستار حاضر، واکاوی تاریخی قالب‌شناسی ضمان در گستره ادبیات فقه شیعه است که به روش توصیفی، به بررسی آثار مکتوب مکاتب و مدارس فقهی شیعه می‌پردازد و امکان سخن را از دیدگاهی نو می‌سجد و به این نتیجه

دست می‌یابد که بر خلاف دو دیدگاه مذکور، ضمان توأمان دارای دو قالب عقد و ایقاع است و تعیین هر یک از این دو قالب، به نحوه اراده و اقدام کسانی وابسته است که به انشای ضمان مبادرت می‌ورزند؛ آنان می‌توانند حسب اراده خویش، گاه ضمان را در قالب عقد و دیگرگاه در قالب ایقاع انشاء کنند.

**واژگان کلیدی:** ضمان، ضمان ایقاعی، قالب‌شناسی ضمان.

## ۱. مقدمه

بی‌تردید شناخت کامل هر دانش، به شناخت حاصل از نگاه توأمان درونی و بیرونی به پدیده‌ها، نهادها، نظریه‌ها، مسائل، احکام و فروع آن دانش نیازمند است. به طور معمول، نوعاً آموزش، تحصیل و مطالعه هر دانش، با نگاه درونی به پدیده‌ها، نهادها، نظریه‌ها، مسائل، احکام و فروع آن دانش انجام می‌یابد و تاریخ ادبیات و واکاوی و بررسی تاریخی پدیده‌ها، نهادها، نظریه‌ها، احکام و فروع هر دانش، بر نگاه بیرونی به آن‌ها مبتنی است. در ادبیات متداول مدرسه‌ای فقه و حقوق شیعه، معاملات و اعمال فقهی حقوقی، به دو قالب عقد و ایقاع محدود و محصور است و هر عمل فقهی حقوقی که محصول اراده است، تنها و تنها در یکی از دو قالب عقد و ایقاع، امکان وجود دارد. با بروز پدیده‌های نو در گستره معاملات، که در نتیجه آن، تقسیم اعمال فقهی حقوقی به دو گونه معین و غیر معین، در ادبیات فقه و حقوق رسمیت می‌یابد، اعمال فقهی حقوقی غیر معین نیز از شمول اعتقاد حصرگرایانه مذکور بیرون نمی‌ماند.

توجه به این واقعیت که گاه بروز اعمال فقهی حقوقی غیر معین، خود از تنگنای اعمال اراده در قالب‌های متداول عقود و ایقاعات معین حکایت دارد، در کنار التفات به نقش بنیادی اراده در ایجاد قالب‌های معاملات، می‌تواند این نگاه و تقسیم حصرگرایانه را با تردید مواجه سازد که همه اعمال فقهی حقوقی که محصول اراده هستند، تنها و تنها به دو گونه عقد و ایقاع تقسیم می‌شوند؛ چنان که می‌تواند این اعتقاد را نیز با تردید مواجه سازد که ایجاد و انشاء هر عمل فقهی حقوقی معین و غیر معین، تنها و تنها در یکی از دو قالب عقد و ایقاع ممکن و میسر است و در نتیجه حصر و قصر مذکور، انشاء عمل واحد فقهی حقوقی، گاه در قالب عقد و دیگرگاه در قالب

ایقاع امکان‌ناپذیر است.

بررسی میراث مکتوب فقه شیعه، از عدم اتفاق دانشیان فقه شیعه دربارهٔ قالب‌شناسی برخی از اعمال فقهی حقوقی معین گزارش می‌دهد. ضمان از اعمال فقهی حقوقی معینی است که در شمار معاملاتی قرار دارد که دانشیان فقه شیعه، دربارهٔ قالب‌شناسی آن دارای اختلاف نظر هستند. مشهور فقیهان شیعه، قالب ضمان را به عقد تفسیر می‌کنند و در برابر، شماری از دانشیان نام‌آشنای فقه شیعه، از امکان ایجاد و انشای ضمان در قالب ايقاع سخن می‌رانند و امکان سخن از این گمانه را فراهم می‌آورند که انشای ضمان در قالب عقد، منافی انشای آن در قالب ايقاع نیست و از این رو، تعیین قالب ایجاد و انشای ضمان، به اراده و اقدام متعاملان وابسته است.

نگاه بیرونی، واکاوی تاریخی و بررسی پیشینهٔ پدیده‌ها، نهادها، دیدگاه‌ها و نظریه‌ها، مسائل، احکام و فروع علمی هر دانش، امکان اعتبارسنجی و نیز دریافت توانایی اجزاء مذکور را برای اصطیاد و یا فراهم آوردن تولیدات جدید علمی، بیش از پیش نمایان می‌سازد. وقوف بر نقطهٔ آغازین و مبانی تاریخی بروز یک دیدگاه و سیر آن در گذر زمان، در کنار پی‌جویی این روند در خصوص دیدگاه‌های مجاور و همسوی آن، امکان شناخت اصالت، بهرهٔ واقعیت‌مانندی، جایگاه و توانمندی تاریخی گذشته و آیندهٔ آن دیدگاه را در گسترهٔ دانش مربوط و ادبیات آن فراهم می‌آورد؛ امکان داوری دربارهٔ امتداد حیات آن را آسان می‌سازد و زمینه‌های به‌کارگیری آن را در توجیه اشکال نوین و روند رشد دانش نمایان می‌دارد. از این روست که در کنار نگاه متداول درونی به قالب‌شناسی ضمان - که دلایل و مبانی فراتاریخی هر یک از دو دیدگاه مشهور و غیر مشهور را دربارهٔ تفسیر قالب‌شناسی ضمان می‌جوید - نگاه بیرونی و واکاوی تاریخی قالب‌شناسی ضمان در گسترهٔ ادبیات فقه شیعه ضرورت می‌یابد. اینکه تاریخ ادبیات فقه شیعه، از روند بروز تفاسیر قالب‌شناسی ضمان و جریان حیات آن‌ها در مکاتب و مدارس فقهی فقه شیعه و نیز بهرهٔ واقعیت‌مانندی آن‌ها، چه گزارشی بیان می‌دارد، پرسش عمدهٔ جستار شخص محوری را سامان می‌دهد که پژوهشی بنیادی به روش توصیفی و به شیوهٔ کتاب‌خانه‌ای در نیل پاسخ به آن اهتمام می‌ورزد و نوشتار پیش رو نیز به گزارش آن می‌پردازد.

## ۲. قالب‌شناسی ضمان در احادیث فقهی شیعه

احادیث فقهی شیعه، نقطه آغازین تولید ادبیات دانش فقه شیعه به شمار می‌آیند. از این رو، واکاوی تاریخی هر پدیده فقهی حقوقی، از جستجو در احادیث فقهی آغاز می‌شود. بررسی مجموعه‌های احادیث فقهی شیعه، از وجود روایات صحیح و موثق گزارش می‌دهد که به ظهور خویش از ایقاع بودن ضمان حکایت دارند (حز عاملی، ۱۴۰۹: ۳۱۹/۱۸، ۲، ح ۱ و ۳۴۶، ۱۴، ح ۲ و ۴۲۲-۴۲۵، ۲، ح ۳، ۳-۱، ح ۴، ح ۱ و ۸۶/۱۹، ۸، ح ۱؛ نوری طبرسی، ۱۴۰۸: ۱۳/۴۳۶-۴۳۷، ۳، ح ۴-۱).

به گواهی تاریخ ادبیات مکتوب فقه شیعه، دانشیان فقه شیعه تا مدت‌ها، از میان روایاتی که در ایقاع بودن ضمان ظهور دارند، تنها به بیان دو مرسله جابر بن عبدالله و ابوسعید خُدَری بسنده می‌کنند - که شیخ طوسی در کتاب *خلاف*، برای ایقاع خواندن ضمان، به آن‌ها استدلال می‌آورد (طوسی، ۱۴۰۷ الف: ۳/۳۱۴) - و سخن درباره دیگر روایات را به سکوت وا می‌گذارند (فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۲/۸۴؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۱۸۱/۴؛ سیوری حلی، ۱۴۰۴: ۲/۱۸۴-۱۸۵؛ کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۵/۳۱۹)؛ واقعیتی که صاحب *حدائق* نیز به گزارش آن می‌پردازد (بحرانی، ۱۴۰۵: ۱۲/۲۱).

ظاهراً محقق اردبیلی نخستین فقیه شیعی است که در کنار سخن از مرسله‌های مورد استدلال شیخ طوسی، به دیگر روایاتی توجه نشان می‌دهد که می‌توان از ظاهر آن‌ها، ایقاع بودن ضمان را استنباط کرد (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۹/۲۸۸). پس از محقق اردبیلی، فقیهان شیعه به بررسی این روایات روی می‌نهند و در نقض و ابرام استناد به آن‌ها سخن می‌گویند (سبزواری، ۱۴۲۳: ۱/۵۹۳؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۱/۱۴-۱۰؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۹/۲۶۴-۲۶۶؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۱۶/۳۹۳؛ نجفی، بی‌تا: ۲۶/۱۲۵-۱۲۶)؛ هرچند که گاه برخی همچنان، تنها به بیان همان دو مرسله مورد استناد شیخ طوسی بسنده می‌کنند (فیض کاشانی، بی‌تا: ۳/۱۴۳؛ آل عصفور، بی‌تا: ۱۲/۳۵۵).

شاید بتوان پاسخ چرایی بسنده کردن فقیهان شیعه را به بحث از دو مرسله مورد استناد شیخ طوسی، در این واقعیت یافت که تاریخ ادبیات فقه شیعه، تا مدت‌ها برای اثبات ایقاع بودن ضمان، به جز استناد به دو مرسله جابر بن عبدالله و ابوسعید خُدَری، از

استدلال به روایت دیگری گزارشی نمی دهد.

به نظر می رسد اعتقاد مشهور به اینکه ضمان، دارای ماهیتی انتقالی است، در کنار وجود روایاتی چند که می توان از آن ها برای عقد خواندن ضمان سود جست و نیز التفات به این واقعیت که نوعاً تاریخ ادبیات مکتوب فقه شیعه، تا مدت ها به جز شیخ طوسی - که خود درباره قالب شناسی ضمان، دارای دو دیدگاه متعدد و متفاوت است - فقیه نام آشنای دیگری معرفی نمی کند که از ایقاع بودن ضمان سخن راند و غیر از دو مرسله مذکور، به روایت دیگری استدلال آورد که در ایقاع بودن ضمان ظهور دارد، مجموعه اموری هستند که گمانه چرایی مخالفت مشهور را با روایاتی پیش رو می نهد که ضمان را ایقاع می شمردند.

### ۳. قالب شناسی ضمان در مکاتب فقهی شیعه

بررسی نوشته های نگارش یافته در تاریخ فقه شیعه، از وجود شیوه های متعدد و متفاوت برای بیان ادوار و مکاتب فقهی شیعه گزارشی می دهد. تقسیم مکاتب فقهی شیعه به مکتب فقیهان راوی، مکتب بغداد، مکتب حله، مکتب نجف و مکتب قم، یکی از تقسیمات مکاتب فقهی شیعه است که در این نوشته، برای واکاوی تاریخی قالب شناسی ضمان، متبع است.

#### ۳-۱. مکتب فقیهان راوی

بررسی نوشته های فقهی برجای مانده و در دسترس از فقهای مکتب فقیهان راوی، این واقعیت را نمایان می سازد که در این نوشته ها، تصریحی به ایقاع شمردن و یا عقد خواندن ضمان یافت نمی شود، تا به استاد آن بتوان دیدگاه مشهور و غیر مشهور نزد فقیهان این مکتب را بیان داشت؛ چه اینکه سبک ادبی نگارش متون فقهی فقیهان این مکتب، بر تبویب روایات حسب موضوعات و ابواب فقهی متداول آن دوران، و یا بر بیان متن روایات، بدون تحلیل و اظهار نظر اجتهاد فقهی استوار است. افزون بر اینکه به گواهی ادبیات فقه شیعه، بحث از قالب شناسی اعمال فقهی حقوقی نیز نوعاً در مکاتب فقهی متأخر از این مکتب، مشهود و مرسوم است.

### ۲-۳. مکتب بغداد

بررسی ادبیات مکتوب مکتب فقهی بغداد، به گرایش عمومی فقیهان این مکتب به عقد دانستن ضمان گواهی می‌دهد (مفید، ۱۴۱۳: ۸۱۳؛ سلار دیلمی، ۱۴۰۴: ۲۰۰؛ طوسی، ۱۳۸۷: ۳۲۳/۲؛ ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷: ۲۶۱/۲)؛ هرچند که شیخ طوسی در کتاب **خلاف** و به تبع وی طبرسی در کتاب **المؤتلف**، ضمان را ایقاع می‌خوانند و به گونه‌ای به چیدمان واژگان بحث خود می‌پردازند که وجود هر دو گرایش عقد دانستن و ایقاع شمردن ضمان را بین فقیهان شیعه آن دوران القاء می‌کند (طوسی، ۱۴۰۷ الف: ۳۱۳/۳؛ طبرسی، ۱۴۱۰: ۵۸۳/۱).

ادبیات مکتوب مکتب فقهی بغداد، برای هر یک از دو دیدگاه بیان شده درباره قالب‌شناسی ضمان، تنها به گزارش دلایلی بسنده می‌کند که شیخ طوسی در دو کتاب **خلاف** و **مبسوط** خویش بیان می‌دارد. شیخ طوسی - به قرائت کتاب **خلاف** - و فقیهان معاصر وی که از ایقاع بودن ضمان سخن می‌رانند، روایات جابر بن عبدالله و ابوسعید خُدَری را دلیل ایقاع بودن ضمان می‌دانند و فقیهانی که ضمان را عقد می‌شمارند، به این دلیل عقلی استدلال می‌آورند که ضمان، اثبات حق مضمون<sup>۱</sup> له بر ذمه ضامن است و همانند دیگر حقوق، بدون رضایت ذی‌حق امکان‌پذیر نیست؛ از این رو، گریزی از اعتبار رضایت مضمون<sup>۱</sup> له باقی نمی‌ماند (۱۴۰۷ الف: ۳۱۴/۳؛ همو، ۱۳۸۷: ۳۲۳/۲). شیخ طوسی در کتاب **خلاف** به هنگام سنجش بین این دو دلیل، نظر خویش را چنین می‌نگارد:

«والأول ألیق بالمذهب؛ لأنَّ الثانی قیاس، ونحن لا نقول به» (۱۴۰۷ الف: ۳۱۴/۳)؛ دیدگاه نخست، سزاوارتر به مذهب امامیه است؛ زیرا دیدگاه دوم، بر قیاس مبتنی است و ما [فقیهان امامی] قائل به قیاس نیستیم.

نکته قابل توجه درباره شیخ طوسی، تنها این نیست که تاریخ ادبیات مکتوب فقه شیعه، او را نخستین فقیه نام‌آشنای شیعه می‌شناسد که از ایقاع بودن ضمان سخن می‌گوید، بلکه دو دیدگاه متقابلی است که وی در دو کتاب **خلاف** و **مبسوط** بیان می‌دارد؛ چه اینکه شیخ طوسی در کتاب **خلاف**، قبول و رضایت مضمون<sup>۱</sup> له را شرط صحت ضمان نمی‌داند و به ایقاع بودن ضمان می‌گراید و این سخن را که ضمان، عقد است و انشای آن، به قبول و رضایت مضمون<sup>۱</sup> له نیازمند است، قول قیل می‌خواند و چنین می‌نویسد:

«لیس من شرط صحّة الضمان رضاها أيضًا وإن قيل: إن من شرطه رضا المضمون له، كان أولى» (همان: ۳/۳۱۳)؛ همچنین رضایت هر دوی ضامن و مضمون له، شرط صحت ضمان نیست و اگرچه گفته شده است: بهتر این است که رضایت مضمون له، شرط صحت ضمان باشد.

با این وصف، شیخ طوسی در کتاب مبسوط - بر خلاف کتاب خلاف -، رضایت مضمون له را برای تحقق ضمان گریزناپذیر می‌شمارد و ضمان را عقد می‌خواند و این سخن را که ضمان، ایقاع است و انشای آن، از قبول و رضایت مضمون له بی‌نیاز است، قول قیل معرفی می‌کند:

«وأما المضمون له فلا بد من اعتبار رضا... وقيل: إنّه لا يحتاج إلى رضا» (۱۳۸۷: ۲/۳۲۲)؛ و اما گریزی از اعتبار رضایت مضمون له نیست... و گفته شده است که بی‌شک به رضایت او نیازی نیست.

بررسی و مقایسه عبارات دو کتاب خلاف و مبسوط، این گمانه را نیرو می‌بخشد که تفاوت رأی شیخ طوسی در این دو کتاب، از تغییر و تبدیل اندیشه وی درباره برخی از ویژگی‌های انشاء و ایجاد ضمان نشئت می‌گیرد.

همچنین درنگ در عبارات کتاب خلاف، پرسشی متوجه شیخ طوسی می‌سازد که درباره مواجهه مشهور دانشیان فقه شیعه با روایات مشعر به ایقاع بودن ضمان مطرح است؛ چه اینکه شیخ طوسی، در حالی برای ایقاع خواندن ضمان، به دو مرسله ابوسعید خُدّری و جابر بن عبدالله بسنده می‌کند که خود در کتاب تهذیب به نقل روایاتی می‌پردازد که می‌توان از ظهور آنها، ایقاع بودن ضمان را استنباط کرد (۱۴۰۷: ۶/۱۸۳، ح ۳۷۸ و ۱۸۰/۷، ح ۷۹۲ و ۱۶۷/۹، ح ۶۸۲)، ولی شیخ طوسی به آنها استدلال نمی‌آورد.

توجه به تطبیقی بودن کتاب خلاف و شیوه شیخ طوسی برای استدلال در تمامی مباحث ضمان کتاب خلاف - بدین گونه که تنها به روایات مورد پذیرش اهل سنت بسنده می‌کند -، این گمانه را نیرو می‌بخشد که شیخ طوسی به جهت الزام فقهای عامه است که برای ایقاع خواندن ضمان، تنها به دو روایت ابوسعید خُدّری و جابر بن عبدالله استدلال می‌آورد و از روایات دیگری سود نمی‌جوید که می‌توان از ظهور آنها ایقاع بودن ضمان را استنباط کرد.

هرچند شیخ طوسی، به روایات جابر بن عبدالله و ابوسعید خُدَری، بدون ذکر سند و به صورت مرسله استناد می‌کند، ولی این روایات در مجامع حدیثی اهل سنت دارای اسناد متعددی هستند که بنا بر مبانی خود اهل سنت، برخی از اسناد و طرق روایی آن‌ها صحیح تلقی می‌گردد (سجستانی ازدی، بی‌تا: ۲۵۲/۳، ح ۳۳۴۵؛ نسائی، ۱۴۰۶: ۶۵/۴، ح ۱۹۶۳-۱۹۶۰؛ دارقطنی، ۱۳۸۶: ۷۹-۷۸/۳، ح ۲۹۳-۲۹۱؛ بیهقی، ۱۴۱۴: ۷۴-۷۲/۶، ح ۱۱۱۷۷-۱۱۱۸۱ و ۱۱۱۸۳) و ظاهراً شیخ طوسی نیز این روایات را معتبر به شمار می‌آورد؛ چه اینکه از یک سو در کتاب مبسوط، برای عدم نیازمندی ضمان به رضایت مضمون‌عنه، به این روایات استناد می‌جوید (۱۳۸۷: ۳۲۲/۲) و از دیگر سو در کتاب تهذیب، مضمون همین دو مرسله را به طریق صحیح (مجلسی اول، ۱۴۰۶: ۵۱۷/۶؛ مجلسی دوم، ۱۴۰۴: ۴۳/۱۹؛ همو، ۱۴۰۶: ۴۸۷/۹) از امام صادق روایت می‌کند (طوسی، ۱۴۰۷: ۱۸۳/۶، ح ۳۷۸)؛ همان گونه که پیش از وی، کلینی و شیخ صدوق نیز به نقل این روایت می‌پردازند (کلینی، ۱۴۰۷: ۹۳/۵، ح ۲؛ صدوق، ۱۴۱۳: ۱۸۲/۳، ح ۳۶۸۳).

### ۳-۳. مکتب حلّه

بررسی ادبیات فقه مکتب حلّه نشان می‌دهد که غالب دانشیان فقه مکتب حلّه، همانند فقیهان مکتب بغداد، ضمان را عقد می‌شمارند (ابن ادریس حلّی، ۱۴۱۰: ۶۹/۲؛ بیهقی کیدری، ۱۴۱۶: ۳۱۵؛ محقق حلّی، ۱۴۰۸: ۸۹-۸۸/۲؛ همو، ۱۴۱۲: ۳۷/۲؛ ابن سعید حلّی، ۱۴۰۵: ۳۰۱؛ همو، ۱۳۹۴: ۸۹؛ علامه حلّی، ۱۴۱۰: ۴۰۱/۱؛ همو، ۱۴۱۱: ۱۱۹؛ همو، ۱۴۲۰: ۵۵۸-۵۵۷/۲؛ همو، ۱۴۱۴: ۲۷۹/۱۴؛ همو، ۱۴۱۳ الف: ۱۵۵/۲؛ همو، ۱۴۱۳ ب: ۴۵۷/۵؛ صیمری بحرانی، ۱۴۲۰: ۱۹۴/۲؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۱۱۹/۴-۱۲۰؛ همو، ۱۴۱۳: ۱۷۱/۴ و ۱۸۰-۱۸۱؛ سیوری حلّی، ۱۴۰۴: ۱۸۳-۱۸۴/۲؛ ابن فهد حلّی، ۱۴۰۷: ۵۲۱/۲؛ کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۳۰۸/۵ و ۳۱۹)؛ اگرچه گاه در این میان، نواخت سخن برخی از دانشیان فقه این مکتب، آهنگی دیگر دارد.

هرچند ظاهراً علامه حلّی در قواعد با تردید از عقد شمردن ضمان سخن می‌گوید: «المضمون له وهو مستحقّ الدین، ولا یشرط علمه عند الضامن، بل رضاه، وفی اشتراط قبوله احتمال» (۱۴۱۳ الف: ۱۵۷/۲)؛ مضمون‌له همان کسی است که مستحق دین است و عالم بودن او به ضمان، نزد ضامن شرط نیست، بلکه رضایت وی نیز شرط نیست و یک احتمال، شرط بودن قبول اوست.



از این رو، تاریخ ادبیات فقه شیعه نیز این عبارت را نخستین گرایش به ایقاع خواندن ضمان در مکتب حله می‌شناسد، لیک واقعیت این است که علامه حلی تقریباً در تمامی کتب فقهی خود و نیز در آغاز مقصد ضمان کتاب قواعد، به عقد دانستن ضمان تصریح می‌کند و باور خویش را دربارهٔ قالب انشای ضمان نمایان می‌سازد (علامه حلی، ۱۴۱۰: ۴۰۱/۱؛ همو، ۱۴۱۱: ۱۱۹؛ همو، ۱۴۱۳ الف: ۱۵۵/۲؛ همو، ۱۴۱۳ ب: ۴۵۷/۵؛ همو، ۱۴۱۴: ۲۷۹/۱۴؛ همو، ۱۴۲۰: ۵۵۸-۵۵۷/۲).

علامه حلی با اختصاص دادن مسئله‌ای از مسائل کتاب *مختلف الشیعه* به بیان دو دیدگاه مختلف شیخ طوسی دربارهٔ رضایت مضمون‌له، به نقادی ایقاع دانستن ضمان و دفاع از عقد شمردن آن برمی‌خیزد. وی پس از ذکر دلایل هر یک از دو دیدگاه مختلف شیخ طوسی در دو کتاب *خلاف و مبسوط*، دیدگاه شیخ را در کتاب *مبسوط*، اقرب به واقع می‌خواند و برای ناپذیرفتنی نمایاندن استدلال به دو روایت جابر بن عبدالله و ابوسعید خدری، به «قضیه فی واقعه» بودن این روایات حکم می‌دهد و از این ادعا سخن می‌راند که همچنان که دو روایت مذکور، دلالتی بر لزوم رضایت مضمون‌له ندارند، دلالت‌گر بر عدم لزوم رضایت نیز نیستند (همو، ۱۴۱۳ ب: ۴۵۷-۴۵۶/۵)؛ شیوه‌ای انتقادی که پس از وی، شماری از فقیهان پیرو دیدگاه مشهور، آن را دنبال می‌کنند (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۱۸۱/۴؛ سیوری حلی، ۱۴۰۴: ۱۸۵/۲؛ کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۳۱۹/۵؛ آل عصفور، بی‌تا: ۳۵۵/۱۲؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۲۶۴/۹؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۳۹۳/۱۶؛ نجفی، بی‌تا: ۱۲۴/۲۶).

علامه حلی در پایان، به بیان دلایل دیدگاه برگزیدهٔ خویش روی می‌نهد و برای اثبات عقد بودن ضمان، به دو روایت عبدالله بن سنان و عیسی بن عبدالله استدلال می‌آورد (۱۴۱۳ ب: ۴۵۸-۴۵۷/۵). از این هنگام، استاد به روایات مذکور برای عقد شمردن ضمان، در ادبیات فقه شیعه راه می‌یابد و فقیهان پس از علامه حلی، به آن‌ها تمسک می‌جویند (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۱۸۱/۴؛ سبزواری، ۱۴۲۳: ۵۹۳/۱؛ فیض کاشانی، بی‌تا: ۱۴۳/۳؛ آل عصفور، بی‌تا: ۳۵۴/۱۲؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۲۶۳-۲۶۲/۹؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۳۹۵/۱۶؛ نجفی، بی‌تا: ۱۲۴/۲۶).

فخرالمحققین، دیگر فقیه نامدار مکتب حله، در کتاب *ایضاح الفوائد* ذیل توضیح

عبارت: «وفی اشترط قبوله احتمال» (و یک احتمال، شرط بودن قبول مضمون‌له است)، علت تردید علامه حلی را وجود دلایلی می‌داند که برای هر یک از عقد و ایقاع شمردن ضمان قائم است. فخرالمحققین پس از اینکه معاوضی، تملیکی و انتقالی بودن ضمان را سه دلیل برای عقد شمردن ضمان بیان می‌دارد، ایقاع دانستن ضمان را بر عقد شمردن آن برتری می‌دهد (فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۸۴/۲). از این رو، تاریخ ادبیات فقه شیعه، او را نخستین فقیه نام‌آشنای مکتب حله می‌شناسد که به ایقاع خواندن ضمان می‌گراید.

اینکه ضمان، اعانه مضمون‌عنه است و اعانه از قواعد معاملات پیروی نمی‌کند تا در برابر ایجاب، به قبول نیازمند باشد، در کنار استناد به آیه ۷۲ سوره یوسف، و تمسک به روایت ضمان امام علی علیه السلام از میت، بدون اینکه قبول مضمون‌له گزارش گردد و اینکه در روایات جابر بن عبدالله و ابوسعید خدری، پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله از امری عام‌البلوی می‌پرسد و اگر رضایت مضمون‌له شرط انشاء و ایجاد ضمان می‌بود، حتماً رسول خدا صلی الله علیه و آله پرسش از رضایت مضمون‌له را فرو نمی‌گذاشت، چهار دلیلی است که فخرالمحققین برای گرایش به ایقاع دانستن ضمان، به آن‌ها استدلال می‌آورد (همان).

البته فخرالمحققین در پایان، به این نکته نیز توجه می‌دهد که برخی، روایات مذکور را قضیه فی واقعه می‌پندارند و عدم نقل و سؤال را دال بر شرط نبودن رضایت مضمون‌له نمی‌دانند (همان).

قطّان حلی، دیگر دانشی فقه مکتب حله، معتقد به تفکیک رضایت مضمون‌له از قبول وی می‌باشد؛ شیوه‌ای که پیش از او در ادبیات فقه شیعه مرسوم نیست:

«ویشترط رضاه؛ لا العلم به، ولا القبول، بل عدم الردّ» (۱۴۲۴: ۱/۴۳۶)؛ و رضایت مضمون‌له شرط است؛ نه علم او به ضمان و نه قبول وی، بلکه عدم ردّ وی نیز شرط نیست.

قطّان با تصریح به عدم نیازمندی ضمان به قبول، گرایش خویش را به ایقاع دانستن ضمان پنهان نمی‌دارد (همان). از این رو، در هیچ جای مقصد ضمان کتاب خود، واژه عقد را برای ضمان به کار نمی‌برد؛ چنان که به هنگام سخن از صیغه ضمان، تنها به بیان صیغه ایجاب بسنده می‌کند.

نکته قابل تأمل درباره جمله‌ای که قطّان حلی به کار می‌برد و بین قبول و رضایت

مضمون‌له تفکیک می‌کند، ایجاد گرایش در دیدگاه ایقاع دانستن ضمان است. از این رو، شهید ثانی در کنار دیدگاه لزوم قبول مضمون‌له، که خود به آن می‌گراید، از دو گرایش دیگر سخن می‌راند؛ گرایشی که ضمان را از رضایت و قبول مضمون‌له بی‌نیاز می‌شمارد و گرایشی که هرچند تحقق ضمان را به قبول مضمون‌له وابسته نمی‌داند، ولی گریزی از رضایت مضمون‌له برای تحقق ضمان نمی‌بیند (عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۱۱۹/۴-۱۲۰؛ همو، ۱۴۱۳: ۱۸۰/۴-۱۸۱).

اگرچه قَطان حلی برای گرایشی که برمی‌گزیند، دلیلی بیان نمی‌دارد، لیک شهید ثانی ناقل بودن ضمان و مختلف بودن آدمیان را در حسن معامله و سهولت ادای دین، دلیل این گرایش برای نیازمندی به رضایت مضمون‌له معرفی می‌کند؛ دلایلی که پیروان دیدگاه مشهور، برای عقد شمردن ضمان بیان می‌دارند. شهید ثانی افزون بر این سخن، اصل عدم اشتراط و وفای دین بودن ضمان را نیز دلیل گرایش به بی‌نیازی ضمان از قبول می‌نمایاند (همان‌ها).

همچنین شهید ثانی برای نخستین‌بار در تاریخ ادبیات مکتوب فقه شیعه، لزوم رضایت مضمون‌له را به مشهور نسبت می‌دهد (همو، ۱۴۱۳: ۱۸۰/۴) و پس از وی، برخی از دانشیان فقه شیعه نیز به نقل این شهرت می‌پردازند (سیزواری، ۱۴۲۳: ۵۹۳/۱؛ فیض کاشانی، بی‌تا: ۱۴۳/۳؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۱۰/۲۱؛ آل عصفور، بی‌تا: ۲۵۴/۱۲؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۳۹۵/۱۶).

هرچند شهید ثانی برای لزوم رضایت مضمون‌له، ادعای شهرت را دستاویز می‌سازد، ولی رضایت را مترادف قبول نمی‌داند؛ بلکه آن را اعم از قبول می‌شمارد و از این رو، دلیلی مستقل برای هر یک ارائه می‌دهد؛ ناقل بودن ضمان، متفاوت بودن مردمان در حسن معامله و سهولت قضای دین و صحیحۀ عبدالله بن سنان را دلایل مشهور بیان می‌دارد و خود برای لزوم قبول در کنار وجود رضایت مضمون‌له، چنین استدلال می‌آورد که ضمان عقد است و مانند هر عقد دیگر، نیازمند قبول است. افزون بر این، اگر تحقق ضمان، به قبول وابسته نگردد، استصحاب بقای اشتغال ذمه مضمون‌عنه جاری می‌شود، حق مضمون‌له از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن انتقال نمی‌یابد و ذمه ضامن از اشتغال سالم می‌ماند (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۱۸۰/۴-۱۸۱).

محقق کرکی بی‌توجه به مخالفت فقیهان نام‌آشنا و ناآشنا، عقد دانستن ضمان را امری اجماعی می‌شمارد (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۳۱۹/۵)؛ ادعایی که ظاهراً وی برای نخستین بار بیان می‌دارد. هرچند برخی از دانشیان فقه شیعه، به نقل اجماع ادعایی محقق کرکی روی می‌آورند (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۲۶۲/۹؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۳۵۱/۱۶ و ۳۹۵: نجفی، بی‌تا: ۱۲۳/۲۶)، لیک این ادعا، از مخالفت برخی دیگر از فقیهان شیعه همچون آل عصفور بحرانی به دور نمی‌ماند. وی که ضمان را عقد به شمار می‌آورد، تصریح می‌کند که وابستگی ضمان به رضایت مضمون‌له، امری اجماعی و اتفاقی نیست (آل عصفور، بی‌تا: ۳۵۴-۳۵۳/۱۲).

### ۴-۳. مکتب نجف

همراهی با مشهور و اعتقاد به عقد بودن ضمان، جریان عمومی در مکتب نجف است. برخی از دانشیان فقه این مکتب که به پیروی از دیدگاه مشهور، ضمان را عقد می‌شمارند، می‌کوشند تا پیشینه اجماعی را که محقق کرکی مدعی آن است، به قبل از وی دیرین سازند. صاحب *ریاض المسائل* بر این باور است که ابن زهره در کتاب *غنیة النزوع*، از اجماع بر لزوم رضایت مضمون‌له سخن می‌راند (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۲۶۲/۹). وی در حالی این ادعا را بیان می‌دارد که کتاب *غنیة النزوع* از چنین اجماعی عاری است؛ چنان که هیچ یک از فقیهان پیش از صاحب *ریاض* نیز چنین اجماعی را از کتاب *غنیة النزوع* ابن زهره گزارش نکرده‌اند.

صاحب *مفتاح الکرامه* و ظاهراً به تبع وی صاحب *جواهر*، نه تنها در نقل اجماع از کتاب *غنیة النزوع*، با صاحب *ریاض* هم‌سخن می‌گردند، بلکه خودشان از وجود چنین اجماعی در کتاب *تحریر الاحکام* علامه حلّی نیز گزارش می‌دهند (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۳۹۲/۱۶؛ نجفی، بی‌تا: ۱۲۳/۲۶).

به نظر می‌رسد انتساب اجماع مذکور به علامه حلّی، محصول قرائت این دانشیان فقه از ظاهر این جمله علامه در کتاب *تحریر الاحکام* باشد:

«الضمان عقد جائز بالنص والإجماع» (۱۴۲۰: ۵۵۷/۲)؛ ضمان، عقدی مشروع است به استناد نص و اجماع.

قرائتی که با واقعیت کلام علامه حلّی هماهنگ نیست؛ چه اینکه علامه، اجماع را نه برای عقد که برای جواز و مشروعیت ضمان بیان می‌دارد. آنچه درستی این سخن را گواهی می‌کند، تبیین و تفسیری است که خود علامه در پی این جمله برای نص و اجماع می‌نگارد. وی پس از تفسیر نص به آیه ۷۲ سوره یوسف و روایت نبوی: «الزعیم غارم» (ضامن، غرامت‌دهنده است)، به تفسیر اجماع روی می‌آورد و می‌نویسد:

«ولا خلاف بین العلماء کافة فی جوازه» (همان)؛ و هیچ اختلافی بین جملگی علمای فقه درباره مشروعیت ضمان وجود ندارد.

گواه دیگر بر این سخن، عبارت مشابهی است که علامه حلّی در کتاب *تذکرة الفقهاء* بیان می‌دارد:

«والضمان ثابت بالکتاب والسنة والایجماع» (۱۴۱۴: ۲۸۰/۱۴)؛ و ضمان، ثابت است به استناد کتاب و سنت و اجماع.

وی این جمله را عنوان مسئله ۴۳۷ قرار می‌دهد و آنگاه به تفسیر و تبیین این عنوان می‌پردازد. علامه پس از تفسیر کتاب به آیات ۷۲ سوره یوسف و ۴۰ سوره قلم، و تفسیر سنت به روایت نبوی: «الزعیم غارم» (ضامن، غرامت‌دهنده است) و روایات جابر بن عبدالله، ابوسعید خُدری و عیسی بن عبدالله، در تبیین اجماع می‌نویسد:

«وقد أجمع المسلمون کافة علی جوازه وإن اختلفوا فی فروعه» (همان: ۲۸۲/۱۴)؛ و البته جملگی مسلمانان، بر مشروعیت ضمان اجماع کرده‌اند؛ اگرچه درباره احکام آن به اختلاف نظر گراییده‌اند.

از این رو، چگونه می‌توان از وجود اجماع برای لزوم رضایت مضمون‌له و عقد شمردن ضمان، در کتاب *تحریر الاحکام* علامه حلّی گزارش داد؟! ناگفته نماند که پیش از صاحب *مفتاح الکرامه*، هیچ یک از دانشیان فقه شیعه به ویژه شارحان آثار فقهی علامه حلّی، اجماعی را که فاضل جواد مدعی آن است، از جمله منقول از علامه حلّی استنباط نمی‌کنند و به نقل آن از علامه نمی‌پردازند.

محقق اردبیلی این گمانه را در نگاه نخست فراهم می‌سازد که او نیز همانند برخی از دانشیان فقه پیش از خود، به ایقاع دانستن ضمان می‌گراید؛ آنجا که می‌نگارد:

«فلا یشرط القبول من المضمون له، بل یکفی ما یفید العلم برضاه» (۱۴۰۳: ۲۸۸/۹)؛

از این رو، قبول ضمان از سوی مضمون‌له شرط نیست، بلکه هر چیزی که علم به رضایت وی را افاده کند، [برای تحقق ضمان] کافی است.

چنان که صاحب *مفتاح الکرامه* و به تبع وی صاحب *جواهر* و صاحب *عروه* چنین می‌انگارند (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۳۹۶/۱۶؛ نجفی، بی‌تا: ۱۲۶/۲۶؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹: ۴۰۰/۵).

لیک درنگ در کلام محقق اردبیلی، واقعیت دیگری را پیش رو می‌نهد. آری، محقق اردبیلی تحقق ضمان را به قبول مضمون‌له مشروط نمی‌داند، ولی وی از کاربرد واژه قبول، صیغه قبول را قصد می‌کند و نه قبولی که در برابر ایجاب قرار دارد. به دیگر سخن، وی با استعمال جمله مذکور، از جواز معاطات در وقوع ضمان گزارش می‌دهد. آنچه درستی این سخن را آشکار می‌سازد، توجه به جملاتی است که محقق اردبیلی پیش و پس از بیان جمله مذکور می‌نگارد:

«وهی تدلّ علی عدم اشتراط صیغه بخصوصها، بل یکفی ما یدلّ علی أنّه یعطى وقبل ذلك ویؤیّده عموم أدلّة المسلمون عند شروطهم وصدق الضمان فلا یشرط القبول من المضمون له، بل یکفی ما یفید العلم برضاه... وكذا أصل البراءة مع عدم العلم إلا مع القبول والاتصال وسائر شرائط العقود اللازمة؛ لأنّه لا یحتاج إلى العلم، بل یکفی الظنّ المأخوذ من الدلیل الشرعیّ؛ والظاهر أنّ ما تقدّم، دلیل شرعیّ. وقد مرّ من المؤیّدات فی باب البیع أيضًا. فتأمّل وتدکّر» (۱۴۰۳: ۲۸۸/۹)؛ و روایات بر این معنا دلالت دارند که وجود صیغه مخصوصی برای ضمان شرط نیست، بلکه هر چیزی که بر این معنا دلالت کند که ضامن، دین را می‌پردازد و آن را قبول کرده است، برای تحقق ضمان کافی است و عموم ادله «المسلمون عند شروطهم» و صدق عنوان ضمان، این سخن را تأیید می‌کند. از این رو، قبول ضمان از سوی مضمون‌له شرط نیست و هر چیزی که علم به رضایت وی را افاده کند، برای تحقق ضمان کافی است... و در صورت فقدان علم به رضایت مضمون‌له، نتیجه، جریان اصل براءت و عدم تحقق ضمان است؛ مگر با ابراز قبول و اتصال بین ایجاب و قبول و وجود دیگر شرایطی که برای عقود لازم است؛ زیرا در این امور، نیازی به علم نیست و ظن حاصل از دلیل شرعی کافی است و ظاهر این است که موارد مذکور پیشین، دلیل شرعی هستند و البته پیش از این، در باب بیع نیز برخی از مؤیدات عدم نیازمندی انشای عقد به صیغه‌ای مخصوص بیان گردید. پس در این مطلب درنگ نما و آن را در ذهن خود مرور کن.

استدلالی که محقق اردبیلی برای اثبات لزوم رضایت مضمون‌له بیان می‌دارد، گواهِ بر این واقعیت است که وی ضمان را عقد می‌داند و ایقاع نمی‌شمارد؛ چه اینکه وی همانند دیگر فقیهان پیرو مشهور، چنین استدلال می‌آورد که ضمان، حق مضمون‌له را از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن انتقال می‌دهد و در نتیجه مضمون‌له، مالک حقی می‌شود که تا کنون مالک آن نبود و حقی از ملک او بیرون می‌رود که پیش از این، مالک آن بود و چنین چیزی بدون رضایت صاحب حق، امری بعید است. افزون بر اینکه آدمیان در انجام و وفای به معاملات متفاوت هستند.

اماره دیگری که گواهی می‌دهد محقق اردبیلی ضمان را عقد می‌داند، نقدی است که وی همانند مشهور، بر موثقه اسحاق بن عمار (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۳۴۶/۱۸، ب ۱۴، ح ۲) و روایات جابر بن عبدالله و ابوسعید خُدَری (همان: ۴۲۲/۱۸، ب ۳، ح ۲-۳) وارد می‌سازد. محقق اردبیلی پس از اذعان به این واقعیت که روایات مذکور بر عدم اشتراط رضایت مضمون‌له دلالت دارند، با سخن راندن از امکان وجود آگاهی نسبت به رضایت مضمون‌له، اوثق و احسن بودن ضامن از مضمون‌عنه در وفای دین، به گونه‌ای که هر کسی ضمانت وی را می‌پذیرد، علم پیامبر اکرم صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بر رضایت مضمون‌له، ولایت پیامبر اکرم صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ و ائمه اطهار عَلَيْهِمُ السَّلَام بر مؤمنان که انجام این امور را برای آنان تجویز می‌کند و انحصار عدم نیاز به رضایت مضمون‌له به موردی که مضمون‌عنه میت است، گمانه‌های خود را در توجیه سکوت و عدم پرسش از رضایت مضمون‌له در روایات مذکور بیان می‌نماید (۱۴۰۳: ۲۸۷/۹-۲۸۸).

به گواهی تاریخ ادبیات معاصر فقه شیعه، محقق یزدی از جمله دانشجویان فقه معاصر مکتب نجف است که بر خلاف اقران خویش در عقد شمردن قالب ضمان، با مشهور همراهی نمی‌کند؛ بلکه به موافقت با فقیهانی برمی‌خیزد که ضمان را ایقاع می‌خوانند و تنها انشای ایجاب را برای ایجاد ضمان کافی می‌شمارند. صاحب عروه تصریح می‌دارد که ضمان برای تحقق خویش، به قبول مضمون‌له نیازمند نیست و صرف رضایت مضمون‌له سابقاً یا لاحقاً برای صحت ضمان کافی است (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹: ۴۰۰/۵ و ۴۵۵).

سید یزدی با اشاره به تئوری چند از دانشجویان فقه پیش از خود که به ایقاع بودن ضمان می‌گیرند و یا تردید خود را درباره عقد پنداشتن ضمان پنهان نمی‌دارند، می‌کوشد تا به

پیشینه دیدگاه برگزیده خویش التفات دهد. وی برای اثبات دیدگاه و عقیده خود، به روایت ضمان امام علی علیه السلام از میت تمسک می‌جوید؛ روایتی که فاقد گزارشی از قبول مضمون<sup>۱</sup> له است (همان: ۴۰۰/۵).

دیدگاهی که محقق یزدی درباره قالب انشاء و ایجاد ضمان برمی‌گزیند، برخی از شارحان و فقیهان پس از وی، آن را دنبال می‌کنند و همانند او به ایقاع بودن ضمان می‌گروند و هر یک به گونه‌ای در نقد دیدگاه و دلایل مشهور و ابرام دیدگاه صاحب عروه می‌کوشند و بدین رویه، امروزه اعتقاد به ایقاع بودن ضمان، بخشی از ادبیات معاصر فقه شیعه را در مکتب نجف سامان می‌دهد (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶: ۲۵۰/۱۳؛ موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۱۶-۲۱۳/۲۰؛ بصری بحرانی، ۱۴۱۳: ۵۳/۶).

### ۵-۳. مکتب قم

ادبیات مکتوب فقیهان مکتب قم، جریان غالب بین دانشیان فقه این مکتب را همراهی با دیدگاه مشهور و اعتقاد به عقد بودن ضمان نشان می‌دهد (موسوی خمینی، بی‌تا: ۲۵/۲؛ موسوی گلپایگانی، ۱۳۹۰: ۱۲۷؛ همو، ۱۴۱۳: ۹۹/۲؛ اراکی، ۱۴۱۴: ۶۵/۲؛ منتظری نجف‌آبادی، ۱۴۱۳: ۴۳۹؛ فاضل موحدی لنکرانی، ۱۴۲۵: ۳۵۸؛ اشتهااردی، ۱۴۱۷: ۳۷۱/۲۸؛ صافی گلپایگانی، ۱۴۱۶: ۱۳۱/۲). معاوضی بودن و انتقالی بودن ضمان، عمده‌ترین دلایلی است که فقیهان مکتب قم، به تناوب برای پیروی خود از دیدگاه مشهور و عقد شمردن ضمان بیان می‌دارند (اشتهااردی، ۱۴۱۷: ۳۷۱/۲۸؛ فاضل موحدی لنکرانی، ۱۴۲۵: ۳۵۸).

با این توصیف، برخی از دانشیان فقه مکتب قم، از ایقاعی بودن ضمان سخن می‌رانند. از جمله نام‌آشناترین این فقیهان، می‌توان سیدشهاب‌الدین مرعشی نجفی را یاد کرد. ایشان در کتاب *منهاج المؤمنین* به نقل از محقق یزدی در *العروة الوثقی* چنین می‌نگارد: «ولکن لا یبعد دعوی عدم اشتراط القبول علی حد سائر العقود اللازمة» (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹: ۴۰۰/۵)؛ ولیکن ادعای شرط نبودن قبول [برای ضمان] بر خلاف دیگر عقود لازم، سخن بعیدی نیست.

آنگاه با استعانت از این عبارت سید یزدی، همانند او با دیدگاه مشهور - که ضمان را عقد می‌شمارند - به مخالفت برمی‌خیزد و با سخن از عدم مشروط بودن انشای ضمان



به قبول مضمون<sup>۱</sup>، و کفایت ایجاب ضامن برای انشاء و ایجاد ضمان، اعتقاد خود را مبنی بر امکان ایقاعی بودن ضمان ابراز می‌دارد (مرعشی نجفی، ۱۴۰۶: ۱۱۰/۲).

#### ۴. مسلک اخباریگری

بررسی نوشته‌های فقهی فقیهان اخباری مسلک، چنین گزارش می‌دهد که گروهی از اخباریان، همگرا با فقیهان اصولی، از اشتراط رضایت و لزوم قبول مضمون<sup>۱</sup> و عقد شمردن ضمان سخن می‌گویند. این دسته از فقیهان اخباری مسلک، به ناقل بودن ضمان، اختلاف آدیان در حسن انجام معامله و سهولت قضای دین و صحیح<sup>۲</sup> عبدالله بن سنان استدلال می‌آورند (فیض کاشانی، بی‌تا: ۱۴۳/۳؛ آل عصفور، بی‌تا: ۳۵۳/۱۲-۳۵۴) و ضعف سندی، قضیه فی واقعه پنداشتن و ادعای قصور دلالتی را نقد روایاتی می‌سازند که به ظهور خویش بر ایقاع بودن ضمان دلالت دارند (آل عصفور، بی‌تا: ۳۵۴/۱۲-۳۵۵؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۱۰/۲۱).

در برابر این گروه از فقیهان اخباری، برخی از دانشیان فقه اخباری مسلک، به گونه‌ای دیگر می‌اندیشند. بحرانی پس از اشاره به دیدگاه و دلایل مشهور و نقدی که مشهور بر دیدگاه ایقاع دانستن ضمان روا می‌سازد، به نقل روایات روی می‌آورد. وی در آغاز، صحیح<sup>۳</sup> عبدالله بن سنان و روایت فقه رضوی را برای دیدگاه مشهور بیان می‌دارد و درباره آن‌ها چنین اظهارنظر می‌کند که این روایات دارای معارض هستند. بحرانی آنگاه به نقل موثقه‌های اسحاق بن عمار و حسن بن جهم و صحیح<sup>۴</sup>‌های حبیب خنعمی و معاویه بن وهب، برای دیدگاهی می‌پردازد که ضمان را ایقاع می‌شمارد. وی از اذعان به این واقعیت روی بر نمی‌تابد که روایات مذکور صراحتاً بر عدم وابستگی ضمان به رضایت و قبول مضمون<sup>۱</sup> دلالت می‌کنند. البته بحرانی به تأثیر از مسلک اخباریگری، به جهت معلوم نبودن وجهی که بتوان با آن به جمع بین این دو دسته از روایات نائل آمد، مسئله را محل توقف و اشکال می‌شمارد.

وی پیش از اظهارنظر نهایی، به نقد سخن شهید ثانی در کتاب *مسالك* روی می‌نهد و لزوم قبول مضمون<sup>۱</sup> را برای تحقق ضمان، که شهید ثانی در تقویم آن اهتمام می‌ورزد، ادعایی صرف و بدون دلیل می‌خواند و با وجود روایات مذکور، استناد شهید ثانی را به

استصحاب، اقدامی بدون وجه می‌شمارد و تصریح می‌دارد که در هیچ روایتی به جز صحیحۀ عبدالله بن سنان، چیزی دیده نمی‌شود که بر اشتراط رضایت مضمون‌له دلالت کند و از صحیحۀ عبدالله بن سنان نیز تنها رضایت مضمون‌له به طور مطلق، با هر لفظی و یا بدون هیچ لفظی، به دست می‌آید که این خود، با ایقاع خواندن ضمان در تنافی نیست. از این رو، شهید ثانی از کدام بخش از عبارت روایت مذکور درمی‌یابد که ضمان، عقدی مشتمل بر ایجاب و قبول با ویژگی‌هایی است که وی به بیان آن‌ها می‌پردازد؟! بحرانی در پایان اعلام می‌دارد از روایات بیان‌شده دریافت می‌گردد که ضمان، ایقاعی است که برای تحقق، به بیش از انشای ایجابِ ضامن نیازمند نیست (بحرانی، ۱۴۰۵: ۱۴۰/۲۱-۱۴).

بررسی نوشته‌های فقهی از زمان تفوق مجتهدان اصولی بر مسلک اخباری تا به امروز نشان می‌دهد که بحث قالب‌شناسی ضمان، فریگی خود را از فریگی موجود در برخی از نوشته‌های فقهی فقیهان پیشین به میراث می‌برد. در این دوره نوعاً دانشیان فقه شیعه، با نیم‌نگاهی به مطالبی که صاحب *حلائق* بیان می‌دارد، به بحث از قالب‌شناسی ضمان می‌پردازند؛ به دیدگاه مشهور می‌گرانند؛ به صراحت از اجماع و عدم خلاف برای عقد دانستن ضمان سخن می‌رانند و برای اثبات دیدگاه مشهور و همراهی با آن، تنها به بیان دلایل عقلی بسنده نمی‌کنند و به صحیحۀ عبدالله بن سنان و روایات فقه رضوی و عیسی بن عبدالله نیز استناد می‌جویند. هرچند برخی، از اذعان به ضعف سندی دو روایت اخیر گریزی نمی‌بینند، لیک می‌کوشند با توسل به اموری همانند ادعای عمل اصحاب، به انجبار این ضعف سندی نائل گردند.

این دسته از فقیهان، روایاتی را که به ظهورشان، ضمان را ایقاع می‌خوانند، با همان وجوهی به نقد می‌نشینند که فقیهان پیشین پیرو مشهور دستاویز می‌ساختند. البته هرچند برخی از این دانشیان فقه، به ناروا بودن بسیاری از وجوه انتقادی مذکور اعتراف می‌کنند، ولی با ایراد بر سند و دلالت روایاتی که در امکان ایقاع بودن ضمان ظهور دارند، بر این خواسته، اهتمام تام و کامل می‌ورزند که آن‌ها را از صلاحیت استدلال بیرون شمارند (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۲۶۲-۲۶۶؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۳۵۱/۱۶ و ۳۹۲-۳۹۵؛ نجفی، بی‌تا: ۱۲۶-۱۲۳/۲۶).

## نتیجه گیری

واکاوی و مطالعهٔ قالب‌شناختی ضمان در گذر تاریخ ادبیات فقه شیعه، به وضوح، این واقعیت را نمایان می‌دارد که اعتقاد به ایقاع بودن ضمان، گزینه‌ای است که به دیرینگی گرایشی که ضمان را عقد می‌داند، در ادبیات فقه شیعه ریشه دارد و دارای پیشینه است؛ همانند آن، به وجوه عقلی معتضد است و از مستند قوی روایی برخوردار است و خلاف آنچه مشهور می‌پندارد، نمی‌توان در حجیت سندی روایاتی تردید روا داشت که در ایقاع بودن ضمان ظهور دارند. این روایات، مورد اعراض نیستند؛ چه اینکه اصحاب فقهای امامیه - اعم از مشهور و غیر مشهور - به این روایات در غیر جهت قالب‌شناسی عمل کرده‌اند و از این رو، دیگر نمی‌توان در خصوص صدور این روایات، از ادعای قضیه فی واقعه کمک جست و یا از تقیه سخن گفت.

همچنین واکاوی تاریخی قالب‌شناسی ضمان در گسترهٔ ادبیات فقه شیعه، این واقعیت را آشکار می‌سازد که ادعای اجماع و شهرت برای عقد بودن ضمان، از اصالت تاریخی برخوردار نیست و از واقعیت‌مانندی بهره‌ای ندارد. دیگر مبانی و مستندات دیدگاه مشهور نیز فراتر از امکان انشای ضمان در قالب عقد، دلالتی از خود نشان نمی‌دهد که بتوان به توانایی و کفایت آن، تفسیری برای حصر انشای ضمان در قالب عقد بیان کرد.

فقیهانی که ضمان را صرفاً عقد می‌شمارند، اگرچه نوعاً در نقد مستندات اهتمام می‌ورزند که بر ایقاع بودن ضمان ظهور و دلالت دارد، ولی هیچ‌گاه دلیلی مستقل برای لزوم حصر انشای ضمان در قالب عقد و نیز ردّ ایقاع بودن قالب ضمان و عدم امکان انشای ضمان در قالب ایقاع بیان نمی‌دارند و چنین به نظر می‌رسد که اینان به تأثیر و تأسی از این اعتقاد متداول و رایج، جانب مشهور را می‌گیرند و عقد بودن قالب ضمان را برمی‌گزینند که انشای اعمال فقهی حقوقی که محصول اراده هستند، صرفاً در یکی از دو قالب عقد و ایقاع، ممکن و محصور است.

بی‌شک پذیرش این فرض که انشای اعمال فقهی حقوقی که محصول اراده هستند، تنها و تنها در یکی از دو قالب ایقاع و عقد میسر و محصور است، امکان پذیرش هر

دو قالب عقد و ایقاع را برای انشای ضمان سلب می‌کند و در معارض و منافی دیدن روایات ضمان با یکدیگر نیز مؤثر است؛ تعارض و تنافی روایاتی که از عقد بودن ضمان سخن می‌گویند، با روایاتی که در ایقاع بودن ضمان ظاهر و نمایان هستند و تردیدی نیست که پذیرش چنین نگرشی، نمی‌تواند امکان این تفسیر را برای همگرایی بین روایات مذکور فراهم آورد که هر دسته از آن‌ها، ناظر و بیان‌کننده یکی از دو قالب انشای ضمان است.

از این رو، با توجه به اینکه حصر انشای اعمال فقهی حقوقی که محصول اراده هستند، به یکی از دو قالب ایقاع و عقد، امری اجتهادی و استقرایی است و عقلی و تبعدی نیست، و نیز با التفات به این واقعیت که امروزه، گاه انشای برخی از اعمال فقهی حقوقی ارادی که در گستره ادبیات فقه اعتبار می‌یابد، از چنان ظرفیتی برخوردار است که می‌توان آن را در هر دو قالب عقد و ایقاع معین واقع ساخت، در کنار عنایت به این واقعیت که اعمال فقهی حقوقی ارادی، اعتباراتی عرفی هستند و تحت حاکمیت اراده و اصل آزادی اراده قرار دارند، و همچنین با اذعان به فقدان نص شرعی خاصی که به استناد آن بتوان از حصر انشای اعمال فقهی حقوقی ارادی، تنها و تنها به یکی از دو قالب عقد و ایقاع دفاع کرد و در نتیجه آن، به تعیین قالب شرعی ضمان دست یافت و از حصر انشای ضمان به یکی از دو قالب ایقاع و عقد، به طور قاطع سخن گفت، به همراه درنگ در مبانی و مستندات هر یک از دو دیدگاه عقد و ایقاع بودن ضمان، این واقعیت به دست می‌آید که انشای ضمان، دارای دو قالب عقد و ایقاع است و می‌توان ضمان را در هر یک از دو قالب ایقاع و عقد انشاء کرد و تعیین قالب انشای ضمان، به نحوه اراده و اقدام کسانی وابسته است که بر تحقق ارادی ضمان اقدام می‌کنند و به انشای آن مبادرت می‌ورزند؛ زیرا آنان هستند که حسب اراده خویش، گاه ضمان را در قالب عقد و دیگرگاه در قالب ایقاع انشاء می‌کنند.

## کتاب شناسی

۱. آل عصفور دزازی بحرانی، حسین بن محمد، *الانوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع* (للفیض)، قم، مجمع البحوث العلمیه، بی تا.
۲. ابن ادریس حلّی، محمد بن منصور بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۳. ابن زهره حلبی، سید حمزة بن علی حسینی، *غنیة النزوع الی علمی الاصول و الفروع*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۷ ق.
۴. ابن سعید حلّی، یحیی بن احمد، *الجامع للشرائع*، قم، مؤسسه سیدالشهداء العلمیه، ۱۴۰۵ ق.
۵. همو، *نزهة الناظر فی الجمع بین الاشباه و النظائر*، قم، منشورات الرضی، ۱۳۹۴ ق.
۶. ابن فهد حلّی، جمال الدین احمد بن محمد اسدی، *المهذب البارع فی شرح المختصر النافع*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۷. اراکی، محمدعلی، *المسائل الواضحه*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۴ ق.
۸. اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان الی احکام الایمان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
۹. اشتهاودی، علی پناه، *مدارک العروه*، تهران، دار الاسوه، ۱۴۱۷ ق.
۱۰. بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، *الحقائق الناضرة فی احکام المعترة الطاهره*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۱۱. بصری بحرانی، محمد امین زین الدین، *کلمة التقوی*، چاپ سوم، قم، ۱۴۱۳ ق.
۱۲. بیهقی، ابوبکر احمد بن حسین، *السنن الکبری*، مکه مکرمه، دار الباز، ۱۴۱۴ ق.
۱۳. بیهقی کیدری، قطب الدین محمد بن حسین، *اصباح الشیعة بمصباح الشریعه*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۶ ق.
۱۴. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعه*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۰۹ ق.
۱۵. حسینی عاملی، سید جواد بن محمد، *مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۱۶. دارقطنی، علی بن عمر، *سنن الدارقطنی*، بیروت، دار المعرفه، ۱۳۸۶ ق.
۱۷. سبزواری، محمد باقر بن محمد مؤمن، *کفایة الفقه المشتهر بکفایة الاحکام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۳ ق.
۱۸. سجستانی ازدی، ابوداود سلیمان بن اشعث، *سنن ابی داود*، بیروت، دار الكتاب العربی، بی تا.
۱۹. سلار دیلمی، ابویعلی حمزة بن عبدالعزیز، *المراسم العلویة و الاحکام النبویة*، تصحیح محمود بستانی، قم، منشورات الحرمین، ۱۴۰۴ ق.
۲۰. سیوری حلّی (فاضل مقداد)، جمال الدین مقداد بن عبدالله، *التنقیح الرائع لمختصر الشرائع*، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ ق.
۲۱. صافی گلپایگانی، لطف الله، *هدایة العباد*، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۱۶ ق.
۲۲. صدوق، محمد بن علی بن حسین بن موسی بن بابویه قمی، *من لایحضره الفقیه*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.

۲۳. صیمری بحرانی، مفلح بن حسن، *غایة المرام فی شرح شرائع الاسلام*، بیروت، دار الهادی، ۱۴۲۰ ق.
۲۴. طباطبایی حائری، سیدعلی بن محمدعلی، *ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۸ ق.
۲۵. طباطبایی حکیم، سیدمحسن، *مستمسک العروة الوثقی*، قم، دارالتفسیر، ۱۴۱۶ ق.
۲۶. طباطبایی زیدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، *العروة الوثقی (محصی)*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۲۷. طبرسی، امین الاسلام ابوعلی فضل بن حسن، *المؤتلف من المختلف بین ائمة السلف*، مشهد، مجمع البحوث الاسلامیه، ۱۴۱۰ ق.
۲۸. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *الخلاف*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق. (الف)
۲۹. همو، *المبسوط فی فقه الامامیه*، چاپ سوم، تهران، المكتبة المرتضویه، ۱۳۸۷ ق.
۳۰. همو، *تهذیب الاحکام*، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق. (ب)
۳۱. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی، *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، قم، کتاب فروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.
۳۲. همو، *مسالك الافهام الى تنقیح شرائع الاسلام*، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۳۳. علامه حلّی، جمال‌الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *ارشاد الازهان الى احکام الايمان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۳۴. همو، *تصریة المتعلمین فی احکام الدین*، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۱۱ ق.
۳۵. همو، *تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۰ ق.
۳۶. همو، *تذکره الفقهاء*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ ق.
۳۷. همو، *قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق. (الف)
۳۸. همو، *مختلف الشیعة فی احکام الشریعة*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق. (ب)
۳۹. فاضل موحدی لنکرانی، محمد، *تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة - المضاربه، ... الضمان...*، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، ۱۴۲۵ ق.
۴۰. فخرالمحققین حلّی، ابوطالب محمد بن حسن بن یوسف، *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۷ ق.
۴۱. فیض کاشانی، محمدمحسن بن شاه مرتضی، *مفاتیح الشرائع*، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، بی تا.
۴۲. قطن حلّی، شمس‌الدین محمد بن شجاع، *معالم الدین فی فقه آل یاسین*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۴ ق.
۴۳. کرکی عاملی، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ ق.
۴۴. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، *الکافی*، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۴۵. مجلسی اول، محمدتقی، *روضه المتقین فی شرح من لایحضره الفقیه*، چاپ دوم، قم، کوشانپور، ۱۴۰۶ ق.
۴۶. مجلسی دوم، محمدباقر بن محمدتقی، *مرآة العقول فی شرح اخبار آل الرسول*، تحقیق سیدهاشم رسولی محلاتی، چاپ دوم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۴ ق.
۴۷. همو، *ملاذ الاخیار فی فهم تهذیب الاخبار*، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۶ ق.
۴۸. محقق حلّی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن حسن، *النهاية و نکتها*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۲ ق.

۴۹. همو، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۵۰. مرعشی نجفی، سیدشهاب‌الدین، منهاج المؤمنین، قم، کتابخانه آیه‌الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۶ ق.
۵۱. مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری بغدادی، المقتنه، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، ۱۴۱۳ ق.
۵۲. منتظری نجف‌آبادی، حسینعلی، الاحکام الشرعیه، قم، تفکر، ۱۴۱۳ ق.
۵۳. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، تحریر الوسیله، قم، دار العلم، بی‌تا.
۵۴. موسوی سبزواری، سیدعبدالاعلی، مهذب الاحکام فی بیان الحلال والحرام، چاپ چهارم، قم، المنار، ۱۴۱۳ ق.
۵۵. موسوی گلپایگانی، سیدمحمدرضا، مختصر الاحکام، قم، دار القرآن الکریم، ۱۳۹۰ ق.
۵۶. همو، هداية العباد، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۱۳ ق.
۵۷. نجفی، محمدحسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی‌تا.
۵۸. نسائی، ابو عبدالرحمن احمد بن شعیب بن علی خراسانی، سنن النسائی، چاپ دوم، حلب، المطبوعات الاسلامیه، ۱۴۰۶ ق.
۵۹. نوری طبرسی، حسین بن محمدتقی، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، بیروت، مؤسسة آل البيت علیهم السلام، ۱۴۰۸ ق.





## قلمرو جبران خسارت

### در پرتو رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳ دیوان عالی کشور\*

□ مرتضی حاجی پور<sup>۱</sup>

#### چکیده

در معامله با مال غیر، زمانی که مالک به مال خود رجوع می‌کند، با کشف فساد معامله، بایع مکلف به استرداد ثمن به مشتری است. در این میان، مسئولیت بایع از جهت ضمان درک و جبران غرامات وارده به مشتری جاهل، این مسئله را مطرح می‌نماید که برای جبران کاهش ارزش ثمن، چه ضابطه و معیاری برای محاسبه وجود دارد؟ رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳ دیوان عالی کشور گامی مهم در پاسخ به این معضل حقوقی است. ولی باز در خصوص قلمرو جبران خسارت موضوع رأی دیوان، اختلاف نظر وجود دارد. برخی آراء، معیار جبران را در تکلیف بایع به استرداد ثمن بر مبنای نرخ اعلامی بانک مرکزی می‌دانند؛ در حالی که برخی دیگر، بایع را متعهد به جبران ارزش روز مبیع می‌دانند. این تحقیق به روش تحلیلی، رأی مذکور را مورد ارزیابی قرار می‌دهد. به اجمال می‌توان گفت که جبران تورم پول بر اساس معیار اعلامی بانک مرکزی، قادر به جبران خسارات

می‌باشد و تحمیل تعهدی فراتر از آن، در تضاد با مبنای ضمان درک است.  
**واژگان کلیدی:** غرامت، ثمن، کاهش ارزش پول، جبران خسارت، رأی  
 وحدت رویه.

### مقدمه

مطابق قاعده، تصرف شخص فاقد سمت در امورات فرد دیگر ممنوع است؛ مگر اینکه مجوز اقدام، به حکم قرارداد یا قانون، داده شده باشد. بنابراین هر گونه تصرف در مال دیگری بدون اخذ مجوز به لحاظ تکلیفی ممنوع است و به لحاظ حکمی، قرارداد منعقدشده را در وضعیت تزلزل قرار می‌دهد. در صورتی که مالک عمل انجام‌شده را تنفیذ نماید، عمل از آغاز معتبر قلمداد می‌شود و در صورتی که عمل انجام‌شده با واکنش رد مواجه شود، معامله انجام‌شده با وضعیت بطلان مواجه می‌شود؛ گویی که هیچ عملی در عالم واقع انجام نشده است. عنوان ضمان دَرک مبیع موضوع م. ۳۹۰ به بعد قانون مدنی به این بحث اختصاص دارد. مطابق این عنوان، عدم تعلق مورد معامله به غیر، بر عهده بایع می‌باشد. در صورتی که خلاف امر مذکور روشن شود، ضمان معاوضی (استرداد ثمن) بر عهده وی خواهد بود. آنچه اهمیت بحث را دو چندان می‌کند این است که در غالب موارد، ثمن معامله پول است که ارزش آن در طول زمان تنزل می‌یابد و این تنزل، منشأ بسیاری از نابسامانی‌های اقتصادی و بروز دعاوی متعدد در رابطه با تعهدات مالی در محاکم است و کاهش یا افزایش ارزش آن، بر تعادل عوضین و تعهدات طرفین تأثیرگذار خواهد بود و گاهی تأثیر نوسانات ارزش پول آن قدر فاحش است که کاملاً موازنه را بر هم زده و عدالت معاوضی در معاملات را به نفع یکی و به ضرر دیگری نامتوازن می‌نماید.

مسئولیت بایع به استرداد ثمن، یکی از مباحث مهم مربوط به بحث است. زمانی که شخصی مال غیر را می‌فروشد و بعداً با رجوع مالک به مال خود، حکم بر فساد معامله می‌گردد، آیا با صرف استرداد عین ثمن (وجه نقد) بایع فضولی از مسئولیت رهایی خواهد یافت یا خیر؟ رأی شماره ۱۳۹۳-۰۷/۱۵-۷۳۳ دیوان عالی کشور که در باب تفسیر واژه «غرامات» مذکور در ماده ۳۹۱ قانون مدنی آمده است، گامی است که در این

خصوص برداشته شده است. ولی رأی مذکور علی‌رغم وضوح ظاهری، باعث اختلاف تفاسیر جدیدی بین حقوق‌دانان در ارائه نظر، و بین قضات در صدور رأی شده است. در این تحقیق بر آنیم که رأی مذکور را با رویکردی نو تحلیل و تفسیر نماییم. در این راستا، تحقیق در چند بند تنظیم شده است: بند ۱ به ضمان درک و گستره آن اختصاص یافته است. بند ۲ به مفهوم کاهش ارزش ثمن می‌پردازد. در بند ۳ شیوه‌های جبران کاهش ارزش ثمن ارزیابی می‌شود. در بند ۴ ضابطه مختار مورد بررسی قرار می‌گیرد و در نهایت یافته‌های پژوهش ارائه می‌شود.

## ۱. ضمان درک و مبنای آن

«ضمان» از ریشه «ضَمَنَ» برای بیان احاطه و شمول است. در لغت به معنای پذیرفتن، پناه دادن و ملتزم شدن به چیزی یا امری می‌باشد (عمید، ۱۳۷۱: ۸۳۷). درک به معنای قهر شیء و لحوق (ضمیمه شدن و تابع گردیدن) است (کاتوزیان، ۱۳۷۶ الف: ۲۲۱/۱؛ قاسم‌زاده و همکاران، ۱۳۹۳: ۱۵۰). همچنین درک به معنای جبران کردن و در معنایی دیگر به مفهوم فساد است (شکاریان، ۱۳۹۵: ۱۴۶). این واژه در آیه ۴۴ سوره نساء نیز آمده است.<sup>۱</sup> مقصود از ضمان درک این است که چنانچه مبیع مستحق للغير درآید، پس از اینکه مالک معامله را رد نمود، خریدار می‌تواند نسبت به استرداد ثمن اقدام نماید و در صورت جهل، کلیه غرامات وارده را از بایع مطالبه کند. بنابراین منظور از «ضمان» در ترکیب ضمان درک، ضمان معاوضی یا همان تکلیف به بازگرداندن ثمن است و مفهوم «درک» تعلق مال به شخص ثالث است (کاتوزیان، ۱۳۷۶ الف: ۲۲۲/۱).

مواد ۲۶۳ و ۳۹۱ ق.م. از واژه «غرامات» و ماده ۳۶۵ از واژه «خسارت» استفاده نموده است. غرامت در لغت به معنای «خسران، زیان، خسارت، مشقت و دادن مال از روی کراهت» است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۷: ۴۸۸-۴۹۰). در تفاوت غرامت و خسارت گفته می‌شود:

«غرامت فقط موارد ناشی از فریب را شامل می‌شود؛ در حالی که خسارت کلی‌تر

۱. «إِنَّ الْمُنَافِقِينَ فِي النَّارِ الْأَسْفَلِ مِنَ النَّارِ وَلَنْ يَجِدَ لَهُمْ نَصِيرًا»؛ همانا منافقان در طبقه زیرتر آتش هستند و هرگز برای ایشان یابوری نمی‌یابی.

است و اعم از موارد فریب یا غیر فریب می‌گردد. به علاوه، خسارت می‌تواند در قرارداد مشخص باشد؛ در حالی که غرامت، قهری و غیر قابل پیش‌بینی است» (رستمی چلکاسری و همکاران، ۱۳۹۳: ۵۰).

به نظر می‌رسد قانون‌گذار در مواد مذکور دو لفظ «غرامات» و «خسارت» را به یک معنا به کار برده است.

یکی از مباحث مهم در ضمان درک به منشأ آن برمی‌گردد. در بند ۲ ماده ۳۶۲ قانون مدنی، «ضمان درک» از آثار بیع صحیح تلقی شده است؛ در حالی که مطابق ماده ۳۹۰ به بعد ق.م.، ضمان درک مبتنی بر مسئولیت مدنی است؛ زیرا ناشی از بیع باطل فرض شده است، در حالی که یکی از شرایط مسئولیت قراردادی، صحت قرارداد منشأ مسئولیت است.

دکترین نیز در خصوص موضوع وحدت نظر ندارند؛ برخی بر این نظرند که مسئولیت بایع نسبت به استرداد اصل مال بر مبنای ضمان علی‌الید<sup>۱</sup> ناشی از حکم قانون است؛ در حالی که مسئولیت شخص به جبران خسارات، ناشی از بطلان قرارداد مبتنی بر توافق ضمنی طرفین است و از این رو مستقل از قرارداد اصلی است که حکم به بطلان آن داده شده است. شکل این توافق بدین صورت است که اگر معلوم شود معامله باطل است و مبیع نمی‌تواند به دست طرف مقابل برسد، بایع باید خسارات وارده را جبران نماید (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۹۳-۹۴). برخی دیگر بر این باورند که مقصود از ضمان درک این است که شخص به ادعاهای ثالث نسبت به مبیع پاسخ دهد. این تعهد با انعقاد قرارداد خاتمه نمی‌یابد و در هر حال لازم است که بایع بر مبنای آن تعهد اولیه، به این ادعاها پاسخ دهد. این تعهد، ریشه قراردادی دارد و ماده ۳۶۲ ق.م. نیز ناظر بر این تعهد است. ولی اگر بایع نتواند به ادعاهای ثالث پاسخ دهد و فساد معامله معلوم گردد، باید خسارات ناشی از بطلان معامله را تقبل نماید. مبنای این تعهد، قانون است (باریکلو، ۱۳۸۹: ۴۰).

تعیین مبنای قراردادی یا غیر قراردادی مسئولیت دارای اثر است. مسئولیت قراردادی

۱. «علی الید ما أخذت حتی تؤدیة».

عبارت است از التزام متعهد به جبران خسارتی که در نتیجه تأخیر یا عدم اجرای قرارداد به طرف مقابل او وارد می‌شود (قاسم‌زاده، ۱۳۸۸: ۲۳۰). بنابراین نخستین شرط مسئولیت قراردادی، وجود پیمانی نافذ میان زیان‌دیده و خواننده دعواست و بطلان یا فسخ آن، بنیان مسئولیت را از بین می‌برد؛ چرا که خواننده بایستی از اجرای تعهد امتناع کرده باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ب: ۱۵۰). برخی اساتید اظهار می‌دارند که حکم ماده ۳۶۲ قانون مدنی، مبنی بر اینکه ضمان درک جزء آثار بیع صحیح می‌باشد، منطبق بر موازین حقوقی است؛ با این توضیح که عقود صحیح به دو دسته تقسیم می‌شوند: الف) عقد صحیح فعلی، ب) عقد صحیح تأهلی. دسته دوم عقود هستند که اهلیت و قابلیت تبدیل به عقد صحیح و کامل را دارند، فلذا باطل نمی‌باشند. در معامله فضولی به عنوان یکی از مصادیق معاملات غیر نافذ، معامل فضولی خواه برای خود معامله کند یا برای مالک، قصد انشاء دارد؛ لیکن به علت فقدان رضای مالک، معامله‌ای کامل محسوب نمی‌شود و با الحاق رضای مالک، آن قرارداد کامل شده و آثار خود را از روز انعقاد به بار می‌آورد (صفایی، ۱۳۸۲: ۱۷۹/۲). با این اوصاف، قانون‌گذار در ماده ۳۶۲، از بیع صحیح معنای عام آن را در نظر دارد و بند دوم آن ماده ناظر به بیع صحیح به قید تأهلی است، نه بیع صحیح فعلی.

در مقابل، مسئولیت غیر قراردادی عبارت است از تکلیف شخص به جبران زیانی که در اثر عمل نامشروع خارج از قرارداد به دیگری وارد شده است. بر این اساس، تفاوت اساسی مسئولیت قراردادی و خارج از قرارداد آن است که مسئولیت قراردادی به قرارداد، و مسئولیت قهری به قانون پیوند می‌خورد (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۳: ۶۲ و ۸۷). در واقع، ضمان درک فروشنده مبتنی بر عقد باطل بوده و الزام او به رد ثمن به خریدار، با توجه به ضمان مقبوض به عقد فاسد، به ویژه با عنایت به بخش نخست قاعده فقهی «کُلُّ عَقْدٍ یَضْمَنُ بِصَحِیحِهِ یَضْمَنُ بِفَاسِدِهِ وَ کُلُّ عَقْدٍ لَایَضْمَنُ بِصَحِیحِهِ لَایَضْمَنُ بِفَاسِدِهِ» توجیه می‌شود (ابوعطا، ۱۳۸۵: ۱۹). بنابراین تکلیف بایع به استرداد ثمن، نتیجه بیع صحیح نمی‌باشد؛ چرا که اگر مبیع، ملک دیگری باشد، عقد درست نیست و اگر عقد درست باشد، مبیع نمی‌تواند ملک دیگری فرض شود و حق این بود که قانون مدنی بر خلاف حکم مقرر در ماده ۳۶۲، ضمان درک را نتیجه فساد معامله و ناشی از

حکم قانون بدانند، نه آثار بیع درست (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۲۲۳؛ شهیدی، ۱۳۸۲: ۴۷؛ امامی، ۱۳۷۷: ۴۵۶/۱). نتیجه همین رویکرد است که اگر پس از تأدیه ثمن از طرف شفیع به مشتری و اخذ به شفعه، مبیع مستحق للغير درآید، کشف می‌شود که بیع باطل و مشتری مالک مبیع نبوده است. بنابراین شفیع در تملک مبیع که متفرع بر مالکیت مشتری است نیز ذی حق نمی‌باشد. ماده ۸۱۳ ق.م. مقرر می‌دارد: «در بیع فاسد حق شفعه نیست».

در بیان مبنای مسئولیت بایع در استرداد ثمن علاوه بر علی‌الید، می‌توان به نظریه داراشدن بلاجهت اشاره کرد؛ مشتری مجاناً مال خود را به فروشنده تملیک نکرده، بلکه به عنوان عوض مبیع داده است و چون مال فروشنده نبوده و مالک هم اجازه نکرده و بالتیجه بایع مالک ثمن نشده است، پس باید عین ثمن را در صورت بقای آن، و یا مثل یا قیمت را در صورت تلف به مشتری برگرداند (حائری شهاباغ، ۱۳۸۷: ۳۸۱/۱؛ طالب احمدی، ۱۳۸۹: ۱۹۰). به بیان دیگر، مبنای مسئولیت بایع به استرداد ثمن، تصرف بدون مجوز شرعی نسبت به ثمن است؛ هرچند متصرف با اذن و رضایت مالک، مال را تصرف کرده، ولی چون هنگام تصرف، اراده وی بر پرداخت عوض مستقر شده، لذا رضایت مالک کافی نیست و متصرف ضامن می‌باشد و در مبنای مسئولیت بایع به جبران خسارات مشتری جاهل می‌توان به قاعده غرور (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۱۶۰/۳؛ محقق داماد، ۱۳۹۳: ۱۷۲)، تسبیب، لاضرر و... استناد کرد.

## ۲. گستره مسئولیت بایع

ماده ۳۹۱ ق.م. مقرر می‌دارد:

«در صورت مستحق للغير برآمدن کل یا بعض از مبیع، بایع باید ثمن مبیع را مسترد دارد و در صورت جهل مشتری به وجود فساد، بایع باید از عهده غرامات وارده بر مشتری نیز برآید».

مطابق این ماده، مسئولیت اصلی بایع فضولی، استرداد ثمن معامله و خسارات ناشی از آن است. در خصوص تکلیف بایع به استرداد ثمن، سه رویکرد مطرح شده است: برخی بر این نظرند که هر گاه مشتری، به استحقاق غیر نسبت به مبیع آگاه باشد، حق مراجعه به فروشنده جهت استرداد ثمن را نخواهد داشت (موسوی خویی، بی‌تا: ۳۵۱/۴؛

خوانساری نجفی، ۱۴۱۸: ۲۹۴). برخی دیگر بر این باورند که در صورت وجود عین ثمن، مشتری حق رجوع دارد؛ ولی در صورت تلف عین ثمن و علم مشتری به مستحق للغير بودن مبیع، مشتری حق رجوع نخواهد داشت (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۵۶/۵) و بالاخره نظر عده‌ای دیگر آن است که اگر به علت فضولی بودن معامله، مشتری نتواند مبیع را تملک کند، به خاطر عدم وجود چیزی که موجب خروج ثمن از ملکیت مشتری شده است، می‌تواند به بايع مراجعه کند؛ اعم از اینکه عالم به فضولی بودن باشد یا جاهل؛ و خواه ثمن موجود باشد و خواه تلف شده باشد (طباطبایی حکیم، ۱۳۷۱: ۲۶۵؛ نجفی، ۱۳۶۸: ۳۰۱/۲۲؛ انصاری، ۱۴۲۲: ۴۸۳؛ موسوی خمینی، ۱۳۸۴: ۴۸۸/۳؛ محقق حلی، ۱۴۰۸: ۸/۲).

نظر سوم با ماهیت تکلیف بايع سازگار است. تکلیف استرداد اصل ثمن، ارتباطی به مسئولیت مدنی بايع ندارد. بنابراین این مسئولیت در هر حال اعم از علم و جهل بايع و مشتری موجود است. ماده ۳۲۶ ق.م. مقرر می‌دارد:

«اگر عوضی که مشتری عالم بر غصب در صورت تلف مبیع به مالک داده است، زیاده بر مقدار ثمن باشد، به مقدار زیاده نمی‌تواند رجوع به بايع کند، ولی نسبت به مقدار ثمن حق رجوع دارد».

به علاوه، بايع مکلف است خسارات وارده به مشتری را جبران نماید؛ در حالی که مسئولیت بايع به استرداد ثمن، تابع علم و جهل مشتری نیست. مسئولیت بايع بر جبران خسارت، ناشی از معامله مطلق نیست؛ وی در صورتی مسئولیت خواهد داشت که مشتری، عالم به وضعیت حقیقی مورد معامله نباشد. مبنای عدم مسئولیت بايع این است که اولاً، چنین خساراتی مستند به بايع نیست. ثانیاً، مشتری در چنین وضعیتی به ضرر خود اقدام کرده و احترام مال و امور خود را از بین برده و معامله را با احتمال اعلام بطلان معامله پذیرفته است (باقری، ۱۳۸۴: ۱۵۲؛ قاسم‌زاده، ۱۳۸۷: ۲۰۶؛ بادینی، ۱۳۸۴: ۱۷۰). ولی علم و جهل فضول در مسئولیت وی بی‌تأثیر است و حتی خریدار با حسن نیت مال مغضوب یا مسروقه در زمان معامله بعدی آن، فضول تلقی می‌شود و مسئول جبران خسارات طرف معامله با خود می‌باشد (علوی قزوینی، ۱۳۷۵: ۱۲۰).

در خصوص خسارت، این سؤال مطرح است که چه خساراتی قابل مطالبه است؟ بدیهی است خسارتی قابل مطالبه است که مطالبه آن مشروع باشد. بنابراین اگر خریدار

پولی را با نزول معمولی یا زائد بر معمول قرض کرده و اقدام به معامله نموده است، مطالبه وجوهی که به عنوان نزول و فرع پول پرداخته و یا متعهد شده است بپردازد، چون مشروع نیست، ممکن نیست (حائری شهاباغ، ۱۳۸۷: ۳۸۲/۱).

در خصوص جبران خساراتی که به واقع به بار آمده است، اختلافی نیست. بنابراین هزینه‌هایی چون اجاره رستوران جهت مذاکره قرارداد، هزینه‌های تنظیم سند، مخارج معاینه مبیع، اجرت نقل مکان به محل مبیع و خروج از آن و... (نژادزمانی خلیجان، ۱۳۸۹: ۳۶) قابل مطالبه است. همچنین در صورتی که مشتری در مبیع، تعمیراتی انجام داده باشد، هزینه‌های انجام شده قابل مطالبه است. نظریه مشورتی ۷-۹۴۵۲-۱۶/۱۲/۸۳ اداره حقوقی قوه قضاییه مقرر داشته است:

«با توجه به مواد ۳۹۰ و ۳۹۱ ق.م. در صورت مستحق للغیر درآمدن کل یا بعض از مبیع، بایع باید علاوه بر رد ثمن، چنانچه مشتری جاهل به فساد معامله باشد، غرامت وارده به او را نیز بپردازد. غرامت وارده به مشتری علی‌الاصول خسارات و مخارجی است که مشتری در معامله مربوط متحمل می‌شود؛ نظیر مخارج دلالی و باربری و تعمیرات و امثال آن و...» (ایرانی ارباطی، ۱۳۹۰: ۱۸/۱).

همچنین هزینه دادرسی، حق الوکاله و هزینه کارشناسی در صورت محکوم‌له واقع شدن مشتری، قابل مطالبه است (ماده ۵۱۹ ق.آ.د.م.).

با توجه به اینکه ید مشتری بر مبیع مستحق للغیر ضمانتی است، مسئولیت وی در قبال مالک نه تنها ناظر به استرداد اصل مبیع می‌شود، بلکه مالک می‌تواند منافع مبیع را از مشتری مطالبه کند (قمی، ۱۴۱۳: ۳۵). خسارات ناشی از استرداد اصل مبیع به مالک، از طریق رجوع مشتری به بایع فضولی برای بازپس گرفتن ثمن جبران می‌شود؛ مگر اینکه مورد معامله تلف شده باشد و مشتری مبلغ بیشتری جهت تأمین مثل یا قیمت آن در مقایسه با ثمن پرداخت کرده باشد. در این صورت می‌تواند نسبت به مبلغ زیاده از باب تسبیب و غرور به بایع مراجعه کند.

در خصوص عوض منافی که مشتری به مالک می‌پردازد، لازم است بین منافع مستوفات و غیر مستوفات تفکیک قائل شد. در خصوص منافع مستوفات یا بهره‌برداری شده می‌توان گفت که منافع مستوفات، خسارت محسوب نمی‌شود؛ چرا که



در قبال اجرت پرداختی، از منفعت مبیع استفاده شده است.<sup>۱</sup> ولی آنچه مشتری به عنوان عوض منافع غیر مستوفات یا بهره برداری نشده به مالک پرداخته است، غرامت بوده و در فرض جهل مشتری، قابل مطالبه از بایع است (باقری و جوادی، ۱۳۸۸: ۱۲؛ نژادزمانی خلیجان، ۱۳۸۹: ۱۲).

در خصوص مسئولیت بایع به استرداد ثمن که غالباً پول است، این سؤال مطرح است که آیا در صورت کاهش ارزش ثمن، بایع مسئولیتی به جبران آن دارد؟ اگر پاسخ مثبت است، این جبران باید بر چه اساسی انجام شود؛ بر مبنای نرخ اعلامی بانک مرکزی یا بر مبنای ارزش مبیع فروخته شده؟ شمولیت عنوان غرامات موضوع ماده ۳۹۱ ق.م. به کاهش ارزش ثمن، محل اختلاف مراجع قضایی بود تا اینکه رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳ صادر شد:

«به موجب ماده ۳۶۵ قانون مدنی، بیع فاسد اثری در تملک ندارد؛ یعنی مبیع و ثمن کماکان در مالکیت بایع و مشتری باقی می ماند و حسب مواد ۳۹۰ و ۳۹۱ قانون مرقوم، اگر بعد از قبض ثمن، مبیع کلاً یا جزئاً مستحق للغير درآید، بایع ضامن است و باید ثمن را مسترد دارد و در صورت جهل مشتری به وجود فساد، از عهده غرامات وارد شده بر مشتری نیز برآید و چون ثمن در اختیار بایع بوده است، در صورت کاهش ارزش ثمن و اثبات آن، با توجه به اطلاق عنوان غرامات در ماده ۳۹۱ قانون مدنی، بایع قانوناً ملزم به جبران آن است...».

دیوان عالی در مقام رفع ابهام از واژه غرامت بیان می دارد که در صورت کاهش ارزش ثمن و اثبات آن، بایع ملتزم به جبران آن است و این جبران منوط به جهل مشتری به مستحقق للغير بودن مبیع است. لیکن دادگاهها باز در تفسیر از رأی وحدت رویه اختلاف نظر دارند؛ به نحوی که هدف رأی وحدت رویه که همان ایجاد یکنواختی در دادگاهها می باشد، حاصل نشده است. به منظور جستجوی پاسخ، لازم است ابتدا به مفهوم کاهش ارزش پول توجه شود.

۱. برخی اساتید بر این نظرند که مشتری می تواند از این بابت نیز مطالبه خسارت کند؛ زیرا فروشنده مشتری را فریب داده و مشتری تصور می کرده است که در برابر ثمن، مجاناً از منافع مال برخوردار می شود؛ پس باید بتواند نسبت به آنچه در عوض منافع استیفاشده به مالک پرداخته، به بایع غاصب رجوع کند (صفایی و رحیمی، ۱۳۸۹: ۴۳).

### ۳. پول و کاهش ارزش آن

اقتصاددانان و حقوق‌دانان بیان می‌دارند که پول در مفهوم امروزی، یک ارزش اعتباری مبادلاتی است که اسکناس، نماینده واحد آن است و ارزش مبادلاتی ممکن است با گذشت زمان کاهش یافته و یا به طور استثنایی افزایش یابد، اگرچه مقدار شماره آن ثابت باشد (رئیس‌دانا، ۱۳۷۲: ۱۷). بنابراین ماهیت پول (اسکناس) را می‌توان «قدرت بر خرید در رفع نیازها و احتیاجات و وسیله عمومی سنجش کالا و خدمات و ابزار تسهیل معاملات» تعریف نمود (طاهری، ۱۳۸۰: ۸۷). دارنده اسکناس، مالک قدرت خرید معینی است و می‌تواند با آن قدرت، نسبت به رفع احتیاجات خود اقدام نماید. بنابراین اسکناس نماینده و حاکی از قدرت خاص و معینی بوده که در خود اسکناس اعتبار شده است، نه اینکه خود اسکناس قدرت خرید باشد. بنابراین قدرت خرید عبارت است از کلی طبیعی که متکثرالوجود است در خارج به تکرار افراد؛ یعنی قدرت خرید قرض داده می‌شود و به موجب قرارداد قرض، میزان معینی قدرت خرید به مقتضی منتقل می‌شود و خود اسکناس دخالتی در این طبیعت نداشته و فقط به چنین موجود اعتباری، تحقق و وجود عینی و خارجی می‌بخشد (اصغرزاده بناب، ۱۳۹۳: ۲۰۱).

کاهش ارزش پول و به تبع آن کاهش قدرت خرید، نتیجه تورم است. تورم یکی از مهم‌ترین آثار اقتصادی پول است و عبارت است از افزایش عمومی و نامتناسب قیمت‌ها که اغلب حالتی مداوم و برگشت‌ناپذیر دارد (امینی و سماواتی، ۱۳۸۶: ۱۳۰). یکی از مهم‌ترین آثار تورم را می‌توان کاهش تمایل به سرمایه‌گذاری در صنایع مولد و افزایش جذابیت دارایی‌هایی نظیر املاک دانست؛ زیرا قیمت این دارایی‌ها همراه با تورم افزایش می‌یابد. در نتیجه در کوتاه‌مدت نه تنها ارزش پول آن‌ها کاهش نیافته، بلکه افزایش می‌یابد (کرمی و ایزدی، ۱۳۸۳: ۷۲).

بدون تردید تورم بر تعهدات مالی افراد نیز زمانی که قرار است تعهد به وسیله پرداخت پول ایفا شود، مؤثر خواهد بود. گاهی پول، بدل دینی است که مدیون در قبال داین دارد؛ یعنی تعهد اصلی و ذاتی، پرداخت پول نیست، بلکه پول به جای چیز دیگری مثل خسارت پرداخت می‌شود. در این صورت، تورم بر ایفای تعهد مطمئناً مؤثر خواهد

بود و باید کاهش ارزش پول در جبران خسارت لحاظ شود والا طلبکار متضرر خواهد شد. اما گاهی تعهد اصلی، همان پرداخت پول به عنوان دین ذاتی است. در این مورد اختلاف نظر وجود دارد در اینکه آیا می‌توان مازاد بر آنچه را که مورد تعهد بوده است، از متعهد دریافت نمود یا خیر؟ زیرا اگر پول را مثلی بدانیم (فاضل موحدی لنکرانی، بی‌تا: ۲۵۶/۱)، غیر از مثل آن نمی‌توان چیز دیگری داد، وگرنه ربا خواهد بود و اگر آن را قیمی بدانیم، مسئله در اینجا است که آیا ارزش یوم‌الاداء ملاک است یا زمان ایجاد تعهد (اصغرزاده بناب، ۱۳۹۳: ۲۰۸). از دیدگاه قانونی، پول از اموال عددی و شمارشی است. اما با وجود این، در نتیجه کاهش شدید قیمت پول در سال‌های اخیر، قانون‌گذار در مواردی از این دیدگاه عدول کرده و توجه خود را از تعداد واحد پولی، به میزان قدرت خرید آن معطوف کرده است (باریکلو، ۱۳۹۰: ۸۶).

صرف نظر از اختلافات موجود در قیمی یا مثلی بودن پول، به نظر می‌رسد ماهیت پول چیزی جز ملاکی برای ارزش‌گذاری کالا و خدمات نیست و با تعاریفی که از مال مثلی و قیمی شده است، مغایر می‌باشد. بنابراین زمانی که در اثر تورم، قدرت خرید پول کاهش پیدا می‌کند، مدیون باید آن را جبران نماید و در صورتی مدیون به تعهد خود مبنی بر ادای دین به صورت تام و کامل عمل خواهد نمود که پول را با قدرت خرید فعلی به طلبکار تأدیه نماید و اگر ضامن فقط ضامن ارزش اسمی باشد، از نظر عرف موجب ضرر و زیان برای مضمون‌له خواهد شد (یوسفی، ۱۳۸۹: ۶۴).

نکته مهمی که باید به آن توجه کرد این است که بین کاهش ارزش پول و خسارت تأخیر تأدیه تفاوت وجود دارد. خسارت تأخیر تأدیه ضرری است که به بستانکار به جهت تأخیر مدیون در ادای دین وارد شده است. در این مورد، موضوع تعهد وجه نقد می‌باشد و بستانکار علاوه بر درخواست اجرای اجباری تعهد توسط مدیون می‌تواند از وی خسارت تأخیر تأدیه نیز مطالبه نموده و تحت شرایطی، دادگاه مدیون را به پرداخت آن در حق داین محکوم خواهد نمود و به لحاظ اینکه در اینجا ورود خسارت، مفروض قانون‌گذار است، نیازی به اثبات آن نمی‌باشد (صفایی، ۱۳۸۲: ۲۲۵/۲) و دادگاه در صورت مطالبه و وجود شرایط، مدیون را به پرداخت مبلغی با نرخ معین و مشخص به عنوان تأخیر تأدیه محکوم خواهد نمود. در حالی که کاهش ارزش پول افت مالیت و از

دست رفتن قدرت خرید آن بوده و جبران کاهش این ارزش در واقع ایفای تعهد اصلی است، نه پرداخت خسارت (شهیدی، ۱۳۸۲: ۸۴؛ غریبه، ۱۳۸۷: ۶۳). بنابراین صرف نظر از لزوم محاسبه کاهش ارزش اسکناس و پرداخت این کاهش که جزئی از اصل دین خواهد بود، خسارتی که از تأخیر مدیون در ایفای حق دیگری حاصل می‌شود نیز باید جبران شود (شهیدی، ۱۳۸۲: ۲۷۴). به بیان دیگر، بایع موظف است ثمنی را که دریافت کرده است، با لحاظ جبران ارزش آن مسترد دارد و مشتری ملزم به اثبات شرایط موضوع ماده ۵۲۲ ق.آ.د.م. نیست؛ چرا که بایع با جبران کاهش ارزش ثمن، به تعهد خود مبنی بر استرداد اصل ثمن عمل می‌کند.

#### ۴. نحوه جبران کاهش ارزش پول

در اینکه بایع مکلف به جبران غرامات وارده به مشتری جاهل است، تقریباً در بین فقها و حقوق دانان اختلاف نظر اساسی وجود ندارد و اختلاف در مصادیق غرامات بروز می‌کند. در اینکه آیا کاهش ارزش ثمن نیز داخل در غرامات می‌باشد یا نه، نظریات مختلفی ابراز شده است:<sup>۱</sup>

الف) مشتری صرفاً استحقاق دریافت اصل ثمن و هزینه‌هایی را که در انجام معامله متحمل شده است، دارد و نمی‌تواند کاهش ارزش ثمن را مطالبه نماید. ب) استحقاق مشتری در مطالبه ثمن بر اساس میزان تورم موجود طبق نرخ اعلامی بانک مرکزی، جبران‌کننده خسارات وی می‌باشد. ج) مشتری جاهل (با حسن نیت) حق مراجعه به بایع برای مطالبه قیمت روز مبیع به دلیل افزایش بهای آن را دارد. همچنان که ذکر شد، رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳-۱۵/۰۷/۱۳۹۳ به جهت اطلاق عنوان غرامات مذکور در ماده ۳۹۱ قانون مدنی صراحتاً اعلام می‌کند که کاهش ارزش ثمن نیز جزء غرامات بوده و بایع مکلف به پرداخت آن در حق مشتری می‌باشد. هرچند رأی وحدت رویه مذکور، بخشی از اختلاف نظرها را برطرف نمود، لیکن در مورد معیار محاسبه کاهش ارزش ثمن، همچنان اختلاف باقی مانده است. در این باره، دو ضابطه ارائه شده که در

۱. برای ملاحظه نظریات فقهی در این باره ر.ک: هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۸: ۱۷-۱۵.

ادامه به بیان هر کدام از آن‌ها پرداخته می‌شود:

#### ۴-۱. ضابطه نوعی

با رجوع مالک به مبیع، ذمه بایع به استرداد ثمن به مشتری مشغول می‌شود و فروشنده، مدیون به دینی از نوع وجه رایج می‌باشد. فلذا در صورت تغییر فاحش شاخص قیمت سالانه بر اساس نرخ تورم بانک مرکزی، خسارت تأخیر تأدیه ثمن از تاریخ قبض ثمن توسط بایع تا زمان پرداخت به مشتری محاسبه شده، مورد حکم قرار خواهد گرفت. بر طبق این دیدگاه، قلمرو ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی، هم شامل دیون با منشأ قراردادی و هم شامل دیون غیر قراردادی می‌شود. بنابراین در بحث حاضر، کاهش ارزش ثمن بر مبنای نرخ تورم اعلامی بانک مرکزی محاسبه خواهد شد؛ چرا که اولاً، معیار مذکور مستند به قانون بوده و به جز آن هر معیار دیگری ارائه شود، دلیل قانونی نخواهد داشت. ثانیاً، قلمرو ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی، عام‌الشمول بوده و هر دینی را با هر منشأی شامل می‌شود. ثالثاً، بایع مکلف به جبران زیان‌های متعارف و عادی قابل پیش‌بینی است و زیان‌های استثنایی و نامتعارف که به طور عادی وقوع آن‌ها پیش‌بینی نمی‌شود، قابل جبران نمی‌باشد (غمامی، ۱۳۸۸: ۲۶). رابعاً، شاخص تورم اعلامی بانک مرکزی، دارای معیاری مشخص و معین برای محاسبه ارزش ثمن از نوع وجه نقد بوده و تابع متغیرهای دیگر بر حسب امکان و ازمنه و تورم‌های یک‌باره و افسارگسیخته نبوده و با عدل و انصاف نیز سازگارتر است.

یکی از فقهای معاصر در پاسخ به این سؤال که: شخصی سال‌ها پیش، ملکی را فروخته و اکنون مستحق للغیر درآمده است، آیا فروشنده ضامن قیمت روز ملک به‌عنوان ضمان درک و خسارات وارده بر اساس نظر کارشناسی است؟ چنین بیان می‌دارد:

«در مفروض سؤال، فروشنده بنا بر احتیاط واجب پول خریدار را با لحاظ کاهش ارزش پول پردازد و حتی‌المقدور مصالحه کند» (منتظری نجف‌آبادی، بی‌تا: ۲۲۸/۳).

اداره حقوقی قوه قضاییه در نظریه شماره ۱۳۹۴/۰۲/۱۹-۴۰۶/۹۴/۷ بیان می‌دارد:

«با توجه به اینکه رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳ مورخه ۱۳۹۳/۰۷/۱۵ دیوان عالی

کشور، ناظر به ثمن معامله است که حسب سوابق مربوطه ثمن وجه نقد بوده، بنابراین محاسبه کاهش ارزش پول رایج می‌باید با توجه به ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی در امور مدنی بر مبنای شاخص بانک مرکزی محاسبه گردد».

همچنین نظریه مشورتی شماره ۷/۱۱۷۲۴-۳۰/۱۱/۱۳۷۹ بیان داشته است: «منظور از غرامات وارده، خسارت و مخارجی است که مشتری در معامله مربوط متحمل شده است، نظیر مخارج دلالی و باربری و تعمیرات و امثال آن، و افزایش قیمت سوقیه قابل مطالبه نیست. بنابراین ارزش افزوده ملک قابل مطالبه نیست» (معاونت آموزش قوه قضاییه، ۱۳۹۲: ۱۶۶).

در همین راستا، دادنامه مورخ ۱۶/۱۱/۹۶ شعبه ۲ دادگاه عمومی حقوقی شهرستان ارومیه بیان می‌دارد:

«... با عنایت به اینکه خواننده، دفاع موجهی به عمل نیاورده و اینکه در صورت مستحق‌الغیر بودن مبیع، یابع مکلف به استرداد ثمن معامله و نیز پرداخت غرامات مربوطه در صورت جهل مشتری نسبت به مستحق‌الغیر بودن مبیع می‌باشد، لذا خواسته وکیل خواهان را موجه و قانونی دانسته، مستنداً به مواد... و رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳ مورخ ۱۵/۰۷/۱۳۹۳ دیوان عالی کشور، حکم بر بطلان معامله موضوع قرارداد موصوف نسبت به قطعات ۳۶ و ۴۷ به جهت مستحق‌الغیر بودن آن قطعات و محکومیت خواننده به استرداد چهل میلیون ریال از بابت یک‌سوم ثمن معاملی مربوط به قطعه ۳۶ و نیز هشتاد و هفت میلیون ریال از بابت کل ثمن معاملی قطعه ۴۷ به نرخ روز [کاهش ارزش ثمن] مطابق شاخص نرخ تورم اعلامی بانک مرکزی از تاریخ ۱۳۸۲/۰۹/۱۷ لغایت وصول کامل محکوم‌به و... در حق خواهان صادر و اعلام می‌نماید و در مورد مطالبه افزایش قیمت مبیع از بابت غرامت وارده توجهاً به اینکه رأی وحدت رویه اعلامی، ناظر به کاهش ارزش ثمن بر اساس نرخ تورم رسمی اعلامی بانک مرکزی بوده و خریدار [خواهان] مستحق دریافت ارزش مبیع مستحق‌الغیر [افزایش قیمت ملک] در چارچوب غرامات نمی‌باشد، لذا مستنداً به ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی حکم بر بی‌حقی خواهان در این خصوص صادر می‌شود...».

این رأی در تطابق با رأی شماره ۲۳۱-۱۹/۰۶/۱۳۲۲ شعبه ۷ دیوان عالی کشور است که بیان داشته است:

(به موجب ماده ۳۹۱ قانون مدنی در صورتی که مبیع مستحق للغیر درآید، مشتری حق دارد ثمن را استرداد کند و خسارت مطالبه نماید، نه اینکه بهای مورد معامله را بخواهد) (حسینی، ۱۳۹۳: ۱۳۶).

همچنین در قسمتی از اظهار نظر نشست قضایی دادگستری ایوان به تاریخ ۱۳۸۵ بیان شده است:

«... مطالبه غرامات و خسارات وارده، ناظر به کلیه هزینه‌هایی است که به طور مستقیم در اثر انجام معامله صرف و انجام شده باشد و مراد از ثمن، بهای ملک در عقد است [نه قیمت روز ملک]» (معاونت آموزش قوه قضاییه، ۱۳۹۲: ۱۶۷).

در بخشی از دادنامه شماره ۱۲۲۶ در پرونده کلاسه ۸۴/۱۰/۱۴۸۴ که از سوی شعبه دهم دادگاه تجدیدنظر تهران تأیید شده نیز آمده است:

«... با تصریح ماده ۳۹۱ ق.م. به استرداد ثمن و جبران غرامات، مطالبه ثمن بر مبنای قیمت روز آپارتمان موضوع معامله توجیه قانونی ندارد» (زندى، ۱۳۹۰: ۱۲۴/۹-۱۲۵).

#### ۲-۴. ضابطه شخصی

در این شیوه که به قدرت خرید خاص نیز از آن یاد می‌شود، ارزش مبیع باید بر طبق نظر کارشناسی به نرخ روز سنجیده شود. قائلان به این نظریه معتقدند که بایع با فروش مال غیر به خریدار جاهل سبب شده است که مشتری از حق کسب مشروع خود و منافع حاصل از آن محروم گردد؛ زیرا خریدار به تصور اینکه با سرمایه آن زمان، خود معامله سودآوری برای آینده انجام خواهد داد، سرمایه خود را بابت آن معامله هزینه کرده و مجال هر گونه معامله دیگری از وی سلب شده است. از آنجا که مسبب و عامل سلب این حق کسب مشروع، بایع بوده است، لذا بایع باید علاوه بر استرداد اصل ثمن، ضرر و زیان ناشی از تفویت حق کسب را که عرفاً معادل قیمت روز مبیع در تاریخ ادعای شخص ثالث و تصاحب مبیع توسط وی می‌باشد، به نامبرده پردازد (پورعبدالله، ۱۳۹۲: ۲۳۳؛ یعقوبی احمدآبادی و امین، ۱۳۹۷: ۱۳۲).

به بیان دیگر، ضمان درک برای این است که مبیع از ادعای ثالث محفوظ بماند و بایع ملزم به پاسخ‌گویی به ادعای ثالث نسبت به مبیع باشد و از خریدار در مقابل مدعی

ثالث حمایت نماید. اگر ضمان درک را زیرمجموعه ضمان قهری بدانیم، علی‌الاصول قاعده عام ضمان ید برای اثبات تعهد بائع به بازگرداندن ثمن کافی بود و نیازی به تأسیس نهادی مستقل مانند ضمان درک وجود نداشت (باریکلو، ۱۳۹۴: ۱۵۳). ضامن درک با این توصیف، ابتدائاً ضامن منافع قراردادی است و استداماً ضامن جبران خسارات می‌باشد. با این توضیح که بائع در زمان انعقاد بیع در مقابل خریدار تعهد می‌نماید که وی از منافع مسلم ناشی از بیع در آینده منتفع خواهد شد و اگر مبیع مورد ادعای ثالث قرار گیرد، وی را حمایت خواهد نمود و بعد از انعقاد عقد و قبض ثمن نیز در صورت رجوع مالک (ثالث) به مبیع، به لحاظ محروم شدن وی از منافع مسلم ناشی از عقد، خسارات وی را جبران خواهد نمود؛ یعنی علاوه بر ضمانت عین ثمن، ضامن مبیعی که مستحق للغیر درآمده نیز می‌باشد.

یکی از فقها در این باره چنین فتوا داده است:

«قطع نظر از اینکه غرامت در متن عقدی شرط شده و شرط لزوم وفا دارد، فروشنده عالم به عدم مالکیت، ضامن خسارات ناشی از افزایش قیمت زمین است؛ چون سبب ضرر و زیان بوده و همانند غاز و مکره و مدلس و غیر آنها، از موارد اقوایت سبب از مباشر، ضامن می‌باشد. قیمت زمین را در حال حاضر به مضمون‌له بدهکار است و مقدار ثمنی که مسترد می‌شود، از آن کسر می‌گردد. خلاصه کلام، هر ضررزننده در هر سبب اقوی از مباشر، به حکم قاعده عقلاییه و شرعیه که از امضای آن قاعده عقلاییه و دلالت روایات و ضوابط در موارد مختلف ثابت است، ضامن می‌باشد» (صانعی، ۱۳۸۴: ۱۷۲/۲).

در همین راستا گفته شده است:

«... با عنایت به مواد ۲۶۱، ۲۶۲، ۲۶۳، ۳۲۵ و ۳۹۱ قانون مدنی و به ویژه با در نظر گرفتن اطلاق عبارت "برای ثمن و کلیه غرامات به بائع فضولی رجوع کند" که در ماده ۲۶۳ ق.م. آمده است و با توجه به ماده ۵۲۲ ق.آ.د.م. و دیدگاه جمعی از فقها می‌توان نتیجه گرفت مشتری حق دارد علاوه بر دریافت غراماتی نظیر هزینه‌های دلالی، باربری، تعمیرات و امثال آن، دیگر غرامات و هزینه‌هایی را که مالک اصلی از وی گرفته است، از بائع بگیرد و مابه‌التفاوت شاخص قیمت ملک نیز در این زمره به حساب می‌آید و بائع فضولی ملزم به پرداخت آن به مشتری است» (مؤسسه آموزشی و پژوهشی فضا، ۱۳۸۹: ۲۱۱/۱).



یکی از مستندات مهم این رویکرد، اصل جبران کامل خسارت است که دو بعد منفی و مثبت دارد. جنبه منفی اصل جبران کامل خسارت ایجاب می‌کند که وضعیت زیان‌دیده به حالت قبل از فعل زیانبار (انعقاد عقد) برگردد؛ یعنی عین ثمن دریافتی به مشتری مسترد گردد. اما این امر، جبران‌کننده تمامی خسارات وارده به زیان‌دیده نخواهد بود. بر این اساس، از حیث جنبه مثبت اصل جبران کامل خسارت، باید منافع و مزایایی که در اثر اجرای صحیح قرارداد (مستحق‌لغیر نبودن مبیع یا تنفیذ معامله توسط مالک) می‌توانست برای مشتری حاصل شود، جبران‌نشده باقی‌نماند، هرچند جبران خسارت نیز نباید منجر به وضعیتی گردد که زیان‌دیده در موقعیتی بهتر از موقعیت حاصل از اجرای کامل تعهد قرار گیرد. بنابراین تنها زمانی خسارت وارده به خریدار با حسن نیت را می‌توان جبران‌شده به حساب آورد که قیمت روز مبیع محاسبه، و به وی پرداخت شود (بادینی و همکاران، ۱۳۹۵: ۱۴).

در خصوص اعمال اصل جبران خسارات به مسئولیت مدنی و قراردادی، دو رویکرد مطرح است. برخی در اعمال اصل به این دو مسئولیت، قائل به تفاوت هستند؛ بدین صورت که در مسئولیت مدنی، اصل مذکور زمانی محقق می‌شود که زیان‌دیده به وضعیت قبل از ضرر برگردد (صفری و پاک‌طینت، ۱۳۸۹: ۲۶۱)، در حالی که در مسئولیت قراردادی، هدف حمایت از منافع مورد انتظار است؛ بدین معنا که زیان‌دیده باید در چنان وضعیتی قرار گیرد که اگر قرارداد اجرا می‌شد در آن وضعیت می‌بود (قربانیان، ۱۳۸۹: ۳۱۲). برخی محققان بدون توجه به نوع مسئولیت، بر این نظرند که در مسئولیت قهری هم باید از منافع مورد انتظار، جبران خسارت شود و زیان‌دیده در وضعیتی قرار گیرد که در صورت صحت قرارداد، در آن می‌بود؛ یعنی مسئولیت بایع به دادن مثل یا قیمت مبیع مستحق‌لغیر (مبین و لؤلؤ، ۱۳۹۶: ۲۶۰).

در همین راستا در بخشی از دادنامه مورخ ۱۳۹۶/۱۱/۳۰ شعبه ۵ دادگاه عمومی حقوقی ارومیه بیان شده است:

«... نظر به مستحق‌لغیر برآمدن مبیع، معامله مورد دعوی باطل بوده و بر مبنای قواعد عمومی حاکم بر آثار قراردادها در قانون مدنی ایران و بر مبنای قواعد لاضرر، تسبیب و اعتداء در حقوق اسلام و بر مبنای اعمال موازنه ارزش عرفی عوضین در

هنگام انعقاد و نیز انحلال قرارداد و بر مبنای نظام‌های جبران خسارت و نظریات "موقعیت مشابه"، "تفاوت قیمت" و "جبران کامل خسارت" در حقوق قراردادها و اینکه ضرر امر موضوعی می‌باشد و امر موضوعی تابع عرف است و عرف نیز ضرر را در صورتی جبران شده می‌داند که موقعیت زیان‌دیده به حالتی ارتقاء یابد، که اگر قرارداد به درستی اجرا می‌شد، در آن موقعیت قرار می‌گرفت، به طوری که بتواند با پول دریاقتی ناشی از نقض تعهد منتج به وقوع ضرر؛ -توقیف ملک قبل از قرارداد واگذاری و تملک آن بابت دین خواننده و مستحق للغير برآمدن آن، نقض تعهد محسوب می‌شود. معامله جانشین انجام دهد و این وضعیت حاصل نمی‌شود مگر ناقض قرارداد [خواننده] قیمت روز ملک را بپردازد و رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳-۱۳۹۳/۷/۱۵ در خصوص قابلیت جبران کاهش ثمن، نافی روش‌های جبران خسارت به طور کامل نیست، بلکه مفاد رأی وحدت رویه در صورتی قابل اعمال است که خواهان، کاهش ارزش ثمن را مطالبه نماید. لیکن اگر خواسته مطالبه ثمن به نرخ روز مبیع باشد، با اتکا به قواعد و دلایل مذکور، خواننده مکلف به پرداخت ثمن، معادل مبیعی است که از دست خریدار [خواهان] خارج شده است و مستحق للغير برآمده است...».

برخی نیز بیان می‌دارند که رأی وحدت رویه بین استرداد ثمن که نتیجه بطلان بیع است و پرداخت خسارات که مبتنی بر قواعدی چون غرور است، خلط کرده است. به علاوه، اگر کاهش ارزش ثمن را نوعی خسارات تأخیر تأدیه تلقی کنیم، ضرورت پیدا می‌کند که شرایط ماده ۵۲۲ ق.آ.د.م. در خصوص آن محقق شود؛ در حالی که در رأی، هیچ اشاره‌ای به این موضوع نشده است. به علاوه، اقدام بایع در انجام معامله بدون اذن، تقصیری است که باعث ورود خسارت شده است که در شکل از دست دادن مبیع است. بنابراین مطالبه خسارت بر مبنای ارزش روز مبیع، عدم‌النفع نیست تا تردیدی در آن خصوص باشد، بلکه تقویت منفعتی است که در نتیجه بیع برای خریدار حاصل شده است و بر مبنای قاعده تسبیب قابل مطالبه است (صفری و پاک‌طینت، ۱۳۸۹: ۲۶۶).

## ۵. ضابطه مختار

دلایلی که می‌توان از رأی وحدت رویه دیوان در تقویت ضابطه شخصی مورد استناد

قرار داد، عبارت‌اند از:

الف) رأی وحدت رویه، رأی صادره از شعبه یازدهم دادگاه تجدیدنظر استان آذربایجان غربی را مبنی بر اینکه غرامات شامل افزایش قیمت با توجه به تورم اقتصادی می‌شود، صائب دانسته و تأیید نموده است. دادنامه شماره ۱۴۵۰۰۳۶۰ مورخه ۱۳۸۹/۰۳/۳۱ شعبه یازدهم دادگاه تجدیدنظر استان آذربایجان غربی که مورد تأیید دیوان عالی کشور قرار گرفته، خود عیناً مؤید دادنامه شماره ۹۵۰/۸۸ مورخه ۱۳۸۸/۰۹/۱۱ شعبه دوم دادگاه عمومی حقوقی شهرستان ماکو می‌باشد که خواننده را علاوه بر استرداد ثمن از بابت غرامات به پرداخت افزایش قیمت ملک طبق نظر کارشناسی محکوم نموده است.

ب) در رأی وحدت رویه صراحتاً از عبارت «کاهش ارزش ثمن» استفاده شده، نه نرخ تورم اعلامی بانک مرکزی که مبنای محاسبه خسارات تأخیر تأدیه نیز می‌باشد.

ج) اطلاق عنوان غرامات در ماده ۳۹۱ ق.م. نیز ایجاب می‌کند که تمامی خسارات وارده به مشتری پرداخت شود و هیچ زیانی بدون جبران باقی نماند و به عبارت بهتر، اصل جبران کامل خسارت زیان‌دیده (هم از حیث جنبه مثبت و هم از حیث جنبه منفی آن)<sup>۱</sup> رعایت گردد و نه تنها ثمن می‌باید استرداد گردد، بلکه منافع مسلم ناشی از مستحق‌الغیر درآمدن مبیع که همان پرداخت قیمت روز مبیع است، باید جبران گردد.

د) در رأی وحدت رویه بعد از کاهش ارزش ثمن، عبارت «اثبات آن» به کار رفته است. اگر مبنای شاخص بانک مرکزی، معیار محاسبه کاهش ارزش ثمن باشد، این امر نیازی به اثبات مدعا نداشته و امری مفروض است که هر ساله توسط بانک مرکزی اعلام می‌شود؛ همچنان که در ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی که خسارت تأخیر تأدیه وجه نقد بر اساس نرخ تورم اعلامی بانک مرکزی محاسبه می‌گردد و این ملزم به اثبات وجود تورم و تغییر شاخص قیمت نیست و صرف مطالبه خسارت تأخیر تأدیه

۱. لازم به ذکر است با اینکه ممکن است وجود احکامی که جبران خسارات مازاد بر دیه و عدم‌النفع را قابل قبول نمی‌دانند، پذیرش اصل جبران کامل خسارات را با تردیداتی مواجه کند، ولی با لحاظ دلایل عقلی و نقلی همچون قاعده لاضرر و حکم عرف می‌توان به پذیرش آن نظر داد (خادم سربخش و سلطانی‌نژاد، ۱۳۹۲: ۳۲).

کافی است تا دادگاه مدیون را به پرداخت آن بر اساس نرخ تورم اعلامی بانک مرکزی محکوم نماید.

ه) فلسفه ضمان درک به عنوان نهادی مستقل، تضمین منافع قراردادی طرف مقابل عقد است و با جبران منافع مسلم قراردادی تقویت شده مشتری جاهل که همان پرداخت قیمت روز مبیع است، به ضمان درک به طور کامل عمل می‌شود؛ به طوری که اگر مبیع مستحق للغير درنمی‌آمد، مشتری دارای ارزش اقتصادی آن بود و باید طوری جبران شود که اگر مبیع معتبر بود، مشتری صاحب آن می‌شد.

در مقابل، در تأیید رویکرد لحاظ جبران کاهش ارزش ثمن بر مبنای نرخ اعلامی بانک مرکزی می‌توان به دلایل حلی و نقضی زیر اشاره کرد:

الف) فروشنده مال غیر در خصوص تصاحب ثمن معامله، غاصب محسوب می‌شود و مطابق ماده ۳۱۱ ق.م. غاصب باید عین و در صورت موجود نبودن عین، مثل یا قیمت آن را بدهد. با توجه به اینکه در بحث حاضر، وجه نقد (عین مغصوبه) به عنوان ثمن معامله، مال مثلی است، فروشنده مکلف است مثل آن را با نرخ تورم رسمی اعلامی بانک مرکزی به خریدار مسترد نماید و قطعاً موضوع، مشمول قیمت روز مبیع نخواهد بود. تکلیف فروشنده به استرداد ثمن به عنوان مال مغصوبه، با منافع مستوفات و غیر مستوفات آن می‌باشد و تکلیف قانونی فروشنده مال غیر بیش از این نمی‌باشد.

ب) محکوم نمودن بایع به پرداخت قیمت روز مبیع در بیعی که فساد آن مشخص گردیده است، نقض غرض است؛ چرا که مطابق حکم ماده ۳۶۵ ق.م. بر بیع فاسد اثری مترتب نیست و ملاک قرار دادن ارزش مبیع در بیعی که فاسد است، با نفس بطلان بیع منافات دارد؛ به ویژه که در فقه ضمان مقبوض به عقد معاوضی فاسد، به غصب ملحق می‌شود و مبیعی که مشتری، و ثمنی که بایع به موجب عقد فاسد قبض کرده‌اند، از حیث ضمان، مثل مال مغصوب می‌باشد؛ عالم به فساد باشند یا جاهل (موسوی اصفهانی، بی تا: ۲/۲۵۰؛ آل کاشف الغطاء، ۱۳۵۹: ۱/۸۸).

ج) به نظر می‌رسد بر اساس سابقه فقهی و قانون گذاری در حقوق ایران نمی‌توان اصل جبران کامل خسارات را به گونه‌ای مبنا قرار داد که خریدار در وضعیتی قرار گیرد که اگر قرارداد اجرا می‌شد، وی در آن وضعیت می‌بود؛ چرا که اولاً، قاعده لاضرر

به‌عنوان یکی از مهم‌ترین قواعد فقهی با محدودیت‌هایی مواجه است، چون نظر غالب این است که قاعده لاضرر صرفاً احکامی را که وجودشان موجد ضرر است، دربرمی‌گیرد. بنابراین در مواردی که ضرر نه از وجود حکم، بلکه از عدم حکمی ناشی می‌شود، قاعده لاضرر نمی‌تواند مثبت حکمی باشد (خوانساری نجفی، بی‌تا: ۲۲۱-۲۲۲؛ همو، ۱۴۱۸: ۴۲۳-۴۱۸/۳؛ حسینی سیستانی، ۱۴۱۴: ۲۹۴؛ موسوی بجنوردی، ۱۳۸۹: ۲۳۵-۲۳۶؛ نظریور نجف‌آبادی، ۱۳۹۳: ۸۸-۱۰۴؛ رضائی راد، ۱۳۸۹: ۸۱). ثانیاً، اثبات رابطه سببیت و قابلیت انتساب ضرر به عامل فعل زیانبار ضروری می‌باشد. عامل فعل زیانبار، مسئول جبران خسارت‌هایی است که استناد عرفی به فعل زیانبار وی دارد و مسئول جبران خسارت‌های غیر متعارف و غیر قابل پیش‌بینی که ارتباط مستقیمی به فعل زیانبار وی ندارد، نیست و نمی‌توان بر اساس حکم شرعی «لا تزر وازرة وزر أخرى»، جبران تورم نامتعارف ناشی از بحران‌های اقتصادی را که قطعاً منتسب به فروشنده مال غیر نیست بر عهده وی گذاشت. ثالثاً، اگر بر این مبنا که ضمان درک به نحوی از انحا به قرارداد برمی‌گردد و نظریه بطلان قرارداد در شناسایی مبنای ضمان درک رد شود، می‌باید به تبعات ناشی از تعهد قراردادی نیز تن داد؛ بدین ترتیب که در مسئولیت قراردادی با لحاظ حاکمیت اراده، مسئولیت طرفین قرارداد محدود به آن فرضی می‌شود که در حین انعقاد قرارداد امکان پیش‌بینی آن باشد و اشخاص مسئولیتی نسبت به خسارات غیر قابل پیش‌بینی ندارند (یزدانیان، ۱۳۸۶: ۱/۲۸۸-۲۹۲؛ صفایی و رحیمی، ۱۳۸۹: ۹۱-۹۲). بنابراین با توجه به آنچه قابل پیش‌بینی است، یعنی کاهش ارزش پول بر مبنای نرخ اعلامی بانک مرکزی، مسئولیت دارد و نمی‌توان افزایش غیر قابل پیش‌بینی قیمت ملک را بر عهده وی گذاشت؛ چرا که چنین افزایشی نمی‌تواند منتسب به اراده‌های طرفین باشد (محمدی، ۱۳۹۱: ۲۰۲). رابعاً، با کشف فساد معامله معلوم می‌شود که خریدار مالک مبیع، و فروشنده مالک ثمن نشده است. بنابراین چون مال مورد معامله، هیچ‌گاه به مالکیت اصیل (خریدار) درنیامده است، از دست دادن آن معنا ندارد تا نسبت به ارزش افزوده مبیع، برای اصیل حقی ایجاد شود (همان). در واقع، تکلیف اولیه بایع، استرداد ثمن معامله است، نه مورد معامله؛ به این دلیل که از معامله‌ای که معتبر نیست و وارد جهان حقوق نشده است، نمی‌تواند اثری ایجاد شود که از قرارداد صحیح ناشی می‌شود. با توجه به اینکه تکلیف

اصلی و اولیه بایع، استرداد ثمن است، بنابراین نمی‌توان وی را به بازپرداخت چنان مبلغی ملزم کرد که بتواند مشتری را در وضعیتی قرار دهد که در صورت صحت معامله، وی در آن وضعیت می‌بود. وقتی بایع تکلیفی بر استرداد مثل یا قیمت مبیع ندارد، طبیعی است که نمی‌توان نوسانات مرتبط با آن را خصوصاً در فرضی که غیر قابل پیش‌بینی بوده است، بر عهده بایع گذاشت.

د) قانون‌گذار در موارد مشابه، مانند تبصره الحاقی به ماده ۱۰۸۲ ق.م.، قانون استفساریه تبصره الحاقی به ماده ۲ قانون اصلاح قانون صدور چک ۱۳۷۶ مصوب ۱۳۷۷ مجمع تشخیص مصلحت نظام، ماده ۱۲ قانون صدور چک و تبصره آن مصوب ۱۳۸۲ و ماده ۵۲۲ ق.آ.د.م.، معیار را شاخص تغییر قیمت‌های اعلامی از سوی بانک مرکزی قرار داده است و احتجاج به اعاده قدرت خرید واقعی مشتری نادرست است.

### نتیجه‌گیری

پول وسیله اعتباری و حاکی از قدرت خرید خاصی است که باید هنگام ادای دین، این قدرت خرید حقیقی لحاظ شده و مدیون پول را با قدرت خرید فعلی (زمان ادای دین) به داین بپردازد؛ چرا که عرف، زمانی مدیون را بری‌الذمه می‌داند که ارزش حقیقی پول (نه ارزش اسمی آن) پرداخت شود و ادله شرعی قوی که حاکی از عدم مشروعیت جبران کاهش ارزش پول بر اساس این معیار باشد، وجود ندارد.

رای وحدت رویه ۷۳۳ دیوان عالی کشور، گامی مؤثر در شناسایی این واقعیت است. لیکن اختلاف در مبنای ضمان درک باعث شده است که دادگاه‌ها در خصوص قلمرو جبران رأی مذکور اختلاف داشته باشند. آنچه با روح رأی وحدت رویه و شرایط حاکم بر مقررات ضمان درک منطبق است، مسئولیت بایع به جبران کاهش ارزش ثمن بر مبنای نرخ اعلامی بانک مرکزی است و مسئول دانستن وی در قبال افزایش قیمت روز ملک خصوصاً در فرضی که غیر معقول و غیر قابل پیش‌بینی است، در تضاد با تکلیف اولیه و اصلی بایع در استرداد ثمن، ابتنای ضمان درک بر قواعد فقهی چون «علی‌الید»، غصب، محدود بودن مسئولیت قراردادی به خسارات متعارف و قابل پیش‌بینی و... می‌باشد. از این رو لازم است از توسعه قلمرو رأی به حوزه‌ای که خارج

از کنترل اشخاص است و نمی‌توان آن را منتسب به بایع کرد، اجتناب شود. این نظر به خصوص در فرضی توجیه می‌شود که بایع خود از عدم تعلق مال به غیر، اطلاعی نداشته و با حسن نیت است. با توجه به اینکه اثری بر قرارداد باطل مترتب نیست، لذا مبنا قرار دادن ارزش مبیعی که عقد بیع موضوع آن باطل است، نقض غرض می‌باشد؛ خصوصاً که ضمان فروشنده نسبت به ثمن، ضمان ید غاصبانه است که تکلیفی جز رد ثمن مأخوذه به عنوان عین مغصوبه همراه با منافع مستوفات و غیر مستوفات آن (کاهش ارزش ثمن بر اساس نرخ تورم اعلامی بانک مرکزی) بر ذمه وی نیست و اگر نظر دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه مذکور، بر پرداخت ارزش روز کارشناسی مبیع می‌بود، قطعاً و به صراحت متعرض آن می‌شد؛ در حالی که در رأی، ذکر و توصیفی از مبیع به عمل نیامده و در مقام بیان، بایع را مکلف به جبران کاهش ارزش ثمن نموده است.

### کتاب شناسی

۱. آل کاشف الغطاء، محمدحسین بن علی بن محمدرضا، *تحریرالمجله*، نجف اشرف، المكتبة المرتضویه، ۱۳۵۹ ق.
۲. ابوعطا، محمد، «تحلیل مفهوم و مبنای ضمان درک مبیع در حقوق ایران و فرانسه»، *مجله دانشکده علوم انسانی دانشگاه سمنان*، سال پنجم، شماره ۱۴، تابستان ۱۳۸۵ ش.
۳. اصغرزاده بناب، مصطفی، *معاملات فضولی و دعاوی ناشی از آن‌ها*، چاپ دوم، تهران، خرسندی، ۱۳۹۳ ش.
۴. امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، چاپ نوزدهم، تهران، کتابفروشی اسلامی، ۱۳۷۷ ش.
۵. انصاری، مرتضی بن محمدامین، *کتاب المکاسب*، چاپ سوم، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۲ ق.
۶. ایرانی ارباطی، بابک، *مجموعه نظرهای مشورتی حقوقی*، چاپ چهارم، تهران، مجد، ۱۳۹۰ ش.
۷. بادینی، حسن، ابراهیم تقی‌زاده، ناصر علیدوستی شهرکی، و پاتنه آ پناهی اصانلو، «تأثیر اصل جبران کامل خسارات در شیوه‌های عینی و انتزاعی ارزیابی خسارت در بیع بین‌المللی کالا»، *فصلنامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی*، دوره بیستم، شماره ۱، بهار ۱۳۹۵ ش.
۸. بادینی، حسن، *فلسفه مسئولیت مدنی*، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴ ش.
۹. باریکلو، علیرضا، *حقوق قراردادها (عقود معین ۱)*، تهران، میزان، ۱۳۹۴ ش.
۱۰. همو، *مسئولیت مدنی*، چاپ سوم، تهران، میزان، ۱۳۸۹ ش.
۱۱. باقری، احمد، *فقه مدنی (عقود تملیکی؛ بیع - اجاره)*، تهران، سمت، ۱۳۸۴ ش.
۱۲. باقری، احمد و محمدحسن جوادی، «ضمان ذرک»، *فصلنامه حقوق*، سال سی و نهم، شماره ۱، بهار ۱۳۸۸ ش.
۱۳. پورعبدالله، محسن، *ادعای ثالث نسبت به مبیع*، تهران، دادگستر، ۱۳۹۲ ش.
۱۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمیمولوژی حقوق*، چاپ نهم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۷ ش.
۱۵. حائری شهاباغ، سیدعلی، *شرح قانون مدنی*، چاپ سوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۷ ش.
۱۶. حسینی، سیدمحمدرضا، *قانون مدنی در رویه قضایی*، چاپ ششم، تهران، مجد، ۱۳۹۳ ش.
۱۷. حسینی سیستانی، سیدعلی، *قاعده لا ضرر ولا ضرار*، قم، مکتب آیه‌الله العظمی السید السیستانی، ۱۴۱۴ ق.
۱۸. خادم سربخش، مهدی و هدایت‌الله سلطانی‌نژاد، «اصل قابلیت جبران کلیه خسارات»، *مبانی فقهی حقوق اسلامی*، سال ششم، شماره ۱۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۲ ش.
۱۹. خوانساری نجفی، موسی بن محمد، *رساله فی قاعده نفی الضرر*، قم، مؤسسه تحقیقات و نشر معارف اهل البیت (ع)، بی تا.
۲۰. همو، *منیة الطالب فی شرح المکاسب*، تقریرات دروس محمدحسین غروی نایینی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸ ق.
۲۱. رستمی چلکاسری، عباداله، محمدرضا سرگزی، و نوشین فرهنگی روحانی، «ماهیت و گستره غرامت قابل مطالبه از بایع در مبیع مستحق للغير (نقد و بررسی رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳-۱۵/۰۷/۹۳ دیوان عالی کشور)»، *فصلنامه رأی: مطالعات آرای قضایی*، شماره ۷، ۱۳۹۳ ش.
۲۲. رضائی راد، عبدالحسین، «گستره کارآمدی قاعده فقهی لا ضرر»، *فصلنامه حقوق اسلامی*، سال هفتم، شماره ۲۵، تابستان ۱۳۸۹ ش.
۲۳. رئیس‌دانا، فریبرز، *پول و تورم*، تهران، بانک مرکزی، ۱۳۷۲ ش.



۲۴. زندی، محمدرضا، بیع؛ رویه قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران در امور مدنی (۹)، تهران، جنگل (جاودانه)، ۱۳۹۰ ش.
۲۵. شکاریان، مصطفی، «غرامت ناشی از کاهش ارزش ثمن (پول) در فرض مستحق للغير در آمدن مبیع»، فصلنامه دین و قانون، شماره ۱۳، پاییز ۱۳۹۵ ش.
۲۶. شهیدی، مهدی، آثار قراردادهای تعهدات، تهران، مجد، ۱۳۸۲ ش.
۲۷. همو، حقوق مدنی (عقود معین ۱)، تهران، مجد، ۱۳۸۲ ش.
۲۸. صانعی، یوسف، استثنائات قضایی (حقوق مدنی)، تهران، میزان، ۱۳۸۴ ش.
۲۹. صفایی، سیدحسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی، چاپ بیستم، تهران، میزان، ۱۳۸۲ ش.
۳۰. صفایی، سیدحسین، و حبیب‌الله رحیمی، مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)، تهران، سمت، ۱۳۸۹ ش.
۳۱. صفری، محسن، و حسن پاک‌طینت، «مسئولیت قهری و قراردادی: تفاوت‌ها و کارکردها»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره چهارم، شماره ۴ (پیاپی ۲۶۶)، زمستان ۱۳۸۹ ش.
۳۲. طالب احمدی، حبیب، «قهری یا قراردادی بودن مسئولیت مدنی ناشی از ضمان درک»، فصلنامه مطالعات حقوقی، سال دوم، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۸۹ ش.
۳۳. طباطبایی حکیم، سیدمحسن، نهج الفقاهه، قم، ۲۲ بهمن، ۱۳۷۱ ش.
۳۴. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۳۵. علامه حلی، جمال‌الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۳۶. علوی قزوینی، سیدعلی، «نگرشی بر ضمان درک مبیع در حقوق مدنی ایران»، فصلنامه نامه مفید، شماره ۷، پاییز ۱۳۷۵ ش.
۳۷. عمید، حسن، فرهنگ فارسی، چاپ دوم، تهران، امیرکبیر وابسته به سازمان تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۱ ش.
۳۸. غریبه، علی، «بررسی فقهی حقوقی قابلیت مطالبه میزان کاهش ارزش پول و خسارات تأخیر تأدیه»، فصلنامه فقه و تاریخ تمدن، شماره ۱۶، تابستان ۱۳۸۷ ش.
۳۹. غمامی، مجید، قابلیت پیش‌بینی ضرر در مسئولیت مدنی، چاپ دوم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸ ش.
۴۰. فاضل موحدی لنگرانی، محمد، جامع المسائل، چاپ یازدهم، قم، امیر قلم، بی‌تا.
۴۱. قاسم‌زاده، سیدمرتضی، حسن ره‌پیک، و عبدالله کیایی، تفسیر قانون مدنی (اسناد، آراء و اندیشه‌های حقوقی)، چاپ ششم، تهران، سمت، ۱۳۹۳ ش.
۴۲. قاسم‌زاده، سیدمرتضی، حقوق مدنی؛ الزام‌ها و مسئولیت مدنی بدون قرارداد، چاپ چهارم، تهران، میزان، ۱۳۸۷ ش.
۴۳. قربانیان، حسین، «مسئولیت مدنی کارگزار بورس و فرایند طرح دعوی مرتبط در مراجع صالحه»، فصلنامه پژوهش‌های حقوقی، دوره نهم، شماره ۱۷، بهار ۱۳۸۹ ش.
۴۴. قمی، میرزا ابوالقاسم بن محمدحسن، جامع الشتات فی اجوبه السؤالات، تهران، کیهان، ۱۴۱۳ ق.
۴۵. کاتوزیان، ناصر، عقود معین، چاپ سیزدهم، جلد اول، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۴ ش.

۴۶. همو، قواعد عمومی قراردادها، جلد چهارم، چاپ نهم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۴ ش.
۴۷. همو، نظریه عمومی تعهدات، چاپ هفتم، تهران، میزان، ۱۳۹۳ ش.
۴۸. کرمی، افشین، و مهرداد ایزدی، «بررسی وضع مسکن و علل افزایش قیمت آن»، دو ماهنامه بررسی های بازرگانی، شماره ۹، آذر و دی ۱۳۸۳ ش.
۴۹. مبین، حجت و لؤلؤ، سیده مهناز، «مبانی و چگونگی جبران خسارات وارده به خریدار در معامله فضولی با مطالعه تطبیقی در حقوق انگلستان»، مطالعات حقوقی، دوره نهم، شماره ۴، زمستان ۱۳۹۶ ش.
۵۰. محقق حلّی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن حسن، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۵۱. محقق داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه؛ بخش مدنی ۱، چاپ چهل و دوم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۳ ش.
۵۲. محمدی، پژمان، «ضرورت قهری دانستن ضمان درک»، دوفصلنامه دانش و پژوهش حقوقی، دوره اول، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۱ ش.
۵۳. معاونت آموزش قوه قضاییه، مجموعه نشست‌های قضایی (مسائل قانون مدنی)، چاپ دوم، تهران، جاودانه، ۱۳۹۲ ش.
۵۴. منتظری نجف‌آبادی، حسینعلی، رساله استفتائات، قم، بی‌نا، بی‌تا.
۵۵. مؤسسه آموزشی و پژوهشی قضا، پرسمان فقهی قضایی (۲): پاسخ‌های تحقیقی به پرسش‌های حقوقی محاکم، تهران، قضا، ۱۳۸۹ ش.
۵۶. موسوی اصفهانی، سیدابوالحسن، وسیلة النجاة، تعلیق سیدعلی بهبهانی، تهران، مکتبه الصدر، بی‌تا.
۵۷. موسوی بجنوردی، سیدحسن، القواعد الفقهیه، نجف اشرف، مطبعة الآداب، ۱۳۸۹ ق.
۵۸. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، کتاب البیع، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۸۴ ش.
۵۹. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، مصباح الفقاهه، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.
۶۰. نجفی، محمدحسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۸ ش.
۶۱. نژادزمانی خلیجان، مهدی، «مطالعه تطبیقی ضمان درک مبیع در فقه امامیه و حقوق ایران»، فصلنامه مطالعات تقریبی مذاهب اسلامی، شماره ۲۱، پاییز ۱۳۸۹ ش.
۶۲. نظرپور نجف‌آبادی، الهام، بررسی قاعده لاضرر و تأثیر آن در موارد عدم حکم (عدمیات)، پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه شهید مدنی آذربایجان، ۱۳۹۳ ش.
۶۳. هاشمی شاهرودی، سیدمحمود، «احکام فقهی کاهش ارزش پول (قسمت اول، دوم و پایانی)»، ماهنامه دادرسی، شماره‌های ۱۵، ۱۶ و ۱۷، ۱۳۷۸ ش.
۶۴. یزدانیان، علیرضا، حقوق مدنی (قواعد عمومی مسئولیت مدنی)، تهران، میزان، ۱۳۸۶ ش.
۶۵. یعقوبی احمدآبادی، یوسف، و منصور امین، «ضمان درک در حوزه آرای قضایی»، فصلنامه تحقیقات حقوق تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال یازدهم، شماره ۴۲، زمستان ۱۳۹۷ ش.
۶۶. یوسفی، احمدعلی، بررسی فقهی جبران کاهش ارزش پول، چاپ دوم، تهران، جنگل، ۱۳۸۹ ش.

## بررسی فقهی و حقوقی تزام حقوق در خانواده\*

- سیدابوالقاسم حسینی زیدی<sup>۱</sup>
- خیرالله قیاسی سونکی<sup>۲</sup>

### چکیده

اگر میان اعضای خانواده، اختلافی ناشی از التزام حقوقشان مطرح شود، با توجه به معیارهای موجود در اصول فقه و حقوق، به ناچار باید حق یکی را بر دیگری ترجیح داد. برخی از مهم‌ترین موارد التزام در حقوق خانواده عبارت‌اند از: التزام حق مسکن و ریاست خانواده، التزام حق طلاق و ازدواج مجدد، التزام ازدواج مجدد مادر با حق حضانت فرزند، التزام میان حق ولایت پدر با حق حریم خصوصی کودک، التزام حق پدر و مادر در استیلا و .... پژوهش حاضر با روش توصیفی - تحلیلی در صدد بررسی التزام حقوق در خانواده می‌باشد و ضمن بررسی برخی از مصادیق التزام، سعی در بیان راه حل‌های رفع این التزامات نیز دارد. با مدنظر قرار دادن مرجحاتی که در اصول فقه

\* تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱/۲۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۴/۲۴.

۱. استادیار گروه فقه و اصول دانشگاه علوم اسلامی رضوی (abolghasem.6558@yahoo.com).

۲. دانشجوی کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق دانشگاه علوم اسلامی رضوی (نویسنده مسئول) (khghiasis70@yahoo.com).

بیان شده است و با در نظر گرفتن روح مواد قانونی و راه حل‌های پیش‌بینی شده توسط قانون‌گذار برای حل نمودن موارد تراحم، به نظر می‌رسد که هدف اصلی شارع و قانون‌گذار در حل تراحم و وضع قوانین، حفظ بنیان خانواده می‌باشد. **واژگان کلیدی:** تراحم، خانواده، حق، پدر، مادر، کودک.

## مقدمه

خانواده از مهم‌ترین و کهن‌ترین گروه‌های انسانی است که با یک مرد و زن تشکیل می‌شود و هدف ایشان مشارکت در تکامل معنوی و رشد مادی یکدیگر می‌باشد. با وجود این، اگر میان اعضای خانواده اختلافی ناشی از تراحم حقوقشان مطرح شود و اجرای همزمان دو حق ممکن نباشد، به ناچار باید با توجه به معیارهایی، حق یکی را بر دیگری ترجیح داد.

در کتب اصولی در مبحث تراحم، معیارهایی چون قاعده تقدم اهم بر مهم یا قاعده لاضرر یا قاعده تقدم زمانی در ترجیح یکی از حقوق بر دیگری و... ارائه شده است که باید درباره تراحم حقوق خانواده مورد واکاوی قرار بگیرد. متأسفانه هم در بین اعضای خانواده و هم در دادگاه‌ها و رویه قضایی، راه حل عملی زیادی برای مسئله تراحم حقوق ارائه نشده که چگونه و با چه معیاری در وضعیت تراحم حقوق باید مسئله را حل کرد و یکی از حقوق را بر دیگری ترجیح داد تا عدالت رعایت شود. از این رو، این تحقیق با مشخص نمودن مصادیق تراحم و راه حل آن، می‌تواند روشی را در اختیار قضات دادگاه خانواده قرار دهد تا به حل این مسئله بپردازند.

بنابراین در این جستار بر آنیم که مصادیق‌های تراحم حقوق خانواده را مشخص نموده و راهکارهای رفع تراحم حقوق در بین اعضای خانواده را از منظر فقه و حقوق طرح و بررسی نماییم.

## ۱. تراحم حق مسکن و ریاست خانواده

### ۱-۱. حق مسکن

قانون مدنی ایران بر اساس ماده ۱۱۱۴ قانون مدنی، انتخاب محل سکونت زوجه را

وابسته به اراده زوج می‌نماید. البته مواردی در قانون مدنی ایران پیش‌بینی شده که در آن اقامتگاه زن تابع اقامتگاه شوهر نیست:

یک: در صورتی که شوهر اقامتگاه معلومی نداشته باشد.

دو: در صورتی که زن با رضایت شوهر، اقامتگاه دیگری غیر از اقامتگاه شوهر اختیار کند.

سه: زنی که به اجازه محکمه، مسکن علی‌حده اختیار کند و آن در موردی است که بودن زن و شوهر در یک منزل، متضمن خوف ضرر بدنی یا مالی یا شرافتی برای زن باشد.

چهار: در صورتی که به دستور ماده ۱۱۱۱ قانون مدنی، اجازه تعیین منزل به زن داده شده باشد.

پنج: زنی که پس از عقد نکاح، هنوز به خانه شوهر نرفته است.

شش: زن ناشزه که خانه شوهر را ترک و در منزل دیگری سکونت نماید. لذا در صورت فقدان موارد مذکور، به لحاظ حفظ وحدت خانواده، قانونگذار مسکن زوجه را تابع اراده زوج قرار داده است (بدای، ۱۳۸۸: ۱۴۲).

ممکن است زوجین در ضمن عقد نکاح توافق نمایند که اختیار تعیین مسکن به زوجه سپرده شود. همچنان که ممکن است تفاهم نمایند که تعیین محل اقامت و مسکن زوجین، به توافق طرفین باشد (گرجی، ۱۳۸۴: ۱۸۶). بنابراین با توجه به ماده ۱۱۱۴ قانون مدنی، قانونگذار اختیار تعیین مسکن را به مرد داده است، مگر اینکه توافقی برخلاف آن شده باشد. همچنین در صورتی که حق انتخاب مسکن در اختیار زن قرار گرفت، او در انتخاب محل، باید وضع اجتماعی طرفین و نیازهای خانواده را در نظر بگیرد و این حق را وسیله اضرار طرفین قرار ندهد (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۲۳۲/۱).

در نظر فقها، هم تهیه مسکن برای زوجه، از حقوق مالی او و بر عهده زوج است و هم تعیین محل سکونت بر عهده زوج است. علامه حلی به صراحت بیان می‌کند که بر مرد واجب است برای هر کدام از همسرانش، منزلی مجزا تهیه نماید و نباید بین دو هوو جمع کند (علامه حلی، ۱۴۱۰: ۳۲۸/۷).

## ۲-۱. ریاست خانواده

ماده ۱۱۰۵ قانون مدنی ایران مقرر داشته است: «در روابط زوجین، ریاست خانواده از خصایص شوهر است». آثار ریاست خانواده، تعیین مسکن، استفاده از نام خانوادگی شوهر، تمکین و تابعیت زوجه است. در اینجا تمکین به عنوان اثر ریاست شوهر بر خانواده مدّ نظر است و به دو نوع تقسیم می‌شود:

۱. تمکین خاص زوجه (برقراری رابطه جنسی متعارف با زوج)؛
۲. تمکین عام زوجه (اطاعت از شوهر) که مصادیق آن طبق شرع عبارت‌اند از:
  - الف) عدم خروج از منزل شوهر بدون اجازه او جز در مواقع ضروری؛
  - ب) حفظ اسرار: «حَافِظَاتٌ لِلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ». برای جلوگیری از بی‌نظمی و آشوب در هر جامعه‌ای، نیاز به مقامی است که نظم و آرامش را برقرار نماید. خانواده نیز مانند یک اجتماع بزرگ، با مسائل گوناگونی درگیر و روبه‌روست و از این قاعده مستثنا نیست و برای استحکام خانواده و رفع اختلافات و کشمکش‌هایی که ممکن است در خانواده به وجود آید، نیازمند شخصی است که ریاست خانواده را بر عهده بگیرد (صفایی و امامی، ۱۳۸۹: ۱۶۳).

در ماده ۱۱۰۵ قانون مدنی، قانون‌گذار با صراحتْ زوج را رئیس خانواده معرفی کرده و از ایجاد اختلاف در این باره که ریاست خانواده به کدام یک از زوجین سپرده شود، جلوگیری نموده است. البته تعیین دقیق مفهوم ریاست شوهر بر خانواده در هر اجتماعی با توجه به آداب و رسوم آنجا و عرف منطقه مشخص می‌شود (ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۲۲۵-۲۲۷).

در فقه امامیه، نظریه غالب بلکه مشهور بر این است که زن برای خروج از منزل شوهر، لازم است که اجازه و رضایت او را به دست آورد و شوهر می‌تواند زن را از بیرون رفتن از خانه منع کند، اگرچه این عمل زن با حق کامجویی مرد نیز منافات نداشته باشد (ر.ک: عاملی جبعی، ۱۳۷۳: ۳۰۸/۸؛ نجفی، ۱۴۱۸: ۳۰۶/۳۱؛ موسوی خمینی، ۱۳۶۸: ۵۳۹/۳). البته برخی آورده‌اند:

«زن بدون اذن شوهرش، در مواردی که خروجش منافی حق استمتاع شوهر است، جایز نیست که از منزل او خارج شود. بلکه بر احوط به طور مطلق نمی‌تواند از خانه خارج

شود و اگر بدون اجازه شوهر چنین کند، ناشزه است» (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۰: ۲/۲۸۹).

### ۳-۱. راه حل رفع تزاحم

برای حل این تزاحم می‌توان مرجحات ذیل را در نظر گرفت:

۱- در موضوع یکی از آن دو حق، قدرت شرعیه لحاظ شده باشد؛ مانند جایی که در یک جا گفته شود: قرض خود را ادا کن، و در جای دیگر می‌گوید: اگر قرض نداشتی، حج به جای آور. بدیهی است که دستور اول بر دستور دوم مقدم است؛ زیرا وجوب شرط بر نداشتن قرض است؛ بنابراین دستور اول بر دستور دوم ترجیح دارد (ر.ک: موسوی خویی، ۱۴۱۷: ۲/۴۳۲).

قدرت شرعیه در محل بحث، همان توانایی انجام کار است. بنابراین زمانی که زوج به هر دلیلی توانایی تهیه مسکن مورد نظر زوجه را نداشته باشد، قدرت شرعیه لازم را در جهت اعمال این حق ندارد. لذا چون در حق تعیین مسکن توسط زوجه، توانایی زوج لحاظ شده است و در صورتی که وی به هر دلیلی نتواند - نه اینکه نخواهد - به آن جامه عمل ببوشاند، حق زوج که ریاست خانواده است، ترجیح داده می‌شود.

۲- قاعده تقدم اهم بر مهم دلالت دارد که ریاست شوهر بر خانواده، در تزاحم با حق تعیین محل سکونت زوجه، تقدم دارد. زوج که ریاست خانواده و تدبیر زندگی به دست وی سپرده شده است، باید در جهت استحکام و حفظ خانواده تلاش نماید. در اصل می‌توان گفت که در این تزاحم، اهم، حفظ بنیان خانواده است که ریاست شوهر باید در راستای آن عمل نماید. به همین دلیل، اگرچه حق زوجه مهم می‌باشد، اما مورد مهم‌تری وجود دارد که عقل اقتضا می‌کند به اهم عمل نماییم. علاوه بر آن می‌توان گفت که حق زوجه تبعی و اکتسابی، ناشی از شروط ضمن عقد بوده و حق زوج ذاتی است.

### ۲. تزاحم حق طلاق و ازدواج مجدد

#### ۱-۲. حق طلاق

فقها در جواز وکالت در طلاق بیان می‌دارند که اطلاق ادله وکالت، شامل تمام امور

نیابت‌پذیر می‌گردد و طلاق نیز از امور نیابت‌پذیر است و مباشرت شخص در انجام آن شرط نیست؛ لذا می‌توان آن را با وکالت انجام داد (ر.ک: کرکی عاملی، ۱۴۱۵: ۲۱۰/۸؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۳۶/۲۲؛ موسوی خمینی، ۱۳۶۸: ۳۵۴/۲؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۲۵۰/۲۰).

قانون مدنی ایران، از نظر مشهور فقها در باب وکالت به زوجه در طلاق پیروی کرده است. اولین قانونی که به صراحت شرط ضمن عقد برای طلاق را در حقوق ایران پذیرفته است، ماده ۴ قانون ازدواج مصوب ۱۳۱۰ است (صفایی، ۱۳۶۰: ۷۸). ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی مصوب ۱۳۱۳، تکرار متن ماده ۴ قانون ازدواج با اندکی اصلاح است (امامی، ۱۳۹۲: ۲۶۷/۴). در سال ۱۳۵۳ شمسی، در قانون حمایت از خانواده، موارد پنج‌گانه پیش‌گفته، به چهارده مورد افزایش یافت و مواردی از قبیل: «استنکاف شوهر از دادن نفقه و عدم الزام وی»، «سوء رفتار یا سوء معاشرت»، «ابتلا به امراض صعب‌العلاج»، «جنون در غیر موارد امکان‌فسخ» و «عدم رعایت دستور دادگاه در مورد منع اشتغال به حرفه منافعی با حیثیت خانواده» به آن افزوده شد (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۶۷۴).

شورای عالی قضایی در مصوبه<sup>۱</sup> ۱۳۶۱/۷/۱۹-۱/۳۴۸۲۳ و ۱۳۶۲/۶/۲۸-۱/۳۱۸۲۳ به سازمان ثبت اسناد و املاک کشور چنین ابلاغ کرده است که در دفترچه‌های نکاحی که در اختیار سردفتران قرار می‌گیرد، شرایطی به عنوان «شرایط ضمن عقد یا عقد خارج لازم» درج شود و سردفتر می‌باید حین نکاح، آن شرایط را مورد به مورد به زوجین تفهیم کند. شرطی که مورد توافق زوجین واقع شده و به امضای آن‌ها رسیده باشد، به مثابه شرط ضمن‌العقد معتبر خواهد بود (محقق داماد، ۱۳۸۵: ۵۱۰).

## ۲-۲. ازدواج مجدد

در فقه امامیه، زن و شوهر نمی‌توانند شرط کنند که مرد حق ندارد تا زمانی که در نکاح باقی است، زن بگیرد. پاره‌ای از نویسندگان حقوق مدنی نیز این توافق را در زمره شروط نامشروع آورده و استدلال کرده‌اند که چنین شرطی با توجه به دوام نکاح و پایداری آن، موجب سلب حق به طور کلی می‌شود و با ماده ۹۵۹ قانون مدنی متعارض می‌گردد. ولی بعضی دیگر خواسته‌اند از مبانی قانون حمایت خانواده، محملی برای



نفوذ این شرط بیابند و آن را به عنوان وسیله جلوگیری از تعدد زوجات الزام‌آور شناسند (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۲۶۸/۱).

در تأیید این نظر گفته شده است که هدف قانون‌گذار کنونی، محدود ساختن مواردی است که شوهر می‌تواند زن دوم بگیرد. پس اگر زن و شوهر با قرارداد خصوصی میان خود به تحقق این هدف کمک کنند، نمی‌توان ادعا کرد که خواسته ایشان با نظم عمومی مخالف است. علاوه بر این، چون سلب حق مربوط به ازدواج مجدد محدود به زمانی است که نکاح کنونی منحل نشده است، توافق در این باره با مفاد ماده ۹۵۹ قانون مدنی، که سلب حق به طور کلی را منع کرده است، منافات ندارد. در توضیح این نظر باید گفت:

اولاً، تزویج همسری دیگر غیر از زوجه، داخل در مجاری اصاله‌الاباحه است، نه اینکه حکم وجوب بر چنین موضوعی جاری باشد که در صورت اخیر بتوان گفت اشتراط خلاف آن منهی‌عنه بوده و از جهت مخالفت با مشروع فاسد می‌گردد.

ثانیاً، التزام بر عدم تزویج همسر دوم، سوم یا چهارم، به منزله سلب حق به طور کلی نمی‌باشد؛ زیرا شرط عدم تزویج بدان معنا نیست که شوهر تا ابد نتواند زن دیگری غیر از زوجه خود اختیار کند، بلکه با طلاق یا فوت همسر خود، دیگر دلیلی برای وفای به شرط وجود ندارد. پس از مصادیق «سلب حق به طور کلی» خارج است. افزون بر اینکه زوجه هر زمان می‌تواند از شرط خود صرف نظر نموده و به همسرش اجازه تزویج بدهد.

ثالثاً، شرط عدم تزویج به معنای حرمت تزویج نیست و به فلسفه وجودی و اعتبار چنین حقی لطمه‌ای وارد نمی‌کند تا به واسطه آن موهن و ممنوع به نظر آید. بلکه مرد بر اساس چنین شرطی، از حق خود در این مورد خاص می‌گذرد؛ همچنان که بدون شرط نیز ممکن بود هیچ‌گاه همسر دیگری اختیار نکند و اغلب نیز چنین است؛ یعنی در حال حاضر، تزویج همسر دیگر به عنوان یک امر استثنایی مورد نظر است و در خانواده‌ها کمتر چنین وضعیتی مشاهده می‌شود.

بنابراین هر گاه کسی تعهد بر ترک امر مباح کند، یعنی ضمن عقد نکاح و در قالب شرط تعهد نماید که از ازدواج مجدد خودداری نماید، حلالی را حرام نکرده است تا

تعهد وی بر خلاف کتاب و سنت باشد و شرط عدم استفاده از حق، غیر از تحریم حلال است؛ چه آنکه ازدواج مجدد، حق زوج و از امور مباحی است که هر مردی در صورت وجود شرایط و فقدان موانع می‌تواند از آن بهره‌مند شود، یعنی دارنده حق خود در کمال اختیار و آزادی تعهد می‌کند که از آن استفاده نکند و چنان که گذشت، تعهد به عدم استفاده از حق، غیر از سلب حق به طور کلی است و زوج بعد از انحلال نکاح می‌تواند ازدواج کند (ر.ک: بداعی، ۱۳۸۸: ۱۲۴).

از منظر فقها، اختلاف نظرهایی در خصوص این شرط وجود دارد که می‌توان گفت دو نظریه کلی وجود دارد: نظریه مشهور این است که شرط عدم تزویج مجدد، نامشروع و باطل است و هیچ‌گونه اثر حقوقی بر آن بار نمی‌شود (طوسی، ۱۴۰۷: ۳۵۱/۴؛ محقق حلی، ۱۴۰۹: ۱۳۵/۲؛ ابن زهره حلبی، ۱۴۱۱: ۴۱۹). نظریه دیگر آن است که این شرط، صحیح و الزام‌آور است و دلیلی بر بطلان آن وجود ندارد (کاشف الغطاء، ۱۴۱۴: ۹۸؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۰: ۳۶۸؛ موسوی خویی، ۱۳۷۷: ۷۶۰/۲؛ نراقی، ۱۴۱۰: ۴۱۳؛ موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۳: ۳۸۵/۲).

در میان فقیهان، به جز شماری کم از ایشان، نظریه مشهور همواره بر این بوده که شرط عدم تزویج، به دلیل مخالفت با شرع، کتاب و سنت باطل است و از مصادیق شرط نامشروع و خلاف مقتضای عقد شمرده می‌شود (طوسی، ۱۴۰۷: ۳۵۱/۴؛ حسینی شیرازی، ۱۴۰۳: ۲۴۹/۶۷؛ کرکی عاملی، ۱۴۱۵: ۱۴۱/۱۳).

این گروه، به استناد برخی روایات (ر.ک: کلینی، ۱۴۱۵: ۱۰۳/۵؛ حر عاملی، ۱۴۰۹: ۳۱/۱۵؛ عیاشی، ۱۳۸۳: ۲۴۰/۱)، بطلان اشتراط عدم ازدواج مجدد را امری مسلم دانسته، با ادعای اجماع بر این مسئله، تعهد به عدم ازدواج مجدد را شرطی مخالف با کتاب خدا به‌شمار آورده‌اند. ایشان می‌گویند که بر اساس آیه «فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ» (نساء/۳)، شرط عدم ازدواج مجدد، مخالف با حکم الهی است و پیامبر اسلام ﷺ می‌فرماید: «المسلمون عند شروطهم إلا كل شرط خلاف كتاب الله» (نوری، ۱۴۰۸: ۳۰۰/۱۳).

در مقابل، گروهی دیگر از فقیهان بر این باورند که شرط عدم تزویج، به هیچ‌عنوان مخالف کتاب و سنت نیست؛ بلکه آنچه نامشروع و مخالف کتاب است، شرط عدم

اباحه و استحباب تزویج است؛ زیرا آیه شریفه ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾، دالّ بر رخصت و جواز نکاح دوم و بیشتر است و شرط عدم اباحه در نکاح، مغایر و بر خلاف این آیه است و بر این اساس، نامشروع و باطل است (نراقی، ۱۴۱۰: ۵۰).

بنابراین مشروعیت ازدواج مجدد برای مرد، از جمله احکامی است که به خودی خود و بدون در نظر گرفتن عناوین دیگر وضع شده و منافاتی با ثبوت حکمی دیگر، در صورت پیدایش عنوان ثانوی از جمله شرط عدم تزویج ندارد. از این رو، شرط گفته شده مشروع و مشمول قاعده کلی لزوم وفای به شرط است (ایزدی فرد و کاویار، ۱۳۸۹: ۱۶۹).

افزون بر اینکه ادله‌ای نیز وجود دارد که تصریح به جواز و صحت آن می‌کند و قواعد کلی حاکم بر لزوم وفای به شرط شامل آن می‌شود. روایاتی داریم که در آنها، بر صحت و جواز چنین شرطی تصریح شده است (ر.ک: حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۱۶/۱۵). از جمله منصور بن یونس برزج نقل می‌کند که به امام کاظم علیه السلام گفتم: یکی از شیعیان شما با زنی ازدواج کرد و آنگاه او را طلاق داد. پس از آنکه قصد رجوع به زن را داشت، او امتناع کرد و رجوع را مشروط نمود به اینکه زوج با خدا پیمان ببندد و تعهد نماید که او را طلاق ندهد و ازدواج مجدد نکند. مرد نیز این شرط را پذیرفت، ولی علی‌رغم شرط، پس از مدتی تمایل به ازدواج مجدد پیدا کرد. آیا این عمل صحیح است و زوج باید به آن پایبند باشد؟ امام فرمود: «قبول این شرط از جانب مرد کار پسندیده‌ای نیست؛ زیرا از تغییر و تحولاتی که در تصمیم‌های او در زندگی روزمره به وجود می‌آید، غفلت کرده است؛ ولی حالا که شرط را پذیرفته، باید به شرط خود وفا کند؛ زیرا رسول خدا فرمود: «مؤمنان باید به شروط خود پایبند باشند» (همان: ۳۰/۱۵).

از سوی دیگر، شرط عدم ازدواج، خانواده را پایدار می‌کند و چه بسا در برخی موارد، با کاستن از خودسری‌ها و هوس‌جویی‌های شوهر، کانون خانواده را از خطر فروپاشی دور نگاه می‌دارد.

## ۲-۳. راه حل رفع تراحم

به نظر می‌رسد اگرچه ظاهراً میان حق طلاق و ازدواج مجدد تراحم وجود دارد، اما

پس از دقت و بررسی متوجه می‌شویم که هیچ یک از این دو حق، مزاحم اجرای حق دیگری نیست؛ زیرا در هر صورت، زوج می‌تواند همسر دوم اختیار کند و این حق از وی سلب نشده است. تنها در صورت اعمال این حق توسط زوج، زوجه وکیل در طلاق خود از سوی زوج می‌شود و هر کدام از زوجین می‌تواند حق خود را اعمال کند و زوج تنها در این مورد خاص نمی‌تواند در یک زمان دو همسر داشته باشد. در غیر این صورت، این امکان برایش فراهم است. بنابراین در این مصداق در حقیقت تزاممی وجود ندارد و هر یک از زوجین می‌تواند حق خود را بدون اینکه مزاحمتی برای حق دیگری ایجاد نماید، به مرحله اجرا بگذارد.

در نتیجه باید گفت: خانواده واحد بنیادین جامعه و کانون اصلی رشد و تعالی انسان است و تربیت و عواطف اجتماعی به عنوان مهم‌ترین ویژگی نظام انسانی، از خانواده نشئت می‌گیرد و توجه به نقش محوری زن به عنوان محور عاطفه و تربیت، و نقش محوری مرد در امر تربیت و تأمین معیشت و اداره زندگی امری ضروری است. در شرایط کنونی، همه دلسوزان جوامع مختلف در تلاش‌اند تا راهکارهای اساسی سالم‌سازی خانواده‌ها و حفظ و استحکام بنیان آن‌ها را دریابند و با ارائه آن‌ها به جامعه خود، اوضاع بحرانی موجود را تا حدی کنترل کرده و از تشنج در آن و به دنبال آن بحران در جامعه بکاهند که در این راستا، بازگشت به فرهنگ اصیل اسلام در جامعه ما ضروری است؛ آیینی که بیشترین عنایت را به تکریم، تنزیه و تعالی خانواده دارد و این نهاد مقدس را کانون تربیت و مهد مودت و رحمت می‌شمرد.

بنابراین باید همه قوانین و مقررات و برنامه‌ریزی‌های مربوط، در جهت استواری روابط خانوادگی بر پایه حقوق و اخلاق اسلامی باشد و به نظر می‌رسد که یکی از ملاک‌هایی که قضات دادگاه‌های خانواده برای تصمیم‌گیری در موارد تزامم باید در نظر داشته باشند، مسئله حفظ بنیان و استواری روابط خانوادگی است و تا حد امکان باید از هر چه که باعث از هم پاشیدن نهاد خانواده می‌شود - که گاه ممکن است در ازدواج مجدد زوج صورت گیرد- جلوگیری نمایند.

### ۳. تراحم ازدواج مجدد مادر با حق حضانت فرزند

#### ۳-۱. تعریف و ماهیت حضانت

در تعریف حضانت در فقه امامیه، صاحب جواهر از علامه حلی و شهید ثانی نقل کرده که در معنای حضانت گفته‌اند:

«حضانت، ولایت و سلطنت است بر تربیت طفل و آنچه متعلق به آن است؛ مانند خوابانیدن وی در رختخواب، سر مه کشیدن به چشمان طفل و نظافت و شستشوی او و لباس‌های او» (نجفی، ۱۴۱۸: ۳۴۸/۳۱؛ نیز ر.ک: علامه حلی، ۱۴۱۰: ۳۱۱/۲).

این تعریف اطلاق دارد؛ زیرا دایره شمول حضانت وسیع بوده و موارد ذکر شده، به عنوان مثال و چند مصداق از آن ذکر گردیده است.

قانون مدنی ایران و دیگر قوانین راجع به خانواده، تعریفی از حضانت ارائه نکرده‌اند، لیکن با تدقیق در این قوانین می‌توان حضانت را چنین تعریف نمود:

«حضانت عبارت است از نگهداری و تربیت طفل؛ به طوری که صحت جسمانی و تربیت وی با توجه به نیازمندی‌های حال و آینده او و وضع و موقعیت والدین طفل تأمین گردد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۴: ۲۱۱؛ نیز ر.ک: شایگان، ۱۳۸۱: ۱۶۹/۲).

در مورد ماهیت حضانت در فقه امامیه، عده‌ای از فقها حضانت را حق دانسته‌اند (ر.ک: نجفی، ۱۴۱۸: ۲۸۳/۳۱؛ میرزای قمی، ۱۴۱۰: ۴۶۹؛ مغنیه، ۱۴۰۸: ۸۸/۵) و برخی دیگر معتقدند که حضانت نوعی ولایت است (ر.ک: عاملی جعی، ۱۳۷۳: ۱۲۰/۱).

ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی اشعار می‌دارد: «حضانت اطفال، هم حق و هم تکلیف ابویین است».

برخی از حقوق‌دانان هم می‌گویند:

«نسبت به ممتنع از نگهداری طفل، حضانت تکلیف است و نسبت به دیگران حق است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰: ۱۷۲۰؛ نیز ر.ک: صفایی، ۱۳۹۰: ۹۳).

با این تعبیر، کسی که قانوناً اعمال حضانت برای او مقرر گردیده، در صورت ابراز تمایل به انجام آن، نسبت به دیگران اولویت خواهد داشت؛ بدین معنا که حضانت به‌عنوان یک حق برای او در برابر دیگران، امتیاز به وجود می‌آورد؛ ولی اگر از انجام آن

خودداری ورزد، حضانت به عنوان یک تکلیف قانونی بر او بار می‌شود. نتیجه دیگری که از مفهوم تعریف مزبور استفاده می‌شود این است که تکلیف حضانت از زمان امتناع والدین یا یکی از آنان نسبت به اعمال حضانت، وجود پیدا می‌نماید و حال آنکه تکلیف حضانت قبل از امتناع آنان نیز وجود داشته است (نظری توکلی، ۱۳۹۲: ۲۹۳؛ نیز ر.ک: کاتوزیان، بی‌تا: ۱۹۲-۲۰۰).

### ۲-۳. صاحبان حق حضانت

از دیدگاه ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی، حضانت اطفال مشترکاً بر عهده پدر و مادر است و آن‌ها باید از کلیه امکاناتشان جهت پرورش ثمره مشترک زندگی زناشویی خویش بهره‌برداری کنند. اما در صورت فسخ نکاح و جدایی والدین، ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی اصلاحی ۱۳۸۲ مقرر می‌دارد:

«برای حضانت و نگهداری طفلی که ابوی او جدا از یکدیگر زندگی می‌کنند، مادر تا سن هفت سالگی اولویت دارد و پس از آن با پدر است.»

بعد از هفت سالگی هم مبنای اولویت، مصلحت کودک است (منصور، ۱۳۹۵: ۶۳). از منظر فقهی، در اینکه اولویت مادر در حضانت کودک در خلال دو سال نخست زندگی‌اش، مشروط به این است که مادر در آن مدت، شیردهی کودک را نیز بر عهده داشته باشد (ر.ک: عاملی ترحینی، بی‌تا: ۶۰۵/۹؛ نجفی، ۱۴۱۸: ۳۰۰/۴۳) یا اینکه چنین شرطی وجود ندارد (ر.ک: ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۶۵۲/۲؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۴: ۴۳۶)، دو دیدگاه مطرح شده است. ولی به هر حال مشهور فقها معتقدند که چنانچه زن بعد از گرفتن حضانت کودک ازدواج کند، حضانت او برداشته می‌شود (ر.ک: صدوق، ۱۴۱۵: ۳۶؛ علامه حلی، ۱۴۱۰: ۳۱۰/۲؛ عاملی جبعی، ۱۳۷۳: ۴۲۳/۸).

بنابراین حق حضانت و حق زوجیت، دو حق متراحم هستند و زن نمی‌تواند در عمل میان آن‌ها جمع کند. توضیح آنکه پیمان زناشویی سبب می‌شود که شوهر بر زن حقوقی پیدا کند و از این رو، تکالیفی بر عهده زن ثابت شود. حق حضانت نیز گرچه حقی برای مادر است، حق کودک نیز هست؛ پس از این جهت نیز تکالیفی بر عهده زن قرار می‌گیرد. در نتیجه، زن ملزم است هم به تکالیفی که از جانب شوهر بر عهده‌اش

ثابت شده، عمل کند و هم به وظایف مادرانه‌اش جامه عمل بپوشاند. در حالی که حق زوجیت فراگیر است و فرصتی برای ادای حق کودک باقی نمی‌گذارد. در نتیجه جمع میان این دو غیر ممکن می‌نماید و به همین سبب حق حضانت ساقط می‌شود.

### ۳-۳. راه حل رفع تراحم

برای بیان حل تعارض در این مسئله می‌توان دو مطلب را بیان نمود:

۱. به نظر مشهور فقهای امامیه، حضانت مادر مشروط به عدم ازدواج با همسر دیگری غیر از پدر کودک است (ر.ک: عاملی جبعی، ۱۳۷۳: ۴۶۳/۵؛ نجفی، ۱۴۱۸: ۲۸۹/۳۱). مستند این حکم، روایاتی است که از طریق شیعه و سنی نقل شده است و مضمون همه آن‌ها دلالت دارد که مادر مادامی که ازدواج نکرده، برای سرپرستی از کودک شایسته‌تر است؛ مگر اینکه پدر فوت کرده باشد که در این صورت ازدواج مادر، مسقط حق حضانت او نیست (ر.ک: کلینی، ۱۴۱۵: ۴۵/۶). بنابراین اصلاً تراحمی رخ نمی‌دهد و به اصطلاح، سالبه به انتفای موضوع خواهد بود.

۲. بر فرض که حضانت مادر مشروط به عدم ازدواج نباشد، رعایت غبطه و مصلحت مادر و کودک و عدم جواز ورود ضرر به آنان، مقتضی آن است که شرایط به گونه‌ای مهیا شود که مادر به دلیل فشارهای روحی ناشی از ترک فرزند، مجبور به ترک تشکیل خانواده و ضرر زدن به خود نشود (ر.ک: رهبر و سعادت، ۱۳۹۰: ۷۹-۸۰). در نتیجه از آنجا که معیار اصلی در بحث، «مصلحت کودک» است، در هر وضعیت و حالتی که رعایت نشود، حضانت طفل برداشته می‌شود. بر همین مبناست که در نظریه مشورتی ۴۷۷۱-۷/۱۱/۶۹ آمده است:

«آنچه که در مورد حضانت اطفال باید مورد توجه قرار بگیرد، مصلحت خود طفل است، نه عسر و حرج پدر و مادر. بنابراین اگر دادگاه مصلحت بداند که طفل قبل از رسیدن به سنین مربوطه، نزد پدر باشد یا بعد از سنین مذکور نزد مادر باشد، یعنی پدر را صالح نداند (ماده ۱۱۷۳ ق.م.) می‌تواند تصمیم مقتضی اتخاذ نماید. بدیهی است در صورتی که به سرنوشت طفل لطمه‌ای وارد نشود، دادگاه می‌تواند عسر و حرج هر یک از والدین را مورد توجه قرار دهد».

## ۴. تزامم میان حق ولایت پدر با حق حریم خصوصی کودک

### ۱-۴. تعریف و ماهیت حریم خصوصی

در تعریف حریم خصوصی آورده‌اند:

«محدوده‌ای از زندگی شخصی است که به وسیله قانون و عرف تعیین شده و ارتباطی با عموم ندارد؛ به نحوی که دخالت دیگران در آن ممکن است باعث جریحه‌دار شدن احساسات شخص یا تحقیر وی نزد دیگران به عنوان موجود انسانی گردد» (رحمدل، ۱۳۸۴: ۱۲۹).

در احصای قلمرو حریم خصوصی، به مواردی از جمله حق زندگی، حق مصونیت اموال، حق آزادی رفت و آمد و اختیار مسکن و حق زندگی خصوصی اشاره کرده‌اند (جعفری دولت‌آبادی، ۱۳۸۵: ۶۹).

قابل بودن به حریم خصوصی کودک، ظاهراً با تکلیف والدین به تربیت او تزامم دارد؛ زیرا تربیت کودک، مستلزم کنترل و نظارت بر ارتباط با دیگران و اطلاعات دسترس اوست که با توسعه فناوری‌های ارتباطاتی و اطلاعاتی، نمود بیشتری یافته است (اسدی، ۱۳۸۸: ۲۹).

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نه تنها حریم خصوصی کودک را به طور خاص مورد توجه قرار نداده، بلکه عنوان حریم خصوصی را نیز کاملاً شناسایی نکرده است. اما از آنجا که ایران در سال ۱۳۷۲ به کنوانسیون حقوق کودک ملحق شده است و با عنایت به اینکه مطابق ماده ۹ قانون مدنی، «مقررات عهدی که بر طبق قانون اساسی بین دولت ایران و سایر دول منعقد شده باشد، در حکم قانون است» و اصل ۷۷ قانون اساسی نیز به این امر تصریح دارد، باید گفت کنوانسیون حقوق کودک که ماده ۱۶ آن به طور خاص به حریم خصوصی کودک اشاره کرده است، برای دادگاه‌های ایران لازم‌الاجرا می‌باشد (همان: ۳۳).

### ۲-۴. حق کودک بر تربیت و حریم خصوصی طفل

اسلام، تربیت را به عنوان حق کودک به شمار آورده و در کتب فقهی بایی تحت عنوان احکام اولاد در مبحث نکاح به حقوق کودک در برابر والدین از قبیل حق



آموزش و حق تربیت اختصاص یافته است (ر.ک: محمدیان و رحیمی، ۱۳۹۰: ۴۱-۴۲).

امیرالمؤمنین علی علیه السلام می فرماید:

«حق فرزند بر پدر، آن است که نام خوب بر او بگذارد و او را خوب تربیت کند و قرآن را به او بیاموزد» (نهج البلاغه، حکمت ۳۹۹).

قوانین ایران نیز تا حدی به تکلیف والدین در برابر کودک پرداخته‌اند. در باب تربیت کودک، ماده ۱۱۰۴ قانون مدنی، زوجین را مکلف به معاضدت در تربیت اولاد نموده است. ماده ۱۱۶۸ همین قانون، نگهداری اطفال را حق و تکلیف ابویین دانسته است و به خطر افتادن تربیت اخلاقی طفل در اثر عدم مواظبت و انحطاط اخلاقی پدر یا مادری که طفل تحت حضانت اوست، از جهات سلب حضانت از والدین شناخته شده است.

اسناد بین‌المللی مرتبط با کودک نیز به حق کودک بر تربیت توجه کرده‌اند؛ از جمله بند ۲ ماده ۱۴ کنوانسیون حقوق کودک، کشورهای عضو را مکلف نموده که حقوق و تکالیف والدین و حسب مورد سرپرستان قانونی را در هدایت کودک برای اعمال حقوق خود به روشی هماهنگ با توانایی‌های بالنده وی محترم بشمارند. ماده ۱۸ همین کنوانسیون نیز با تأکید بر مسئولیت مشترک هر دو والد در پرورش و رشد کودک، دولت‌ها را مکلف به مساعدت لازم به والدین و سرپرستان قانونی کودک در جهت ایفای مسئولیت خود در پرورش کودک نموده است (امیراجمند، ۱۳۸۱: ۲۰۴).

پس لازمه تربیت کودک، شناخت وی و کنترل و نظارت بر ارتباطات اوست. این شناخت تا وقتی که کودک تحت نظارت و کنترل خانواده قرار دارد، به آسانی صورت می‌گیرد؛ اما امروزه دو فرایند «جهانی شدن» و «فناوری‌های نوین ارتباطاتی و اطلاعاتی»، چنین کنترلی را مشکل ساخته است (فیرجی، ۱۳۸۲: ۱۳۵).

بنابراین از دیگر موارد تزاخم در حقوق خانواده، تجسس ولی از فرزندش جهت تربیت صحیح می‌باشد. والدین باید همان طور که نسبت به سلامت جسمی کودک، نوجوان و جوان خود می‌اندیشند، به فکر سلامت روحی و اخلاقی آن‌ها نیز باشند. دقت کنند که آنان با چه افرادی دوست می‌شوند، به چه مکان‌هایی می‌روند، چه کتاب‌هایی می‌خوانند، چه نوع تفریحاتی دارند و مسائلی از این قبیل. مبرهن است که

لازمه نظارت یا به تعبیری رساتر، ابزار این رسالت، ممکن است گاهی تجسس و تحسس باشد.

### ۴-۳. راه حل رفع تزاحم

برای رفع تزاحم در این مورد باید به دو نکته توجه داشت:

الف) محدوده حریم خصوصی اعضای خانواده باید با اصول دیگر حاکم بر روابط اعضای خانواده همخوانی داشته باشد. قرآن کریم پدر را مسئول نجات خود، فرزندان و خانواده‌اش از آتش جهنم می‌داند: «خود و خانواده خود را از آتش دوزخ نگاه دارید» (نساء/۳۴). علامه مجلسی در تفسیر آیه شریفه، چهار وظیفه تعلیمی و تربیتی را برای سرپرست خانواده برمی‌شمارد که یکی از آن‌ها، «تشویق به کارهای خیر و نیک» می‌باشد (مجلسی، ۱۴۱۵: ۶۸/۱۷). لذا بر سرپرست خانواده وظیفه و فرض است که اهل خانه (زن و فرزند) را از زشتی‌ها نهی کند و از عواقب گناهان و معاصی بترساند و زمینه تولید گناه را در خانه از بین ببرد؛ البته با زبان نرم و دور از خشونت.

بنابراین نمی‌توان به بهانه حریم خصوصی، از ورود پدر به فضای ارتباط کودک و نوجوان با دیگران که به قصد آگاهی از مفسده‌انگیز نبودن آن صورت می‌پذیرد، جلوگیری کرد. در سن کودکی، نوجوانی و جوانی، به علت کمی سن و نرسیدن به بلوغ فکری و عقلی و تجربه کافی، احتمال خطا و گمراهی آنان زیاد است. به همین جهت برای نجات، والدین باید عیوب و زشتی‌های فرزندان خود را شناسایی کنند و به اصلاح آن پردازند (قدرتی، ۱۳۹۶: ۲۵۴-۲۵۶).

بنابراین تفحص در احوالات روحی و اخلاقی فرزند و نقایص ظاهری و باطنی او به منظور اصلاح وی، جایز است. به همین جهت حرمت تجسس در اینجا نیز استثنا شده و جایز است که برای کشف واقعیت و زشتی‌های پنهان کودک و نوجوان، به جستجو و تفتیش پرداخت؛ زیرا این تجسس نه تنها سبب هتک حرمت و ریختن آبروی افراد نمی‌شود، بلکه برعکس موجب حفظ آبرو، شرف و تربیت روحی و اخلاقی و رفع نقایص ظاهری و باطنی آن‌ها می‌گردد. در نتیجه چنین تجسسی، مثبت و سازنده است و اهتمام به آن برای اصلاح فرد و اجتماع، بسیار مفید و سودمند است و به همین علت

جایز است.

به هر حال، حریم خصوصی اعضای خانواده در چارچوب اصول حاکم بر روابط اعضا، همچون اصل تحکیم خانواده، اصل مودت و رحمت، اصل مصلحت، اصل تعلیم و تربیت، اصل مدیریت خانواده، اصل کرامت، اصل عفاف، اصل اطاعت از والدین و اصل احترام به والدین، قابل شناسایی است. لذا تنها در صورتی که حریم خصوصی در ارتباط با اصول دیگر در آن مورد توجه قرار گیرد، سعادت و رستگاری اعضای خانواده ممکن و میسر خواهد بود (نقیبی، ۱۳۸۹: ۱۰).

ب) در پاسخ به این سؤال که آیا تکلیف دینی، اخلاقی و قانونی اولیا به تربیت کودک، با احترام به حریم خصوصی او در تزامن است، باید ابتدا به محدودیت‌های حق حریم خصوصی در بُعد اطلاعاتی و ارتباطاتی پرداخت و جهات و شرایط ورود به حق حریم خصوصی کودک را مورد توجه قرار داد.

هر آزادی و حقی می‌تواند به حکم قانون یا ضرورت‌های یک جامعه مردم‌سالار، در معرض تشریفات یا محدودیت‌هایی قرار گیرد. کمیته حقوق بشر که برای نظارت بر هماهنگی عملکرد کشورهای عضو میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی تشکیل شده است، در تفسیر ماده ۱۷ میثاق اعلام کرده است که «هیچ نوع مداخله در حریم خصوصی دیگران مجاز نیست، مگر در موارد پیش‌بینی شده در قانون». بنابراین حق بر حریم خصوصی، مطلق نبوده و بنا بر زمان، مکان و وضعیت، قابل تحدید است.

محدودیت‌هایی بر حریم خصوصی کودک وارد می‌شود که در ادامه بررسی می‌گردد:

الف) قانونی بودن دخالت: ماده ۱۶ کنوانسیون حقوق کودک، ورود به حریم خصوصی کودک را به طور غیر قانونی منع کرده است. بنابراین نقض این حریم مطابق قانون ممکن است. طبق تفسیر ملل متحد، واژه «غیر قانونی» بدین معناست که هیچ مداخله‌ای نباید صورت گیرد، مگر در مواقع پیش‌بینی شده توسط قانون.

ب) خودسرانه نبودن دخالت: اصطلاح خودسرانه در ماده ۱۶، دخالت‌هایی را دربر می‌گیرد که اگرچه در قانون مجاز شمرده شده، اما مستبدانه محسوب می‌شود. این عبارت، دولت‌ها را از امکان نقض حریم خصوصی کودک توسط قانون به طور غیر ضروری و به گونه‌ای که با اهداف کنوانسیون همسو نباشد، منع می‌کند. در تبیین

مفهوم مداخله خودسرانه، دو ضابطه معقول و منطقی بودن مداخله، تحت هر شرایطی مورد توجه مفسران این ماده قرار گرفته است (ر.ک: اسدی، ۱۳۸۸: ۳۸).

ج) انطباق مداخله با منافع عالیه کودک: مطابق بند ۱ ماده ۳ کنوانسیون حقوق کودک، «تمام اقدام‌های مربوط به کودک که توسط مؤسسات رفاه اجتماعی عمومی یا خصوصی، دادگاه‌ها، مقام‌های اجرایی یا ارگان‌های حقوقی انجام می‌شود، منافع کودک از اهم ملاحظات می‌باشد». بنابراین در تعارض بین منافع عالیه کودک و مصالح جامعه و دیگران از قبیل والدین، اولویت با منافع عالیه کودک است (ر.ک: ون برون، ۱۳۷۸: ۲۷).

د) انطباق حق حریم خصوصی کودک با حق و تکلیف والدین به تربیت طفل: تربیت همانند حریم خصوصی، حقی برای کودک، و از سوی دیگر، حق و تکلیفی برای والدین محسوب می‌شود. بند ۲ ماده ۱۴ کنوانسیون حقوق کودک، احترام به حقوق و وظایف والدین و سایر سرپرستان قانونی کودک را در هدایت کودک در جهت اعمال حقوق وی، به صورتی که باعث اعتلای استعدادها و توانایی‌های کودک شود، توسط دولت‌های عضو ضروری دانسته است. بنابراین احترام به حریم خصوصی کودک، منوط به عدم تعارض آن با حق کودک بر تربیت است که بر عهده والدین می‌باشد. در تعارض این دو حق، حفظ منافع عالیه کودک ایجاب می‌نماید که تربیت در اولویت قرار گیرد.

به هر حال، در نظر گرفتن این محدودیت‌ها در این اصل، منوط به دو شرط تصریح در قانون و نیز ضرورت است. همچنین بند ۳ ماده ۱۴ کنوانسیون، حفظ امنیت، سلامت، اخلاق عمومی و حقوق و آزادی‌های اساسی دیگران را از محدودیت‌های آزادی ابراز عقیده و مذهب قرار داده است. البته استثنای قانونی باید مضیق باشد و اصل تعرض ناپذیری مکاتبات حاکم است (ر.ک: قاضی شریعت‌پناهی، ۱۳۸۴: ۱۴۶).

### ۵. تزامم حق پدر و مادر در استیلا

اصل فرزنددار شدن یک نیاز طبیعی قلمداد می‌شود که زمینه آن در جسم و روان آدمی به موهبت گذاشته شده تا بقای نسل انسانی به ضمیمه بسیاری از مصالح

منافعی که وجود فرزند برای زوجین به همراه دارد، تضمین گردد (رحمانی، ۱۳۹۱: ۲۹۲). قبل از پرداختن به راه حل رفع تراحم در استیلا، این سؤال قابل طرح است که آیا حق استیلا، در زمره حقوق مشترک زوجین است یا فقط اختصاص به زوج یا زوجه دارد؟ در صورتی بحث تراحم موضوعیت پیدا می‌کند که حق استیلا، برای هر دوی زن و مرد قابل تصور باشد و اگر فقط یکی از والدین، محق فرزندآوری باشد، محلی برای مزاحمت و برخورد حقوق نیز فراهم نخواهد شد.

## ۱-۵. ادله مشترک بودن حق استیلا<sup>۱</sup>

### ۱-۱-۵. سیره تشریحی شارع و عیوب فسخ

نگاهی به سیره تشریحی شارع در روابط خانوادگی، این اطمینان را به وجود می‌آورد که نیازهای طبیعی انسان، منشأ وضع قوانین در شریعت است و بسیاری از حقوق زوجین و الزام‌های شرعی در حوزه خانواده مانند حق تمکین برای زوجین، حق حضانت، حق کودک بر والدین، همگی بر این اساس قابل تحلیل و تفسیر است. با توجه به این نکته می‌توان اطمینان پیدا کرد که شارع بر پایه نیاز شدید فرزندخواهی در انسان، این مسئله را به عنوان حق در سلسله تشریح خود در روابط زناشویی پذیرفته است. مؤید قبول این حق در نظر شارع، جعل حق فسخ نکاح برای مرد و زن در صورت دارا بودن عیوبی است که موجب عدم باروری می‌گردد؛ مانند خصاء و قراء. حتی استفتائاتی نیز پیرامون جایگزین کردن برخی از بیماری‌های شناخته‌شده امروزی مثل ایدز به جای بیماری جذام که راه‌های درمانی آن شناخته شده است، به عنوان عیب فسخ نکاح، ناظر به همین امر است که ملاک در عیوب فسخ، آن دسته از عیوبی است که روابط زناشویی را مختل کرده و راه‌های رسیدن به اهداف اساسی ازدواج را با مشکل مواجه کند و همان گونه که بیان گردید، یکی از مهم‌ترین اغراض شارع در امر ازدواج، تناسل و فرزندآوری می‌باشد (ر.ک: مکارم شیرازی، ۱۴۲۹: ۱۰۴).

۱. ادله اختصاص حق استیلا به مرد یا زن، خارج از بحث مقاله می‌باشد و لذا به آن پرداخته نشده است (برای آگاهی بیشتر ر.ک: طباطبایی، ۱۴۱۷: ۲/۲۱۱؛ جوادی آملی، ۱۳۸۶: ۳۲۵؛ نقیسی و صدر طباطبایی، ۱۳۹۴: ۱۵۰؛ رحمانی، ۱۳۹۱: ۳۰۹).

امروزه نیز فقهای معاصر ما به اتفاق، عقیم کردن دائمی زن و مرد را مجاز نمی‌دانند؛ مگر در صورتی که از ضرر بزرگ‌تری جلوگیری شود و برای حفظ سلامتی ضروری باشد (ر.ک: تبریزی، ۱۴۲۰: ۴۴۵/۲).

### ۱-۵-۲. شرط ارتکازی

شرایطی که متعاقدین در عقد به آن ملتزم می‌شوند، گاه به صورت لفظی می‌باشد و گاه با لفظ بین آنان تبادل نمی‌شود و در صورت عقدنامه قید نمی‌شود، بلکه این شرایط به صورت ارتکازی و اجمالی در عرف بین متعاقدین وجود دارد و از همین جهت نیازی به قید کردن آن‌ها نبوده و قید آن شرایط را از جهت وضوح و بداهت، امری زائد به شمار می‌آورند؛ مثلاً در بیع، فرض آن است که مبیع و ثمن، سالم و عاری از عیب باشند و هیچ تاجری لازم نمی‌بیند که آن را صراحتاً در عقد قید کند.

در مورد عقد نکاح، یکی از شرایط ضمنی ارتکازی و عقلایی بین زوج و زوجه در نوع عرف‌های جوامع بشری آن است که ازدواج منجر به ثمردهی و تولید فرزند بشود. لذا اگر یکی از طرفین قبل از ازدواج از عقیم بودن یا عدم امکان بارور کردن زن یا مرد باخبر شود، امکان سرگرفتن چنین ازدواجی منتفی می‌شود و این امر موجب می‌شود که قائل به حق مطلق استیلا برای زوج و زوجه - هر دو - بشویم.

### ۱-۵-۳. حق عزل

در مورد جواز عزل مرد، روایات مختلفی بیان شده است (ر.ک: حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۱۰۵/۱۴). برخی از روایات، آن را حرام می‌دانند و برخی مطلقاً برای زوج حق عزل قائل شده‌اند، بدون اینکه رضایت زن حاصل شود (بحرانی، ۱۴۰۵: ۸۷/۲۳). ولی روایاتی نیز عزل از زوجه حرّه را مشروط به اشتراط کرده‌اند (طوسی، ۱۴۰۹: ۴۱۷/۷).

به دلیل جواز عزل برای مرد و حرمت آن برای زوجه، برخی بر این باورند که حق استیلا مطلقاً برای مرد است و زن چنین حقی ندارد! (ر.ک: طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۷۶۹/۲). البته به تعبیر بعضی معاصران، تلاش فقها در اثبات جواز عزل، برای آن بوده که به صورت موجبه جزئی، این حق را برای مرد به اثبات رسانند؛ اما اینکه مرد مجاز باشد در تمام عمر و در تمام موارد همبستری با همسرش این کار را انجام دهد، مطلقاً از این ادله

نمی‌توان آن را به اثبات رساند (ر.ک: محقق داماد، ۱۳۸۹: ۱۴). بر فرض آنکه از اطلاق دلیل، استمرار عزل را استفاده کنیم، در مقام عمل خارجی بنا بر حکمت‌های ازدواج، عزل نمی‌تواند یک امر همیشگی میان همسران باشد؛ چرا که عزل، هم حکمت استمتاع نکاح را نقض می‌کند و هم در بیشتر موارد، موجب جلوگیری از انعقاد نطفه فرزند می‌شود.

در قوانین ما همانند فقه، به طور مستقیم و صراحتاً ذکر از حق استیلا به میان نیامده است؛ هرچند بر اساس برخی از مواد قانونی، ظاهراً این حق به عنوان یکی از حقوق زوجین به طور مشترک پذیرفته شده است. از جمله موادی که در آن، حق استیلا برای زوجه به رسمیت شناخته شده است، ماده ۱۱۲۲ ق.م. مربوط به عیوب فسخ نکاح است که به عیب خصا در مرد اشاره کرده است (میرزایی، ۱۳۸۵: ۳۱۱).

در مورد حق استیلا برای مردان می‌توان به ماده ۱۹ قانون حمایت خانواده، اشاره کرد. این ماده، یکی از مجوزهای ازدواج مجدد برای مردان را عقیم بودن زوجه می‌داند. از مجموعه مباحث و چالش‌هایی که در رابطه با تلقیح مصنوعی در بین حقوق‌دانان به وجود آمده است نیز می‌توان پی برد که حق استیلا نه تنها به عنوان یک حق برای زوجین پذیرفته شده است، بلکه یکی از مهم‌ترین آنان می‌باشد؛ به گونه‌ای که دانشمندان را واداشته که با ارائه راهکارهایی، به این نیاز طبیعی بشر - هرچند به طور صناعی - پاسخ دهند. از جمله قوانینی که در رابطه با تلقیح مصنوعی تصویب شده است، قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور، مصوب ۱۳۸۲ و آیین‌نامه اجرایی آن، مصوب ۱۳۸۳ می‌باشد.

## ۲-۵. راه حل رفع تراحم

با توجه به آنچه بیان گردید، اگر حق استیلا حق مشترکی بین زن و شوهر باشد - که با توجه به دلایل، همین قول قوی‌تر می‌باشد - می‌توان برای هر دو، قائل به حق استیلا شد و در نتیجه فرزندآوری یا جلوگیری از آن، به طور موقت باید مورد توافق زوجین واقع گردد. حال در صورتی که زوجین در مورد بارداری یا عدم آن اختلاف داشته باشند، حق کدام یک مقدم است؟

اگر غرض زوج یا زوجه این باشد که اصلاً بچه‌دار نشوند، این مطالبه به نظر ما - که

برای هر دو حق استیلا را پذیرفتیم - وجوب اطاعت ندارد. همچنین اگر هر یک می‌خواهند زمان آن را به تأخیر بیندازند، مادامی که این تأخیر مصداق اضرار و امساک به غیر معروف نباشد، چنین حقی دارند؛ مشروط به اینکه آن‌قدر به تأخیر نیفتد که برای زوج یا زوجه، نوعی عیب و عار اجتماعی محسوب شود.

در غیر این دو صورت باید گفت: عموم آیه حرث و اطلاق ادله قوامیت شوهر موجب می‌شود که در این موارد، حق شوهر مقدم باشد. گذشته از مکروه بودن یا نبودن عمل عزل بدون رضایت زوجه، به نظر می‌رسد قائل شدن به چنین حقی برای زوج، به معنای مدیریت و تعیین زمان باروری است، نه به این معنا که حق استیلا فقط برای مرد باشد و زن چنین حقی نداشته باشد، بلکه به دلیل قوامیت مرد در روابط زوجین و تبعاتی است که با تولد فرزند می‌تواند گریبانگیر مرد خانواده شود؛ از جمله محدودیت در استمتاع جنسی در دوران بارداری، هزینه مراقبت‌های بارداری، نفقه فرزند متولد شده و....

استفاده زن از موانع بارداری ممکن است با دو حق از حقوق شوهر منافات داشته باشد: یکی حق استمتاع و دیگری حق استیلا. در اینکه جلوگیری از حاملگی از طریق ممانعت زن از ریختن منی شوهر در بدن خود (عزل المرأة) جایز نیست، شکی وجود ندارد؛ زیرا انزال منی در بدن زن، جزء مقاربت و استمتاع شوهر است و ممانعت از آن، اضرار به حق شوهر است؛ همچنان که در موارد وجوب مقاربت با زن بر شوهر، اقوی همین است و شوهر حق عزل ندارد، چرا که مقاربت ناقص با زن، اضرار به اوست و رعایت حال زن در آن نشده است (ر.ک: نجفی، ۱۴۱۸: ۱۱۴/۲۹).

البته زوجه می‌تواند در عقد ازدواج، مسئله تعداد فرزندان و زمان باردار شدن و تحدید حق استیلا شوهر را شرط کند یا اصل استفاده از این حق را مشروط به توافق نماید یا اینکه با مطالبه اجرت شیردهی و تقاضای خدمتکار و پرستار کودک در مواردی که جزء نفقه اوست، شوهر را منصرف نماید یا حداقل از زحمات خود بکاهد (ر.ک: رحمانی، ۱۳۹۱: ۴۴۴). بنابراین هرچند که برای مرد به دلیل مدیریت روابط زوجین و ادله شرعی مثل آیه حرث، دامنه وسیع‌تری از مصادیق اعمال این حق را قائل شدیم، لیکن زوجه می‌تواند در قالب شرط ضمن عقد، این موارد را محدود نماید.



## نتیجه گیری

برخی از مهم ترین مصداق های تراحم حقوق اعضای خانواده و راهکارهای رفع آن را می توان در موارد زیر بیان نمود:

۱. در مورد تراحم حق مسکن و ریاست خانواده، در صورتی که مرد به هر دلیلی نتواند به آن جامه عمل ببوشاند، حق زوج که ریاست خانواده است، ترجیح داده می شود؛ زیرا اولاً زوج قدرت شرعی لازم را در جهت اعمال این حق ندارد و ثانیاً در این تراحم، اهم، حفظ بنیان خانواده است که ریاست شوهر باید در راستای آن عمل نماید.

۲. ظاهراً میان حق طلاق و ازدواج مجدد، تراحمی وجود ندارد؛ چرا که در هر صورت زوج می تواند همسر دوم اختیار کند و تنها در صورت اعمال این حق توسط زوج، زوجه وکیل در طلاق خود از سوی زوج می شود. بنابراین هر یک از زوجین می تواند حق خود را به مرحله اجرا بگذارد، بدون اینکه مزاحمتی برای حق دیگری ایجاد نماید.

۳. درباره تراحم ازدواج مجدد مادر با حق حضانت فرزند باید گفت: اولاً حضانت مادر مشروط به عدم ازدواج با همسر دیگری غیر از پدر کودک است و لذا اصلاً تراحمی رخ نخواهد داد؛ ثانیاً معیار اصلی در بحث، «مصلحت کودک» است و در هر وضعیت و حالتی که رعایت نشود، حضانت طفل برداشته می شود.

۴. با توجه به اینکه حق بر حریم خصوصی مطلق نبوده و بنا بر زمان، مکان و وضعیت، قابل تحدید است، محدودیت هایی بر حریم خصوصی کودک با در نظر گرفتن «خودسرانه نبودن دخالت، انطباق مداخله با منافع عالیّه کودک، انطباق حق حریم خصوصی کودک با حق و تکلیف والدین به تربیت طفل و...» وارد می شود.

۵. اگر حق استیلا، حق مشترکی بین زن و شوهر باشد، مادامی که این تأخیر، مصداق اضرار و امساک به غیر معروف نباشد، باید گفت که عموم آیه حرث و اطلاق ادله قوامیت شوهر موجب می شود که در این موارد، حق شوهر مقدم باشد؛ لیکن زوجه می تواند در قالب شرط ضمن عقد، این موارد را محدود نماید.

### کتاب‌شناسی

۱. نهج البلاغه.
۲. ابن ادریس حلی، محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۳. ابن زهره حلی، سید حمزه بن علی حسینی، غنیة النزوع الی علمی الاصول والفروع، قم، مؤسسه امام صادق (علیه السلام)، ۱۴۱۱ ق.
۴. اسدی، لیلیاسادات، «حریم خصوصی کودک و حق والدین بر تربیت»، دوفصلنامه فقه و حقوق خانواده، شماره ۵۰، بهار و تابستان ۱۳۸۸ ش.
۵. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، تهران، اسلامیه، ۱۳۹۲ ش.
۶. امیرارجمند، اردشیر، مجموعه اسناد بین‌المللی حقوق بشر، تهران، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۱ ش.
۷. ایزدی‌فرد، علی‌اکبر و حسین کاویار، «شرط عدم ازدواج مجدد در فقه و حقوق»، فصلنامه مطالعات اجتماعی - روان‌شناختی زنان (مطالعات زنان)، دوره هشتم، شماره ۳، زمستان ۱۳۸۹ ش.
۸. بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۹. بداعی، فاطمه، شروط ضمن عقد، تهران، روابط عمومی شورای فرهنگی اجتماعی زنان، ۱۳۸۸ ش.
۱۰. تبریزی، جواد بن علی، استثنائات جدید، قم، دفتر حوزه علمیه قم، ۱۴۲۰ ق.
۱۱. جعفری دولت‌آبادی، عباس، «بررسی حق حریم خصوصی»، فصلنامه تعالی حقوق، دادگستری کل استان خوزستان، شماره ۱، ۱۳۸۵ ش.
۱۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، تأثیر اراده در حقوق مدنی، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۰ ش.
۱۳. همو، ترمینولوژی حقوق، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۴ ش.
۱۴. جوادی آملی، عبدالله، زن در آئینه جلال و جمال، چاپ بیست و هشتم، قم، اسراء، ۱۳۸۶ ش.
۱۵. حرّ عاملی، محمد بن حسن، تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة، قم، مؤسسه آل‌ال‌بیت (علیهم السلام) لاحیاء التراث، ۱۴۰۹ ق.
۱۶. حسینی روحانی، سیدمحمدصادق، فقه الصادق (علیه السلام)، چاپ سوم، قم، دار الکتب - مدرسه امام صادق (علیه السلام)، ۱۴۱۲ ق.
۱۷. حسینی شیرازی، سیدمحمد، الفقه السیاسی، قم، مطبعة رضائی، ۱۴۰۳ ق.
۱۸. رحمانی، امیر، بررسی فقهی مدیریت در روابط زن و شوهر، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۹۱ ش.
۱۹. رحمدل، منصور، «حق انسان بر حریم خصوصی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی (دانشگاه تهران)، شماره ۷۰، زمستان ۱۳۸۴ ش.
۲۰. رهبر، مهدی و صالح سعادت، «ازدواج مجدد زن و حق حضانت فرزند»، فصلنامه مطالعات راهبردی زنان، شماره ۵۴، زمستان ۱۳۹۰ ش.
۲۱. شایگان، سیدعلی، حقوق مدنی، تهران، مهر کلام، ۱۳۸۱ ش.
۲۲. صدوق، محمد بن علی بن حسین بن موسی بن بابویه قمی، علل الشرائع، به کوشش سیدمحمدجواد ذهنی‌تهرانی، قم، مؤمنین، ۱۴۱۵ ق.
۲۳. صفایی، سیدحسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی، تهران، دادگستر، ۱۳۹۰ ش.

۲۴. همو، «وکالت زوجه در طلاق و تفویض حق طلاق به او»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی (دانشگاه تهران)، شماره ۲۲، تیر ۱۳۶۰ ش.
۲۵. صفایی، سیدحسین و اسدالله امامی، مختصر حقوق خانواده، تهران، میزان، ۱۳۸۹ ش.
۲۶. طباطبایی، سیدمحمدحسین، المیزان فی تفسیر القرآن، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۲۷. طباطبایی حکیم، سیدمحسن، منهاج الصالحین، حاشیه سیدمحمدباقر صدر، بیروت، دار التعارف للمطبوعات، ۱۴۱۰ ق.
۲۸. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، العروة الوثقی، چاپ دوم، بیروت، اعلمی، ۱۴۰۹ ق.
۲۹. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، تهران، المكتبة المرتضوية لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۴۰۷ ق.
۳۰. همو، تهذیب الاحکام، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۹ ق.
۳۱. عاملی ترحینی، محمدحسین، الزیلة الفقهية فی شرح الروضة البهیة، قم، ذوی القربی، بی تا.
۳۲. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۴ ق.
۳۳. همو، مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، تهران، مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۷۳ ش.
۳۴. علامه حلی، جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، قواعد الاحکام فی معرفة الحلال والحرام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۳۵. همو، مختلف الشیعة فی احکام الشریعه، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۳۶. عیاشی، ابونصر محمد بن مسعود بن عیاش سلمی سمرقندی، تفسیر العیاشی، تهران، علمیه اسلامیة، ۱۳۸۳ ش.
۳۷. فیرحی، داود، جهانی شدن و مسئله تربیت؛ مجموعه مقالات جهانی شدن، تهران، پژوهشکده مطالعات راهبردی سازمان آموزش و پرورش تهران، ۱۳۸۲ ش.
۳۸. قاضی شریعت پناهی، ابوالفضل، بایسته های حقوق اساسی، تهران، میزان، ۱۳۸۴ ش.
۳۹. قدرتی، مهدیه، احکام فقهی حریم خصوصی در مناسبات و روابط اعضای خانواده، پایان نامه کارشناسی ارشد دانشگاه قم، ۱۳۹۶ ش.
۴۰. کاتوزیان، ناصر، حقوق خانواده، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸ ش.
۴۱. همو، حقوق مدنی خانواده، تهران، آکنون، ۱۳۹۲ ش.
۴۲. همو، قانون مدنی در نظم حقوق کنونی، تهران، میزان، ۱۳۹۵ ش.
۴۳. همو، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، تهران، دادگستر، بی تا.
۴۴. کاشف الغطاء، محمدحسین بن علی بن محمدرضا، تحریر المجله، نجف اشرف، المكتبة المرتضوية، ۱۴۱۴ ق.
۴۵. کرکی عاملی (محقق ثانی)، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم، مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، ۱۴۱۵ ق.
۴۶. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، فروع الکافی، بیروت، دار التعارف، دار الصعب، ۱۴۱۵ ق.
۴۷. گرجی، ابوالقاسم، بررسی تطبیقی حقوق خانواده، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۴ ش.
۴۸. مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی، بحار الانوار الجامعة لدرر اخبار الائمة اطهار (ع)، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۱۵ ق.

۴۹. محقق حلی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن حسن، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*، تهران، استقلال، ۱۴۰۹ ق.
۵۰. محقق داماد، سیدمصطفی، *بررسی فقهی حقوق خانواده، نکاح و انحلال آن*، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۵ ش.
۵۱. همو، «شرط فرزندآوری و یا عدم آن»، *فصلنامه فقه پزشکی*، شماره ۲، بهار ۱۳۸۹ ش.
۵۲. محمدیان، بهرام و آسیه رحیمی، *نگاهی دیگر به حقوق فرزندان از دیدگاه اسلام*، چاپ چهارم، تهران، انجمن اولیاء و مربیان، ۱۳۹۰ ش.
۵۳. مغنیه، محمدجواد، *الفصول الشرعیة علی مذهب الامامیه*، بیروت، بی نا، ۱۴۰۸ ق.
۵۴. مکارم شیرازی، ناصر، *احکام پزشکی*، گردآوری ابوالقاسم علیان‌نژادی، قم، مدرسه امام علی علیه السلام، ۱۴۲۹ ق.
۵۵. منصور، جهانگیر، *مجموعه قوانین و مقررات مربوط به خانواده*، تهران، دوران، ۱۳۹۵ ش.
۵۶. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، *تحریرالوسیله*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۶۸ ش.
۵۷. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *مصباح الاصول*، قم، کتاب‌فروشی داوری، ۱۴۱۷ ق.
۵۸. موسوی گلپایگانی، سیدمحمدرضا، *هدایة العباد*، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۱۳ ق.
۵۹. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن، *جامع الشتات فی اجوبة السؤالات*، چاپ سنگی، تهران، ۱۴۱۰ ق.
۶۰. میرزایی، علیرضا، *محشی قانون مدنی*، تهران، بهنامی، ۱۳۸۵ ش.
۶۱. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۱۸ ق.
۶۲. نراقی، ملااحمد بن محمد مهدی، *عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال والحرام*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۶۳. نظری توکلی، سعید، *حضانة کودکان در فقه اسلامی*، تهران، سمت، ۱۳۹۲ ش.
۶۴. نقیبی، سیدابوالقاسم، «حریم خصوصی در مناسبات و روابط اعضای خانواده»، *دوفصلنامه علمی - ترویجی فقه و حقوق خانواده (ندای صادق)*، شماره ۵۲، بهار و تابستان ۱۳۸۹ ش.
۶۵. نقیبی، سیدابوالقاسم و سیدمحمدعلی صدر طباطبایی، «جایگاه توالد و تناسل در حقوق و اخلاق اسلامی»، *فصلنامه اخلاق زیستی*، سال پنجم، شماره ۱۷، پاییز ۱۳۹۴ ش.
۶۶. ون بون، جرال‌الدین، *ایران و معیارهای بین‌المللی دادرسی نوجوانان (مجموعه سخنرانی‌های ارائه شده در کارگاه آموزشی دادرسی ویژه نوجوانان)*، تهران، صندوق کودکان سازمان ملل متحد، ۱۳۷۸ ش.

# بررسی جریان احکام فضولی در عقود عهدی از منظر فقه امامیه، حقوق ایران و انگلستان\*

- حامد خویاری<sup>۱</sup>
- سیدمحمدصادق طباطبایی<sup>۲</sup>
- علیرضا آرش‌پور<sup>۳</sup>

## چکیده

اغلب حقوق دانان، معاملات فضولی در نظام حقوقی ایران را از جمله قواعد عمومی قراردادها دانسته و آن را به عقود اذنی و عهدی گسترش داده‌اند. این تعمیم، موجب ایجاد احکامی شده که بعضاً مغایر نظم عمومی است؛ برای مثال، اصیل را پایبند به عقدی می‌کند که متعهد آن برای او ناشناخته است. از سوی دیگر، قول به کشف در عقود عهدی‌ای که صرفاً موجب حکم تکلیفی‌اند، ممکن نیست. در حقوق انگلستان، معامله مال غیر برای فضول یا مالک ممکن است به صورت عهدی ایجاد شود که در صورت اول، امری استثنایی و در صورت دوم مطابق قاعده است. پیچیدگی‌های فقه امامیه در تفکیک احکام

\* تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۵/۱۵ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۱۰/۲۱.

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه اصفهان (h.khubyari@gmail.com).

۲. دانشیار گروه حقوق دانشگاه اصفهان (نویسنده مسئول) (tabatabaei@ase.ui.ac.ir).

۳. استادیار گروه حقوق دانشگاه اصفهان (a.arashpour@ase.ui.ac.ir).

تکلیفی از وضعی و همین طور نظام‌مندتر بودن دستگاه استدلالی فقه نسبت به حقوق انگلستان. باعث محدودتر شدن دایره امکان انعقاد عقود عهدی به صورت فضولی در حقوق ایران شده است.

در این نوشتار با بررسی تطبیقی احکام عقود عهدی و آثار عقود فضولی در فقه امامیه، حقوق ایران و انگلستان به این نتیجه می‌رسیم که انعقاد عقد عهدی به صورت فضولی در حقوق ایران، قاعده‌ای عام در قراردادها نیست و تنها در صورتی امکان‌پذیر است که مورد معامله یا موضوع تعهد، مال متعلق به دیگری باشد و چنانچه فعل متعهد بوده، زمانی ممکن است که واجد آثار مالی باشد.

**واژگان کلیدی:** عقد عهدی فضولی، حکم تکلیفی و وضعی، تعهد به فعل ثالث، اصل لزوم.

### مقدمه

در حقوق ایران، اثر عقد ممکن است ایجاد تملیک، تعهد، نیابت و امور اعتباری دیگری از این قبیل باشد. بنابراین اثر عقد را نباید آن گونه که برخی پنداشته‌اند، به ایجاد تعهد محدود کرد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۹: ۶). این تلقی اشتباه از اثر عقد، ناشی از تعریف ماده ۱۸۳ قانون مدنی از عقد می‌باشد. منتقدان معتقدند که این ماده، ترجمه ماده ۱۱۰۱ قانون مدنی فرانسه است که عقد را «عبارت از تراضی دو طرف مبنی بر تعهد انتقال مالکیت و یا تعهد انجام عمل یا تعهد ترک عمل معین» می‌داند (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۶/۱). علی‌رغم نظر فوق، می‌توان گفت که تأثیرپذیری قانون مدنی ایران در نحوه نگارش ماده فوق از حقوق فرانسه، بدون توجه به ریشه‌های فقهی این بحث نبوده است. در فقه امامیه، استعمال واژه عهد در معنای سببی عقد بی سابقه نیست و بسیاری، عبارت «کُلّ عقد عهد» را امری مسلم دانسته (مجاهد طباطبایی حائری، ۱۲۹۶: ۵۴۴) و عقد را «رابط أحد الالتزامین بالآخر» معنا کرده‌اند (غروی اصفهانی، ۱۴۲۷: ۲۸۴/۱). بنابراین قانون مدنی ایران، بر خلاف قانون مدنی فرانسه، عقد را در کاربرد سببی آن تعریف کرده است (الشریف، ۱۳۹۳: ۴۴) و نباید اثر عقد را به ایجاد تعهد محدود کرد. امروزه تقسیم‌بندی رایج در بین حقوق‌دانان ایران، تقسیم عقود به تملیکی، اذنی و عهدی است (شهبازی، ۱۳۹۳: ۶۳). در مقاله حاضر نیز آنچه مدنظر بوده، عقود عهدی در عرض عقود

تملیکی و اذنی است.

مشهور فقها و اغلب حقوق دانان، معاملات فضولی را از جمله قواعد عمومی قراردادها می‌دانند و احکام آن را علاوه بر عقود تملیکی، به عقود عهدی و اذنی تسری می‌دهند. منشأ ایجاد عقد فضولی در معاملات، به روایت مشهور عروه بارقی برمی‌گردد. فقها در توجیه حکم عدم نفوذ این نوع معاملات، دلایل و تقسیم‌بندی‌های بسیاری آورده‌اند. هرچند برخی از فقهای متقدم امامیه در بعضی آثار خویش، معامله فضولی را باطل دانسته‌اند (طوسی، بی‌تا: ۱۶۸/۳)، اما آنچه امروز در بین فقها مشهور و در قانون مدنی پذیرفته شده، عدم نفوذ معاملات شخص فاقد سمت است. از سوی دیگر و علی‌رغم آنکه حقوق دانان، به خلاف اصل نسبی بودن معامله فضولی اذعان دارند (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۵۷/۲؛ شهیدی، ۱۳۹۲: ۲۱۰)، بعضی از مبانی ارائه‌شده توسط فقها و حقوق دانان جهت حکم معامله فضولی موجب شده است که احکام این معاملات، قابل تعمیم به انواع عقود باشد و ذیل قواعد عمومی قراردادها قرار گیرد. بی‌شک تعمیم ناروای این احکام، منجر به اختلال در نظم تجاری و سوءاستفاده احتمالی فرصت‌طلبان خواهد شد. نکته جالب توجه آن است که بسیاری از حقوق دانان که به تفاوت عقود عهدی توجه داشته‌اند، فضولی در عقود عهدی را به طور جداگانه بررسی کرده و با مقدمه عمومی بودن قواعد احکام فضولی، جریان این احکام در عقود عهدی را بدیهی دانسته‌اند (قاسم‌زاده، ۱۳۸۸: ۱۰۹؛ ناصری مقدم، ۱۳۹۱: ۱۷۱). از بین آثار حقوقی، تنها مقاله‌ای مختصر با عنوان «اجازه وارث معامله فضولی در قانون مدنی ایران» (ره‌پیک، ۱۳۷۶) در امکان انعقاد عقود عهدی به نحو فضولی تشکیک کرده است. در بین فقها اما علامه نائینی در کتاب *منیة الطالب فی حاشیة المکاسب* در رد امکان عقود اذنی فضولی، استدلالات مبسوطی آورده است که برخی از این احتجاجات در مقاله حاضر نیز کارآمد خواهد بود.

نگاه تطبیقی به عقد فضولی در حقوق انگلستان، ما را به این نتیجه می‌رساند که اعمال مناسب احکام فضولی، نه تنها مغایر نظم تجاری نبوده، بلکه اقتضای نظم عمومی و روابط روز تجاری است. افزون بر اینکه مقایسه و تطبیق مبنای این نوع معاملات در حقوق ایران و انگلیس نشان می‌دهد که بازه معاملات فضولی در حقوق

ایران محدودتر و قاعده‌مندتر است.

در ادامه و در راستای تحلیل مطالب فوق ابتدا به تعریف، بررسی مبانی و آثار معامله فضولی پرداخته و سپس ماهیت و آثار عقود عهدی را مورد مطالعه قرار خواهیم داد. در نهایت و با توجه به مقدمات مذکور، امکان جریان احکام فضولی در عقود عهدی را بررسی خواهیم کرد.

### ۱. معامله فضولی، مبانی و آثار آن

عقد فضولی عقدی است که غیر مالک، آن را بدون اذن از طرف کسی که به اذن او نیاز است، انجام می‌دهد (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۸: ۴۹/۲). مشهور فقها و اغلب حقوق‌دانان، عقد فضولی را از آن رو که دارای تمامی شرایط صحت عقد است، صحیح می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۰۲/۲). از طرف دیگر به نظر ایشان، صحت بیع فضولی لزومی نبوده و تأهلی است؛ به همین دلیل علی‌رغم ایجاد اثر، تمامی آثار عقد نافذ بر آن بار نمی‌شود (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۸: ۴۹/۲). مطابق با مواد قانون مدنی، عقد فضولی ممکن است برای خود فضولی (مستنبط از مواد ۱۹۷ و ۳۰۴) یا برای ذی‌حق (ماده ۶۷۴) منعقد گردد. علی‌رغم تفاوت در قصد فضولی، حکم معامله در هر دو صورت عدم نفوذ است.

در حقوق انگلستان، قاعده<sup>۱</sup> آن است که هیچ کس نمی‌تواند رابطه‌ای برتر از آنچه خود با مال دارد، به دیگری منتقل نماید (فاقد شیء نمی‌تواند معطی آن باشد). ماده ۲۱ قانون فروش کالا (۱۹۷۹) در این باره مقرر می‌دارد:

«مطابق با این قانون، چنانچه کالاها توسط شخصی جز مالک آن‌ها که صلاحیت قانونی یا رضایت از طرف مالک نداشته باشد، فروخته شود، خریدار رابطه‌ای بهتر از آنچه فروشنده داشته، به دست نخواهد آورد».

روابط تجاری و نیازهای معاملات در دنیای جدید موجب شد که در سال ۱۸۲۳، قانون عاملین، استثنائات وارد بر قاعده "Nemo dat" را پایه‌گذاری کند

1. Nemo dat quod non habet.



(Holdsworth, 1903: 383). این استثنائات در مواد ۲۳ تا ۲۵ قانون فروش کالا مصوب ۱۹۷۹، تکمیل و احصا گردید. بنابراین در حقوق انگلستان بر خلاف حقوق ایران، معامله مال غیر، قاعده عمومی در قراردادها تلقی نمی‌شود. علاوه بر استثنائات وارد بر قاعده "Nemo dat"، در حقوق انگلستان معامله به مال غیر، ممکن است در اثر عمل خارج از حدود اذن وکیل یا شخصی انجام شود که تظاهر به نمایندگی از سوی صاحب کالا می‌کند (Dalley, 2011: 526). بر خلاف حکم استثنائات فوق‌الذکر که صحت معاملات است، معاملات اخیر قابل تنفیذ توسط مالک می‌باشد. مقررات مربوط به این دست از معاملات، از قاعده لاتینی استخراج شده که مقرر می‌دارد:

«رضایت به عمل انجام‌شده، عطف به ماسبق شده و عمل را در حکم عمل اجازه‌دهنده قرار می‌دهد»<sup>۱</sup>.

نکته قابل توجه آنکه رویه قضایی انگلستان<sup>۲</sup> و اغلب حقوق‌دانان این کشور (Furmston, 2017: 600)، نمایندگی ناشی از تنفیذ را تنها در صورتی ممکن می‌دانند که فضول به قصد خود جهت انعقاد معامله برای دیگری اذعان نموده باشد. همان‌طور که پیداست، استثنائات قاعده "Nemo dat" در مورد معامله فضول برای خود و نمایندگی ناشی از تنفیذ، در مورد معامله فضول برای مالک مقرر شده است. بنابراین بر خلاف فقه امامیه و حقوق ایران که حکم معاملات فضولی را عدم نفوذ می‌دانند، در حقوق انگلستان، معامله فضول برای خود در حدود استثنائات، صحیح و برای غیر، قابل تنفیذ است. در ادامه به اختصار، مبانی و آثار معامله فضولی را در هر دو نظام حقوقی بررسی خواهیم کرد.

### ۱-۱. مبانی معامله فضولی

فقه‌های امامیه تلاش کرده‌اند تا حکم معامله شخص فاقد سمت را با توجه به مبانی تشکیل و تأثیر عقود توجیه نمایند. اغلب فقها، علت حکم عدم نفوذ (صحت تأهلی) عقود فضولی را فقدان رضایت مالک دانسته‌اند (به نقل از: محقق داماد و همکاران، ۱۳۸۹:

1. Omnis Ratihabitio Retrotrahitur Et Mandato Priori Aequiparatur.

2. Keighley Maxted & Co. v. Durant [1901] AC 240.

۳۲۹/۲) که مورد قبول بسیاری از حقوق‌دانان قرار گرفته است (امامی، ۱۳۶۸: ۳۵۶/۱؛ شهیدی، ۱۳۹۱ الف: ۴۳). عده‌ای از طرفداران نظریه فقدان رضا، اعلام رضایت مالک را به اذن وی تشبیه می‌کنند که کاشف از وجود رضایت در زمان انعقاد عقد است (رشتی، ۱۳۱۰: ۱۸۴). اجازه یا رد در نظر ایشان، کیف نفسانی بوده و عمل حقوقی تلقی نمی‌شود؛ به همین دلیل می‌توان بعد از رد نیز معامله را قبول نمود (همان). قسمت نخست استنتاج ایشان، مورد قبول ماده ۲۴۷ قانون مدنی قرار نگرفته و با قسمت اخیر آن در ماده ۲۵۰ مخالفت شده است. اغلب طرفداران این نظریه اما رضای مالک را شرط متأخر نفوذ عقد می‌دانند (حکیم، ۱۳۷۵: ۲۹۷؛ منتظری، ۱۴۱۵: ۱۶۵). مطابق با این نظر، اجازه بر عقد تعلق پیدا می‌کند و به معنای رضایت بر مضمون عقدی است که پیش از اجازه تحقق یافته و تنها کمبود آن رضایت است که آن نیز با اجازه تکمیل می‌شود (باقری اصل، ۱۳۹۳: ۱۲۵). مفاد مواد مربوط به معامله فضولی، نشان از عدم پذیرش این نظر توسط قانون‌گذار مدنی دارد؛ برای مثال، ماده ۲۴۷ قانون مدنی، رضایت باطنی مالک را جهت تنفیذ عقد کافی ندانسته است؛ حال آنکه مطابق با این نظر، چنانچه رضایت باطنی مالک در زمان عقد احراز شود، باید معامله را نافذ پنداشت. افزون بر اینکه مطابق با این نظر، چنانچه شخصی مالی را به عنوان فضولی معامله نماید و بعد معلوم شود که آن مال، ملک معامله‌کننده یا ملک کسی بوده است که معامله‌کننده می‌توانسته از قبیل او ولایتاً یا وکالتاً معامله نماید، عقد نافذ است (موسوی خمینی، ۱۳۹۲: ۵۴۳/۱)؛ زیرا معامله‌کننده، مالک است و رضایت مالک حین عقد موجود است. این نتیجه نیز مغایر منطوق ماده ۲۵۵ قانون مدنی است. در نهایت مطابق با نظریه «فقدان رضا»، وجود رضایت جهت استناد آثار عقد به مالک کافی خواهد بود. تالی فاسد این نظریه را می‌توان در مقررات مربوط به وکالت مشاهده کرد. چنانچه رضایت لاحق را در استناد آثار عقد به مالک کافی بدانیم، باید برای رضایت سابق نیز قائل به این قدرت باشیم. می‌دانیم اعطای نیابت به وکیل، آثار عمل حقوقی وی را منتسب به موکل خواهد کرد؛ از سوی دیگر می‌دانیم اعطای نیابت، امری انشایی و نیازمند قصد انشاء است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲: ۸۷). این گزاره که در باب وکالت قانون مدنی نیز پذیرفته شده است، با کافی دانستن رضایت، جهت استناد آثار عقد به مالک در تعارض است.

طرفداران نظریه فقدان رضا، اغلب حالت عقد فضولی را با عقد اکراهی مقایسه می‌کنند (حسینی روحانی، ۱۴۱۸: ۴۰/۴). همین امر باعث می‌شود که معامله فضولی علی‌رغم منشأ خاص خود، همچون معامله اکراهی، وضعیتی مطابق با قواعد عمومی قراردادها تلقی شود و در تمامی انواع عقود جریان یابد. مخالفان این نظریه، عقد فضولی را عقدی کامل می‌دانند که بالقوه قابل استناد به مالک است و تنها نقص آن عدم انتساب می‌باشد (غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۲۱۰/۱). مطابق با این نظر، آنچه مهم است، قابلیت استناد اثر عقد به مالک و امکان رد یا تنفیذ از طرف وی است (موسوی خمینی، ۱۴۱۸: ۴۲۶). بنابراین منتقدان نظریه فقدان رضا، علت عدم نفوذ عقد اکراهی و فضولی را یکسان ندانسته و هرچند در عقد اکراهی فقدان رضا را جهت حکم به عدم نفوذ می‌پذیرند، اما در مورد عقد فضولی معتقدند که علاوه بر رضای مالک، استناد عقد به مالک نیز وجود ندارد (همان). نکته کلیدی در نظریه استناد به مالک، قابلیت استناد است؛ به این معنا که متعلق عقد، قابلیت استناد به مالک را داشته باشد. این امر ممکن است به دلیل مالکیت شخص بر موضوع معامله حاصل شده باشد یا آنکه قصد هر دو طرف، انشای معامله برای غیر باشد. مضمون ماده ۱۹۷ قانون مدنی مؤید این ادعاست. ماده ۱۹۷ که در تکمیل ماده ۱۹۶ آورده شده، نشان از این دارد که اگر موضوع معامله، عین متعلق به غیر باشد، احتساب عقد برای مالک، نیازی به اثبات قصد معامله‌کننده مبنی بر معامله برای دیگری ندارد. با توجه به مطالب فوق می‌توان گفت: ۱- در مواردی که فضول به عین متعلق به غیر معامله می‌کند، استناد اثر عقد به غیر، منطقی است (همان). خواهیم دید که این گزاره در معامله به عین معین متعلق به غیر، در حقوق انگلستان نیز صادق است. ۲- اما چنانچه در عقد فضولی، فضول نامی از غیر نبرده و صرفاً تعهد یا اذن ثالث را موضوع معامله قرار دهد، عقد قابلیت استناد به غیر را نداشته و اثر عقد در قالب تعهد به فعل ثالث، به فضول مستند خواهد بود (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰: ۱۰۸/۲). ۳- علی‌رغم آنچه گفته شد، اگر فضول قصد نمایندگی خود را افشا کند یا وکیلی، خارج از حدود اذن اقدام به معامله نماید، قابلیت استناد اثر عقد به غیر، متعلق قصد اصیل و فضول قرار گرفته و از این رو حقی برای غیر در تنفیذ معامله ایجاد می‌شود. ۴- در غیر این صورت، اگر وکیل واقعاً قصد معامله برای غیر را داشته باشد، ولی آن را پنهان کند، جز در

مواردی که موضوع معامله، عین متعلق به غیر است، قرارداد به دلیل عدم مطابقت ایجاب و قبول، باطل و غیر قابل استناد به مالک خواهد بود (قنوازی، ۱۳۸۳: ۲۳۷). در قانون مدنی نیز موادی که جهالت اصیل را نسبت به فضولی بودن معامله می‌پذیرند، به مواردی اختصاص دارند که موضوع معامله، مال متعلق به غیر باشد؛ از جمله در ایفاء ناروا (ماده ۳۰۴) و غصب (ماده ۳۲۵)، که شرط تصرف، ظهور در عین معین بودن مال مورد معامله دارد و ماده ۲۶۳ قانون مدنی که ذیل معامله مال غیر مطرح شده است. از بررسی نظریه فقدان رضا و استناد به مالک مشخص می‌شود که قائلان به نظر نخست، با ترمیم ساختار عقد، سعی در تکمیل آن دارند و نتیجتاً احکام فضولی را در تمامی انواع عقد مجری می‌دانند؛ اما موافقان نظریه دوم، تنها انعقاد عقود را به صورت فضولی ممکن می‌دانند که قابلیت استناد به مالک را داشته باشند. نکته جالب توجه که در ادامه به آن می‌پردازیم، شباهت زیاد موارد چهارگانه فوق به قواعد انتقال مال غیر در حقوق انگلستان است.

برخی از حقوق دانان ایرانی جهت توجیه حکم معاملات فضولی، نظریه نمایندگی ناشی از تنفیذ را به کار برده، معتقدند مالک صلاحیت لازم را به فضول اعطا می‌کند تا بتواند از طرف مالک اقدام کند و مالک قائم مقام او به شمار آید. بنابراین اگر بتوان رضای مالک را در گذشته معتبر دانست، می‌توان این شأن را برای اعطای صلاحیت برای گذشته نیز در نظر گرفت (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۱۳/۲). این نظریه توسط حقوق دانان بسیاری مورد انتقاد قرار گرفته است و به نظر می‌رسد با هیچ یک از مبانی حقوقی ایران سازگار نیست، به ویژه آنکه نمی‌تواند توجیه کننده معاملات فضول برای خود باشد (صفایی و همکاران، ۱۳۸۰: ۹۸؛ آل کاشف‌الغطاء، بی تا: ۴۸/۴). بر خلاف حقوق ایران و فقه امامیه، در حقوق انگلستان، نمایندگی از طریق تنفیذ<sup>۱</sup> و اجازه عمل فضولی، یکی از موارد شناخته شده نمایندگی است. در این حالت در اثر تنفیذ متعاقب مالک، عقد فضول به وی منتسب می‌شود.<sup>۲</sup> بنابراین اگر کسی خانه همسایه الف را به نیابت از الف تصرف نماید؛ تصرف وی توسط الف قابل تنفیذ است (Phillimore, 1856: 110). نکته

1. Agency resulting from ratification.

2. Omnis ratihabitio retrotrahitur et mandato priori aequiparatur.

جالب توجه آنکه در حقوق انگلستان نیز این نظریه مبنای معاملاتی است که شخص فصول برای مالک منعقد می‌سازد و نه برای خود. از این رو اغلب حقوق دانان انگلیسی معتقدند چنانچه فصول قصد خود مبنی بر معامله برای غیر را پنهان کند، معامله قابل تنفیذ توسط مالک نخواهد بود.<sup>۱</sup> این همان امکان و قابلیت استناد اثر عقد به ذی حق است که در حقوق ایران نیز مورد بررسی قرار گرفت.

بر خلاف تمامی نظرات فوق، برخی از حقوق دانان معتقدند که عقد فضولی به دلیل عدم امکان صدور قصد انشاء صحیح از شخص فاقد سمت، باطل است؛ اما قانون‌گذار نظر به بعضی مصالح موجود، عقد را در حکم صحیح (غیر نافذ) تلقی می‌کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳: ۳۰۳/۱). در این نظریه که «اداره قرارداد» نامیده می‌شود، اراده قانون‌گذار در نقش مصحح عقد قرار می‌گیرد (بیرعطایی، ۱۳۸۸: ۱۹). از منظر تحلیلی، این ایده را می‌توان چنین نقد کرد که اگر هیچ اثر حقوقی، زائیده اراده طرفین قرارداد نبوده است، قانون‌گذار چگونه می‌تواند این امر معدوم را صحیح در نظر بگیرد؟ غیر نافذ دانستن عمل حقوقی باطلی که سابقاً رخ داده است، اعتبار کردن امر معدوم به موجود است که البته در صلاحیت قانون‌گذار نیست. بر خلاف آنچه گفته شد، به نظر می‌رسد این نظریه بتواند استثنائات قاعده «Nemo dat» در حقوق انگلستان را توجیه کند؛ چرا که از نظر حقوق دانان انگلیسی، استثنائات قاعده مذکور اساساً باطل اند و نفوذ خود را وامدار اراده قانون‌گذارند (Rhys Thomas, 2011: 153). نکته جالب توجه آنکه در حقوق انگلستان، نه در مورد استثنائات فوق‌الذکر و نه در مورد نظریه نمایندگی ناشی از تنفیذ، به هیچ یک از ایرادات منطقی که فقهای امامیه مطرح کرده‌اند، اشاره نشده است؛ برای مثال، می‌دانیم که امر انشایی، یا موجود است یا معدوم، و نمی‌تواند مانند رضا، قبل یا بعد از قصد وجود بیابد؛ چرا که خود از اسباب ایجاد بوده و به همین استدلال، فقها و حقوق دانان تعلیق در انشاء را محال دانسته‌اند (محسنی، ۱۳۹۰: ۱۸۰). این استدلال منطقی اما در نظریه نمایندگی ناشی از تنفیذ، حتی مورد بحث قرار نگرفته و همین طور است اعتبار امر معدوم به موجود در استثنائات

1. Durant & Co. v. Roberts & Keighle, Maxsted & Co., [1900] 1 Q.B. 629 at 630 (C.A.).

قاعده "Nemo dat".

از بررسی و نقد نظریات فوق می‌توان نتیجه گرفت که در حقوق ایران بر خلاف آنچه اغلب حقوق‌دانان پنداشته‌اند، نظریه استناد به مالک پذیرفته شده است. به این ترتیب، جهت امکان‌سنجی انعقاد عقد به صورت فضولی باید به قابلیت استناد عقد توجه کرد. این قابلیت در عقود تملیکی به دلیل آنکه معمولاً مورد معامله مال است و نه فعل (برگرفته از ماده ۲۱۴ قانون مدنی) وجود داشته و فهم رابطه مالک با عقد ساده‌تر است. در ادامه پس از بررسی آثار معامله فضولی و ماهیت عقود عهدی، خواهیم دید که آیا این قابلیت در عقودی که موضوع آن‌ها فعل دیگری است نیز جاری می‌شود؟

## ۲-۱. آثار معامله فضولی

بررسی آثار فقها و حقوق‌دانان انگلیسی نشان می‌دهد که آثار معاملات فضولی در حقوق ایران و انگلستان شباهت بسیاری به یکدیگر دارند. عمده این آثار را می‌توان در دو مورد خلاصه نمود:

**الف) جواز رد یا تنفیذ:** از مواد مربوط به معامله فضولی پیداست که مهم‌ترین اثر آن، جواز رد یا تنفیذ معامله برای ذی‌نفع است. پرسش اصلی آن است که چه چیزی موجب ایجاد این حق است؟ برخی فقها، جواز تنفیذ را صراحتاً از آثار مالکیت بر مال مورد معامله دانسته‌اند (انصاری، ۱۴۱۵: ۴۲۷/۳). از همین رو علی‌رغم آنکه مشهور جواز رد یا تنفیذ را حکم می‌دانند، حکم به قابلیت توارث آن داده‌اند. ایشان جواز مذکور را از آثار ملک دانسته‌اند و نه مالکیت (غروی اصفهانی، ۱۴۲۷: ۱۸۷/۲). به این ترتیب، توارث جواز مانند توارث حق نبوده و جنبه تبعی و فرعی دارد (رهیبک، ۱۳۷۶: ۷۲؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰: ۱۶۰/۱). در حقوق انگلستان، عقد فضول عقد کاملی تلقی می‌شود که با رضایت ثالث و قصد انشاء وی منعقد شده است. البته ممکن است فضول بر خلاف واقعیت، خود را نماینده شخصی معرفی کند که در این صورت نیز عقد کاملی بین ثالث و فضول منعقد شده و فضول در هر صورت برای اجرای تعهدات ناشی از عقد، در برابر ثالث مسئول است (Dalley, 2011: 506). بنابراین قصد انشای عقد برای مالک، بین ثالث و فضول بالقوه قابلیت استناد را ایجاد کرده و این قابلیت استناد، حق تنفیذ را برای مالک

به وجود آورده است.

ب) پایبندی اصیل: نظر مشهور در فقه امامیه، حقوق ایران و حقوق انگلستان، آن است که پس از انعقاد عقد فضولی، اصیل به عنوان طرف عقد، پایبند به آن خواهد بود. مالک اما به دلیل اینکه در قرارداد نقشی نداشته است، پیش از تنفیذ، تعهدی در برابر اصیل ندارد. در حقوق ایران، حکم پایبندی اصیل به قرارداد فضولی را می‌توان از ماده ۲۵۲ قانون مدنی برداشت کرد. به نظر می‌رسد که پایبندی اصیل، ناشی از قصد انشاء او در انعقاد قرارداد است (Huffcut, 1895: 37)؛ چرا که مباشرت مالک در انعقاد عقد شرط نبوده و بنابراین معامله فضولی می‌تواند از مصادیق عقد شمرده شود (نجفی، ۱۹۸۱: ۲۲/۲۷۶). کبرای قیاس، آیه شریفه ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ بوده و نتیجه این استدلال، وجوب وفای طرفین به عقد فضولی است. از آن رو که مالک، طرف عقد نیست، مشمول حکم وفای به عقد قرار نمی‌گیرد. از طرف دیگر، پایبندی فضولی که عین متعلق به غیر را معامله کرده یا قصد نمایندگی خود را آشکار نموده، عقلاً منتفی است. این نتیجه منطقی، مورد تأیید برخی از فقها (غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۱/۲۴۷) و حقوق دانان (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۲/۱۴۲) قرار گرفته است.

## ۲. عقود عهدی و آثار آن

برخی حقوق دانان معتقدند:

«اگر موضوع عقد و مفاد آن، ایجاد یا انتقال تعهد باشد، عقد عهدی خواهد بود» (محقق داماد و همکاران، ۱۳۹۲: ۱/۱۶۴).

ایشان برای انتقال تعهد، عقد ضمان را مثال زده‌اند؛ در حالی که ضمان عقدی، انتقال ما فی الذمه بوده و انتقال تعهد محسوب نمی‌شود. انتقال تعهد، در ضمان عهده نیز مصداق نداشته و می‌تواند ذیل عنوان ایجاد تعهد قرار گیرد. برخی سقوط تعهد را به موضوع عقود عهدی اضافه کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱/۷۵) که با توجه به تقسیم‌بندی فوق‌الذکر و ایجابی بودن مفهوم تعهد، صحیح به نظر نمی‌رسد. بنابراین موضوع و مفاد عقود عهدی را باید ایجاد تعهد دانست.

پس از تبیین موضوع عقود عهدی، نوبت شناسایی موضوع تعهد در فقه امامیه و

حقوق ایران خواهد بود. حقوق دانان معتقدند که تعهد، واجد دو چهره مالی و شخصی است. ایشان موضوع تعهد را شامل تعهد به تملیک، به انجام دادن یا خودداری از کاری می‌دانند که مورد نخست، چهره مالی تعهد و دو صورت اخیر، جلوه شخصی تعهد است (همو، ۱۳۹۱ ج: ۴۷). از این منظر، موضوع تعهد ممکن است مال یا فعل دیگری باشد. در مقابل، اغلب فقها موضوع تعهد را فعل متعهد دانسته و اشتراط را موجب حق مالی نمی‌دانند (موسوی خویی، ۱۳۶۴: ۱۴۱/۲). مطابق این نظر، موضوع فعل متعهد می‌تواند تملیک، انجام یا خودداری باشد. بنابراین بین موضوع تعهد و موضوع فعل متعهد، اختلاف مرتبه وجود دارد. با بررسی دقیق‌تر می‌توان گفت که عقد عهدی موجب تعهد بوده و موضوع تعهد، فعل متعهد است (نعمت‌اللهی، ۱۳۹۳: ۱۰۴). موضوع فعل متعهد، اعم از اعمال حقوقی و افعال مادی خواهد بود که هر دو ممکن است به صورت ایجابی یا سلبی، به عهده متعهد جعل شوند. از طرف دیگر، موضوع اعمال حقوقی ممکن است عین خارجی، کلی یا عمل حقوقی متعهد باشد؛ برای مثال، موضوع فعل متعهد ممکن است تملیک یک خانه معین یا تملیک صد کیلو گندم به صورت کلی باشد. همین‌طور می‌توان طرف عقد را به عدم عزل وکیل یا اعطای وکالت در آینده متعهد کرد. صور اخیر همگی از اقسام عمل حقوقی هستند. با پذیرش گزاره‌های فوق می‌توان نتیجه گرفت که عقود عهدی، عهده متعهد را مشغول می‌کنند، نه ذمه او را؛ چرا که عهده، جایگاه تکلیف است و ذمه، جایگاه اموال کلی (صدر، ۱۳۷۹: ۶).

پرسشی که از این نتیجه برمی‌آید آن است که با توجه به جایگاه تعهدات (عهده)، عقود عهدی تنها موجب حکم تکلیفی هستند یا ممکن است سبب ایجاد حکم وضعی نیز قلمداد شوند؟ در ادامه به پاسخ این پرسش خواهیم پرداخت.

در حقوق انگلستان، قرارداد را یکی از منابع ایجاد تعهد، یا به معنای دقیق‌تر، قسمتی از حقوق تعهدات می‌دانند (Samuel, 2013: 14). این نظر چنان در تاریخ حقوق کامن‌لا ریشه داشته که طرح دعوی حقوقی را معادل «او به عهده گرفته است»<sup>۱</sup> نامیده‌اند

1. Assumpsit.



(Davies, 2016: 2). بنابراین تفاوتی بین فروش، تعهد به فروش، اجاره یا وکالت نیست. تمامی این عقود موجب تعهدند؛ هرچند در برخی عقود، تعهد به محض ایجاد، انجام می‌شود و در برخی، تعهدات برای اجرا به زمان نیاز دارند. موضوع تعهدات در حقوق انگلستان ممکن است انتقال رابطه مال معین، انجام دادن یا خودداری از انجام کاری باشد (Stasi, 2016: 73). برای لازم‌الاجرا دانستن قرارداد، جز در موارد استثنایی، تعهدات ناشی از عقد باید دوطرفه باشند. حقوق‌دانان انگلیسی، این تعهدات را «عوض» نامیده و آن را به عنوان رکن قراردادهای لازم‌الاجرا ذیل «نظریه عوض» ساماندهی کرده‌اند (Emanuel, 2010: 91). این رویکرد را می‌توان در ضرب‌المثل مشهور «هیچ عوض، هیچ قرارداد»<sup>۱</sup> مشاهده کرد.

در نوشتار حاضر، منظور از عقد عهده‌ای در حقوق انگلستان، عقدی است که تعهدات ناشی از آن در طول زمان جریان دارد<sup>۲</sup> و از این نظر به عقد عهده‌ای به عنوان قسیم عقد تملیکی و اذنی در حقوق ایران شباهت دارد.

جهت تحلیل جریان احکام فضولی در عقود عهده‌ای، بررسی ویژگی‌های عقود عهده‌ای در فقه امامیه، حقوق ایران و انگلستان ضروری است. در ادامه نخست به بررسی وضعی یا تکلیفی بودن تعهدات ناشی از عقود عهده‌ای در فقه امامیه و حقوق ایران و سپس به جریان اصل لزوم در عقد عهده‌ای در دستگاه‌های حقوقی فوق‌الذکر خواهیم پرداخت.

## ۱-۲. وضعی یا تکلیفی بودن تعهدات در عقود عهده‌ای

احکام شرعی به دو گروه تکلیفی و وضعی تقسیم می‌شوند. احکام تکلیفی، احکامی هستند که به نحو اقتضاء یا تخیر، به افعال اختیاری بندگان تعلق می‌گیرند. در سوی مقابل، احکام وضعی مستقیماً به فعل اشخاص تعلق نگرفته و اقتضای آن‌ها، الزام، منع یا رخصت نیست (غروی نائینی، ۱۴۰۴: ۳۸۴/۴). برای احکام وضعی، مالکیت، زوجیت، اهلیت، سببیت، مانعیت، شرطیت، صحت و بطلان را مثال زده‌اند (محقق داماد،

1. No consideration, No contract.  
2. Executory Contract.

۱۳۸۸: ۲۸). بنابراین می‌توان گفت که متعلق احکام تکلیفی، فعل اشخاص، و متعلق احکام وضعی، ذوات اشخاص (زوجیت)، یا اشیاء مرتبط با ایشان است (صدر، بی‌تا: ۶۱/۱). در فقه امامیه، مباحث بسیاری راجع به چگونگی جعل احکام وضعی، از جمله استقلال آن‌ها از احکام تکلیفی یا تبعیت آن‌ها از یکدیگر مطرح شده است که بررسی اختلافات، از حوصله این نوشتار خارج است.

دانستیم که موضوع عقود عهدی، فعل متعهد است و بنا بر آیه شریفه ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ پایبندی متعهد، موضوع حکم تکلیفی وجوب است (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۷/۵). از سوی دیگر، فعل متعهد اعم از عمل حقوقی و مادی بوده و گاهی موضوع عمل حقوقی، عین معین متعلق به متعهد است. در این صورت عین معین مذکور، به صورت ثانوی، موضوع حق متعهدله خواهد بود (موسوی خویی، ۱۴۱۴: ۲۴۸/۱). بنابراین اگر در عقدی، شخصی متعهد به انتقال خانه خود به دیگری شود، حق متعهدله، اولاً به فعل متعهد و ثانیاً به خانه او تعلق گرفته است. روشن است که چنانچه موضوع فعل متعهد، فعل مادی یا عمل حقوقی بدون موضوعیت عین معین باشد، موضوع تعهد اولاً و ثانیاً فعل متعهد است. در صورت نخست، عین معین موضوع حکم وضعی بوده و در صورت اخیر، فعل متعهد موضوع حکم تکلیفی است. از این گزاره می‌توان نتیجه گرفت که در فقه امامیه، عقود عهدی علی‌القاعده موجب حکم تکلیفی هستند؛ مگر در مواردی که موضوع تعهد، عین معین باشد. بنا بر آنچه گفته شد، تعهد به تملیک را نباید با تعهدات ناشی از تملیک یکسان دانست. همان‌طور که بیان شد، در نوع نخست، متعلق تعهد ابتدائاً فعل و متعلق فعل مال است؛ اما در نوع اخیر، ابتدا و مستقیماً حکم وضعی مالکیت ایجاد شده و سپس متعاملین، متعهد به تسلیم عوضین خواهند بود. به این ترتیب، طرفین می‌توانند آنچه را مالک شده‌اند، به دیگری منتقل نمایند؛ اما عمل حقوقی تعهد به تملیک، به خودی خود فاقد ارزش مالی مستقیم است.

مواد قانون مدنی نیز موافق این نتیجه است. برای مثال در مواد ۴۵۴، ۴۶۰، ۷۹۳، ۸۷۱ موضوع تعهد «من علیه الخيار»، راهن یا وراث عین معین است. از همین رو معامله به عین متعلق حق دیگری نافذ شمرده نشده است. در سوی مقابل، مواد ۲۳۹ و ۷۶۹ ناظر به حکم تکلیفی مترتب بر تعهد است. در ماده ۲۳۹ قانون مدنی، ضمانت

اجرای عدم انجام تعهد به ترتیب الزام، تبدیل عامل به خرج متعهد و نهایتاً حق فسخ دانسته شده است. بنابراین بر خلاف اجاره اشخاص که تملیک عمل است، در عقود عهده‌ای، فعل قابل تقویم به پول نبوده و نهایتاً برای متعهدله می‌توان حق فسخ در نظر گرفت. ماده ۷۶۹ نیز با تأکید بر عدم توارث مسئولیت، نظر به حکم تکلیفی تعهد به پرداخت نفقه دارد (نعمت‌اللهی، ۱۳۹۱: ۱۹۱).

## ۲-۲. پابندی طرفین در عقود عهده‌ای

اغلب حقوق‌دانان ایرانی، لازم بودن را از خصوصیات تعهد دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۱ج: ۶۶). در لزوم عقود عهده‌ای معاوضی، تردیدی وجود ندارد؛ اما عقود عهده‌ای رایگان را باید زیرمجموعه ماده ۱۸۷ قانون مدنی دانست. مطابق با این ماده، عقد ممکن است نسبت به یک طرف لازم و نسبت به دیگری جایز باشد. ماده ۷۸۷، عقد رهن را به عنوان یک عقد عهده‌ای رایگان، از سوی راهن لازم و از سوی مرتهن جایز دانسته است. مورد دیگر عقد عهده‌ای رایگان، عقد کفالت است که از مضمون بند ۴ ماده ۷۴۶ می‌توان لزوم آن را نسبت به کفیل و جواز آن را نسبت به مکفول‌له برداشت کرد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰الف: ۲۷). نتیجه فوق را می‌توان به سایر عقود عهده‌ای رایگان تسری داد؛ برای مثال، حبس نوعی عقد عهده‌ای است که برای مالک لازم و از جهت منتفع جایز است (همو، ۱۳۸۸: ۱۹۵). با توجه به آنچه گفته شد می‌توان نتیجه گرفت که در حقوق ایران، عقود عهده‌ای معاوضی لازم است و عقود عهده‌ای رایگان از سوی ذی‌حق قابل فسخ و از سوی متعهد لازم می‌باشد. بدیهی است که تصور عقد عهده‌ای جایز با توجه به ذات تعهد ممکن نیست.

در حقوق انگلستان معمولاً دو تعهد در برابر هم قرار می‌گیرد<sup>۱</sup> و از این رو عقد برای طرفین لازم خواهد بود. صورت دیگر زمانی است که شخص الف برای خود تعهدی معلق، در صورت دریافت «عوض» از شخص ب ایجاد می‌نماید.<sup>۲</sup> در این صورت، عقد از سوی شخص الف لازم است و نمی‌تواند تعهد معلق خود را فسخ نماید

1. Bilateral Contract.  
2. Unilateral Contract.

(Davies, 2016: 41). انجام عمل توسط طرف قرارداد، قبول محسوب می‌شود و از این رو باید معلول اراده انشایی باشد. بنابراین شخص جاهل به ایجاب، مستحق عوض نخواهد بود.<sup>۱</sup> حالت اخیر، مشابه عقد جعاله در حقوق ایران است؛ با این تفاوت که جعاله در قانون مدنی از سوی طرفین جایز شناخته شده است. بنابراین در حقوق ایران و انگلستان، عقود عهدی‌ای وجود دارند که تنها برای یکی از طرفین تعهد ایجاد کرده و طرف مقابل را ملزم به رعایت مفاد عقد نمی‌کنند. پس از بررسی آثار معاملات فضولی، چرایی بررسی احکام عقود عهدی روشن خواهد شد.

### ۳. جریان احکام فضولی در عقود عهدی

با بررسی احکام معاملات عهدی و آثار معاملات فضولی می‌توان تحلیل دقیق‌تری نسبت به امکان انعقاد معاملات عهدی به صورت فضولی ارائه داد. در حقوق انگلستان، استثنائات قاعده "Nemo dat" شامل عقود عهدی از قبیل رهن می‌شود (ماده ۲۴ قانون فروش کالا). بنابراین ممکن است فضول مال دیگری را متعلق حق ثالث با حسن نیت قرار دهد. نکته قابل توجه در استثنائات قاعده فوق آن است که موضوع معامله فضول برای خود صرفاً می‌تواند عین متعلق به دیگری باشد (Rhys Thomas, 2008: 39). پیش از این دانستیم که مصادیق قانونی معامله فضول برای خود در حقوق ایران نیز محدود به مال متعلق به دیگری است و از این نظر به حقوق انگلستان شباهت دارد. تبعیت حقوق انگلستان از نمایندگی ناشی از تنفیذ، موجب شده است در معاملاتی که توسط فضول برای دیگری انجام می‌شود، محدودیتی وجود نداشته باشد. توضیح آنکه در نظریه مذکور، اراده انشایی عطف به ماسبق شده و فضول، نه حکماً که حقیقتاً نماینده مالک تلقی می‌شود (Rochvarg, 1989: 320). در حقوق ایران و فقه امامیه، مهم‌ترین چالش در تسری احکام فضولی به عقود عهدی، معطوف بودن آثار عقد عهدی به احکام تکلیفی و عدم مطابقت ایجاب با قبول است. در ادامه با بررسی موانع احکام فضولی در عقود عهدی، سعی در ساماندهی عقود عهدی فضولی خواهیم کرد.

1. Clarke v The Crown [1927] WALawRp 12.

### ۳-۱. عدم جریان فضولی در احکام تکلیفی

دانستیم که اثر عقود عهدی، جز در مواردی که موضوع عقد عین معین بوده و متعلق حق غیر قرار می‌گیرد، تنها حکم تکلیفی است. دو چهره تکلیفی و وضعی حکم عقود عهدی، از مواد قانون مدنی قابل استنباط است. هرچند در فقه صراحتاً بین مواردی که متعلق حق متعهدله، عین متعلق به دیگری بوده و آنجا که متعلق، فعل باشد، تفاوتی قائل نشده‌اند، اما با بررسی مثال‌ها می‌توان مورد اول را موجب حکم وضعی و مورد اخیر را موجب حکم تکلیفی صرف دانست؛ برای مثال، اگر متعلق شرط فعل حقوقی منفی، عمل متعهد باشد، تخلف از آن صحیح دانسته شده است. به این ترتیب، اگر زوج ضمن عقد ازدواج، تعهد به عدم ازدواج مجدد بدهد، متعلق حق زوجه فعل زوج بوده و تخلف از این شرط تنها موجب حکم تکلیفی است (وحید خراسانی، بی‌تا: ۳۱۸/۳). همین‌طور است شرط عدم عزل وکیل، ضمن عقد وکالت (کاتوزیان، ۱۳۹۱ الف: ۲۰۶/۴). در طرف مقابل، اگر شخصی تعهد به فروش خانه خود به دیگری نماید یا در برابر دیگری، متعهد به عدم فروش خانه خود شود، به علت ایجاد حکم وضعی و تعلق حق غیر به مال شخص (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۳۴۹/۵)، معامله بر مال، غیر نافذ است. در تعهد نخست نیز به دلیل پیدایش این حکم وضعی، چنانچه متعهد فوت کند، متعهدله می‌تواند تملیک عین را از حاکم تقاضا نماید. نفوذ گستره این نظر در بین حقوق دانان تا آن حد بوده است که برخی از ایشان، اثر چنین شرطی را پیدایش حق عینی تبعی در موضوع شرط دانسته‌اند (شهیدی، ۱۳۹۱ ب: ۳۱).

عقد عهدی‌ای که موضوع تعهد در آن، فعل حقوقی یا مادی باشد، موجب حکم تکلیفی است و از آن رو که جریان کشف در حکم تکلیفی عقلاً ممتنع است (موسوی خویی، ۱۴۱۷: ۲۸/۲)، می‌توان گفت که در این دسته از عقود عهدی، احکام فضولی راه ندارد. توضیح آنکه مطابق با نظریه کشف حکمی، پیش از تنفیذ، مالک منافع مال، مالک عین بوده و پس از تنفیذ، مالک همان منافع، اصیل قلمداد می‌شود. این دوگانگی مالک نسبت به مال واحد در زمان واحد، تنها در مورد احکام وضعی امکان دارد؛ چراکه احکام وضعی از امور اعتباری بوده و تابع مصلحت و مفسده شرعی نیستند. کلام یکی از فقهای معاصر در این زمینه مؤید این مطلب است:

«ولی در زمان بعد از اجازه حکم می‌شود که از اول منتقل شده است و این دو حکم وضعی به ملکیت یک مال در یک زمان، از آنجا که خود حکم‌های وضعی در دو زمان هستند، اشکال ندارد و مصلحت در خود این دو اعتبار وضعی است و می‌خواهد آثاری را بر خود این حکم وضعی - که متعدد و در دو زمان است - بار کند و در متعلق آن، که واحد است، نیست. ولیکن در احکام تکلیفی، این معقول نیست و نمی‌شود متعلق واحد در زمان واحد، هم مصلحت غالبه داشته باشد و هم مفسده غالبه [نمی‌تواند متعلق دو حکم اباحه و وجوب قرار گیرد]» (هاشمی شاهرودی، ۹۳/۱۰/۱۵).

به این ترتیب، هر چند می‌توان مالکیت منافع مالی را امروز برای الف اعتبار کرد و بعداً شخص دیگری را مالک منافع همان روز شناخت، نمی‌توان عملی را («امروز») بر شخصی مباح و بعداً آن عمل را در آن روز بر او واجب دانست. نکته دیگر آنکه قول به کشف، در عقد عهدی موجب حکم تکلیفی، ممتنع بوده و فایده حقوقی ندارد؛ برای مثال، تنفیذ یا رد شخصی که به صورت فضولی، عمل وی به نقاشی یا تعمیر خودرویی مورد معامله قرار گرفته است، تأثیری در گذشته عقد نخواهد داشت. این ایراد را برخی از فقها به جریان فضولی در عقود اذنی وارد دانسته‌اند (غروی نائینی، ۱۴۱۳: ۱/۴۴۶). البته باید پذیرفت این اشکال جایی وارد است که موضوع یا عوض تعهد، عین معین نباشد. از مطالب فوق می‌توان نتیجه گرفت چنانچه عقدی موجب حکم تکلیفی صرف باشد، به این معنا که نه عوض تعهد، نه موضوع تعهد و نه آثار آن متعلق حکم وضعی نباشد، جریان فضولی ممتنع خواهد بود؛ چرا که برای تنفیذ، اثر کشفی متصور نخواهد بود.

### ۲-۳. عدم پابندی اصیل در عقود عهدی رایگان

پیش از این گفته شد که متعهدله در عقود عهدی رایگان، حق اسقاط حق خود و در نتیجه انحلال عقد را دارد. این گزاره بدیهی در مواد ۲۴۴ و ۴۴۸ قانون مدنی مطابق با اصل «لکل ذی حق إسقاط حقه» منعکس شده است. در نظر بگیریید الف به صورت فضولی، حق انتفاع مال متعلق به ب را به مدت یک ماه به جیم واگذار کرده و به قبض وی داده باشد. پرسش این است که آیا جیم می‌تواند بدون اثبات ورود ضرر در اثر امتناع ب از رد یا تنفیذ قرارداد را به هم بزند؟ منطقی نیست که جیم را پس از تنفیذ،

قادر بر به هم زدن عقد بدانیم؛ ولی پیش از تنفیذ این امکان را از وی سلب کنیم. در حقوق انگلستان با توجه به پایبندی شخص ثالث به عقد منعقدشده با نماینده و همچنین اثر قهقرایی تنفیذ و انتساب خود عقد به مالک، نمی‌توان برای شخص ثالث پیش از تنفیذ، حق فسخی متصور شد.<sup>۱</sup> برخی حقوق‌دانان از عدم امکان فسخ توسط شخص ثالث انتقاد کرده و آن را مخالف عدالت معاوضی دانسته‌اند (Huffcut, 1895: 38)؛ چرا که این عقد، یکی از طرفین را به عقد پایبند کرده و به طرف دیگر، فرصت سنجش و جواز رد یا تنفیذ می‌دهد. علاوه بر آنچه گفته شد، فرض فضولی در عقود عهده‌ای رایگان به ندرت صادق است؛ چرا که معمولاً اصیل در هر زمان که مالک اراده کند، مایل به پذیرش حق خواهد بود.

### ۳-۳. مطابقت ایجاب و قبول

عقود عهده‌ای و ادنی از جمله عقود‌اند که شخصیت متعهد و نایب در آنها اهمیت دارد (محسنی، ۱۳۹۰: ۳۹۹). به همین دلیل در ابتدای این نوشتار، عقد عهده‌ای فضولی را تنها در صورتی ممکن دانستیم که یا موضوع فعل مورد تعهد، مال متعلق به دیگری باشد و یا اینکه فضول، اصیل را از قصد نمایندگی خود آگاه سازد. به علاوه اگر فضولی قصد خود مبنی بر جهت انعقاد معامله بر فعل غیر را آشکار نسازد، مطابقت ایجاب و قبول بین طرفین معامله ممتنع خواهد بود. توضیح آنکه اصیل، یا ایجاب را به طرفیت فضولی گفته یا آنکه ایجاب فضولی را قبول کرده است. حال آنکه اگر پس از عقد با شخصی دیگر روبه‌رو شود، معامله به دلیل عدم انطباق ایجاب و قبول باطل خواهد بود (قنواتی، ۱۳۸۳: ۳۶۸). به همین دلیل، قسمت اول ماده ۱۹۶ قانون مدنی را باید منصرف به عقود دانست که موضوع آنها عین متعلق به دیگری است؛ چرا که وکیل سمت خود را پنهان ساخته و اشتباه طرف عقد در تخاطب، مؤثر در حکم عقد خواهد بود. اختصاص ماده ۱۹۷ به عین متعلق به دیگری، می‌تواند مؤید نظر فوق باشد. به این ترتیب، دایره عقد عهده‌ای فضولی را نمی‌توان به مواردی تعمیم داد که فضول، قصد نمایندگی خود را پنهان می‌سازد. این قاعده در مورد عقود تملیکی با موضوعیت عین

1. Bolton Partners v. Lambert (1889) 41 Ch D 295.

کلی نیز صادق است؛ چرا که شخصیت مدیون برای دائن، واجد اهمیت است (مروج جزایری، ۱۴۱۶: ۵۶۹/۲).

در حقوق انگلستان، تطابق ایجاب و قبول در تشکیل عقد ضروری دانسته شده است. هرچند این مطابقت، نیاز به تخاطب خاص ندارد، ولی اگر الف به زعم خود، ایجاب را به طرفیت ب صادر کند، ولی آن شخص جیم بوده و قبول نماید، به دلیل عدم مطابقت ایجاب و قبول، عقدی واقع نشده است (Davies, 2016: 61). البته این فرض در صورتی است که عقد به صورت حضوری منعقد نشده باشد. این رویکرد در سال ۲۰۰۳ در رأیی از مجلس اعیان پدیدار شد.<sup>۱</sup> در این پرونده، شخصی با نام جعلی Patel که صاحب یک شرکت بزرگ بوده، وارد مذاکره با نمایندگی یک شرکت فروش خودرو شده و نهایتاً از آن شرکت، یک دستگاه میتسویشی خریداری می‌کند. سپس میتسویشی را به شخص ثالثی که از این روند مطلع نبوده است، انتقال می‌دهد. پس از پرداخت نشدن وجه ثمن، شرکت فروش خودرو علیه شخص ثالث طرح دعوی کرده و خواننده با استناد به ماده ۲۷ قانون «خرید اقساطی» مصوب ۱۹۶۴، تصرف با حسن نیت خود را استثنایی بر قاعده «Nemo dat» عنوان کرد. قضات اما با استناد به این قاعده که «هر گاه دو طرف جاهل به وسیله عمل ثالثی متضرر شوند، بار ضرر باید بر دوش آن کسی قرار گیرد که ثالث را قادر بر وارد کردن آن ضرر کرده است» (Brady Jr., 1924: 130)، خواننده را محکوم کردند. نکته کلیدی آنکه استناد اکثریت قضات بر آن بود که در جریان فروش خودرو توسط نماینده، اصیل هیچ‌گاه با خریدار رودررو نشده و به همین دلیل، اشتباه در شخصیت در اینجا مبطل عقد قلمداد شد. همین رویکرد در رویه قضایی انگلستان موجب شده است که قضات تنها قراردادهایی را قابل تنفیذ بدانند که در آن‌ها به قصد نمایندگی اذعان شده باشد. در غیر این صورت، اصیل در برابر مالکی که نمی‌شناسد، قرار نگرفته و خود فضول در برابر اصیل، ملزم به اجرای قرارداد خواهد بود (Dalley, 2011: 506). حکم اخیر در حقوق ایران، اجرایی نیست و چنانچه فضول بتواند قصد نمایندگی خود را به اثبات برساند، نمی‌توان

1. Shogun Finance Ltd v Hudson [2003] UKHL 62.



او را ملزم به اجرای مفاد قرارداد نمود؛ هرچند در صورت اثبات ارکان مسئولیت مدنی می‌توان او را محکوم به پرداخت خسارت نمود (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۵۱/۲).

### ۳-۴. تعهد به فعل یا به نفع ثالث

اصل نسبی بودن قراردادهای بدین معناست که قرارداد، تنها در مورد طرفین آن مؤثر بوده و نمی‌تواند حق یا تعهدی برای ثالث ایجاد نماید (Furmston, 2017: 556). استثنائات اصل نسبی بودن قرارداد معمولاً ذیل دو عنوان تعهد به نفع ثالث و تعهد به فعل ثالث مطرح می‌شوند که در ادامه به بررسی صدق عنوان استثنا در مورد آن‌ها خواهیم پرداخت.

#### ۳-۴-۱. تعهد به نفع ثالث

این تعهد، در مواردی از جمله قسمت دوم ماده ۱۹۶ و ماده ۷۶۸ قانون مدنی بیان شده است. چنانچه قسمت اخیر را استثنایی بر اصل نسبی بودن قراردادهای بدانیم، باید پذیریم که تعهد متعهد و حق شخص ثالث در اثر عقد به وجود آمده و نیازی به قبول یا تنفیذ او ندارد (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۳۳۳/۳). این نظر با منطق حاکم بر حقوق سازگارتر است. البته باید گفت که شرط به نفع ثالث، ممکن است به صورت نتیجه یا فعل باشد. در همه این حالات، به محض وقوع عقد، حقی برای ثالث ایجاد می‌شود. این حق در صورت شرط نتیجه ناظر بر تملیک مال به ثالث، می‌تواند مصداق حق تملک یا «مِلْکِ أَنْ يَمْلِكِ» قلمداد شود. نکته قابل توجه آن است که این حق توسط ثالث قابل رد نبوده و تنها قابل اسقاط است؛ چرا که پذیرفتیم ثالث در ایجاد آن نقشی ندارد. با توجه به آنچه گفته شد، در صورت اسقاط حق توسط ثالث، از آن رو که متعهد تخلفی نداشته و ثالث از حق خود در برابر او گذشته است، محملی برای فسخ قرارداد توسط متعهدله وجود نخواهد داشت. در واقع، اسقاط حق توسط ثالث، فرع بر وجود حق بوده و از موارد سقوط تعهد متعهد است. بدیهی است که اسقاط حق توسط ذی‌حق نمی‌تواند برای طرف قرارداد موجب حق باشد. بنابراین آن گونه که برخی از حقوق‌دانان پنداشته‌اند (شهیدی، ۱۳۹۰: ۲۲۱)، انجام شرط، ممتنع نشده و تعهد موجود به نحوی از انحاء ساقط شده است. از سوی دیگر، قول به امکان مطالبه شرط توسط طرف قرارداد،

مخالف اقتضای قرارداد و قصد طرفین است (صالحی مازندرانی و محمدی میرعزیزی، ۱۳۹۶: ۱۲۷). ممکن است اشکال شود که مطالب فوق، اصل آزادی اراده را به ایقاعات تعمیم داده و این خلاف نظر مشهور حقوق دانان است. در پاسخ می‌توان گفت بررسی ایقاعات موجود در قوانین مختلف، مؤید پذیرش اصل آزادی اراده در ایقاعات موجد (مانند بیمه، وصیت، ماده ۴۴۷ قانون مدنی یا حق مخاطب ایجاب ملزم) و مسقط حق است (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۱۷۹)؛ هرچند این آزادی در تملیک با موانع جدی روبه‌روست. لازم به ذکر است که نباید وصیت را از انواع ایقاعات تملیکی دانست. حتی آنان که بر پذیرش وصیت تملیکی به عنوان ایقاع اصرار دارند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰: ۱۵)، اثر وصیت تملیکی را پیدایش حق تملک برای موصی له می‌دانند (همو، ۱۳۹۳: ۲۳/۱) و این مطلب مؤید وجود آزادی اراده در ایقاعات موجد حق است و نه موجب تملیک. با توجه به مطالب فوق، تعهد به نفع ثالث در حقوق ایران نمی‌تواند مصداق فضولی باشد؛ بلکه مطابق با ماده ۱۹۶ صحیح و نافذ است.

در حقوق انگلستان، پذیرش تعهد به نفع ثالث، با ایراد جدی‌تری به نام «نظریه عوض» مواجه بوده است؛ زیرا منتفع در برابر حقی که نصیب او می‌شد، عوضی پرداخت نمی‌کرد (Furmston, 2017: 557). به این ترتیب در حقوق انگلستان، آنچه محل نزاع است، قابلیت مطالبه حق توسط ثالث بوده و نه پیدایش آن. رویه قضایی انگلستان<sup>۱</sup> بر آن است که عوض لزوماً بین طرفین قرارداد منتقل نمی‌شود؛ بلکه ممکن است نفعی برای ثالث ایجاد کرده و عوض ثالث از سوی یکی از اطراف قرارداد پرداخت شود. نزاع در آراء مرتبط با امکان مطالبه تعهد توسط ثالث، از سال ۱۸۳۳<sup>۲</sup> آغاز و نهایتاً در سال ۱۹۶۷<sup>۳</sup> منجر به پذیرش آن توسط مجلس اعیان شد. سرانجام در سال ۱۹۹۹ ماده ۱ قانون قراردادها<sup>۴</sup> صراحتاً حق مطالبه تعهد را به ثالث اعطا کرد؛ مشروط بر آنکه: الف- حق مطالبه صراحتاً برای ثالث در نظر گرفته شده باشد، یا ب- تعهدی به نفع وی

1. Bolton v. Madden (1873) LR 9 QB 55.
2. Price v. Easton (1833).
3. Beswick v. Beswick [1967] UKHL 2, [1968] AC 58.
4. Rights of Third Parties.

در قرارداد وجود داشته باشد. بنابراین در حقوق ایران و حقوق انگلستان، تعهد به نفع ثالث، فضولی و غیر نافذ نبوده و طرفین می‌توانند ضمن عقد برای ثالث حقی به وجود آورند.

### ۳-۴-۲. تعهد به فعل ثالث

این تعهد در بند پایانی ماده ۲۳۴ قانون مدنی عنوان شده است. متعلق این تعهد، انجام یا خودداری از انجام کاری توسط ثالث است. برخی حقوق‌دانان معتقدند: «اگر تصرف در مال بیگانه بتواند از سوی او تنفیذ شود، چرا درباره ایجاد تعهد برای او باطل باشد یا پیشنهادی ساده فرض شود؟» (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ب ۱۴۳/۳).

با این استدلال، تعهد به فعل ثالث را در حکم فضولی دانسته‌اند. با وجود این، به نظر می‌رسد تعهد به فعل ثالث برای طرف قرارداد الزام‌آور بوده و او باید قبول ثالث را حاصل نماید. بنابراین تعهد به فعل ثالث، برای یکی از طرفین قرارداد به وجود آمده است و این تعهد، نه در حکم ایجاب ساده و نه در حکم فضولی است. رد ثالث موجب ممتنع شدن انجام شرط بوده و مطابق با ماده ۲۴۰ قانون مدنی، برای متعهدله موجب حق فسخ خواهد بود. برخی با نظر به کلام بعضی از فقها (طباطبایی یزدی و طباطبایی قمی، به نقل از: حسن‌زاده و همکاران، ۱۳۹۶: ۱۱۲) پنداشته‌اند که مطابق با ماده ۲۳۷ قانون مدنی می‌توان متعهد را به انجام شرط مقرر برای ثالث یا تبدیل متعهد به خرج او الزام کرد. با این حال، فروض روشن بحث فقها مربوط به جایی است که موضوع شرط فی نفسه مالیت داشته باشد (محقق داماد، ۱۳۸۴: ۹۰). علاوه بر این، مفاد شرط حصول پذیرش ثالث، با مفاد فعل مقرر برای ثالث مغایر بوده و تحمیل آن بر عهده طرف قرارداد، به نوعی خروج از قصد قراردادی طرفین است. از مطالب بالا می‌توان نتیجه گرفت که تعهد به فعل ثالث، تعهدی ناشی از قرارداد و به عهده طرف عقد است. پذیرش ثالث، نقشی در وجود این حق نداشته و از این رو نمی‌تواند فضولی قلمداد شود.

در حقوق انگلستان، معامله فضولی محدود به استثنائات قاعده "Nemo dat" و نمایندگی ناشی از تنفیذ شده است. در بررسی موارد نمایندگی ناشی از تنفیذ دیدیم

تنفیذ تنها در مواردی امکان دارد که قصد نمایندگی فاش شده باشد. بنابراین تعهد به فعل ثالث، به هیچ وجه نمی‌تواند از موارد نمایندگی ناشی از تنفیذ باشد. همین طور اگر شخص اظهار به قصد نمایندگی کند، دیگر تعهد به فعل ثالث ممتنع خواهد بود. در حقوق انگلستان، تعهد به فعل ثالث به معنای تعهد به حصول قبول وی، یکی از شروط ممکن ضمن قراردادهاست. این شرط، طرف قرارداد را متعهد کرده و در صورت رد ثالث، می‌تواند موجب طرح دعوی مطالبه خسارت شود. نمونه بارز این نوع شرط، تعهد به اخذ قبولی از فرزند (sponsalia de futuro) پس از بلوغ در عقد ازدواج بوده است (Garner, 2011: 1551).

### نتیجه‌گیری

بررسی احکام عقود عهدی و آثار عقد فضولی نشان می‌دهد که عقد فضولی برخلاف آنچه بسیاری از حقوق‌دانان پنداشته‌اند، از جمله قواعد عمومی قراردادها نیست. ذکر احکام این نوع عقود در باب قواعد عمومی قراردادها، حاکی از عمومیت این احکام در عقود است که موضوع معامله، مال متعلق به غیر است. بنابراین تعمیم احکام فضولی به سایر انواع عقود، با استناد به جایگاه مواد مربوط به آن صحیح نخواهد بود. با وجود این، نمی‌توان قلمرو احکام فضولی را به عقود تملیکی محدود کرد. در این نوشتار بیان شد که متعلق تعهد در عقود عهدی، فعل بوده و نمی‌تواند مستقیماً موجب انتقال مال باشد. تکلیفی بودن حکم اغلب عقود عهدی، به علاوه اهمیت شخصیت متعهد در این عقود موجب می‌شود که برخلاف نظر مشهور، جریان احکام فضولی در عقود عهدی را محدود به مواردی بدانیم که موضوع تعهد متعهد، عین متعلق به دیگری باشد یا آنکه فضول ضمن عقد، قصد نمایندگی خود را افشا سازد. تنها در این دو صورت قابلیت استناد اثر عقد به مالک وجود دارد. در حقوق انگلستان عقود لازم‌الاجرا عقود هستند که موجب تعهد باشند. این تعهدات، یا به محض وقوع به انجام می‌رسند یا در طول زمان ایجاد می‌شوند. نوع اخیر به عقود عهدی در حقوق ما شباهت داشته و ممکن است به صورت فضولی واقع شود. این نوع معاملات می‌توانند برای فضول یا مالک منعقد شوند. در صورت نخست، اصل

اولی بطلان بوده و در موارد استثنایی صحت است. در مقابل، معاملات فضولی برای مالک در صورت افشای قصد نمایندگی علی‌القاعده قابل تنفیذ است. بررسی معاملات فضولی در این دو نظام حقوقی، موجب نظام‌مندتر شدن احکام فضولی در حقوق کشورمان و همین‌طور انطباق بیشتر این احکام با نیازهای روز تجاری و اقتضانات نظم عمومی خواهد بود؛ برای مثال، تعهد به نفع یا فعل ثالث، از شمول احکام فضولی خارج شده و همچنین متعهدله قرارداد، به یک‌باره با متعهد جدیدی روبه‌رو نخواهد شد. به علاوه نگاه تطبیقی به مبانی و احکام معاملات فضولی برای ذی‌نفع، حکایت از نظام‌مندتر بودن نظام حقوقی کشورمان دارد. حقوق انگلستان، نظریه نمایندگی ناشی از تنفیذ را بدون توجه به ایرادات منطقی و حقوقی پذیرفته و در احکام، معاملات فضولی را در تمامی انواع عقود، اعم از آنکه موجب تعهد آنی، مستمر یا اختیار (عقود اذنی) باشند، جاری می‌داند.

## کتاب‌شناسی

۱. آل کاشف‌الغطاء، محمدحسین، *تحریر المعاجله*، تحقیق محمد ساعدی، قم، مرکز تحقیقات و الدراسات العلمیه، بی‌تا.
۲. امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، چاپ هفتم، تهران، اسلامیه، ۱۳۶۸ ش.
۳. انصاری، مرتضی بن محمدامین، *کتاب المکاسب*، قم، لجنة تحقیق تراث الشیخ الاعظم، ۱۴۱۵ ق.
۴. باقری اصل، حیدر، *آثار عقد بیع*، تبریز، دانشگاه تبریز، ۱۳۹۴ ش.
۵. بیرعطایی، علی، *نظریه اداره قرارداد*، تهران، ققنوس، ۱۳۸۸ ش.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *تأثیر اراده در حقوق مدنی*، چاپ سوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۲ ش.
۷. همو، *حقوق اموال*، چاپ ششم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۸ ش.
۸. همو، *حقوق تعهدات*، چاپ چهارم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۹ ش.
۹. همو، *عقد کفالت*، چاپ چهارم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۰ ش. (الف)
۱۰. همو، *فلسفه حقوق مدنی*، چاپ سوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۳ ش.
۱۱. همو، *وصیت*، چاپ سوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۰ ش. (ب)
۱۲. حسینی روحانی، سیدمحمدصادق، *منهاج الفقاهه*، چاپ چهارم، قم، علمیه، ۱۴۱۸ ق.
۱۳. حکیم، عبدالهادی، *عقد الفضولی فی الفقه الاسلامی*، نجف، مطبعة الآداب، ۱۳۷۵ ق.
۱۴. رشتی، میرزاجیب‌الله، *کتاب الاجاره*، قم، نشر مؤلف، ۱۳۱۰ ق.
۱۵. ره‌پیک، سیامک، «اجازه وارث معامله فضولی در قانون مدنی ایران»، *فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی*، شماره‌های ۵-۶، بهار و تابستان ۱۳۷۶ ش.
۱۶. الشریف، محمد مهدی، «از تملیک تا تعهد: تأملی بر تأثیر حقوق فرانسه در تحلیل ماهیت اجاره در حقوق ایران (نقدی بر عهده‌انگاری اجاره اشیاء)»، *فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب*، شماره ۲، زمستان ۱۳۹۳ ش.
۱۷. شهبازی، محمدحسین، *مبانی جواز و لزوم اعمال حقوقی*، تهران، میزان، ۱۳۹۳ ش.
۱۸. شهیدی، مهدی، *اصول قراردادها و تعهدات*، چاپ ششم، تهران، مجد، ۱۳۹۱ ش. (الف)
۱۹. همو، *تشکیل قراردادها و تعهدات*، چاپ نهم، تهران، مجد، ۱۳۹۲ ش.
۲۰. همو، *سقوط تعهدات*، چاپ ششم، تهران، مجد، ۱۳۹۰ ش.
۲۱. همو، *مجموعه مقالات حقوقی*، چاپ سوم، تهران، مجد، ۱۳۹۱ ش. (ب)
۲۲. صالحی مازندرانی، محمد، و پیام محمدی میرعزیزی، «اثر رد تعهد به نفع ثالث بر اعتبار قرارداد»، *دوفصلنامه حقوق خصوصی*، سال چهاردهم، شماره ۱ (پیاپی ۳۰)، بهار و تابستان ۱۳۹۶ ش.
۲۳. صدر، سیدمحمدباقر، «حواله»، *تقریر علیرضا حائری، فصلنامه فقه اهل بیت (علیهم‌السلام)*، شماره ۲۱، بهار ۱۳۷۹ ش.
۲۴. همو، *دروس فی علم الاصول*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، بی‌تا.
۲۵. صفایی، سیدحسین، محمدعیسی تفرشی، و جلیل قنواتی، «تحلیل نمایندگی ناشی از تنفیذ در حقوق انگلیس، اسلام و ایران»، *فصلنامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی*، دوره پنجم، شماره ۴ (پیاپی ۲۱)، زمستان ۱۳۸۰ ش.
۲۶. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، *حاشیه المکاسب*، قم، اسماعیلیان، ۱۴۱۰ ق.

۲۷. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *الخلاف*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، بی تا.
۲۸. غروی اصفهانی (کمپانی)، محمدحسین، *المکاسب و البیع*، تقریر محمدتقی آملی، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۲۹. همو، *حاشیه کتاب المکاسب*، تحقیق عباس محمد آل سیاح قطیفی، چاپ دوم، قم، ذوی القربی، ۱۴۲۷ ق.
۳۰. همو، *فوائد الاصول*، تقریر محمدعلی کاظمی خراسانی، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۴ ق.
۳۱. همو، *منیه الطالب فی حاشیه المکاسب*، تقریر موسی نجفی خوانساری، قم، المکتبه المحمديه، ۱۳۷۳ ق.
۳۲. قاسم زاده، مرتضی، *اصول قراردادها و تعهدات*، چاپ یازدهم، تهران، دادگستر، ۱۳۸۸ ش.
۳۳. فنواتی، جلیل، *مطالعه تطبیقی ایجاب و قبول*، قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۳ ش.
۳۴. کاتوزیان، امیرناصر، *ایقاع*، چاپ پنجم، تهران، میزان، ۱۳۹۰ ش.
۳۵. همو، *عقود معین*، چاپ یازدهم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۱ ش. (الف)
۳۶. همو، *قواعد عمومی قراردادها*، چاپ هفتم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵ ش. و ۱۳۹۱ ش. (ب)
۳۷. همو، *نظریه عمومی تعهدات*، چاپ ششم، تهران، میزان، ۱۳۹۱ ش. (ج)
۳۸. مجاهد طباطبایی حائری، سیدمحمد بن علی، *القواعد و الفوائد و الاجتهاد و التقلید (مفاتیح الاصول)*، تصحیح محمدحسن بن علی قمی، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل البیت (پ) لاحیاء التراث، ۱۲۹۶ ق.
۳۹. محسنی، سعید، *اشتباه در شخص طرف قرارداد (با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و فرانسه)*، تهران، دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۹۰ ش.
۴۰. محقق داماد، سیدمصطفی، «تحولات اجتهاد شیعی: مکتب‌ها، حوزه‌ها و روش‌ها (۴): احکام تکلیفی و احکام وضعی از نظر محقق خراسانی»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، شماره ۵۰، پاییز و زمستان ۱۳۸۸ ش.
۴۱. همو، «مفاد شرط فعل مالی ضمن عقد در حقوق اسلامی»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، یادنامه دکتر شهیدی، پاییز و زمستان ۱۳۸۴ ش.
۴۲. محقق داماد، سیدمصطفی، جلیل فنواتی، سیدحسن وحدتی شبیری، و ابراهیم عبدی‌پور، *حقوق قراردادها در فقه امامیه*، چاپ پنجم، تهران، سمت، ج ۱، ۱۳۹۲ ش. و ج ۲، ۱۳۸۹ ش.
۴۳. مروج جزائری، سیدمحمدجعفر، *هدی الطالب فی شرح المکاسب*، قم، دارالکتاب، ۱۴۱۶ ق.
۴۴. منتظری، حسین علی، *نهایة الاصول*، تقریر دروس سیدحسین طباطبایی بروجردی، قم، تفکر، ۱۴۱۵ ق.
۴۵. موسوی بجنوردی، سیدمحمد، *فقه مدنی*، تهران، مجد، ۱۳۸۸ ش.
۴۶. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، *تحریر الوسیله*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۹۲ ش.
۴۷. همو، *کتاب البیع*، تقریر محمدحسن قدیری، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۸ ق.
۴۸. همو، *کتاب البیع*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ ق.
۴۹. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *کتاب الحج*، چاپ دوم، قم، لطفی، ۱۳۶۴ ش.
۵۰. همو، *مصباح الاصول*، تقریر سیدمحمدسرور واعظ‌حسینی بهسودی، چاپ پنجم، قم، مکتبه الداوری، ۱۴۱۷ ق.
۵۱. موسوی خویی، سیدمحمدتقی، *الشروط او الالتزامات التبعية فی العقود*، بیروت، دار المورخ العربی، ۱۴۱۴ ق.
۵۲. ناصر مقدم، حسین، محمدتقی قبولی درافشان، و صالحه محمودآبادی، «جریان احکام و آثار فضولی در عقود اذنی»، *دوفصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، سال چهارم، شماره ۶، بهار و تابستان ۱۳۹۱ ش.

۵۳. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام*، تصحیح محمود قوچانی، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۸۱ م.
۵۴. نعمت‌اللهی، اسماعیل، «اثر تعهد به تملیک در فقه امامیه و حقوق ایران»، *فصلنامه مطالعات اسلامی: فقه و اصول*، سال چهل و چهارم، شماره ۸۹، تابستان ۱۳۹۱ ش.
۵۵. همو، *موضوع عقد و مورد معامله*، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۳ ش.
۵۶. وحید خراسانی، حسین، *منهاج الصالحین*، قم، مدرسه الامام باقر العلوم علیه السلام، بی تا.
۵۷. هاشمی شاهرودی، سید محمود، «درس خارج فقه»، ۱۳۹۳/۱۰/۱۵.
58. Brady Jr., James F., "When One of Two Innocent Parties Must Suffer by the Act of a Third", *Washington University Law Review*, Vol. 9(2), 1924.
59. Dalley, Paula J., "A Theory of Agency Law", *University of Pittsburgh Law Review*, Vol. 72(3), 2011.
60. Davies, Paul S., *JC Smith's the Law of Contract*, 1<sup>st</sup> Ed., Oxford University Press, 2016.
61. Emanuel, Steven, *Contracts*, 9<sup>th</sup> Ed., Aspen, 2010.
62. Furmston, Michael P., *Cheshire, Fifoot, and Furmston's Law of Contract*, 17<sup>th</sup> Ed., Oxford University Press, 2017.
63. Garner, Bryan A. (Ed.), *Black's Law Dictionary*, 9<sup>th</sup> Ed., Thomson West, 2011.
64. Holdsworth, William Searle, *A History of English Law*, Methuen & Company, 1903.
65. Huffcut, Ernest W., *Elements of the Law of Agency*, Beard Books, 1895.
66. Rhys Thomas, Sean, *Comparative Analysis of the Rule of Nemo Dat Quod Non Habet and Its Exceptions in the Law of England and Wales and the Law of the United States of America*, University of Manchester, 2008.
67. Id., "The Origins of the Factors Acts 1823 and 1825", *The Journal of Legal History*, Vol. 32, 2011.
68. Rochvarg, Arnold, "Ratification and Undisclosed Principals", *McGill Law Journal*, Vol. 34, 1989.
69. Samuel, Geoffrey, *Law of Obligations & Legal Remedies*, 2<sup>nd</sup> Ed., Routledge, 2013.
70. Stasi, Alessandro, *General Principles of Thai Private Law (The Law Of Obligation)*, Springer, 2016.



## تحلیل و نقد فقهی - حقوقی

# ماده ۱۱۷۷ قانون مدنی\*

- طاهر علی محمدی<sup>۱</sup>
- حمزه نظرپور<sup>۲</sup>

### چکیده

فقهها به طور اجمال، حکم اطاعت از والدین را مطلق نظر قرار داده و مجموعاً قائل به دو قول شده‌اند: وجوب اطاعت از والدین به طور مطلق و عدم وجوب آن به طور مطلق. به دلیل عدم بحث مبسوط درباره آن در فقه و وجود ابهاماتی در این زمینه، مقنن دچار خطا شده و ضمن به کارگیری اشتباه برخی واژگان و برداشتی عرفی از موضوع، در ماده ۱۱۷۷ قانون مدنی، به وجوب اطاعت از والدین از سوی اطفال حکم نموده و احترام به آن‌ها را لازم شمرده است. این پژوهش که به روش توصیفی - تحلیلی انجام پذیرفته، ضمن انتاج این مطلب که مستندی شرعی دال بر حکم به وجوب اطاعت از والدین در دست نیست و آنچه که هست صرفاً بر حرمت عقوق و آزار والدین دلالت می‌کند، صدر ماده ۱۱۷۷ را فاقد وجهت فقهی دانسته و با ایراد نقدهای گوناگون بر آن،

\* تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۱/۱۵ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۲/۱۷.

۱. دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه ایلام (نویسنده مسئول) (t.alimohamadi@ilam.ac.ir).
۲. دانشجوی دکتری رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه مازندران (hamzehnazarpour@gmail.com).

در صدد ویرایش آن برآمده است.

**واژگان کلیدی:** اطاعت از والدین، ماده ۱۱۷۷ قانون مدنی، طفل، عقود،

ایذاء.

## طرح مسئله

اهمیت خانواده و آثار انکارناپذیر آن در سلامت فردی و اجتماعی، سبب شده است که در دانش‌های گوناگون نسبت به آن به طور علمی بحث شود. از زاویه تنظیم روابط درونی خانواده، دانش‌های فقه و حقوق به ترتیب در صدد طرح دیدگاه‌های خود در چارچوب قوانین شرعی و قوانین موضوعه برآمده‌اند. با توجه به اینکه قانون اساسی، خانواده را «واحد بنیادی جامعه اسلامی» معرفی کرده، مقصد حقوق، معطوف به مصالح خانواده و فرزندان شده و با هدف مصون نگاه داشتن کانون تربیتی خانواده از هر نوع خودخواهی، قوانینی خاص وضع گشته و به نوعی محدود نمودن برخی آزادی‌های فردی را در راستای مصالح تربیتی و عاطفی رصد کرده است.

یکی از مسائلی که در زمینه مسائل خانواده مورد توجه فقه و حقوق قرار گرفته و با وجود اهمیت زیاد، به شکل روشن و مبسوط ابهام‌زدایی نشده، مسئله حکم اطاعت از والدین است. در این خصوص، میان فقها اختلاف نظر وجود دارد؛ دسته‌ای معتقد به وجوب مطلق اطاعت شده و گروهی نیز عدم وجوب به طور مطلق را برگزیده‌اند. مبتنی بر این اختلاف و عدم وضوح مسئله، در قانون مدنی ماده‌ای وضع شده که علاوه بر ایراداتی که متوجه آن است، به جای ایضاح مسئله، بر ابهام موجود در آن افزوده و قاعده‌ای در اطاعت از والدین وضع کرده است که بر خلاف روال وضع قانون، ضمانت اجرایی ندارد. در ماده ۱۱۷۷ قانون مدنی مقرر شده است:

«طفل باید مطیع ابویین خود بوده و در هر سنی که باشد، باید به آن‌ها احترام کند».

با نظر ابتدایی به این ماده، ایراداتی بر صدر ماده، از جمله توجه نداشتن مقنن به شرط بلوغ، واجب شرعی نبودن اطاعت از والدین، نداشتن ضمانت اجرا، اشتباه و تسامح مقنن در به کارگیری واژه «طفل» خودنمایی می‌کند. با توجه به فقدان تحقیقی مستقل در خصوص این ماده، انجام پژوهشی درخور در مورد آن ضرورت یافت. در این

تحقیق، تلاش بر آن است که ضمن بررسی دیدگاه فقها و حقوق دانان، مستندات آنها و تبیین موارد انتقادی، نسبت به ویرایش ماده ۱۱۷۷ و جانمایی صحیح آن، طرحی نو پیش روی اندیشمندان و حقوق دانان قرار داده شود.

## ۱. مفاهیم

### ۱-۱. طفل

طفل در لغت به معنای بچه کوچک انسان و حیوان (ازهری، ۱۴۲۱: ۲۳۵/۱۳) و نوزاد (جوهری، ۱۳۷۶: ۱۷۵۱/۵) است و جمع آن «اطفال» بوده و جز این وزن بر دیگر اوزان جمع بسته نمی شود (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۴۰۲/۱۱). در قرآن، این واژه در همین معنا به کار رفته است: ﴿... ثُمَّ يُخْرِجُكُمْ طِفْلًا...﴾<sup>۱</sup> (غافر/۶۷)؛ ﴿أَوِ الطِّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَىٰ عَوْرَاتِ النِّسَاءِ﴾<sup>۲</sup> (نور/۳۱). در روایات نیز در همین معنا استعمال شده است (رک: صدوق، ۱۴۱۳: ۴۹۲/۳ و ۲۷۲/۴). زراره و حلبی نقل می کنند که از امام صادق علیه السلام سؤال شد تا چه زمانی بر بچه نماز خوانده می شود؟ فرمود:

«إِذَا عَقَلَ الصَّلَاةَ... وَمَنْ حَضَرَ مَعَ قَوْمٍ يُصَلُّونَ عَلَىٰ طِفْلِ، فَلْيُقِلِّ اللَّهُمَّ اجْعَلْهُ لِأَبَوَيْهِ وَكَأَنَّ قَرَطًا» (همان: ۱۷۶/۱)؛ هر گاه نماز را درک کند... و هر کس حاضر شود با گروهی که بر طفلی نماز بخوانند، باید بگوید: بار خدایا این طفل را پیشرو و طلا بدار پدر و مادرش و ما قرار ده.

در هر صورت، همان گونه که لغت شناسان تصریح کرده اند، واژه طفل بر مذکر و مؤنث از کودکان اطلاق می شود (ابن اثیر جزری، ۱۳۶۷: ۱۳۰/۳). از معنا کردن «طفل» به «صغیر» از اولاد انسان و حیوان توسط لغویان (فراهیدی، ۱۴۰۹: ۴۲۸/۷؛ صاحب بن عبّاد، ۱۴۱۴: ۱۷۷/۹) نیز معلوم می شود که طفل کاربردی در مورد بزرگسالان و افراد بالغ ندارد.

این واژه در فقه نیز به همان معنای لغوی اش کاربرد دارد (اسکافی، ۱۴۱۶: ۶۹ و ۹۱).

۱. «و سپس شما را به صورت طفلی [از شکم مادر] بیرون می فرستد».

۲. «یا کودکانی که از امور جنسی مربوط به زنان آگاه نیستند».

شریف مرتضی علم‌الهدی، ۱۴۱۵: ۱۷۴-۱۷۵؛ طوسی، ۱۳۸۷: ۱/۲۳۴ و ۲/۱۱-۱۲؛ موسوی خمینی، بی‌تا: ۱۷/۱ و ۶۸). بنابراین قاعدتاً در اصطلاح حقوق همین کاربرد را دارد. برخی حقوق‌دانان بر این مطلب تصریح کرده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲: ۴۳۰). بر این اساس، مراد از واژه طفل در ماده ۱۱۷۷ کسی است که بالغ نباشد. در تبصره ۱ ماده ۳۰۴ قانون آیین دادرسی کیفری بر این معنا تصریح شده است: «طفل کسی است که به حد بلوغ شرعی<sup>۱</sup> نرسیده است».

## ۲-۱. ابوین

مقصود پدر و مادر است (مصطفوی، ۱۴۳۰: ۱/۳۰). در این واژه از صنعت تغلیب استفاده شده است. تغلیب آن است که یکی از دو لفظ، بر لفظ دیگر برتری داده شده، آنگاه تثنیه و یا جمع بسته شود. در اینجا نیز از باب تغلیب مذکر بر مؤنث، لفظ «اب» بر «ام» اطلاق شده و به صورت «ابوین» تثنیه بسته شده است (هاشمی، ۱۳۸۱: ۱۹۵).

## ۳-۱. اطاعت

در لغت به معنای انقیاد و فرمان‌برداری به کار می‌رود و نقطه مقابل آن، نافرمانی است (فراهیدی، ۱۴۰۹: ۲/۲۰۹؛ راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۵۲۹). در اصطلاح نیز به معنای انجام کار می‌آید؛ در حالی که موافق با اراده فردی باشد که علو مرتبه دارد (شریف مرتضی علم‌الهدی، ۱۴۰۵: ۳/۲۷۵). به حکم عقل و تصریح قرآن کریم، اطاعت خداوند، پیامبر ﷺ و پیشوایان معصوم عليهم السلام بر همه مردم واجب است. این وجوب اطاعت در هر سه مورد، به صورت مطلق و شامل همه اوامر و نواهی ایشان خواهد بود؛ ولی در موارد دیگر مثل فرمان‌بری از فقیه جامع‌الشرایط، کارگزاران حکومتی و پدر و مادر،<sup>۲</sup> مقید به عدم معصیت است (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۶: ۱/۵۴۶).

۱. در تبصره ۱ ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی، سن بلوغ پسر، ۱۵ سال قمری و سن بلوغ دختر، ۹ سال قمری تعیین شده است.

۲. قدر متیقن از وجوب اطاعت پدر و مادر، آن است که نافرمانی فرزند موجب آزار و عقوبت آنان شود (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۶: ۱/۵۴۶).

## ۴-۱. احترام

در لغت به معنای حرمت نگه داشتن (زمخشری، ۱۳۸۶: ۲۳۹) و تعظیم و اکرام کردن و بزرگ داشتن است (اسماعیل صینی، ۱۴۱۴: ۴). در اصطلاح نیز عبارت است از جایز نبودن هتک چیزی و تعرض به آن (موسوی قزوینی، ۱۴۱۹: ۲۰۹). احترام و ارج نهادن به هر چیز متناسب با آن است؛ برای مثال، احترام به انسان، تعرض نکردن به ناموس، جان و مال او، بلکه دفاع از آن‌ها در مقابل تعرض کنندگان است؛ یا حرمت داشتن قرآن، جلوگیری از نجس شدن آن و پرهیز از هر گونه اقدامی است که موجب هتک آن می‌شود. از احترام به مناسبت در باب‌های بسیاری مانند طهارت، حج، جهاد، تجارت، مضاربه، مزارعه، عاریه، نکاح، طلاق، حدود و دیات سخن رفته است (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۶: ۱/۲۳۶-۲۶۴).

## ۲. حکم اطاعت از والدین

بحث اطاعت از والدین جز در موارد اندک و جزئی، مورد بررسی فقهای عظام قرار نگرفته است و به شکل فرعی و به تبع دیگر مباحث بدان پرداخته‌اند؛ برای نمونه در باب حج، موضوع اذن ابویں در حج مستحبی مطرح شده است؛ چنان که در باب نماز جماعت، بحث دستور والدین و موضوع اطاعت از والدین مورد توجه قرار گرفته است و ذیل همان مبحث، به تناسب موضوع به حکم مسئله اشاره کرده‌اند. همچنین در بحث متعلق نذر (مدنی کاشانی، ۱۴۱۱: ۳۱/۲؛ تبریزی، ۱۴۲۷: ۱۱۷/۸)، روزه مستحبی (محقق حلی، ۱۴۱۸: ۷۱/۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۰: ۳۰۱/۱؛ عاملی جزینی، ۱۴۱۷: ۲۸۳/۱؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۰۳/۱۳)، اعتکاف (آملی، ۱۳۸۰: ۱۴۱/۹؛ تبریزی، بی‌تا: ۲۳۵؛ موسوی خمینی، بی‌تا: ۳۰۶/۱؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۴۵۱/۸) و جهاد کفایی (موسوی خویی، ۱۴۱۰: ۳۶۷/۱؛ وحید خراسانی، ۱۴۲۸: ۴۱۳/۲)، از این جهت که اگر اطاعت نشوند و این کار سبب آزار آنان شود، ضمن بیان اصل بحث، حکم به حرمت ایذاء داده‌اند.

درباره حکم اطاعت از والدین، دو دیدگاه وجود دارد: الف- وجوب اطاعت به طور مطلق؛ ب- عدم وجوب اطاعت به طور مطلق. البته برخی به اشتباه تصور کرده‌اند که در این خصوص سه قول وجود دارد: وجوب مطلق اطاعت، وجوب فی الجمله اطاعت

و عدم وجوب به طور مطلق (بطحایی، ۱۳۹۴: ۱۴۷-۱۵۰)، که این اشتباه ناشی از برداشت نادرست از گفتار فقهای چون میرزای قمی، ابوالصلاح حلبی و محقق نراقی بوده است. محقق قمی چنین می‌گوید:

«وجوب اطاعت پدر و مادر در غیر امر به معاصی و نهی از واجبات فی الجمله اجماعی است... اظهر آن است که هر یک از افعال مباحه را که والدین راضی نباشند، نباید انجام داد» (۱۴۱۳: ۱/۲۴۰).

علت اشتباه در برداشت از این عبارت، این تصور بوده که محقق قمی، خود، معتقد به وجوب فی الجمله اطاعت شده است؛ در حالی که وی اصل وجوب اطاعت را به نحو اجمال، اجماعی بین فقها دانسته است؛ به این معنا که همه فقها، قائل به وجوب آن هستند؛ اما ممکن است در شمول و یا محدود و مقید بودن آن اختلاف نظر داشته باشند. سپس در ادامه، دیدگاه خودش را مطرح می‌کند و همانند مشهور، قائل به وجوب مطلق آن می‌شود. عبارت حلبی نیز در تعیین حکم نیکی به ذوی الارحام چنین است: «واجب، نیکی فرزند به والدین به شرط نیاز است» (ابوالصلاح حلبی، ۱۴۰۳: ۱۷۷). این در حالی است که بحث در وجوب اطاعت است که با موضوع برّ به والدین متفاوت است. عبارت محقق نراقی نیز به این شرح است:

«و بالجمله، فرمان برداری از ایشان و طلب خشنودی ایشان واجب است... و از کلام والد ماجد... مستفاد است و ترجمه کلام ایشان این است که بالجمله اطاعت... واجب است و...» (۱۳۹۳: ۴۴۶).

در این عبارت، واژه «بالجمله» که به معنای «خلاصه» به کار رفته است، به اشتباه مرادف با «فی الجمله» به معنای «اجمالاً» گرفته شده است و تصور شده که قول سومی در مسئله است.

## ۱-۲. وجوب به طور مطلق

بیشتر فقها اطاعت از والدین را در صورتی که با واجبات و محرمات الهی مخالف نباشد، واجب دانسته‌اند. شهید اول که از این گروه است، حکم وجوب اطاعت از والدین به طور مطلق را ذیل عنوان یک قاعده بیان نموده و به مواردی از آن اشاره کرده

است (عاملی جزینی، بی‌تا: ۴۶/۲). شهید ثانی نیز در بحث جهاد و سفرهای مباح و مستحب بر همین عقیده است (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۱۴/۳). کاشف الغطاء هم در بیان مدلول مطلق طلب و اراده اعتقاد دارد که بر اوامر صادره از افراد مفترض الطاعه مانند شارع، مولا، ولی یا یکی از والدین، وجوب مترتب است (۱۴۲۲: ۱۵۵/۱). از آنجایی که ایشان، وجوب اطاعت از والدین را اولاً در ردیف اطاعت از شارع آورده و ثانیاً مقید به چیزی نساخته است، معلوم می‌شود که دیدگاه او، وجوب اطاعت به طور مطلق است، به جز موارد مخالف با احکام شارع که با دلیل خاص از عموم وجوب خارج شده‌اند. محقق اردبیلی می‌نویسد: عقل و نقل، دلالت بر حرمت عقوق و وجوب پیروی از والدین دارند (بی‌تا: ۳۸۰). محقق قمی در پاسخ به پرسش از اعمال مستحبی فرزند (۱۴۱۳: ۲۴۰/۱)، فاضلین نراقی (نراقی، بی‌تا: ۲۷۵/۲؛ نراقی، ۱۳۹۳: ۴۴۶)، طبرسی (۱۳۷۲: ۶۳۱/۶) و بشیرحسین نجفی در بیان احکام عمومی خانواده (۱۴۲۷: ۲۳۵) نیز حکم به وجوب اطاعت مطلق داده‌اند.

## ۲-۲. عدم وجوب به طور مطلق

لازم به توضیح است که عده‌ای از فقها معتقدند که به خاطر فقدان دلیل، به هیچ صورت نمی‌توان حکم به وجوب اطاعت از والدین نمود. اما عده‌ای دیگر، عدم وجوب را مطلق ندانسته و می‌گویند اگر ترک اطاعت سبب آزار والدین گردد، اطاعت مشمول حکم وجوب خواهد شد و به این صورت، به مرزبندی و تعیین حدود اطاعت دست زده‌اند. از دسته اول می‌توان به دیدگاه صاحب جواهر اشاره کرد که گفته مستندی بر وجوب اطاعت از والدین در دست نیست؛ بلکه آنچه وجود دارد حرمت آزار آن دو است، نه وجوب پیروی از آن‌ها (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۱۹/۱۷). محقق عراقی (۱۴۱۵: ۲۳۴) و محقق نائینی (غروی نائینی، ۱۴۱۱: ۳۵۸/۲) نیز معتقدند که آنچه از ادله قابل فهم است، حرمت آزار است نه وجوب اطاعت. دیدگاه آیه‌الله سبزواری را می‌توان در دسته دوم جای داد؛ هرچند در نگاه اولیه شاید تصور شود که ایشان قولی میانه را پذیرفته و قائل به وجوب اطاعت در برخی مصادیق شده است. وی می‌گوید: شکی در این نیست که وجوب اطاعت از والدین فی‌الجمله از ضروریات شرعی، بلکه از مسلمات عقلاییه

است و سخن تنها در میزان واجب از آن است. آنگاه وی با بیان سه مرتبه برای اطاعت از والدین، اطاعتی را واجب می‌داند که ترک آن موجب عقوق و یا اذیت والدین می‌شود؛ اما اگر بر ترک اطاعت والدین، عقوق و یا ایدایی مترتب نشود، به مقتضای اصل عدم وجوب، قائل به عدم وجوب اطاعت از آن‌ها شده است (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۷/۳۸۵-۳۸۶). همان گونه که از گفتار ایشان به دست می‌آید، اگر ترک اطاعت از والدین منجر به عقوق و یا ایداء آن‌ها شود، حرام است و الا حرمتی ندارد. بنابراین آنچه که در شرع وجود دارد، عناوین «حرمت عقوق» و «حرمت ایداء» والدین است و وجوب اطاعت از والدین، عنوانی مستقل در شرع ندارد. از اینجا روشن می‌شود که قائلان قول اول نیز در واقع معتقدند وجوب اطاعت از والدین، عنوانی مستقل در شرع دارد و مبتنی بر هیچ امری نیست؛ خواه منجر به عقوق یا ایداء بشود یا نشود.

## ۲-۳. تحقیق در مسئله

برای اینکه حق مطلب روشن شود، باید به سراغ قرآن و سنت رفت و ادله مطروحه را مورد نقد و بررسی قرار داد:

### ۲-۳-۱. قرآن

در قرآن در مورد رابطه فرزند با والدین، چهار دسته آیه وجود دارد: الف- آیاتی که افراد را امر به نیکی به والدین می‌کنند؛<sup>۱</sup> ب- آیه‌ای که شکرگزاری از آن دو را واجب دانسته است؛<sup>۲</sup> ج- آیه‌ای که از توهین به آن دو حتی در حد «أف» گفتن نهی می‌کند؛<sup>۳</sup> د- آیاتی که از اطاعت از والدین نهی می‌کنند.<sup>۴</sup> بنابراین در سه دسته اول، آیه‌ای که اطاعت از والدین را واجب بداند، وجود ندارد. البته برخی وجوب اطاعت را از آیاتی

۱. مانند: ﴿وَإِذْ أَخَذْنَا مِيثَاقَ بَنِي إِسْرَائِيلَ لَا تَعْبُدُونَ إِلَّا اللَّهَ وَالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا﴾ (بقره / ۸۳)؛ ﴿وَاعْبُدُوا اللَّهَ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا﴾ (نساء / ۳۶)؛ ﴿أَلَا تَشْكُرُوا بِهٖ شَيْئًا وَالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا﴾ (انعام / ۱۵۱)؛ ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا يَآئِكَ وَالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا﴾ (اسراء / ۲۳)؛ ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا﴾ (احقاف / ۱۵).
۲. ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلٰی وَهْنٍ وَفَصَّالَهُ فِي سَامِيْنٍ أَنْ اشْكُرْ لِي وَلِوَالِدَيْكَ إِلَيَّ الْمَصِيرُ﴾ (لقمان / ۱۴).
۳. ﴿فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أَفْ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيْمًا﴾ (اسراء / ۲۳).
۴. مانند: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَسَنًا وَإِنْ جَاهَدَاكَ لِتُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا إِلَيَّ مَرْجِعُكُمْ فَأُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ﴾ (عنكبوت / ۸)؛ ﴿وَإِنْ جَاهَدَاكَ عَلَىٰ أَنْ تُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ (لقمان / ۱۵).



که تصریح به نیکوکاری در حق والدین دارند، استفاده کرده و گفته‌اند احسان و نیکوکاری به پدر و مادر به وسیله معاشرت و برخورد نیک، رعایت حال آن‌ها، امتثال و انجام دستورات آن‌ها و فروتنی در برابر آن‌ها محقق می‌شود (همو، ۱۴۰۹: ۳۰۹/۱). در مقام نقد این سخن باید گفت اینکه اطاعت از دستورات آن‌ها از مصادیق احسان باشد، اولاً بی‌سند و دلیل است؛ ثانیاً چه‌بسا در مواردی مثل اطاعت از آن‌ها در ترک واجبات و انجام محرّمات در عرف مسلمانان، مخالف با احسان تلقی شود. بنابراین تشخیص اینکه چه امری مصداق احسان است و چه امری مخالف آن، بدون کمک شرع و دلیل ممکن نیست. همان‌گونه که برخی از مفسران گفته‌اند، مقصود از احسان، انجام اموری است که به آن‌ها مرتبط می‌شود؛ مانند انجام کار خوب در حق آن‌ها، آرام سخن گفتن با آن‌ها، فروتنی نسبت به آن‌ها و... (طبرسی، ۱۳۷۲: ۳۹۸/۱). افزون بر آن، حتی اگر پذیرفته شود که اطاعت از آن‌ها مصداق احسان است، به تبع تحقق عنوان احسان، واجب خواهد بود، نه از آن جهت که عنوان اطاعت دارد. به عبارت دیگر آنچه در دین موضوعیت دارد، احسان است نه اطاعت؛ بنابراین اطاعت عنوانی مستقل و دارای حکم وجوب نیست و برای تشخیص آنکه مصداق احسان محسوب می‌شود یا خیر، به بیان شارع نیاز دارد و چنین بیانی به دست ما نرسیده است.

آیات دسته چهارم نیز که مبین نهی از اطاعت والدین در شرک ورزیدن به خداست و ربطی به وجوب اطاعت از والدین ندارد، مستلزم این هم نیست که در غیر موارد فرمان به شرک، اطاعت از آن‌ها واجب است! به عبارتی علمی، از این آیات نمی‌توان از راه مفهوم شرط، اطاعت از والدین را در غیر شرک واجب دانست؛ زیرا در هر دو آیه، شرط برای بیان موضوع یعنی «تلاش بر شرک ورزیدن» آمده و با رفتن این موضوع از باب سالبه به انتفاع موضوع، حکم وجوب اطاعت باقی نمی‌ماند. از باب مفهوم وصف نیز قابل استفاده نیست؛ اولاً مفهوم وصف فاقد حجیت است (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹: ۲۰۶؛ موسوی خویی، ۱۳۵۲: ۴۳۳/۱؛ مظفر، ۱۳۷۵: ۱۲۱/۱)؛ ثانیاً اینجا از باب مفهوم لقب است؛ زیرا مفهوم وصف در جایی است که با رفتن وصف، موضوع باقی بماند، در حالی که اینجا با رفتن «تلاش در شرک»، موضوع نیز منتفی می‌شود و مفهوم لقب از ضعیف‌ترین مفاهیم است و کسی قائل به حجیت آن نیست (ر.ک: مظفر، ۱۳۷۵: ۱۲۰/۱ و ۱۳۰).

## ۲-۳-۲. روایات

بررسی جوامع روایی نشان می‌دهد که محدثان بابی با نام «إطاعة الوالدین» یا «وجوب إطاعة الوالدین» نگشوده‌اند و هر آنچه هست با نام «بِرّ الوالدین» تبویب شده است (مجلسی، ۱۴۰۳: ۲۲/۷۱؛ کلینی، ۱۴۲۹: ۴۰۳/۳؛ حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۴۸۷/۲۱). نکته قابل توجه آنکه وقتی درباره معنای نیکی و احسان به والدین، به روایات مراجعه شود، در خواهیم یافت که معصوم علیه السلام اشاره‌ای به اینکه اطاعت از مصادیق نیکی است، نکرده است؛ هرچند با توجه به در مقام بیان بودن، در صورت صحت چنین برداشتی، می‌بایست معصوم علیه السلام آن را ذکر می‌نمود. با این حال، در میان روایات باب «بِرّ الوالدین» دو روایت یافت شد که شایسته بررسی است. یکی از آن دو ظهور در وجوب اطاعت دارد و دیگری در راستای معنای احسان و نیکی به والدین است:

۱- «مردی خدمت پیامبر صلی الله علیه و آله آمد و گفت: ای رسول خدا! به من سفارشی بفرما. رسول خدا فرمود: چیزی را شریک خدا قرار مده، گرچه سوزانده و شکنجه شوی، مگر اینکه دلت به ایمان آرام باشد و از پدر و مادرت اطاعت کن و به آنان نیکی نما، زنده باشند یا مرده، و اگر این دو به تو امر کردند که از خانواده و مالت بیرون آیی، چنین کن؛ چرا که این از ایمان است»<sup>۱</sup>.

این روایت از حیث سند ضعیف است؛ زیرا نام «خالد بن نافع بجلی» جز در دو کتاب رجالی (طوسی، ۱۴۲۷: ۲۰۱؛ برقی، ۱۳۸۳: ۳۱)، در هیچ مأخذ رجالی دیگر نیامده و توثیقی نیز درباره وی وارد نشده است. «محمد بن مروان» نیز به دلیل اشتراک میان ۱۲ نفر (شوشتری، ۱۴۱۰: ۵۶۰-۵۶۶) مجهول می‌باشد. افزون بر این، نوع سند نیز «معلق»<sup>۲</sup> می‌باشد.

از حیث متن نیز قابل قبول نیست؛ چون روایت به دو بخش تقسیم می‌شود: در

۱. ابْنُ مُجُوبٍ، عَنْ خَالِدِ بْنِ نَافِعِ الْجَلِيِّ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مَرْوَانَ، قَالَ: سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ يَقُولُ: «إِنَّ رَجُلًا أَتَى النَّبِيَّ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، أَؤْصِنِي، فَقَالَ: لَا تُشْرِكْ بِاللَّهِ شَيْئًا، وَإِنْ حُرِّقْتَ بِالنَّارِ وَعَدَبْتَ إِلَّا وَقَلْبُكَ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ، وَوَالِدَيْكَ فَاطِعُهُمَا وَبِرَّهُمَا حَيِّينَ كَأَنَّكَ أَوْ مَيِّتِينَ، وَإِنْ أَمَرَكَ أَنْ تَخْرُجَ مِنْ أَهْلِكَ وَمَالِكَ فَافْعَلْ، فَإِنَّ ذَلِكَ مِنَ الْإِيمَانِ» (کلینی، ۱۴۲۹: ۴۰۵/۳).

۲. معلق حدیثی است که از ابتدای سندش، یک یا چند راوی حذف، و به روایت مافوق افراد محذوف، اسناد داده شده باشد (سبحانی، ۱۴۲۶: ۱۰۵).

بخش نخست، نهی از شرک به خداوند، وجوب اطاعت از والدین و نیکی به آنها آمده است. در بخش دوم نیز وجوب اطاعت از والدین در امرشان به طلاق و یا رها کردن مال، مورد تأکید قرار گرفته و از لوازم ایمان دانسته شده است. از آنجایی که هیچ فقیهی نسبت به ذیل روایت نمی‌تواند ملتزم شود (غروی نائینی، ۱۴۱۱: ۳۵۸/۲)، قاعدتاً امکان التزام به بخش اول هم نخواهد بود؛ زیرا تفکیک در پذیرش قسمتی از یک روایت و عدم پذیرش قسمت دیگر، منطقاً و عقلاً صحیح نیست؛ به ویژه اینکه احکام موجود در روایت مرتبط با هم هستند، به گونه‌ای که فقره پایانی روایت، فرع بر عبارت «وَوَالِدَيْكَ فَاطْعُهُمَا وَبِرَّهُمَا...» است.<sup>۱</sup>

یکی از فقها استدلال به این روایت را چنین رد کرده است:

«در مورد این روایت (طلاق و...) قطعاً اطاعت واجب نیست و ناگزیر باید آن را حمل بر استحباب کرد و تعلیل "فَإِنَّ ذَلِكَ مِنَ الْإِيمَانِ" مؤید و بلکه شاهد بر این برداشت است» (حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۱۱۱/۶).

به نظر می‌رسد این نحوه از اشکال وارد نیست؛ زیرا اولاً از کجای تعلیل مذکور، استحباب فهمیده می‌شود نه وجوب؟ ثانیاً در دین اسلام که تأکید فراوان بر تشکیل خانواده شده است، چگونه می‌توان پذیرفت که به راحتی به دستور یکی از والدین، طلاق اتفاق افتد و مستحب نیز تلقی گردد؟! در این صورت، آیا بنایی باقی می‌ماند؟ آیا این حکم مخالف با روح دین و مقاصد شریعت نیست؟ بنابراین همان مفسده‌ای که بر حکم وجوب بار می‌شود، بر استحباب هم بار خواهد شد. پس همان طوری که فقیه

۱. این مطلب، مبتنی بر پذیرش ادعای فقهایی است که تفکیک میان مطالب یک حدیث را عقلایی و امکان‌پذیر نمی‌دانند (مرّوجی قزوینی، ۱۴۱۰: ۲۰۲/۴؛ جزایری مروج، ۱۴۱۵: ۴۳۴/۸؛ مکارم شیرازی، <<http://www.eshia.ir/feqh/archive/text/makarem/feqh/86/870120>>). از سوی دیگر، این روایت مشتمل بر اموری است که احدی از فقها به آن فتوا نداده است؛ مثل اینکه زن نمی‌تواند از مالش هبه کند یا صدقه بدهد و... در هر صورت، به نظر می‌رسد می‌توان گفت که اگر در یک روایت، چندین حکم غیر متحمل‌الموضوع وجود داشته باشند و فقها نیز از برخی اعراض نموده باشند، بتوان مدعی شد که باقی موارد بر حجیت خود باقی هستند. ولی در بحث ما، فقره «إِنَّ أَمْرَكَ أَنْ تَخْرُجَ...» فرع برای فقره «وَوَالِدَيْكَ فَاطْعُهُمَا» است؛ از این رو، اعراض از «إِنَّ أَمْرَكَ أَنْ تَخْرُجَ...» با وجود بقای قبل از آن بر حجیت خود، خلاف اصول اجتهادی است؛ زیرا مستقل از یکدیگر نیستند. پس اگر «إِنَّ أَمْرَكَ أَنْ تَخْرُجَ...» خدشه‌دار شود، سبب مخدوش شدن «وَوَالِدَيْكَ فَاطْعُهُمَا» نیز می‌شود.

مذکور به درستی قائل به وجوب اطاعت از والدین در این امر نشده، نمی‌تواند به استحباب آن نیز قائل شود. از این رو، بهتر است گفته شود که چون روایت قابلیت تفکیک ندارد، نمی‌توان به آن عمل کرد.

۲- «از امام صادق علیه السلام درباره فرمایش خداوند: «به والدین نیکی کنید» پرسیدم که مقصود از احسان چیست؟ فرمود: احسان این است که با آنان نیک رفتار کنی و آنان را به زحمت نیندازی که در مورد نیاز خود از تو درخواستی بکنند، هرچند ثروتمند باشند. آیا خداوند نمی‌فرماید: «هرگز به [حقیقت] نیکوکاری نمی‌رسید، مگر اینکه از آنچه دوست می‌دارید، [در راه خدا] انفاق کنید». راوی می‌گوید: سپس امام صادق علیه السلام فرمود: اما فرمایش خداوند: «هر گاه یکی از آن دو یا هر دوی آن‌ها، نزد تو به سن پیری رسند، کمترین اهانتی به آن‌ها روا مدار و بر آن‌ها فریاد مزن»، مقصود این است که اگر آن دو تو را آزار دادند، به آن‌ها اف نگو و حتی اگر تو را زدند، آنان را از خود مران. مقصود از آیه «و گفتار لطیف و سنجیده و بزرگووارانه به آن‌ها بگو» آن است که اگر تو را زدند به آنان بگو: خداوند شما را ببخشد، که این همان سخن لطیف و بزرگووارانه است. مقصود از آیه «و بال‌های تواضع خویش را از محبت و لطف، در برابر آنان فرود آر» این است که هیچ‌گاه جز با نگاه رحمت و رأفت به آنان نگاه نکن و صدایت را روی صدای آنان بلند نکن و دست را بالاتر از دست آن‌ها قرار نده و خود را از آنان جلو نینداز.»<sup>۱</sup>

هرچند این روایت از حیث سند صحیح است، ولی هیچ دلالتی بر وجوب اطاعت از والدین ندارد. چنان‌که واضح است، امام علیه السلام در مقام بیان مصادیق احسان است و «اطاعت» را از مصادیق آن به حساب نیاورده است. بنابراین دیدگاه فقهایی که وجوب انجام دستورات والدین را مصداق نیکی دانسته‌اند (موسوی سبزواری، ۱۴۰۹: ۳۰۹/۱)،

۱. «مُحَمَّدٌ بْنُ يَحْيَى، عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ عِيسَى، وَعَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ، عَنْ أَبِيهِ جَمِيعًا، عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مَجْزُوبٍ، عَنْ أَبِي وَوَلَدِ الْحَاطِطِ، قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَنْ قَوْلِ اللَّهِ: ﴿وَالْوَالِدِينَ إِحْسَانًا﴾، مَا هَذَا الْإِحْسَانُ؟ فَقَالَ: الْإِحْسَانُ أَنْ تُحْسِنَ صُجْبَتَهُمَا وَأَنْ لَا تُكَلِّفَهُمَا أَنْ يَسْأَلَكَ شَيْئًا مِمَّا يَحْتَاجَانِ إِلَيْهِ وَإِنْ كَانَا مُسْتَعِينِينَ. أَلَيْسَ يَقُولُ اللَّهُ: ﴿لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا حُبَبْتُمْ﴾. قَالَ: ثُمَّ قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ: وَأَمَّا قَوْلُ اللَّهِ: ﴿إِذَا يَبْلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أَفٍّ وَلَا تَنْهَرَهُمَا﴾ قَالَ: إِنْ أَضْجَرَكَ فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أَفٍّ وَلَا تَنْهَرَهُمَا إِنْ ضَرَبَاكَ. قَالَ: ﴿وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا﴾ قَالَ: إِنْ ضَرَبَاكَ فَقُلْ لَهُمَا عَفْرَ اللَّهُ لَكُمْ فَذَلِكَ مِنْكَ قَوْلٌ كَرِيمٌ. قَالَ: ﴿وَاحْفَظْ لَهُمَا جَنَاحَ الدَّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ﴾ قَالَ: لَا تَمَلَّأْ عَيْنَيْكَ مِنَ النَّظْرِ إِلَيْهِمَا إِلَّا بِرَحْمَةٍ وَرِفْقَةٍ وَلَا تَرْفَعْ صَوْتَكَ فَوْقَ أَصْوَاتِهِمَا وَلَا يَدَّكَ فَوْقَ أَيْدِيهِمَا وَلَا تَقْدَمْ قَدَامَهُمَا» (كليني، ۱۴۲۹: ۴۰۳/۳).

درست نیست.

گذشته از نبودن نصی از آیات و روایات در خصوص وجوب اطاعت از والدین، برخلاف نظر محقق قمی، اجماعی هم وجود ندارد؛ زیرا عده‌ای از فقها با وجوب اطاعت مخالفت کرده‌اند؛ از این رو، اجماع ادعایی به لحاظ صغروی قابل اثبات نیست. افزون بر آن، با توجه به سخن برخی از فقهای معتقد به وجوب اطاعت (اردبیلی، بی‌تا: ۳۸۰؛ نجفی، ۱۴۲۷: ۲۳۵؛ کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲: ۱۵۵/۱)، و از جمله خود محقق قمی (۱۴۱۳: ۲۴۰-۲۴۱) و نیز تصریح قائلان به عدم وجوب اطاعت به طور مطلق (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۱۹/۱۷؛ عراقی، ۱۴۱۵: ۲۳۴؛ غروی نائینی، ۱۴۱۱: ۳۵۸/۲؛ موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۳۸۵-۳۸۶)، معلوم می‌شود که آنان اطاعت را با یک عنوان مستقل «بما هی هی» واجب نمی‌دانند؛ بلکه به دلیل منجر شدن ترک آن به عقوق و یا ایذاء والدین حکم به وجوبش داده‌اند که معنای آن این است که چنانچه ترک اطاعت به عقوق و ایذاء نینجامد، اطاعت واجب نخواهد بود. بنابراین چه‌بسا در یک امر واحد، مانند مسافرت رفتن، سفر فرزند برای والدینی خاص با شرایط روحی خاص، موجب تأذی و عقوق بشود؛ اما برای والدین شخص دیگر چنین نباشد. در این صورت مطابق چنین استدلالی، اطاعت در فرض اول، واجب و در فرض دوم حداکثر مستحب خواهد بود. پس خود اطاعت، موضوعیت ندارد. از جهت کبری نیز مدرکی یا دست کم محتمل‌المدرک بوده که چنین اجماعی حجت نیست (قمی، ۱۴۳۰: ۴۳۲/۲؛ نراقی، ۱۴۱۷: ۷۱۵؛ کاظمی خراسانی، ۱۳۷۶: ۱۴۹/۳).

### ۳. بررسی حقوقی اطاعت از والدین

در مجموعه قوانین مدنی و جزایی کشور، جز یک ماده در قانون مدنی، ماده دیگری درباره اطاعت از والدین به چشم نمی‌خورد. ماده ۱۱۷۷ قانون مدنی مقرر داشته است:

«طفل باید مطیع ابوی خود بوده و در هر سنی که باشد باید به آن‌ها احترام کند».

در قوانین خاص مانند قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ و قانون حمایت از

اطفال و نوجوانان مصوب ۱۳۹۹، هیچ توجهی به این مسئله در راستای تحکیم اصل خانواده نشده است.

### ۱-۳. تحلیل و نقد ماده ۱۱۷۷

برخی حقوق دانان، ذیل این ماده نوشته‌اند:

«چون طفل دارای شعور کافی نمی‌باشد که بتوان او را به وسیله دلیل و برهان، در پیش گرفتن راهی که برای او مفید است، راهنمایی نمود، لذا ابوبن طفل که موظف به تربیت او هستند، باید با منطق کودکانه و زبانی که در خور فهم اوست، سعی و کوشش کنند که طفل به میل و رغبت، راهی که نشان داده می‌شود برود و هر امری که نتوان به او فهماند، باید به وسایلی او را وادار نمود که کورکورانه اطاعت کند. بدین جهت است که ماده بدون چون و چرا، طفل را به اطاعت از ابوبن وادار نموده است و چنانچه سرپیچی کند، به وسیله تنبیه نمودن وادار به اطاعت گردد» (امامی، بی‌تا: ۲۰۰/۵).

حقوق دان دیگری نیز بدون توجه به صدر ماده معتقد است که با توجه به قید «در هر سنی که باشد» و سابقه تاریخی این ماده، به خوبی معلوم می‌شود که مقصود از طفل فرزند است؛ ولی این حکم بیشتر جنبه اخلاقی دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۳۷۶). اما فارغ از حواشی که محشیان قانون مدنی بیان داشته‌اند، ماده ۱۱۷۷ با نقدهای جدی زیر مواجه است:

#### ۱-۳-۱. بی‌توجهی مقنن به شرط بلوغ در تقنین ماده

صدر ماده ۱۱۷۷ مقرر می‌دارد: «طفل باید مطیع ابوبن خود بوده...»، این در حالی است که فرد با رسیدن به سن بلوغ، اهلیت توجه تکلیف و الزام به رعایت قوانین را پیدا می‌کند (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۴/۲۶). از سوی دیگر، توجه حکم تکلیفی، منوط به تحقق شرایط تکلیف در انسان است (تبریزی، ۱۳۶۹: ۴۷۶). با این توضیح معلوم می‌شود که مقنن فردی را مکلف به انجام تکلیف نموده است که شأنیت و اهلیت انجام فعل را ندارد. به دیگر سخن، اولاً طفل به دلیل صغر سن و نرسیدن به سن بلوغ، شایستگی مکلف شدن را ندارد؛ ثانیاً جنبه امری ماده که از واژه «باید» استفاده می‌شود، لغو است؛ زیرا طفل

شأنیت خطاب را ندارد؛ بدین معنا که در صورت تمرد، نه می‌توان او را سرزنش نمود و نه جرم محسوب می‌شود؛ زیرا اقتضای سنی وی، قابلیت پذیرش و تحلیل مفاهیم امر و نهی را ندارد و تکلیف او، مصداق «تکلیف بما لا یطاق» و خلاف حکمت است. بنابراین صدر این ماده از این جهت که شرط بلوغ را نادیده انگاشته، باعث شگفتی است؛<sup>۱</sup> زیرا در فقه در باب حجر از جهات گوناگون (ابن فهد حلی، ۱۴۰۷: ۵۱۱/۲؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۱۴۰/۴) و در ابواب دیگر به طور خاص، مانند شهادت دادن (نجفی، ۱۴۰۴: ۹/۴۱)، امام جماعت بودن (همان: ۳۲۵/۱۳)، ولایت در امور حسبی (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۵۸۰/۲)، قضاوت، مرجعیت تقلید و همه امور مربوط به مجتهد (کاشف‌الغطاء نجفی، ۱۳۵۹: ۲/قسم ۱۸۲/۲)، بلوغ مورد تأکید قرار گرفته است. قانون مدنی نیز در ماده ۱۹۰ تحت عنوان اهلیت طرفین، همین شرایط را از شروط اساسی صحت معامله می‌داند و در ماده ۲۱۱ در مقام تفسیر اهلیت، به بلوغ و عقل و رشد تصریح می‌کند. بنابراین با الغاء خصوصیت<sup>۲</sup> از بیع و مقوله معامله، می‌توان وجود بلوغ را جهت انجام تکالیف قانونی، رویه ثابت قانون مدنی دانست که در ماده ۱۱۷۷ مورد توجه قرار نگرفته است.

### ۳-۱-۲. عدم دلیل بر وجوب اطاعت از والدین

آن گونه که در بررسی اقوال و وجوه استدلال فقها درباره وضعیت وجوب اطاعت

۱. البته ممکن است گفته شود که حکم ماده ۱۱۷۷ احتمالاً حکمی اخلاقی است نه حقوقی. در پاسخ باید گفت که هرچند این احتمال نیز می‌رود، اما این خود، یک ضعف عمده برای یک قانون و مجموعه مواد حقوقی به شمار می‌رود؛ زیرا دانش حقوق، متکفل بیان مباحث اخلاقی نیست و وضع قانون از طرف قانون‌گذار برای الزام و بازدارندگی است و ضمانت اجرایی دارد. به عبارت دیگر، تنظیم روابط افراد با یکدیگر بر عهده دانش حقوق است و ماده‌نگاری حقوقی با رویکرد اخلاقی محض، با غرض اصلی حقوق مغایرت دارد. بنابراین ذکر احکام اخلاقی در یک مجموعه مواد حقوقی که ضمانت اجرا برای مجری قانون ندارد، افزون بر به هم خوردن تناسب و یکنواختی آن، سبب ابهام و اختلاف نظر در فهم قوانین حقوقی و اخلاقی خواهد شد. در هر صورت، در اینجا با توجه به قرائنی خاص، حقوقی بودن ماده ۱۱۷۷ بیشتر محتمل است؛ زیرا اولاً اگر اخلاقی می‌بود، بایستی برای همه افراد از کوچک تا بزرگ بیان می‌شد نه اینکه صرفاً متوجه طفل شود. ثانیاً، چون دأب قانون‌گذار، ماده‌نگاری حقوقی الزام‌آور است، در موارد شک، متبادر از مواد مشکوک، حقوقی بودن آن‌هاست.
۲. مقصود از الغای خصوصیت، الغای ویژگی‌های غیر مؤثر در تعلق حکم، به منظور توسعه در مصادیق متعلق حکم است (مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی، ۱۳۸۹: ۲۳۷).

از والدین گذشت، هیچ دلیل و مستندی بر وجوب اطاعت از والدین در هیچ گروه سنی در دست نیست و الزام قانونی که در صدر ماده ۱۱۷۷ وجود دارد، بدون سند و فاقد وجاهت فقهی است و آنچه از ادله در دسترس است، دلالت بر نیکی به والدین دارد که در فقره دوم ماده در قالب احترام به آن‌ها مورد اشاره قرار گرفته است.

### ۳-۱-۳. عدم وجود ضمانت اجرا

ضمانت اجرا به معنای عکس‌العمل قانونی تخلف از یک دستور قانونی است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲: ۱۰)؛ مثلاً برای صحت هر معامله‌ای، طرفین باید قصد معامله داشته باشند (ماده ۱۹۰ ق.م.)، حال اگر یکی از طرفین در حال مستی یا بیهوشی یا در خواب معامله نماید، به واسطه فقدان قصد، معامله‌اش باطل است (ماده ۱۹۵ ق.م.). بنابراین بطلان، ضمانت اجرای تخلف از دستور قانونی (قاصد بودن) است. البته چنین نیست که همه قوانین، ضمانت اجرا داشته باشند و گاه به دلیل مسامحه یا شرایط خاص موضوع، مقنن از وضع ضمانت اجرا باز می‌ماند. اما در هر صورت برای آنکه حقوق در تنظیم روابط اجتماعی، توانمندی رسیدن به هدف منظور مقنن را داشته باشد، ضمانت اجرا امری ضروری خواهد بود و در مقابل، مواردی که همراه با اجبار و الزام حقوقی نباشند، فاقد جنبه حقوقی بوده و حتی گاه جنبه اخلاقی محض پیدا می‌کنند. حال ماده ۱۱۷۷ نیز از همین قرار است و برخی آن را بیشتر دارای جنبه اخلاقی دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۳۷۶) و روشن است که حوزه اخلاق، امری جدا و خارج از حقوق و وضع قوانین خشک حقوقی است.

یکی از حقوق دانان معتقد است که ماده ۱۱۷۹ قانون مدنی، ضمانت اجرای ماده

۱۱۷۷ است:

«در طفل نمی‌توان به وسیله منطبق عقل به تنهایی، حس احترام و اطاعت ایجاد نمود؛ بلکه در مواردی نیز باید از بیم تنبیه و در بعض مواقع از تنبیه در موقع سرپیچی کمک خواست و آن در صورتی ممکن است که ابویین، اجازه تنبیه او را در موارد سرپیچی او از اطاعت آن‌ها داشته باشند. لذا ماده ۱۱۷۹ می‌گوید: ابویین حق تنبیه طفل خود را دارند، ولی به استناد این حق نمی‌توانند طفل خود را خارج از حدود تأدیب تنبیه نمایند» (امامی، بی‌تا: ۲۰۱/۵).



در مقابل این دیدگاه، با اندکی دقت می‌توان دریافت که:

اولاً چون الزام ماده ۱۱۷۷ مبنی بر اطاعت درست نیست، پس نمی‌توان برای آن در این فرض، ضمانت اجرا تصور کرد.

ثانیاً تربیت و تنبیه حتی با وصف متعارف آن، همیشه در برابر ترمرد و سرپیچی فرزند از والدین نیست تا بتوان قائل به ضمانت اجرای ماده ۱۱۷۹ شد؛ زیرا گاه از فرزند کاری سر می‌زند که توسط والدین نسبت به آن امر و نهی وارد نشده است، ولی در این حالت هم نسبت به آن فعل، تنبیه صورت می‌گیرد.

ثالثاً اگر ضمانت اجرا در مورد طفل ممیز پذیرفتنی باشد و تنبیه او در چهارچوب مقررات شرعی و حقوقی، مشروع و دست‌یافتنی باشد، قطعاً درباره طفل غیر ممیز چنین نیست؛ زیرا چنین طفلی که درک صحیحی از اطاعت و نافرمانی، احترام و بی‌احترامی ندارد، چگونه می‌توان با تنبیه به او فهماند و به غرض مقنن رسید؟!

رابعاً تنبیه یکی از اهرم‌های ضمانت اجراست که با توجه به اقتضای سنّی لحاظ می‌شود و گنجاندن آن در زمره ضمانت اجرا، منوط به اصلاح ماده ۱۱۷۷ و تصریح مقنن به ضمانت اجرایی است که ضامن حمایت از افراد، حفظ جامعه، پیشگیری از وقوع بزه و نیز اصلاح بزه‌کار باشد و ماده ۱۱۷۹ ماده‌ای مستقل است که صرفاً حَقّ تنبیه متعارف را برای والدین به رسمیت می‌شناسد و فرض ترمرد و عدم آن، مداخلتی در کلیت حکم آن ندارد. به دیگر سخن، الزام حقوقی، ضمانت اجرای حقوقی می‌خواهد و ماده ۱۱۷۹ یکی از راه‌های تأدیب و تربیت است و وقتی که اطاعت از والدین جنبه تربیتی داشته باشد، الزام در آن با عنایت به دلایل پیش گفته، فاقد وجهت فقهی و حقوقی است و حتی اگر ماده ۱۱۷۷ تقنین نمی‌شد، ماده ۱۱۷۹ همچنان می‌توانست به عنوان یک اهرم قانونی، مستقلاً دارای کارکرد باشد.

### ۳-۱-۴. خلط و تسامح مقنن در به کارگیری واژه «طفل»

نقد دیگری که به ماده ۱۱۷۷ وارد می‌باشد، این است که مقنن در به کارگیری واژه‌ها دقت لازم را مبذول نداشته و واژه «طفل» را در این ماده با مسامحه به کار برده است؛ بدین معنا که نخست مقرر داشته است: «طفل باید مطیع...»، و سپس بیان داشته

است: «در هر سنی که باشد...». این اطلاق و عموم شامل اطفال ممیز و غیر ممیز می‌شود. در این صورت، حتی اگر با تسامح پذیرفته شود که طفل ممیز، قابلیت خطاب، آن هم از نوع حقوقی اش را دارد، چگونه می‌توان پذیرفت که کودک غیر ممیز - که نه شرعاً و نه عقلاً و نه عرفاً از چنین قابلیت بر خوردار نیست-، مشمول چنین ماده قانونی و حقوقی بشود و او را به اطاعت از والدین و نگه داشتن احترام و اداری کرد، در حالی که درک درستی از مفهوم اطاعت و احترام ندارد؟ این یک مسامحه و خلط آشکار از مقنن در به کارگیری لفظ طفل است. مسلماً بی‌توجهی در انتخاب اصطلاحات رایج شرعی و حقوقی در مواد حقوقی، علاوه بر ایجاد ابهام، سبب بی‌اعتباری مواد قانونی می‌شود.

### ۳-۵-۱. کارکرد عمومی واژه طفل در قانون مدنی

بر حسب جستجو در قانون مدنی، واژه «طفل» در ۳۰ ماده به کار رفته است و مواد مذکور را می‌توان طبق مراد مقنن به دو دسته گونه‌بندی نمود: الف- طفل به صورت مترادف نوزاد؛<sup>۱</sup> ب- طفل به معنای صغیر.<sup>۲</sup> بنابراین مشاهده می‌شود که عموماً قانون مدنی، واژه «طفل» را در معنای نوزاد و صغیر به کار برده است که در هر دو معنا، هیچ‌یک صلاحیت مکلف شدن به انجام اوامر و نواهی شارع و مقنن را ندارند و خطاب امر و نهی به آن‌ها خلاف حکمت است.

### پیشنهادها

با توجه به اشکالاتی که به ماده ۱۱۷۷ وارد آمد، در زمینه ویرایش ماده مذکور در عرصه حقوق مدنی، موارد ذیل پیشنهاد می‌شود:

الف) در کتاب نهم در مبحث خانواده، فصلی با عنوان «احترام به والدین» ایجاد گردد.

ب) ماده ۱۱۷۷ به این شرح ویرایش گردد: «فرزند وقتی به سن تکلیف رسید، باید به والدین خود احترام و نیکی کند و نباید عمداً آنان را آزار دهد».

ج) مصادیق حصری یا تمثیلی نیکی و آزار، ضمن تبصره‌هایی بیان شوند.

۱. مانند مواد: ۸۸۴، ۹۶۴، ۹۹۳، ۱۰۴۶، ۱۱۵۸-۱۱۶۰، ۱۱۶۲-۱۱۶۷، ۱۱۶۹-۱۱۷۰، ۱۱۷۶ و ۱۱۷۹.

۲. مانند مواد: ۱۱۷۱-۱۱۷۵، ۱۱۷۷، ۱۱۷۹-۱۱۸۰، ۱۱۸۲، ۱۱۸۴-۱۱۸۶ و ۱۱۹۳-۱۱۹۴.

## نتیجه‌گیری

از آنچه گفته شد، از یک طرف به دست آمد که حکم به وجوب اطاعت از والدین، هیچ مستند شرعی ندارد. تنها حکمی که از قرآن و روایات استنباط می‌شود، حرمت عقوق و آزار والدین است. در واقع، آزار والدین از عناوین قصدیه است؛ بنابراین اگر فرزند در انجام کار یا ترک آن، قصد آزار والدین را نداشته باشد، حکم حرمت شامل عمل او نمی‌شود. از طرف دیگر، حکم صدر ماده ۱۱۷۷، بر اساس نقدی که تفصیلاً بیان شد، فاقد وجاهت فقهی و حقوقی است و نیاز به تصحیح از سوی قانون‌گذار دارد.

## کتاب‌شناسی

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، *کفایة الاصول*، قم، مؤسسه آل‌البتین، لایحه التراث، ۱۴۰۹ ق.
۲. آملی، میرزاحمدتقی، *مصباح‌الهدی فی شرح‌العروة الوثقی*، تهران، نشر مؤلف، ۱۳۸۰ ق.
۳. ابن اثیر جزری، مجدالدین ابوالسعادات مبارک بن محمد، *النهاية فی غریب‌الحدیث و الاثر*، تحقیق محمود احمد طناحی و طاهر احمد زاوی، چاپ چهارم، قم، اسماعیلیان، ۱۳۶۷ ش.
۴. ابن فهد حلّی، جمال‌الدین احمد بن محمد اسدی، *المهذب‌البارع فی شرح‌المختصر‌النافع*، تحقیق مجتبی عراقی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۵. ابن منظور افریقی مصری، ابوالفضل جمال‌الدین محمد بن مکرم، *لسان‌العرب*، تحقیق جمال‌الدین میردامادی، چاپ سوم، بیروت، دار صادر، ۱۴۱۴ ق.
۶. ابوالصلاح حلبی، تقی‌الدین بن نجم‌الدین، *الکافی فی الفقه*، تصحیح رضا استادی، اصفهان، کتابخانه امیرالمؤمنین علیه‌السلام، ۱۴۰۳ ق.
۷. اردبیلی، احمد بن محمد، *زبدة‌البیان فی احکام‌القرآن*، تحقیق محمدباقر بهبودی، تهران، المكتبة الجعفریة لایحه الآثار الجعفریة، بی‌تا.
۸. ازهری، ابو منصور محمد بن احمد، *تهذیب‌اللغة*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۲۱ ق.
۹. اسکافی، محمد بن احمد بن جنید کاتب، *مجموعه فتاوی ابن جنید*، تصحیح علی‌پناه اشتهاودی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
۱۰. اسماعیل صینی، محمود، *المکنز‌العربی المعاصر*، بیروت، مکتبه لبنان ناشرون، ۱۴۱۴ ق.
۱۱. امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، تهران، اسلامیه، بی‌تا.
۱۲. بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، *الحدائق‌الناضرة فی احکام‌العنرة‌الطاهرة*، تحقیق و تصحیح محمدتقی ایروانی و سیدعبدالرزاق مرقم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۱۳. برقی، احمد بن محمد بن خالد، *طبقات‌الرجال*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۳ ق.
۱۴. بطحایی، سعیده‌سادات، *بررسی فقهی حقوقی اطاعت والدین از فرزندان*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه قم، ۱۳۹۴ ش.
۱۵. تبریزی، میرزاجواد بن علی، *تنقیح مبانی‌العروة - کتاب‌الاعتکاف*، قم، بی‌نا، بی‌تا.
۱۶. همو، *صراط‌النجاه فی اجوبة‌الاستفتائات*، قم، دار الصدیقة‌الشهیده، ۱۴۲۷ ق.
۱۷. تبریزی، میرزاموسی بن جعفر، *اوثق‌الوسائل فی شرح‌الرسائل*، قم، کتبی نجفی، ۱۳۶۹ ق.
۱۸. جزایری مروج، سیدمحمدجعفر، *منتهی‌الدرایة فی توضیح‌الکفایه*، چاپ چهارم، قم، دار‌الکتاب، ۱۴۱۵ ق.
۱۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمینولوژی حقوق*، چاپ بیست و پنجم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۲ ش.
۲۰. جمعی از پژوهشگران، *فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم‌السلام*، زیر نظر سیدمحمود هاشمی شاهرودی، قم، مؤسسه دائرة‌المعارف فقه اسلامی، ۱۴۲۶ ق.
۲۱. جوهری، اسماعیل بن حماد، *الصحاح، تاج‌اللغة و صحاح‌العربیة*، تحقیق و تصحیح احمد عبدالغفور عطار، بیروت، دار‌العلم للملایین، ۱۳۷۶ ق.
۲۲. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل‌الشیعة الی تحصیل مسائل‌الشریعة*، قم، مؤسسه آل‌البتین، لایحه التراث، ۱۴۰۹ ق.

۲۳. حسینی روحانی، سید محمد صادق، *فقه الصادق علیه السلام*، قم، دار الكتاب - مدرسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۲ ق.
۲۴. حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح بن علی، *العناوین الفقهیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۲۵. راغب اصفهانی، ابوالقاسم حسین بن محمد، *مفردات الفاظ القرآن*، بیروت، دار العلم، ۱۴۱۲ ق.
۲۶. زمخشری، جارالله محمود بن عمر، *مقدمه الادب*، تهران، مؤسسه مطالعات اسلامی دانشگاه تهران، ۱۳۸۶ ش.
۲۷. سبحانی، جعفر، *اصول الحدیث و احکامه*، چاپ چهارم، قم، مؤسسه الامام الصادق علیه السلام، ۱۴۲۶ ق.
۲۸. شریف مرتضی علم الهدی، علی بن حسین موسوی بغدادی، *الاتصار فی انفرادات الامامیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۵ ق.
۲۹. همو، *رسائل الشریف المرتضی*، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۰۵ ق.
۳۰. شوشتری، محمد تقی، *قاموس الرجال*، چاپ دوم، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۱۰ ق.
۳۱. صاحب بن عباد، ابوالقاسم اسماعیل، *المحیط فی اللغة*، تحقیق محمد حسن آل یاسین، بیروت، عالم الكتاب، ۱۴۱۴ ق.
۳۲. صدوق، محمد بن علی بن حسین بن موسی بن بابویه قمی، *من لایحضره الفقیه*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۳۳. طبرسی، امین الدین ابوعلی فضل بن حسن، *مجمع البیان فی تفسیر القرآن*، چاپ سوم، تهران، ناصر خسرو، ۱۳۷۲ ش.
۳۴. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، *المبسوط فی فقه الامامیه*، چاپ سوم، تهران، المكتبة المرتضویة لاحیاء الآثار الجعفریة، ۱۳۸۷ ق.
۳۵. همو، *رجال الطوسی*، تحقیق جواد قیومی اصفهانی، چاپ سوم، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۲۷ ق.
۳۶. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، *مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۳۷. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال الدین مکی، *الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۳۸. همو، *القواعد و الفوائد*، قم، کتاب فروشی مفید، بی تا.
۳۹. عراقی، ضیاء الدین، *تعلیقه استدلالیة علی العروة الوثقی*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۵ ق.
۴۰. علامه حلی، جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *ارشاد الازهان الی احکام الایمان*، تحقیق فارس حسون، قم، چاپخانه خیام، ۱۴۱۰ ق.
۴۱. غروی نائینی، محمد حسین، *کتاب الصلاة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۱ ق.
۴۲. فراهیدی، خلیل بن احمد، *کتاب العین*، چاپ دوم، قم، هجرت، ۱۴۰۹ ق.
۴۳. قمی، میرزا ابوالقاسم بن محمد حسن، *القوانین المحکمة فی الاصول*، قم، احیاء الکتب الاسلامیه، ۱۴۳۰ ق.
۴۴. همو، *جامع الشتات فی اجوبه السؤالات*، تهران، کیهان، ۱۴۱۳ ق.
۴۵. کاتوزیان، ناصر، *دوره مقدماتی حقوق مدنی - خانواده*، چاپ پنجم، تهران، میزان، ۱۳۸۵ ش.
۴۶. کاشف الغطاء، جعفر بن خضر مالکی، *کشف الغطاء عن مبهمات الشریعة الغراء*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۲ ق.

۴۷. کاشف الغطاء نجفی، محمدحسین بن علی بن محمدرضا، *تحریر المعجله*، نجف اشرف، المكتبة المرتضویه، ۱۳۵۹ ق.
۴۸. کاظمی خراسانی، محمدعلی، *فوائد الاصول*، تقریرات دروس محمدحسین غروی نائینی، قم، جامعه مدرسین، ۱۳۷۶ ش.
۴۹. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، *اصول کافی*، قم، دار الحدیث، ۱۴۲۹ ق.
۵۰. مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی، *بحار الانوار الجامعة لدرر اخبار الائمة الاطهار علیهم السلام*، چاپ دوم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۳ ق.
۵۱. محقق حلّی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن حسن، *المختصر النافع فی فقه الامامیه*، چاپ ششم، قم، مؤسسه المطبوعات الدینیّه، ۱۴۱۸ ق.
۵۲. مدنی کاشانی، رضا، *براهین الحجج للفقهاء والحجج*، چاپ سوم، کاشان، مدرسه علمیه مدنی کاشانی، ۱۴۱۱ ق.
۵۳. مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی، *فرهنگ نامه اصول فقه*، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۹ ش.
۵۴. مروّجی قزوینی، علی، *تمهید الوسائل فی شرح الرسائل*، قم، مکتب النشر الاسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۵۵. مصطفوی، حسن، *التحقیق فی کلمات القرآن*، چاپ سوم، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۳۰ ق.
۵۶. مظفر، محمدرضا، *اصول الفقه*، چاپ پنجم، قم، اسماعیلیان، ۱۳۷۵ ش.
۵۷. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، *تحریر الوسیله*، قم، دار العلم، بی تا.
۵۸. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *اجود التقریرات*، تقریر دروس اصول محمدحسین غروی نائینی، قم، مطبعة العرفان، ۱۳۵۲ ش.
۵۹. همو، *منهاج الصالحین*، چاپ بیست و هشتم، قم، مدینه العلم، ۱۴۱۰ ق.
۶۰. موسوی سبزواری، سیدعبدالاعلی، *مواهب الرحمن فی تفسیر القرآن*، چاپ دوم، بی جا، دفتر معظم‌له، ۱۴۰۹ ق.
۶۱. همو، *مهذب الاحکام فی بیان الحلال والحرام*، چاپ چهارم، قم، مؤسسه المنار، ۱۴۱۳ ق.
۶۲. موسوی قزوینی، سیدعلی بن اسماعیل، *رسالة قاعدة «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده»*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۶۳. نجفی، بشیرحسین، *مصطفی‌الدین القیم*، نجف، دفتر معظم‌له، ۱۴۲۷ ق.
۶۴. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۶۵. نراقی، احمد بن محمد مهدی، *عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال والحرام*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۶۶. همو، *معراج السعاده*، چاپ سوم، قم، پیام قدس، ۱۳۹۳ ش.
۶۷. نراقی، محمد مهدی بن ابی ذر، *جامع السعادات*، چاپ چهارم، بیروت، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، بی تا.
۶۸. وحید خراسانی، حسین، *منهاج الصالحین*، چاپ پنجم، قم، مدرسه امام باقر علیهما السلام، ۱۴۲۸ ق.
۶۹. هاشمی، سیداحمد، *جواهر البلاغة فی المعانی و البیان و البدیع*، چاپ پنجم، قم، مرکز مدیریت حوزه علمیه قم، ۱۳۸۱ ش.

## تحلیلی بر

# ادله مشروعیت دستکاری ژنتیکی مواد غذایی\*

□ فاطمه قدرتی<sup>۱</sup>

### چکیده

امروزه در زمینه‌های کشاورزی و دامداری به وسیله مهندسی ژنتیک، محصولات گوشتی و گیاهی جدیدی با نام تراریخته یا تراژن تولید می‌شود که با توجه به بدیع بودن آن، بررسی موضع شارع و تبیین قیود و شرایط لازم‌الرعايه در آن ضروری خواهد بود؛ به ویژه اینکه پژوهش‌های علمی، آن را مخلاً سلامت جامعه دانسته‌اند و متعاقباً وجود نظرات موافق و مخالف و نیز خلأهای قانونی در قوانین مربوطه از جهت تأمین حقوق مصرف‌کننده و تبیین ضمانت‌های اجرایی قوی و سایر موارد، آن را به یکی از عرصه‌های جدی برای بحث‌های فقهی و حقوقی تبدیل نموده است.

در این پژوهش، ضمن تحلیل ادله قائلان به مشروعیت، با نظر به امکان اجرای قاعده لاضرر در رفع احکام شرعی محتمل‌الضرر و نیز وجوب عقلی و نقلی احتراز از محتمل‌الضرر، زمانی که ضرر احتمالی در مقایسه با منافع حاصل،

قابل اهمال نباشد، و سایر منافشات وارده بر ادله ایشان، به نظر می‌رسد در خصوص این محصولات، صرف احتمالی بودن ضرر مجوز اقدام نیست؛ زمانی که فواید مشهود و ظاهری گزارش شده، در مقابل مصلحت حفظ جان و حق بر سلامت افراد کل جامعه و حیات زیست قرار گیرد. لذا شاید بتوان تزاممی را بین اباحت اقدام به این عمل و رعایت احتیاط در حفظ جان انسان‌ها برقرار نمود و به موجب قاعده «الاهم فالهمهم» نیز تکلیف ملکف روشن گردد؛ همچنان که در استفتائات به عمل آمده، تعدادی از مراجع نیز ترک این اقدام را احوط دانسته‌اند؛ به ویژه اینکه مشاهده می‌شود نگرانی‌های حاصل از مخاطرات قطعی یا احتمالی گزارش شده، به نحو محسوسی باعث تغییر سیاست‌گذاری کشورهای توسعه‌یافته در مصرف این محصولات و عطف توجه به بازار صادرات شده است.

**واژگان کلیدی:** دستکاری ژنتیکی، محصولات غذایی، سلامت جامعه، محیط زیست، ضرر قطعی یا محتمل.

## ۱. بیان مسئله

مواد غذایی اصلاح شده یا غذاهای اصلاح شده ژنتیکی<sup>۱</sup> اشاره به محصولاتی دارد که طی فرایندی، قطعه مشخصی از دی.ان.ای.<sup>۲</sup> خارجی که حاوی ژن جدید یا ترکیب جدیدی از ژن‌ها می‌باشد، با استفاده از فنون آزمایشگاهی به طور مصنوعی وارد ژنوم یک ارگانیسم می‌گردد که گونه دریافت کننده ژن جدید را گونه تراریخته<sup>۳</sup> می‌نامند (پاپی‌پور و همکاران، ۱۳۹۱: ۲۴-۳۲؛ رهنما و سنجریان، ۱۳۹۰: ۶۸-۷۶).

عموماً استفاده از دانش مهندسی ژنتیک در بخش کشاورزی و تولید مواد غذایی، با هدف تولید گیاهان مقاوم به آفات گیاهی و خشکی، تولید گیاهان پرمحصول و تولید گاوهای دارای شیر و گوشت بیشتر است که در نگاه اول بسیار مثبت می‌نماید (Otsuka, 2003: 294-318). اما در کنار معرفی این منافع، بهره‌برداری از این محصولات، نگرانی‌هایی در سطح دنیا ایجاد کرده است؛ از جمله وجود ژن‌های حساسیت‌زا در این

1. Gmo.
2. DNA.
3. Transgenic.



محصولات (Batalion, 2009: 68-87). همچنین افزایش توان بالقوه باکتری‌های بیماری‌زا برای مقاومت در برابر آنتی‌بیوتیک‌ها که در اثر تولید این محصولات رخ می‌دهد (باقری، ۱۳۸۶: ۴۲-۳۱) و باعث ایجاد مشکل در فرایند باروری و تولید مثل و نهایتاً رشد نوزادان خواهد شد (Domingo, 2007: 713-721; Velimiro, 2008: 12-25).

لذا بررسی مشروعیت فقهی اقدام به تولید و مصرف این موجودات با توجه به اثرات دوگانه‌ای که بر حیات بشر دارد، جزء موضوعات جدید و مورد اهتمام در شاخه «فقه بیوتکنولوژی» می‌باشد. اکثر مراجع، جواز تولید این محصولات را مشروط به عدم ضرر برای انسان دانسته و برخی عدم ضرر در آینده را نیز مطرح کرده‌اند و حتی تعدادی نداشتن ضرر ثانویه (به عنوان مثال آلودگی محیط زیست) را به عنوان شرط تولید لازم دانسته و برخی بیان داشته‌اند که احوط ترک اقدام است. این در حالی است که موافقان تولید معتقدند که قطعی نبودن ضرر تولید، آن را موضوعاً از قاعده لاضرر خارج می‌کند و حتی بر فرض احراز ضرر نیز حرمت شرعی و لزوم احتراز قابل اثبات نیست؛ زیرا در این مورد خاص، توجه به منافع تولید، تحمل این ضرر را از جهت عقلی موجه خواهد کرد، لذا نمی‌تواند مشمول قاعده دفع ضرر محتمل باشد یا جواز آن حکم ضرری محسوب شود.

در این پژوهش، ضمن تبیین ماهیت موضوع، جهت بررسی حکم فقهی آن و تعیین شمولیت قاعده لاضرر یا قاعده تسلیط و... نسبت به موضوع، لازم است که: ۱- به نتایج تحقیقات میدانی (به عنوان بینه کارشناسی) در خصوص معرفی مخاطرات، سود و فواید تولید رجوع شود، ۲- مبانی فقهی در تعیین مجاری قواعد فقهی مرتبط با بحث مجدد مورد واکاوی قرار گیرد، ۳- استفتائات انجام‌شده از مراجع عظام بیان شود تا نهایتاً حکم اولیه تبیین شده و در گام بعد، ملاک‌های فقهی لازم در رابطه با حکم ثانویه آن مورد بررسی قرار گیرد.

## ۲. انواع تراریخته‌ها در صنایع غذایی

فرایند انتقال ژن به صورتی است که گاهی ژن‌ها از موجودی کم می‌شود که به آن «فروریخته» گفته می‌شود و گاهی نیز ژنی اضافه می‌شود که به آن «تراریخته» گفته

می‌شود. بذرهای تراریخته، حاصل تغییرات ژنتیکی هستند که با استفاده از مهندسی ژنتیک به منظور بهبود کیفیت و تغییر برخی صفات تولیدشده، میان مقوله کشاورزی و فناوری زیستی ارتباط برقرار نموده‌اند (شریفی سیرچی، ۱۳۸۸: ۱۶). موجودات تراریخته دارای ارگانیسم‌هایی با تغییرات ژنتیکی متفاوت هستند. این موجودات می‌توانند شامل ویروس، باکتری، حشرات، حیوانات آزمایشگاهی، دانه‌ها و یا بذرهای گیاهان باشند (Key, 2008: 290-298).

## ۱-۲. حیوانات تراریخته

ژنوم حیوان تراریخته به وسیله وارد کردن یک ماده ژنتیکی خارجی اصلاح شده است (طاهری دزفولی، ۱۳۹۲: ۱۶۸-۱۷۶) که امروزه علاوه بر استفاده در زمینه تحقیقات بیماری‌های انسانی، برنامه‌های کاربردی دیگری از جمله استفاده انسان از گوشت بهبودیافته، رشد سریع‌تر حیوان، مقاومت بیشتر در برابر بیماری و تولید گوشت بیشتر در حیوان مورد توجه بوده است (Fahimi, 2016: 2224-7181).

## ۲-۲. گیاهان تراریخته

گیاهان تراریخته گیاهانی شبیه به گونه‌های هم‌تای خود هستند؛ با این تفاوت که در نتیجه تغییر در ژن‌های نامطلوب، ظاهر بهتری از جهت شکل و کمیت نسبت به گیاهان طبیعی نوع خود دارند (پزشکی راد و همکاران، ۱۳۸۹: ۱۹۳-۲۰۲). اولین گزارش در تولید یک گیاه تراریخته سال ۱۹۹۰ منتشر شد که در آن به وارد کردن یک ژن مقاومت به آنتی‌بیوتیک به گیاه تنباکو اشاره شده بود. این مقاله علمی، سرآغازی در مسیر تولید مواد غذایی با استفاده از علم مهندسی ژنتیک گردید (عسکری، ۱۳۹۲: ۱۵۳-۱۵۹).

برای مثال، اگر گوجه فرنگی دچار سرمازدگی شود، علم ژنتیک قادر است با تغییر در ژن‌ها، آن را در مقابل سرما مقاوم کند؛ به این صورت که ژن مقاومت به سرمای موجودی دیگر مثل ماهی را به ژن‌های ساختاری گوجه فرنگی اضافه می‌کنند. همچنین بیوتکنولوژی این خصوصیت را دارد تا صفات جدیدی را برای گیاهان به وجود آورد؛ مثل مقاومت به علف‌کش‌ها و حشرات یا مقاومت به خشکی و شوری خاک ... (بزدان‌پناه و همکاران، ۱۳۹۵: ۱۰۳-۱۱۷).

### ۳. دلایل فقهی جواز دستکاری فقهی مواد غذایی

#### ۳-۱. دلیل اول: آیات و روایات دال بر اباحه تصرف در محیط زیست

موافقان محصولات تراریخته معتقدند با توجه به اصل اباحه، ایجاد تغییر و تحول در محیط زیست جهت پیشبرد اهداف انسانی معقول جایز می‌باشد؛ همچنان که بسیاری از آیات قرآن، زمین را مسخر انسان دانسته: «وَسَخَّرَ لَكُم مَّا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا مِنْهُ...» (جاثیه/۱۳)، می‌فرماید خداوند همه چیز را برای انسان در زمین آفرید: «هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَّا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا...» (بقره/۲۹). لذا این عمل برای انسان حلال و مباح است؛ مگر اینکه دلیلی بر خلاف آن وجود داشته باشد. همچنین اصل اباحه را می‌توان در دو روایت مشهور نیز خلاصه کرد: «كُلْ شَيْءَ لِكَ حَلَالٍ حَتَّى تَعْلَمَ أَنَّهُ حَرَامٌ بِعَيْنِهِ فَتَدَعِهِ» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۱۷/۸۹)؛ «كُلْ شَيْءَ طَاهِرٍ حَتَّى تَعْلَمَ أَنَّهُ قَذِرٌ» (همان: ۲۷/۱۷۴)، که فقها به دفعات در کتب خود به آن اشاره کرده‌اند (ر.ک: انصاری، ۱۴۱۹: ۴/۱۵۶؛ نجفی، ۱۹۸۱: ۳۲۶/۱؛ طوسی، ۱۴۱۷: ۲/۴۵؛ کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۷/۵۰). با استناد به این آیات و روایات، اگر استفاده از موجودات به نحو خاصی برای ما مقرر شده بود، می‌بایست بیان می‌شد در حالی که چنین نیست.

#### نقد و بررسی

در مقابل آیات و روایات اشاره شده، می‌توان به آیات دیگری به عنوان مقید استناد کرد که تغییر در خلقت و آفرینش را نه تنها مباح ندانسته، بلکه از القانات شیطان شمرده است: «وَلَا ضَلَّئَهُمْ وَلَا مَنِيَّتَهُمْ وَلَا مَرْنَهُمْ فَلَيَبْتَكُنَّ آذَانَ الْأَنْعَامِ وَلَا مَرْنَهُمْ فَلَيَغَيِّرَنَّ خَلْقَ اللَّهِ وَمَنْ يَتَّخِذِ الشَّيْطَانَ وَلِيًّا مِنْ دُونِ اللَّهِ فَقَدْ خَسِرَ خُسْرَانًا مُبِينًا» (نساء/۱۱۹). اگرچه در توجیه این آیه می‌توان گفت: ۱- هر تغییری را نمی‌توان داخل در عنوان «تغییر خلقت شیطانی» دانست. تغییرات می‌توانند هم مفید و هم مضر باشند. تغییر درست آن است که سلامت جامعه را حفظ کند و به سمت کمال و توسعه برد که فواید تولید محصولات تراریخته در همین راستاست. ۲- برخی فقها این آیه را در مورد تغییر در دین خدا می‌دانند و از جمله دلایل ایشان برای این برداشت، روایت امام صادق ع است که می‌فرماید

منظور از خلق الله، دین خداست. همچنین به مثال‌های دیگری از آیات استناد می‌کنند؛ مانند: ﴿فَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفًا فِطْرَةَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ﴾ (روم / ۳۰؛ بحرانی، بی‌تا: ۱۹۲/۷). لذا با این برداشت، این آیه خروج موضوعی از بحث دارد.

اما به نظر می‌رسد این آیه دلالت بر حصر و صرفاً اشاره به تغییر در دین ندارد و همان گونه که برخی گفته‌اند، در صدد بیان مثال و تمثیل است، نه اینکه حصر را بیان کرده باشد؛ لذا همه عناوین تغییر را شامل می‌شود (اندلسی، ۱۴۲۲: ۷۲/۴). حتی برخی دلالت آیه را بر تغییر در مباحث اعتقادی نفی کرده‌اند، با این استدلال که منظور از تغییر در آیه صرفاً تغییر خارجی و قابل مشاهده است؛ همان طور که در بخشی از آیه می‌فرماید: ﴿... فَلْيَبْتِكُنْ أَذَانَ الْأَنْعَامِ...﴾ (نساء/ ۱۱۹). در حالی که تغییر در دین و تبدیل عقیده توحیدی به شرک، از نوع تغییر علمی و فکری است و مراد این آیه نمی‌باشد (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۶: ۴۴۸/۱).

با این پیش فرض، معارضه این آیه با آیات مستند موافقان اباحه تصرف، منوط به روشن نمودن ماهیت تغییری است که از جهت شارع مذموم می‌باشد؛ چرا که به گفته فقها، مطلق ایجاد تغییر نمی‌تواند موجب حرمت باشد، چون در زندگی انسان تغییرات مختلفی ایجاد می‌شود، بدون اینکه حرمت خاصی برای آن وجود داشته باشد و اگر بخواهیم هر گونه تغییری را حرام بدانیم، تخصیص اکثر می‌باشد که تخصیص اکثر هم مستهجن است. در همین راستا، برخی فقها می‌فرمایند مثلاً اگرچه به وجود آوردن راه‌ها در میان کوه‌ها، حفر چاه، کاشتن درخت و... جزء تغییرات مهم است، اما ملتزم شدن به حرمت آن‌ها غیر ممکن است (تبریزی، ۱۴۲۵: ۱۴۵/۱).

در خصوص ماهیت تغییر مذموم، احتمالاتی مطرح شده است: ۱- شاید منظور این آیه تغییر در پدیده‌هاست؛ به طوری که باعث به هم خوردن حالت طبیعی و ابتدایی آن‌ها می‌شود (همان). ۲- منظور از تغییر، تغییر خارجی و قابل مشاهده است؛ همان طور که در بخشی از آیه ۱۱۹ نساء می‌فرماید: ﴿... فَلْيَبْتِكُنْ أَذَانَ الْأَنْعَامِ...﴾ (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۶: ۴۴۸/۱).

با نظر به آنچه بیان شد، چنانچه هر دو احتمال را در نظر بگیریم، حتماً آیه، تغییر و

دستکاری ژنتیکی را شامل خواهد شد، به ویژه اگر با سایر مستندات، غیر مفید بودن آن برای سلامت جامعه احراز شود؛ زیرا تغییری که در جهت دخالت در مسیر اصلی موجودات باشد، به گونه‌ای باعث از بین رفتن آن‌ها و ضرر زدن به دیگران شود و به گونه‌ای آن‌ها را از هدف اصلی باز دارد، طبق آیه جزء تغییرات ممنوع و حرام خواهد بود. همچنین در مقام نقد ادله موافقان اباحه تصرف در محیط زیست می‌توان به آیات و روایات فراوانی اشاره کرد که دلالت بر حرمت و ممنوعیت اضرار به محیط زیست و اتلاف طبیعت و سایر جانداران دارند که در ادامه و ذیل ادله مخالفان، نحوه استدلال ایشان اشاره خواهد شد.

### ۳-۲. دلیل دوم: سازوکار مهندسی ژنتیک همسو با آیات قرآن

در آیات و روایات فراوانی بر اهمیت غذا و لزوم توجه به آنچه انسان می‌خورد، تأکید شده است: ﴿فَلْيَنْظُرِ الْإِنْسَانُ إِلَى طَعَامِهِ﴾ (عبس/ ۲۴). برخی مفسران در رابطه با این آیه می‌فرمایند:

«منظور از "نگاه کردن" تماشای ظاهری نیست، بلکه نگاه به معنای دقت و اندیشه در ساختمان این مواد غذایی، اجزاء حیات‌بخش آن، و تأثیرات شگرفی است که در وجود انسان دارد» (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱: ۲۶/۱۵۴).

بر این اساس چنانچه بتوان با استفاده از دانش مهندسی ژنتیک، کیفیت مواد غذایی را بهبود بخشید، این اقدام همسو با آیات قرآن و بر مبنای اصلاح و بهینه‌سازی خواهد بود و مصداق تغییر ماهیت و بنیاد خلقت تلقی نمی‌شود.

### نقد و بررسی

اینکه لزوماً بهره‌وری از این دانش، چنین اثر مثبتی دارد، تازه اول مدعاست و تمام بحث روی تبعات مثبت یا منفی این اقدام می‌باشد. لذا به نظر می‌رسد نتوان به این دسته از آیات استناد کرد. چه بسا ما آیاتی داریم که ذیل آن، شارع از طغیانگری و استفاده نادرست از محصولات غذایی منع کرده است: ﴿كُلُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا رَزَقْنَاكُمْ وَلَا تَطْغَوْا فِيهِ فَيَحِلَّ عَلَيْكُمْ غَضَبِي...﴾ (طه/ ۸۱)؛ یعنی از غذاهای پاکیزه که روزیتان کردیم بخورید و در آن طغیان نکنید و از حد و اندازه تجاوز ننمایید، یا ﴿كُلُوا مِمَّا فِي الْأَرْضِ حَلَالًا طَيِّبًا وَلَا تَتَّبِعُوا خُطُوَاتِ الشَّيْطَانِ إِنَّهُ لَكُمْ عَدُوٌّ مُبِينٌ﴾ (بقره/ ۱۶۸)؛ به این معنا که ای مردم، از آنچه

خدا در روی زمین از حلال‌ها و پاکیزه‌ها آفریده، بخورید و از گام‌های (آثار و نشانه‌های) شیطان پیروی نکنید.

در مخالفت با دستکاری ژنتیکی می‌توان به ضمیمه ادله دیگری که مستند منع اقدام است، به این دسته از آیات نیز استناد کرد و این عمل را مصداق تصرف ناروا در مواد غذایی دانست. لذا اگر این استدلال مخدوش باشد، به همان دلیل، استدلال موافقان نیز ادعای بدون دلیل خواهد بود.

### ۳-۳. دلیل سوم: عدم شمولیت «قاعده لاضرر» و «قاعده دفع ضرر

#### محتمل» نسبت به موضوع

اگر بخواهیم بر پایه مفهوم ضرر در قاعده لاضرر، جواز تولید را حکمی ضرری تلقی کنیم، این امر زمانی میسر خواهد بود که ضرر اقدام به تولید، فعلی و قطعی باشد. همچنین حکم به احتراز از مصرف مواد تراریخته نیز مطابق قاعده دفع ضرر محتمل زمانی ثابت خواهد شد که: ۱- این قاعده مشمول ضررهای دنیوی و بدنی باشد، ۲- ضرر به تناسب منافع عقلی، عمل قابل اجتناب باشد؛ حال آنکه طبق یافته‌های اکنون کارشناسان در مورد محصولات دستکاری شده ژنتیکی که همان مراجع رسمی در حوزه امنیت غذایی افراد می‌باشد، هنوز ضرر قطعی و مسلمی در این خصوص ثابت نشده است و آنچه تا به امروز در مورد محصولات تراریخته نمایان بوده، سلامت این محصولات را گزارش می‌دهد و دلیل قطعی بر عدم سلامت در دست نیست و با توجه به منافع متعددی که برای آن ذکر شده، از جهت مصرف نیز بر فرض وجود ضرر، قابل اغماض خواهد بود. لذا از این دو قاعده خروج موضوعی دارد.

طبق قاعده لاضرر در فقه، ضابطه ضرری بودن این است که با اجرای حکم، «به طور مسلم» به بدن، مال یا عرض انسان ضرر وارد شود و صرف احتمال کفایت نمی‌کند (عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۳۲۹/۷). فقها گفته‌اند در عدم اباحه و حرمت اقدام، همین کافی است که باعث «ضرر آشکار» شود (همو، ۱۴۱۳: ۷۰/۱۲؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۲: ۴۳۷/۱۳).

#### نقد و بررسی

در استناد به قاعده لاضرر و اعمال نظر در خصوص امکان اجرای آن جهت رفع

حکم اباحه نسبت به دستکاری ژنتیکی محصولات غذایی، توجه به چند نکته لازم است:

۲۶۱

### نکته اول

ضرر در لغت و نزد فقها عموماً دارای ماهیت عدمی و به معنای «نقص» دانسته شده است (مقری فیومی، ۱۴۱۸: ۱۸۶/۱؛ فراهیدی، ۱۴۱۰: ۷/۷؛ غروی نائینی، ۱۴۱۸: ۴۱۵/۳) و با توجه به شواهد فقهی متعدد که در ادامه به آن‌ها اشاره خواهد شد، این قاعده لزوماً در ضررهای مسلم و قطعی اجرا نمی‌شود و در رفع حکم محتمل‌الضرر نیز جاری است تا آنجا که فقها در مواردی صراحتاً دفع ضرر مشکوک را همانند ضرر ظنی واجب دانسته (آخوند خراسانی، بی‌تا: ۳۵۳) و گفته‌اند هر چیزی که به موجب علم، ظن یا خوف، ضرر داشته باشد، حرام است (نجفی، ۱۹۸۱: ۳۶/۳۷۰). در ادامه به چند نمونه اشاره می‌شود:

- فقها در استفاده از سموم هرچند که در آن صرفاً ظن یا خوف ضرر باشد، حکم به حرمت داده‌اند (خوانساری، ۱۳۵۵: ۱۷۰/۵).

- در مباحث فقه عبادی صرفاً خوف عقلایی در به وجود آمدن بیماری یا تشدید بیماری موجود در اثر روزه گرفتن کافی است تا فقها حکم به عدم صحت بدهند و بفرمایند که در این موارد، افطار جایز بلکه واجب است (گلپایگانی، ۱۴۱۳: ۲۶۸/۱) و گفته‌اند: «در صورت خوف از ضرر، واجب است که افطار کند» (طوسی، بی‌تا: ۱۵۸).

در این موارد روشن است که ضرورت تجویز افطار مریض، مستند به بیماری سابق نیست. بنابراین «خوف» فی نفسه یک طریق عقلایی است که شارع نه تنها این طریق را رد نکرده است، بلکه بر طبق آن مشی کرده است و فقها بر اساس آن فتوا داده‌اند (موسوی خویی، ۱۳۶۴: ۴۵۷-۴۵۶).

- فقها برای جواز ودیعهٔ اموال طفل دو شرط را لازم می‌دانند؛ یکی از این شروط وجود ضرورت برای ودیعه‌گذاری است و در تحقق ضرورت، صرف خوف از سرقت یا خوف نسبت به از بین رفتن مال را کافی دانسته و گفته‌اند: اگر چنین خوفی در بین نباشد، شرط ضرورت از بین رفته است (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۱۰۲/۵).

- بنا به نظر فقها در صورتی که حج بر کسی واجب باشد، اما تنها راه رفتن به حج،

سوار شدن بر کشتی باشد، واجب است که با آن سفر کند. منتها در صورتی که خوف غرق شدن یا بیمار شدن داشته باشد، رفتن به حج واجب نیست. به عبارتی، خوف عقلایی، مانع از وجوب است، حتی اگر این ضرر احتمالی باشد و در معرض بودن شخص قطعی نباشد (موسوی خویی، ۱۴۱۷: ۱۹۰). بر همین اساس گفته‌اند مراد این نیست که قطعاً فساد مترتب شود، بلکه منظور این است که در معرض فساد قرار گیرد و معرضیت ظنی مراد است. حتی می‌توان گفت که اگر شک به ضرر هم وجود داشته باشد، ایراد ضرر مورد نهی قرار گرفته است. عقلاً نیز هلاکت به فساد مشکوک و حتی موهوم را در ضررهای معتنابه مثل فساد ابدان جایز نمی‌دانند (شیرازی، ۱۴۱۹: ۳۴).

- در باب امر به معروف و نهی از منکر در صورتی که شروط اربعه کامل باشد، اما ترس از ضرر وجود داشته باشد، واجب نخواهد بود (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۱۰۳/۵).

- در مسئله قرض دادن مال یتیم آمده است در صورتی که خوف تلف مال او برود، در این صورت، قرض دادن مال برای حفظ آن جایز است (همان)، که البته اینجا در صورتی مجرای قاعده است که بگوییم به واسطه قاعده، علاوه بر رفع حکم ضرری، برای ممانعت از ضرر، وضع حکم هم می‌شود. (یعنی حکم اولیه عدم جواز است که خوف ضرر در آن، باعث ایجاد حکم اباحه و جواز خواهد شد).

- برخی فقها نیز می‌فرمایند: «جایز است که فقیه مردم را برای نماز جمع کند، مثل نماز جمعه و نماز عیدین، و برای آن‌ها دو خطبه بخواند، در صورتی که خوف ضرر نداشته باشد» (طوسی، بی‌تا: ۳۰۲).

- در روایتی از حریر بن عبدالله<sup>۱</sup> آمده است که هر گاه روزه‌دار از بیماری چشمانش بیمناک باشد، باید افطار کند. پس زمانی که خوف از بیماری چشم ثابت شد (حزّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۱۸/۱۰)، در حالی که یکی از اعضای بدن است، در مورد مرضی که تمام بدن را فرا می‌گیرد، به طریق اولی خوف ثابت می‌باشد.

بنابراین حتی اگر بپذیریم که تا کنون آثار زیان‌آور و ابعاد مخاطره‌آمیز محصولات تراریخته و بیوتکنولوژی به طور قطعی و از نظر علمی به اثبات نرسیده است، به استناد

۱. «محمد بن علی بن الحسین یاسناده عن حریر، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: الصائم إذا خاف على عينه من اليرقان، أفطر».



قاعده لاضرر، دانشمندان رشته مهندسی ژنتیک نمی‌توانند و نباید آثار منفی و احتمالی این محصولات را بر محیط زیست و انسان که قدر متیقن از مصادیق «ضرر محتمل» خواهد بود، نادیده بگیرند (جعفری‌منش، ۱۳۸۸: ۱-۵) و چنانچه -آن گونه که برخی معتقدند- قاعده «لا ضرر ولا ضرار» جزء مستقلات عقلیه بوده و حکم شرع در این رابطه ارشادی باشد (انصاری، ۱۴۱۹: ۵۶/۲؛ محقق داماد، ۱۴۰۶: ۱۳۱/۱)، عقلاً لازم است که آن خسارت احتمالی را از خود یا هر شخص دیگری که مسئولیت سرپرستی او بر عهده شخص مکلف است، دور سازد؛ چرا که عدم توجه به این مطلب و سکوت و انتظار کشیدن برای ورود خسارت، مصداق قاعده اقدام و اضرار به نفس یا اضرار به غیر محسوب می‌شود (صفوی، ۱۳۸۹: ۸۸).

### نکته دوم

در خصوص حکم به احتراز از مصرف مواد تراریخته به موجب قاعده دفع ضرر محتمل، برخی معتقدند که با توجه به عقلی بودن این قاعده می‌توان مفاد آن را علاوه بر ضررهای اخروی، در خصوص ضررهای دنیوی نیز اجرا کرد و حکم عقل به وجوب دفع ضرر محتمل بیان عقلی است<sup>۱</sup> و تصریح می‌کنند که در باب شبهات موضوعیه تحریمیه، عقل حکم به دفع ضرر دنیوی کرده است و انصاف آن است که عقل به دفع ضرر مشکوک حکم کند، همان طور که به دفع ضرر متیقن حکم می‌کند و می‌فرماید: گاهی ضرر مقطوع دنیوی جایز است و شارع آن را فقط برای یک مصلحت مباح کرده است، منوط به اینکه دلیل بر اباحه معتبر باشد. در غیر این صورت با توجه به اجماعی که بر تساوی شک و دلیل ظنی غیر معتبر اقامه شده، لزوماً باید از ضرر دنیوی اجتناب کرد.<sup>۲</sup> همچنین گفته‌اند دلیلی وجود ندارد که آیه «وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ» (بقره/۱۹۵) را که مستند شرعی این قاعده است، صرفاً مربوط به هلاکت و ضررهای عظیم بدانیم، بلکه شامل کمتر از آن هم می‌شود؛ همچون ترس از بیماری و بی‌هوش شدن و مانند

۱. «أَنَّ حَكْمَ الْعَقْلِ بِوَجُوبِ دَفْعِ الضَّرْرِ الْمَحْتَمَلِ بَيَانٌ عَقْلِيٌّ فَلَا يَجِبُ بَعْدَهُ الْمَوْأَخَذَةُ» (انصاری، ۱۴۱۹: ۵۶/۲؛ ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷: ۴۱۶/۲).

۲. «إِذَا فُرِضْنَا قِيَامَ أَمَارَةٍ غَيْرِ مَعْتَبَرَةٍ عَلَى الْحَرَمَةِ، فَيُظَنُّ الضَّرْرَ، فَيَجِبُ دَفْعُهُ، مَعَ انْعِقَادِ الْإِجْمَاعِ عَلَى عَدَمِ الْفَرْقِ بَيْنَ الشُّكِّ وَالظَّنِّ الْغَيْرِ الْمَعْتَبَرِ» (انصاری، ۱۴۱۹: ۱۲۵/۲).

آن: نهایتاً آنچه از ادله به دست می‌آید این است که ملاک، مجرد ترس است (موسوی خویی، ۱۳۶۴: ۴۵۶).

به عبارتی تنها خوف از هلاکت، مبنای منجز بودن حکم به احتراز نیست، بلکه ترس عقلایی کمتر از آن نیز می‌تواند به عنوان مبنا قرار گیرد؛ مثل روایاتی که در باب پیدا کردن آب برای تیمم آمده که چنانچه شخص از چیزی همانند حیوان درنده و دزد بترسد، در این صورت جست‌وجو کردن از عهده وی ساقط می‌شود؛<sup>۱</sup> زیرا خود را صرفاً در معرض خطر می‌بیند، در حالی که نه علم و نه ظن به وجود دزد و حیوان درنده دارد؛ لذا ترس عقلایی فی نفسه معتبر است.

نمونه دیگر، روایتی صحیح در باب غسل است که امام علیه السلام در آن بیان می‌دارد اگر شخص ترس از سرما داشت، غسل نکند و تیمم کند.<sup>۲</sup> مناط وجوب تیمم، مجرد تحقق خوف است و روشن است که منظور از ترس فقط ترس از هلاکت نیست، بلکه غالباً خوف مرض و ضرر و مانند آن است.

تا به اینجا اجرای قاعده را در «ضررهای دنیوی» و «مطلق ضرر احتمالی» ثابت دانستیم؛ منتها مطلب زمانی در خصوص محل بحث ما (دستکاری ژنتیکی مواد غذایی) تمام است که از جهت عقلی ثابت شود این ضرر احتمالی در مقایسه با منافعی که ممکن است داعی بر انجام عمل باشد، قابل اهمال نبوده و لزوماً باید از آن احتراز کرد؛ چرا که ممکن است گفته شود اجرای این قاعده در خصوص دستکاری ژنتیکی می‌تواند مانع هر نوع نوآوری شود که اختراع و اجرای آن همراه با احتمال خطر و ضرر باشد. شاید بتوان ادعا کرد که با این استدلال، راه هر گونه خلاقیتی بسته خواهد شد؛ زیرا کارهای خلاقانه و جدید، با احتمال خطر و ضرر عجین است.

لزوم انجام و اجرای این امور، تحت ضرورت‌ها یا مصالح عالی‌ای قرار می‌گیرد که

۱. «وعن الحسين بن محمد، عن معلى بن محمد، عن الوشاء، عن حماد بن عثمان، عن يعقوب بن سالم قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل لا يكون معه ماء والماء عن يمين الطريق ويساره غلوتين أو نحو ذلك؟ قال: لا أمره أن يعزّر بنفسه فيعرض له لَصّ أو سبع» (حَرّ عاملي، ۱۴۰۹: ۳/۳۴۲).

۲. «محمد بن علي بن الحسين بإسناده عن عبد الله بن سنان أنه سأل أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل تصيبه الجنابة في الليلة الباردة ويخاف على نفسه التلف إن اغتسل. فقال: يتيمّم ويصلّي، فإذا أمن البرد اغتسل وأعاد الصلاة» (حَرّ عاملي، ۱۴۰۹: ۳/۳۷۲).

با استناد به آن‌ها، تحمل ضررهای محتمل و حتی ضررهای قطعی محدود یا موقت قابل توجیه است و نهایتاً حکم وجوب دفع ضرر محتمل، در جایی است که پرهیز از ضرر احتمالی، خود موجب نادیده گرفتن ضرورت‌ها و تفویت مصالح عالی بشری نشود. کمبود زمین و افزایش روزافزون جمعیت و کمبود مواد غذایی، ضرورت‌ها و مصالحی است که توجیه‌گر هر گونه فعالیت علمی و اجرایی محتمل‌الضرر می‌باشد. دقیقاً بر همین مبنا، برخی ضرر محتمل را مقید به قیودی کرده‌اند، مانند: ۱. ضرر محتمل عقلایی، ۲. ضرر قابل اعتناء:

- «دفع ضرر احتمالی دنیوی [در حکم اولیه آن] واجب نیست؛ خواه این ضرر یقینی باشد یا محتمل یا مظنون. جز اینکه «دلیل عقلایی» بر آن مترتب شده باشد» (موسوی خویی، ۱۴۱۷: ۲۸۶؛ واعظ حسینی، ۱۴۱۷: ۲۱۷-۲۱۸).

- «هر چیزی که در آن، ضرر «قابل اعتنا» وجود دارد، حرام است؛ چه علم به آن باشد چه گمان» (نجفی، ۱۹۸۱: ۳۶/۳۷۰).

از این رو در قالب نکته سوم، بین منافع و مضرات قطعی یا احتمالی این اقدام، موازنه‌ای صورت گرفته است تا نتیجه نهایی از جهت امکان اجرای قاعده «لا ضرر ولا ضرار» و قاعده «وجوب دفع ضرر محتمل» در این موضوع روشن شود.

### نکته سوم

مخالفان محصولات تراریخته، در مورد عواقب احتمالی این اقدام از جنبه‌های مختلف هشدار داده‌اند. موافقان نیز فواید زیادی را در اقدام به آن شمرده‌اند:

الف) به باور موافقان، تولید این محصولات، راهی زودبازده و کم‌هزینه در توسعه کمی و تأمین نیاز به غذاست. بر اساس پیش‌بینی سازمان خواروبار جهانی، تأمین امنیت غذایی ۹/۱ میلیون نفر در جهان در سال ۲۰۵۰ مستلزم افزایش ۷۰ درصد تولید غذا در جهان و افزایش ۱۰۰ درصد تولید غذا در کشورهای در حال توسعه است. با این معضل غذا، عده‌ای معتقدند که بهترین راه، روی آوردن به محصولات تراریخته‌ای است که نسبت به استرس‌های محیطی نیز مقاوم هستند؛ زیرا راهبردهای معمول، جوابگوی این افزایش جمعیت نمی‌باشد (غنیان و همکاران، ۱۳۹۵: ۱۲-۱). به عبارتی، کلید راه مقابله با شیب

تغییرها و چالش جهانی آینده، دستکاری هدفمند مصنوعی با استفاده از فناوری است که پنجمین نیروی جهانی بوده در درون آن زیست‌فناوری، تأثیر انکارناپذیری در روند آینده جهان به ویژه در زمینه زیستی خواهد داشت (امیدی و سمیعی فراهانی، ۱۳۹۶: ۵۲-۶۲). در مقابل مخالفان می‌گویند استفاده از این راه زودبازده و کم‌هزینه در تأمین غذا نتایج زیانباری دارد:

۱- آلودگی محیط زیست و اتلاف طبیعت؛ مهم‌ترین خطر استفاده از محصولات تراریخته، مربوط به انسان و محیط زیست است. علاوه بر این، برخی عوارض استفاده از این محصولات، از بین رفتن گیاهان و جانوران و ایجاد فجایع طبیعی است (بزدان‌پناه و همکاران، ۱۳۹۵: ۱۰۳-۱۱۷). از آنجا که تأثیر چنین دستکاری در رفاه حیوانات هنوز برای ارزیابی مشکل است، سمیت محصولات ژنتیکی ممکن است تأثیر منفی بر ترکیب غذا داشته باشد که به نوبه خود می‌تواند عملکرد منفی بر حیوانات داشته باشد (Hug, 2008: 87-99)؛

۲- امکان ظهور ویروس‌های جدید و جهش ژنی؛

۳- دسترسی محدود به بذرها؛

۴- کاهش تنوع ژنتیکی؛

۵- ارزش غذایی پایین محصولات تراریخته؛

۶- احتمال ایجاد مخاطراتی در سلامت انسان بر اثر گسترش باکتری‌های مقاوم به آنتی‌بیوتیک (Ibid.).

ب) همچنین موافقان معتقدند که این اقدام، باعث کنترل سموم و آفات و توسعه کیفی محصولات کشاورزی و تولید محصولاتی می‌شود که در برابر آفت‌ها مقاوم بوده و بی‌نیاز از مصرف سم‌های قوی و مضر برای سلامتی بشر هستند و دیگر نیازی نیست که با استفاده بی‌رویه از کودها و آفت‌کش‌های شیمیایی، تولیدات کشاورزی را توسعه داد. طبق تحقیقات، باقی‌مانده آفت‌کش‌های مجاز در مواد غذایی ایالات متحده دارای احتمال حساسیت‌زایی هستند (Ibid.).

در مقابل مخالفان می‌گویند استفاده از این راه برای تأمین سلامت جامعه و کاهش سموم شیمیایی، نتیجه‌بخش نیست و نتایج زیانبار زیر را در پی دارد:

۱- حساسیت‌زایی در انسان؛

۲- ظهور علف‌های هرز مقاوم در برابر علف‌کش‌ها به واسطه جهش ژن مقاومت که از طریق گیاهان تراریخته مقاوم منتقل می‌شود؛

۳- بیکاری کارگران به تبع کاهش نیروی انسانی در مزارع، و خطر انتقال ژن‌های مزارع دستکاری ژنتیکی شده به مزارع ارگانیک و متعارف (Ibid.)؛

۴- تفاوت زیانبار سیاست‌های مهندسی ژنتیک در کشورهای صنعتی و کشورهای در حال توسعه؛ بررسی نمودار کشت گیاهان تراریخته در سطح دنیا نشان می‌دهد که سطح زیر کشت این گیاهان در کشورهای صنعتی از سال ۲۰۱۱ تقریباً ثابت مانده است و حتی در سال ۲۰۱۵ اندکی کاهش نشان می‌دهد، اما در کشورهای در حال توسعه نسبت به کشورهای صنعتی افزایش یافته است. با عدم رغبت کشورهای صنعتی به افزایش کشت این گیاهان، امروزه ترویج این گیاهان بیشتر در کشورهای در حال توسعه پیگیری می‌شود (مؤسسه سیاست‌پژوهی تمدن اسلامی، ۱۳۹۵: ۶-۷).

به نظر می‌رسد با توجه به مخاطرات قطعی یا احتمالی گزارش شده که به نحو محسوسی باعث تغییر در سیاست‌گذاری کشورهای توسعه‌یافته شده، بتوان این اقدام را مشمول قواعد فقهی اشاره شده دانست.

همچنین افزون بر مناقشات وارد به ادله موافقان دستکاری محصولات غذایی، می‌توان دلایل مستقلى را در عدم مشروعیت این اقدام ارائه کرد که در ادامه به آن اشاره می‌شود.

#### ۴. دلایل فقهی عدم جواز دستکاری فقهی مواد غذایی

۴-۱. دلیل اول: حرمت و ممنوعیت اضرار به محیط زیست و اتلاف

طبیعت و سایر جانداران

به گفته مفسران، آیه ﴿... وَلَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا﴾ (اعراف/ ۵۶) تمام انواع فساد در زمین را شامل می‌شود (طباطبایی، بی‌تا: ۵۶/۲). همچنین آیه ﴿وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ﴾ (بقره/ ۱۹۰) شامل تمام تعدیات می‌شود که تعدی به محیط زیست نیز یکی از این موارد است (همان: ۶۱/۲) یا آیه ﴿وَإِذَا تَوَلَّى سَعَى فِي

الأَرْضُ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَيُهْلِكَ الْحَرْثَ وَالنَّسْلَ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُسَادَةَ﴾ (بقره/ ۲۰۵) که «حرث» در این آیه به معنای زراعت، و «نسل» به معنای اولاد است و بر اولاد انسان و غیر انسان اطلاق می‌شود. بنابراین هلاک کردن حرث و نسل به معنای از میان بردن هر گونه موجود زنده، اعم از موجودات زنده نباتی، حیوانی و انسانی است (همان: ۹۶/۲).

در طریقه استدلال به این آیات در خصوص ممنوعیت دستکاری ژنتیکی می‌توان گفت: ۱- برخی فقها گفته‌اند میان تجاوز از مقدار نیاز و ظن به تعدی، تفاوت وجود ندارد (نجفی، ۱۹۸۱: ۳۷/۶۱-۶۲). ۲- طبق مطالب پیش گفته، دفع ضرر محتمل، زمانی که در موازنه با منافع آن قابل اعتنا و عقلایی باشد، واجب است. ۳- محیط زیست یکی از اموال عمومی است و اموال عمومی نیز متعلق به همه افراد است و هیچ کس حق ندارد با آسیب رساندن به آن، موجب زیان دیگران شود؛ همچنان که فقها گفته‌اند نابود کردن درختان و کشتزارها و یا صدمه زدن به آن‌ها حتی در هنگام جنگ نیز جایز نمی‌باشد (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۲/۲۱؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۳/۲۵؛ محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱/۲۳۶) و برخی حرمت آن را اقوی دانسته‌اند (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۳/۴۱۲). بنابراین به طریقی اولی، حفاظت در غیر زمان جنگ واجب می‌باشد و تنها آسیب رساندن به محیط زیست در صورت اضطرار و ناچاری قابل توجیه است که با توجه ظرفیت کشور برای محصولات ارگانیک و غیر تراریخته، این محمل برای دستکاری ژنتیکی فراهم نیست.

#### ۴-۲. دلیل دوم: مقتضای قاعده اتلاف و تسلیط در تولید تراریخته‌ها

در کتب فقهی بر اساس قاعده تسلیط، حق تصرف مالکانه مقید به عدم اضرار به غیر است (حسینی سیستانی، بی‌تا: ۱۵۷) و اثبات ضمان به موجب قاعده اتلاف نیز بر اساس نصوص فراوانی که دلالت بر حرمت مال، عمل، عرض و خون مسلمان دارند، روشن است (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۲/۴۳۴).

به موجب این دو قاعده، عنصر عمد و قصد در ضمان دخالت ندارد. لذا مثلاً اگر شخص آگاهی به سرایت آتش داشت، ضامن است؛ هرچند آتش به مقدار نیاز باشد (موسوی خمینی، ۱۳۹۰: ۲/۵۶۶؛ محقق داماد، ۱۴۰۶: ۱/۱۱۴). از این رو به موجب این قاعده، بر فرض که عمل دستکاری ژنتیکی با نظر به فواید عقلایی آن، در حد نیاز قابل اجرا

باشد، باز هم هر گونه خساراتی که در آینده به بار آورد، موجب ضمان است که با نظر به نتایج تحقیقات در برخی موارد از جمله آسیب‌های وارده به محیط زیست، ضرر آن با ظن قوی توأم است؛ لذا حکم به پرهیز از اقدام، موجه خواهد بود.

#### ۴-۳. دلیل سوم: عدم تأثیر رضایت مصرف‌کننده برای جواز تولید

از جهت فقهی، اضرار به نفس حتی به شرط رضایت شخص حرام است (طوسی، بی‌تا: ۸۶۰/۳؛ فخرالدین رازی، ۱۴۲۷: ۲۵۸/۲؛ محقق حلی، ۱۴۰۸: ۵۵/۱). برای این حکم، به دلایل فقهی متعددی استناد شده است؛ از جمله آیات ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾ (بقره/۱۹۵) و ﴿وَمَنْ يَعْمَلْ سُوءًا أَوْ يَظْلِمْ نَفْسَهُ ثُمَّ يَسْتَغْفِرِ اللَّهَ يَجِدِ اللَّهَ غَفُورًا رَحِيمًا﴾ (نساء/۱۱۰). مفسران گفته‌اند واژه «سوءاً» در آیه، تعدی بر غیر است و «يُظْلِمُ» تعدی بر نفس است و حرمت اضرار به نفس، مصداق تعدی بر نفس می‌باشد (طباطبایی، بی‌تا: ۷۴/۵). براساس برخی روایات نیز نفس انسان همانند همسایه‌اش مورد احترام است و نباید به آن ضرر و زیان رساند (حزعاملی، ۱۴۰۹: ۷۹/۱، ۷۸/۲ و ۶۸/۱۵) و چون اتلاف نفس جایز نیست، اجازه افراد نسبت به آن نیز موجب مشروعیت آسیب به ایشان نمی‌شود و مطابق روایات، حرمت زمانی از بین می‌رود که چاره‌ای نباشد. همچنین درباره عبارت «لاضرار» در قاعده «لا ضرر ولا ضرار» گفته‌اند که اگر منظور از لا «لای نهی» باشد، به معنای وارد کردن ضرر و زیان است که اطلاق آن، شامل اضرار به غیر و اضرار به نفس می‌باشد و اگر منظور «لای نفی» باشد، یعنی نفی حکم ضرری. البته اگر انسان ضرری را بر بدنش برای اغراض عقلانی تحمیل کند، جایز است (موسوی خویی، ۱۴۱۷: ۶۳۶/۴۷). به عبارتی هر جا که اضرار به نفس موجب حرمت نشده است، یا (۱) یک غرض عقلایی و مصلحت بالاتر مورد توجه شارع بوده است و در واقع مجرای قاعده «الأهم فالأهم» است، یا (۲) شخص اضطرار یا جهل به حکم ضرری برای بدن داشته و حرمت آن برداشته شده است، که در خصوص موضوع بحث در بخش قبل، با توجه به مضرات محتمل گزارش شده در نتایج تحقیقات به نظر می‌رسد که فواید عقلایی آن قابل موازنه نباشد. نهایتاً اینکه در مورد محصولات تراریخته، این محصولات برای جوامعی کاربرد دارند که تأمین غذا برایشان امری مشکل و دارای هزینه‌های زیادی

است و راه چاره‌ای جز این وجود ندارد.

با توجه به اینکه محصولات دستکاری شده ژنتیکی نسبت به محصولات مشابه خود، قیمت کمتری دارند، می‌توانند پاسخ‌گوی نیاز غذایی این جوامع باشند. در پاره‌ای از روایات نیز معصومان علیهم‌السلام نیاز مالی را موجب رفع حرمت و از مصادیق ناچاری دانسته‌اند (حز عاملی، ۱۴۰۹: ۱۹۸/۲۴). لذا در این شرایط حتی با فرض حرمت تولید و استفاده، حرمت آن از بین خواهد رفت.

#### ۴-۴. دلیل چهارم: مقتضای اجرای قاعده «الأهم فالهمم»

توازن میان دو حکم، از مجاری قاعده «الأهم فالهمم» می‌باشد (بستانی، ۱۳۷۰: ۲۲۵؛ مظفر، ۱۳۸۴: ۳۷۳)؛ به معنای تقدّم حکم مهم‌تر، در جایی که امثال هر دو ممکن نیست و از مستقلات عقلی است (علیدوست، ۱۳۸۸: ۲۱). مقاصد الشریعه (حفظ جان، مال، دین، نسل و ناموس) جزء مصالحی است که در تشخیص اهم کاربرد دارد (غزالی، ۱۳۷۸: ۲۸۷/۱).

به نظر مخالفان دستکاری ژنتیکی، هنوز دلیلی بر ناسالم بودن محصولات تراریخته وجود ندارد تا بر پایه آن بتوان بر عدم سلامت آن‌ها حکم کرد. لذا توازن موضوعاً منتفی است. اما دلایلی وجود دارد که ما را نسبت به این محصولات مشکوک کرده است. با توجه به اینکه این فواید مشهود و ظاهری، در مقابل مصلحت حفظ جان و حق بر سلامت افراد و حمایت از محیط زیست قرار دارد، این مصالح از چنان اهمیتی برخوردارند که قاعده احترام به آن‌ها، باعث اجرای اصل احتیاط و اصل حظر نسبت به آن‌ها می‌شود. لذا به نظر می‌رسد بتوان توازنی را بین اباحه اقدام به این عمل و رعایت احتیاط در حفظ سلامت عموم جامعه و جان انسان‌ها در مقیاس کلان برقرار نمود و این قاعده که وظیفه عملی مکلف را به هنگام شک در «مکلف‌به» تعیین می‌کند و قائل به لزوم موافقت قطعی با تکلیف «معلوم به اجمال» است (کازمی خراسانی، ۱۳۶۵: ۴/۴)، تکلیف را مشخص خواهد نمود و به همین دلیل، سلامت اعضای جامعه را که مسئله‌ای مهم است، باید رعایت کرد و آزمون و خطا در این مسئله جا ندارد و قدر متیقن که همان مشکوک بودن است، در این مسئله کفایت می‌کند.



در کنار تلاش برای تولید غذا برای جمعیت در حال رشد، این نکته نباید مغفول بماند که این مهم باید با احتیاط‌های لازم همراه شود (غنیان و همکاران، ۱۳۹۵: ۱۲-۱؛ کیانی و لیاقتی، ۱۳۸۶: ۲۷-۳۷) و چنانچه افزایش تولید با مشکلات محتملی برای محیط زیست (مانند آلودگی منابع آب و خاک، بروز آفات و بیماری‌های جدید گیاهی) و سلامت عموم جامعه (مانند سوء تغذیه و بیماری در اثر کاهش کیفیت مواد غذایی تراریخته) روبه‌رو باشد، یقیناً چنین خطری بخردانه نخواهد بود.

#### ۵-۴. دلیل پنجم: روایات دال بر ترک مشتهات

بر فرض که تراحم را نپذیریم، دست کم می‌توان گفت که این موضوع از موارد مشته‌الحرمه است؛ زیرا بر هم زدن نظام ژنتیک گیاهان و جانوران برای رسیدن به محصولات و فرآورده‌های بیشتر با توجه به نبود مطالعات کافی و انجام نشدن آزمایش‌های دقیق در زمینه تأثیر بر سلامت و محیط زیست، دست کم امر را بر متولیان تراریخته مشته می‌کند. آن‌ها می‌گویند هنوز آزمایشگاه‌های تخصصی، ارزیابی‌های علمی، بودجه، زیرساخت‌ها و منابع مالی در اختیار نداریم و امکان سنجش‌های دقیق در مبادی ورودی این محصولات وجود ندارد. از طرفی با توجه به این واقعیت که آگاهی عمومی از دانش مهندسی ژنتیک اغلب بسیار محدود است و مردم به طور مستقیم نمی‌توانند خطرات ناشی از غذاهای تراریخته را ارزیابی کنند و اعتماد مردم، نقش مهمی در پذیرش این فناوری دارد، بنابراین مصرف‌کنندگان باید بر اطلاعات ارائه‌شده توسط کارشناسان و یا دیگر منابع تکیه کنند (بزدان‌پناه و همکاران، ۱۳۹۵: ۱۰۳-۱۱۷). این در حالی است که روایات عموماً قائل به توقف یا احتیاط در این دست مشتهات هستند؛ برای نمونه:

- «در حلال دنیا حساب، در حرام آن عقاب و در شبهات آن عتاب وجود دارد» (نوری طبرسی، بی‌تا: ۵۲/۱۲).

- «فضیل بن عیاض می‌گوید از امام صادق علیه السلام پرسیدم: پارسای از مردم کیست؟ فرمود: کسی که از محرّمات خداوند تبارک و تعالی پرهیز کند و از آن‌ها اجتناب نماید. پس هر گاه از شبهات دوری نکنند، به حرام گرفتار شود به نحوی که نمی‌فهمد حرام است» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۵۸/۱۶؛ برای مشاهده روایات بیشتر ر.ک: همان، ۱۶۹/۲۷ و ۱۷۵).

## ۵. استفتائات صورت گرفته درباره حکم تولید و مصرف تراریخته‌ها

در این پژوهش با نظر به اختلافات موجود و جدید بودن این موضوع در دانش فقه، استفتائاتی از برخی فقها و مراجع معاصر صورت گرفته که در ادامه، کلیه نظرات در قالب یک جدول ارائه شده است. در مجموع سه سؤال از مراجع پرسیده شده است:

۱. حکم مصرف محصولات تراریخته چیست؟
۲. حکم تولید، توزیع و واردات این محصولات چیست؟
۳. حکم دستکاری ژنتیکی محصولات تراریخته چیست؟

تاریخ استفتاء	متن فتوا	نام مرجع	ردیف
۱۳۹۷/۷/۸	۲. چنانچه موجب ضرر معتابه باشد، جایز نیست. ۳. چنانچه موجب مفسادی نباشد فی نفسه مانعی ندارد. والله اعلم.	آیه‌الله صافی گلپایگانی	۱
۱۳۹۷/۷/۱	اگر تولید و مصرف این نوع محصولات، ضرر قابل توجه برای انسان ندارد، حرام نیست؛ اما بهتر است از این کارها اجتناب شود.	آیه‌الله مکارم شیرازی	۲
۱۳۹۷/۶/۲۶	لازم است در این مورد به ولی امر مسلمین مراجعه شود.	آیه‌الله نوری همدانی	۳
۱۳۹۷/۵/۲۴	دلیل بر حرمت وجود ندارد.	آیه‌الله شاهرودی	۴
۱۳۹۷/۵/۲۱	اگر آنچه بر روی آن کار انجام می‌شود، خوردنی و آشامیدنی است و ضرر مهمی برای انسان داشته باشد، جایز نیست و تشخیص اینکه ضرر مهمی دارد یا نه، برعهده خود مکلف است.	آیه‌الله وحید خراسانی	۵
۱۳۹۷/۳/۱۵	فی نفسه اشکال ندارد.	آیه‌الله سیستانی	۶
۲۶ نوامبر ۲۰۱۸	با توجه به کارشناسی صاحب‌نظران چنین وانمود می‌شود که دست اجانب موذی مانند آمریکا و اسرائیل در تولید و ترویج این محصولات در کار است و بنا بر ضربه زدن به سلامتی جامعه مسلمانان به ویژه ایران را دارند. مصلحت آن است که از واردات آن‌ها صرف نظر شود و به همان محصولات طبیعی خود اکتفا شود و افزایش	آیه‌الله بطحایی گلپایگانی	۷

	تولید آن محصولات را در تولیدات بومی جبران کنند و در مورد دستکاری ژنتیکی موجودات و بهینه‌سازی آن‌ها، در صورتی که باعث تغییر ماهیت اصل موجودات نشود و نتیجه بهتر حاصل شود، مانع ندارد. والسلام		
۱۳۹۷/۹/۱۴	۲۱. اگر ضرر قابل توجهی داشته باشد، تولید و توزیع و واردات و استفاده از آن جایز نیست، وگرنه فی نفسه اشکال ندارد و تشخیص موضوع بر عهده مکلف است. ۳. فی نفسه اشکال ندارد.	آیه الله خامنه‌ای	۸

در میان مراجع، برخی همچون آیه الله مکارم شیرازی و آیه الله صافی گلپایگانی، ترک را احوط دانسته و برخی همچون آیه الله نوری همدانی، به نظر حاکم واگذار نموده‌اند و نهایتاً دیگران نیز مشروعیت را به نداشتن ضرر معتابه و قابل توجه منوط کرده‌اند.

بنابراین زمانی که مضرات احتمالی در مقایسه با منافع ظاهری مشکوک باشد، چنانچه عقل مکلف قائل به اهم بودن عایدات باشد، می‌تواند اقدام کند و چنانچه آن گونه که در این پژوهش بیان شد، اجتناب از بروز مضرات احتمالی اهم باشد، اقدام به آن مشروع نخواهد بود.

## نتیجه‌گیری

۱- محصولات تراریخته دارای ضررهای احتمالی هستند و اگرچه بسیاری از فقها اجتناب و احتراز از ضرر قطعی و یقینی را واجب شرعی می‌دانند، اما عده قابل توجهی نیز خوف از ضرر را کافی دانسته و بر اساس آن حکم نموده‌اند.

۲- حکم به احتراز از مصرف مواد تراریخته نیز مطابق قاعده دفع ضرر محتمل، زمانی ثابت خواهد شد که: الف) این قاعده مشمول ضررهای دنیوی و بدنی باشد که در مقاله تأیید شد، ب) ضرر به تناسب منافع عقلی عمل، قابل اجتناب باشد که با بررسی نتایج تحقیقات بیان شده در منافع و مضرات قطعی یا احتمالی این اقدام و موازنه‌ای که صورت گرفت، به نظر می‌رسد با توجه به مخاطرات قطعی یا احتمالی گزارش شده که به نحو محسوسی باعث تغییر در سیاست‌گذاری کشورهای توسعه‌یافته

نیز شده است، بتوان این اقدام را مشمول قواعد فقهی اشاره شده دانست.

۳- از جهت عنوان ثانویه نیز در مواردی که استفاده نکردن از این محصولات باعث عسر و حرج، اضطرار و از دست رفتن مصلحت حفظ امنیت غذایی جامعه می‌باشد، عدم جواز با وجود چنین شرایطی برداشته می‌شود. اما به خاطر خطرات احتمالی باید در استفاده از این محصولات جانب احتیاط را رعایت کرد و به واسطه خطرات زیست‌محیطی که تولید این محصولات در پی دارد، تولید تنها در حد رفع اضطرار انجام گیرد و واردات آن بر تولیداتش اولویت داده شود.

## کتاب شناسی

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، *کفایة الاصول*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، بی تا.
۲. ابن ادریس حلی، محمد بن منصور بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۳. ابن زهره حلی، سید حمزه بن علی حسینی، *غنیة النزوع الی علمی الاصول و الفروع*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۷ ق.
۴. امیدی، منصور، و مینا سمیعی فراهانی، «آینده، زیست فناوری و ایمنی زیستی»، *دوفصلنامه پژوهش های راهبردی در علوم کشاورزی و منابع طبیعی*، سال سوم، شماره ۱، ۱۳۹۶ ش.
۵. انصاری، مرتضی بن محمدامین، *فرائد الاصول*، قم، مجمع فکر الاسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۶. باقری، عبدالرضا، *اصول بیوتکنولوژی گیاهی*، مشهد، دانشگاه فردوسی مشهد، ۱۳۸۶ ش.
۷. بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، *الحقائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، قم، اسلامی، بی تا.
۸. تبریزی، میرزا جواد بن علی، *ارشاد الطالب الی التعليق علی مکاسب*، قم، دار الصدیقة الشهیده، ۱۴۲۵ ق.
۹. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۰۹ ق.
۱۰. حسینی سیستانی، سید علی، *قاعدة لا ضرر ولا ضرار*، قم، دفتر آیه الله سیستانی، بی تا.
۱۱. حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح بن علی، *العناوین الفقهیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۱۲. خوانساری، سید احمد بن یوسف، *جامع المدارک فی شرح المختصر النافع*، تحقیق علی اکبر غفاری، چاپ دوم، تهران، مکتبه الصدوق، ۱۳۵۵ ش.
۱۳. رهنما، حسن، و فروغ سنجریان، «اخلاق زیستی در مهندسی ژنتیک»، *فصلنامه اخلاق در علوم و فناوری*، سال ششم، شماره ۳، پاییز ۱۳۹۰ ش.
۱۴. سبحانی تبریزی، جعفر، *المواهب فی تحریر احکام مکاسب*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۶ ق.
۱۵. شریفی سیرچی، غلامرضا، و علی کاظمی پور، *بیوتکنولوژی: اصول و مبانی*، کرمان، دانشگاه شهید باهنر کرمان، ۱۳۸۸ ش.
۱۶. طاهری دزفولی، بهاره، «نقش حیوانات تراریخته در بهبود تولیدات دامی»، *فصلنامه علمی-ترویجی ایمنی زیستی*، دوره ششم، شماره ۲، پاییز ۱۳۹۲ ش.
۱۷. طباطبایی، سید محمد حسین، *المیزان فی تفسیر القرآن*، قم، اسماعیلیان، بی تا.
۱۸. طباطبایی حائری، سید علی بن محمد، *ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۲ ق.
۱۹. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *الخلاص*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۲۰. همو، *النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی*، قم، دلیلنا، بی تا.
۲۱. همو، *عدة الاصول*، قم، ستاره، ۱۴۱۷ ق.
۲۲. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، قم، کتاب فروشی دآوری، ۱۴۱۰ ق.
۲۳. همو، *مسالك الافهام فی شرح شرائع الاسلام*، قم، مؤسسه معارف اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۲۴. عسکری، ماندانا، «تأثیر گیاهان تراریخته بر سلامت انسان از طریق داروهای زیستی و غذاها»، *فصلنامه علمی-ترویجی ایمنی زیستی*، دوره ششم، شماره ۲، ۱۳۹۲ ش.

۲۵. علیدوست، ابوالقاسم، *فقه و مصلحت*، قم، فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۸ ش.
۲۶. غنیان، منصور، امید مهرباب قوچانی، و منا درانی، «واکاوی دیدگاه متخصصان در خصوص ضرورت ورود برنج تراریخته ایرانی به چرخه کشاورزی و غذایی کشور»، *فصلنامه پژوهش‌های ترویج و آموزش کشاورزی*، سال دهم، شماره ۴ (پیاپی ۳۶)، زمستان ۱۳۹۵ ش.
۲۷. کاظمی خراسانی، محمدعلی، *فوائد الاصول*، تقریرات درس محمدحسین غروی نائینی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۶۵ ش.
۲۸. کرکی عاملی، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، قم، مؤسسه آل‌البتیة إِنشَاءً لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ ق.
۲۹. محقق حلّی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن حسن، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۳۰. محقق داماد، سیدمصطفی، *قواعد فقه*، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۳۱. مقرئ فیومی، احمد بن محمد بن علی، *المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی*، تحقیق یوسف الشیخ محمد، بیروت، المكتبة العصرية، ۱۴۱۸ ق.
۳۲. مکارم شیرازی، ناصر، *القواعد الفقهیه*، قم، مدرسه امام امیرالمؤمنین إِنشَاءً، ۱۴۱۱ ق.
۳۳. مؤسسه سیاست‌پژوهی تمدن اسلامی، *گزارش راهبردی (تجزیه و تحلیل مزایا و معایب بالفعل کشت گیاهان تراریخته در جهان و پیشنهاد راهکارهای سیاستی برای کشور ایران)*، کارگروه آب، کشاورزی و منابع طبیعی، پاییز ۱۳۹۵ ش.
۳۴. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، *تحریر الوسیله*، نجف، مطبعة الآداب، ۱۳۹۰ ق.
۳۵. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *کتاب الصوم*، قم، لطفی، ۱۳۶۴ ش.
۳۶. همو، *موسوعة الامام الخوئی*، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۱۷ ق.
۳۷. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۸۱ م.

38. Fahimi, Mohammed & Tilaye Shibbiru & Ashenafi Mengistu & Fanos Tadesse, "Transgenic Animal Technology: Technique and Its Application to Improve Animal Productivity", *Advances in Life Science and Technology*, Vol. 48, ISSN 2224-7181 (Paper) ISSN 2225-062X (Online), 2016.
39. Hug, Kristina, "Genetically modified organisms: do the benefits outweigh the risks?", *Medicina (Kaunas)*, Vol. 44(2), 2008.
40. Otsuka, Yoshiki, "Socioeconomic considerations relevant to the sustainable development, use and control of genetically modified foods", *Trends in Food Science & Technology* 14, 2003.

## ارزیابی عوامل مؤثر در

# تشخیص غبن فاحش و افحش\*

□ محمدرضا کیخا<sup>۱</sup>

□ حمید مؤذنی بیستگانی<sup>۲</sup>

### چکیده

پژوهش‌های انجام‌شده نشان می‌دهد که اگر یکی از متعاقدين، نسبت به اسقاط خيار غبن خود اقدام نماید، در صورتی که منظور او غبن فاحش بوده، خيار غبن افحش از او ساقط نمی‌شود. علاوه بر اینکه غبن افحش در قانون نیز نیامده است. بنابراین تشخیص و تمییز غبن فاحش از افحش (در رسیدگی منصفانه به دعاوی مطروحه) حائز اهمیت خواهد بود. برای نیل به این مقصود، ارزیابی عوامل مشخص‌کننده ضرورت پیدا می‌کند. یافته‌های این پژوهش که به روش توصیفی - تحلیلی انجام شده نشان می‌دهد که معیار عرف به صورت مطلق (آن‌چنان که در قانون مدنی ماده ۴۱۷ آمده) نمی‌تواند دقیق و خالی از خدشه برای تشخیص غبن فاحش از افحش باشد؛ چرا که عرف در تبیین مصادیق ضرر،

\* تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۱/۱ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۲/۱۷.

۱. دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه سیستان و بلوچستان (نویسنده مسئول)  
(kaykha@hamoon.usb.ac.ir).

۲. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه سیستان و بلوچستان (moazzeni62@gmail.com).

تمکن مالی متعاملین، زمان و مکان، شرایط معامله و ارزش مبیع را در نظر می‌گیرد. بنابراین نمی‌توان ضرر عرفی را بدون در نظر گرفتن حال متعاملین منظور نمود. لذا با تبیین و تفکیک بین ضرر مالی و ضرر حالی، بهترین ملاک برای تشخیص عرف است، آن هم نه عرف با در نظر گرفتن صرف ضرر مالی، بلکه عرف با در نظر گرفتن ضرر حالی می‌باشد؛ همچنان که به نظر می‌رسد ماده ۴۱۹ ق.م. مؤید همین نظر است. لذا پیشنهاد می‌گردد قانون‌گذار نسبت به تفصیل ماده ۴۱۷ این قانون اقدام نماید.

**واژگان کلیدی:** ضرر حالی، ضرر مالی، عرف، غبن فاحش، غبن افحش.

### ۱. مقدمه

غبن، یکی از مواردی است که به مقتضای آن، می‌توان از زیر بار تعهد به الزام که به مقتضای عقدی از عقود لازم، متوجه متعاقدین گردیده، خارج شد. در ماده ۴۱۶ قانون مدنی آمده است:

«هر یک از متعاملین که در معامله، غبن فاحش داشته باشد، بعد از علم به غبن، می‌تواند معامله را فسخ کند».

بنابراین غبن، در صورتی حق خیار را ثابت می‌کند که حداقل فاحش باشد. البته صریحاً گفته شده که چنانچه شخص مغبون، رضایت به غبن دهد، حق خیار از او ساقط می‌شود. نکته‌ای که محط نظر و دقت فقها و حقوق‌دانان واقع شده، این است که چنانچه شخص مغبون، به غبن فاحش رضایت دهد، اما سپس افحش بودن غبن، کشف شود، حق خیار او نسبت به مرتبه افحش ساقط نمی‌شود. حال با این پرسش اساسی مواجه می‌شویم که ملاک و معیار تشخیص غبن فاحش از افحش چیست؟ و نیز عوامل مؤثر در تشخیص غبن فاحش از افحش کدام است؟ جهت تشخیص و سنجش غبن فاحش از افحش، سه نظریه عمده ارائه شده است. برخی کسر معینی مثل یک سوم و یک‌دهم را ملاک قرار داده‌اند. مشهور فقها، عرف را با در نظر گرفتن صرف ضرر مالی، ملاک سنجش قرار داده‌اند. برخی دیگر از فقها، ضرر حالی را ملاک قرار داده‌اند. قانون مدنی بدون تفکیک بین ضرر حالی و ضرر مالی، به طور مجمل، عرف را ملاک تمییز قرار داده است. با توجه به مباحث گسترده‌ای که فقها در



مقام تمییز بین این دو دیدگاه در بحث خیار غبن ارائه نموده‌اند و نیز از آنجایی که تمییز بین این دو دیدگاه - علی‌رغم آنکه هر دو ملاک عرفی نامیده می‌شوند - به روشنی در نتیجه حکم، تأثیرگذار خواهد بود، به نظر می‌رسد تقیید و تصریح به آن در قانون مدنی ضرورت داشته باشد.

### نوآوری این پژوهش

با توجه به اینکه در هیچ دلیلی به چنین مطلبی تصریح نشده و حتی سخنی از غبن افحش نیز در قانون و ادله نیامده است، ما در این تحقیق کوشیده‌ایم ادله اثبات و اسقاط خیار غبن و نیز تشخیص غبن فاحش را مورد واکاوی قرار دهیم تا بتوانیم از لسان ادله، ملاک اثبات و اسقاط و تشخیص را در مورد فاحش بودن غبن استظهار نماییم و آنگاه پس از کشف ملاک و مناط، به تسری آن نسبت به غبن افحش پردازیم و از این رهگذر بتوانیم ملاک تمییز غبن فاحش از افحش را کشف نماییم.

### ۲. پیشینه موضوع

در بحث خیار غبن مقالاتی ارائه شده است؛ از جمله: «بازپژوهی مفهوم غبن فاحش در فقه و حقوق ایران» (طباطبایی و اسعدی، ۱۳۹۲). در این مقاله از عرف به عنوان ملاک عرضه‌شده در فقه و حقوق موضوعه یاد شده است. معمولاً تحقیقات و مقالاتی که در این موضوع به رشته تحریر درآمده‌اند، پیرامون شناسایی ملاک وجود غبن و نیز ملاک فاحش بودن می‌باشند. لکن آنچه این مقاله را متمایز می‌سازد این است که ما در این مقاله کوشیده‌ایم با بررسی ادله اثبات خیار غبن، به شناسایی معیار سنجش غبن فاحش از افحش پردازیم.

### ۳. مفهوم‌شناسی واژگان

«خیار» اسم مصدر اختیار است (ابن اثیر جزری، ۱۳۶۷: ۹۱/۲). اختیار در لغت به معنای طلب خیر و انجام آن می‌آید و در اصطلاح به معنای توانایی بر انجام کاری بدون اکراه می‌باشد (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۳۰۱).

«غبن» به معنای نقص است. در لغت آمده است:

«عَبْنَهُ» به معنای «نَقَصَهُ» می‌باشد و «مَعْبُون» به کسی گفته می‌شود که از جهت ثمن یا از جهات دیگر، مورد نقص واقع شده است» (فیومی مقری، ۱۴۱۲: ۴۴۲/۲).

از آنجایی که اگر کسی ناآگاهانه، متحمل نقصی شود، فریب‌خورده خواهد بود،

غبن به معنای خدعه و نیرنگ نیز آمده است. از این رو گفته می‌شود:

«عَبْنَتْهُ فِي الْبَيْعِ»، به معنای «خَدَعْتُهُ» [فریب دادم او را] می‌باشد» (جوهری، ۱۴۱۰: ۲۱۷۲/۶).

«فحش» به معنای قبح است. لذا در لغت آمده است:

«فُحِشَ الشَّيْءُ فُحْشًا»، هم به لحاظ وزن و هم به لحاظ معنا نظیر «قَبِحَ» است و فاحش به هر چیزی گفته می‌شود که از حد تجاوز نماید. غبن فاحش را هم فاحش نامیدند، زیرا از نظایر خود افزون‌تر گشته است» (فیومی مقری، ۱۴۱۲: ۴۶۳/۲).

«أفحش» اسم تفضیل فاحش است. بنابراین چیزی افحش نامیده می‌شود که مقدار

تجاوزش از حد، بیش از فاحش باشد. با توجه به تبیین معنای لغوی واژگان می‌گوییم خیار غبن فاحش به لحاظ لغوی به معنای اختیاری است که به واسطه فریبی افزون از حد حاصل شده است. اما به لحاظ اصطلاحی، خیار غبن آن است که کسی در حالی که آگاه به قیمت نبوده، شیئی را بفروشد یا بخرد و به گونه‌ای غیر متداول، مبیع یا ثمن را دارای ارزشی پایین‌تر بیابد. در اینجا است که گفته می‌شود اگر مغبون، علم به غبن پیدا کند، خیار دارد (طوسی، ۱۴۰۸: ۲۳۷)؛ یعنی حق بر هم زدن معامله را دارد. بنابراین دو شرط اساسی در ظهور خیار غبن وجود دارد؛ یکی آگاه نبودن به قیمت، و دیگری آنکه فاحش و غیر قابل مسامحه باشد. به این دو شرط در قانون مدنی نیز اشاره شده است. در ماده ۴۱۸ قانون مدنی آمده است:

«اگر مغبون در حین معامله، عالم به قیمت عادلانه بوده است، خیار فسخ نخواهد داشت.»

در ماده ۴۱۶ آمده است:

«هر یک از متعاملین که در معامله، غبن فاحش داشته باشد، بعد از علم به غبن

می تواند معامله را فسخ کند».

در ماده ۴۱۷ در تفسیر غبن فاحش چنین آورده شده است: «غبن در صورتی فاحش است که عرفاً قابل مسامحه نباشد».

#### ۴. ثمره تمییز بین غبن فاحش و افحش

با توجه به اینکه خیار غبن قابل اسقاط است، در اینجا به بررسی تأثیر فاحش یا افحش بودن غبن در اسقاط حق خیار می پردازیم. برای دانستن ثمره تمییز بین غبن فاحش و افحش باید بدانیم که اسقاط خیار، سه صورت دارد (سبحانی تبریزی، ۱۴۲۳: ۴۵):  
صورت اول: گاهی شخص مغبون علی رغم علم به میزان غبن، نسبت به اسقاط حق خیار خود اقدام می کند. در این صورت قطعاً اسقاط حق خیار صحیح است (انصاری دزفولی، ۱۴۱۱: ۳۸۴/۲).

صورت دوم: گاهی شخص، جاهل به میزان غبن است، لکن به نحو کلی، حق خیار را - در هر مرتبه ای اعم از غبن فاحش و افحش - از خود اسقاط می نماید. این اسقاط نیز صحیح است (همان). برخی دلیل صحت اسقاط را در این دو مورد، تمسک به عمومیت «الناس مسلطون علی أموالهم» می دانند. بنابراین همان طور که مردم بر اموال خود مسلط هستند، بر حقوق خود نیز مسلط هستند (مامقانی، ۱۳۵۰: ۷۹).

صورت سوم: مغبون، جاهل به میزان غبن باشد و حق خیار را نسبت به مرتبه ای از غبن، از خود سلب کند، اما بعداً کشف خلاف شود و مشخص گردد که میزان غبن، بیش از این مراتب بوده است. به عبارت دیگر، حق خیار غبن را نسبت به غبنی که فاحش است، ساقط کند، لکن مشخص شود غبنی که متوجه وی شده، غبن افحش بوده است؛ مثلاً گمان می کرده که تفاوت قیمت، به میزان ده دینار است و به حسب همین تصور، حق خیار غبن را از خود اسقاط نماید، سپس مشخص شود که تفاوت، صد دینار بوده است. در این موارد، سقوط خیار غبن نسبت به غبن افحش، محل بحث بین فقها و حقوق دانان است.

شیخ انصاری در این باره دو وجه را تبیین می کند. وجه عدم اسقاط حق خیار

نسبت به غبن افحش، این است که گفته شود شخص مغبون، راضی به سقوط حق خود نسبت به این مقدار نبوده است و به عبارت دیگر، نسبت به اسقاط این حق، طیب نفس ندارد؛ نظیر آنجایی که شخصی گمان کند مورد دشنام و ناسزا از ناحیه دیگری واقع شده و با این تصور، حق عرض را از خود اسقاط کند، لکن بعداً مشخص شود که آنچه از ناحیه دیگری صورت گرفته، دشنام نبوده، بلکه قذف بوده است. در این صورت، حق عرض نسبت به قذف ساقط نخواهد بود. اما وجه اسقاط حق خیار نسبت به غبن افحش، این است که خیار، امر واحدی است که تعددپذیر نیست. بنابراین مثل دشنام و قذف نیست؛ چرا که دشنام و قذف، دو مرتبه مختلف از حق عرض را ثابت می‌کنند که با اسقاط یک حق، حق دیگر ساقط نمی‌شود، اما خیار، امر واحدی است که مسبب از مطلق تفاوت غیر قابل مسامحه است که اگر اسقاط شد، حقی دیگر باقی نمی‌ماند (انصاری دزفولی، ۱۴۱۱: ۳۸۴/۲).

در تأیید وجه اول گفته شده همان طور که به حکم قاعده «لا یحلّ مال امرئ مسلم إلا عن طیب نفسه»، مال مسلمان، جز به طیب نفس او حلال نخواهد شد، همچنین است حق مسلمان؛ یعنی «لا یحلّ حقّ مسلم إلا عن طیب نفسه». بنابراین حقی که مغبون، نسبت به غبن افحش دارد، به صرف رضایت او به اسقاط غبن فاحش، ساقط نخواهد شد (مامقانی، ۱۳۵۰: ۷۹).

در تضعیف وجه دوم می‌توان گفت:

اولاً: این انکار بدیهیات است؛ زیرا بی‌شک همان طور که اموال تبعض پذیرند، اغلب بلکه جمیع حقوق مالی تبعض پذیر هستند؛ مثلاً حق شفعه که برای یک خانه ثابت شده، نسبت به اجزای آن هم ثابت است. لذا اگر نصف خانه و یا اتاقی از آن فروخته شود، نسبت به همان جزء یا اجزاء، حق شفعه ثابت می‌شود؛ در حالی که اگر واقعاً حقوق مالی تبعض پذیر نبودند، لازم بود که حق شفعه نسبت به تمام خانه ثابت گردد. همچنین اسقاط حق شفعه تبعض پذیر است؛ یعنی با اسقاط جزئی از حق شفعه، همان جزء ساقط می‌گردد (همان).

ثانیاً: گرچه خیار، حقیقت واحدی است، لکن دارای افراد متعددی است. خیاری که به سبب غبن فاحش ایجاد شده، فردی است غیر از فردی که به واسطه غبن افحش

به وجود آمده است (رشتی گیلانی نجفی، ۱۴۰۷: ۴۲۹).

بنابراین ثمره تمییز بین غبن فاحش و افحش در جایی آشکار می‌شود که شخص مغبون به گمان اینکه غبن فاحش وجود دارد، حق خیار خود را اسقاط کند، سپس مشخص شود که غبن، افحش بوده است که می‌گوییم در مقام اسقاط حق خیار، به همان مرتبه‌ای از غبن اکتفا می‌شود که هنگام اشتراط، مقصود بوده است. بنابراین اگر سقوط مرتبه خاصی از غبن شرط شده باشد، حق خیار نسبت به مرتبه بالاتر ساقط نخواهد شد (اصفهانی، ۱۴۲۲: ۳۴۹). البته برخی در اینجا تفصیل قائل شده‌اند به این بیان که اگر اسقاط، لباً معلق بر فاحش بودن تفاوت باشد، سپس افحش بودن آن مشخص شود، حق خیار نسبت به افحش باطل نمی‌شود؛ لکن اگر معلق بر غبن فاحش نباشد، بلکه از قبیل داعی باشد، حق خیار نسبت به افحش هم باطل می‌شود (حسینی سیستانی، ۱۳۹۰: ۴۸/۲).

به نظر می‌رسد این تفصیل، نظری متفاوت از همان وجه اول - که تقویت شد- نباشد؛ زیرا در جایی که مغبون، اسقاط حق خیار خود را معلق بر فاحش بودن غبن کرده باشد، در واقع به همان میزان غبن، رضایت و طیب نفس دارد. لذا اسقاط، به همان میزان معتبر است. لکن اگر به نحو داعی باشد، بدین معناست که به هر مرتبه‌ای از غبن رضایت داده است. پس اسقاط حق خیار نسبت به تمام مراتب - اعم از فاحش و افحش - معتبر و نافذ خواهد بود.

## ۵. ملاک و مناط تمییز بین غبن فاحش و افحش

گفته شد که ثمره تمییز قائل شدن بین غبن فاحش و افحش در جایی ظاهر می‌شود که شخص مغبون، حق خیار غبن را از خود اسقاط نماید. در این صورت، اگر غبن افحش باشد، حق خیار نسبت به آن ساقط نمی‌شود. البته به این نکته نیز باید توجه داشت که حتی خود غبن فاحش هم می‌تواند مراتبی داشته باشد که با اسقاط حق خیار نسبت به مرتبه پایین‌تر، حق خیار نسبت به مرتبه شدیدتر ساقط نمی‌گردد.

در اینجا به شناسایی ملاک و معیاری می‌پردازیم که به مقتضای آن بتوان ادعا کرد که شخص مغبون حین اسقاط حق خود، صرفاً غبن فاحش را مدنظر داشته است. تنها

در این صورت است که ثمره بحث ظاهر می‌شود و می‌توان حکم به عدم اسقاط حق خیار نسبت به مرتبه افحش نمود. در تبیین و تحلیل همین نکته است که می‌گوییم قصد و آگاهی، دو عنصر مهم در حصول این ثمره هستند. بنابراین اگر شخص مغبون، آگاهی به میزان غبن خود نداشته باشد و اقدام به اسقاط حق خیار خود کند، سپس بفهمد که غبن او افحش بوده نه فاحش، حق خیار او نسبت به غبن افحش ساقط نخواهد شد (انصاری دزفولی، ۱۴۱۱: ۳۸۴/۲). از این رو فقها بر این باورند که اسقاط خیار به‌میزانی معتبر است که مقصود شخص مغبون بوده است و در سقوط خیار به درجه‌ای اکتفا می‌شود که مقصود مغبون بوده است (موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۳: ۳۶۸/۱). از این رو اگر غبن، بیش از متعارف و بیش از مقداری است که خریدار احتمال می‌داده، خیار باقی است (منتظری نجف‌آبادی، ۱۴۳۱: ۲۳۴/۳) و اساساً ادعای غبن از ناحیه کسی که اهل خبره و آگاه به قیمت می‌باشد، مسموع نیست (ابن براج طرابلسی، ۱۴۰۶: ۳۶۱/۱). بنابراین: «سقوط غبن، مولود قصد طرفین در حین اشتراط می‌باشد. بنابراین چنانچه شرط شود که مرتبه معینی از غبن ساقط گردد، مانند یک‌هشتم قیمت، و بعداً معلوم شود که غبن، بیش از آن است، مثلاً یک‌پنجم، خیار ساقط نمی‌گردد. همچنین هر گاه شرط شود که خیار غبن اگرچه فاحش باشد، ساقط شود، در صورتی خیار مزبور ساقط می‌گردد که در حین معامله، احتمال آن را می‌داده‌اند. بنابراین هر گاه غبن بیش از آن مقدار باشد، یعنی افحش، آن خیار ساقط نشده و مغبون می‌تواند معامله را فسخ نماید؛ مثلاً هر گاه مالی را کسی بخرد به ده هزار ریال، به تصور آنکه در چنین معامله‌ای هر گاه مغبون باشد، بیش از سه هزار ریال مغبون نخواهد بود، بدین جهت مشتری مزبور غبن فاحش خود را ضمن عقد ساقط می‌نماید و بعداً کشف می‌شود که چهار هزار ریال مغبون است، خیار غبن مشتری ساقط نشده و می‌تواند معامله را بر هم زند» (امامی، بی‌تا: ۵۰۰/۱).

## ۶. ادله شرعی اثبات خیار غبن

در اینجا به واکاوی ادله اثبات خیار غبن می‌پردازیم تا شمول آن‌ها را نسبت به مواردی که غبن فاحش اسقاط شده، لکن غبن افحش وجود دارد، استنتاج نماییم؛ بدین معنا که اگر مغبون، غبن فاحش را ساقط کرد، حق خیار او نسبت به غبن افحش

همچنان محفوظ است. به عبارت دیگر، دقیقاً به همان ادله‌ای که اصل خیار غبن در صورت وجود غبن فاحش ثابت می‌شود، می‌توانیم وجود خیار غبن را در موردی که غبن فاحش اسقاط شده، لکن غبن فاحش وجود دارد، اثبات نماییم.

## ۶-۱ بنای عقلا

هر خریدار و فروشنده یا موجر و مستأجری که اقدام به بیع، اجاره و امثال آن و توافق بر معامله‌ای می‌کنند، در ضمیر خود این نیت و قصد را دارند که ثمن، مساوی با ثمن و یا نزدیک به آن باشد؛ به گونه‌ای که اگر مطلع شوند تفاوت قابل توجهی بین ثمن و مثن وجود دارد، اقدام به معامله نخواهند کرد. این التزام طرفینی حتی اگر تلفظ نشود و یا در متن عقد نیاید، از قیود مفهومی و مدلول قرائن لفظیه و حالیه خواهد بود. چانه‌زنی‌ها و پرس‌وجوهای مختلفی که درباره قیمت صورت می‌گیرد، همگی به همین منظور و در همین راستا بوده و بهترین گواه بر این مدعاست که معامله با این پندار صورت گرفته که ثمن و مثن، برابر و مساوی هستند. از این رو حتی نیازی نیست که این قید صریحاً ذکر شود؛ دقیقاً نظیر قید وصفِ صحت که اصلاً نیازی به ذکر آن در متن عقد نیست و اگر کشف عیب شود، حکم به جواز ردّ می‌شود و کسی حق ندارد اعتراض کند که وصف صحت، قید نشده بود؛ زیرا بدیهی است که قید، زمانی در متن یا لفظ اخذ می‌شود که مفهوم نباشد، لکن در جایی که از قرائن و شواهد، وجود قیدی واضح باشد، نیازی به ذکر و تصریح به آن نیست (سبحانی تبریزی، ۱۴۲۳: ۳۶). این مطلب در قانون مدنی نیز مورد اشاره واقع شده است. در ماده ۲۲۵ آمده است:

«متعارف بودن امری در عرف و عادت، به طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف به آن باشد، به منزله ذکر در عقد است.»

در واقع، این بنای عرفی و عقلایی می‌تواند به عنوان شرط ضمنی در مسئله به شمار آید.

## ۶-۲ قاعده لاضرر

شیخ انصاری استدلال به قاعده لاضرر را از قوی‌ترین ادله در این مقام می‌داند و معتقد است:

«لزوم بیعی که در آن، غبن وجود دارد و نیز عدم تسلط مغبون بر فسخ، ضرر وارد کردن بر مغبون است؛ پس باید منتفی باشد. حاصل دلیل لاضرر این است که شارع، حکمی که در آن ضرر باشد، صادر نکرده و اجازه نداده که برخی مسلمانان به برخی دیگر، ضرر وارد آورند. لذا تصرفاتی را که موجب ضرر شود، امضا نکرده است. حتی می‌توان به این حدیث، جهت اثبات متزلزل بودن هر عقدی که لازم بودن آن، موجب ضرر بر ملزم علیه شود، تمسک کرد؛ خواه ضرر به جهت غبن باشد یا نباشد؛ خواه در بیع باشد یا نباشد» (۱۴۱۵: ۱۶۱/۵).

### ۳-۶. نهی از اکل مال به باطل

جهت اثبات خیار در عقود غبنی به آیه «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ» (نساء/ ۲۹) استدلال شده است. به حکم این آیه، چنانچه بایع فریبکاری نموده و مثلاً آنچه را که یک درهم می‌ارزد، به ده درهم بفروشد و از طرفی مشتری فریب خورده پس از آگاهی از غبن خود، مسلط بر رد معامله نباشد، مصداق اکل مال به باطل خواهد بود. بله، اگر پس از آگاهی از غبن، رضایت به غبن موجود دهد، اکل مال به باطل نخواهد بود (همان: ۱۵۹/۵).

### ۴-۶. استدلال به روایات

قبلاً گفتیم که نص خاصی درباره خیار غبن وارد نشده است. لکن اشاراتی نسبت به این مطلب در روایات شده است که در اینجا به ارائه برخی از آن‌ها می‌پردازیم.

۱- روایتی از ابوهریره در منابع اهل سنت وارد شده که پیامبر ﷺ از رفتن به استقبال کاروان‌های تجاری که هنوز به شهر نرسیده‌اند، نهی کرد و اگر کسی چنین می‌کرد، برای صاحب متاع پس از آنکه وارد بازار می‌شد [و از قیمت مطلع می‌شد]، حق خیار قرار می‌داد (طوسی، ۱۴۰۷: ۱۷۳).

۲- اسحاق بن عمار از امام صادق علیه السلام نقل کرده که حضرت فرمود: «مغبون ساختن مسترسل، حرام است» (کلینی، ۱۴۰۷: ۱۵۳/۵) استرسال به معنای انس گرفتن و اعتماد کردن به سخن است و مسترسل به کسی گفته می‌شود که به سخن دیگری اعتماد کرده و با او انس گرفته است. بنابراین حاصل فرمایش امام، این است که فریب دادن و مغبون ساختن کسی که به سخن طرف مقابل اعتماد کرده، حرام است.



۳- امام صادق علیه السلام فرمود: «فریب دادن مؤمن حرام است» (همان). در رد دلالت این دو خبر اخیر و اثبات غیر تام بودن استدلال به آن‌ها بر اثبات حق خیار، گفته شده است:

«غبن، یا به معنای مصدری می‌آید یا به معنای همان مقدار زیادتی که از راه بیع غبنی حاصل شده است. به معنای اول دلالت بر حرمت خود عمل می‌کند و بر طبق معنای دوم، دلالت بر حرام بودن همان زیادی می‌کند. به هر حال دلالتی بر صحت معامله و جواز آن نمی‌کند» (سبحانی تبریزی، ۱۴۲۳: ۴۰).

حاصل تمامی ادله مذکور - اعم از بنای عقلا، قرآن و روایات - این است که در صورت وجود غبن، مال مغبون بدون رضایت و طیب نفس او به طرف مقابل تحویل شده و در یک کلام، شخص مغبون راضی به این انتقال نیست؛ پس لازم است که حقی برای او در راستای بر هم زدن معامله محفوظ باشد. دقیقاً همین ادله در موردی که شخص مغبون، حق خیار را نسبت به غبن فاحش اسقاط کرده، لکن کشف غبن افحش شود، جاری است؛ در نتیجه حق خیار نسبت به غبن افحش ساقط نخواهد شد.

### ۷. ادله شرعی اسقاط خیار غبن

قبلاً دانستیم که خیار غبن از حقوق قابل اسقاط است. اسقاط خیار غبن بر چهار قسم است: ۱- اسقاط در متن عقد، ۲- اسقاط بعد از عقد و قبل از ظهور غبن، ۳- اسقاط بعد از عقد و بعد از ظهور غبن، ۴- تصرف مغبون در مبیع بعد از علم به غبن (همان: ۴۴). ماده ۴۴۸ قانون مدنی صریحاً ابراز می‌دارد:

«سقوط تمام یا بعضی از خيارات را می‌توان در ضمن عقد شرط نمود».

نیز در ماده ۴۱۶ آمده است:

«هر یک از متعاملین که در معامله، غبن فاحش داشته باشد، بعد از علم به غبن می‌تواند معامله را فسخ کند».

فقها درباره حکم صحت اسقاط خیار در موارد مذکور، مباحث مفصلی ارائه نموده‌اند که می‌توان ملاک صحت را در تمام مواردی که حکم به صحت می‌شود، در

رضایت آگاهانه و طیب نفس مغبون دانست. بنابراین در مواردی که اسقاط حق خیار، همراه با طیب نفس و آگاهی مغبون باشد، حکم به صحت اسقاط می‌شود؛ وگرنه اسقاط باطل خواهد بود. از همین روست که فقها حتی در آنجایی که ظهور غبن شده باشد، می‌گویند:

«در صورتی که مغبون، آگاه به میزان غبن باشد و یا اگر جاهل است، به طور کلی رضایت به اسقاط تمام مراتب غبن - اعم از فاحش و افحش - دهد، اسقاط صحیح است. اما اگر جاهل به میزان غبن باشد و رضایت به اسقاط حق خیار دهد، باید بینیم که مقصود او چه بوده و به عبارت دیگر، به چه چیزی رضایت داده است؟ چنانچه رضایت او به سقوط خیار غبن از مرتبه افحش نباشد، حکم به اسقاط خیار نمی‌شود» (همان).

به همین جهت است که در رأی شعبه یک دیوان عالی کشور به تاریخ ۱۳۹۲/۱۱/۲۰ و به شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۶۱۰۰۹۶۲، در جایی که خواهان، کافه‌خوارات و غبن فاحش ولو به هر درجه‌ای را ساقط کرده و سپس ادعای غبن افحش نموده است، به نفع خواهان رأی صادر شده است.

سیدحسن امامی در این باره معتقد است که در ضمن عقد می‌توان شرط نمود چنانچه یکی از طرفین مغبون باشد، خیار او ساقط گردد، و یا آنکه شرط شود که حق خیار ایجاد نشود. همچنین می‌توان ضمن عقد شرط نمود که به مبلغ معینی، حق خیار غبن ساقط گردد و یا به وجود نیاید؛ زیرا طبق ماده ۱۰ قانون مدنی: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است».

و سقوط غبن، مولود قصد طرفین در حین اشتراط می‌باشد. بنابراین چنانچه شرط شود که مرتبه معینی از غبن ساقط گردد، مانند یک‌هشتم قیمت، و بعداً معلوم شود که غبن بیش از آن است، مثلاً یک‌پنجم، خیار ساقط نمی‌گردد. همچنین هر گاه شرط شود که خیار غبن اگرچه فاحش باشد، ساقط شود، در صورتی خیار مزبور ساقط می‌گردد که در حین معامله احتمال آن را می‌داده‌اند. بنابراین هر گاه غبن بیش از آن مقدار باشد، یعنی افحش، آن خیار ساقط نشده و مغبون می‌تواند معامله را فسخ نماید؛ مثلاً هر گاه



رضایت و قصد آگاهانه شخص مغبون بوده است. رضایتی که از سر اشتباه باشد، نافذ نیست؛ همان طور که در ماده ۱۹۹ از فصل دوم قانون مدنی که پیرامون شرایط اساسی صحت معامله است، در تبیین رضایت معتبر در صحت معاملات آمده است:

«رضای حاصل در نتیجه اشتباه یا اکراه، موجب نفوذ معامله نیست».

در وجه عدم نفوذ رضایت غیر آگاهانه مغبون می‌توان گفت:

«همان طور که "لا یحل مال امرئ مسلم إلا بطیب نفسه"، همچنین باید بگوییم: "لا یحل حق امرئ مسلم إلا بطیب نفسه"» (مامقانی، ۱۳۵۰: ۷۹).

بنابراین خیار - که حقی به نفع شخص مغبون است - تنها در صورتی حلال می‌شود و به عبارت دیگر، به نفع دیگری قابل اسقاط می‌شود که همراه با طیب نفس مغبون باشد. اگر ملاک اسقاط حق خیار، رضایت آگاهانه و طیب نفس مغبون باشد، می‌توان حکم به تمییز و ظهور ثمره بین غبن فاحش و افحش نمود. بنابراین اگر مغبون، به اسقاط حق خیار غبن رضایت داده، ولی این رضایت او همراه با جهل بوده است، یعنی مغبون، عالم به میزان غبن نبوده و به اسقاط حق خیار خود رضایت داده است، سپس مشخص شود که با غبن افحش مواجه بوده است، دلیلی بر اسقاط حق خیار نسبت به غبن افحش وجود ندارد.

## ۸. تفاوت غبن فاحش و افحش و معیار سنجش آنها

غبن، حداقل دارای سه مرتبه است: مرتبه اول، مقدار غبنی است که عرفاً و عادتاً قابل تحمل است؛ مرتبه دوم، غبنی است که از حد تجاوز نماید که این مرتبه از غبن را غبن فاحش گویند؛ مرتبه سوم، مرتبه‌ای است که از حد غبن فاحش هم فزون‌تر گردد که این مرتبه را غبن افحش گویند. اما آنچه مهم است آن است که بینیم مرز بین غبن فاحش و افحش چیست؟ با چه ملاکی می‌توان به یک درجه از غبن، غبن فاحش و به درجه بالاتر آن، غبن افحش گفت؟ در راستای پاسخ به این سؤال، ابتدا نظریات مختلف را در این باب ارائه نموده، در نهایت، ضمن ارائه نظریه برگزیده، به طرح مباحثی پیرامون آن می‌پردازیم.

## ۹. نظریات فقها در باب تبیین معیار سنجش غبن فاحش و افحش

قبل از بیان دیدگاه فقها، ذکر این نکته لازم است که این بیانات، ناظر به تشخیص غبن فاحش است. لکن از آنجایی که قبلاً گفتیم عمدتاً مستندات تشخیص اصل غبن و تمییز بین غبن فاحش و افحش و مناط و ملاکات آنها واحد است، لذا همین مناطات به عنوان ملاک تمییز غبن فاحش از افحش نیز شناخته می‌شوند.

### ۹-۱. نظریه اول: معیار بودن عرف با در نظر گرفتن ضرر مالی

مقصود از ضرر مالی - در مقابل ضرر حالی - ضرری است که با قطع نظر از حال متبایعین در نظر گرفته شود. شیخ انصاری کلام فقهای شیعه را ظاهر در این نظریه می‌داند و خود نیز همین نظریه را برمی‌گزیند. نظر به اهمیت بحث، عین عبارات شیخ انصاری را در این باره نقل می‌کنیم. ایشان پس از بیان دو شرط خیار غبن تحت عنوان: «مسألة: یشرط فی هذا الخیار أمران: ... الأول: عدم علم المغبون بالقیمة... الشرط الثانی: کون التفاوت فاحشاً» (انصاری دزفولی، ۱۴۱۵: ۱۶۶/۵).

به بیان مطلبی با عنوان «بقی هنا شیء» می‌پردازد و در مقام پاسخ به این پرسش برمی‌آید که مناط ضرر، آیا ضرر مالی است یا ضرر حالی؟ وی در این باره می‌نویسد:

«أنّ ظاهر الأصحاب وغيرهم أنّ المنطقتين في الضرر الموجب للخيار كون المعاملة ضرورية مع قطع النظر عن ملاحظة حال أشخاص المتبايعين؛ ولذا حدّوه بما لا يتغابن به الناس أو بالزائد على الثلث، كما عرفت عن بعض العامة؛ ظاهر اصحاب و دیگران آن است که مناط در ضرری که موجب خیار می‌گردد، این است که معامله با قطع نظر از ملاحظه حال اشخاص متبایعین ضرری باشد و به همین جهت است که در مقام بیان حدّ ضرر گفته‌اند ضرر آن است که آدمیان به چنان خسارتی تن ندهند و یا می‌بینیم که برخی عامه، کسر ثلث را حد ضرر دانسته‌اند.

ایشان در ادامه، ظهور حدیث نفی ضرر را در این می‌داند که ضرر نسبت به شخص واقع، لحاظ گردد. دلیل این ظهور را هم استظهار فقها در مقام استناد به این حدیث می‌داند؛ چرا که فقها با استناد به این حدیث فتوا داده‌اند که خریدن آب وضو به مبلغ گزاف، بر مکلفی که در معرض ضرر قرار گیرد، واجب نیست، اما بر مکلف دیگر که

در معرض ضرر قرار نگیرد، واجب است؛ در حالی که بی‌شک خریدن آب به بهای بالاتر از ثمن‌المثل، در حق همگان معامله ضرری است.<sup>۱</sup> ایشان پس از بیان مطالب مذکور چنین جمع‌بندی می‌کند:

«والحاصل: أنّ العبرة إن كان بالضرر المالیّ لم يجب شراء ماء الوضوء بأضعاف قيمته، وإن كانت بالضرر الحالّیّ تعین التفصیل فی خيار الغبن بین ما یضّر بحال المغبون وغيره»؛ حاصل اینکه اگر ملاک را ضرر مالی بدانیم، خریدن آب برای وضو به قیمت بالاتر، مطلقاً واجب نیست؛ و اگر ملاک را ضرر حالی بدانیم، باید قائل به تفصیل بین افراد مختلف بشویم.

وی در نهایت اعتبار ضرر مالی را برگزیده، می‌نویسد:  
 «والأظهر اعتبار الضرر المالیّ؛ لأنّه ضررٌ فی نفسه من غیر مدخلیّة لحال الشخص»  
 (همان: ۵/۱۷۰-۱۷۱)؛ اظهر اعتبار ضرر مالی است؛ زیرا ضرری که ملاک است، ضرر بدون دخالت حال شخصی افراد است.

## ۲-۹. نظریه دوم: معیار بودن عرف با در نظر گرفتن ضرر حالی

برخی از فقها این نظریه را ارائه و تقویت نموده‌اند. آیه‌الله سبحانی از قائلان به این نظریه است (سبحانی تبریزی، ۱۴۲۳: ۴۳).

### ۱۰. دیدگاه مختار

دیدگاه مختار را پس از بیان دو مقدمه ارائه می‌کنیم. مقدمه اول به بیان جایگاه عرف، و مقدمه دوم به بیان پاره‌ای از عوامل مؤثر در تشخیص و ارزیابی‌های عرفی نسبت به تحقق غبن اختصاص دارد.

#### ۱۰-۱. مقدمه اول

هر متکلمی که مطلبی را بیان می‌کند، چنانچه مقصود خود را از واژگان استعمال شده بیان کند، به همان تفسیری که وی ارائه کرده، مراجعه می‌شود، وگرنه میزان و معیار

۱. «وظاهر حدیث نفی الضرر ملاحظة الضرر بالنسبة إلى شخص الواقعة؛ ولذا استدلوا به علی عدم وجوب شراء ماء الوضوء بمبلغ كثير إذا أضّر بالمكلف ووجوب شرائه بذلك المبلغ علی من لا یضّر به ذلك، مع أنّ أصل شراء الماء بأضعاف قيمته معاملةً ضرریة فی حقّ الكل».

تفسیر موضوعات کلام وی، عرف خواهد بود. این مطلب در رابطه با خطابات شارع نیز صدق می‌کند. بنابراین مفاهیم و عناوینی که موضوع ادله قرار می‌گیرند، چنانچه توسط شارع تفسیر نشده باشند، به وسیله عرف تفسیر می‌شوند (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۸: ۴۰۹).  
بنابراین:

«تنها میزان و معیار جهت شناخت موضوعاتی که در منطقه الفراع قرار دارند و نصی به غرض تبیین آنها وارد نشده است، عرف می‌باشد» (سبحانی تبریزی، ۱۳۸۳: ۱۰۸).

از همین روست که «التعین بالعرف کالتعین بالنص» (همان) و نیز معروف است که «الثابت بالعرف کالثابت بالنص» (همان).

بنابراین در موردی که هیچ دلیلی بر تبیین حدود و ثغور نهاد غبن و معیار سنجش فاحش از افحش وجود ندارد، باید به عرف مراجعه کرد. از این رو در ماده ۴۱۷ قانون مدنی آمده است: «غبن در صورتی فاحش است که عرفاً قابل مسامحه نباشد». به عبارت دیگر، همان طور که مطابق ماده ۲۲۴ قانون مدنی که می‌گوید: «الفاظ عقود، محمول است بر معانی عرفیه»، و جهت تشخیص خود الفاظ معاملات به عرف مراجعه می‌کنیم و نیز همان طور که در تشخیص اصل غبن و مغبونیت نیز به عرف مراجعه می‌کنیم، آن‌چنان که در ماده ۴۱۷ قانون مدنی به آن اشاره شده است، دقیقاً به همان دلیل، میزان تمیز بین غبن فاحش و افحش را نیز مراجعه به عرف می‌دانیم.

## ۱۰-۲. مقدمه دوم

پس از آنکه دانستیم اولاً ملاک تشخیص غبن فاحش عرف است و ثانیاً با کشف و بیان ملاک و مناط غبن فاحش توانستیم مناط مذکور را به غبن افحش نیز تسری دهیم تا از آن در جهت تشخیص غبن فاحش نیز استمداد بجوییم، لازم و ضروری است که به بیان برخی از مؤلفه‌ها و عوامل ارزیابی و تشخیص عرفی جهت شناسایی و تشخیص افحش بودن غبن پردازیم تا ببینیم آیا ضرر عرفی، ملاکات عمومی و نوعی - با قطع نظر از حال متبایعین- دارد یا اینکه عرف، جهت حکم کردن به تحقق عرفی موضوع، عوامل شخصیه را نیز ملاک قرار می‌دهد؟ جهت پاسخ به این پرسش، به بیان پاره‌ای از عوامل تشخیص و ارزیابی عرفی می‌پردازیم. برخی از عوامل ارزیابی عبارت‌اند از:

### ۱۰-۳. حال متعاقدين

گاه یکی از طرفین به لحاظ تمکن مالی و شرایط خاصی که دارد، به گونه‌ای است که کسری از ضرر برای او فاحش و یا افحش محسوب می‌شود؛ در حالی که ای بسا همان کسر برای شخص دیگر که به لحاظ موقعیت اجتماعی وضعیت بهتری دارد، ضرر و غبن فاحش یا افحش محسوب نگردد. بنابراین بر قاضی لازم است که در صدور حکم، حال متعاقدين را مورد واکاوی و بررسی قرار دهد.

### ۱۰-۴. زمان و مکان

گاه ضرر مالی در یک زمان خاص، غبن فاحش یا افحش شمرده می‌شود؛ اما ای بسا در زمانی دیگر چنین نباشد.

### ۱۰-۵. شرایط معامله

گاه معامله با شرایطی انجام شده که از دست دادن کسری از مبلغ، غبن فاحش یا افحش شمرده نمی‌شود؛ در حالی که ممکن است در شرایط متفاوت، همان کسر، غبن فاحش شمرده شود. همچنان که ماده ۴۱۹ قانون مدنی برای مشخص کردن مقدار غبن، شرایط معامله را ملاک قرار داده است.

### ۱۰-۶. قیمت مبيع

گاه از دست دادن مبلغ خاصی نسبت به یک مثنی، غبن فاحش شمرده می‌شود، مثلاً شخصی که تلفن همراه سه میلیون تومانی را یک میلیون تومان گران‌تر خریداری نموده، مغبون واقع شده است؛ اما همین مبلغ یک میلیون تومان در یک معامله یک میلیارد تومانی اصلاً مورد التفات واقع نمی‌شود.

خلاصه اینکه عرف در تبیین مصادیق ضرر، احوال اشخاص بلکه نوع مبيع و حتی زمان و مکان و شرایط مختلف آن را در نظر می‌گیرد. لذا نمی‌توان ضابطه کلی ارائه نمود؛ زیرا اختلاف مبيع از جهت کمیاب بودن و نبودن و نیز اختلاف زمان و مکان در نظر عرف تأثیر دارد؛ مثلاً چه بسا تفاوتی اندک در زمان فراوانی محصول، تفاوتی یسیر و غیر قابل توجه محسوب شود، اما همان تفاوت در سال قحطی و کمیابی، تفاوتی



چشمگیر و فاحش به شمار آید. همچنان که کمیابی یا فراوانی محصول می‌تواند در نظر عرف پیرامون فاحش یا غیر فاحش بودن تفاوت تأثیرگذار باشد. از این رو در تمام این موارد، بهتر است به نظر عرف مراجعه شود. در این باره به استظهاری استناد می‌کنیم که خود شیخ انصاری در ابتدا از حدیث لاضرر داشت. ایشان ظاهر حدیث لاضرر را ملاحظه ضرر نسبت به شخص واقعه می‌داند نه با قطع نظر از آن، و در این باره می‌نویسد نظر به اینکه این حدیث، ظاهر در ملاحظه ضرر نسبت به شخص واقعه است، با تمسک به این حدیث گفته شده که خریدن آب برای وضو به قیمت گزاف، برای مکلفی که خرید موجب اضرار به او می‌شود، واجب نیست، اما برای مکلفی که خرید، موجب اضرار به او نمی‌شود، واجب است؛ حال آنکه اصل خریدن آب به قیمت گزاف، در حق همگان معامله‌ای ضرری خواهد بود (انصاری دزفولی، ۱۴۱۵: ۱۷۰/۵). بنابراین در مقام قضاوت و صدور حکم مبنی بر مغبون بودن شخص، بررسی و واکاوی جهات مذکور ضروری است و نمی‌توان ضرر عرفی را بدون در نظر گرفتن حال متعاملین منظور نمود. حتی می‌توان ادعا کرد که هدف قانون‌گذار نیز با اصلاحیه ماده ۴۱۷ قانون مدنی مصوب ۱۳۶۱، رسیدن به همین منظور بوده است؛ چرا که در ماده ۴۱۷ سابق، تفاوت قیمت بیش از یک پنجم را ملاک غبن فاحش می‌دانست، در حالی که قانون بعدی، معیار را تشخیص عرف می‌داند که به زعم کاتوزیان، مزیت آن نسبت به قبل در این است که اگر در معامله‌ای، تفاوت قیمت بیش از یک پنجم هم باشد و عرف آن را غبن فاحش نداند، خیار فسخ در آن راه ندارد (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۲۱۳/۵) و این به معنای توجه کردن به عوامل گفته شده در بالا و توجه داشتن به حال متعاملین است. اگرچه این ماده تصریح به این شرایط و حال متعاملین ندارد.

### نتیجه‌گیری

مسئله خیار غبن و نیز بحث از فاحش و افحش بودن، در هیچ دلیلی تصریح نشده است. اما به لحاظ اهمیت حقوقی و مورد ابتلا بودن آن در محاکم قضایی، ضرورت تنقیح پیدا می‌کند. ثمره تمییز بین غبن فاحش و افحش در جایی آشکار می‌شود که شخص مغبون به گمان اینکه غبن فاحش وجود دارد، حق خیار خود را اسقاط کند،

سپس مشخص شود که غبن، افحش بوده است. در این صورت می‌گوییم در مقام اسقاط حق خیار به همان مرتبه‌ای از غبن اکتفا می‌شود که هنگام اشتراف، مقصود بوده است. بنابراین اگر سقوط مرتبه خاصی از غبن، شرط شده باشد، حق خیار نسبت به مرتبه بالاتر ساقط نخواهد شد؛ چرا که قصد و آگاهی، دو عنصر مهم در حصول این ثمره هستند. ادله شرعی اثبات خیار غبن عبارت‌اند از: بنای عقلا، قاعده لاضرر، نهی از اکل مال به باطل؛ و دلیل شرعی اسقاط خیار غبن، رضایت آگاهانه و طیب نفس مغبون است. همان‌طور که «لا یحل مال امرئ مسلم إلا بطیب نفسه»، همچنین باید بگوییم که «لا یحل حق امرئ مسلم إلا بطیب نفسه». بنابراین باید گفت که عمدتاً مستندات تشخیص اصل غبن فاحش و نیز مستندات تمییز غبن فاحش از افحش و مناط و ملاکات آن‌ها واحدند. لذا همان مناطاتی که به عنوان ملاک تشخیص اصل غبن فاحش به کار می‌آیند، جهت تمییز غبن فاحش از افحش نیز شناخته می‌شوند. البته جهت تشخیص غبن فاحش از افحش، برخی کسر معینی مثل یک سوم و یک‌دهم را ملاک قرار داده‌اند که از نظر ما مردود است. اما مشهور فقها، عرف را با در نظر گرفتن صرف ضرر مالی، ملاک سنجش قرار داده و برخی فقها نظیر آیه‌الله سبحانی عرف را با در نظر گرفتن ضرر حالی ملاک دانسته‌اند. این در حالی است که قانون مدنی بدون تفکیک بین ضرر حالی و ضرر مالی، به طور مجمل، عرف را ملاک تمییز قرار داده است. آنچه به طور قطع می‌توان گفت اینکه عرف، میزان و معیار جهت شناخت موضوعاتی است که نصی به غرض تبیین آن‌ها وارد نشده است. بنابراین عرف در تبیین مصادیق ضرر، احوال اشخاص بلکه نوع مبیع و حتی زمان و مکان و شرایط مختلف آن را در نظر می‌گیرد. لذا نمی‌توان ضابطه کلی ارائه نمود؛ زیرا اختلاف مبیع از جهت کمیاب بودن و نبودن و نیز اختلاف زمان و مکان، در نظر عرف تأثیر دارد؛ مثلاً چه‌بسا تفاوتی اندک در زمان فراوانی محصول، تفاوتی یسیر و غیر قابل توجه محسوب شود، اما همان تفاوت در سال قحطی و کمیابی، تفاوتی چشمگیر و فاحش به‌شمار آید؛ همچنان که کمیابی یا فراوانی محصول می‌تواند در نظر عرف پیرامون فاحش یا غیر فاحش بودن تفاوت‌گذار باشد. از این رو بهتر است که در تمام این موارد به نظر عرف مراجعه شود. بنابراین در مقام قضاوت و صدور حکم مبنی بر مغبون بودن

شخص، بررسی و واکاوی جهات مذکور ضروری است و نمی‌توان ضرر عرفی را بدون در نظر گرفتن حال متعاملین منظور نمود. در نتیجه با توجه به مباحث گسترده‌ای که فقها در مقام تمییز بین این دو دیدگاه در بحث خیار غبن ارائه نموده‌اند و نیز از آنجایی که تمییز بین این دو دیدگاه - علی‌رغم آنکه هر دو ملاک عرفی نامیده می‌شوند - به روشنی در نتیجه حکم تأثیرگذار خواهد بود، به نظر می‌رسد تقیید و تصریح به ضرر حالی در قانون مدنی ضرورت داشته باشد.

## کتاب شناسی

۱. ابن اثیر جزری، مجدالدین ابوالسعادات مبارک بن محمد، *النهاية في غريب الحديث والاثر*، تحقیق محمود احمد طناحي و طاهر احمد زاوی، چاپ چهارم، قم، اسماعیلیان، ۱۳۶۷ ش.
۲. ابن بزاج طرابلسی، قاضی عبدالعزیز بن نحریر، *المهذب*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۳. ابن حمزه طوسی، محمد بن علی، *الوسيلة الى نيل الفضيلة*، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۸ ق.
۴. اصفهانی، سید ابوالحسن، *وسيلة النجاة (مع حواشی الامام الخميني)*، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۲ ق.
۵. امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، تهران، اسلامی، بی تا.
۶. انصاری دزفولی، مرتضی بن محمدامین، *کتاب المکاسب*، قم، دار الذخائر، ۱۴۱۱ ق.
۷. جوهری، اسماعیل بن حماد، *الصحاح، تاج اللغة و صحاح العربيه*، تحقیق احمد عبدالغفور عطار، بیروت، دار العلم للملایین، ۱۴۱۰ ق.
۸. حسینی سیستانی، سیدعلی، *منهاج الصالحین*، بی جا، بی نا، بی تا.
۹. راغب اصفهانی، ابوالقاسم حسین بن محمد، *مفردات القاصد القرآن*، بیروت - دمشق، دار العلم - الدار الشامیه، ۱۴۱۲ ق.
۱۰. رشتی گیلانی نجفی، میرزا حبیب الله، *فقه الامامية، قسم الخيارات*، قم، کتاب فروشی داوری، ۱۴۰۷ ق.
۱۱. سبحانی تبریزی، جعفر، *دراسات موجزة في الخيارات والشروط*، قم، مرکز العالمی للدراسات الاسلامیه، ۱۴۲۳ ق.
۱۲. طباطبایی، سیدمحمدصادق، و سیدحسین اسعدی، «باز پژوهی مفهوم غبن فاحش در فقه و حقوق ایران»، *فصلنامه تخصصی فقه اهل بیت (علیهم السلام)*، شماره ۷۴، تابستان ۱۳۹۲ ش.
۱۳. طباطبایی حکیم، سیدمحمدتقی بن محمدسعید، *الاصول العامة في الفقه المقارن*، چاپ دوم، قم، بی نا، ۱۴۱۸ ق.
۱۴. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *الخلافة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۱۵. فیومی مقری، احمد بن محمد بن علی، *المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی*، قم، دار الرضی، ۱۴۱۲ ق.
۱۶. *قانون مدنی*، تدوین سیدمهدی کمالان، چاپ ششم، تهران، کمالان، ۱۳۹۲ ش.
۱۷. کاتوزیان، ناصر، *دوره حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۴ ش.
۱۸. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، *الکافی*، تحقیق و تصحیح علی اکبر غفاری و محمد آخوندی، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۱۹. مامقانی، ملاعبدالله بن محمدحسن، *نهاية المقال في تکملة غاية الآمال*، قم، مجمع الذخائر الاسلامیه، ۱۳۵۰ ق.
۲۰. منتظری نجف آبادی، حسین علی، *رساله استفتائات*، قم، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۳۱ ق.
۲۱. موسوی گلپایگانی، سیدمحمدرضا، *هدایة العباد، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۱۳ ق.*

## موجز المقالات

### طبيعة الفرز في القانون الإيراني الوضعي وفقه الإمامية

- حميد أبهرى (أستاذ في قسم القانون الخاص بجامعة مازندران)
- سيد حسن حسيني مقدم (أستاذ مساعد في قسم القانون الخاص بجامعة مازندران)
- سيد مهدي حسيني مقدم (طالب دكتوراه في القانون الخاص بجامعة مازندران)

فيما يخص طبيعة القسمة تمت مناقشة ذلك في الفقه وكتب القانون، لكن الحديث قليل جداً عن طبيعة الفرز. معظم الكتاب تطرقوا في دراسة القسمة إلى طبيعتها، ولأنهم يعتبرون الفرز أحد شقوق التقسيم، فقد رأوا أن لا حاجة لشرح طبيعة الفرز. مع معرفة طبيعة الفرز فإن آثاره تختلف بحسب اختلاف المعاملة إذا كانت (بيع، مبادلة، معاوضة) أو تمييز الحق أو العقد. لذلك هل يجري حق الشفعة والخيارات في الفرز أو لا؟ أو هل هناك إمكانية للإقالة في الفرز أم لا؟ أم أن الفرز له تأثير في لزوم أو عدم لزوم تسجيل عقد القسمة أم لا؟ الإجابة على هذه الحالات يعتمد على معرفة طبيعة الفرز. سنقول في هذه المقالة المكتوبة بمنهج وصفي - تحليلي، ومن خلال دراسة آراء علماء وفقهاء الإمامية أن طبيعة العقد أكثر شيوعاً إلى حد ما في القانون الوضعي وبين الفقهاء أيضاً. ومع ذلك فإن كونه عقداً لا يعنى بالضرورة مفهوم المعاملة والبيع، والأحكام الخاصة

بالبيع بما في ذلك حقّ الشفعة والخيارات المختصة بالبيع ليس لها طريق إليه. وبطبيعة الحال وبسبب الصيغة التعاقدية للفرز، فإنّ إمكانية الإقالة وتطبيق الخيارات الأخرى يمكن تصوّرها في الفرز.

الكلمات الأساسية: الفرز، القسمة، ملكية مشاعة، شريك، تسجيل.

## نظرة تأملية فقهية وقانونية على موضوعية أسهم الشركات التجارية

- سيد عبد المطلب أحمد زادة بزّاز (أستاذ مساعد بجامعة مفيد قم)
- مرتضى محمدى (أستاذ مساعد بجامعة مفيد قم)
- محمّد رضا مرواريد (طالب دكتوراه في الفقه ومبادئ القانون الإسلامى بجامعة مفيد قم)

إنّ فهم طبيعة أسهم الشركات التجارية له تأثير كبير في شرح طبيعة معاملاتها وتبادلاتها بشكل صحيح. تمّ تقديم وجهات نظر مختلفة في شرح طبيعة الأسهم. من أهمّ هذه الآراء، الرأى الفائل بعينية السهم أو موضوعيته. وفقاً لهذا الرأى فإنّ الحقوق الموجودة للمساهمين تنعكس وتتجسّد في نفس ورقة السهم، وتحوّل إلى ملكية موضوعية. وهذا الرأى مخالف للرأى الذى يعتبر السهم ديناً أو تعبير عن حقّ دينى. لإثبات موضوعية السهم تمّ الاستشهاد بعدّة أدلّة بما في ذلك صحّة البيع وجواز رهن السهم والأوراق المالية للأسهم. في هذه المقالة وبعد شرح الأدلّة الواردة في هذا الرأى وانتقادها، ومع دراسة الرأى الذى يعتبر السهم ديناً، حاولنا من خلال مراجعة مفهوم الملكية وأقسامها، وبالنظر لطريقة تشكيل الشركة المساهمة، إثبات أنّ السهم من مقولة «الحق».

الكلمات الأساسية: السهم، الشركة التجارية، عين، دين، حقّ، حقّ عينى، حقّ دينى، أوراق مالية.

## بحث في الحكم الوضعى للبيع المجهول منضمّاً إلى المعلوم؛

### مع التركيز على كتاب البيع للإمام الخمينى رحمته الله

- محمّد أسدى (طالب دكتوراه في الفقه ومبادئ القانون الإسلامى بجامعة قم)
- محمّد على رابعى (أستاذ مساعد في قسم الفقه ومبادئ القانون الإسلامى بجامعة قم)

ينصّ المشرّع في المادّة ٣٤٢ من القانون المدنى للجمهوريّة الإسلاميّة الإيرانية:

«يجب أن يكون المبيع معلومًا بالكمية والجنس والوصف». وهذه المادة لها جذورها في فقه الإمامية، وبرأى الفقهاء فإن عدم المعرفة بجنس المبيع وكميته ووصفه يسبب الغرر، وهو ممنوع، والغرر في المعاملة سبب للبطلان. في هذه الحالة، إذا أبرم بيعًا مجهولًا منضمًا إلى معلوم، فالسؤال هنا هل يزول منع الغرر بما هو غرر مع ضمّ المعلوم أم لا؟ الحكم الوضعي لهذه المعاملة بين الفقهاء محلّ اختلاف. في هذا الصدد يختلف استدلال الإمام الخميني تمامًا عن آراء الفقهاء الآخرين، حيث ينصّ على ما يلي: «الروايات الواردة في هذا الخصوص ليست في مقام التعبير عن حكم الصحة لبيع المجهول منضمًا إلى شيء معلوم ليظل بالغرر؛ بل إنّ الروايات المذكورة ترد عندما لا يكون هناك غرر مطلقًا». تُظهر نتيجة البحث في هذا الخصوص أنّه في البيع المجهول منضمًا إلى شيء معلوم، إمّا التخلّي عن الروايات الواردة في هذه المسألة مثل الإمام الخميني، والقول ببطلان مثل هذا البيع؛ لأنّ استخراج حكم الصحة من هذه الروايات مخالف للقواعد العقلية، أو في حال الاعتقاد بوجود الإجماع على صحة هذا البيع، فلا بدّ من الاكتفاء بالقدر المتيقّن (النصوص)، وليس من المناسب قبول ضمّ المعلوم كقاعدة عامّة لتخصيص عدم جواز بيع المجهول.

الكلمات الأساسية: الإمام الخميني، البيع، البيع المجهول، البيع المعلوم، انضمام شيء للمعلوم.

## مسألة عبادية الوقف ومالكيتها ابتناء على المعانى الاصطلاحية في

### الروايات

- جواد إيرواني (أستاذ مشارك في قسم علوم القرآن والحديث بالجامعة الرضوية للعلوم الإسلامية)
  - سهيلا بيروزفر (أستاذ مشارك في قسم علوم القرآن والحديث بجامعة فردوسي مشهد)
  - زهرا حسين زادة (ماجستير في علوم القرآن والحديث)
  - رضا حق پناه (أستاذ مساعد في قسم علوم القرآن والحديث بالجامعة الرضوية للعلوم الإسلامية)
- مسألة عبادية الوقف وملكيّتها من المسائل التي جرت البحث فيها بين الفقهاء؛ بينما اعتبر القدماء عمومًا أنّ الوقف يطلب نية القرية، اعتبره العديد من المعاصرين توصليًا. كما أنّ في تعيين مالك الوقف آراء مختلفة ومتناقضة. من ناحية أخرى، اعتبر العديد من

الفقهاء المعاصرين الوقف «عقدًا» ضروريًا وحتى الضرورة الناشئة عن العقد كسبب عدم اشتراط نيّة القربة فيه. هذا بينما لم يذكر أكثر الفقهاء السابقين أنه عقد. حاولت هذه المقالة، التي تمّ تنظيمها بطريقة وصفية تحليلية ومكتبيّة، شرح واستدلال آرائهم أثناء تقديم آراء وحجج مختصرة. مع الانتباه إلى هذه النقطة الأساسية وهي أنّ الوقف تمّ التعبير عنه في معظم الروايات بكلمة «الصدقة» ومع الأدلة التي تميّز الوقف عن الصدقات الأخرى، وينتج عن حقيقة أنّ الوقف من ناحية هو نوعٌ من العبادة تحتاج إلى النيّة وقصد القربة وهذا هو سبب عدم رجوعه ومن ناحية أخرى يدخل نفس الوقف في ملكية الله بعد خروجه من ملك الواقف. يوضح هذا البحث أيضًا كيف تتغير الوقف من «الصدقات المشروطة بقصد القرب» بين معظم القدماء إلى «عقد غير مشروط بقصد القرب» للعديد من المعاصرين.

الكلمات الأساسية: الوقف، عباديّة الوقف، التملك في الوقف.

## تحليل قانوني - فقهيّ للقبول في إيجار أرض الوقف

□ عليرضا باريكلو (أستاذ بمجمع فارابي التابع لجامعة طهران)  
 □ هادي كريمي (طالب دكتوراه في القانون الخاص بمجمع فارابي التابع لجامعة طهران)

نظرًا إلى أنّ أخذ مبلغ تحت عنوان القبول في أموال الوقف هو أمر شائع عند متولّي الوقف، فإنّ الموضوع الأساسي ما هي الأسس الفقهيّة والقانونيّة التي يمكن أن تبرّر هذا المبلغ وما هي حالته؟ قمنا في هذا البحث المكتوب بمنهج وصفيّ - تحليليّ بوصف القبول، ومن ثمّ تحليله بناءً على الغرض من الوقف وفوائد الموقوف عليهم، ثبت أنّ القبول يكون شرعيًا وقانونيًا إذا كان متوافقًا مع هدف الواقف وفائدة الموقوف عليهم، وفي هذه الحالة ومثل الوقف يجب أن يُنفق لصالح جميع الموقوف عليهم. من حيث الوظيفة فإنّ دفع مبلغ القبول من قبل مستأجرى أملاك الموقوفة، بدلاً عن التصرف في العين الموقوفة، لهذا السبب إذا دفع المستأجرون مبلغ القبول، فإنّ لهم الحقّ في تشييد بناء أو إنشاءات على الأرض الموقوفة.

الكلمات الأساسية: صدقة، وقف، إيجار، الحقّ في البناء، غرض الواقف، مصالح الموقوف عليهم.



## تحليل تاريخي لصيغة الضمان في الفقه والقانون الشيعي

□ سيّد على جبار گلباغی ماسولة

□ أستاذ مساعد في قسم الفقه والقانون بجامعة آزاد الإسلامية، قسم لاهيجان

في أدبيات الفقه الشيعي، تشكّل صيغة الأعمال الفقهية القانونية أحد القواعد العامة للمعاملات. في بعض الأحيان يختلف فقهاء الشيعة حول شكل بعض الأعمال الفقهية القانونية. والضمان هو أحد الأفعال التي تشكّل صيغتها نقطة خلاف؛ فمشهور فقهاء الشيعة أنّ الضمان عقد، بينما يعتبره فقهاء آخرون أنّه إيقاع. يظهر من دراسة نصوص الفقه الشيعي أنّ أتباع الرأيين المذكورين، بغض النظر عن المسار التاريخي الذي يعتبر من الأمور المؤثرة في التعرّف على المعطيات العقلانية، يتجهون إلى تفسير شكل الضمان؛ لذلك فإنّ التحليل التاريخي لشكل الضمان في نطاق أدبيات الفقه الشيعي، هو هدف هذه الدراسة التي تمّت بمنهج وصفي للبحث في الأعمال المكتوبة للمدارس الفقهية الشيعية، وتقييم إمكانية الكلام من وجهة نظر جديدة، وخلصت الدراسة إلى أنّه على عكس الرأيين المذكورين أعلاه، فإنّ الضمان له شكلي العقد والإيقاع، ويعتمد تحديد كلّ من هذين الشكلين على إرادة وعمل أولئك الذين يقومون بإنشاء الضمان. وبحسب تقديرهم الخاصّ، يمكنهم أحياناً إنشاء الضمان على شكل عقد وأحياناً على شكل إيقاع.

الكلمات الأساسية: الضمان، ضمان الإيقاع، صيغة الضمان.

## نطاق التعويض في ضوء وحدة الإجراء رقم ٧٣٣ للمحكمة العليا للبلاد

□ مرتضى حاجي پور

□ أستاذ مشارك في قسم القانون بجامعة الشهيد مدني أذربيجان

في المعاملة بملك الغير، عندما يعود المالك إلى ممتلكاته ويكشف فساد المعاملة، يكون البائع ملزماً بإعادة الثمن للمشتري. في غضون ذلك فإنّ مسؤولية البائع في ضمان الدرك وتعويض الخسارة التي يتكبدها المشتري الجاهل، تثير تساؤلاً حول ما هي المعايير الموجودة لحساب التعويض عن تخفيض قيمة السعر؟ يعتبر حكم المحكمة العليا رقم ٧٣٣ بالإجراء الموحد خطوة مهمة في الإجابة على هذه المعضلة القانونية،

ولكن لا يزال هناك خلاف حول نطاق التعويض فى موضوع قرار المحكمة. يعتبر البعض أن معيار التعويض فى التزام البائع بإعادة الثمن بناءً على السعر المعلن من قبل البنك المركزى، بينما يعتبر البعض الآخر أن البائع ملزم بتعويض قيمة المبيع بسعر اليوم. يهدف هذا البحث المكتوب بمنهج تحليلى إلى تقييم القرار المذكور، وبشكل عامّ يمكن القول أن تعويض تضحّم النقود وفق المعايير المعلنة من قبل البنك المركزى، قادر على تعويض الأضرار، وفرض التزام أبعد من ذلك مخالف لمبادئ ضمان الدرك. الكلمات الأساسية: التعويض، السعر، تخفيض قيمة النقود، التعويض، حكم وحدة الإجراء.

### الدراسة الفقهيّة والقانونيّة عن تزامم الحقوق فى الأسرة

□ سيد أبو القاسم حسينى زيدى (أستاذ مساعد فى قسم الفقه بالجامعة الرضويّة للعلوم الإسلاميّة)  
 □ خير الله قياسي سونكى (طالب ماجستير فى الفقه ومبادئ القانون بالجامعة الرضويّة للعلوم الإسلاميّة)

إذا أثير الخلاف الناشئ عن تزامم الحقوق بين أعضاء الأسرة، وجب علينا أن نرجح ونفضّل حقّ شخص على شخص آخر على أساس المعايير الموجودة فى المبادئ والأصول الفقهيّة والقانونيّة. من أهمّ مضامين التزامم فى حقوق الأسرة: تزامم حقّ المسكن ورياسة الأسرة وتزامم حقّ الطلاق والزواج من جديد، وتزامم زواج الأمّ لمرة أخرى مع حقّ حضانة وكفالة الولد، والتزامم بين حقّ ولاية الأب مع حقّ المساحة الشخصية للطفل وتزامم حقّ الوالدين فى الاستيلاد و... يسعى هذا البحث دراسة تزامم الحقوق فى الأسرة بطريقة توصيفيّة - تحليليّة. وأيضًا يقوم بتبيين الحلول لرفع وإزالة هذه التزاممات من خلال دراسة بعض مصاديق التزامم. يبدو أن الهدف الرئيسى للشارع والمقنّن فى حلّ ورفع التزامم ووضع القوانين، المحافظة على بنية وبنائ الأسرة من خلال اعتبار الأقوال المرجحة التى تمّ تبيينها فى مبادئ وأصول الفقه وأيضًا عن طريق الاهتمام بروح المواد القانونيّة والحلول المتوقّعة من قبل الشارع والمقنّن لرفع وإزالة التزامم.

الكلمات الأساسية: التزامم، الأسرة، الحقوق، الأب، الأمّ، الطفل.

## دراسة جريان أحكام الفصولي في العقود العهديّة من منظور فقه الإمامية والقانون الإيراني والإنكليزيّ

□ حامد خويباري (طالب دكتوراه في القانون الخاص بجامعة أصفهان)

□ سيّد محمّد صادق طباطبائي (أستاذ مشارك في قسم القانون بجامعة أصفهان)

□ عليرضا آرش پور (أستاذ مساعد في قسم القانون بجامعة أصفهان)

يعتبر معظم المؤلّفين أنّ المعاملات الفصوليّة في النظام القانوني الإيراني هي من بيّن القواعد العامّة للعقود، وقد قاموا بتوسيعها لتشمل العقود العهديّة والعقود الإذنيّة. وقد أدى هذا التعميم إلى إيجاد أحكام تتعارض أحياناً مع النظام العامّ. على سبيل المثال يلتزم الأصيل بعقد لا يعرف الملتزم به. من ناحية أخرى، ليس ممكناً القول بالكشف في العقود العهديّة التي ينشأ عنها حكم تكليفيّ فقط. في القانون الإنكليزيّ يمكن الدخول في صفقة مال الغير على سبيل الفصول أو المالك على شكل عهد، وهو في الحالة الأولى أمر استثنائيّ، وفي الحالة الثانية مطابق للقاعدة. إنّ تعقيدات فقه الإمامية في فصل الأحكام التكليفيّة عن الأحكام الوضعيّة، وكذلك حقيقة أنّ نظام الاستدلال الفقهيّ أكثر منهجيّة من القانون الإنكليزيّ، جعل نطاق إمكانيّة إبرام العقود العهديّة بشكل فصوليّ أضيق في القانون الإيراني. استتجنا في هذا البحث من خلال دراسة مقارنة لأحكام العقود العهديّة وآثار العقد الفصوليّ في فقه الإمامية والقانون الإيراني والبريطانيّ، أنّ إبرام العقد العهديّ في القانون الإيراني، ليس له قاعدة عامّة في العقود، ولا يمكن تحقيقه إلّا إذا كان موضوع المعاملة أو موضوع الالتزام ملكاً للآخر، وإذا تمّ ارتكاب الفعل فإنّه يكون ممكناً عندما يكون له آثار ماليّة.

الكلمات الأساسيّة: العقد العهديّ الفصوليّ، الحكم التكليفيّ والوضعيّ، الالتزام

بفعل الثالث، مبدأ اللزوم.

### تحليل ونقد فقهيّ - قانونيّ للمادّة ١١٧٧ من القانون المدنيّ

□ طاهر عليمحمدّي (أستاذ مشارك في قسم الفقه ومبادئ القانون الإسلاميّ بجامعة إيلام)

□ حمزة نظريور (طالب دكتوراه في الفقه ومبادئ القانون الإسلاميّ بجامعة مازندران)

لقد جعل الفقهاء بشكل عامّ حكم طاعة الوالدين مدّ نظرهم، وكان لهم قولان في ذلك: وجوب طاعة الوالدين بشكل مطلق، وعدم وجوب ذلك بشكل مطلق. ونظرًا لعدم

البحث في هذا الموضوع بشكل مفصّل في الفقه، ووجود غموض في هذا الشأن، فقد أخطأ المشرّع وأساء استعمال بعض الكلمات والتفسير العرفي للموضوع، فقد حكم في المادة ١١٧٧ من القانون المدنيّ بوجوب إطاعة الوالدين من قبل الأبناء، واعتبر احترامهم أمراً ضرورياً. في هذا البحث الذي تمّ بمنهج وصفيّ - تحليليّ، وضمن استنتاج هذا الأمر وهو أنه لا يوجد دليل شرعيّ يشير إلى وجوب طاعة الوالدين، وما هو موجود يدلّ فقط على حرمة عقوق الوالدين ومضايقتهم، واعتبر أنّ المادة ١١٧٧ من القانون المدنيّ تفتقد إلى الوجاهة الفقهية، ومع توجيه انتقادات لها فقد حاول تعديلها.

الكلمات الأساسية: طاعة الوالدين، المادة ١١٧٧ قانون مدنيّ، الطفل، العقول، إيذاء.

### تحليل أدلة شرعية التلاعب الجينيّ للمواد الغذائية

□ فاطمة قدرتيّ

□ أستاذ مساعد في قسم الإلهيات بجامعة ياسوج

اليوم في مجال الزراعة وتربية الحيوانات، يتمّ إيجاد منتجات لحمية ونباتية جديدة باسم التعديل الوراثيّ أو الهندسة الوراثية، ونظراً لحدائثة هذا الموضوع سيكون من الضروريّ دراسة موقف المشرّع وشرح القيود والشروط اللازمة التي يجب مراعاتها في ذلك. لا سيّما أنّهم اعتبروا أنّ البحث العلميّ فيها ضارّ بالصحة العامة للمجتمع، وبالتالي وجود إيجابيات وسلبيات، وكذلك ثغرات قانونية في القوانين ذات الصلة لضمان حقوق المستهلك وشرح ضمانات الإنفاذ القويّة، وقد تحوّلت حالاتها الأخرى إلى واحدة من المجالات الهامة للأبحاث الفقهية والقانونية. في هذه الدراسة وأثناء تحليل أدلة القائمين بالشرعية، ونظراً لإمكانية تطبيق قاعدة لا ضرر في رفع الأحكام الشرعية المحتملة الضرر، وكذلك الوجوب العقليّ والنقليّ للاحتراز عن محتمل الضرر عندما يكون ذلك الضرر المحتمل غير مهمّ مقارنة بالفوائد التي تستدعي القيام بالعمل، وجميع المناقشات الواردة على أدلتهم، يبدو أنّه فيما يخصّ هذه المنتجات فإنّ مجرد احتمال الضرر ليس مجوّزاً للقيام بذلك، عندما تتعارض الفوائد الواضحة والظاهرة مع منفعة الحفاظ على الحياة والحقّ في الصحة لجميع أفراد المجتمع، لذلك من الممكن أن يحدث تعارضاً بين إباحة القيام بهذا العمل ومراعاة الاحتياط في المحافظة على حياة الإنسان، وبموجب

قاعدة الأهمّ والمهمّ يتّضح تكليف المكلف، كما في الاستثناءات حيث اعتبر عدد من المراجع أنّ الأحوط ترك هذا العمل. على الخصوص يمكن ملاحظة أنّ المخاوف بشأن المخاطر المؤكّدة أو المحتملة المبلّغ عنها قد غيرت بشكل كبير سياسات البلدان المتقدّمة في استهلاك هذه المنتجات ولفت الانتباه إلى سوق التصدير.

الكلمات الأساسية: التلاعب الجيني، المنتجات الغذائيّة، صحّة المجتمع، البيئة، الضرر المؤكّد أو المحتمل.

### تقييم العوامل المؤثّرة في تحديد الغبن الفاحش والأفحش

□ محمّد رضا كيخا (أستاذ مشارك في قسم الفقه بجامعة سيستان وبلوشستان)

□ حميد مؤدّني بيستگاني (طالب دكتوراه في قسم الفقه بجامعة سيستان وبلوشستان)

تُظهر الدراسات أنّه إذا قرّر أحد الأطراف المتعاقدة القيام بإسقاط خياره في الغبن، ففي حال كان يقصد الغبن الفاحش، فلا يسقط عنه خيار الغبن الأفحش. إضافة إلى ذلك فإنّ الغبن الأفحش لم يرد في القانون. لذلك سيكون من المهمّ التمييز بين الغبن الفاحش والأفحش (في التحقيق العادل بالدعاوى المطروحة). ولتحقيق ذلك من الضروريّ تقييم العوامل المحدّدة لهذا الأمر. أظهرت نتائج هذا البحث الذي تمّ بمنهج وصفيّ - تحليليّ أنّ معيار العرف المطلق (كما ورد في المادة ٤١٧ من القانون المدنيّ) لا يمكن أن يكون دقيقًا وخاليًا من العيوب للتمييز بين الغبن الفاحش والأفحش؛ لأنّ العرف يأخذ بعين الاعتبار عند شرح أمثلة الضرر، القدرة الماليّة للمتعاملين، والزمان والمكان، شروط الصفقة وقيمة المبيع. لذلك يمكن الأخذ بالضرر العرفيّ دون الأخذ بعين الاعتبار حالة المتعاملين. لذلك ومن خلال الشرح والتمييز بين الضرر الماليّ والضرر الحاليّ، فإنّ أفضل معيار للتمييز هو العرف، وهو ليس العرف المقتصر على الأخذ بعين الاعتبار الضرر الماليّ، بل العرف الناظر إلى الضرر الحاليّ. ويبدو أنّ المادة ٤١٩ من القانون المدنيّ تؤكّد هذا الرأي. وعليه يُقترح على المشرّع العمل على تفصيل المادة ٤١٧ من هذا القانون.

الكلمات الأساسية: الضرر الماليّ، الضرر الحاليّ، العرف، الغبن الفاحش، الغبن الأفحش.



deception has not been mentioned in the law. Therefore, it will be important to distinguish enormous deception and evident deception (in fair litigation proceedings). To achieve this, it is necessary to evaluate the determinants. The findings of this research, which was done by descriptive-analytical method, show that the standard of custom absolutely (as stated in Article 417 of the Civil Code) cannot be accurate and free from defects to distinguish enormous deception and evident deception. Because custom, in explaining the cases of loss, considers the financial solvency (ability) of the contracting parties, time and place, terms of the transaction and the value of the object of sale. Therefore, customary loss cannot be considered without considering the situation of the contracting parties. Therefore, by explaining and distinguishing between financial loss and status loss, the best criterion for distinguishing is custom, which is not custom by considering only financial loss, but custom by considering status loss. Article 419 Civil Code seems to confirm this view. Therefore, it is suggested that the legislator take action to elaborate on Article 417 of this law.

**Keywords:** *Status loss, Financial loss, Custom, Enormous deception, Evident deception.*

compared to the benefits that is motive on action and other controversies arising from their arguments, it seems that these products are not the permission for the mere possibility of loss when the obvious and apparent benefits are opposed to the expediency of preserving life and the right to health of the whole society and life. Therefore, it may be possible to establish a conflict between the permissibility (principle of permission and authorization) of taking this action and the observance of precaution in saving human lives, and according to the rule of more important instances exclude the important ones, the duty of mukallaf (obliged) should be clarified as in the questionnaires of a number of marāji (authorities, source to follow or religious reference) have considered the precaution to leave this action. In particular, it can be seen that concerns about the definite or potential risks reported have significantly changed the policy of developed countries in the consumption of these products and turned attention to the export market.

**Keywords:** *Genetic manipulation, Food products, Community health, Environment, Definite or expectant (possible) harm.*

## Evaluation of Effective Factors in Detecting Enormous Deception and Evident Deception

- *M. Reza Kaykha (Associate professor at University of Sistan and Baluchestan)*
- *Hamid Moazzeni Bistagani (PhD student in Jurisprudence)*

**S**tudies show that if one of the contracting parties decides to abort this option of lesion, if he means enormous deception, the option of evident deception will not be aborted from him. In addition, evident





what is there only indicates the sanctity of the disobedience and annoyance of parents. The beginning of Article 1177 has been considered as lacking jurisprudential aspect and by criticizing it, it has tried to edit it.

**Keywords:** *Obedience to parents, Article 1177 of the Civil Code, Child, Disobedience, Annoyance.*

## **An Analysis of the Legitimacy of Genetic Manipulation of Food**

□ *Fatemeh Ghodrati*

□ *Assistant professor at Yasouj University*

**T**oday, in the field of agriculture and animal husbandry, new meat and plant products called transgenic are created by genetic engineering, which due to its novelty, it will be necessary to study the position of the legislator and explain the restrictions and necessary conditions. In particular, scientific research has considered it detrimental to public health, and consequently the existence of dissenting and agreeing opinions, as well as legal gap (legal absence of required laws) in the relevant laws to ensure consumer rights and explain strong executive guarantees and other cases has made it one of the serious areas for jurisprudential and legal debates. In this study, while analyzing the arguments of those who believe in legitimacy, considering the possibility of applying rule of prohibition of detriment (rule of harm) in eliminating the expectant (possible) Shari'a rulings, as well as the rational and narrative obligation to avoid the expectant (possible) harm when the expectant (possible) harm is not negligible

contract in Iranian law. In this article, by comparatively examining the provisions of covenant contracts and the effects of unauthorized contracts in Imami jurisprudence, Iranian and British law, we come to the conclusion that concluding a covenant contract in Iranian law is not a general rule in contracts and it is possible only if the subject of the transaction or the subject of the obligation is the property of another and if the act was committed; is possible when to have financial effects.

**Keywords:** *Unauthorized contract, Imperative rules and status rules, Commitment to a third act, Principle of obligatory or (principle of necessity).*

## **Jurisprudential-Legal Analysis of Article 1177 of the Civil Code**

- *Tahir Alimohammadi (Associate professor at University of Ilam)*
- *Hamzeh Nazarpour (PhD student in Jurisprudence)*

The jurists have briefly considered the ruling of obedience to the parents and have considered two opinions in total: the obligation of obedience to the parents absolutely and the non-obligation of it absolutely. Due to the lack of detailed discussion about it in jurisprudence, and the existence of ambiguities in this regard, the legislator made a mistake and while misusing some words and customary interpretation of the issue, in Article 1177 of the Civil Code, ordered children to obey their parents and considered it necessary to respect them. In this study, which was conducted in a descriptive-analytical method, while concluding that there is no religious document indicating the obligation to obey the parents, and



the legislator in resolving antagonism and legislation is to maintain the foundation of the family.

**Keywords:** *Antagonism, Family, Right, Father, Mother, Child.*

## **Investigating the Flow of Unauthorized Transactions Rulings in Covenant Contracts from the Perspective of Imami Jurisprudence, Iranian and British Law**

- *Hamed Khubiari (PhD student in Private Law)*
- *S. Muhammad Sadegh Tabatabaei (Associate prof. at University of Isfahan)*
- *Alireza Arashpour (Assistant professor at University of Isfahan)*

**M**ost authors consider unauthorized transactions in the Iranian legal system as one of the general rules of contracts and have extended it to permissive and covenant contracts. This generalization (expansion) has led to rulings that are sometimes contrary to public order. For example, he obligates the principal to a contract whose obligor is unknown to him. On the other hand, it is not possible to identify covenant contracts that merely give rise to an imperative rule. In English law, the transaction of another person's property may be made to the unauthorized person or the owner in the form of a covenant, which in the first case is exceptional and in the second case is in accordance with the rule. The complexities of Imami jurisprudence in separating the imperative rules from the status rules, as well as the fact that the jurisprudential reasoning system is more systematic than in British law, have caused the scope limitation of the possibility of concluding covenant contracts in a form of unauthorized

to compensate damages and the imposition of an obligation beyond it is contrary to the basis of guarantee (responsible) for claims in connection with the ownership (guarantor for compensation in cases which the object of a sale belongs another person).

**Keywords:** *Compensation, Consideration (purchase money, sale), Devaluation of money, Recompense, Uniform vote of judicial precedent.*

## A Legal and Jurisprudential Investigation into Family Rights Antagonism

□ *Sayyed Abu al-Qasim Hosseini Zaidi (Assistant professor at Razavi University)*

□ *Kheirollah Ghiasi Soonaki (MA student of Jurisprudence)*

If there is a dispute among family members due to the antagonism of their rights, it is necessary to prefer the right of one over the other according to the criteria existing in the principles of jurisprudence and law. Some of the most important cases of antagonism in family law are: antagonism of right to housing and headship of family, antagonism of right to divorce and remarriage, antagonism of mother remarriage with custody of child, antagonism between father's guardianship with child privacy, antagonism of father and mother right in child birth etc. The present research uses a descriptive-analytical method to investigate the antagonism of rights in the family, which also tries to express the solutions to resolve these antagonisms while investigating some cases of antagonism. Considering the preferences expressed in the principles of jurisprudence and the spirit of legal article and solutions provided by the legislator to resolve antagonism cases, it seems that the main goal of

## **The Territory of Compensation in the Light of the Uniform Vote of Judicial Procedure No. 733 of the Supreme Court**

- *Morteza Hajipour*
- *Associate professor at Azarbaijan Shahid Madani University*

**I**n a transaction with another's property, when the owner returns to his property and discovers the corruption (invalidity) of the transaction, the seller is obliged to return the price to the customer. In the meantime, the responsibility of the seller in order to guarantee the guarantee (responsible) for claims in connection with the ownership (guarantor for compensation in cases which the object of a sale belongs another person) and compensation of the indemnities incurred to the ignorant customer raises the question of what criteria and standard are there to calculate the compensation for the devaluation of the price? The uniform vote of judicial procedure No. 733 of the Supreme Court is an important step in responding to this legal problem, but there is still disagreement over the scope of compensation for the subject of the Supreme Court's ruling. Some votes consider the criterion of compensation in the seller's obligation to return the price based on the rate announced by the Central Bank, while others consider the seller to be obliged to compensate the value of the seller on the day of object (price at the time of delivery). This research intends to evaluate the mentioned decision analytically and in short, it can be definitely said that the compensation of money inflation according to the criteria announced by the Central Bank is able

## Historical Analysis of the Format of Guarantee in the Literature of Shiite Jurisprudence and Law

□ *Sayyed Ali Jabbar Golbaghi Masuleh*

□ *Assistant professor at Islamic Azad University, Lahijan Branch*

In the literature of Shiite jurisprudence, the formology of legal jurisprudence is one of the general rules of transactions. Sometimes, Shiite jurists disagree about the format of some legal jurisprudential practices. Guarantee is one of the acts whose formology is a point of contention. Well-known Shiite jurists consider guarantee to be a contract, while other jurists consider it to be a unilateral contract. An examination of the texts of Shiite jurisprudence shows that the followers of each of the two mentioned views, regardless of the historical course, which is one of the effective matters in recognizing rational credentials, turn to the interpretation of the format of guarantee. Therefore, the historical analysis of guarantee formology in the scope of Shiite jurisprudence literature is the aim of the present study, which descriptively examines the written works of Shiite jurisprudential doctrines and schools and assesses the possibility of speech from a new perspective and it comes to the conclusion that contrary to the two views mentioned above, guarantee has both forms of contract and unilateral at the same time, and the determination of each of these two forms depends on the will and action of those who undertake to write the guarantee and depending on their will, they can sometimes make a guarantee in the form of a contract and other times in the form of a unilateral.

**Keywords:** *Guarantee, Unilateral guarantee, Formology of guarantee.*

with intention to latters' unconditioned contract with intention.

**Keywords:** *Endowment, Divine intention, Endowment ownership.*



## **Legal-Jurisprudential Underwriting Analysis of Endowment Land Rent**

□ *Alireza Bariklou (Professor at Farabi Campus, University of Tehran)*

□ *Hadi Karimi (PhD student in Private Law)*

Considering that receiving a sum under the title of underwriting in endowment properties has become common by the trustees, the main issue is on what jurisprudential and legal basis this amount can be justified and what is its status? In this article, which first described the underwriting in a descriptive and analytical method and then analyzed it based on the purpose of the donor (founder of an endowment) and the benefits of the beneficiaries, it was proved that receiving the underwriting, if it is in accordance with the purpose of the donor (founder of an endowment) and the benefit of the beneficiaries, is legal and lawful that in this situation, like the endowed object, must be spent for the benefit of the whole beneficiaries. In terms of function, the payment of the dowry by the tenants of the endowment property is considered as a consideration (replacement) for the possession in the object of endowment, because the tenants are entitled to the construction of the building on the endowment land by paying the underwriting.

**Keywords:** *Charity, Endowment (waqf), Rent, Construction right, Purpose of the donor (founder of an endowment), Benefit of the beneficiaries.*

## The Analysis of Divine Intention and Endowment Ownership on the Basis of Narrative Terminology

- Javad Irvani (*Associate professor at Razavi University of Islamic Sciences*)
- Soheila Piruzfar (*Associate professor at Ferdowsi University of Mashhad*)
- Zahra Hosseinzadeh (*MA of Quran & Hadith Sciences*)
- Reza Haghpanah (*Assistant professor at Razavi University of Islamic Sciences*)

The issue of divine intention endowment and its ownership have always been controversial among jurists, while most of the predecessors consider endowment as a kind of worship requiring intention. Many of the successors took it dedicated to the recommendation like there are variety of different opinions in determining the owner of what is endowed. On the other hand, most of the recent jurists consider endowment as an irrevocable contract and take the irrevocability a reason to exclude intention. While most of the former jurists didn't mention the contract. This study, written in a descriptive - analytical method and library style, tries to specify and analyze opinions and reasons logically and briefly. From the viewpoint of this study, solving the issue depends on the precise lexicology of the word "Charity" in the traditions. No thing that "endowment" was expressed "charity" in most of the traditions and early Islamic centuries along with some evidence differentiating endowment from other charity instances, leads to realizing that endowment is a kind of necessary persuasion requiring intention which makes it irrevocable and the endowed property after endowment enters the credit ownership of God. This study also indicates how endowment changed from formers' conditioned charity



in Imami jurisprudence and according to jurists, lack of knowledge about the kind, quantity (amount) and description of the object of sale causes aleatory which is forbidden and aleatory in the transaction causes invalidity. In this position, if an unknown sale is concluded with the attachment of a known object, it is debatable whether the obstacle of aleatory will be removed with a known attachment or not. The positive rule (statute verdict) of this transaction is a dispute among jurists. In the meantime, Imam Khomeini's argument is completely different from the views of other jurists and states as follows: the narrations in this regard, in the position of expressing the correct verdict for the unknown sale to the attachment of a known object -which is invalidated by aleatory- may not; rather, the mentioned narrations have entered a place where there is no aleatory at all. The result of research in this regard shows that in an unknown sale with the attachment of a known object, or like the Imam (may Allah have mercy on him), the narrations included in this issue should be abandoned and such a sale should be considered invalid; because extracting the verdict of authenticity from these narrations is contrary to rational rules, or if one believes in the existence of consensus on the authenticity of this sale, should suffice with certainty (up to the certainty) (texts) and it is not appropriate to use the known appurtenance as a general rule for the allocation of the unknown sale prohibition was accepted.

**Keywords:** *Imam Khomeini, Sale, Unknown sale, Known sale, Attachment (appurtenance) of known object.*

in explaining the nature of shares. One of the most important views is the one that believes in object being or objectivity of the share right. According to this view, the rights that exist for the shareholder are reflected and embodied in the share sheet itself and become objective property. This view is in contrast to the view that considers the share as debt or the expression (explanatory) of chose in action. To prove the objectivity of the shares, several reasons have been cited, including the validity of the sale and the mortgage of the shares and the securities of the shares. In the present article, after explaining and criticizing the arguments cited in this view, while examining the view that the share is considered debt, an attempt has been made to prove that the share belongs to the category of “right” by reviewing the concept of property and its types, and considering the formation of a joint stock company.

**Keywords:** *Share, Business company, Object, Religion, Debt, Chose in possession, Chose in action, Securities.*

## **Research on the Positive Rule (Status Verdict) of an Unknown Sale with the Attachment of a Known Object; with the Focus on Imam Khomeini’s Book of Sale**

- *Muhammad Asadi (PhD student in Jurisprudence)*
- *Muhammad Ali Raghebi (Assistant professor at University of Qom)*

The legislator stipulates in Article 342 of the Civil Code of the Islamic Republic of Iran: “The amount (quantity), kind and description of the object of sale must be known”. This article is rooted

possible to rescind bilaterally (rescission, cancellation of a contract by mutual consent) in partition or not? Will the partition have an effect on the necessity or non-necessity of registering the division letter? The answer to these cases is to identify the nature of partition. In this article, analytically-descriptively, by studying the opinions of jurists (lawyers) and Imami jurists, we will say that the nature of partition into the theory of being a contract in the statute is somewhat more popular among jurists. However, being a contract does not necessarily mean transaction and sale, and there are no special rules of sale, including the right of pre-emption and the options specific to the sale. Naturally, due to the same contractual nature of partition, the possibility of rescission (rescind bilaterally, cancellation of a contract by mutual consent) and applying other options can be imagined and realized in separation.

**Keywords:** *Separation, Partition (division), Shared ownership (equity sharing, Co-ownership, Joint property), Partner (copartner), Registration.*

## **Jurisprudential and Legal Reflection in Identifying Object of the Shares of Commercial Companies**

- *S. Abd al-Muttalib Ahmadzadeh Bazaz (Assistant prof. at Mofid Univ. of Qom)*
- *Morteza Muhammadi (Assistant professor at Mofid University of Qom)*
- *Muhammad Reza Morvarid (PhD student in Jurisprudence)*

**U**nderstanding the nature of the shares of commercial companies has a great effect on correctly explaining the nature of their transactions and exchanges. Different perspectives have been presented

## Abstracts

### **The Nature of Partition (Division) in the Statute Law of Iran and Imami Jurisprudence**

- *Hamid Abhari (Professor at University of Mazandaran)*
- *Sayyed Hassan Hosseini Moghadam (Assistant prof. at Univ. of Mazandaran)*
- *Sayyed Mahdi Hosseini Moghadam (PhD student in Private Law)*

**T**he nature of division was discussed in jurisprudence and law books, but less was said about the nature of partition. Most of the writers in the study of division have also dealt with its nature and because they consider separation as one of the partitions of division, they have found themselves without the need to express the nature of partition. Recognizing the nature of partition; depending on whether the transaction (sale, exchange, interchange), or discrimination of the right or contract, the effects are different. So, is there a right of pre-emption and options in partition or not? Is it



## Table of contents

The Nature of Partition (Division) in the Statute Law of Iran and Imami Jurisprudence Hamid Abhari & Sayyed Hassan Hosseini Moghadam & Sayyed Mahdi Hosseini Moghadam ...	3
Jurisprudential and Legal Reflection in Identifying Object of the Shares of Commercial Companies/ Sayyed Abd al-Muttalib Ahmadzadeh Bazaz & Morteza Muhammadi & Muhammad Reza Morvarid .....	31
Research on the Positive Rule (Status Verdict) of an Unknown Sale with the Attachment of a Known Object; with the Focus on Imam Khomeini's Book of Sale Muhammad Asadi & Muhammad Ali Raghebi .....	61
The Analysis of Divine Intention and Endowment Ownership on the Basis of Narrative Terminology/ Javad Irvani & Soheila Piruzfar & Zahra Hosseinzadeh & Reza Haghpanah ....	83
Legal-Jurisprudential Underwriting Analysis of Endowment Land Rent Alireza Bariklou & Hadi Karimi .....	107
Historical Analysis of the Format of Guarantee in the Literature of Shiite Jurisprudence and Law/ Sayyed Ali Jabbar Golbaghi Masuleh .....	127
The Territory of Compensation in the Light of the Uniform Vote of Judicial Procedure No. 733 of the Supreme Court/ Morteza Hajipour .....	151
A Legal and Jurisprudential Investigation into Family Rights Antagonism Sayyed Abu al-Qasim Hosseini Zaidi & Kheirollah Ghiasi Soonaki .....	177
Investigating the Flow of Unauthorized Transactions Rulings in Covenant Contracts from the Perspective of Imami Jurisprudence, Iranian and British Law Hamed Khubiari & Sayyed Muhammad Sadegh Tabatabaei & Alireza Arashpour .....	203
Jurisprudential-Legal Analysis of Article 1177 of the Civil Code Tahir Alimohammadi & Hamzeh Nazarpour .....	231
An Analysis of the Legitimacy of Genetic Manipulation of Food/ Fatemeh Ghodrati .....	253
Evaluation of Effective Factors in Detecting Enormous Deception and Evident Deception/ Muhammad Reza Kaykha & Hamid Moazzeni Bistagani .....	277
<b>Translation of Abstracts:</b>	
Arabic Translation/ Kamel Esmail .....	299
English Translation/ Muhammad Hossein Golyari .....	322