

صاحب امتیاز: **گنجینه علوم رضوی**
مدیر مسئول: سیدحسن وحدتی شبیری

سر دبیر: محمدحسن حائری

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 محسن ملک افضلی اردکانی (استاد جامعه المصطفی العالمیه)

دکتر محمدصادق موسوی (دانشیار دانشگاه شهید مطهری)

دکتر سیدابوالقاسم نقیبی (دانشیار دانشگاه شهید مطهری)



مشاوران علمی این شماره (به ترتیب حروف الفبا):

دکتر محمدجواد ارسطا / دکتر امین امیرحسینی / حجة الاسلام دکتر جواد ایروانی /

حجة الاسلام دکتر سیدابوالقاسم حسینی زیدی / دکتر علی ساعتچی / دکتر

محمدعلی سعیدی / دکتر محمد صادقی / حجة الاسلام دکتر ابوالفضل علیشاهی

قلعه جوقی / دکتر محمدتقی فخلعی / حجة الاسلام دکتر حسین فرزانه / دکتر سید

محسن قائمی خرق / حجة الاسلام دکتر رحمت الله کریمزاده / دکتر حجت مبین /

دکتر مرتضی مرتضوی / حجة الاسلام دکتر احمد مروارید / حجة الاسلام دکتر

سیدمحمدحسن موسوی خراسانی / حجة الاسلام دکتر علی نصرتی / حجة الاسلام

دکتر غلامرضا یزدانی / حجة الاسلام دکتر محمد مهدی یزدانی کمرزرد



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 ۱۲۳۹۲۱ از

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

این فصلنامه در وبگاه‌های زیر قابل دسترسی است:

www.sid.ir و www.noormags.ir و www.magiran.com/razavi

و www.civilica.com و www.isc.gov.ir

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

«آرای نویسندگان مقالات لزوماً دیدگاه مجله نیست.»

«نقل مطالب مجله با ذکر مأخذ بلامانع است.»

آموزه‌های فقه مدنی

بهار - تابستان ۱۴۰۰، شماره ۲۳



مسئول اجرایی

محمدامین انسان

کارشناس اجرایی

علی برهان‌زهی

نحوه انتشار

به صورت الکترونیکی در وبگاه

www.razavi.ac.ir

ارتباط با کارشناس

«تماس با ما» در سامانه نشریات

نشانی پستی

مشهد، ص پ ۹۱۷۳۵-۴۶۱

رایانامه

razaviunmag@gmail.com

Specialized Journal of Razavi University of Islamic Sciences

Civil Jurisprudence Doctrines

No. 23

Spring & Summer 2021



Proprietor:

Razavi University of Islamic
Sciences

Managing Director:

S. H. Vahdati Shobeiri

Editor -in- Chief:

M. H. Haeri

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. Malek Afzali Ardakani (*Prof. at Al-Mustafa
International University*)

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

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

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

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

Web Site: www.razavi.ac.ir

E.mail: razaviunmag@gmail.com

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فهرست مطالب

- تعهد اطلاع‌رسانی پزشک معالج به اشخاص غیر بیمار؛ مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و ایالات متحده آمریکا
عاطفه آجری آیسک و صدیقه محمدحسینی و سیدعلی رضوی و سیدحسن وحدتی شبیری ۳
- تحلیل نکاح فرزندخوانده با سرپرست بر مبنای اصل حاکمیت اراده در انگاره اسلام و فرانسه
اسماعیل باقریان خوزانی و محمدهادی مهدوی و مسعود راعی و احمد توکلی ۳۹
- تأملی بر رابطه عقد رهن و قرارداد وثیقه؛ جستاری نقادانه در باب تحول مفهوم توثیق اموال از رهن سنتی
تا وثیقه در حقوق نوین / جمشید جعفرپور و سعید سیاه‌بیدی کرمانشاهی ۶۹
- فتوای معیار در قانون‌گذاری؛ انطباق با مصالح الزامی / محسن جهانگیری و محمدعلی بنایی خیرآبادی ۹۱
- مبانی ضرر غیر مستقیم قابل جبران در حقوق ایران و انگلیس
مجتبی زمانی و سهیل طاهری و پژمان پیروزی و علیرضا مظلوم رهنی ۱۱۹
- امکان‌سنجی فقهی ماهیت قرارداد سی‌اف‌دی کالا / زهرا سهراب‌بیگ و سعید خردمندی ۱۴۵
- مدیریت حسبه بر بحران ورشکستگی در حقوق اقتصادی اسلامی / محمد صادقی و سبحان عباس‌پور ۱۷۳
- اعتبارسنجی تعمیم شهادت کافر علیه مسلمان در دعاوی مدنی
ابوالفضل علیشاهی قلعه‌جوقی و منصور غریب‌پور و فرخنده محمدی ۲۰۳
- شناسایی طلاق به عوض به عنوان یکی از اقسام طلاق در فقه امامیه و حقوق مدنی
محمد فرزنانگان و سمیه ظهوری و سیدحسن حسینی مقدم ۲۲۹
- اعتبارسنجی شرط ادخال غیر موقوف‌علیهم در وقف
محمدحسن قاسمی و غلامرضا یزدانی و مجید استاد مؤدب خوشرو ۲۴۹
- واکاوی «حق حبس» در نهاد خانواده با تأکید بر «فرض اعسار زوج»
عباس قاسمی حامد و محمدعلی سعیدی و مصطفی شاهبازی و محمدعلی قوامی‌نیا و علیرضا متین‌نیا ۲۷۱
- ابهام‌زدایی از مفهوم و کاربرد شرع در دادرسی مدنی و داوری
محسن کاظمی و بهرام تقی‌پور و علیرضا صالحی‌فر ۲۹۷
- امکان‌سنجی استناد به قاعده «الحرام لا یحرم الحلال» نسبت به زنا در باب نکاح با تطبیق بر ماده ۱۰۵۵ ق.م.
مهدی معظمی گودرزی و سیدمحمدحسن موسوی خراسانی و میثم خزائی و حجت پولادین‌طرقی ۳۲۱
- اعتبارسنجی اماره کارت خودرو در اثبات مالکیت (تحلیل فقهی و حقوقی درباره تعارض امارات و دلایل
در مالکیت خودرو) / سیداحمد میرخلیلی و اردوان ارژنگ و نصرالله جعفری و مجید قاسمیان مزار ۳۴۷
- ترجمه چکیده‌ها
- ترجمه عربی (موجز المقالات) / حمید عباس‌زاده ۳۷۱
- ترجمه انگلیسی (Abstracts) / علی برهان‌زهی ۴۰۰

راهنمای تدوین مقالات

- مقالات باید علمی - پژوهشی، مستند و دارای نوآوری باشند.
- مقاله ارسالی بین ۶۰۰۰ تا ۹۰۰۰ کلمه حروف چینی شده باشد.
- تیترهای 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.

تعهد اطلاع‌رسانی پزشک معالج به اشخاص غیر بیمار؛

مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و ایالات متحده آمریکا*

- عاطفه آجری آیسک^۱
- صدیقه محمدحسینی^۲
- سیدعلی رضوی^۳
- سیدحسن وحدتی شبیری^۴

چکیده

تعهد اطلاع‌رسانی پزشک معالج به اشخاص غیر بیماری که از ناحیه اشخاص بیمار در معرض خطر جدی قرار دارند، نقش مهمی در حفظ و ارتقای سلامت عمومی جامعه دارد. این تعهد گاهی بدون افشای نام بیماران، در مواردی مانند شیوع بیماری‌های اپیدمیک خطرناک، بر عهده نهادهای بالادستی مانند وزارت بهداشت قرار دارد. در مواردی نیز پزشک معالج به محض تشخیص

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۶/۱ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۱۰/۲۱.

۱. استادیار گروه حقوق دانشکده ادبیات و علوم انسانی دانشگاه بیرجند (ajori@birjand.ac.ir).

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی (نویسنده مسئول) (mohamadhasani600@yahoo.com).

۳. دکتری حقوق خصوصی (ali.razavi@razavi.ac.ir).

۴. دانشیار دانشگاه قم (vahdati11@gmail.com).

بیماری خطرناک، ضمن افشای نام بیمار، مکلف به اطلاع‌رسانی به اشخاص غیربیمار در معرض خطر است. تعهد اطلاع‌رسانی که متضمن افشای نام بیمار باشد، نخستین بار در حقوق آمریکا با پرونده «تاراسوف» مطرح شد. حقوق این کشور، به تعیین ضوابط این تعهد که استثنایی بر اصل رازداری و حفظ محرمانگی در حقوق پزشکی محسوب می‌شود، پرداخته است. علی‌رغم اهمیت موضوع، حقوق ایران در این خصوص حکم صریحی ندارد. اما علاوه بر دلالت ضمنی برخی مقررات قانونی، بر اساس برخی قواعد فقهی همچون وجوب حفظ جان مسلمان می‌توان فی‌الجمله وجود چنین الزامی را برای پزشک معالج پذیرفت. به علاوه این تعهد، مصالح ملزومه مورد تأکید شریعت مانند حفظ نفس و حفظ مال را تأمین می‌نماید. لذا حتی بر فرض عدم پذیرش و تردید در دلالت ادله اولیه بر وجوب چنین تکلیفی، حاکم اسلامی برای تأمین مصالح فردی و اجتماعی، می‌تواند چنین تکلیفی را با ضوابط و شرایط معین بر عهده پزشک معالج بار نماید. البته با توجه به اینکه تعهد اطلاع‌رسانی، استثنایی بر اصل رازداری و حفظ محرمانگی است، تعیین شرایط و ضوابط آن از جمله تعیین بیماری‌های موجد تعهد و تعیین اشخاص غیر بیمار ذی‌نفع، با استفاده از ضوابطی مانند ضابطه «قابلیت شناسایی» ضروری است.

واژگان کلیدی: تعهد اطلاع‌رسانی، رازداری و حفظ محرمانگی، پزشک،

بیمار، اشخاص غیر بیمار.

۱. مقدمه

تعهد اطلاع‌رسانی که عبارت است از تکلیف قانونی به ارائه اطلاعات و راهنمایی‌های لازم و لزوم هشدار به دیگری در مورد وجود یک موقعیت خطرناک، البته با حدود و ثغور مشخص و در موارد معین، تقریباً در تمام سیستم‌های حقوقی مورد توجه قرار گرفته است (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۲۹). در حقوق ایران نیز برخی قوانین به صورت موردی به این تکلیف تصریح نموده‌اند؛ چنان که قوانینی مانند قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان مصوب ۱۳۸۸ (بند ۳ ماده ۳)، قانون بیمه مصوب ۱۳۱۶ (ماده ۱۲)، لایحه اصلاحی قانون تجارت مصوب ۱۳۷۴ (مواد ۲۳ و ۲۴) و قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۴ (مواد ۲۴، ۳۱ و ۴۰)، تعهد اطلاع‌رسانی را به ترتیب

برای تولیدکنندگان، بیمه گذار، مؤسسان شرکت سهامی، ناشران و سازمان بورس اوراق بهادار به رسمیت شناخته‌اند.

به علاوه «تعهد اطلاع‌رسانی به اشخاص بیمار»، یکی از شاخص‌ترین تعهدات پزشک محسوب می‌شود؛ زیرا مشروعیت عملیات درمانی، مشروط به رضایت آگاهانه بیمار به عملیات پزشکی است و حصول این رضایت، در گرو آگاهی کامل بیمار از عواقب و نتایج اقدامات درمانی می‌باشد (Ferris & Others, 1998: 1473-1477).

تکلیف اطلاع‌رسانی پزشک به «اشخاص بیمار» در خصوص ماهیت و محدوده، خطرات و عواقب احتمالی ناشی از عملیات پزشکی، از اصول بدیهی در بسیاری از نظام‌های حقوقی در سراسر جهان محسوب می‌شود (عشوش، ۲۰۰۷: ۱۴۳؛ علی‌اکبری و توکل، ۱۳۸۸: ۱۴ و ۲۳). در حقوق ایران نیز ماده ۲ منشور حقوق بیمار، بر تعهد اطلاع‌رسانی پزشک به «اشخاص بیمار» تأکید نموده و وی را مکلف می‌نماید که اطلاعات مربوط به بیماری و پروسه درمان را به نحو مطلوب در اختیار بیمار قرار دهد. بنابراین عدم رعایت تعهد اطلاع‌رسانی از سوی پزشک می‌تواند نوعی تقصیر حرفه‌ای محسوب شده و نهایتاً مسئولیت وی را در پی داشته باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۱۰-۱۱). از سوی دیگر، پزشک موظف است اطلاعات مربوط به بیماری، درمان و پیامدهای ناشی از بیماری شخص را تنها در اختیار شخص وی قرار داده و به مقتضای اصل رازداری و حفظ محرمانگی، از افشای اطلاعات بیمار در برابر اشخاص ثالث خودداری نماید.

یکی از مسائل مهم و چالش‌برانگیز در حوزه بیماری‌ها و درمان، مسئله خطراتی است که ممکن است از ناحیه بیمار، دیگر اعضای جامعه را تهدید کند؛ زیرا همه بیماری‌ها به سادگی قابل درمان نبوده و برخی از انواع آن مانند ایدز، با وجود پیشرفت‌های چشمگیر علم پزشکی، کماکان بدون درمان باقی مانده‌اند.

در این فرض، این پرسش مطرح می‌شود که آیا اساساً پزشک در قبال اشخاص غیربیمار و به منظور حفظ جان یا سلامتی آنان نیز تکلیف به اطلاع‌رسانی دارد تا آنان را از خطرات احتمالی که از سوی شخص بیمار وجود دارد، آگاه نماید یا چنین تکلیفی صرفاً در رابطه حقوقی پزشک و بیمار متصور است؟ به عبارت روشن‌تر، آیا پزشک مکلف است نسبت به خطراتی که از سوی بیمار وجود دارد، به اشخاص ثالث هشدار

دهد یا اینکه بر اساس اصل لزوم رازداری و حفظ محرمانگی اسرار بیمار، چنین حقی نخواهد داشت؟ ضرورت و اهمیت پرداختن به این مسئله، با گسترش بیماری‌های خطرناکی مانند ایدز یا شیوع بیماری‌های اپیدمیک مانند کرونا در سراسر جهان و شمار بالای قربانیان ناشی از این بیماری‌ها، بیش از پیش قابل توجه است.

مقاله حاضر در راستای پاسخ به مسئله فوق، به مطالعه تطبیقی این موضوع در حقوق دو کشور ایران و ایالات متحده آمریکا می‌پردازد. در حقیقت حقوق ایالات متحده آمریکا از پیشروترین نظام‌های حقوقی است که از سال ۱۹۷۶ به شکل رسمی به موضوع «تعهد اطلاع‌رسانی پزشک معالج به اشخاص غیر بیمار» پرداخته است. لذا بررسی دقیق موضوع در حقوق این کشور، در رفع خلأهای احتمالی نظام حقوقی ایران در این زمینه، مؤثر و راهگشا خواهد بود.

قبل از بررسی موضوع مورد بحث در حقوق این دو کشور، باید دانست که تعهد اطلاع‌رسانی به اشخاص غیر بیمار، ارتباط تنگاتنگی با اصل رازداری و حفظ محرمانگی در حقوق پزشکی دارد. لذا در آغاز، اصل مزبور بررسی خواهد شد.

۲. اصل رازداری و حفظ محرمانگی در حقوق پزشکی

در حوزه دانش پزشکی، رازداری و حفظ محرمانگی اطلاعات بیمار به عنوان اصلی بنیادین که مصالح فردی و اجتماعی را تأمین می‌کند، از گذشته تا کنون مورد توجه اندیشمندان این عرصه بوده (ترمانینی، ۱۹۸۱: ۳۸) و تقریباً در تمام نظام‌های حقوقی مورد توجه قانون‌گذار قرار گرفته (علی‌اکبری و توکل، ۱۳۸۸: ۳۶-۵۵) و مواد قانونی مستقلی را به خود اختصاص داده است.^۱ طبق این اصل، افشای هر گونه اطلاعات مربوط به بیمار توسط پزشک نزد اشخاص ثالث بدون رضایت وی، ممنوع و غیر قانونی می‌باشد و مسئولیت وی را در پی خواهد داشت (Bord & Others, 2013: 58; Allen, 2012: 128; Iancu, 2018: 12). در قوانین موضوعه ایران، ماده ۴ منشور حقوق بیمار، تکلیف پزشک به رازداری و حفظ محرمانگی را مورد تأکید قرار داده است. در همین راستا، قانون مجازات اسلامی

1. <<https://www.betterhealth.vic.gov.au/health/ServicesAndSupport/confidentiality-and-privacy-in-healthcare>>.

در ماده ۶۴۸، افشای اسرار بیمار را جرم‌انگاری نموده و در راستای تضمین رازداری و حفظ محرمانگی، مجازات حبس یا جریمه نقدی را پیش‌بینی کرده است. ماده ۴ آیین‌نامه انتظامی رسیدگی به تخلفات صنفی و حرفه‌ای شاغلان حرفه‌های پزشکی و وابسته که در سال ۱۳۷۸ به تصویب هیئت وزیران رسیده است، نیز در این باره مقرر می‌دارد:

«شاغلان حرفه‌های پزشکی و وابسته، حق افشای اسرار و نوع بیماری بیمار، مگر به موجب قانون را ندارند».

در حقوق ایالات متحده آمریکا نیز رویه به همین منوال است. لذا تکلیف به رازداری و حفظ محرمانگی در منشور حقوق بیمار این کشور جایگاه ویژه‌ای را به خود اختصاص داده است. در رویه قضایی این کشور نیز آرای متعددی در حمایت از اصل رازداری و حفظ محرمانگی مشاهده می‌شود؛ برای مثال، دعاوی متعددی اقامه شده مبنی بر اینکه پزشک، مثبت بودن آزمایش HIV بیمار را برای دیگران فاش نموده است و دادگاه، پزشک را به دلیل نقض اصل رازداری و حفظ محرمانگی و افشای اطلاعات بیمار، به پرداخت غرامت محکوم کرده است.^۱

با وجود این، اصل مزبور یک اصل مطلق نبوده و همان‌گونه که مصالح فردی و اجتماعی باعث تشریح آن شده است، مصلحت افراد جامعه و ضرورت‌های فردی و اجتماعی نیز می‌تواند باعث مستثنا شدن موارد خاص از این قاعده گردد. چنان که در مواردی که سلامت عمومی جامعه به واسطه شیوع یک بیماری مسری خطرناک در معرض خطر جدی باشد، در کلیه نظام‌های حقوقی، اصل رازداری تخصیص خورده است؛ زیرا طبق قانون اغلب کشورها، مراکز درمانی موظف به ارائه اطلاعات بیمارانی مبتلا به بیماری‌های مذکور، به نهادهای نظارتی مانند وزارت بهداشت هستند تا نهادهای مسئول، اقدامات لازم را جهت کنترل و پیش‌گیری از شیوع بیشتر این بیماری‌ها اتخاذ نمایند.^۲ (O'Donohue & Ferguson, 2003: 287-300).

1. Urbaniak v. Newton (1991), <<https://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/3d/226/1128.html>>; Doe v. Southeastern Pennsylvania Transportation.

۲. مواد ۱۳ و ۱۴ قانون «طرز جلوگیری از بیماری‌های آمیزشی و بیماری‌های واگیردار» مصوب ۱۳۲۰.

علاوه بر این، در برخی از نظام‌های حقوقی مانند نظام حقوقی کشور آمریکا، یکی از استثنائات اصل رازداری و حفظ محرمانگی اطلاعات بیمار، مربوط به شرایطی است که اشخاص غیر بیمار از ناحیه شخص بیمار در معرض خطر جدی باشند؛ به نحوی که پزشک معالج مکلف است هشدارها و اطلاعات لازم را در مورد خطرات موجود از ناحیه بیمار، در اختیار اشخاص غیر بیمار قرار دهد. لذا در ادامه، تعهد اطلاع‌رسانی پزشک معالج به اشخاص غیر بیمار، که استثنایی بر اصل رازداری و حفظ محرمانگی به شمار می‌رود، در حقوق ایران و آمریکا مطالعه و واکاوی خواهد شد.

البته باید توجه داشت که تعهد اطلاع‌رسانی را می‌توان از جهت لزوم یا عدم لزوم افشای نام و اطلاعات بیماران، به دو دسته اصلی تقسیم نمود که تنها یک نوع آن با اصل رازداری در تعارض بوده و استثنایی بر اصل مزبور به شمار می‌رود. لذا در راستای تبیین دقیق محل بحث، ابتدا به بررسی و تبیین انواع تعهد اطلاع‌رسانی می‌پردازیم.

۳. انواع تعهد اطلاع‌رسانی به اشخاص غیر بیمار

۳-۱. تعهد اطلاع‌رسانی به اشخاص غیر بیمار بدون افشای نام اشخاص بیمار

تعهد اطلاع‌رسانی به اشخاص غیر بیمار بدون ذکر نام و معرفی اشخاص بیمار، معمولاً از موضوعاتی است که در حیطه تکالیف و تعهدات نهادهای عمومی و بالادستی مانند وزارت بهداشت و درمان پزشکی قابل طرح است. این تعهد خصوصاً در زمان گسترش بیماری‌های اپیدمیک و همه‌گیر، به خوبی بروز و ظهور می‌یابد. توضیح آنکه در برخی مواقع، مانند شیوع بیماری‌های اپیدمیک و همه‌گیر و در عین حال خطرناک، مصالح عمومی جامعه و اقناع افکار عمومی ایجاب می‌کند که مراجع ذی‌صلاح در امور درمان و پزشکی کشور مانند وزارت بهداشت، اطلاعات و هشدارهای لازم را در اختیار عموم مردم جامعه قرار دهند تا مردم از طریق اتخاذ تدابیری مانند خودقرنطینگی، خودمراقبتی و فاصله‌گیری اجتماعی، از خطر بیماری در امان بمانند.

قابل توجه است که تعهد اطلاع‌رسانی به اشخاص غیر بیمار بدون ذکر نام اشخاص بیمار، با شیوع ویروس کووید ۱۹ در جهان، موضوعی است که در دستور کار نهادهای

دولتی مانند وزارت بهداشت در بسیاری از کشورهای جهان قرار گرفت. در همین راستا در ایران نیز کمیته‌ای تحت عنوان «کمیته اطلاع‌رسانی ستاد ملی مقابله با کرونا» در ایران تشکیل گردید که یکی از وظایف اصلی آن، ارائه اطلاعات لازم و هشدارهای مورد نیاز به عموم افراد جامعه جهت پیشگیری از ابتلا به این بیماری اپیدمی خطرناک است.

چنان که روشن است، این نوع از تعهد اطلاع‌رسانی، ارتباطی با اصل رازداری در حقوق پزشکی ندارد؛ چرا که متضمن افشای نام و اطلاعات بیمار نمی‌باشد. البته این نوع تعهد اطلاع‌رسانی در عین حال که متضمن افشای نام بیماران نخواهد بود، سهم مهمی در تضمین و حفظ سلامت عمومی جامعه خواهد داشت و از تحمیل هزینه‌های سنگین مالی و معنوی بر جامعه جلوگیری خواهد نمود.

۲-۳. تعهد اطلاع‌رسانی به اشخاص غیر بیمار با افشای نام اشخاص بیمار

در این نوع از تعهد اطلاع‌رسانی به اشخاص غیر بیمار، چنانچه پزشک پس از انجام معاینات و آزمایش‌های لازم، وجود بیماری خاصی را در بیمار تشخیص دهد و مبتنی بر اطلاعات تخصصی خود بداند که بیماری شخص بیمار، حیات یا سلامتی اشخاص ثالث غیر بیمار را در معرض خطر جدی قرار می‌دهد، موظف است با ذکر نام بیمار و بیماری وی، اشخاص در معرض خطر را آگاه نماید و هشدارها و اطلاعات لازم جهت اجتناب از خطر را در اختیار آنان قرار دهد.

بنابراین این نوع تعهد پزشک به اطلاع‌رسانی بر خلاف تعهد قبلی، با تکلیف پزشک به حفظ محرمانگی در تعارض است و باید رابطه این دو به دقت تبیین گردد که این موضوع در مباحث آتی به تفصیل مورد بررسی قرار گرفته است. تفاوت دوم در مورد اشخاص موضوع دو تعهد مذکور است. در مورد نخست، مخاطب تکلیف، نهادهای بالادستی مانند وزارت بهداشت و درمان پزشکی هستند. اما در نوع دوم، مخاطب تعهد، پزشکان و کادرهای درمانی هستند.

در نتیجه، دو نوع تعهد اطلاع‌رسانی به اشخاص غیر بیمار، منافاتی با یکدیگر نداشته و تصور وجود آن‌ها به موازات یکدیگر امری امکان‌پذیر است؛ چنان که در پی

گسترش ویروس کووید ۱۹ در کشور، علاوه بر اینکه کمیته اطلاع‌رسانی ستاد ملی مقابله با کرونا و سخنگوی وزارت بهداشت، اطلاعات لازم در مورد میزان شیوع بیماری، شمار مبتلایان، شمار قربانیان و راهکارهای بهداشتی مقابله با بیماری را به اطلاع عموم افراد جامعه می‌رسانند، ستاد مذکور آزمایشگاه‌ها را موظف نمود که در صورت تشخیص بیماری کووید ۱۹ در هر شخصی، بیماری وی را به اعضای خانواده و حتی محل کار وی اطلاع دهند. لذا این دو تعهد، در عرض و موازات یکدیگر قابل قانون‌گذاری و اجرا بوده و منافاتی با هم ندارند. در همین راستا، تعیین چارچوب‌ها، ضوابط و شرایط هر کدام از این تعهدات نیز مستلزم وضع مقررات و آیین‌نامه‌های جداگانه‌ای خواهد بود.

پس از تبیین انواع تعهد اطلاع‌رسانی به اشخاص غیر بیمار باید گفت که طبق توضیحات مندرج در مقدمه، تعهد اطلاع‌رسانی به اشخاص غیر بیمار که متضمن افشای نام بیماران بوده و بر عهده پزشکان و گاه کادر درمانی قرار دارد، به طور خاص موضوع مقاله حاضر است. لذا در ادامه، به مطالعه تطبیقی این تعهد و ضوابط، شرایط و مقررات حاکم بر آن، در حقوق دو کشور ایران و ایالات متحده آمریکا پرداخته می‌شود.

۴. تعهد اطلاع‌رسانی پزشک معالج به اشخاص غیر بیمار در حقوق ایالات متحده آمریکا

در حقوق ایالات متحده آمریکا، تکلیف «هشدار و اطلاع‌رسانی»^۱ پزشک به اشخاص غیر بیمار، برای اولین بار با پرونده «تاراسوف»^۲ مطرح و در زمره تکالیف پزشک به رسمیت شناخته شد (Chaimowitz & Others, 2000: 899).

در این پرونده، «تاتیانا تاراسوف» با شخصی به نام «پادر» در دانشگاه آشنا شد. در پی یک رابطه عاطفی نافرجام ناشی از این آشنایی، «پادر» دچار یک اختلال روانی شدید و جدی شد؛ به گونه‌ای که توسط روان‌پزشک دانشگاه تحت درمان قرار گرفت. در جریان درمان، «پادر» تصمیم قتل «تاتیانا» را با روان‌پزشک خود در میان گذاشت.

1. Duty to warn.

2. Tarasoff v. Regents of the University of California (1976).

روانشناس، این وضعیت خطرناک پادر را به مقامات پلیس محلی اطلاع داد و لذا پادر مدتی در حبس بود. پس از بروز علائم بهبود و سلامت روحی و عقلی در «پادر»، وی آزاد شد و متعهد گردید که به تاتینا نزدیک نشود و لذا هیچ گونه هشدار به خانواده تاتینا مبنی بر وجود چنین خطری داده نشد. این در حالی بود که پادر پس از آزادی، تاتینا را به طرز فجیعی به قتل رساند.

خانواده تاراسوف دعوی علیه روان‌پزشک، مبنی بر جبران خسارت ناشی از نقض تکلیف هشدار و اطلاع‌رسانی اقامه نمودند. روان‌پزشک در مقام دفاع از خود چنین استدلال نمود که وی موظف بوده تا به تکلیف حفظ محرمانگی اطلاعات عمل نموده و اطلاعات شخصی بیمار را افشا نکند. دادگاه بدوی این استدلال خواننده را پذیرفت و دعوی خواهان را رد نمود، اما دادگاه عالی کالیفرنیا بیان داشت که به رغم عدم رابطه حرفه‌ای میان روان‌پزشک و بزه‌دیده، همچنان تکلیف هشدار بر عهده اوست. لذا با این استدلال که وظیفه «حفظ محرمانگی اطلاعات بیمار» فرع بر «حفظ امنیت و آرامش عمومی» است، دعوی را به دادگاه نخستین اعاده نمود. پس از اعاده دادرسی، دادگاه چنین اظهار داشت که رابطه خاص میان بیمار و پزشک یا روان‌پزشک، ممکن است موجب ایجاد تعهد اطلاع‌رسانی به نفع شخص ثالث گردد. لذا استدلال خواننده را مبنی بر اینکه «تکلیف به اقدام مراقبتی متعارف برای شخص ثالث» نامقدور است، رد نمود و در نهایت دعوی خواهان را پذیرفت.

در پی پرونده تاراسوف، «تعهد اطلاع‌رسانی پزشک معالج به اشخاص غیر بیمار» در حقوق ایالات متحده آمریکا به رسمیت شناخته شد و به تدریج در قوانین اغلب ایالات این کشور از جمله نیوجرسی،^۱ کولورادو^۲ و ایندیانا^۳ قانون‌گذاری شد.^۴ مبتنی

1. Duty To Warn Law P.L.1991, Chapter 270, Approved August 27, 1991 Senate Committee Substitute (First Reprint) for 1990 Senate No. 3063.
2. Universal Citation: CO Rev Stat § 13-21-117 (2016).
3. 2006 Indiana Code - Chapter 7. Communicable Disease: Duty or Authority to Warn or Notify, <<https://law.justia.com/codes/colorado/2016/title-13/damages-and-limitations-on-actions/article-21/part-1/section-13-21-117>>.
4. <<http://www.ncsl.org/research/health/mental-health-professionals-duty-to-warn.aspx>>.

بر این تکلیف، چنانچه پزشک و یا روان‌پزشک تشخیص دهند که بیمار، تهدیدی برای خود یا سایر اشخاص محسوب می‌شود، مکلف‌اند حسب مورد به «اشخاص غیر بیمار» یا مقامات رسمی هشدارهای لازم را بدهند (O'Donohue & Ferguson, 2003: 287-300). قابل توجه است که مبنای وضع این تکلیف، صیانت از سلامت عمومی جامعه دانسته شده است (Chaimowitz & Others, 2000: 899).

گفتنی است که در حقوق آمریکا، تکلیف مذکور محدود به پزشکان نشده و روان‌شناسان و مشاوران بالینی نیز چنین تکلیفی دارند. در این زمینه می‌توان به منشور «اصول اخلاقی و دستورالعمل‌های رفتاری روان‌شناسان»، مصوب انجمن روان‌شناسان ایالات متحده آمریکا اشاره نمود. طبق این منشور، افشای اطلاعات محرمانه و شخصی بیمار، تنها با رضایت وی و یا اجازه صریح قانون مجاز خواهد بود. با این حال، استثنائاتی بر این قاعده کلی وضع شده است. یکی از اسبابی که منشور، اجازه افشای اطلاعات محرمانه بیمار را به روان‌شناسان و مشاوران بالینی می‌دهد، حفاظت اشخاص غیر بیمار از آسیب بالقوه‌ای است که از سوی شخص بیمار برای آن‌ها وجود دارد.^۱

۴-۱. تعهد اطلاع‌رسانی پزشک به اشخاص غیر بیمار، استثنایی بر اصل

رازداری

بررسی‌ها نشان می‌دهد که در حقوق این کشور، تعهد اطلاع‌رسانی به اشخاص غیربیمار، استثنایی بر اصل رازداری به شمار می‌رود. در حقیقت با توجه به اهمیت و جایگاهی که رازداری و حفظ محرمانگی در روابط پزشک و بیمار دارد و نقشی که این موضوع در تأمین مصالح فردی و اجتماعی ایفا می‌کند، رازداری و حفظ محرمانگی، یک اصل اساسی در حقوق این کشور محسوب می‌شود که در موارد معینی با تخصیص مواجه می‌شود. یکی از مواردی که این اصل اساسی تخصیص می‌خورد، مربوط به فرضی است که سلامت و حیات شخصی دیگر به طور جدی و غیر قابل اغماض از ناحیه بیمار در معرض خطر باشد (Chaimowitz & Others, 2000: 900-901).

1. American Psychological Association Ethical Principles of Psychologists and Code of Conduct, Section 4: Privacy and Confidentiality (2002).

در تأیید مطلب فوق می‌توان به قانون انتقال و پاسخ‌گویی الکترونیک بیمه سلامت^۱ استناد نمود. طبق این قانون، در جایی که نقض رازداری می‌تواند موجب پیشگیری از آسیب جدی به اشخاص ثالث شود، صریحاً اصل مزبور با استثنا مواجه شده است. موارد تجویز نقض رازداری مبتنی بر این قانون عبارت‌اند از: ۱- مواردی که خطری بالقوه اشخاص ثالثی را که مشخصاً قابل شناسایی هستند، به نحو جدی تهدید می‌کند؛ ۲- مواردی که احتمال آسیب به اشخاص ثالث زیاد و جدی باشد؛ ۳- هنگامی که نقض رازداری اجازه می‌دهد که اشخاص در معرض خطر گام‌هایی برای دفع آن و اجتناب از موقعیت خطرآفرین بردارند؛ ۴- مواردی که آسیب منتج از نقض رازداری، در نظر عرف و البته با تشخیص دادگاه قابل قبول باشد.^۲ چنان که روشن است، این قانون، «رازداری و حفظ محرمانگی» را اصل دانسته و اطلاع‌رسانی به اشخاص ثالث را استثنایی بر اصل مزبور و محدود به موارد خاص قلمداد نموده است. منشور «اصول اخلاقی و دستورالعمل‌های رفتاری روان‌شناسان» که قبلاً مورد توجه قرار گرفت نیز مؤید خوبی بر این ادعاست. به علاوه، استثنایی بودن این تکلیف در رویکرد روبه قضایی این کشور که به تدریج به تبیین حدود و ثغور و ضوابط این تکلیف پرداخته، به خوبی روشن می‌گردد که در ادامه این ضوابط مورد بحث قرار خواهد گرفت.

۲-۴. ضوابط تعهد اطلاع‌رسانی پزشک معالج به اشخاص غیر بیمار

روشن شد که تعهد اطلاع‌رسانی که متضمن افشای نام بیماران باشد، استثنایی بر اصل رازداری به شمار می‌رود. از این جهت، تبیین حدود، ضوابط و شرایط این تعهد ضروری بوده که کمابیش مورد توجه نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا قرار گرفته است. انضباط‌بخشی به این تعهد در دو حوزه قابل بررسی است: حوزه نخست در مورد تعیین بیماری‌هایی که در صورت تشخیص آن‌ها باید اطلاع‌رسانی انجام شود. حوزه دوم، ضابطه تعیین اشخاص غیر بیماری که تعهد اطلاع‌رسانی به نفع آنان وضع شده است.

1. Health Insurance Portability and Accountability act (HIPAA).
2. HIPAA Privacy Rule and Sharing Information Related to Mental Health, 2014: 8, <<https://www.hhs.gov/hipaa/for-professionals/special-topics/mental-health/index.html>>.

۴-۲-۱. تعیین بیماری‌های موجب تحقق تعهد اطلاع‌رسانی

بررسی‌ها نشان می‌دهد که از منظر رویه قضایی ایالات متحده آمریکا، هر گونه بیماری که برای سلامت و حیات شخص غیر بیمار، خطری جدی و معتابه ایجاد نماید، به گونه‌ای که آسیب‌های ناشی از آن غیر قابل اغماض باشد، موجب تحقق تعهد اطلاع‌رسانی به اشخاص غیر بیمار خواهد شد. این بیماری‌ها اگرچه شامل بیماری‌های مسری خطرناک می‌باشند، اما قاعدتاً منحصر به این بیماری‌ها نخواهند بود؛ بلکه بیماری‌های خطرناکی مانند ایدز و سل و حتی بیماری‌های روانی خطرناک می‌توانند تعهد اطلاع‌رسانی را محقق نمایند.

در تأیید مطالب فوق باید گفت که قانون انتقال و پاسخ‌گویی الکترونیک بیمه سلامت که پیش از این ملاحظه شد، معیار کلی و عامی را در این رابطه ارائه نموده است. از منظر این قانون، این تعهد زمانی محقق خواهد شد که خطری جدی، اشخاص غیر بیمار را تهدید نماید. چنان که روشن است، تشخیص و احراز خطر جدی به تشخیص و احراز دادگاه با لحاظ معیار عرفی واگذار شده است.

در این خصوص می‌توان به پرونده‌های مختلفی استناد نمود؛ از جمله در پرونده‌ای، پزشک در هشدار لازم به همسر بیمار مبنی بر ابتلای بیمار به مرض سل کوتاهی نموده بود.^۱ لذا دادگاه تقصیر پزشک را محرز دانسته و حکم به مسئولیت مدنی پزشک نمود. در حوزه بیماری‌های روانی، پرونده تاراسوف بارزترین مثال در این حوزه به شمار می‌رود که این تعهد را در مورد خطرات یک بیمار مبتلا به اختلالات روانی به نام «پادر» به رسمیت شناخته است. جالب توجه است که دادگاه کالیفرنیا در پرونده چاپلونسکی،^۲ دایره تعهد اطلاع‌رسانی را گسترش داده و در فرضی که حتی بیمار سوابق اعمال خشونت دارد، روان‌پزشک را مکلف به اطلاع‌رسانی دانسته است.^۳ بر این اساس به نظر می‌رسد هر نوع حالت روانی خطرناک که حاکی از اعمال خشونت علیه قربانی باشد، از منظر رویه قضایی ایالات متحده از موارد تحقق تعهد پزشک به

1. Wojcik v. Aluminum Co. of America, 18 Misc.2d 740, 183 N.Y.S.2d 351 (1959).
2. Jablonski by Pahls v. United States (1983).
3. <<https://www.verywellmind.com/what-is-duty-to-warn-2795096>>.

اطلاع‌رسانی به شمار می‌رود.

شایان توجه است که طبق قانون فوق‌الذکر، حصول علم به وجود خطر جدی، برای تحقق تعهد اطلاع‌رسانی ضروری نبوده، بلکه صرف احتمال وجود یک خطر جدی برای اشخاص غیر بیمار می‌تواند موجب ثبوت این تعهد باشد.^۱ البته به نظر می‌رسد ملاک در تحقق علم به وجود خطر یا احتمال وجود خطر، عرف حرفه‌ای و تخصصی جامعه پزشکی می‌باشد.

۲-۲-۴. ضابطه تعیین اشخاص غیر بیمار ذی‌نفع تعهد اطلاع‌رسانی

در اینجا به دنبال پاسخ‌گویی به این پرسش هستیم که پزشک نسبت به چه اشخاصی وظیفه اطلاع‌رسانی دارد. رویه قضایی ایالات متحده، ضابطه «قابلیت شناسایی» شخص ثالث را در این زمینه ارائه می‌نماید. توضیح آنکه چنانچه شخص معین شناخته‌شده یا قابل شناسایی وجود داشته باشد که خطری از سوی بیمار وی را تهدید می‌کند، پزشک مکلف است به این شخص اطلاع‌رسانی نماید؛ چنان که در پرونده تاراسوف، شخص معینی وجود داشت که از ناحیه یک بیمار روانی در معرض خطر بود و به سهولت توسط روان‌پزشک قابل شناسایی بود.

این در حالی است که در برخی پرونده‌ها مانند پرونده تامپسون^۲ چون شخص غیربیمار در معرض خطر، برای پزشک شناخته‌شده یا قابل شناسایی نبود، دادگاه تحقق تعهد اطلاع‌رسانی را نپذیرفت و ضمن رد دعوی اظهار داشت: «در صورت عدم وجود قربانی قابل پیش‌بینی که به راحتی قابل شناسایی باشد، هیچ وظیفه‌ای برای هشدار و اطلاع‌رسانی وجود ندارد».

قانون انتقال و پاسخ‌گویی الکترونیک بیمه سلامت^۳ نیز بر معیار «قابلیت شناسایی» تأکید نموده است. این قانون یکی از موارد تجویز نقض رازداری را موردی می‌داند که

1. HIPAA Privacy Rule and Sharing Information Related to Mental Health, 2014: 8, <<https://www.hhs.gov/hipaa/for-professionals/special-topics/mental-health/index.html>>.
2. Thompson v. County of Alameda, <<https://law.justia.com/cases/california/supreme-court/3d/27/741.html>>.
3. Health Insurance Portability and Accountability act. (HIPAA).

خطر بالقوه‌ای اشخاص غیر بیمار را که «مشخصاً قابل شناسایی» هستند، به نحو جدی تهدید می‌کند.

قانون سلامت روان ایالت ایلینویز نیز در این باره مقرر می‌نماید:

«هیچ مسئولیتی بر عهده یک پزشک، روان‌پزشک یا روان‌شناس بالینی وجود ندارد و هیچ دلیلی هم برای مسئولیت در جهت هشدار و محافظت از کسانی که از سوی بیماران روانی تهدید می‌شوند، وجود نخواهد داشت؛ به استثنای مواردی که تهدیدی جدی از خشونت جسمی علیه یک قربانی یا قربانیان «قابل تشخیص و شناسایی» از سوی بیمار وجود داشته باشد» (405 ILCS 5/6-103).

لذا اگر شخص معینی وجود داشته باشد که پزشک وی را بشناسد یا برای پزشک قابل شناسایی باشد و آن شخص از سوی بیمار در معرض خطر باشد، پزشک مکلف است به این شخص با ارائه اطلاعات هشدار دهد؛ برای مثال، چنانچه بیمار مبتلا به بیماری ایدز باشد، همسر این شخص از اشخاصی است که در معرض خطر جدی از ناحیه بیمار قرار داشته و به صورت مشخص قابل شناسایی است. لذا پزشک مکلف است به همسر بیمار در خصوص این موقعیت خطرناک اطلاع‌رسانی نماید. البته در مورد مختصات این ضابطه از جمله در مورد نوعی یا شخصی بودن ملاک ضابطه مذکور، قانون و رویه قضایی ایالات متحده آمریکا حکم صریحی ندارند. به نظر می‌رسد ضابطه مذکور از طریق دو ملاک نوعی و شخصی قابل تعیین است. از آنجایی که با توجه به استثنایی بودن این تعهد، تعیین دقیق ملاک‌ها و چارچوب این ضابطه از اهمیت زیادی برخوردار است، لذا در مباحث آتی و در مقام تعیین ضوابط حاکم بر تعهد اطلاع‌رسانی در حقوق ایران، توضیحات بیشتری در این باره ارائه خواهد شد.

۵. تعهد اطلاع‌رسانی به اشخاص غیر بیمار در نظام حقوقی ایران

تا بدین جا تعهد اطلاع‌رسانی به اشخاص غیر بیمار و ضوابط آن در حقوق آمریکا بررسی شد. به منظور درک موضع نظام حقوقی ایران در مورد تعهد اطلاع‌رسانی پزشک معالج به اشخاص غیر بیمار، در ادامه، این موضوع در قوانین موضوعه و فقه امامیه - به عنوان منبع اصلی حقوق ایران - بررسی خواهد شد. البته از آنجا که این تعهد، ارتباط

تنگاتنگی با الزامات صنفی و حرفه‌ای جامعه پزشکان دارد، تعهد مذکور در مجموعه مصوبات سازمان نظام پزشکی نیز واکاوی می‌شود.

۱-۵. قوانین موضوعه

تتبع در قوانین موضوعه کشور نشان می‌دهد، علی‌رغم پیش‌بینی تعهد اطلاع‌رسانی پزشک به شخص بیمار در ماده ۲ منشور حقوق بیمار و ماده ۴ آیین‌نامه انتظامی نظام پزشکی، در حقوق ایران، تعهد اطلاع‌رسانی پزشک به اشخاص غیر بیمار، قانون‌گذاری نشده است. اما به نظر می‌رسد موادی از قانون «طرز جلوگیری از بیماری‌های آمیزشی و بیماری‌های واگیردار» مصوب ۱۳۲۰ و قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱، به موضوع مورد بحث مرتبط باشند که در ادامه مورد بررسی قرار می‌گیرند.

۱-۱-۵. قانون طرز جلوگیری از بیماری‌های آمیزشی و بیماری‌های واگیردار مصوب ۱۳۲۰

منشور حقوق بیمار و آیین‌نامه انتظامی نظام پزشکی ضمن تأکید بر رعایت اصل رازداری، نقض این اصل را در مواردی که قانون استثنا نموده باشد، جایز می‌شمرد. قانون مجازات اسلامی هم که نقض اصل رازداری و افشای اطلاعات بیمار را جرم‌انگاری نموده، به جواز افشای اطلاعات بیمار در موارد مصرح قانونی تصریح نموده است (ماده ۶۴۸). لذا در راستای بحث و کشف موضع قانون‌گذار در خصوص تعهد اطلاع‌رسانی پزشک به اشخاص غیر بیمار، ممکن است این احتمال مطرح شود که یکی از موارد تجویز نقض تکلیف رازداری و محرمانگی از سوی قانون، هشدار به اشخاص غیر بیمار باشد؛ آنجا که موقعیت خطرناکی از سوی شخص بیمار، آنان را تهدید می‌کند.

در جهت راستی‌آزمایی احتمال فوق باید گفت تتبع در قوانین موضوعه کشور نشان می‌دهد که در هیچ یک از قوانین، اشاره‌ای به استثنا شدن هشدار به اشخاص غیر بیمار در معرض خطر نشده است و تنها قانون‌گذار در مواد ۱۳ و ۱۴ قانون «طرز جلوگیری از بیماری‌های آمیزشی و بیماری‌های واگیردار» مصوب ۱۳۲۰، برخی از موارد تجویز قانونی افشای اطلاعات بیمار، آن هم صرفاً در برابر «مقامات رسمی» را بیان داشته و به

حق شخص ثالث غیر بیمار، مبنی بر دریافت هشدار لازم جهت اجتناب از موقعیت خطرآفرین اشاره‌ای نکرده است.

توضیح آنکه طبق ماده ۱۳ قانون فوق‌الذکر:

«پزشکان آزاد و کلیه بنگاه‌های بهداری که معاینه و درمان بیماری‌های آمیزشی می‌نمایند، موظف‌اند در آخر هر ماه، عده بیماری‌های آمیزشی را که دیده‌اند و قبلاً به پزشک دیگری مراجعه نموده‌اند، بدون ذکر نام و مشخصات بیمار به بهداری بفرستند».

از متن این ماده چنین استنباط می‌شود که صرفاً تعداد بیماران بدون ذکر نام آنان، موضوع اعلام از منظر قانون‌گذار بوده و مخاطب اعلام نیز صرفاً بهداری است نه اشخاص ثالث. لذا اعلام اطلاعات مهم و حساسی مانند نام اشخاص یا اطلاع و هشدار به اشخاص ثالث مانند همسر پیش‌بینی نشده است. بر اساس ماده ۱۴ همین قانون نیز مراجع مذکور در ماده ۱۳:

«باید حتی‌المقدور به وسیله پرسش از بیمار، کوشش نمایند کانون سرایت بیماری را معین نموده و در موقع مقتضی بدون ذکر نام و مشخصات بیمار، اطلاعات کافی برای تجسس و برطرف نمودن کانون انتشار بیماری به بهداری مربوطه بفرستند...».

چنان که روشن است، یافتن منشأ و کانون سرایت بیماری، غیر از هشدار به اشخاص ثالث از جمله همسر بیمار می‌باشد.

در ماده ۱۹ همین قانون و قانون راجع به «ثبت و گزارش اجباری بیماری‌های سرطانی» مصوب ۱۳۶۳ نیز مراکز درمانی ملزم شده‌اند که اطلاعات لازم در خصوص برخی بیماری‌های خاص را در اختیار مقامات رسمی بگذارند؛ اما در هیچ یک از این قوانین، اطلاع‌رسانی به اشخاص ثالث مورد توجه قرار نگرفته است.

لذا این احتمال که بر اساس نص قانون، یکی از استثنائات وارد به اصل رازداری، تکلیف هشدار و اطلاع‌رسانی به اشخاص غیر بیمار در جهت اجتناب از موقعیت خطرناک است، منتفی می‌باشد و این تعهد در هیچ یک از قوانین موضوعه، صراحتاً مورد توجه قانون‌گذار قرار نگرفته است. البته این نکته شایان توجه است که از ماده ۵۵ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ چنین استنباط می‌شود که حفظ سلامت سایر

اشخاص غیر از بیمار نیز در راستای حفظ سلامت عمومی جامعه، مورد توجه قانون‌گذار بوده است. با لحاظ مطالب فوق، در ادامه، این ماده که ارتباط تنگاتنگی با بحث تعهد اطلاع‌رسانی به اشخاص غیر بیمار دارد، بررسی می‌شود.

۵-۱-۲. ماده ۵۵ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱

طبق ماده ۲۳ قانون حمایت خانواده:

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

از سوی دیگر طبق ماده ۵۵ این قانون، هر پزشکی که عامداً بر خلاف واقع، گواهی موضوع ماده ۲۳ این قانون را صادر یا با سوءنیت، از دادن گواهی مذکور خودداری کند، دارای مسئولیت کیفری است.

به نظر می‌رسد این ماده، تعهد اطلاع‌رسانی پزشک به اشخاص ثالث را مورد توجه قرار داده است؛ زیرا صدور گواهی مطابق واقع و ارائه اطلاعات صحیح ضمن آن، آگاهی شخص غیر بیمار را در پی داشته و شرایط، امکان و فرصت مناسب را جهت اجتناب از موقعیت خطرناک در اختیار وی خواهد گذاشت.

در تأیید این مطلب می‌توان به تبصره ماده ۲۳ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ نیز اشاره نمود؛ زیرا طبق این تبصره:

«چنانچه گواهی صادرشده، بر وجود اعتیاد و یا بیماری یکی از طرفین دلالت کند، ثبت نکاح صرفاً در صورت اطلاع طرفین بلامانع است».

بر اساس منطوق این ماده، در صورت وجود یکی از بیمارهای مذکور در قانون یا اعتیاد یکی از زوجین، برای ثبت نکاح در دفاتر رسمی، اعلام وجود بیماری به شخص مقابل و اعلام رضایت وی بر ازدواج با وجود مشکل مزبور الزامی است. به علاوه، مفهوم مخالف این قسمت از تبصره، بر این امر دلالت دارد که ثبت نکاح در صورت جهل یکی از طرفین به بیماری طرف مقابل، قانوناً ممنوع بوده و تخلف از آن با

ضمانت اجرا روبه‌رو می‌باشد. لذا لزوم اطلاع‌رسانی به طرف غیر بیمار در مورد نوع و وضعیت بیماری طرف مقابل قابل استنباط است. البته تبصره مورد بحث، در خصوص شخصی که این تکلیف متوجه اوست، بیان صریحی ندارد. به نظر می‌رسد این تکلیف بر عهده پزشکی خواهد بود که در مراکز مراقبتی موضوع تبصره، مشغول به فعالیت است؛ چنان که تبصره مذکور مقرر می‌دارد:

«در مورد بیماری‌های مسری و خطرناک که نام آن‌ها به وسیله وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی تعیین و اعلام می‌شود، طرفین جهت مراقبت و نظارت به مراکز تعیین شده معرفی می‌شوند».

نکته دیگری که در همین تبصره قابل ملاحظه است، این بخش است که مقرر می‌دارد:

«در مواردی که بیماری خطرناک زوجین به تشخیص وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی، منجر به خسارت به جنین باشد، مراقبت و نظارت باید شامل منع تولید نسل نیز باشد».

گذشته از تمام مناقشات در خصوص سازوکار مطرح شده توسط قانون‌گذار در این تبصره، به نظر می‌رسد که یکی از دلایل قانون‌گذار در وضع این راهکار، توجه به سلامت و حیات نسل کودکان حاصل از زوجین بیمار، به عنوان اشخاص ثالث غیر بیمار بوده است. چنان که روشن است، این مطلب خود در اثبات تعهد پزشک به اطلاع‌رسانی مؤثر خواهد بود و ضرورت تمهید سازوکار قانونی لازم را در این زمینه آشکارتر می‌نماید.

علی‌رغم امکان فی‌الجمله استنباط تعهد اطلاع‌رسانی پزشک به اشخاص غیر بیمار از این مقرر، استدلال به این ماده با یک اشکال عمده مواجه است. بر فرض قبول دلالت مقرر مزبور بر لزوم اطلاع‌رسانی پزشک معالج، دلیل مزبور اخص از مدعای ماست؛ زیرا مقرر مزبور صرفاً تعهد اطلاع‌رسانی پزشک را نسبت به «همسر بیمار»، آن هم فقط در فرض «جهل زوج بیمار» و نسبت به «اعتیاد و بیماری‌های خاص تعیین شده از سوی وزارت بهداشت» اثبات خواهد نمود.

۲-۵. مصوبات سازمان نظام پزشکی جمهوری اسلامی ایران

به موجب ماده ۱۵ قانون تشکیل سازمان نظام پزشکی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۳، یکی از وظایف شورای عالی سازمان نظام پزشکی کشور، تصویب مصوبات و دستورالعمل‌های لازم از جمله در راستای انضباط بخشی به رفتارهای حرفه‌ای شاغلین مشاغل پزشکی و حرف پزشکی وابسته است. تتبع در مصوبات این شورا نشان می‌دهد که تعهد اطلاع‌رسانی پزشک معالج به اشخاص غیر بیمار صریحاً مورد توجه قرار نگرفته است. با وجود این، مواد ۷۳ و ۷۴ مصوبه «راهنمای عمومی اخلاق حرفه‌ای شاغلین حرف پزشکی و وابسته سازمان نظام پزشکی جمهوری اسلامی ایران» که در سال ۱۳۹۷ به تصویب شورای عالی سازمان نظام پزشکی رسیده، با موضوع تعهد اطلاع‌رسانی به اشخاص غیر بیمار ارتباط تنگاتنگی دارد که در ادامه به بررسی آن پرداخته می‌شود.

البته پیش از ورود به بحث، توجه به جایگاه حقوقی مصوبه مذکور در سلسله‌مراتب تقنینی و تعیین ضمانت اجرای حقوقی آن حائز اهمیت است. هرچند مصوبه مذکور، کدی اخلاقی در جهت تبیین هنجارهای اخلاق حرفه‌ای جامعه پزشکی است و در جرگه قوانین و مقررات نمی‌گنجد، لیکن این مصوبه که از سوی شورای عالی نظام پزشکی با استفاده از اختیارات تفویض شده بر اساس قانون تشکیل سازمان نظام پزشکی - که طی آن، این شورا مرجع بازنگری «آیین‌نامه انتظامی رسیدگی به تخلفات صنفی و حرفه‌ای شاغلین حرف پزشکی و وابسته» قرار داده شده - به تصویب رسیده است، فاقد ارزش حقوقی نیز نمی‌باشد. توضیح آنکه یکی از تخلفاتی که در آیین‌نامه مذکور پیش‌بینی شده است، اعمال خلاف شئون پزشکی است (ماده ۶) و در مقدمه کد اخلاقی مذکور آمده است که هر گونه تخطی از تکالیف مقرر در این راهنما می‌تواند مصداق رفتار خلاف شئون پزشکی موضوع ماده ۶ آیین‌نامه انتظامی به شمار آید. براین اساس، موارد تخلف از مفاد این مصوبه، به عنوان تخلف انتظامی، قابل رسیدگی در مراجع انتظامی مستقر در سازمان نظام پزشکی است.

ماده ۷۴ مصوبه فوق‌الذکر اشعار می‌دارد:

«در مواردی که تصمیم بیمار، دربردارنده مواردی باشد، مانند خودداری از آنگاه ساختن

شخص ثالث که بر اثر تصمیم بیمار در معرض خطر قرار می‌گیرد یا عدم همکاری بیمار که به تهدید سلامت عمومی می‌انجامد، شاغلان حرف پزشکی و وابسته موظف‌اند برای اقناع بیمار به تغییر تصمیم خود، همه تلاش خویش را به کار گیرند و در صورت ناکام ماندن برای تغییر نظر بیمار، با اطلاع وی، مراتب را به کمیته اخلاق بیمارستان یا بر حسب مورد به واحد مربوط در دانشگاه علوم پزشکی یا شبکه بهداشت محل اطلاع دهند».

مقرر فوق نیز صراحتاً به تعهد اطلاع‌رسانی پزشک به اشخاص غیر بیمار نمی‌پردازد؛ اما با صراحت بیشتری به حق شخص ثالث مبنی بر آگاهی از موقعیت خطرناکی که وی را تهدید می‌کند، دلالت دارد. در راستای تبیین و تشریح این مقرر پیرامون بحث تعهد اطلاع‌رسانی پزشک به اشخاص غیر بیمار، چند نکته قابل طرح است:

نکته نخست: بر اساس بند نخست این مصوبه، کادر درمانی مکلف‌اند تمام تلاش خود را در جهت اقناع بیمار به کار گیرند تا بیمار با رضایت خویش، هشدارهای لازم را به اشخاص ثالث در معرض خطر بدهد. چنان که روشن است، از این قسمت ماده، تعهد اطلاع‌رسانی پزشک به اشخاص غیر بیمار استنباط نمی‌شود. بلکه طبق این بند، وظیفه اطلاع‌رسانی بر عهده خود بیمار است و پزشک در مرحله نخست، صرفاً مکلف است تمام تلاش خود را به کار گیرد تا بیمار را متقاعد کند که به اشخاص ثالث در معرض خطر اطلاع‌رسانی نماید.

نکته دوم: بر اساس بند دوم این مصوبه، چنانچه تلاش کادر درمانی در راستای جلب رضایت بیمار مبنی بر اطلاع‌رسانی به اشخاص ثالث در معرض خطر، بی‌نتیجه ماند، پرسنل درمانی موظف هستند که این مسئله را به کمیته اخلاق بیمارستان اطلاع دهند. چنان که روشن است، تکلیف اطلاع‌رسانی به کمیته اخلاق بیمارستان، غیر از تعهد اطلاع‌رسانی به اشخاص ثالث است.

نکته سوم: اگرچه این ماده، پزشک را مکلف می‌نماید که در صورت عدم اقناع بیمار، مراتب را به اطلاع کمیته اخلاق بیمارستان برساند، اما در این خصوص که آیا کمیته مذکور وظیفه‌ای به هشدار و اطلاع‌رسانی به اشخاص غیر بیمار در معرض خطر دارد یا خیر، ساکت بوده و هیچ بیانی ندارد. لذا از این قسمت ماده نیز صرفاً تکلیف

اطلاع‌رسانی پزشک به کمیته اخلاق بیمارستان در صورت عدم اقبال بیمار قابل استنتاج است و تعهد اطلاع‌رسانی پزشک به اشخاص ثالث استنباط نمی‌شود.

نکته چهارم: در این مصوبه، علی‌رغم وجود تهدید برای شخص ثالث غیر بیمار از سوی شخص بیمار، ارائه اطلاعات به شخص ثالث، به «رضایت و اختیار بیمار» واگذار شده است. به نظر می‌رسد دانستن اطلاع‌رسانی به شخص ثالث در معرض خطر، به میل و اراده شخص بیمار، معقول و منطقی نیست؛ خصوصاً در فرضی که بیمار رابطه عاطفی عمیقی با شخص غیر بیمار داشته و تمایلی به از دست دادن این رابطه ندارد. این مطلب نیز از اشکالات وارد به این مصوبه است.

نکته پنجم: در مورد ضمانت اجرای تخلف از تکلیف مقرر در ماده ۷۴ مذکور باید گفت طبق اعلام شورای عالی نظام پزشکی در مقدمه «راهنمای عمومی اخلاق حرفه‌ای شاغلین حرف پزشکی و وابسته سازمان نظام پزشکی جمهوری اسلامی ایران» مصوب ۱۳۹۷ می‌توان تخلف از این تکلیف را مصداق رفتار خلاف شئون پزشکی دانست. بر این اساس، طبق بند «ث» ماده ۲۹ آیین‌نامه انتظامی رسیدگی به تخلفات صنفی و حرفه‌ای شاغلان حرفه‌های پزشکی و وابسته، مجازات‌های مذکور در ماده ۲۴ قانون تشکیل سازمان نظام پزشکی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۷۴- از توییح کتبی با درج در پرونده نظام پزشکی تا محرومیت دائم از اشتغال به حرفه‌های پزشکی و وابسته- در مورد متخلف از مقررات ماده ۷۴ جاری و ساری است.

پس از بررسی ماده ۷۴، به بررسی ماده ۷۳ مصوبه راهنمایی عمومی اخلاق حرفه‌ای شاغلین پزشکی می‌پردازیم. این ماده مقرر می‌دارد:

«مواردی از مداخله غیر درمانی پزشکی که بر باروری فرد یا رابطه زناشویی وی تأثیر جدی و بازگشت‌ناپذیر یا با احتمال بازگشت ضعیف و طولانی‌مدت می‌گذارد، در صورتی که فرد متأهل باشد، منوط به رضایت همسر خواهد بود».

چنان که از متن ماده استنباط می‌شود، کادر درمانی از جمله پزشک در مواردی که اقدامات پزشکی بر باروری یا رابطه زناشویی فرد تأثیر منفی می‌گذارد، مکلف به اخذ رضایت از همسر بیمار هستند. از آنجا که رضایت آگاهانه، مبتنی و منوط به داشتن اطلاعات صحیح است (لطفی، ۱۳۸۸: ۴۰؛ جوادی و دیگران، ۱۳۸۶: ۱۰۶)، می‌توان تکلیف

کادر درمانی را به ارائه اطلاعات صحیح به همسر بیمار که در رابطه پزشک و بیمار، یک شخص ثالث محسوب می‌شود، از این مقرر استنباط نمود. بر این اساس، چنانچه پزشک در تکلیف اطلاع‌رسانی خود مرتکب عمد یا تقصیر گردد و از این طریق، به حق مشروع همسر بیمار از جمله در زمینه باروری یا رابطه زناشویی ضرری وارد شود، زوج یعنی شخص غیر بیمار، حق مطالبه خسارت را خواهد داشت و مسئولیت مدنی پزشک ثابت است.

اما استدلال به این مقرر قانونی برای استنباط تعهد اطلاع‌رسانی پزشک به اشخاص غیر بیمار در معرض خطر با اشکالاتی مواجه است: اولاً، ماده مذکور در مورد تعهد پزشک مبنی بر اطلاع‌رسانی به اشخاص ثالث صراحتی ندارد. نهایتاً شاید بتوان با دلالت التزامی، چنین تکلیفی را برای پزشک استنباط نمود و ماده تصریحی در این خصوص ندارد. ثانیاً، مقرر فوق توان اثبات الزام پزشک به هشدار دادن به افراد در معرض خطر در ارتباط با بیمار را ندارد؛ چرا که لزوم جلب رضایت همسر در مقرر فوق از این جهت است که انجام عمل مزبور با حقوق ناشی از زوجیت وی همچون حق استمتاع و فرزندآوری در تضاد است و شخص نمی‌تواند بدون دلیل موجه قانونی به حقوق دیگری لطمه وارد آورد. ثالثاً، در مقرر فوق صرفاً حق شخص تضییع می‌گردد و خطری متوجه وی نیست؛ همچنان که قید «غیر درمانی» که در این مقرر بیان شده، به خوبی بر عدم ابتلای شخص به بیماری خطرناک دلالت دارد، در حالی که بحث ما، در خصوص اطلاع‌رسانی به اشخاص ثالث در قبال رفتار یا خطرهای ناشی از بیماری شخص است.

نکته آخر اینکه در مورد ضمانت اجرای تکلیف مذکور در ماده ۷۳، همان مطالبی که در مورد ضمانت اجرای ماده ۷۴ گفته شد، صادق است. لذا از تکرار آن خودداری می‌شود.

چنان که ملاحظه می‌شود، مصوبات سازمان نظام پزشکی نیز تعهد اطلاع‌رسانی پزشک معالج به اشخاص غیر بیمار را به معنای دقیق کلمه پیش‌بینی نکرده است. در نتیجه، حدود و ثغور این تعهد و ضمانت اجرای آن نیز مورد توجه مصوبات این سازمان قرار نگرفته است.

۳-۵. فقه امامیه

با توجه به خلأ قانونی موجود و نبود نص صریح قانونی در مورد تعهد اطلاع‌رسانی پزشک معالج به اشخاص غیر بیمار، بر اساس اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی، باید به منابع فقهی و فتاوی معتبر مراجعه نمود. تتبع در منابع فقهی نشان می‌دهد که عمده ادله در این بحث، قواعد عام فقهیه محسوب می‌شود. از جمله این قواعد، قاعده وجوب حفظ جان مسلمان، قاعده وجوب دفع ضرر محتمل و قاعده تقدم مصالح اجتماعی بر مصالح فردی است که همگی از فروع قاعده لاضرر به شمار می‌روند.

۳-۵-۱. وجوب حفظ جان مسلمان

در فقه امامیه با بررسی دیدگاه‌های مطرح‌شده توسط فقیهان در ابواب مختلف می‌توان به یک نتیجه کلی دست یافت به این مضمون که نجات مسلمان در صورتی که خطری جدی حیات وی را تهدید کند، واجب شرعی است و در صورت توان، شخص باید تمام اقدامات لازم را برای نجات چنین شخصی انجام دهد؛ برای نمونه، فقها دادن غذا و طعام به شخصی که از فرط گرسنگی یا تشنگی در معرض هلاکت قرار گرفته^۱ (اراک، ۱۴۱۴: ۱۳۹/۲) یا نجات جان مسلمانی را که در حال غرق شدن است و بدون دخالت شخص، جان خود را از دست می‌دهد، واجب کفایی دانسته‌اند (شیری زنجانی، ۱۴۲۸: ۴۹۰؛ علامه حلی، ۱۴۱۴: ۹/۹؛ همو، ۱۴۰۱: ۶۵؛ همدانی عاملی، ۱۳۹۰: ۸۳).

به تصور نگارندگان، با تأمل در کلام فقیهان می‌توان چنین استنباط نمود که مصادیق مزبور حصری نبوده و در تمامی موارد، حفظ نفس مسلمان یک تکلیف شرعی است و در صورتی که خطری متوجه جان دیگری باشد و حیات وی را تهدید کند، در صورت

۱. «مسألة ۲۶۴۹: يجب على كل مسلم إنقاذ المسلم الذي كاد أن يموت من الجوع والعطش».

۲. «لا يصح الاستئجار للقيام بالأعمال التي تكون جزء من الحقوق التي يلزم رعايتها في حق الناس، مثل إنقاذ المسلم من الغرق».

۳. «وفروض الكفایات كثيرة مذکورة في مواضع... ومن جملة... دفع الضرر عن المسلمين... وإنقاذ الغرقى».

۴. «لا فرق بين الخوف على النفس أو على الرفيق، إذ حفظ المسلم أهم في نظر [الشارع] من الصلاة».

تحقق شرایط شرعی تکلیف، نجات وی از خطر مزبور بر سایر افراد مسلمان واجب شرعی خواهد بود.

حال در خصوص مسئله مورد بحث نیز می‌توان گفت که در صورت ابتلای شخص به بیماری‌های مهلکی همانند ایدز یا سایر بیماری‌های کشنده، عدم اطلاع از خطرات ناشی از تعامل با فرد بیمار می‌تواند منجر به در خطر قرار گرفتن جان شخص مسلمان گردد. لذا هر مسلمانی مکلف است در این موارد نیز اهتمام لازم را نسبت به تکلیف شرعی و خوب حفظ نفس مسلمان در جلوگیری از ابتلای فرد به این بیماری‌های خطرناک مبذول دارد. البته در جایی که برای انجام تکلیف مزبور، امری خارجی عنوان مقدمیت داشته باشد، باید مقدمه مزبور نیز اتیان شود تا در نتیجه، واجب مورد نظر امتثال گردد (صوبغ، ۱۴۲۲: ۱۷؛ فانی اصفهانی، ۱۴۰۱: ۲۸/۲). در محل بحث نیز به این دلیل که اطلاع‌رسانی و ارائه هشدار لازم به اشخاص ثالث، مقدمه حفظ جان ایشان محسوب می‌گردد، باید گفت که انجام چنین عملی از باب مقدمه واجب، واجب خواهد بود. لذا بر پزشکی که از ابتلای بیمار به یک بیماری مهلک مطلع بوده و به خطرات تعامل با وی واقف است، واجب است که هشدار و اطلاعات لازم را به اشخاص ثالث در معرض خطر ارائه نماید و به عبارت دقیق‌تر، اطلاع‌رسانی لازم را به این اشخاص بکند. علی‌رغم مطالب فوق، اشکالی که می‌توان متوجه دلیل مذکور نمود این است که چنین دلیلی اخص از مدعای ماست؛ چرا که ما در پی اثبات لزوم ارائه هشدار و اطلاع‌رسانی در خصوص تمامی خطرات معتابه عقلایی هستیم، در صورتی که دلیل مزبور صرفاً در خصوص خطرهای جانی، آن هم خطرانی که در حد جنایت بر نفس باشد، کارایی خواهد داشت و سایر خطرات را هرچند معتابه، شامل نمی‌شود. به علاوه، دلیل مزبور شامل تمامی اشخاص آگاه از وجود چنین خطری برای شخص غیر بیمار خواهد شد و اختصاصی به پزشک معالج نخواهد داشت.

۵-۳-۲. قاعده وجوب دفع ضرر از مسلمانان

بسیاری از فقیهان تحت عنوان یک قاعده کلی، «دفع ضرر از مسلمانان» را یکی از مصادیق واجب کفایی دانسته‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۹/۹؛ همو، ۱۴۱۳: ۴۷۷/۱؛ فخرالمحققین

حلی، ۱۳۸۷: ۳۵۰/۱؛ قَطَّان حلی، ۱۴۲۴: ۳۱۵/۱؛ کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۳۶۷/۳؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۹/۳؛ نجفی عراقی، ۱۳۸۰: ۴۸۳). در کلمات ایشان، مصادیق متعددی چون غذا دادن به گرسنگان، کمک به افراد نیازمند و افرادی که درخواست کمک نموده‌اند (فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۳۵۰/۱)، برطرف کردن غم و اندوه اشخاص در حد توان (قَطَّان حلی، ۱۴۲۴: ۳۱۵/۱) و... بیان شده است.

برای اثبات لزوم هشدار و اطلاع‌رسانی توسط پزشک به اشخاص غیر بیمار در معرض خطر از ناحیه بیمار، می‌توان گفت از آنجا که بر اساس کلمات فقیهان، دفع ضرر از مسلمان به ویژه ضررهای جانی^۱ (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۲۷۰/۸؛ فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۱۶۷/۴؛ فاضل موحدی لنکرانی، ۱۳۸۵: ۱۴۸) واجب کفایی است و به دلیل اینکه عدم اطلاع از خطرات ناشی از تعامل با شخص بیمار قطعاً برای شخص ضرر در پی خواهد داشت، بر پزشک به عنوان یک مسلمان واجب است که با ارائه اطلاعات کافی، زمینه دفع ضرر از دیگران را فراهم آورد. البته باید توجه داشت که می‌توان این گونه گفت که دلیل حاضر نیز به دلیل قبلی یعنی وجوب حفظ نفس مسلمان باز می‌گردد و تمامی ایراداتی که در خصوص آن مطرح شد، در اینجا نیز قابل طرح می‌باشد.

البته اشکال قابل طرح پیرامون این دلیل آن است که از آنجا که قاعده دفع ضرر از مسلمانان، در باب جهاد مطرح شده، لذا صرفاً به بحث حفظ کیان کشور اختصاص دارد و در سایر موضوعات از جمله در اثبات تعهد اطلاع‌رسانی پزشک به اشخاص معالج قابل استناد نیست. در پاسخ می‌توان گفت اگرچه فقها در باب جهاد به این دلیل استناد نموده‌اند، اما استناد به این قاعده منحصر به این موضوع نیست؛ چنان که در اثبات سایر احکام فقهی نیز به این قاعده استناد شده است (قَطَّان حلی، ۱۴۲۴: ۳۱۵/۱؛ نجفی عراقی، ۱۳۸۰: ۴۸۳). به علاوه، در نوشته‌هایی که این قاعده در کتاب الجهاد مورد اشاره واقع شده، به عنوان یکی از مصادیق واجب کفایی در کنار سایر واجبات کفایی بیان شده و فقیهان هیچ اشاره‌ای به اختصاص آن به باب جهاد نکرده‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۹/۹؛ فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۳۵۰/۱).

۱. «وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا» (مانده / ۳۲).

۵-۳-۳. قاعده وجوب دفع ضرر محتمل

قاعده وجوب دفع ضرر محتمل، یکی از قواعد عقلی است (آخوند خراسانی، ۱۴۲۷: ۵۱/۳) که در ابواب مختلف فقه و علم اصول، به آن استناد شده است. طبق مضمون این قاعده، عقل به وجوب دفع ضررهای احتمالی حکم می‌کند. از آنجا که قاعده مزبور یک قاعده عقلایی است، مراد از وجوب در آن نیز وجوب ناشی از حکم عقل خواهد بود. هرچند به عقیده برخی، وجوب دفع ضرر محتمل صرفاً اختصاص به ضررهای اخروی دارد (همان: ۴۲/۳؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۳۳۴/۷)، اما از دید بسیاری دیگر از فقیهان، این قاعده در ضررهای دنیوی خصوصاً در امور مهمی که شارع به رعایت احتیاط در آنها اهتمام داشته، مانند جان، عرض و مال زیاد نیز جریان دارد (نراقی، ۱۴۲۲: ۳۲۴/۲؛ موسوی بجنوردی، ۱۳۸۰: ۱۶۳/۲؛ حسینی شیرازی، ۱۴۲۶: ۱۱/۱؛ مازندرانی خواجوئی، ۱۴۱۸: ۳۰؛ بحرانی، ۱۴۲۶: ۷۷).

مبتنی بر مطالب فوق، در اینجا نیز می‌توان گفت که سکوت پزشک در خصوص خطرات احتمالی متوجه اشخاص ثالث در ارتباط با بیمار وی، ممکن است خطرات جانی برای ایشان در پی داشته باشد. طبق این قاعده عقلی باید اقدام لازم در جهت دفع ضرر مزبور صورت گیرد و این اقدام چیزی جز الزام پزشک به ارائه اطلاعات به افراد مزبور نیست.

البته ایرادی که به این استدلال ممکن است وارد شود این است که وجوب دفع ضرر محتمل، ناظر به ضررهایی است که متوجه خود شخص است، نه ضررهایی که ممکن است متوجه ثالث باشد، از این رو استدلال به این قاعده برای اثبات لزوم اطلاع‌رسانی به اشخاص ثالث ناتمام خواهد بود؛ چرا که ضرری متوجه خود پزشک نیست. علاوه بر این، برخی فقیهان وجوب دفع ضرر را در فرضی برای اثبات لزوم انجام یک عمل قابل استناد دانسته‌اند که عمل مزبور تنها راه دفع ضرر باشد (نراقی، ۱۴۱۵: ۱۵۷/۱۴)؛ در حالی که در اینجا ممکن است خود بیمار یا هر کس دیگری که از وجود بیماری مزبور و خطرات احتمالی آن مطلع است، اشخاص ثالث مرتبط با وی را آگاه سازد.

در مقام جمع‌بندی بحث باید گفت که تا بدین جا برای اثبات تعهد اطلاع‌رسانی

پزشک به اشخاص غیر بیمار، به سه دلیل استناد شد: وجوب حفظ جان مسلمان، قاعده وجوب دفع ضرر از مسلمانان، قاعده وجوب دفع ضرر محتمل. چنان که ملاحظه می‌شود، اگر استدلال به این ادله برای اثبات تعهد، تمام و بی‌اشکال باشد، وجوب تعهد اطلاع‌رسانی به حکم اولی ثابت خواهد شد. اما اگر در اثبات تعهد مذکور با ادله اولیه تردید وجود داشته باشد، می‌توان به احکام ثانویه مراجعه نمود. در ادامه، اثبات این تعهد را تحت یک عنوان ثانویه پی می‌گیریم.

۵-۳-۴. تقدم مصالح اجتماعی بر مصالح فردی

اصل تأثیر مصلحت در وضع قوانین و مقررات، در نظام‌های حقوقی مختلف پذیرفته شده است؛ چنان که در کشور آمریکا، صیانت از سلامت عمومی جامعه که تعبیر دیگری از مصالح اجتماعی است، مبنای تعهد اطلاع‌رسانی پزشک به اشخاص غیر بیمار معرفی شده است (Chaimowitz & Others, 2000: 899).

تأمین مصلحت دنیوی و اخروی آحاد جامعه بشر، از اهداف اصلی تشریح شریعت و ارسال رسل است. صاحب‌جوهر می‌نویسد:

«از اخبار و کلمات فقها بلکه از ظاهر کتاب، این طور فهمیده می‌شود که همه معاملات و غیر معاملات، به منظور تأمین مصالح دنیوی و اخروی مردم تشریح شده‌اند» (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۲/۳۴۴).

شهید اول نیز ضمن اشاره به مصالح پنج‌گانه حفظ دین، نفس، عقل، نسل و مال، معتقد است که هیچ شریعتی تشریح نشده، مگر برای حفظ این مصالح (عاملی جزینی، بی‌تا: ۳۸/۱).

مبتنی بر مطالب فوق و به مقتضای بحث باید گفت که در راستای اداره جامعه اسلامی، این صلاحیت به حاکم دینی اعطا شده تا در راستای پاسخ‌گویی به نیازها و جنبه‌های متغیر زندگی انسان، احکام حکومتی را به حسب نیازها و مقتضیات هر دوره قانون‌گذاری نماید (علیدوست، ۱۳۹۰: ۵۶۶). البته به اجماع فقها، حکم حکومتی ضرورتاً باید همانند احکام اولیه، مبتنی بر اصل اساسی «مصلحت» وضع شود (دارینی، ۱۳۸۰: ۲۶). با وجود این، تفاوت این دو نوع از احکام در مرجع تشخیص مصلحت است که

در احکام اولیه، شارع مقدس و در احکام حکومتی، حاکم اسلامی و ولی فقیه است (حقیقت، ۱۳۸۳: ۲۰۴).

در مسئله مورد بحث می‌توان گفت که الزام قانونی پزشک مبنی بر اطلاع‌رسانی به اشخاص غیر بیمار می‌تواند تأمین‌کننده مصلحت اجتماع مسلمانان باشد؛ زیرا بدیهی است که پیشگیری از ابتلای افراد به بیماری‌های مهلک و ممانعت از وقوع خطرات جانی یا مالی برای ایشان، علاوه بر تأمین مصلحت حفظ جان آحاد جامعه، مانع از تحمیل هزینه‌های هنگفت مالی و روانی بر افراد و جامعه خواهد شد. لذا ضروری است که حاکم اسلامی به منظور تأمین مصالح ملزومه مورد تأکید شریعت، با وضع قانون مناسب در این خصوص چاره‌اندیشی نماید.

۴-۵. اصول کلی حقوقی

حق بر حیات و حق بر سلامت، به عنوان اساسی‌ترین حقوق بشر در اسناد ملی و بین‌المللی مورد تأکید و پذیرش قرار گرفته‌اند و دولت‌ها مکلف به حمایت از این حقوق اساسی آحاد جامعه هستند.

حق بر حیات به عنوان بنیادی‌تری حق بشر، در اسناد و قوانین مختلفی مانند اعلامیه جهانی حقوق بشر (ماده ۳) و میثاق حقوق مدنی و سیاسی (ماده ۶) و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (اصل ۲۲) مورد تأکید قرار گرفته است. میثاق حقوق مدنی و سیاسی، حق حیات را از حقوق ذاتی شخص انسان می‌داند. بر این اساس، دولت‌ها مکلف هستند تمهیدات لازم از جمله اقدامات تقنینی را در جهت پاسداری از حق حیات تمام شهروندان تدبیر نمایند (قاری سیدفاطمی، ۱۳۹۷: ۱۴۹). لذا پیش‌بینی نکردن هرگونه مقررات لازم مانند عدم پیش‌بینی تعهد اطلاع‌رسانی به اشخاص غیر بیمار جهت در اختیار نهادن اطلاعات، امکان و فرصت مناسب برای اجتناب از انواع خطرات تهدیدکننده سلامتی و حیات می‌تواند به نوعی نقض حق حیات آحاد بشر به‌شمار رود.

حق بر سلامت نیز دربرگیرنده شرایطی است که دولت‌ها برای تأمین امکان یک زندگی سالم، متعهد به فراهم آوردن آن می‌باشند (عباسی و دیگران، ۱۳۹۳: ۱۸۵). بر این

اساس، دولت‌ها ملزم به انجام اقداماتی هستند تا در نتیجه آن اقدامات، شرایطی در جامعه حکم‌فرما شود که حق بر سلامت افراد تأمین شده و افراد بتوانند به بالاترین استاندارد ممکن در زمینه سلامتی دست یابند (همان). قابل توجه است که یکی از وجوه تعهدات دولت‌ها در راستای تضمین و ارتقای حق بر سلامت، اقدامات تقنینی و قضایی است (ماده ۶ میثاق حقوق مدنی و سیاسی). روشن است که پیش‌بینی تعهد اطلاع‌رسانی پزشک معالج به اشخاص غیر بیمار، نقشی مهم در تأمین حق بر سلامت آحاد جامعه دارد و شرایط مناسبی را فراهم می‌کند که اشخاص با آگاهی کافی، از خطراتی که حیات و سلامتی آنان را تهدید می‌کند، اجتناب نمایند. لذا می‌توان این تکلیف را متوجه مراجع تقنینی جمهوری اسلامی ایران دانست که چنین تعهدی را به رسمیت بشناسند.

در مقام جمع‌بندی باید گفت که مبتنی بر ادله فوق و با توجه به ضرورت‌های اجتماعی و خصوصاً شیوع بیماری‌های اپیدمیک و لاعلاج یا صعب‌العلاج مانند بیماری ایدز یا کووید ۱۹، ضروری است که مقنن ضمن موادی مستقل، تعهد اطلاع‌رسانی پزشک معالج به اشخاص غیر بیمار را قانون‌گذاری نماید. البته با توجه به جایگاه اصل رازداری و حفظ محرمانگی اطلاعات بیمار در تأمین مصالح فردی و اجتماعی و تأکید منشور حقوق بیمار، قانون مجازات اسلامی و سایر قوانین و مقررات بر اصل مزبور، باید تعهد اطلاع‌رسانی به اشخاص غیر بیمار را که متضمن افشای نام و اطلاعات شخصی بیمار است، استثنایی بر اصل رازداری و حفظ محرمانگی در نظر گرفت.

مبتنی بر مطالب فوق و با توجه به استثنایی بودن تعهد اطلاع‌رسانی ضروری است که مقنن به تبیین دقیق چارچوب‌ها و ضوابط این تعهد پردازد که در ادامه به برخی از اهم این ضوابط اشاره می‌شود.

۵-۵. ضوابط تعهد اطلاع‌رسانی پزشک معالج به اشخاص غیر بیمار

پیش از این بیان شد که قوانین و رویه قضایی ایالات متحده آمریکا با توجه به استثنایی بودن تعهد اطلاع‌رسانی، تلاش نموده که ضوابط و چارچوب این تعهد را تبیین نماید. در راستای انضباط‌بخشی و تعیین چارچوب این تعهد در حقوق کشور ما، استفاده از تجربیات حقوق ایالات متحده آمریکا خالی از فایده نخواهد بود.

۵-۱-۵. تعیین اشخاص ذی نفع تعهد اطلاع‌رسانی

بیان شد که در حقوق آمریکا در راستای تعیین اشخاص ذی نفع تعهد اطلاع‌رسانی، ضابطه «قابلیت شناسایی» ارائه شده است؛ با این توضیح که اگر شخص غیر بیمار در معرض خطر، برای پزشک شناخته‌شده یا قابل شناسایی باشد، پزشک مکلف است که اطلاعات و هشدار لازم را دربارهٔ خطر موجود به شخص مورد نظر ارائه نماید. به نظر می‌رسد می‌توان از این معیار در حقوق ایران نیز بهره جست؛ به گونه‌ای که مقنن در تعیین ذی‌نفعان این تعهد، ضابطه «قابلیت شناسایی» را برگزیند.

البته در پاسخ به این پرسش که ملاک تحقق ضابطه «قابلیت شناسایی»، نوعی است یا شخصی یا ترکیبی از هر دو، باید گفت به نظر می‌رسد در این باره «معیار نوعی» اصل و ملاک باشد؛ اگرچه می‌توان از «معیار شخصی» نیز بهره برد. لذا در مواردی که شخص در معرض خطر، «نوعاً» برای جامعه پزشکی قابل شناسایی باشد، قطعاً تعهد اطلاع‌رسانی به نفع وی و بر عهده پزشک ثابت خواهد شد؛ برای مثال، همسر و فرزندان بیمار که ممکن است در معرض خطر باشند، نوعاً برای عموم پزشکان قابل شناسایی هستند. در مواردی نیز ممکن است پزشک پس از تشخیص بیماری، به دلایلی مانند ارتباط نزدیک خانوادگی با بیمار، شخصی را به طور خاص بشناسد که از ناحیه بیمار در معرض خطر قرار دارد. لذا پزشک مکلف به اطلاع‌رسانی به این شخص خواهد بود؛ اگرچه آن شخص برای نوع پزشکان به طور معمول شناخته‌شده یا قابل شناسایی نباشد.

البته نوع بیماری نیز در تعیین اشخاص ذی نفع مؤثر است؛ برای مثال در پی گسترش ویروس کووید ۱۹، سرعت انتشار بیماری و خطرات جدی ناشی از آن موجب شد که ستاد ملی مقابله با کرونا مقرر نماید که اطلاع‌رسانی علاوه بر اعضای خانوادهٔ شخص مبتلا، باید نسبت به مدیر و همکاران شخص بیمار نیز انجام شود.

۵-۲-۵. تعیین بیماری‌های موجب تحقق تعهد اطلاع‌رسانی

در این زمینه می‌توان به تأسی از حقوق آمریکا، تعهد اطلاع‌رسانی را در مواردی به رسمیت شناخت که خطری جدی و معتابه برای حیات و سلامتی اشخاص غیر بیمار

از ناحیه شخص بیمار وجود دارد. در همین راستا، به منظور تعیین حدود و ثغور تعهد مزبور پیشنهاد می‌شود که با استعانت از نهادهای مسئول و در عین حال متخصص مانند وزارت بهداشت، بیماری‌های خطرناکی که برای اشخاص ثالث، خطر معتابه عقلی ایجاد می‌نمایند، به صراحت طی یک مقرر قانونی تعیین شوند. البته روشن است که این خطر، به خطرات مهلک و کشنده‌ای که جان انسان را تهدید می‌کند، محدود نمی‌باشد؛ بلکه هر خطری که سلامتی اشخاص غیر بیمار را تهدید می‌کند، مشمول این تعهد قرار خواهد گرفت. لذا کلیه بیماری‌های موجب فوت منفعت و نقص عضو، در این زمره می‌گنجد. به علاوه ضروری است ترتیبی اتخاذ شود که مقرر تعیین‌کننده بیماری‌های موجب تحقق تعهد اطلاع‌رسانی، متناسب با پیشرفت‌های علم پزشکی، به‌طور مداوم به روزرسانی شود.

۳-۵-۵. تعیین متعهدان تعهد اطلاع‌رسانی

یکی از ضوابط و چارچوب‌های مهم در انضباط بخشی تعهد اطلاع‌رسانی، تعیین متعهدان و مخاطبان تعهد اطلاع‌رسانی است. در این زمینه اگرچه پزشک معالج، بارزترین مصداق متعهد در این تعهد محسوب می‌شود، اما مخاطب این تعهد می‌تواند محدود و منحصر به پزشک معالج نباشد، بلکه کلیه شاغلان حرفه وابسته به پزشکی، روان‌شناسان و روان‌پزشکان که به نوعی از اسرار بیمار مطلع می‌گردند، می‌توانند از منظر قانون‌گذار مخاطب این تعهد باشند؛ چنان که در پی شیوع ویروس کووید ۱۹ در کشور، ستاد ملی مقابله با کرونا آزمایشگاه‌ها را موظف نمود که در صورت تشخیص ابتلای شخص به ویروس کووید ۱۹، این موضوع را به اعضای خانواده و حتی محل کار بیمار اطلاع دهند. البته با توجه به استثنایی بودن تعهد مزبور باید متعهدان این تعهد به‌طور صریح توسط مقنن تعیین گردند.

۴-۵-۵. فوریت انجام تعهد اطلاع‌رسانی توسط پزشک معالج

یکی از ضوابط مهم در انضباط بخشی تعهد اطلاع‌رسانی، تعیین زمانی است که پزشک باید اقدام به انجام تعهد مزبور نماید. بر این اساس باید گفت که در انجام این تعهد، اصل بر فوریت است؛ یعنی پزشک به محض اطلاع از وجود بیماری خطرناک

تهدیدکننده در شخص بیمار، موظف است به اشخاص در معرض خطر که شناخته شده یا قابل شناسایی هستند، اطلاع‌رسانی نماید. لذا هر گونه تأخیر در انجام تعهد می‌تواند از مصادیق تخلف از الزامات حرفه‌ای محسوب شده و مسئولیت پزشک را در پی داشته باشد. دلیل لزوم فوریت انجام تعهد مزبور نیز کاملاً واضح است؛ چرا که در حفظ حیات و سلامت اشخاص غیر بیمار، عنصر زمان از اهمیت زیادی برخوردار است و هر گونه تعلل پزشک در انجام این تعهد ممکن است منجر به آسیب جدی جبران‌ناپذیر به اشخاص غیر بیمار گردد.

نتیجه‌گیری

تعهد اطلاع‌رسانی به اشخاص غیر بیمار بدون ذکر نام و معرفی اشخاص بیمار، معمولاً از موضوعاتی است که در حیطه تکالیف و تعهدات نهادهای عمومی و بالادستی مانند وزارت بهداشت و درمان پزشکی قرار داشته و خصوصاً در زمان گسترش بیماری‌های اپیدمیک و همه‌گیر، به خوبی بروز و ظهور می‌یابد. در برخی مواقع مانند شیوع بیماری‌های اپیدمیک خطرناک، مصالح عمومی جامعه و اقناع افکار عمومی ایجاب می‌کند که مراجع ذی‌صلاح در امور درمان و پزشکی کشور مانند وزارت بهداشت، اطلاعات و هشدارهای لازم را در اختیار عموم مردم جامعه قرار دهند تا مردم از طریق اتخاذ تدابیر بهداشتی، از خطر بیماری در امان بمانند. البته باید توجه داشت که این مهم الزاماً به معنای اعلام اسامی بیماران مبتلا نخواهد بود.

تعهد اطلاع‌رسانی به اشخاص غیر بیمار که متضمن افشای نام اشخاص بیمار باشد، نوع دیگری از انواع تعهد اطلاع‌رسانی به اشخاص غیر بیمار به شمار می‌رود که با تکلیف پزشک به حفظ محرمانگی و رازداری در تعارض بوده و استثنایی بر اصل رازداری در حقوق پزشکی به شمار می‌رود. لذا تعیین چارچوب‌های دقیق این تعهد ضروری است.

حقوق ایالات متحده آمریکا در خصوص تعهد اطلاع‌رسانی به اشخاص غیر بیمار در قوانین و رویه قضایی از صراحت کافی برخوردار است و از مدت‌ها قبل، این تکلیف را به رسمیت شناخته است. البته با توجه به استثنایی بودن تعهد اطلاع‌رسانی، ضوابط و

چارچوب این تعهد تعیین شده است. در همین راستا، در جهت تعیین اشخاص ذی‌نفع تعهد اطلاع‌رسانی، ضابطه «قابلیت شناسایی» ارائه شده است؛ با این توضیح که اگر شخص غیر بیمار در معرض خطر، برای پزشک شناخته‌شده یا قابل شناسایی باشد، پزشک مکلف است که اطلاعات و هشدار لازم را دربارهٔ خطر موجود به شخص مورد نظر ارائه نماید. به علاوه از منظر حقوق این کشور، تعهد مزبور زمانی محقق خواهد شد که خطری جدی اشخاص غیر بیمار را تهدید نماید. بر همین اساس، رویه قضایی در مواردی مانند ابتلای بیمار به بیماری‌های لاعلاج یا صعب‌العلاجی مانند سل و ایدز، این تعهد را شناسایی نموده است.

علی‌رغم اهمیت تعهد اطلاع‌رسانی به اشخاص غیر بیمار، این مسئله در هیچ یک از قوانین ایران به صراحت بیان نشده است. با وجود این به عقیده نگارندگان، مواد مختلفی در قوانین موضوعه و مصوبات سازمان نظام پزشکی وجود دارد که از مجموعه آن‌ها می‌توان دریافت که سلامت اشخاص ثالث در راستای حفظ سلامت عمومی جامعه، مورد توجه قانون‌گذار بوده است؛ به گونه‌ای که می‌توان تعهد پزشک به اطلاع‌رسانی در قبال اشخاص غیر بیمار را از روح کلی حاکم بر این مواد و مصوبات احراز نمود. به علاوه بر اساس برخی از قواعد فقهی همچون وجوب حفظ نفس مسلمان، می‌توان فی‌الجمله وجود چنین الزامی را برای پزشک معالج پذیرفت.

مبتنی بر مطالب فوق و با توجه به نقشی که تکلیف اطلاع‌رسانی به اشخاص غیر بیمار در حفظ سلامت جامعه و ارتقای سلامت عمومی دارد، همچنین حق اشخاص ثالث بر اطلاع از وجود خطری که آنان را تهدید می‌کند و لزوم در اختیار نهادن فرصت و امکان اجتناب از موقعیت تهدیدآمیز به آنان، عدم وجود یک قانون مشخص در این زمینه و عدم تعیین حدود و ثغور این تکلیف یک خلأ قانونی محسوب می‌شود و شایسته است که قانون‌گذار محترم در راستای رفع آن، اقدامات تقنینی لازم را مبذول دارد.

البته در زمینه قانون‌گذاری باید به این نکته توجه نمود که تعهد اطلاع‌رسانی به اشخاص غیر بیمار، استثنایی بر اصل رازداری و حفظ محرمانگی است. لذا قانون‌گذار باید به دقت به تعیین ضوابط این تعهد بپردازد. در تعیین ذی‌نفعان تعهد اطلاع‌رسانی

می‌توان به تأسی از حقوق آمریکا، ضابطه «قابلیت شناسایی» را برگزید. به علاوه در راستای تعیین بیماری‌های موجب تحقق تعهد اطلاع‌رسانی پیشنهاد می‌شود بیماری‌های خطرناکی که برای اشخاص ثالث، خطر معتدبه عقلی ایجاد می‌نمایند، به صراحت طی یک مقرر قانونی تعیین شوند. همچنین با توجه به استثنایی بودن این تعهد، متعهدان تعهد مزبور باید مورد تصریح قانون‌گذار قرار گیرند. در این زمینه باید دانست که علاوه بر پزشک، کلیه شاغلان حرف و ابسته به پزشکی، روان‌شناسان و روان‌پزشکان که به نوعی از اسرار بیمار مطلع می‌گردند، می‌توانند از منظر قانون‌گذار مخاطب تعهد اطلاع‌رسانی به اشخاص غیر بیمار باشند.

قابل توجه است که پیش‌بینی سازوکار لازم و تهیه زیرساخت‌های ضروری از جمله پیش‌بینی بودجه و امکانات لازم برای انجام این تعهد، توسط قانون‌گذار ضروری است؛ به نحوی که انجام این تکلیف توسط پزشک، موجب اختلال در انجام سایر وظایف پزشکان از جمله وظیفه خطیر طبابت و درمان آحاد جامعه نگردد.

کتاب‌شناسی

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، *کفایة الاصول*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۷ ق.
۲. اراکی، محمدعلی، *المسائل الواضحة*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۴ ق.
۳. بحرانی، محمدسند، *اسس النظام السياسي عند الامامیه*، قم، مکتبه فدک، ۱۴۲۶ ق.
۴. ترمائینی، عبدالسلام، «السّر الطبی»، *مجلة الحقوق والشریعه*، جامعة الكويت، سال پنجم، شماره ۲، ژوئن ۱۹۸۱ م.
۵. جوادی، محمدعلی، محمود عباسی و حسین ضیایی، *اخلاق پزشکی و انتظار بیمار از پزشکی*، تهران، مؤسسه فرهنگی حقوقی سینا، ۱۳۸۶ ش.
۶. حسینی شیرازی، سیدصادق، *بیان الفقه فی شرح العروة الوثقی*، چاپ دوم، قم، دار الانصار، ۱۴۲۶ ق.
۷. حقیقت، صادق، *مسئله شناسی مطالعات سیاسی اسلامی*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۸۳ ش.
۸. دارینی، علی، «واپژوهی: مصلحت و جایگاه فقهی آن»، *فصلنامه راهبرد*، شماره ۱۹، بهار ۱۳۸۰ ش.
۹. شبیری زنجانی، سیدموسی، *المسائل الشرعیه*، قم، نشر الفقاهه، ۱۴۲۸ ق.
۱۰. صویغ، عبدالمحسن عبدالعزیز، *مالا یتیم الواجب الیه فهو واجب*، ریاض، جامعة ملک سعود، ۱۴۲۲ ق.
۱۱. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، *مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۱۲. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال الدین مکی، *القواعد والفوائد*، قم، کتابفروشی مفید، بی تا.
۱۳. عباسی، محمود، *راحله رضایی و غزاله دهقانی*، «مفهوم و جایگاه حق بر سلامت در نظام حقوقی ایران»، *فصلنامه حقوق پزشکی*، سال هشتم، شماره ۳۰، پاییز ۱۳۹۳ ش.
۱۴. عشوش، کریم، *العقد الطبی*، الجزائر، دار هومة للطباعة و النشر و التوزیع، ۲۰۰۷ م.
۱۵. علامه حلّی، ابومنصور جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *اجوبه المسائل المُنهاتیه*، قم، چاپخانه خیام، ۱۴۰۱ ق.
۱۶. همو، *تذکره الفقهاء*، قم، مؤسسه آل البيت (علیهم السلام)، ۱۴۱۴ ق.
۱۷. همو، *قواعد الاحکام فی معرفة الحلال والحرام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۱۸. همو، *مختلف الشیعه فی احکام الشریعه*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۱۹. علی اکبری، فاطمه، و خسرو توکل، *حقوق و مسئولیت های بیمار*، تهران، بشری، ۱۳۸۸ ش.
۲۰. علیدوست، ابوالقاسم، *فقه و مصلحت*، چاپ دوم، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۹۰ ش.
۲۱. فاضل موحدی لنکرانی، محمد، *احکام پزشکان و بیماران*، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار (علیهم السلام)، ۱۳۸۵ ش.
۲۲. فانی اصفهانی، علی، *آراء حول مبحث الالفاظ فی علم الاصول*، قم، نشر رضا مظاهری، ۱۴۰۱ ق.
۲۳. فخرالمحققین حلّی، ابوطالب محمد بن حسن بن یوسف، *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۷ ق.
۲۴. قاری سیدفاطمی، سیدمحمد، «حق حیات»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، شماره های ۳۱-۳۲، پاییز و زمستان ۱۳۷۹ ش.
۲۵. قَطّان حلّی، شمس الدین محمد بن شجاع، *معالم الدین فی فقه آل یاسین*، قم، مؤسسه امام صادق (علیهم السلام)، ۱۴۲۴ ق.
۲۶. کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۷ ش.
۲۷. همو، *مسئولیت ناشی از عیب تولید*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۱ ش.

۲۸. کرکی عاملی (محقق ثانی)، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل البيت علیه السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ ق.
۲۹. لطفی، احسان، «از رضایت آگاهانه تا انتخاب آگاهانه: گفتاری در تعهد به اطلاع رسانی در روابط پزشکی و بیمار»، *فصلنامه حقوق پزشکی*، سال سوم، شماره ۱۱، زمستان ۱۳۸۸ ش.
۳۰. مازندرانی خواجویی، (محمد) اسماعیل بن حسین، *جامع الشتات*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸ ق.
۳۱. موسوی بجنوردی، سیدحسین بن آقابزرگ، *القواعد الفقهیه*، قم، الهادی، ۱۴۱۹ ق.
۳۲. همو، *منتهی الاصول*، تهران، عروج، ۱۳۸۰ ش.
۳۳. نجفی، محمدحسین بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۳۴. نجفی عراقی، عبدالنبی، *المعالم الزلفی فی شرح العروة الوثقی*، قم، المطبعة العلمیه، ۱۳۸۰ ق.
۳۵. نراقی، احمد بن محمد مهدی، *رسائل و مسائل*، قم، کنگره نراقیین، ۱۴۲۲ ق.
۳۶. همو، *مستند الشیعة فی احکام الشریعه*، قم، مؤسسه آل البيت علیه السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۵ ق.
۳۷. همدانی عاملی، بهاء الدین محمد بن حسین بن عبدالصمد، *الحبل المتین فی احکام السدین*، قم، کتاب فروشی بصیرتی، ۱۳۹۰ ق.
38. Allen, William L., *Medical Secrets*, 5th Ed., Elsevier Mosby, Philadelphia, 2012.
39. Bord, Jessica De & Wylie Burke & Denise M. Dudzinski, *Confidentiality; Ethics in Medicine*, University of Washington School of Medicine, PhD MTS, 2013.
40. Chaimowitz, Gary A., Graham D. Glancy, Janice Blackburn, "The Duty to Warn and Protect-Impact on Practice", *The Canadian Journal of Psychiatry*, Vol. 45(10), 2000.
41. Ferris, Lorraine E. & H. Barkun & J. Carlisle & B. Hoffman & C. Katz & M. Silverman, "Defining the physician's duty to warn: consensus statement of Ontario's Medical Expert Panel on Duty to Inform", *Canadian Medical Association Journal*, Vol. 158(11), 2 Jun 1998.
42. Iancu, Daniela, *Clinical Ethics at the Crossroads of Genetic and Reproductive Technologies*, Centre for Nephrology, University College London, London, United Kingdom, 2018.
43. O'Donohue, William T. & Kyle E. Ferguson (Eds.), *Handbook of Professional Ethics for Psychologists: Issues, Questions, and Controversies*, Thousand Oaks, CA: Sage Publications, Inc., 2003.

تحلیل نکاح فرزندخوانده با سرپرست بر مبنای اصل حاکمیت اراده در انگاره اسلام و فرانسه*

- اسماعیل باقریان خوزانی^۱
- محمدهادی مهدوی^۲
- مسعود راعی^۳
- احمد توکلی^۴

چکیده

امکان یا عدم امکان ازدواج با فرزندخوانده، یکی از مسائل چالشی در نظام حقوقی ایران و بسیاری از کشورهاست. بر خلاف سایر کشورهای اسلامی، کشور تونس تحت نفوذ قانون کشور فرانسه، قرابت ناشی از فرزندخواندگی و آثار

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۳/۱۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۷/۹.

۱. دانشجوی دکتری گروه الهیات و معارف اسلامی، واحد نجف‌آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف‌آباد، ایران (esmailbagherian@yahoo.com).
۲. استادیار گروه حقوق، واحد نجف‌آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف‌آباد، ایران (نویسنده مسئول) (h1.hadimahdavi@phu.iaun.ac.ir).
۳. دانشیار گروه حقوق، واحد نجف‌آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف‌آباد، ایران (masoudraei@yahoo.com).
۴. استادیار گروه الهیات و معارف اسلامی، واحد نجف‌آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف‌آباد، ایران (a_tavakoli@phu.iaun.ac.ir).

آن از جمله ممنوعیت نکاح با سرپرست را پذیرفته است. نگارندگان با روش توصیفی - تحلیلی مبتنی بر مناط حکم به جواز ازدواج با فرزندخوانده، ضمن نقد و بررسی دیدگاه علمای اسلام و حقوق کشورهای تونس و فرانسه معتقدند فقه اسلامی در این مسئله، متریقی تر از بسیاری نظام‌های حقوقی اندیشیده و مسئله را دائرمدار اراده و اختیار فرزندخوانده و فرزندپذیر مجتمعاً قرار داده و به آزادی اراده ایشان که از بدیهیات حقوق بشر است، احترام گذاشته است؛ حال آنکه نظام‌های حقوقی مذکور، بر خلاف این امر بدیهی قانون‌گذاری نموده‌اند. تحلیل حاضر به مثابه یک نظریه، انگاره مشهور فقیهان را از کمند اشکالات عدیده می‌رهاند و به نوعی قابل طرح به صورت یک کرسی نظریه‌پردازی نیز می‌باشد.

واژگان کلیدی: فرزندخوانده، سرپرست، نکاح، حاکمیت اراده، تونس،

فرانسه.

مقدمه

پس از ظهور اسلام، در ماهیت فرزندخواندگی و آثار آن تغییراتی ایجاد گردید. یکی از این آثار منفی، جواز ازدواج فرزندخوانده با سرپرست بود. فقهای امامیه متقدم و معاصر، قائل به فقدان نسب فرزندخوانده با سرپرست و حرمت تبنی بوده، معتقدند که جمیع آثار فرزندخواندگی به واسطه آیات قرآن نسخ و ملغی شده است (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۶۵۷/۲؛ حرّ عاملی، بی‌تا: ۵۰۶/۲۱؛ موسوی گلپایگانی، ۱۴۰۹: ۱۷۵/۲؛ حسینی سیستانی، ۱۴۲۴: ۲۱۱/۲). فقهای عامه نیز گفته‌اند که نسب بواسطه تبنی ثابت نمی‌شود و آثار شرعی و قانونی بر آن مترتب نمی‌گردد؛ چون توسط اسلام باطل اعلام شده است (سرخسی حنفی، ۱۴۱۴: ۳۹۲/۳۰). از طرفی مطابق با آیه ۲۳ سوره نساء، محارم انسان تنها سه دسته نسبی، رضاعی و سببی هستند و مقصود از ﴿حَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾ در این آیه، فرزندان صلبی است و چنین قیدی برای اخراج فرزندخوانده از عنوان «أبنائکم» بوده نه فرزندان رضاعی، و مشهور فقیهان شیعه و سنی بر آن اتفاق دارند. بر همین اساس، مشهور فقها با استناد به آیه ۳۷ سوره احزاب که بیانگر ازدواج پیامبر با همسر زید بن حارثه می‌باشد، قائل به جواز ازدواج بین فرزندخوانده و سرپرست شده‌اند. در

مقابل، مخالفان با استناد به قاعده لاجرح، رابطه تربیتی و اصل عدم تجاذب جنسی (محرمیت)، بدین دلیل که چنین ازدواج‌هایی مستلزم فساد و تباهی اجتماع و موجب تنفر از دین می‌شود، از باب احکام ثانوی و حکومتی و برخی با تمسک به بنای عقلا از باب حکم اولی، قائل به عدم جواز ازدواج آن دو شده‌اند. مجلس شورای اسلامی بعد از خلاف شرع دانستن ممنوعیت ازدواج توسط شورای نگهبان، با اصلاح و اضافه نمودن یک تبصره به ماده ۲۶ قانون حمایت از کودکان بی سرپرست و بدسرپرست مصوب سال ۱۳۹۲^۱ اجازه ازدواج با فرزندخوانده را با مصلحت دادگاه تصویب نمود. این نهاد در کشور فرانسه نیز از دیرباز مرسوم بوده است. با توجه به قانون مدنی فرانسه (مواد ۳۴۳-۳۶۷)، فرزندخواندگی نهاد حقوقی جدیدی است که جایگزین رابطه خونی و اصلی فرزند شده که بر اساس آن، فرزندخوانده از تمام حقوق و تکالیف واقعی^۲ یک فرزند مانند نفقه، ارث، حضانت، احترام و آثاری چون ممنوعیت نکاح به جز نسب برخوردار می‌شود. این نهاد که توسط حکم دادگاه ایجاد می‌گردد، شامل فرزندخواندگی ساده و کامل^۳ می‌شود. کشور تونس نیز بر خلاف سایر کشورهای اسلامی تحت نفوذ قانون کشور فرانسه، قرابت ناشی از فرزندخواندگی را پذیرفته و با فرزندخوانده به عنوان یک فرزند مشروع رفتار می‌کند. در مورد پیشینه تحقیق عمدتاً در کتب تفسیر (ذیل آیات: احزاب/ ۵-۴ و ۳۶-۴۰؛ نساء/ ۲۳) اشاراتی به این مسئله شده است. برخی حقوق دانان از جمله اسدالله امامی و حسین صفایی در کتاب *مختصر حقوق خانواده* به شرایط فرزندخوانده اشاره کرده‌اند. *فرزندخواندگی در اسلام از حسن عالمی*

۱. «ماده ۲۶- هر گاه سرپرست در صدد ازدواج برآید، باید مشخصات فرد مورد نظر را به دادگاه صالح اعلام نماید. در صورت وقوع ازدواج، سازمان مکلف است گزارش ازدواج را به دادگاه اعلام تا با حصول شرایط این قانون، نسبت به ادامه سرپرستی به صورت مشترک و یا فسخ آن اتخاذ تصمیم نماید. تبصره- ازدواج چه در زمان حضانت و چه بعد از آن، بین سرپرست و فرزندخوانده ممنوع است، مگر اینکه دادگاه صالح پس از اخذ نظر مشورتی سازمان، این امر را به مصلحت فرزندخوانده تشخیص دهد.»

2. article 358: L'adopté a, dans la famille de l'adoptant, les mêmes droits et les mêmes obligations qu'un enfant dont la filiation est établie en application du titre VII du présent livre.
3. article 360: L'adoption simple est permise quel que soit l'âge de l'adopté.

طامه، منبعی دیگر است. نویسنده در این کتاب به بررسی منابع و مبانی فرزندخواندگی می‌پردازد. حکیمه نحعی امرودی نیز در پایان‌نامه‌اش با عنوان *مبانی فقهی و حقوقی فرزندخواندگی با تکیه بر آرای امام خمینی* تلاش نموده تا به بررسی موضوع فرزندخواندگی و ضرورت‌های پذیرش آن از دیدگاه امام خمینی بپردازد. چند پایان‌نامه دیگر نیز با عنوان *بررسی فقهی و حقوقی نسب فرزندخواندگی در اسلام و جهان* (مژگان غلامرضا، دانشگاه پیام نور تهران) و *بررسی تطبیقی فرزندخواندگی در حقوق ایران و هند* (فهیمه عباسی، دانشگاه سیستان و بلوچستان) متفاوت از عنوان مقاله مزبور نگاشته شده‌اند.

در این مقاله، نگارندگان با روش توصیفی - تحلیلی مبتنی بر مناسبات حکم به جواز ازدواج با فرزندخوانده، ضمن نقد و بررسی دیدگاه فقیهان و نگاه حقوق تونس و فرانسه معتقدند که فقه اسلامی در این مسئله، متری تر از بسیاری نظام‌های حقوقی اندیشیده و مسئله را دائرمدار اراده و اختیار فرزندخوانده و فرزندپذیر مجتمعاً قرار داده و به آزادی اراده ایشان که از بدیهات حقوق بشر است، احترام گذاشته است؛ حال آنکه نظام حقوقی تونس و فرانسه خلاف این امر بدیهی قانون‌گذاری نموده‌اند (نوآوری). لذا جهت بیان متری بودن اندیشه نظام فقهی و حقوقی اسلام بر مبنای اصل حاکمیت اراده نسبت به سایر نظام‌های حقوقی، حقوق مدنی فرانسه به عنوان نمونه مورد بررسی قرار گرفته است. ارتباط موضوع مقاله با قانون مدنی فرانسه و تونس در این است که در قانون این کشورها بر خلاف حقوق کشورهای اسلامی، قرابت ناشی از فرزندخواندگی پذیرفته شده و آثار آن از جمله نکاح با سرپرست به دلیل همان قرابت و همچنین به دلیل مخالفت با اخلاق حسنه و نظم عمومی ممنوع اعلام شده است که این موضوع در ادامه مقاله، مورد بررسی قرار گرفته است.

۱. مفاهیم

- ۱- حکم اولیه: حکمی است که بر کردارها با در نظر داشتن عناوین اولیه آن‌ها بار می‌شود؛ مانند وجوب نماز و حرمت نوشیدن شراب (فیض، ۱۳۷۹: ۱۰۷).
- ۲- حکم ثانویه: حکمی است که بر موضوعی، به وصف اکراه، ضرورت و دیگر عنوان‌ها بار می‌شود (کلاتری، ۱۳۷۶: ۲۲۸).

۳- حکم حکومتی: «احکامی است که از اختیارات و ولایت مفوضه الهی به ولی و حاکم اسلامی ناشی می‌شود که در پرتو آن می‌تواند با توجه به مصلحت و مفسده ملزمه‌ای که تشخیص می‌دهد، حکمی را صادر کند و یا تغییر دهد و نیز مقرراتی را وضع نماید... حاکم می‌تواند مسجد یا منزلی را که در مسیر خیابان است، تخریب کند و قراردادهای شرعی را که خود با مردم بسته است، در موقعی که آن قرارداد، مخالف مصالح کشور و اسلام باشد، یک‌جانبه لغو کند و می‌تواند هر امری را عبادی یا غیرعبادی، که جریان آن مخالف مصالح اسلام است، مادامی که چنین است، جلوگیری کند» (موسوی خمینی، ۱۳۶۹: ۱۷۰/۲۰).

۴- وهن دین: یعنی ضعف و سست شدن جایگاه دین و مذهب در نگاه ناظر بیرونی (فراهیدی، ۱۴۱۰: ۹۲/۴). عنوان وهن یک عنوان ثانوی است و فقها پیرامون برخی از احکام، به وهن دین و یا مذهب استناد می‌کنند و می‌گویند:

«هر کاری که باعث وهن دین و مذهب گردد، حرام است و باید از باب قاعده تقدیم اهمّ از انجام آن اجتناب شود» (حسینی خامنه‌ای، ۱۴۲۴: ۳۲۶؛ فاضل موحّدی لنگرانی، ۱۴۲۶: ۱۹۹ و ۴۳۴؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۶: ۴۰۴).

زیرا خدشه‌دار نشدن و تضعیف نشدن دین و مذهب، مهم‌تر از انجام یک عمل مباح یا تطبیق مستحب و واجبی بر مصداق خاص است. نسبت به حرمت وهن دین و مذهب می‌توان به آیات،^۱ عموم یا اطلاق روایات^۲ (حَرّ عاملی، بی‌تا: ۸/۱۲)، دلیل عقل

۱. «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقُولُوا زَاعِمًا وَقُولُوا انظُرْنَا وَاسْمَعُوا وَلِلْكَافِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ» (بقره / ۱۰۴)؛ ای افراد باایمان! [هنگامی که از پیغمبر تقاضای مهلت برای درک آیات قرآن می‌کنید، [نگوید: «راعا»، بلکه بگویید: «انظرنا»] و [آنچه را که به شما دستور داده می‌شود] بشنوید و برای کافران عذابی دردناک است. «وَلَا تُسَبِّحُوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ اللَّهِ قَبْسُوا اللَّهَ عَدُوًّا بَعِيرٌ عَلِيمٌ كَذَلِكَ زَيْنًا لِّكُلِّ أُمَّةٍ عَمَلُهُمْ ثُمَّ إِلَىٰ رَبِّهِمْ مَرْجِعُهُمْ فَيُنَبِّئُهُم بِمَا كَانُوا يَعْمَلُونَ» (انعام / ۱۰۸)؛ به [معبود] کسانی که غیر خدا را می‌خوانند، دشنام ندهید، مبادا آنها [نیز] از روی ظلم و جهل، خدا را دشنام دهند! این چنین برای هر امتی عملشان را زینت دادیم، سپس بازگشت آنان به سوی پروردگارشان است؛ پس آنها را از آنچه عمل می‌کردند، آگاه می‌سازد [و پاداش و کفر می‌دهد].

۲. «كُونُوا لَنَا رِئِيًّا وَلَا تَكُونُوا عَلَيْنَا شَيْئًا، حَبِّبْنَا إِلَى النَّاسِ وَلَا تَبْغِضُونَا إِلَيْهِمْ». این روایت یک قاعده کلی را بیان می‌کند که موجب قبیح نشان دادن دین نباشد، و چون صیغه نهی است، دلالت بر حرمت می‌کند. همچنین امام صادق (ع) می‌فرماید: «لَا يَتَعَرَّضُ لِلتَّهْمَةِ». این روایت نیز بیان می‌کند از اموری که موجب می‌شود دین در موضع تهمت واقع شود، باید اجتناب کرد و ترک این امور واجب است.

(سیفی مازندرانی، ۱۴۲۵: ۱۵۲/۱) و بنای عقلا استدلال کرد.

۵- حرج: در لغت به معنای ضیق، تنگی گناه و حرام آمده است: «الحرج فی الأصل الضیق ويقع علی الإثم والحرام» (ابن اثیر جزری، بی‌تا: ۳۶۱/۱). همچنین به معنای اجتماع و انبوهی شیء است، به گونه‌ای که موجب حصول تصور ضیق و تنگی میان آن اشیا شود (راغب اصفهانی، بی‌تا: ۲۲۲/۱). منظور از قاعده لاجرح این است که هر تکلیفی که دشوار و مشقت‌زاست، ساقط می‌باشد (محمدی، ۱۳۷۹: ۲۰۰).

۶- اراده (قصد و رضا): به تعبیر بعضی از حقوق‌دانان به پیروی از فقه اسلامی، رضا اشتیاق به ایجاد، و قصد انشاء ایجاد امر متصور است؛ یعنی رضا در اصطلاح، همان میل و گرایش باطنی به انجام عمل است و قصد، ایجاد عمل حقوقی در عالم ذهن (امامی، ۱۳۳۵: ۱۸۰/۱).

در حقوق فرانسه معمولاً قصد و رضا را تحت عنوان اراده مطرح می‌کنند.

۲. محرمیت در انگاره اسلام

۲-۱. از دیدگاه قرآن و علمای اسلامی

مطابق با آیات ۲۲ و ۲۳ سوره نساء^۲ محارم ذاتی انسان عبارت‌اند از: محارم نسبی، رضاعی و سببی. برخی علمای معاصر، از محرمیت عرضی نیز تعبیر کرده‌اند. این دسته، حکمت محرمیت عرضی را استمرار رابطه تربیتی و اصل عدم تجاذب جنسی مدلول آیات ۳۱ و ۶۰ سوره نور و قاعده لاجرح دانسته، می‌گویند:

- «دختر و پسر اجنبی‌ای که همچون فرزند خود بزرگ کرده‌اید که یا نمی‌دانند از فرزندان اصلی شما نیستند و یا می‌دانند، ولی در هر صورت هرگز تجاذب جنسی در این میان نیست، پسرشان مشمول ﴿لَمْ يَظْهَرُوا عَلٰی عَوْرَاتِ النِّسَاءِ﴾ و ﴿التَّابِعِينَ غَيْرِ اُولٰٓئِکَ﴾»

1. Consentement.

۲. ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ اِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ اِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا ۝ حُرِّمَتْ عَلَیْكُمْ اُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَاَخْوَانُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْاَخِ وَبَنَاتُ الْاُخْتِ وَاُمَّهَاتُكُمْ الَّلَاتِیْنَ اَرْضَعْتُمْ وَاَخْوَانُكُمْ مِنَ الرِّضَاعَةِ وَاُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمْ الَّلَاتِیْنَ فِی حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ الَّلَاتِیْنَ دَخَلْتُمْ بَیْنَہُنَّ فَاِنْ لَمْ تَكُونُوْا دَخَلْتُمْ بَیْنَہُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَیْكُمْ وَحَلَائِلُ اَبْنَائِكُمُ الذِّیْنَ مِنْ اَصْلَابِكُمْ﴾ (نساء / ۲۲-۲۳).

الإِزْمِيَّةَ مِنَ الرِّجَالِ»^۱ است و دخترشان هم بر حسب آیاتی مانند «وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ»^۲ هر دو در حکم محارم‌اند، که نه برای این پسر و نه برای آن دختر نسبت به زن و مرد خانه و پسران و دختران خانه هرگز جاذبه جنسی وجود ندارد، ولی در محارم اگر جاذبه جنسی باشد، حجاب هم بر آنان واجب می‌شود» (صادقی تهرانی، ۱۳۷۸: ۳۱۶).

- (فرزندخوانده گرچه فرزند اصلی نمی‌باشد، لیکن چون اطلاع دادن و متوجه شدن او به فرزندخوانده بودن، برای او حرج و مشقت ولو روحی دارد، از جهت محرمیت، حکم فرزند اصلی را داشته و همه محارم فرزند اصلی، به او محرم می‌باشند و جزء محارم از حیث محرمیت محسوب می‌شوند و در محرمیت ذکر شده فرقی بین نسبی مانند دایی و عمه و یا سببی مانند مادرزن و یا مادرشوهر و یا پدرشوهر و غیر آن‌ها نبوده و نیست و اسلام نه تنها دین نفی حرج است، بلکه قبل از آن، دین سهولت است) (صانعی، ۱۳۸۴: ۵۸۸).

۲-۲. مستندات

بیان شد که برخی از فقهای معاصر، حکمت محرمیت فرزندخوانده با سرپرست را استمرار رابطه تربیتی و مسلوب بودن تجاذب جنسی، و برخی مشقت و حرج روحی بر مبنای قاعده لاجرح دانسته‌اند.

۱. «وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ بَعْضُ مَنِّ بَصْرَهُنَّ وَبِحَفْظِنَ فُرُوجَهُنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَلْيَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَى جُيُوبِهِنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ آبَائِهِنَّ أَوْ آبَائِ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ أَبْنَاءِهِنَّ أَوْ أَبْنَاءِ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ إِخْوَانِهِنَّ أَوْ بَنِي إِخْوَانِهِنَّ أَوْ بَنَاتِهِنَّ أَوْ نِسَائِهِنَّ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ أَوِ التَّابِعِينَ غَيْرِ أُولِي الإِزْمِيَّةِ مِنَ الرِّجَالِ أَوْ الظُّفُلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَى عَوْرَاتِ النِّسَاءِ وَلَا يُضْرِبْنَ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِنْ زِينَتِهِنَّ وَتُوبُوا إِلَى اللَّهِ جَمِيعًا أَيُّهَا الْمُؤْمِنُونَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ» (نور / ۳۱)؛ و به زنان باایمان بگو چشمهای خود را [از نگاه هوس‌آلود] فرو گیرند و دامان خویش را حفظ کنند و زینت خود را جز آن مقدار که نمایان است، آشکار نمایند و [اطراف] روسری‌های خود را بر سینه خود افکنند [تا گردن و سینه با آن پوشانده شود] و زینت خود را آشکار نسازند، مگر برای شوهرانشان یا پدرانشان یا پدر شوهرانشان یا پسرانشان یا پسران همسرانشان یا برادرانشان یا پسران برادرانشان یا پسران خواهرانشان یا زنان هم‌کیشانشان یا بردگانانشان [کنیزانشان] یا افراد سفیه که تمایلی به زن ندارند یا کودکانی که از امور جنسی مربوط به زنان آگاه نیستند، و هنگام راه رفتن، پاهای خود را به زمین نزنند تا زینت پنهانی‌شان دانسته شود [و صدای خلخال که در پا دارند، به گوش رسد] و همگی به سوی خدا باز گردید ای مؤمنان، تا رستگار شوید.

۲. «وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا يَرْجُونَ نِكَاحًا فَلَيْسَ عَلَيْهِنَّ جُنَاحٌ أَنْ يَضَعْنَ ثِيَابَهُنَّ غَيْرَ مُتَبَرِّجَاتٍ بِزِينَةٍ وَأَنْ يَسْتَعْفِفْنَ خَيْرٌ لَهُنَّ وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ» (نور / ۶۰)؛ و زنان از کارافتاده‌ای که امید به ازدواج ندارند، گناهی بر آنان نیست که لباس‌های [روبین] خود را بر زمین بگذارند، به شرط اینکه در برابر مردم خودآرایی نکنند، و اگر خود را بپوشانند، برای آنان بهتر است، و خداوند شنوا و داناست.

۱-۲-۲. رابطه تربیتی و مسلوب بودن تجاذب جنسی

آیات مورد استناد، احکام نگاه کردن، حجاب و شرح وظایف زنان را در این زمینه بیان می‌دارند. طبق این آیات، زنان نمی‌توانند حجاب و زینت خود را آشکار نمایند، مگر در مقابل برخی مردان؛ یکی ﴿أَوِ الْطِفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَىٰ عَوْرَاتِ النِّسَاءِ﴾ و دیگری ﴿غَيْرِ أُولَىٰ الرَّزِيَّةِ مِنَ الرِّجَالِ﴾ (مکارم شیرازی، ۱۳۷۴: ۴۳۸/۱۷-۴۴۲). منظور از اُولی، اطفالی هستند که توانایی یا آگاهی از احساس جنسی ندارند. در نتیجه اطفالی که به سن تمیز رسیده‌اند و این تمایل و توانایی در آن‌ها بیدار شده است، زنان باید در برابر آن‌ها رعایت کنند (همان: ۴۵۳/۱۷). منظور از دومی، کسانی هستند که تمایل جنسی و نیاز به همسر ندارند. در بیان منظور از این فراز آیه، در میان مفسران گفتگوست. بعضی آن را به معنای پیرمردانی دانسته‌اند که شهوت جنسی در آن‌ها خاموش شده است. بعضی دیگر آن را به «خصی» و «خنثی» تفسیر کرده‌اند (همان: ۴۵۲/۱۷). همان طور که از مفهوم آیه برداشت می‌شود، بر فرض تمام بودن دلالت، عدم اطلاع یا عدم توانایی و خاموشی جنسی به این معنا نیست که این دسته از مردان همانند محارم‌اند. قدر مسلم این است که پوشیدن سر یا کمی از دست و مانند آن در برابر این گروه واجب نیست. پس اولاً این آیه دلالت بر محرمیت نمی‌کند، ثانیاً قدر مسلم، عدم وجوب حفظ حجاب در برابر این دسته از مردان است و ثالثاً عدم وجوب حفظ حجاب نیز مشروط به عدم اطلاع و یا خاموشی شهوت جنسی است که فراز اخیر فتوای ایشان - ولی در محارم اگر جاذبه جنسی باشد، حجاب بر آنان هم واجب می‌شود- دلالت بر مطلوب دارد.

فراز ﴿وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ﴾ استثنایی دیگر برای حکم حجاب زنان بیان می‌کند و زنان پیر را به دو شرط، از این حکم مستثنا می‌شمرد؛ نخست آنکه به سن و سالی برسند که معمولاً امیدی به ازدواج ندارند و به تعبیر دیگر جاذبه جنسی را کاملاً از دست داده‌اند. دیگر اینکه در حال برداشتن حجاب، خود را زینت نکنند. در منظور از «قواعد النساء» نیز بین مفسران گفتگوست. در بعضی از روایات اسلامی، تعبیر به «مستة» (زنان سالخورده) شده و در بعضی دیگر، تعبیر «قعود از نکاح» (بازنشستگی از ازدواج) آمده است. اما جمعی از فقها و مفسران، آن را به معنای «پایان دوران قاعدگی و رسیدن به حد نازایی و عدم رغبت کسی به ازدواج با آن‌ها» دانسته‌اند (همان: ۵۴۲/۱۸). به نظر،

دلالت این آیه نیز در اثبات مدلول تمام نیست؛ چرا که جاذبه جنسی اگرچه قبل از بلوغ دختر وجود ندارد، اما در هر صورت، امکان چنین جاذبه‌ای بعد از بلوغ زیاد است، مگر در خصوص همان زنان سالخورده. لذا چنین استدلال ضعیفی نهایتاً به صورت موقت، فقط و جوب حفظ حجاب را برمی‌دارد نه اینکه ایجاد محرمیت کند. از طرفی قرار دادن فرزندخوانده در معنای قواعد، چندان صحیح نمی‌باشد؛ چون فرزندخوانده نه مسته است، نه دوران قاعدگی اش پایان پذیرفته است و اگر از باب تنقیح مناط بوده است، باز هم چنین تنقیحی حجیت ندارد؛ چرا که قطعی نیست.

۲-۲. قاعده لاجرح

برخی نیز قائل به محرمیت فرزندخوانده با سرپرست، با استناد به مشقت و حرج روحی بر مبنای قاعده نفی حرج شده‌اند (صانعی، ۱۳۸۴: ۵۸۸). اما آیا قاعده لاجرح می‌تواند محرمیت جدید میان فرزندخوانده و سرپرست ایجاد نماید؟

فقیهان اسلامی برای اثبات قاعده لاجرح، به دلیل کتاب از جمله آیه ۷۸ سوره حج^۱ و همچنین سنت^۲ استناد کرده‌اند و مشهور معتقدند که اولاً حرج در این قاعده، حرج شخصی است و جنبه امتنانی دارد؛ لذا بر شخصی که انجام عمل برای او حرجی ندارد، خلاف امتنان است. ثانیاً حرج علت حکم است و در جایی که حرج برای شخصی نباشد، علت نفی حکم از آن شخص وجود ندارد تا حکم منتفی گردد. برخی نیز معتقدند که اگرچه حرج در قاعده، شخصی است، ولی در برخی موارد، حرج نوعی است و موجب رفع تکلیف از همه مکلفان می‌گردد؛ مانند خون قروح و جروح که معفو است (موسوی بجنوردی و علایی نوین، ۱۳۸۸: ۲۶۶/۱). دیدگاه فقها در اینکه آیا قاعده لاجرح فقط نسبت به احکام وجوبی جریان دارد یا نسبت به احکام تحریمی نیز جاری

۱. «وَجَاهِدُوا فِي اللَّهِ حَقَّ جِهَادِهِ هُوَ اجْتَبَاكُمْ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» (حج / ۷۸)؛ در راه خداوند چنان که سزوار جهاد در راه اوست، جهاد کنید. او شما را برگزیده و در دین هیچ تنگنایی برای شما ننهاد. «لَا يَكُلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إِضْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِنَا رَبَّنَا وَلَا تُحَمِّلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِ وَاعْفُ عَنَّا وَارْحَمْنَا أَنْتَ مَوْلَانَا فَانصُرْنَا عَلَى الْقَوْمِ الْكَافِرِينَ» (بقره / ۲۸۶)؛ ... پروردگارا هیچ بار گرانی [تکلیف شاقی] را بر ما قرار مده، همچنان که بر کسانی که پیش از ما بوده‌اند، تحمیل فرمودی....

۲. «بعثت بالحنفية السمحة السهلة» (حرّ عاملی، بی تا: ۱۱۶/۸).

است، متفاوت است. برخی با استدلال به عمومیت نفی حرج در آیه معتقدند که لاجرح هم در واجبات جاری است و هم در محرمات، و حرمت فعل حرام را در صورتی که ترک فعل حرام حرجی باشد، برمی‌دارد. برخی دیگر با اعتقاد به جریان قاعده در هر دو، میان محرمات صغیره و کبیره فرق گذاشته و گفته‌اند که لاجرح در محرمات کبیره جریان ندارد (همان).

حال با توجه به ادله «لا حرج»، اولاً حرج منفی، حرج شخصی است نه نوعی، یعنی قاعده تنها رافع حرمت از کسی خواهد بود که رعایت محرمیت برای او حرجی باشد نه سایر افراد؛ چه آن شخص فرزندخوانده باشد و چه سرپرست و چه هر دو، و بر فرض شمول نسبت به دیگران، رفع حرمت موقتی است نه دائمی و در تمام زمان‌ها و مکان‌ها. ثانیاً شارع مقدس مسئله محرمیت را از آثار مهم نسب دانسته و «تحریم ابدی به رضاع، مصاهرت، زنا و شبه آن است» (محقق حلی، ۱۳۸۹: ۲۰/۳) که محرمیت غیر از این سه راه، جعلی و خروج از استنباط شرعی است (جمع من المحققین، ۱۴۲۹: ۲۴۶)؛ لذا فرزندخوانده به دلالت «وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ»^۱، فرزند واقعی محسوب نگردیده، جزء هیچ یک از اسباب تحریم نیز نمی‌باشد. بنابراین «لا حرج» حکم جایگزینی مثل «محرمیت» جعل نمی‌کند. ثالثاً استدلال به وجود مفسده به دلیل تألم روحی ناشی از اطلاع یافتن فرزندخوانده در همه موارد صحیح نیست؛ زیرا شارع در برخی امور چون دماء و فروج، اطلاع را واجب می‌داند (موسوی خویی، بی‌تا: ۱۵۹/۱-۱۶۰؛ حسینی شاهرودی، بی‌تا: ۱۲۴/۱؛ مصطفوی، ۱۳۹۰: ۳۶). ممکن است فرزندخوانده مثلاً تصمیم به ازدواج با کسانی بگیرد که جزء محارم حقیقی اش هستند و او آگاه نیست. در این خصوص، از باب اعلام جاهل واجب است. در نتیجه با قاعده لاجرح نمی‌توان فتوا به محرمیت فرزندخوانده با سرپرست داد.

۳. تحلیل دیدگاه فقها پیرامون نکاح سرپرست با فرزندخوانده

در انگاره اسلام

۱-۳. دیدگاه قائلان به جواز

مشهور علمای شیعه و سنی اعم از مفسران و فقها، قائل به جواز ازدواج سرپرست

با فرزندخوانده شده‌اند.

۱-۱-۳. مبانی و مستندات

این دسته از علما به آیات ۴، ۵، ۳۷ و ۴۰ از سوره احزاب و ۲۳ سوره نساء استدلال نموده‌اند.

۱. ﴿مَا جَعَلَ اللَّهُ لِرَجُلٍ مِنْ قَلْبَيْنِ فِي جَوْفِهِ... وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكَمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ﴾ (احزاب/۴)؛ «خداوند برای هیچ کس دو دل در درونش نیافریده است. فرزندخواندگان شما را پسرانتان قرار ندادیم. حرفی است که به زبان می‌گویید و حقیقت ندارد، و خدا می‌گوید سخن راست را، و او هدایت می‌کند به راه راست». این آیه، زمینه را برای اذهان فراهم می‌آورد که فرزندخوانده، فرزند واقعی انسان نیست و مفاد آیه بیانگر این مطلب است که احکام فرزندان صلبی برای فرزندخوانده قرار داده نشده است (طباطبایی، ۱۳۹۳: ۱۶/۱۴۴). بر اساس صدر آیه نیز جمع بین فرزندخوانده و فرزند واقعی ممکن نیست؛ یعنی امکان ندارد که دو نوع محبت متضاد در فردی جمع شود؛ محبت به عنوان فرزندخوانده با محبت به عنوان فرزند واقعی. بر اساس آیه مورد بحث، فرزند دیگری را فرزند خود خواندن، دو امر متنافی هستند. بنابراین انسان به حکم اینکه یک قلب بیشتر ندارد، باید دارای یک کانون عاطفی و تسلیم در برابر یک قانون باشد (مکارم شیرازی، ۱۳۷۴: ۱۷/۱۹۷).

۲. ﴿أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَا كُنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا﴾ (احزاب/۵)؛ «شما پسرخوانده‌ها را به پدرانشان نسبت دهید که این نزد خدا به عدل و راستی نزدیک‌تر است و اگر پدرانشان را شناسید، در دین برادران و یاران شما هستند، و در کار ناشایسته‌ای که به خطا کنید، بر شما گناهی نیست، لیکن آن کار زشتی که به عمد و با اراده قلبی می‌کنید، بر آن گناه مؤاخذه می‌شوید، و [اگر از این هم پشیمان شوید و توبه کنید باز] خدا بسیار آمرزنده و مهربان است». در این آیه، «لام در «لأبائهم» لام اختصاص و مخصوص آباء هم می‌باشد؛ یعنی «أدعیاء» منسوب به پدرانشان‌اند و اگر شما پدرانشان را به شخص نمی‌شناسید، آن‌ها را برادران و اولیاء

بخوانید و هرگز به نام غیر، منسوبشان نکنید» (طباطبایی، ۱۳۹۳: ۱۴۴/۱۶؛ طریحی، ۱۴۱۴: ۱۴۴/۱؛ مکارم شیرازی، ۱۳۷۴: ۱۷/۱۹۸). در این آیه با توجه به لام اختصاص، به تصریح بیان شده که با وقوع فرزندخواندگی، هیچ رابطه سببیتی بین فرزندخوانده و فرزندپذیر به وجود نمی‌آید؛ چرا که فرزندخوانده منتسب به پدر خویش است، در نتیجه نسب منتفی و محرمیت که از آثار نسب می‌باشد نیز منتفی است و لذا ازدواج با فرزندخوانده بدون اشکال می‌باشد (انصاری قرطبی، ۱۳۸۴: ۱۴/۱۱۸).

۳. ﴿... فَلَمَّا قَضَىٰ زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَا كَهَا لَيْكِي لَا يَكُونَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِي أَزْوَاجِ أَدْعِيَائِهِمْ إِذَا قَضَوْا مِنْهُنَّ وَطَرًا...﴾ (احزاب / ۳۷). این آیه اشاره به ازدواج پیامبر با همسر فرزندخوانده‌اش دارد. قرآن برای رفع هر گونه ابهام، با صراحت تمام، هدف اصلی این ازدواج را که شکستن یک سنت جاهلی در زمینه خودداری از ازدواج با همسر فرزندخوانده است، بیان می‌دارد تا بدین وسیله همه بفهمند که همسر پسرخوانده، محرم انسان نیست و سایر مسلمانان نیز می‌توانند با همسر پسرخوانده‌شان ازدواج کنند. اصولاً سنت شکنی و برچیدن آداب و رسوم خرافی و غیر انسانی همواره با سروصدا توأم است. لذا خداوند در پایان آیه برای تثبیت قاطعیت در این گونه مسائل بنیادی می‌فرماید: ﴿وَكَانَ أَمْرُ اللَّهِ قَدَرًا مَقْدُورًا﴾؛ «فرمان خدا همواره روی حساب و برنامه دقیقی است [و باید به مرحله اجرا درآید]». تعبیر ﴿لَيْكِي لَا يَكُونَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِي أَزْوَاجِ أَدْعِيَائِهِمْ﴾ علت ازدواج و مصلحت حکم را بیان می‌دارد؛ اینکه مؤمنان در خصوص ازدواج با همسران پسرخوانده‌هایشان، بعد از آنکه بهره خود را گرفتند، بتوانند با آنها ازدواج نمایند و از این جهت در سختی نباشند (مکارم شیرازی، ۱۳۷۴: ۱۷/۳۲۲؛ طوسی، ۱۴۰۹: ۱/۳۳۱؛ طباطبایی، ۱۳۹۳: ۱۶/۳۲۳).

۴. ﴿مَا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَا أَحَدٍ مِنْ رِجَالِكُمْ وَلَكِنْ رَسُولَ اللَّهِ وَخَاتَمَ النَّبِيِّينَ وَكَانَ اللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا﴾ (احزاب / ۴۰).

نحوه استدلال: این آیه در مقام اعتراض مردم به پیامبر اسلام که «چرا با همسر فرزندخوانده‌ات ازدواج کردی؟» نازل شده و چنین پاسخ می‌دهد: «رسول گرامی پدر هیچ یک از مردان موجود شما نیست تا ازدواجش با همسر یکی از شما، ازدواج با همسر پسرش باشد». خطاب «من رجالکم» نفی تکوینی است نه تشریحی؛ یعنی هیچ یک از مردان شما از صلب وی متولد نشده‌اند. زید بن حارثه نیز یکی از مردان شماست، پس

ازدواج رسول خدا با همسر وی بعد از آنکه طلاق گرفت، ازدواج با همسر پسرش نمی‌باشد. بر اساس این آیه نیز ازدواج با فرزندخوانده جایز است (طباطبایی، ۱۳۹۳: ۱۶/۳۲۳).
 ۵. ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ... حَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾ (نساء/۲۳). این آیه اشاره به یکی دیگر از محارم ذاتی انسان یعنی «حلائل ابناءکم الذین من اصلا بکم» دارد. منظور از «حلائل ابناءکم»، حلیله فرزندان صلبی است و قید «من اصلا بکم» برای اخراج فرزندخوانده از عنوان «ابنائکم» بوده و نه فرزندان رضاعی (مکارم شیرازی، ۱۳۷۴: ۳/۳۳۰-۴۲۴؛ فخرالدین رازی، ۱۴۲۱: ۱۰/۲۹).

با توجه به مستندات فوق، مشهور فقهای متقدم و متأخر امامیه به دلیل فقدان نسب و عدم ایجاد رابطه سببی، قائل به عدم محرمیت فرزندخوانده با سرپرست بوده، ازدواج فیما بین را جایز می‌دانند. بر همین اساس، راهکارهایی چون رضاع و عقد در جهت محرم نمودن فرزندخوانده با سرپرست از سوی فقهای اسلامی ارائه شده که مؤید عدم محرمیت و در نتیجه جواز ازدواج با سرپرست از سوی فقها می‌باشد (بهبخت، ۱۳۸۶: ۴/۴۰۱؛ تبریزی، ۱۳۹۱: ۱/۳۳۶). برخی از فقهای معاصر که قائل به محرمیت عرضی فرزندخوانده و سرپرست بودند، ازدواج فیما بین را به دلیل اینکه محرمیت عرضی به معنای حقیقی، محرمیت ذاتی ایجاد نمی‌کند، جایز می‌دانند؛ چرا که محرمیت از آثار نسب شرعی است و فرزندخوانده از صلب سرپرست نمی‌باشد. ایشان می‌گویند:
 «و در همین حال نیز ازدواج با آنان جایز است؛ چرا که از محارم ذاتی نسبی یا سببی نیستند، بلکه محرمیت فیما بین عرضی است» (صادقی تهرانی، ۱۳۷۸: ۳۱۶).

دیدگاه علمای عامه: با رجوع به کتب اهل سنت و بررسی اقوال مفسران و فقهای آنان درمی‌یابیم که جملگی با توجه به آیه ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾ به عدم محرمیت بین فرزندخوانده و سرپرستش و جواز ازدواج فتوا داده‌اند.

نحوه استدلال: فقهای مذهب شافعی معتقدند که ذکر «اصلا بکم» در آیه ۲۳ سوره نساء، برای خارج کردن حرمت ازدواج پدر با زوجه متبنی می‌باشد و آیه تنها در مقام بیان حرمت ازدواج پدر با زوجه فرزند صلبی است و چنین تحریمی به واسطه خبر سابق و تقدیم منطوق بر مفهوم می‌باشد و حلیله فرزند رضاعی به استناد حدیث نبوی «یحرم من الرضاع ما یحرم من الولادة» داخل در حرمت ازدواج باقی می‌ماند (عمرانی

یمنی، ۱۴۲۱: ۲۴۲/۹-۲۴۳؛ ابن ملّین مصری، ۱۴۲۷: ۱/۹۹؛ بلقینی شافعی، ۱۴۳۳: ۳/۵۷؛ رویانی، ۲۰۰۹: ۱۹۷/۹؛ رملی، ۱۴۰۴: ۶/۲۷۴؛ خطیب شربینی، ۱۴۱۵: ۴/۲۹۱؛ نووی، بی‌تا: ۵/۴۵۱).

فقه‌های مالکی با تبیین مقصود «حلائل ابناءکم الذین من اصلابکم» به معنای زوجات پسران صلبی که مقصود احتراز جستن از فرزندخوانده است نه فرزند رضاعی، به استناد آیات «ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ اَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ» و «لِكَيْلَا يَكُونَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِي اَزْوَاجِ اَدْعِيَائِهِمْ» قائل به جواز ازدواج شده‌اند (ابن جلاب بصری، ۱۴۲۸: ۲/۸۱؛ تمیمی صقلی، ۱۴۳۴: ۹/۳۲۹).

فقه‌های حنبلی نیز بدون خلاف می‌گویند: حلیله متبنی مشمول آیه ۲۳ سوره نساء نمی‌باشد وگرنه ذکر آن نیز می‌آمد و یا اگر حلیله به نحو مطلق یا عام ذکر می‌شد، دیگر آوردن قیود «صلب» و «رضاع» بی‌معنا و بیهوده می‌بود (حجاوی مقدسی، بی‌تا: ۳/۱۸۱؛ مرداوی سعدی حنبلی، ۱۴۱۹: ۸/۸۶؛ بهوتی، بی‌تا: ۵۱۹؛ ابواسحاق، ۱۴۲۳: ۷/۵۲؛ بعلی، بی‌تا: ۳۵۷؛ ابن قدامه مقدسی، ۱۴۱۴: ۳/۲۸؛ عاصمی، ۱۳۹۷: ۶/۲۸۹؛ زرکشی، ۱۴۱۳: ۵/۱۵۲؛ تمیمی، بی‌تا: ۳/۶۵۳؛ فتوحی حنبلی، ۱۴۱۹: ۴/۸۶). همچنین فقه‌های ظاهری نیز گفته‌اند که ازدواج پدر و جد هر چه بالا رود، با زن ولد هر چه پایین رود، چه ولد پسر و چه ولد دختر، حلال نمی‌باشد و بدون خلاف قائل‌اند که ازدواج پدر و جد با زن پسر، حرام ابدی است (ابن حزم، بی‌تا: ۹/۵۲۵، ذیل مسئله ۱۸۵۹). زیدیه نیز همچون مذاهب دیگر گفته‌اند که قید «الذین من اصلابکم» تنها برای اخراج متبنی از حکم حرمت نکاح در آیه ۲۳ سوره نساء می‌باشد. این حکم از منظر فقه‌های این مذهب، اجماعی است^۱ (امام احمد، بی‌تا: ۶/۲۲۹).

۲-۳. دیدگاه قائلان به عدم جواز

۱-۲-۳. حرمت نکاح به لحاظ حکم اولی

۱-۱-۲-۳. تمسک به بنای عقلا

برخی بدین‌تقریر که موضوع فرزندخواندگی یعنی تربیت طفل در عصر حاضر، غیر

۱. مسألة: «ولا يُعتَبَرُ في حلیلة الأب والابن الدخول لظاهر الآیة، وحلیلة ابن الرضاع كذلك إجماعاً إخراج للمُتَبَنَّى فقط».

از موضوع فرزندخواندگی (استفاده از توان جسمی فرزندخوانده) در صدر اسلام و عصر جاهلیت بوده، با تمسک به بنای عقلا، قائل به حرمت ازدواج سرپرست با فرزندخوانده شده‌اند؛ با این توضیح که در عصر حاضر، چنین ازدواجی مخالف با هدف فرزندخواندگی (تربیت) و دارای مفاسد نوعیه و اخلاقاً مورد نکوهش است. لذا عقلاء بما هم عقلاء، چنین ازدواجی را جایز نمی‌دانند (کدیور، ۱۳۹۲).

ایراد: این استدلال صحیح نیست؛ زیرا اولاً، در صدر اسلام و عصر جاهلیت همیشه این گونه نبوده که فرزندخوانده صرفاً به جهت استفاده از نیروی جسمانی مورد توجه و نگهداری بوده باشد. به دلالت آیه ۹ سوره قصص،^۱ علت نگهداری حضرت موسی عَلَيْهِ السَّلَام نداشتن فرزند و نیاز عاطفی ذکر شده است (زمخشری، ۱۴۰۷: ۳/۳۹۴). ثانیاً، به طور مطلق نمی‌توان چنین ازدواجی را قبیح دانست؛ زیرا در مواردی، مصلحت ضروری فرد، بر وقوع چنین ازدواجی حکم می‌کند و بنای عقلاء بما هم عقلاء، قبحی را معتبر می‌داند که ریشه در حکم عقل داشته باشد؛ حال آنکه اختلاف در مشروعیت و ممنوعیت چنین ازدواجی بین عقلا، دلالت بر عدم اتفاق به حکم عقل دارد و لذا نمی‌توان به بنای عقلا تمسک کرد.

۲-۱-۲-۳. به سبب تربیت

برخی دانشمندان با تمسک به آیات قرآن، قائل به حکم اولی حرمت ازدواج سرپرست با فرزند شده‌اند.

۱- تمسک به تعمیم اصل محرمیت سببی و استناد به محرمیت ریبیه‌ها در آیه ۲۳ سوره نساء: الف) تعمیم اصل سببی: در این آیه در خصوص محارمی که ازدواج با آنان منع شده، از یک کلمه واحد (أبنائکم) استفاده شده است و سپس با یک توضیح (الذین من أصلابکم)، بین آن دو فرق گذاشته می‌شود؛ چرا که عرب پسرخوانده را پسر خود می‌دانسته است. از آنجایی که در این آیه، دقت بالایی در بیان امکان ازدواج با همسر فرزند (پسرخوانده) شده است، عدم بیان امکان ازدواج با خود فرزندخوانده، دلالت بر بدیهی بودن عدم جوازش دارد؛ چرا که فرزندخوانده همچنان در آیه، فرزند

۱. ﴿وَقَالَتِ امْرَأَةُ فِرْعَوْنَ قُرَّةُ عَيْنٍ لِي وَلَكِ لَا تَقْتُلُونَهَا عَسَىٰ أَنْ يَنْفَعَنَا أَوْ نَتَّخِذَهُ وَلَدًا وَهُمْ لَا يَشْعُرُونَ﴾؛ و [چون] همسر فرعون [احساس کرد که آنان قصد کشتن کودک را دارند، خطاب به فرعون] گفت: او را نکشید [که او] روشنی چشم من و توست. شاید به ما سودی برساند یا او را به فرزندی بگیریم، ولی آن‌ها نمی‌فهمیدند.

خطاب می‌شود. ب) محرم شدن ربیبه: مشخص است که ازدواج با یک زن هیچ گونه تغییر بیولوژیک در رابطه بین مرد و دختر آن زن ایجاد نمی‌کند. بلکه همان طور که خود این آیه به صراحت بیان کرده است، داخل شدن در یک زندگی مشترک و برقراری رابطه تربیتی بین مرد و دختر همسرش است که دختر را محرم ازدواجی می‌کند تا دختر از داشتن رابطه عاطفی والدین و فرزند، در زندگی جدید مادرش محروم نشود، ضمن اینکه زمینه برای سوءاستفاده‌های جنسی به شدت کاسته شود. در واقع قاعده امضایی محرمیت دخترخوانده (غیر صلبی) به دختر همسر از ازدواج قبلی اش تعمیم یافته است (آل حسین، ۱۳۹۳).

۲- استناد به محرمیت فرزندخوانده با سرپرست از جهت عدم نیاز به حفظ حجاب در آیه ۳۱ نور: از آنجایی که در این آیه، تمایزی بین فرزند حقیقی و فرزند غیر صلبی و یا بین پدر و پدرخوانده گذاشته نشده است، می‌توان نتیجه گرفت که وقتی قرآن می‌گوید دخترانتان محرم‌اند، هم شامل دختر حقیقی می‌شود و هم دخترخوانده. عدم اجرای چنین قاعده‌ای دلالت دارد که دخترخوانده‌ها نیز چون دختران بیولوژیک، محرم ازدواجی هستند و عدم وجود رابطه بیولوژیک بین سرپرست و فرزندخوانده، نمی‌تواند مانع محرمیت شود؛ همچنان که در مواردی قرآن، عدم رابطه بیولوژیک یا پیوند سببی را محرمیت ندانسته، بلکه رابطه تربیتی را عامل محرمیت دانسته است؛ مانند فرزندان همسر از ازدواج قبلی اگر وارد زندگی مشترک شوند، همچنین مادران رضاعی، خواهران رضاعی و در نهایت همسران پیامبر که در همان سوره احزاب بعد از فوت پیامبر صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ به علت رابطه خاصی که به عنوان حاملان سنت رسول با امت داشته‌اند، محرم ازدواجی قلمداد شده‌اند تا امکان نفوذ و سوءاستفاده از موقعیت آنان فراهم نشود (همان).

پاسخ: اولاً، فرزندخواندگی زید بر اساس رسم غلط جاهلیت بوده نه رابطه تربیتی که به امر الهی نسخ گردیده است. ثانیاً، تعلیل «عدم بیان امکان ازدواج با فرزندخوانده، خود دلالت بر بدیهی بودن عدم مجاز بودن ازدواج دارد» ناتمام است؛ زیرا چگونه ممکن است ازدواج با همسر فرزندخوانده مجاز باشد، اما ازدواج با خود فرزندخوانده مجاز نباشد؟ آن هم فرزندخوانده‌ای که به نص صریح قرآن، از صلب انسان نمی‌باشد! ثالثاً، استناد به علت «محرم شدن ربائب» به علت داخل شدن در یک

زندگی مشترک و برقراری رابطهٔ تربیتی، ناتمام است؛ زیرا طبق مضامین احادیث منقول از ائمه علیهم‌السلام، شرطی که باعث محرمیت ربائب شده، نزدیکی با مادر اوست، نه صرف در کنار بودن، و لذا اگر چنین شرطی تحقق نیابد، حرمتی نیز ایجاد نمی‌شود و در موردی هم که مرد با زن ازدواج کرده و اما دخول صورت نگرفته و زوجیت استمرار دارد، غیر قابل جمع بودن نکاح مادر و دختر همزمان، باعث محرمیت مرد با دختر شده است و قید «حجر» به لحاظ عادت است که غالباً دختر زن با شوهر زن زندگی می‌کند. البته گروه اندکی از اهل تسنن می‌گویند شرط ربائب این است که در خانه شوهر مادر زندگی کنند. علامه حلی در این باره می‌گوید:

«داود گفته ربیبه محرم می‌شود، زمانی که در خانهٔ مرد باشد و کفالتش کند» (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۲/۶۳۰-۶۳۱).

و در خصوص آیه ۳۱ سوره نور، آن معنایی که از لفظ دختر و پدر متبادر می‌شود، دختر به معنای حقیقی است نه دخترخوانده، آن هم با توجه به آیه ۲۳ سوره نساء که قید «أصلا بکم» به صراحت بین فرزند حقیقی و مجازی و فرزندخوانده تفکیک قائل شده است.

۲-۲-۳. حرمت نکاح به لحاظ حکم ثانوی به دلیل مصلحت فرد و جامعه و دفع مفسده

بی‌شک احکام الهی دارای مصالح و مفاسد نفس‌الامری هستند که علت صدور احکام‌اند. برخی از فقها و حقوق‌دانان اسلامی معاصر به لحاظ حکم اولی، قائل به جواز ازدواج سرپرست با فرزندخوانده هستند، اما با توجه به مفسده‌ای که این نوع ازدواج برای روح و جسم فرزندخوانده دارد و موجب از بین رفتن استحکام خانواده و جامعه و وهن دین می‌شود، در راستای حفظ مصلحت فرد و جامعه و نظم عمومی و حفظ دین، به لحاظ حکم ثانوی قائل به حرمت شده‌اند. برخی در این باره بیان داشته‌اند:

«شرعاً ازدواج باید به مصلحت فرزندخوانده باشد و به اصطلاح فقها، غبطه او رعایت شود و این کار غالباً به مصلحت فرزندخوانده نیست و راه را برای سوءاستفاده پدرخوانده باز می‌کند» (مکارم شیرازی، ۱۳۸۶: ۱۰۰).

همچنین ایشان بیان داشته‌اند:

- «هر گاه فرزندخوانده بالغ و رشید شود و ازدواج با افرادی که اشاره گردید، به مصلحت او باشد و محرم نیز نشده باشند، مانعی ندارد» (استفتاء شماره ۶۲۱۲۶۶، مورخ ۱۳۹۶/۹/۶).

عده‌ای از حقوق‌دانان معتقدند که اگر بین شخص تحت سرپرستی و سرپرستان وی، قائل به حرمت نکاح نباشیم، ممکن است زمینه گسترش مسائل غیر اخلاقی فراهم شود و نهاد فرزندخواندگی از هدف اساسی و انسانی خود (تربیت و آموزش) فاصله گیرد (امامی، ۱۳۷۹: ۵۳). حفظ دین و جلوگیری از وهن احکام (هر عملی که موجب تضعیف و سست نمودن دین در انظار عمومی و ادیان دیگر شود و دین را سبک جلوه دهد، موجب وهن است و باید آن را ترک کرد)، از دیگر مستندات می‌تواند قلمداد شود (حسینی خامنه‌ای، ۱۴۲۴: ۳۲۶؛ فاضل موحدی لنگرانی، ۱۴۲۶: ۱۹۹ و ۴۳۴؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۶: ۴۰۴). یعنی با توجه به عموم یا اطلاق قاعده مزبور نباید ازدواج مرد با دختری که خودش بزرگ کرده و موجب وهن به اسلام است (چون تنفر روحی و روانی ایجاد می‌کند)، جایز و قانونی اعلام شود.

ایراد: آنچه مبنای حکم ثانویه این دسته قرار گرفته، ضرورت، حفظ مصلحت و دفع مفسده فردی و اجتماعی به لحاظ تغییر در وضعیت فرد و جامعه (ضایعات روحی، روانی) و تقدیم مطلق حفظ مصلحت دین بر غیر آن است. اما به نظر، هر تغییری به نحو مطلق نمی‌تواند معیار مصلحت و مفسده باشد. مصلحت شامل ضرورت‌ها، نیازهای عمومی و خواست‌های تحسینی است و مصلحتی معیار تغییر حکم شرعی اولی جواز به ثانوی قرار می‌گیرد که با درک قطعی و منجز عقل حاصل شده و مانع دیگری مانند مصلحت ضروری به وجود نیامده باشد. چه بسا ضرورت‌هایی که بر مصالح عمومی جامعه مقدم است و در عین حال مفسده‌ای برای جامعه و خانواده ندارد. لذا نمی‌توان آنچه را مخالف مصلحت جامعه است، به لحاظ حکم ثانوی مطلقاً ممنوع دانست؛ مانند ازدواج سرپرست با فرزندخوانده‌ای که خواست قلبی فرزندخوانده باشد. چنین ازدواجی اولاً از مصالح ضروری است که در خصوص جواز آن، نصوص شرعی قطعی وجود دارد. ثانیاً برای همه فرزندخواندگان، ایجاد مفسده (ضایعات اجتماعی، روحی و

روانی) نمی‌نماید و چه بسا ممنوعیت آن دارای مفسده باشد. تقریر «تقدیم مطلق مصلحت حفظ دین بر غیر آن» نیز صحیح نیست؛ زیرا مطلقاً نمی‌توان جواز ازدواجی را که نص شرعی قطعی بر آن وارد شده و ممکن است جزء نیازهای ضروری شخص باشد، به خاطر بدبینی در جامعه حرام دانست. برخی نیز گفته‌اند:

«گرچه ازدواج فرزندخوانده بدون ایجاد اسباب محرمیت، حرمت شرعی ندارد، چون رابطه محرمیت ایجاد نشده است، لکن چون سرپرستان در عرف مردم، در حکم پدر و مادر هستند و رابطه عاطفی به این صورت برقرار شده است، ترک ازدواج شایسته است» (علوی گرگانی، استفتاء شماره ۱۲۳۳۱-۲۶/۹/۱۳۹۶).

۳-۲-۳. ممنوعیت نکاح به لحاظ حکم حکومتی یا مصوبه قانونی جهت حفظ مصالح فرد یا جامعه

شاید بتوان گفت که تبصره ماده ۲۶ قانون حمایت از کودکان بی سرپرست، از مصادیق حکم حکومتی است؛ یعنی حاکم اسلامی می‌تواند بر اساس مصلحت زمان و مکان، به منظور اداره جامعه در ابعاد گوناگون، با صدور حکم حکومتی چنین ازدواج‌هایی را در زمان کنونی ممنوع اعلام نماید که موجبات صلاح و فلاح امت اسلامی فراهم آید و اعتبار چنین حکمی با اختصاص تشریح به خداوند: ﴿إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ﴾ منافات ندارد؛ زیرا حاکم اسلامی با عنایت به اصول کلی و احکام ثابت اسلام و بر اساس مصالح زمان و مکان، احکامی جعل می‌کند که این احکام در طول شریعت هستند و چیزی جز تطبیق احکام کلی شرعی بر موضوعات جزئی و مصادیق در امور حکومتی نمی‌باشند (کلاتری، ۱۳۷۶: ۱۰۹). همان طور که از مفاد ماده مشخص است، حکم اولی، جواز ازدواج سرپرست با فرزندخوانده است، ولی در راستای حفظ مصلحت و دفع مفسده فرزندخوانده و جامعه، چه در زمان حضانت و چه بعد از آن، ممنوع اعلام شده است. اما چون ممکن است در مواردی مصلحت ضروری فرزندخوانده چنین ازدواجی را ایجاب نماید، اجازه آن با دادگاه بعد از تشخیص مصلحت می‌باشد.

ایراد: به نظر، این نظریه نیز که به صورت قانونی تصویب شده، مخدوش است. همان طور که در بررسی حکم ثانویه بیان شد، تغییر در وضعیت فرد و جامعه، معیار مصلحت و مفسده و صدور حکم است؛ به گونه‌ای که این تغییر غالب، باعث از بین رفتن

مصلحت فردی و ایجاد بی‌نظمی و منجر به تبعات سوء اخلاقی در جامعه شود. در مانحن فیه (ازدواج سرپرست با فرزندخوانده) به نظر، تغییر غالبی که بر مبنای آن تغییر، مصلحت ملزماه‌ای ایجاد گردد، به وجود نیامده است؛ زیرا چنین ازدواج‌هایی اگرچه محتمل الوقوع‌اند، اما نادر می‌باشند و این ازدواج نادر نمی‌تواند وصف تغییر غالب و سپس مصلحت و دفع مفسده حاصل از آن تغییر را ایجاب کند. ثانیاً، تصویب چنین تبصره‌ای اساساً نتیجه‌ای در بر ندارد و نمی‌تواند مانع وقوع چنین ازدواج‌هایی در جامعه گردد؛ زیرا اگر چنین ازدواجی بدون اجازه قانون‌گذار انجام شود، نمی‌توان آن را به لحاظ حکم وضعی باطل دانست؛ اگرچه منعقدکنندگان چنین ازدواجی به لحاظ مخالفت با حکم تکلیفی، مرتکب عمل حرام شده باشند. به نظر ماده مذکور، مصوبه‌ای قانونی از سوی حکومت جهت حفظ مصالح فرد یا جامعه باشد.

۴. تحلیل دیدگاه حقوق کشورهای تونس و فرانسه پیرامون نکاح

سرپرست با فرزندخوانده

نگارندگان معتقدند که فقه اسلامی در مسئله نکاح، مرفقی‌تر از بسیاری نظام‌های حقوقی اندیشیده و مسئله را دائرمدار اراده و اختیار فرزندخوانده و فرزندپذیر (مجتمعاً) که از بدیهیات حقوق بشر است، قرار داده است و سایر نظام‌های حقوقی مدعی آزادی اراده، خلاف این امر بدیهی قانون‌گذاری نموده‌اند. به همین منظور، برای بیان مرفقی بودن اندیشه نظام فقهی و حقوقی اسلام بر مبنای اصل حاکمیت اراده نسبت به سایر نظام‌های حقوقی، اشاره‌ای به حقوق تونس و مدنی فرانسه می‌شود. در قانون این کشورها بر خلاف حقوق کشورهای اسلامی، قرابت ناشی از فرزندخواندگی پذیرفته شده و آثار آن از جمله نکاح با سرپرست به دلیل همان قرابت و همچنین به دلیل مخالفت با اخلاق حسنه و نظم عمومی ممنوع اعلام شده است که این موضوع در ادامه مقاله، مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۴-۱. در قانون ۱۹۵۸ تونس

کشور تونس بر خلاف سایر کشورهای اسلامی، تحت نفوذ قانون کشور فرانسه، قرابت ناشی از فرزندخواندگی را پذیرفته و با فرزندخوانده به عنوان یک فرزند مشروع

رفتار می‌کند. مقررات قانون تونس مستلزم آن است که متقاضی، بزرگسالی از نظر قانونی متأهل، بالغ، دارای حقوق مدنی، اخلاق خوب، ذهن و بدن سالم و قادر به انجام امور فرزندخوانده باشد و فرزندخوانده نیز فرزند خردسال اعم از زن یا مرد باشد و اختلاف سنی بین متقاضی فرزندخواندگی و فرزندخوانده کمتر از ۱۵ سال در روز تصویب حکم فرزندخواندگی نباشد.^۱ در باب ۱۵ قانون ماژالذکر صراحتاً بیان شده که فرزندخوانده دارای همان حقوق و وظایفی است که فرزند نسبی و واقعی دارد و فرزندپذیر نیز در مقابل فرزندخوانده دارای همان حقوقی است که قانون برای والدین قانونی تعیین می‌کند و به آن‌ها تحمیل می‌کند.^۲ بر همین اساس، از آنجایی که در قانون مزبور، فرزندخواندگی صراحتاً در حکم فرزند واقعی و مشروع لحاظ شده و یکی از احکام و آثار طبیعی فرزند مشروع، منع نکاح با اوست، لذا ازدواج فرزندخوانده با فرزندپذیر و برعکس ممنوع می‌باشد (مصری، ۲۰۱۶).

۲-۴. در قانون مدنی فرانسه

در حقوق فرانسه، فرزندخواندگی به علت اینکه از نظر اخلاقی و اجتماعی، هم موجب حمایت از کودکان محروم و بی‌سرپرست می‌باشد و هم موجب حمایت از زوجینی که ناتوان از فرزندآوری هستند، جایگاه والایی دارد و مواد ۳۴۳ تا ۳۶۷ قانون مدنی آن، اشاره به این مبحث، انواع، شرایط فرزندخوانده و فرزندپذیر و همچنین آثار آن دارد. از توجه به آن مواد و توصیف حقوق دانان فرانسوی، دو نوع فرزندخواندگی توسط حکم دادگاه ایجاد می‌شود؛^۱ فرزندخواندگی کامل، یک رابطه حقوقی غیر قابل برگشت^۲ و غیرقابل فسخ جدیدی است که جایگزین رابطه خونی اصلی فرزند می‌شود و فرزندخواندگی شبیه رابطه والدین و فرزند مشروع است و فرزندخوانده از تمام حقوق و تکالیف واقعی^۳

۱. القانون عدد ۲۷ لعام ۱۹۵۸ المؤرخ فی ۴ مارس ۱۹۵۸ المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني، فصل ۹-۱۰.
۲. «للمتبنی نفس الحقوق التي للابن الشرعی وعلیه ما علیه من الواجبات وللمتبنی إزاء المتبنی نفس الحقوق التي يقرها القانون للأبوين الشرعیین وعلیه ما يفرضه من الواجبات عليهما».
3. article 352: Le placement en vue de l'adoption met obstacle à toute restitution de l'enfant à sa famille d'origine.
4. article 358: L'adopté a, dans la famille de l'adoptant, les mêmes droits et les mêmes obligations qu'un enfant dont la filiation est établie en application du titre VII du présent livre.

یک فرزند مانند نفقه، ارث، حضانت، احترام و آثاری چون ممنوعیت نکاح به جز نسب برخوردار می‌شود (Terré et Fenouillet, 2005: n°813 à 912). مطابق با مواد ۳۴۱ و ۳۴۴ قانون مدنی، این نوع فرزندخواندگی نسبت به اطفال زیر ۱۵ سال صورت می‌گیرد (Solang, 1997: 4-12) و برای کسانی که علقه زوجیت قانونی ندارند، ممنوع است و زوجینی امکان آن را دارند که از تاریخ ازدواج آن‌ها بیش از دو سال گذشته یا هر دو، ۲۸ سال کمتر نداشته باشند.^۱ فرزندخواندگی ساده^۲ نیز یک رابطه حقوقی جدید بین فرزندخوانده و فرزندپذیر است که فرزندخوانده در خانواده مبدأ خود باقی مانده، رابطه‌اش با خانواده اصلی قطع نمی‌شود و تمام حقوق خود در آنجا از جمله حقوق ارثی را حفظ می‌کند^۳ و پدر و مادر به اعمال همه حقوق مربوط به اختیارات والدینی خود نسبت به وی ادامه می‌دهند. شرایط این نوع فرزندخواندگی، همان شرایط مندرج در مواد ۳۴۳، ۳۴۴، ۳۴۵، ۳۴۶، ۳۵۳، ۳۵۳-۱، ۳۵۳-۲، ۳۵۳ و ۳۵۵ قانون مدنی یعنی فرزندخواندگی کامل می‌باشد؛^۴ با این تفاوت که آثار فرزندخواندگی کامل در خصوص تابعیت و برخورداری از نام سرپرست را نخواهد داشت و تنها شکل فرزندخواندگی برای افراد کبیر (بالای ۱۵ سال) است (Colin, 1991: 307; Trahand, 1858: 49) و اگر طفل بیش از ۱۳ سال دارد، رضایت خودش نیز ضروری است،^۵ ضمن آنکه طفل باید به مدت شش ماه در خانه والدین پذیرنده زندگی کرده باشد.^۶

بر اساس آنچه بیان شد، در فرزندخواندگی کامل پس از تحقق این رابطه و ورود

1. article 343: L'adoption peut être demandée par deux époux non séparés de corps, mariés depuis plus de deux ans ou âgés l'un et l'autre de plus de vingt-huit ans.
2. article 360: L'adoption simple est permise quel que soit l'âge de l'adopté.
3. article 364; L'adopté reste dans sa famille d'origine et y conserve tous ses droits, notamment ses droits héréditaires. Les prohibitions au mariage prévues aux articles 161 à 164 du présent code s'appliquent entre l'adopté et sa famille d'origine.
4. article 361: Les dispositions des articles 343 à 344, du dernier alinéa de l'article 345, des articles 346 à 350, 353, 353-1, 353-2, 355 et du dernier alinéa de l'article 357 sont applicables à l'adoption simple.
5. article 360: Si l'adopté est âgé de plus de treize ans, il doit consentir personnellement à l'adoption.
6. Ibid.

فرزند به خانواده جدید، چون رابطه حقوقی جدید، جایگزین رابطه خونی فرزند شده که غیر قابل فسخ و برگشت می‌باشد، فرزندخوانده در حکم فرزند نسبی و قانونی تلقی شده و دارای تمام حقوق و آثار فرزند واقعی و مشروع می‌گردد. لذا نکاح با سرپرست و اقربای نسبی و سببی او ممنوع می‌گردد (Solang, 1997: Article 12) و در خصوص فرزندخوانده ساده نیز با وجود آنکه رابطه وی با خانواده اصلی اش قطع نمی‌شود و با اعضای خانواده قبول‌کننده قرابت پیدا نمی‌کند، ولی مطابق با قانون (ماده ۳۶۶ ناظر به مواد ۱۶۱ تا ۱۶۴ قانون مدنی مزبور ضمن ممنوعیت ازدواج بین فرزندخوانده و خانواده مبدأ)، ازدواج با پدرخوانده یا مادرخوانده و بعضی از بستگان او نیز ممنوع است.^۱ در نتیجه طبق ماده ۳۶۶ همان قانون، ۱- ازدواج فرزندخوانده با فرزندپذیر و فرزندخوانده و فرزندان فرزندخوانده، ۲- بین فرزندخوانده و همسر فرزندپذیر، متقابلاً بین فرزندپذیر و همسر فرزندخوانده، ۳- بین فرزندخواندگان یک فرد، ۴- بین فرزندخوانده و فرزندان فرزندپذیر، ممنوع می‌باشد و این ممنوعیت شامل فرزندخوانده کامل و ساده هر دو با فرزندپذیر می‌شود. البته در صورت وجود علل مهم (وجود مصلحت)، ممنوعیت‌های بندهای ۳ و ۴ ماده ۳۶۶ با اعطای معافیت از سوی رئیس جمهور در خصوص فرزندخوانده ساده برداشته شده و می‌توان با فرزندخوانده ساده ازدواج نمود.

۴-۳. تحلیل ممنوعیت نکاح سرپرست با فرزندخوانده در حقوق تونس

و فرانسه

ممنوعیت نکاح سرپرست با فرزندخوانده در این کشورها، مبتنی بر مصلحت حفظ حقوق فرد و جامعه بر پایه اخلاق حسنه و نظم عمومی می‌باشد؛ یعنی مبتنی بر اصالت مکتب اجتماعی یا استثناء اصل حاکمیت اراده فردی.

اصل حاکمیت اراده: یک اصل مهم فلسفی است که به موجب آن، فلاسفه قرن هیجدهم اراده را مبنای حق و تکلیف می‌دانستند. البته دانشمندان مکتب اجتماعی

1. article 366: Le lien de parenté résultant de l'adoption s'étend aux enfants de l'adopté. Le mariage est prohibé: 1° Entre l'adoptant, l'adopté et ses descendants; 2° Entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant; réciproquement entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté; 3° Entre les enfants adoptifs du même individu; 4° Entre l'adopté et les enfants de l'ado.

مانند دوگی، نقش اراده فردی در ایجاد حق و تکلیف را به کلی نفی و جامعه را منشأ حقوق معرفی کردند (صفایی، ۱۳۹۲: ۴۵/۲). اصل حاکمیت اراده در حقوق غربی می‌گوید که طرفین دارای اهلیت، در انعقاد عقد آزادند و می‌توانند هر نوع تعهدی را که بخواهند، در مقابل یکدیگر قبول نمایند. این آزادی تنها توسط قانون (نظم عمومی یا اخلاق حسنه) مقید خواهد بود. قانون خود برآمده از اراده افراد در سطحی بالاتر است و اخلاق نیز مقوله‌ای ناشی از اراده افراد در سطح جامعه و عرف بوده و مقوله‌ای نسبی است. به عبارتی، افراد برای ایجاد تعهد به هر نحوی که خود بخواهند، آزادی مطلق دارند، مگر آنکه قانون فرم خاصی را لازم بشمرد یا موضوع تعهد خلاف قانون باشد (Larombière, 1862: 2). در کتب فرانسه، دو عنصر نظم عمومی و اخلاق حسنه به عنوان مهم‌ترین مقیدات اصل آزادی اراده مطرح می‌شوند. این اصل و نتایج آن در ماده ۱۱۳۴ ق.م. فرانسه نیز تأیید شده است (Bénabent, 1991: n.160; Ghestin, 1993: n.104). بر همین اساس در قانون این کشورها، نکاح سرپرست با فرزندخوانده از مصادیق و مستثنیات اصل حاکمیت اراده و مخالف با اخلاق و نظم عمومی می‌باشد. در اسلام همچون سایر نظام‌ها، در رابطه با حاکمیت اراده و تأثیر آن در قراردادهای سخن به میان آمده است. مفاد قاعده «العقود تابعة للقصد» مبین و مؤید آن است؛ یعنی عقد و تعهد و آثار حقوقی مترتب بر آن، بر اساس اراده افراد شکل می‌گیرد؛ اراده حقیقی (قصد و رضا) و اراده ظاهری (انشایی)؛ یعنی ماهیت عقد یک امر قصدی است و بدون آن قابل تحقق نیست. به عبارت دیگر، قصد جزء ماهیت عقد است و قوام عقد وابسته به قصد (العقود تابعة للقصد).

نتیجه‌گیری و نظریه مختار بر مبنای اصل حاکمیت اراده

۱- فرزندخوانده به دلیل انتفاء نسب با سرپرست: ﴿وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ﴾، فرزند واقعی محسوب نگردیده، جزء هیچ یک از اسباب تحریم نیز نمی‌باشد. در نتیجه، اصل عدم تجاذب جنسی و رابطه تربیتی، ضایعات روحی و جسمی از باب احکام اولیه (بنای عقلا) یا احکام ثانویه و حکومتی (وهن دین) نیز نمی‌تواند محرمت جدیدی جعل کند؛ زیرا قاعده «لا حرج» تنها رافع حرمت از کسی خواهد بود که رعایت محرمت، برای او حرجی باشد نه سایر افراد؛ چه آن شخص فرزندخوانده باشد و چه

سرپرست و چه هر دو، و پیرو آن، مشهور علمای اسلام قائل به جواز ازدواج شده‌اند.

۲- بر مبنای اصل حاکمیت اراده، فرد در عقد و عدم عقد قرارداد مخیر است و نمی‌توان او را مجبور به بستن قرارداد کرد، مگر در خصوص قوانین مرتبط با نظم عمومی به استثنای مسائل مربوط به خانواده (قواعد مربوط به ازدواج، طلاق، نسب و ارث). این آزادی در اصطلاح حقوقی، آزادی قراردادی نامیده می‌شود که پس از انعقاد قرارداد، اراده متعاقدين باید محترم شمرده شود و مقامات عمومی حق تغییر و تجدیدنظر در آثار قرارداد و تعهدات طرفین را ندارند (صفایی، ۱۳۹۲: ۴۵/۲).

۳- هر گاه یکی از طرفین یا هر دو فاقد اراده حقوقی بوده (قصد و رضا)، یا اراده یکی به دلیل اکراه - فشار مادی و معنوی نامشروع - معیوب باشد، حمایت از سلامت و آزادی اراده افراد ایجاب می‌کند که عقد یا قرارداد مزبور در جهت ضمانت اجرایی، باطل یا غیر نافذ اعلام گردد (همان: ۸۶/۲).

۴- ازدواج با کودک در فقه و حقوق اسلامی در هر سنی مجاز است، منتها ازدواج دختر کمتر از ۱۳ سال و پسر کمتر از ۱۵ سال و نابالغ، به اذن ولی به شرط مصلحت با تشخیص دادگاه صالح می‌باشد (ماده ۱۰۴۱ ق.م.ا.).

در مانحن‌فیه، نگارندگان مسئله را دائرمدار آزادی اراده و اختیار فرزندخوانده و فرزندپذیر مجتمعاً که از بدیهیات حقوق بشر است، قرار داده‌اند و اساساً جایگاهی برای صدور احکام ثانویه بر مبنای حرج و همچنین وهن دین و نهایتاً تصویب و اعمال تبصره ماده ۲۶ قانون حمایت از کودکان بی‌سرپرست و بدسرپرست بر مبنای حکم حکومتی در راستای توجیه اشکالات عدیده مخالفان جواز، قائل نیستند. می‌دانیم که برای انعقاد هر عقدی از جمله نکاح، اهلیت و اراده طرفین (قصد و رضا) شرط صحت آن است. ایجاب از طرف زن و قبول از طرف مرد واقع می‌شود. حال فرزندخوانده، یا دارای اهلیت است یا فاقد آن؛ اگر فاقد اهلیت است، به اذن ولی یا حاکم در جایی که طفل ولی قهری ندارد، اگر مفسده‌ای بر ازدواجش بار نگردد و مصلحت نیز به تشخیص حاکم (دادگاه) ثابت شود، چنین ازدواجی صحیح و جایز است، چه با سرپرست و چه با غیر، و استثناً و منع سرپرست از چنین ازدواجی، نیاز به نص شرعی دارد؛ حال آنکه نه تنها چنین نصی وجود ندارد، بلکه نص بر جواز وارد شده است و قائل شدن به عدم رعایت مصلحت و

وجود مفسده به استناد قاعده لاجرح نوعی و وهن دین و عدم پذیرش نزد عرف، بلاوجه است. بنابراین تبصره ماده ۲۶ قانون فوق، که بین ازدواج در زمان حضانت و بعد از آن فرقی قائل نشده، به دلیل مخالفت با اصل حاکمیت اراده و اینکه تصویب آن نتیجه‌ای در بر ندارد، -چرا که در صورت وقوع چنین ازدواجی نمی‌توان آن را باطل اعلام کرد، مخدوش است. ایراد دیگر اینکه تبصره مذکور با محوریت سرپرست تقریر شده است (اگر سرپرست در صدد ازدواج برآید...)، مشخص است که چنین تقریری نزد عرف ناپسند و غیر اخلاقی جلوه می‌نماید و شاید همین تعبیر، موجب تفر و حتی وهن در انظار ناظر بیرونی (ایراد مخالفان جواز) شده باشد. اگر ازدواج در زمان حضانت بر محوریت فرزندخوانده هم تنظیم می‌گردید، یعنی گفته می‌شد: «اگر فرزندخوانده در صدد ازدواج برآید...»، باز هم امکان آن نبود؛ چرا که فرزندخوانده در سن حضانت قبل از بلوغ دارای اهلیت نمی‌باشد که بخواهد در صدد ازدواج با سرپرست برآید. نهایت امر چون فرزندخوانده قبل از بلوغ و ۱۳ سالگی، اهلیت شرعی و قانونی ندارد، مشمول ماده ۱۰۴۱ ق.م. بوده، نیازی به بیان مجدد در ماده ۲۶ حمایت از کودکان بی سرپرست نبوده است. فرض دیگر اینکه اگر فرزندخوانده دارای اهلیت باشد، یا اراده یعنی قصد و رضایت به ازدواج با سرپرست دارد یا چنین اراده‌ای ندارد. در هر دو حالت باید قائل به اصل حاکمیت اراده و آزادی شد. اگر اراده و تراضی به وقوع نکاح نداشته باشد، نه تنها چنین نکاحی به دلیل فقدان قصد یا رضا واقع نمی‌گردد، اساساً جایگاهی برای صدور حکم ثانویه و حکومتی قابل تصور نیست؛ چرا که اراده در چنین ازدواج‌هایی مفقود است و اگر به اجبار یا اکراه وادار به انعقاد چنین عقدی شود، چنین ازدواجی به دلیل فقدان قصد و یا عیب اراده (عدم رضا)، باطل یا حداقل غیر نافذ خواهد بود. اما اگر فرزندخوانده اراده و رضایت به وقوع چنین ازدواجی با سرپرست خویش داشته باشد، آیا می‌توان گفت که چنین ازدواجی به دلیل مخالفت با اخلاق و مذموم بودن نزد عرف و خلاف نظم عمومی جایز نیست؟ پاسخ منفی است. بر طبق اصل حاکمیت اراده و احترام به آزادی، مقتضی (مصلحت ضروری) موجود و مانع (وجود مفسده غالب) مفقود است و مذموم بودن چنین ازدواجی به لحاظ اخلاقی نزد عرف و تمسک به قاعده لاجرح، قابلیت مانع شدن را ندارد؛ چرا که حرج و مشقت در افراد، شخصی است و در چنین شخصی،

سالبه به انتفای موضوع است؛ زیرا حرج علت حکم است و علت حکم در اینجا منتفی است و حرج نوعی و غالب نیز قابل تصور نمی‌باشد. از طرفی همان طور که بیان شد، قواعد مربوط به نسب قابلیت نقض ندارند. لذا اراده افراد نمی‌تواند کسی را که نسبتی با دیگری ندارد، فرزند قانونی قلمداد کند و بر همین مبنا، قائل به حرمت یا عدم جواز نکاح با وی گردد. این توافق خلاف نظم عمومی دارای مفساد بسیار در باب اخلاط انساب و مسائل ارثی بوده و باطل است و آنچه در حقوق فرانسه و تونس قانونی شده و فرزندخوانده را به لحاظ نسبی همانند فرزند واقعی بر مبنای اخلاق حسنه و مصلحت جامعه می‌دانند، از قضا خلاف نظم عمومی است. افزون بر اینکه اسلام دین آسانی است و جواز یک عمل دلالت بر لزوم یا رجحان انجام آن عمل در دین ندارد؛ مانند قصاص نفس و تعدد زوجات، که دین اسلام تأکید یا اصراری بر قصاص نکرده، بلکه عفو از قصاص و رعایت عدالت در تعدد زوجات را نیز مدنظر قرار داده است. جواز ازدواج با فرزندخوانده نیز از جمله این احکام است. چنین ازدواجی شاید در زمان حضانت، نه به مصلحت فرزندخوانده باشد و نه مطلوب و پسندیده و مورد تأکید شارع، اما در جایی که فرزندخوانده در صدد ازدواج با سرپرست برآید و سرپرست نیز قبول نماید، اصل جواز چنین ازدواجی بر مبنای اراده فرزندخوانده و اعلام پذیرش سرپرست، مورد تأیید اسلام بوده است و این جواز نه تنها خلاف اخلاق حسنه و نظم عمومی نیست، بلکه از رواج و گسترش مفسده‌های احتمالی چون آسیب‌های روحی و اجبار برای ایجاد یک رابطه و خشونت جنسی بین فرزندخوانده و سرپرست جلوگیری می‌کند. این همان تحلیل جدیدی است که بر مبنای اصل حاکمیت اراده تا کنون ارائه نشده است و به خوبی، مشهور فقیهان را از کمند اشکالات عدیده پیش گفته می‌رهاند. در ادامه، توصیه می‌شود که تبصره ماده ۲۶ قانون حمایت از کودکان بی سرپرست و بدسرپرست - که با محوریت سرپرست تقریر شده (اگر سرپرست در صدد ازدواج برآید...) و چنین تقریری نزد عرف ناپسند و غیر اخلاقی جلوه می‌نماید و شاید همین تعبیر، موجب تنفر و حتی وهن در انظار ناظر بیرونی (ایراد مخالفان جواز) شده باشد - بر مبنای همان اصل حاکمیت اراده با محوریت فرزندخوانده تنظیم شود؛ یعنی گفته شود: «اگر فرزندخوانده در صدد ازدواج برآید...» و الحق که اسلام دین اکمل به معنای واقعی کلمه است.

کتاب شناسی

۱. آل حسین، احمد، «حرمت ازدواج با فرزندخوانده، رویکردی قرآنی»، ۱۳۹۳ ش.، قابل دستیابی در وبگاه <<http://quranicwisdom.wordpress.com>>.
۲. ابن اثیر جزری، مجدالدین ابوالسعادات مبارک بن ابی‌الکرم محمد بن محمد بن عبدالکریم بن عبدالواحد شیبانی موصلی، *النهاية فی غریب الحدیث والاثر*، قم، اسماعیلیان، بی‌تا.
۳. ابن ادريس حلی، محمد بن منصور بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۴. ابن جلاب بصری، ابوالقاسم عبیدالله بن حسین بن حسن، *التفریع فی فقه الامام مالک بن انس*، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۲۸ ق.
۵. ابن قدامه مقدسی، ابومحمد موفق‌الدین عبدالله، *الکافی فی فقه الامام احمد بن حنبل*، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۴ ق.
۶. ابن ملقن مصری، سراج‌الدین ابوحفص عمر بن علی بن احمد شافعی، *التذکره فی الفقه الشافعی*، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۲۷ ق.
۷. انصاری قرطبی، ابوعبدالله محمد بن احمد بن ابی‌بکر، *الجامع لاحکام القرآن*، تحقیق احمد بردونی و ابراهیم اطفیش، قاهره، دار الکتب المصریه، ۱۳۸۴ ق.
۸. بلقینی شافعی، سراج‌الدین ابوحفص عمر بن رسلان، *التدریب فی الفقه الشافعی*، تحقیق ابویعقوب نشأت بن کمال مصری، ریاض، دار القبلتین، ۱۴۱۳ ق.
۹. تبریزی، جواد بن علی، *استفتائات جدید*، قم، دفتر معظم له، ۱۳۹۱ ش.
۱۰. تمیمی، محمد بن عبدالوهاب بن سلیمان، *مختصر الانصاف والشرح الکبیر*، تحقیق عبدالعزیز بن زید رومی و دیگران، بی‌جا، بی‌تا.
۱۱. تمیمی صقلی، ابوبکر محمد بن عبدالله بن یونس، *الجامع لمسائل المدونة*، تحقیق مجموعه باحثین فی رسائل دکتورا، معهد البحوث العلمیه و احیاء التراث الاسلامی، ۱۴۳۴ ق.
۱۲. جمع من المحققین، *موسوعة احکام الاطفال وادلتها*، ترتیب و تنظیم قدرت‌الله انصاری، قم، مرکز فقه انمه اطهار عليه السلام، ۱۴۲۹ ق.
۱۳. حجاوی مقدسی، موسی بن احمد، *الاقناع فی فقه الامام احمد بن حنبل*، تحقیق عبداللطیف محمد موسی، بیروت، دار المعرفه، بی‌تا.
۱۴. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه*، بی‌جا، بی‌تا، بی‌تا.
۱۵. حسینی خامنه‌ای، سیدعلی بن سیدجواد، *اجوبه الاستفتاءات*، قم، دفتر معظم له، ۱۴۲۴ ق.
۱۶. حسینی سیستانی، سیدعلی، *منهاج الصالحین*، قم، مطبعة سرور، ۱۴۲۴ ق.
۱۷. حسینی شاهرودی، سیدعلی، *محاضرات فی الفقه الجعفری*، تقریر بحث مکاسب محرمه سیدابوالقاسم موسوی خویی، قم، مؤسسه دائره معارف الفقه الاسلامی، بی‌تا.
۱۸. خطیب شریینی، شمس‌الدین محمد بن محمد، *معنی المحتاج الی معرفة معانی الفاظ المنهاج*، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۵ ق.
۱۹. راغب اصفهانی، ابوالقاسم حسین بن محمد، *المفردات فی غریب القرآن*، تهران، دفتر نشر کتاب، بی‌تا.
۲۰. رملی، شمس‌الدین محمد بن ابی‌العباس احمد بن حمزه بن شهاب‌الدین، *نهاية المحتاج الی شرح المنهاج فی الفقه علی مذهب الامام الشافعی*، بیروت، دار الفکر، ۱۴۰۴ ق.

۲۱. رویانی، ابوالمحاسن عبدالواحد بن اسماعیل، بحر المذهب، تحقیق طارق فتحی السید، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۲۰۰۹ م.
۲۲. زرکشی، شمس‌الدین محمد بن عبدالله، شرح الزرکشی، ریاض، دار العبیکان، ۱۴۱۳ ق.
۲۳. زمخشری، جلال‌الله محمود بن عمر، الکشاف عن حقائق غوامض التنزیل و عیون الاقاویل فی وجوه التأویل، بیروت، دار الکتب العربی، ۱۴۰۷ ق.
۲۴. سرخسی حنفی، شمس‌الائمة ابوبکر محمد بن احمد بن ابی سهل، المبسوط، بیروت، دار المعرفه، ۱۴۱۴ ق.
۲۵. سیفی مازندرانی، علی اکبر، مبانی الفقه الفعّال فی القواعد الفقهیه الاساسیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۵ ق.
۲۶. صادقی تهرانی، محمد، رساله توضیح المسائل نوین، تهران، امید فردا، ۱۳۷۸ ش.
۲۷. صانعی، یوسف، استفتائات قضایی، تهران، میزان، ۱۳۸۴ ش.
۲۸. صفایی، حسین، حقوق خانواده، تهران، میزان، ۱۳۹۲ ش.
۲۹. طباطبائی، سید محمدحسین، المیزان فی تفسیر القرآن، بیروت، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، ۱۳۹۳ ق.
۳۰. طریحی، فخرالدین بن محمد، مجمع البحرین، قم، مؤسسه البعته، ۱۴۱۴ ق.
۳۱. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، التبیان فی تفسیر القرآن، قم، مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۰۹ ق.
۳۲. علامه حلّی، جمال‌الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تذکره الفقهاء، قم، مؤسسه آل‌البیته، ۱۴۱۴ ق.
۳۳. عمرانی یمنی، ابوالحسین یحیی، البیان فی مذهب الامام الشافعی، تحقیق قاسم محمد نوری، جده، دار المنهاج، ۱۴۲۱ ق.
۳۴. فاضل موحدی لنکرانی، محمد، جامع المسائل، قم، امیر، ۱۳۸۳ ش.
۳۵. فتوحی حنبلی، ابن نجار، منتهی الارادات، تحقیق عبدالله بن عبدالمحسن ترکی، بیروت، مؤسسه الرساله، ۱۴۱۹ ق.
۳۶. فخرالدین رازی، ابوعبدالله محمد بن عمر تمیمی بکری شافعی، التفسیر الکبیر؛ مفاتیح الغیب، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۲۰ ق.
۳۷. فراهیدی، خلیل بن احمد، کتاب العین، تحقیق و تصحیح مهدی مخزومی و ابراهیم سامرائی، چاپ دوم، قم، هجرت، ۱۴۱۰ ق.
۳۸. فیض، علیرضا، مبادی فقه و اصول، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۹ ش.
۳۹. کدیور، محسن، «مجموعه گفتگوهای وی با سایت جرس»، ۱۳۹۲ ش.، قابل دستیابی در وبگاه <<http://www.rahesabz.net/story>>.
۴۰. کلاتری، علی اکبر، «فقه و مصلحت نظام»، مجله فقه، قم، پایگاه اطلاع‌رسانی حوزه، شماره‌های ۱۱-۱۲، بهار و تابستان ۱۳۷۶ ش.
۴۱. محقق حلّی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن حسن هذلی، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، نجف اشرف، مطبعة الآداب، ۱۳۸۹ ق.
۴۲. محمدی، ابوالحسن، قواعد فقه، چاپ چهارم، تهران، دادگستر، ۱۳۷۹ ش.
۴۳. مرداوی سعیدی حنبلی، علاء‌الدین ابوالحسن علی بن سلیمان بن احمد، الانصاف فی معرفه الراجح من الخلاف علی مذهب الامام احمد بن حنبل، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۱۹ ق.

۴۴. مصری، محمد ولید، *الوجیز فی شرح القانون الدولي الخاص*، چاپ سوم، عمان، دار الثقافة للنشر و التوزيع، ۲۰۱۶ م.
۴۵. مصطفوی، سیدمحمد کاظم، *التواعد، تهران، میزان، ۱۳۹۰ ش.*
۴۶. مکارم شیرازی، ناصر، *تفسیر نمونه*، قم، مدرسه امیرالمؤمنین علیه السلام، ۱۳۷۴ ش.
۴۷. همو، *حیله های شرعی*، قم، مدرسه الامام علی بن ابی طالب علیه السلام، ۱۳۸۶ ش.
۴۸. همو، *مناسک جامع حج*، تحقیق و تصحیح ابوالقاسم علیان نژاد دامغانی، قم، مدرسه الامام علی بن ابی طالب علیه السلام، ۱۴۲۶ ق.
۴۹. موسوی بجنوردی، سیدمحمد، و فروزان علایی نوین، «بررسی وضعیت فرزندخواندگی بعد از انقلاب اسلامی»، *نشریه متین*، تهران، پژوهشکده امام خمینی و انقلاب اسلامی، شماره ۴۲، ۱۳۸۸ ش.
۵۰. موسوی خمینی، سیدروح الله، *صحیفه نور*، تهران، سازمان مدارک فرهنگی انقلاب اسلامی، ۱۳۶۹ ش.
۵۱. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، *مصباح الفقاهه*، قم، مکتبه الداوری، بی تا.
۵۲. موسوی گلپایگانی، سیدمحمد رضا، *مجمع المسائل*، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۰۹ ق.
۵۳. نووی، ابوزکریا محیی الدین یحیی بن شرف، *روضه الطالبین و عمدة المفتین*، تحقیق عادل احمد عبدال موجود، بیروت، دار الکتب العلمیه، بی تا.
54. Bénabent, Alain, *Droit civil: les obligations*, Montchrestien, 1991.
55. Colin, A., *Droit Civil*, en encyclopédie juridique, Dalloz, Paris, 1991.
56. Léobon, *Théorie et pratique des obligations, ou commentaire des titres III & IV, livre III du Code Napoléon*, Art. 1101 à 1386, T: 1, Bruxelles, Durand, 1862.
57. Solang, B. R., *Encyclopédie juridique*, tom 1, Adaptions (Article 12), Dalloz, Paris, 1997.
58. Terré, François et Dominique Fenouillet, *Droit civil – Les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, 7ème éd, Paris, 2005.

تأملی بر رابطه عقد رهن و قرارداد وثیقه

جستاری نقادانه در باب تحول مفهوم توثیق اموال

از رهن سنتی تا وثیقه در حقوق نوین*

□ جمشید جعفرپور^۱

□ سعید سیاه‌بیدی کرمانشاهی^۲

چکیده

بررسی‌های تاریخی نشان می‌دهد که فقهای امامیه تفاوتی میان رهن و وثیقه به عنوان دو عقد مجزا قائل نبوده‌اند؛ بلکه رهن را به وثیقه دین تعریف کرده‌اند. لیکن با توجه به محدودیت‌های عقد رهن در نظام حقوقی ما و عدم امکان استفاده از رهن برای برخی از اموال یا تعهدات، برخی نویسندگان تلاش کرده‌اند با ارائه نظریات نوین، برخی از این محدودیت‌ها را مرتفع نمایند، یکی از این نظریات، دوگانگی عقد رهن و وثیقه است. در صورتی که بتوان دو ویژگی داشتن نام معین و نیز شرایط و احکام خاص در قانون را برای قرارداد وثیقه ثابت نمود، می‌توان به این نتیجه رسید که عقد مزبور یکی از عقود معین است. بررسی قوانین موجود نشان می‌دهد در بسیاری موارد که امکان انعقاد قرارداد در قالب

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۵/۱ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۱۰/۲۱.

۱. دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه خوارزمی (jafarpour@khu.ac.ir).

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران (نویسنده مسئول)
(siahbidiaced@gmail.com).

عقد رهن به دلیل فقدان یکی از شرایط وجود ندارد، مقنن از لفظ «وثیقه» استفاده نموده است. این قوانین از دو جهت قابل استفاده‌اند؛ نخست آنکه اثبات می‌کنند نام قرارداد «وثیقه»، دارای مبنای قانونی است و بارها در قوانین مختلف به کار رفته است و دوم اینکه مقنن در مواردی که یکی از شرایط انعقاد عقد رهن وجود نداشته است، از لفظ «وثیقه» استفاده نموده و از به کار بردن لفظ رهن خودداری کرده و از این طریق، یک تأسیس نوین را به عالم حقوق وارد نموده است.

واژگان کلیدی: رهن، وثیقه، عقد معین، قانون تجارت، قانون معادن.

۱. مقدمه

توثیق عبارت از است ایجاد اطمینان نسبت به امری که به طور معمول نسبت به حصول آن تردید وجود دارد. لفظ توثیق کاربردهای گوناگونی دارد. در حقوق فرانسه، وثایق در یک دسته‌بندی کلی به وثایق عینی^۱ و وثایق شخصی^۲ تقسیم می‌شوند (Capitan, 1936: 464). در تعریف وثیقه عینی گفته‌اند: «وثیقه‌ای است که بر روی یک یا چند مال معین منقول یا غیر منقول متعلق به بدهکار یا شخص ثالث، به منظور اعطای حق عینی به طلبکار مستقر می‌شود...» و آن را در برابر وثیقه شخصی که مصداق اصلی آن، ضمانت^۳ است، قرار می‌دهند. در قانون مدنی فرانسه، وثایق عینی ذیل دو عنوان «نانتیسمان»^۴ و «ایپوتک»^۵ جمع شده‌اند (Mazeaud et Chabas, 1999: 56).

در حقوق داخلی نیز تقسیم وثایق به عینی و شخصی پذیرفته شده است؛ لیکن برخلاف حقوق کشورهای نظیر فرانسه، هنگام بحث از عقود دارای اثر توثیقی، تنها از عقد رهن سخن به میان می‌آورند. این عقد با توجه به سابقه تاریخی خود و علی‌رغم فقدان مبنای تحلیلی قوی، در حال حاضر به گونه‌ای طراحی شده است که پاسخ‌گوی نیازهای فعلی نخواهد بود و بسیاری از اموال با ارزش را که به مراتب اطمینان بیشتری

1. Sûreté réelle.
2. Sûreté personnelle.
3. Cautionnement.
4. Nantissement.
5. Hypothèque.

نسبت به بازپرداخت طلب ایجاد می‌کنند، شامل نمی‌شود و به نوبه خود معضلی در زمینه توثیق طلب، منفعت، حق و نیز اموال فکری محسوب می‌شود. این مهم، نویسندگان حقوقی را به تکاپو واداشته تا هر یک به طریقی، توجیهات و تأویلاتی از احکام ناظر به رهن ارائه دهند که به نوعی شامل این دسته از اموال نیز بشود.

راه حلی دیگر برای توثیق اموالی که نمی‌توانند موضوع عقد رهن واقع شوند، به وثیقه نهادن در قالب عقدی غیر از رهن است. این مسئله موجب طرح این سؤال می‌شود که آیا می‌توان عقدی به نام وثیقه در عرض عقد رهن تصور نمود یا خیر؟ و اگر این امکان وجود دارد، ماهیت عقد مزبور چیست و تا چه حدی از قواعد عقد رهن فاصله می‌گیرد؟

مدعای مقاله حاضر آن است که عقد رهن و وثیقه ماهیتاً دو عقد مستقل محسوب می‌شوند و نظر به آنکه نام عقد وثیقه در قوانین ذکر شده و نیز شرایط و احکام خاص آن از قوانین قابل استخراج است، خود یک عقد معین محسوب می‌گردد.

برای پاسخ به سؤالات مزبور و سنجش صحت و سقم ادعای مذکور، نوشتار حاضر ابتدا به بررسی وحدت یا تعدد ماهیت عقد رهن و وثیقه می‌پردازد (شماره ۲). در ادامه با توجه به نتیجه بحث نخست، اثبات دو ویژگی عقود معین برای عقد وثیقه مورد بررسی قرار می‌گیرد و ابتدا افتراق رهن و وثیقه از حیث داشتن نام معین در قانون بررسی می‌شود (شماره ۳).

سپس افتراق رهن و وثیقه از حیث داشتن شرایط و احکام خاص در قانون مورد بررسی قرار می‌گیرد (شماره ۴).

۲. وحدت یا تعدد ماهیت رهن و وثیقه

در این مبحث به بررسی این موضوع پرداخته می‌شود که رهن و وثیقه، یک ماهیت‌اند که با دو نام متفاوت به کار می‌روند یا اینکه ماهیتاً نیز با یکدیگر متفاوت‌اند. در ادامه، نظریات یگانگی رهن و وثیقه (بند یکم) و دوگانگی رهن و وثیقه (بند دوم) مورد بررسی قرار می‌گیرند.

۱-۲. نظریه یگانگی رهن و وثیقه

بررسی تاریخی موضوع نشان می‌دهد که فقهای امامیه تفاوتی میان رهن و وثیقه به عنوان دو عقد مجزا قائل نبوده‌اند؛ بلکه رهن را به وثیقه دین تعریف کرده‌اند (جبعی عاملی، ۱۴۱۰: ۵۱/۴؛ محقق حلّی، ۱۴۰۸: ۶۶/۲) یا عقدی که برای استیثاق به وصول دین تشریح شده است (علامه حلّی، ۱۴۱۴: ۸۵/۱۳). این تعاریف از رهن نشان می‌دهد که فقهای امامیه از وثیقه برای تعریف رهن استفاده کرده و خود وثیقه را به عنوان عقدی مستقل مدّ نظر قرار نداده‌اند. به نظر می‌رسد فقهای اهل سنت نیز چنین تفکیکی را مدّ نظر نداشته‌اند؛ زیرا ماده ۷۰۱ *مجلة الاحکام* که متأثر از آموزه‌های فقه حنفی است، در تعریف رهن می‌گوید:

«الرهن حبس مال وتوثیقه فی مقابل حقّ یمكن استیفاؤه منه ویسمی ذلك المال مرهوناً أو رهناً» (نجفی کاشف الغطاء، ۱۳۵۹: ۲۹۴/۱).

صرف نظر از صبغه تاریخی موضوع، به نظر می‌رسد تدوین‌کنندگان قانون مدنی نیز تفکیک میان این دو عقد را شناسایی نکرده‌اند؛ زیرا ماده ۷۷۱ قانون مدنی در تعریف رهن می‌گوید:

«رهن عقدی است که به موجب آن، مدیون مالی را برای وثیقه به دائن می‌دهد».

در ادبیات حقوق دانان معاصر، وثیقه کاربردهای دیگری جز در خصوص عقد رهن نیز پیدا کرده است؛ برای مثال گاهی وثیقه به عنوان حق - نه به عنوان عقد - در خصوص حق ناشی از بازداشت اموال و نیز حق ناشی از معاملات با حق استرداد به کار می‌رود (امامی، بی‌تا: ۲۸/۱ و ۴۰).

گاهی نیز از اموال مدیون به عنوان وثیقه عمومی طلبکاران یاد می‌شود (همان: ۷۴/۱) که البته به نظر می‌رسد این مورد، متأثر از ادبیات رایج حقوق فرانسه است؛^۱ اگرچه ردّ پای تشبیه تعلق دین به ترکه، به رهن در فقه امامیه نیز بی‌سابقه نیست (نجفی، ۱۴۰۴: ۹۰/۲۶؛ فخرالمحققین حلّی، ۱۳۸۷: ۶۲/۲).

۱. در حقوق فرانسه پیش از اصلاحات ۲۳ مارس ۲۰۰۶، ماده ۲۰۹۳ قانون مدنی مقرر می‌داشت:

“Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers...”.

با وجود آنچه گذشت، معمولاً در کتب حقوقی از وثیقه به عنوان عقدی مستقل یاد نمی‌شود، جز معدودی صاحب‌نظران که به طور موردی به آن پرداخته‌اند که در ادامه به آن خواهیم پرداخت.

۲-۲. نظریه دوگانگی رهن و وثیقه

بن‌مایه تفکر دوگانگی رهن و وثیقه در حقوق ما، از ناکارآمدی عقد رهن نشئت می‌گیرد. در نظام حقوق ما متأثر از برخی نظرات در فقه امامیه، عقد رهن دارای قیودی است که هم مورد رهن را محدود کرده است و هم حقی که برای آن رهن می‌گذارند؛ برای مثال، مورد رهن باید عین معین باشد^۱ و نیز به قبض مرتهن داده شود و نیز حقی که برای آن رهن داده می‌شود باید ثابت در ذمه راهن باشد.^۲

با توجه به محدودیت‌های موجود در نظام حقوقی ما، برخی نویسندگان تلاش کرده‌اند با ارائه تفاسیری دیگر، برخی از این محدودیت‌ها را مرتفع نمایند (فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۶۶/۲-۱۰۰). یکی از این نظریات، دوگانگی عقد رهن و وثیقه است.

توضیح آنکه برخی (انصاری و ذوالفقاری، ۱۳۹۱: ۱۲-۱۳) معتقدند توثیق در نظام حقوقی ما جایگاهی روشن به عنوان یک عقد خاص ندارد و غالباً به عنوان نامی برای مجموعه‌ای از عقود و یا نتیجه عقود خاص معرفی می‌شود. رهن نیز به عنوان عقدی برای استیثاق دین معرفی شده است؛ بنابراین بین وثیقه، رهن و سایر عقود که به این شکل با وثیقه در ارتباط‌اند، تفاوتی گذارده نمی‌شود. به این ترتیب عقود ضمان، کفالت و رهن، عقود توثیقی هستند؛ به این اعتبار که در نتیجه آن‌ها استواری و اعتماد حاصل می‌آید (باریکلو، ۱۳۸۸: ۱۳۷ به بعد). لیکن به نظر می‌رسد که نباید میان عقد رهن و توثیق قائل به اتحاد شد. توثیق نتیجه‌ای است که از رهن به دست می‌آید؛ اگرچه انحصار به ایجاد از طریق رهن ندارد. بنابراین نباید گفت که تعریف رهن به توثیق، تعریف به مجهول است و همچنین نباید گفت که رهن، همان توثیق است و در نتیجه تعریف به نفس شده است. وثیقه‌ای که در تعریف رهن از آن یاد می‌شود، همان نتیجه قرارداد

۱. ماده ۷۷۴ ق.م.ا. «مال مرهون باید عین معین باشد و رهن دین و منفعت باطل است».

۲. ماده ۷۷۵ ق.م.ا. «برای هر مالی که در ذمه باشد، ممکن است رهن داده شود...».

مزبور است که مترادف با مفهوم استحکام اجرای تعهدات قراردادی است؛ در حالی که قرارداد وثیقه، عقدی است که مانند رهن می‌تواند به نتیجه اطمینان‌بخشی منجر شود و یکی از قالب‌های توثیق باشد (همان: ۱۱۳). تا به اینجا، این مهم مطرح می‌شود که وثیقه می‌تواند در قالب عقدی غیر از عقد رهن محقق شود. لیکن این مسئله خود موجد این سؤال است که آیا این عقد هم‌عرض عقد رهن در قالب یک قرارداد خصوصی مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی است یا اینکه خود یکی از عقود معین با ارکان و شرایط خاص است؟

برخی از اساتید حقوق مدنی چنین اظهارنظر می‌کنند که ماده ۱۰ قانون مدنی راه حلی برای وثیقه‌گذاران اموالی که در تعریف عین معین قرار نمی‌گیرند، به دست می‌دهد. در واقع مطابق این نظر، این قرارداد توثیق، رهن اصطلاحی محسوب نمی‌شود، بلکه قراردادی است مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی (به نقل از: اخلاقی، ۱۳۶۸: ۲۲).

نظریه فوق به طور ضمنی، قرارداد وثیقه را به عنوان یک عقد نامعین می‌پذیرد و مستند صحت آن را ماده ۱۰ قانون مدنی می‌داند. اما باید دانست که از این ماده در برابر نظریه توقیفی بودن عقود استفاده می‌کنند و مفاد آن از این قرار است که ولو قراردادی در هیچ یک از قالب‌های عقود معین منعقد نشود، به شرط مخالف قانون نبودن، این قرارداد را باید نافذ شناخت. لذا تمامی عقود مستحدثی که شرایط و اقتضانات آن‌ها با یکی از قالب‌های عقود معین هماهنگی ندارد، با این ماده توجیه می‌شوند، لیکن هیچ‌گاه نمی‌توان از این ماده برای فرار از قواعد امری عقود معین استفاده نمود؛ برای مثال می‌دانیم که قبض، شرط تحقق هبه است، حال آیا می‌توان گفت که دو نفر می‌توانند بخششی در قالب ماده ۱۰ صورت دهند که نیاز به قبض نیز نداشته باشد؟ هیچ حقوق‌دانی چنین نتیجه‌ای را نمی‌پذیرد؛ زیرا در این صورت، عقود معین و قواعد امری حاکم بر آن‌ها مبنای خود را از دست می‌دهند (سیاه‌بیدی کرمانشاهی، ۱۳۹۴: ۸۷). لذا از ماده ۱۰ باید برای نافذ شناختن عقود نامعین استفاده نمود، نه فرار از قواعد امری حاکم بر عقود معین.

در مورد بحث ما نیز ماده ۷۷۴ از قواعد امری حاکم بر رهن است^۱ و همان گونه که شرط خلاف آن پذیرفته نمی‌شود، از ماده ۱۰ قانون مدنی نیز نمی‌توان برای دور زدن آن استفاده نمود.

در مقابل نظریه فوق می‌توان نظریه دیگری ارائه نمود که عبارت است از نظریه عقد معین بودن قرارداد وثیقه.

عقود معین، «گروهی از قراردادهاست که در قانون نام خاص دارد و قانون‌گذار شرایط ویژه و آثار آن‌ها را معین کرده است... برعکس، عقود نامعین در قانون عنوان و صورت ویژه ندارد، شمار آن‌ها نامحدود است و شرایط و آثار هر پیمان بر طبق قواعد قراردادها و اصل حاکمیت اراده معین می‌شود» (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۱/۱).

با این مقدمه در صورتی که در ادامه بتوانیم دو ویژگی مزبور را برای قرارداد وثیقه به اثبات برسانیم، می‌توانیم چنین نتیجه‌گیری نماییم که عقد مزبور یکی از عقود معین است.

۳. افتراق رهن و وثیقه از حیث داشتن نام معین در قانون

باید توجه داشت که لفظ «وثیقه» در برخی قوانین، در ارتباط با عقد رهن نیز به کار رفته است؛^۲ لیکن در بسیاری موارد که امکان انعقاد قرارداد در قالب عقد رهن به دلیل فقدان یکی از شرایط وجود ندارد، مقنن از لفظ «وثیقه» استفاده نموده است. ما در ادامه به این قوانین از دو جهت اشاره می‌نماییم:

نخست آنکه به اثبات برسانیم نام قرارداد «وثیقه»، دارای مبنای قانونی است و بارها در قوانین مختلف به کار رفته است.

در وهله دوم این نکته را متذکر شویم که مقنن در مواردی که یکی از شرایط انعقاد عقد رهن وجود نداشته است، از لفظ «وثیقه» استفاده نموده و از به کار بردن لفظ رهن

۱. گفتنی است که برخی معتقدند ماده ۷۷۴ امری نیست (شهبازی‌نیا، ۱۳۸۶: ۱۲۳). لیکن نظر به ظاهر ماده و نیز از این جهت که ماده مزبور در مقام بیان یکی از شرایط صحت عقد است، به نظر می‌رسد حق با کسانی است که این ماده را امری می‌دانند.

۲. ماده ۷۷۱ ق.م.م. «رهن عقدی است که به موجب آن، مدیون مالی را برای وثیقه به دائن می‌دهد».

خودداری کرده است و از این طریق، یک تأسیس نوین را به عالم حقوق وارد نموده است.

۳-۱. قانون معادن

می‌دانیم که اصولاً اسناد به اعتبار مفاد خود معتبرند و به خودی خود دارای ارزش نیستند. لذا جز در موارد استثنایی، وقتی که مقنن یک سند را قابل توثیق می‌داند، به اعتبار ارزش حق موضوع آن است. بیشتر اشاره نمودیم که مقنن حقوق و دیون را به عنوان موضوع عقد رهن نپذیرفته است؛ لذا در اینجا یکی از شرایط عقد رهن مفقود است. لیکن مقنن در اصلاحات قانون معادن در سال ۱۳۹۰ پروانه بهره‌برداری معادن را که متضمن حق انتفاع ۲۵ ساله دارنده پروانه است، قابل توثیق می‌داند. ماده ۹ این قانون مقرر می‌دارد:

«پروانه بهره‌برداری، سند رسمی، لازم‌الاجرا، قابل معامله، تمدید و توثیق است که متضمن حق انتفاع دارنده پروانه از ذخیره معدنی مندرج در پروانه و نیز دربردارنده تعهدات وی در اجرای مفاد آن می‌باشد».

مقنن در این قانون، هنگام تقریر جواز وثیقه‌گذاری یک سند مبین حق انتفاع، از لفظ «رهن» استفاده نمی‌کند، بلکه برای بیان این مهم از لفظ «توثیق» یا «وثیقه» بهره می‌گیرد.^۱

۳-۲. قوانین مربوط به قرار وثیقه در امور کیفری

می‌دانیم که یکی از قرارهای تأمین کیفری، «اخذ وثیقه» است (بند «خ» ماده ۲۱۷ ق.آ.د.ک.). قرار مزبور، واجد دو جنبه قضایی و قراردادی است. قاضی ابتدا قرار وثیقه را صادر می‌کند که این جنبه، صرفاً قضایی است؛ لیکن پس ارائه وثیقه مورد نظر توسط متهم یا شخص ثالث، قاضی قرار قبول وثیقه را صادر می‌نماید (آشوری، ۱۳۸۲: ۱۸۷/۲) که این توافق میان وثیقه‌گذار و مقام قضایی ماهیتاً یک قرارداد است. این قرارداد علاوه بر قانون آیین دادرسی کیفری فعلی، در قانون سابق^۲ نیز با همین تعبیر آمده بود؛ همچنین

۱. تبصره ۱ همان ماده مقرر نموده است: «مؤسسات مالی نظیر بانک‌ها مکلف‌اند معادن دارای پروانه بهره‌برداری را به عنوان وثیقه و تضمین اعطا و بازپرداخت تسهیلات مالی بپذیرند».

۲. ماده ۱۳۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی.

در ماده ۴۲۹ قانون مجازات اسلامی،^۱ ماده ۱۸ قانون صدور چک^۲ و نیز سایر قوانینی که به این قرار اشاره نموده‌اند. حال اگر ما بتوانیم ثابت نماییم که قرار مورد نظر قانون‌گذار، عقد رهن نبوده است، بلکه قراردادی دیگری را مدّ نظر داشته است، دو نتیجه را به دست می‌آوریم: نخست آنکه قرینه دیگری است بر این موضوع که مقنن، وثیقه را در قوانین به عنوان ماهیتی مجزا از عقد رهن مطرح نموده و دوم آنکه زمانی این لفظ را به کار برده که یکی از شرایط عقد رهن مفقود بوده است.

در مقام تبیین ماهیت این قرارداد که با صدور قرار قبولی وثیقه توسط مقام قضایی منعقد می‌گردد، باید گفت با توجه به ماده ۲۱۹ قانون آیین دادرسی کیفری، منبای اخذ وثیقه حسب مورد جبران خسارت یا دیه‌ای است که متهم در صورت اثبات اتهام باید بپردازد؛ اگرچه در همین قرارداد حسب مورد، متهم -در صورتی که خودش وثیقه‌گذار باشد- متعهد می‌گردد که در صورت احضار توسط مقام قضایی، حاضر گردد یا شخص ثالث -در صورتی که وی وثیقه‌گذار باشد- متعهد می‌گردد که در صورت احضار متهم توسط مقام قضایی، وی را حاضر کند و ضمانت اجرای تخلف از این تعهد، ضبط وثیقه به میزان مبلغ موضوع قرار است. با این تفسیر، قرارداد وثیقه در امور کیفری به یک عقد و یک تعهد در ضمن عقد تحلیل می‌شود که در عقد اصلی که موضوع بحث ماست، وارد دانستن اتهام به یک شخص صرف‌نظر از اثبات آن، برای صدور قرار وثیقه و به تبع آن عقد قرارداد وثیقه کافی است، در حالی که می‌دانیم یکی از شرایط

۱. «در مواردی که محکوم به قصاص، در زندان است و صاحب حق قصاص، بدون عذر موجه یا به علت ناتوانی در پرداخت فاضل دیه یا به جهت انتظار برای بلوغ یا افاقه ولی دم یا مجنی‌علیه، مرتکب را در وضعیت نامعین رها نماید، با شکایت محکوم‌علیه از این امر، دادگاه صادرکننده حکم، مدت مناسبی را مشخص و به صاحب حق قصاص اعلام می‌کند تا ظرف مهلت مقرر نسبت به گذشت، مصالحه یا اجرای قصاص اقدام کند. در صورت عدم اقدام او در این مدت، دادگاه می‌تواند پس از تعیین تعزیر براساس کتاب پنجم «تعزیرات» و گذشتن مدت زمان آن با اخذ وثیقه مناسب و تأیید رئیس حوزه قضایی و رئیس کل دادگستری استان، تا تعیین تکلیف از سوی صاحب حق قصاص، مرتکب را آزاد کند».

۲. «مرجع رسیدگی‌کننده جرائم مربوط به چک بلامحل، از متهمان در صورت توجه اتهام... حسب مورد یکی از قرارهای تأمین کفالت یا وثیقه -اعم از وجه نقد یا ضمانت‌نامه بانکی یا مال منقول و غیر منقول- اخذ می‌نماید».

حقی که برای آن رهن داده می‌شود، قرار گرفتن یا ثبوت آن بر ذمه راهن است^۱ و مشهور حقوق‌دانان معتقدند حتی در جایی که سبب دین نیز محقق شده باشد، نمی‌توان برای تضمین پرداخت آن، مالی به رهن نهاد (امامی، بی‌تا: ۳۵۳/۲؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۷۵؛ بروجردی عبده، ۱۳۸۰: ۴۰۳). البته حتی بنا بر نظر کسانی که امکان انعقاد رهن را برای دینی که سبب آن ایجاد شده است نیز می‌پذیرند، حداکثر می‌توان دادن رهن برای دیه پیش از استقرار جنایت (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۳۰/۴) و نیز اخذ رهنه توسط بانک‌ها پس از گشایش اعتبار را توجیه نمود (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۵۷۰/۴-۵۷۱)؛ لیکن هیچ‌گاه صرف توجه اتهام به یک شخص، سبب دین محسوب نمی‌گردد. با این توضیحات مشخص گردید که مقنن یک بار دیگر در جایی که یکی از شرایط عقد رهن وجود ندارد، یک قرارداد با اثر توثیقی را معرفی می‌نماید و در ارتباط با آن، از لفظ «وثیقه» استفاده می‌نماید.^۲

۳-۳. قانون بخش تعاونی اقتصاد جمهوری اسلامی ایران

تبصره ۲ ماده ۲۴ قانون بخش تعاونی اقتصاد جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۷۰

مقرر می‌دارد:

«بانک‌ها موظف‌اند جهت سرمایه‌گذاری و یا افزایش سرمایه تعاونی‌ها و یا تقویت آن‌ها، وام و سایر تسهیلات اعطایی را در اختیار آنان قرار دهند و می‌توانند قرارداد نمایند که سرمایه‌هایی که از محل وام و سایر تسهیلات اعطایی تأمین می‌شود، به عنوان ضمانت و یا وثیقه و یا رهن در نزد بانک باشد و یا در صورتی که تعاونی قادر به بازپرداخت وام نباشد، بانک مطالبات خود را از طریق فروش اموال تعاونی تسویه نماید که در خرید آن گونه اموال، تعاونی‌های دیگر اولویت دارند».

۱. ماده ۷۷۵ ق.م.ا. «برای هر مالی که در ذمه باشد، ممکن است رهن داده شود...».

۲. علاوه بر موارد مزبور، سابقاً ماده ۲۱ قانون اصلاح قانون بیمه اجباری مسئولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث مصوب ۱۳۸۷ مقرر می‌داشت: «محاکم قضایی مکلف‌اند در حوادث رانندگی منجر به خسارت بدنی، بیمه‌نامه شخص ثالث را که اصالت آن از سوی شرکت بیمه ذی‌ربط کتباً مورد تأیید قرار گرفته است، تا میزان مندرج در بیمه‌نامه به عنوان وثیقه قبول نمایند». در این ماده، قانون‌گذار در جایی که قرار است یک سند مبین دین به وثیقه نهاده شود و یکی از شرایط عقد رهن یعنی لزوم عین معین بودن رهنه فراهم نیست، از به کار بردن لفظ «رهن» خودداری نموده و لفظ «وثیقه» را به کار برده بود.

این تبصره یکی از مهم‌ترین مقرراتی است که در باب اثبات وجود نام معین در قانون برای عقد وثیقه به آن استناد می‌کنیم. همان طور که ملاحظه می‌شود، در این تبصره سه عقد ضمان، وثیقه و رهن را در عرض یکدیگر و به صورت مجزا مطرح نموده است که حتی بدون نیاز به توضیح، قرینه‌ای بر تفاوت آن با عقد رهن است و خود به عنوان عقدی مستقل مطرح شده است.

۴-۳. قانون بیمه

ماده ۷ قانون بیمه ۱۳۱۶ مقرر می‌دارد:

«طلبکار می‌تواند مالی را که در نزد او وثیقه یا رهن است، بیمه دهد. در این صورت، هر گاه حادثه‌ای نسبت به مال مزبور رخ دهد، از خساراتی که بیمه‌گر باید بپردازد تا میزان آنچه را که بیمه‌گذار در تاریخ وقوع حادثه طلبکار است، به شخص او، و بقیه به صاحب مال تعلق خواهد گرفت».

این ماده از قانون بیمه نیز وثیقه و رهن را در قالب دو نهاد مجزا مطرح نموده است.

۵-۳. قانون ثبت

ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت مقرر می‌دارد:

«در مورد کلیه معاملات رهنی و شرطی و دیگر معاملات مذکور در ماده ۳۳ قانون ثبت راجع به اموال منقول و غیر منقول، در صورتی که بدهکار ظرف مهلت مقرر در سند، بدهی خود را نپردازد، طلبکار می‌تواند از طریق صدور اجراییه، وصول طلب خود را توسط دفترخانه تنظیم‌کننده سند درخواست کند...».

در این ماده، تکلیف مراحل اجرایی معاملات رهنی و شرطی مشخص گردیده است. لذا اگر وثیقه همان عقد رهن بود، نیازی به ذکر مجزا نداشت؛ در حالی که تبصره ۱ همان ماده مقرر می‌دارد:

«در مواردی هم که مال یا ملک، وثیقه دین یا انجام تعهد یا ضمانتی قرار داده می‌شود، مطابق مقررات این قانون عمل خواهد شد».

جمع صدر و ذیل این ماده تنها در صورتی ممکن است که بگوییم مقنن به وثیقه نهادن مال یا ملک را تأسیسی مجزا از معاملات رهنی قلمداد کرده و آن را تابع مقررات این

قانون که بر معاملات رهنی نیز حاکم است، قرار داده است.

۳-۶. قوانین مربوط به سهام وثیقه

با تتبع در قوانین داخلی به این نتیجه می‌رسیم که در دو قانون، درباره سهام وثیقه صحبت شده است که عبارت‌اند از:

الف) ماده ۱۱۴ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷:

«مدیران باید تعداد سهامی را که اساسنامه شرکت مقرر کرده است، دارا باشند. این تعداد سهام نباید از تعداد سهامی که به موجب اساسنامه جهت دادن رأی در مجامع عمومی لازم است، کمتر باشد. این سهام برای تضمین خساراتی است که ممکن است از تصمیمات مدیران منفرداً یا مشترکاً بر شرکت وارد شود. سهام مذکور بانام بوده و قابل انتقال نیست و مادام که مدیری مفصاحساب دوره تصدی خود در شرکت را دریافت نداشته باشد، سهام مذکور در صندوق شرکت به عنوان وثیقه باقی خواهد ماند».

ب) ماده ۱۰۰ قانون برنامه پنج‌ساله توسعه جمهوری اسلامی ایران:

«در اجرای ماده ۳۴ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهار قانون اساسی، آن دسته از دریافت‌کنندگان سهام عدالت که قبل از پایان دوره تقسیط خود و یا از طریق شرکت‌های سرمایه‌گذاری استانی، مابه‌التفاوت اقساط باقیمانده بهای سهام دریافتی خود را پرداخت نمایند، می‌توانند از تخفیف در بهای سهام برای دوره‌های باقیمانده برخوردار شوند...»

تبصره ۲- سازمان خصوصی‌سازی پس از تأیید هیئت واگذاری می‌تواند به میزان اقساط معوق و سررسید شده با رعایت دوره شش‌ماهه پس از مهلت مقرر قانونی و اعلام به شرکت‌های سرمایه‌گذاری استانی، سهام وثیقه نزد خود را برای وصول اقساط معوق تملک نماید».

از دقت در این مقررات می‌توان این نتیجه را استخراج نمود که این سهام برای جبران دینی گرفته می‌شود که ممکن است در آینده ایجاد گردد و در حال حاضر، حتی سبب آن نیز ایجاد نشده است؛ در حالی که دیدیم یکی از شرایط صحت رهن، ثبوت دین بر ذمه راهن است. از سوی دیگر می‌دانیم که سهام وثیقه، عین معین محسوب نمی‌گردد؛ بنابراین از این حیث نیز واجد شرایط ترهین نیست. لذا مقتن در هر دو قانون

فوق‌الذکر از رهن نام نمی‌برد، بلکه از لفظ «وثیقه» استفاده نموده است. این قوانین از باب تمثیل در اینجا گردآوری شده‌اند و چنانچه به این مصادیق، مواردی که در بحث آتی مورد اشاره قرار می‌گیرد، اضافه شود، همگی ما را به این نتیجه رهنمون می‌شود که مقنن بارها از قرارداد وثیقه در قانون نام برده است و این موارد استعمال، در جایی صورت گرفته است که یکی از شرایط عقد رهن فراهم نبوده است. ممکن است ایراد شود که مقنن قرارداد وثیقه را مانند سایر عقود معین حتی مانند عقد بیمه تعریف نکرده است؛ زیرا معمول این است که مقنن ماهیتی را بیان و آن را نام‌گذاری نماید، در حالی که این مهم در مورد قرارداد وثیقه رعایت نشده است. لذا ادعای عقد معین بودن وثیقه، از حیث داشتن نام معین، محل اشکال است.

در پاسخ می‌گوییم که بحث وضع الفاظ برای معانی خاص، همیشه بر یک منوال نیست. گاهی مقنن از روش فوق پیروی می‌کند و گاهی نیز ماهیتی را که مدنظر دارد بی‌آنکه صراحتاً در جایی تعریف و نام‌گذاری نماید، به طور مکرر و در مواضع گوناگون به یک نام می‌خواند؛ به گونه‌ای که پس از مدتی همگان مفهوم مورد نظر مقنن را تحت همان عنوان خاص می‌شناسند. مسئله مورد بحث ما مشابه با وضع تعیینی و تعینی در علم اصول فقه است.^۱ نام‌گذاری عقود موجود در قانون مدنی، مشابه وضع تعیینی است، لیکن نام‌گذاری قرارداد وثیقه، مشابه وضع تعینی است. در واقع به دلیل کثرت استعمال این لفظ برای ماهیت مورد نظر مقنن در قوانین مختلف، این نام برای این ماهیت به صورت تعینی وضع شده است.

۴. افتراق رهن و وثیقه از حیث داشتن شرایط و احکام خاص در قانون

پیش از بیان شرایط و احکام خاص این عقد، ذکر چند مقدمه به شرح زیر لازم به نظر می‌رسد:

۱. وضع تعیینی عبارت است از اعتبار و جعل لفظ برای یک معنا توسط واضع. در واقع واضع، لفظی خاص را برای افاده معنایی معین در زمان مشخص تعیین و استعمال می‌کند و دیگران هم از او پیروی می‌کنند. در مقابل آن، وضع تعینی است که وضع حاصل از کثرت استعمال لفظ در یک معناست. به عبارت دیگر، وضعی است که بر اثر کثرت استعمال، در گذر زمان و به تدریج شکل می‌گیرد (مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی، ۱۳۸۹: ۸۹۸؛ مؤمن قمی، ۱۴۱۹: ۲۲/۱؛ حائری یزدی، ۱۴۱۸: ۳۵).

نخست آنکه برای اثبات این شرط، لزومی ندارد تفاوت میان دو عقد به نحوی باشد که هیچ نقطه مشترکی میان آن‌ها فرض نشود. در مقام تقریب به ذهن، به دو عقد معاوضه و بیع اشاره می‌نماییم. می‌دانیم که این دو عقد از حیث شرایط انعقاد، تفاوتی با یکدیگر ندارند و آنچه باعث تشخیص این دو نهاد می‌گردد، تعیین یا عدم تعیین عوضین قرارداد به عنوان مبیع و ثمن است و از سوی دیگر اثر اصلی هر دو قرارداد نیز تملیک است، لیکن از حیث برخی آثار نظیر تحقق حق شفعه و اختیارات خاص با یکدیگر متفاوت‌اند. لذا دو عقد رهن و توثیق نیز می‌توانند به همین صورت مورد بررسی قرار گیرند و در عین شباهت‌های بسیاری که از حیث شرایط انعقاد و آثار دارند، تفاوت‌هایی نیز میان آن‌ها وجود دارد که ما را به استقلال این عقود رهنمون می‌گردد و تنها لازم است که در این مجال، بدین تفاوت‌ها اشاره نماییم.

دوم آنکه وجود دو نهاد دارای اثر توثیقی مستقیم در یک نظام حقوقی هیچ استبعادی ندارد؛ زیرا در کشورهای فرانسه و انگلیس نیز از چند نهاد توثیقی در عرض یکدیگر و با موضوعات متفاوت استفاده می‌شود و بسیاری از آثار آن‌ها نیز مشترک است.

سوم آنکه گاهی مقنن یک عقد را به عنوان مرجع سایر عقود هم‌سنخ در نظر می‌گیرد و سپس قواعد این سنخ عقود را ضمن آن مطرح می‌نماید، بدون آنکه قصد داشته باشد این قواعد را صرفاً به عقد مرجع اختصاص بدهد؛ برای مثال، مقنن عقد بیع را به عنوان مادر عقود تملیکی در نظر می‌گیرد و سپس قواعدی نظیر ضمان درک، ضمان معاوضی، شرایط مورد معامله و... را بیان می‌نماید که در واقع مربوط به همه عقود تملیکی است و اختصاص به بیع ندارد و به تبع همین امر، این قواعد را ضمن سایر عقود تکرار نمی‌نماید و از همین باب است که می‌بینیم به عقد معاوضه که یکی از عقود معین است، تنها یک ماده اختصاص داده شده است؛ لیکن قواعد مذکور در عقد بیع به استثنای آنچه مختص بیع است، بر عقد معاوضه نیز حکومت دارد. طرح این نکته از این حیث است که بیان نماییم عقد رهن نیز در میان عقود دارای اثر توثیقی و به عبارت دقیق‌تر وثایق عینی، عقد مادر محسوب می‌گردد و قواعد مربوط به شرایط صحت و آثار این دسته از عقود، ضمن آن مطرح شده است که در ضمن قرارداد وثیقه،

نیازی به تکرار آن‌ها وجود نداشته است.

با توجه به مقدمات فوق، تنها به بیان احکام متفاوتی که ناظر بر قرارداد توثیق است و این عقد را به عنوان یک عقد مستقل مطرح می‌نماید، می‌پردازیم و از ذکر شرایط و احکام مشترک این عقد و عقد رهن صرف نظر می‌نماییم. از سوی دیگر با توجه به اینکه شرایط مزبور در قانون ذکر شده‌اند، خصیصه دوم این عقد برای محسوب شدن به عنوان یکی از عقود معین (ذکر شرایط و احکام عقد در قانون) به اثبات می‌رسد.

۴-۱. افتراق رهن و وثیقه از حیث موضوع

یکی از تفاوت‌های قرارداد وثیقه و عقد رهن، مربوط به موضوع این عقود است. موضوع عقد رهن مطابق ماده ۷۷۴ قانون مدنی باید عین معین باشد و رهن دین و منفعت باطل است. همچنین برخی حقوق دانان معتقدند که هرچند ماده ۷۷۴ از رهن حقوق صحبت نکرده، ولی رهن حقوق هم باطل است. بنابراین حق تحجیر و حق خیار را نمی‌توان به رهن داد؛ زیرا فقها به استناد آیه ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ عقیده دارند که رهینه باید قابل تسلیم و قبض باشد و بدیهی است که حقوق از قبیل خیار، قابل قبض نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۱۰).

لیکن به نظر می‌رسد مبنای اصلی تأسیس قرارداد وثیقه، پذیرفتن توثیق آن دسته از اموال است که رهن آن‌ها صحیح نیست. این مهم را از خلال قوانین پراکنده می‌توان استنباط نمود و از تتبع در مقررات مربوط، این مهم حاصل می‌شود که مقنن در غالب مواردی که در مقام امکان توثیق طلب یا حقوق بوده است، از لفظ وثیقه استفاده نموده است و در واقع یکی از ویژگی‌های قرارداد وثیقه را که عبارت است از امکان توثیق طلب و حقوق، در خلال این مقررات بیان نموده است.

این قوانین در همین نوشتار مورد اشاره و تحلیل قرار گرفته‌اند. لذا در اینجا تنها به این قوانین اشاره می‌نماییم و برای جلوگیری از تکرار، از درج متن مقررات خودداری می‌نماییم.

مقنن در قوانین گوناگونی، طلب را به عنوان موضوع قرارداد وثیقه پذیرفته است. این

قوانین عبارت‌اند از:

۱- تبصره ۲ ماده ۲۴ قانون بخش تعاونی اقتصاد جمهوری اسلامی ایران مصوب

۱۳۷۰:

«بانک‌ها موظف‌اند جهت سرمایه‌گذاری و یا افزایش سرمایه تعاونی‌ها و یا تقویت آن‌ها، وام و سایر تسهیلات اعطایی را در اختیار آنان قرار دهند و می‌توانند قرارداد نمایند که سرمایه‌هایی که از محل وام و سایر تسهیلات اعطایی تأمین می‌شود، به عنوان ضمانت و یا وثیقه و یا رهن در نزد بانک باشد و یا در صورتی که تعاونی قادر به بازپرداخت وام نباشد، بانک مطالبات خود را از طریق فروش اموال تعاونی تسویه نماید که در خرید آن گونه اموال، تعاونی‌های دیگر اولویت دارند».

۲- به موجب ماده واحده قانون عدم الزام سپردن وثیقه ملکی به بانک‌ها و سایر مؤسسات و شرکت‌های دولتی، به منظور تسهیل امر سرمایه‌گذاری و ایجاد و اشتغال بیشتر در طرح‌های تولیدی و صادراتی مصوب ۱۳۸۰/۳/۲۷ مجلس شورای اسلامی، بانک‌ها، دستگاه‌ها و سایر مؤسسات و شرکت‌های دولتی موظف شده‌اند به منظور تضمین بازپرداخت اعتبارات خود، نسبت به اخذ وثایق موضوع این ماده واحده اقدام کرده و بدون رضایت گیرنده اعتبار، از اخذ وثیقه ملکی خارج از طرح خودداری نمایند. وثایق مذکور در طرح‌های تولیدی عبارت‌اند از: رهن گرفتن اصل طرح، اسناد زراعی، ضمانت‌نامه‌های زنجیره‌ای اشخاص معتبر و یا اهالی روستا به ویژه در طرح‌های کشاورزی، امور دام و صنایع روستایی، چک یا سفته به ظهرنویسی ضامن معتبر، ذی‌نفع شدن در قراردادهای لازم‌الاجرا، اسناد اوراق بهادار و مشارکت، تضمین مؤسسات و شرکت‌های معتبر و یا پذیرفته‌شده در بورس، کالای ارزش‌دار، رهن مشترک، ضمانت‌نامه‌های بانکی، ضمانت و تعهدنامه کارکنان دولتی و مؤسسات و شرکت‌های معتبر - حداکثر تا بیست برابر حقوق و مزایای ماهیانه، حساب‌های بانکی و گواهی سپرده ثابت، تعهد شرکت‌های بیمه، ضمانت‌نامه صندوق ضمانت صادرات ایران و یا ترکیبی از وثایق فوق و هر نوع تعهدنامه و قرارداد دیگری که می‌تواند موجب تضمین برگشت منابع بانک باشد. همچنین به موجب این قانون، وثایق طرح‌های صادراتی عبارت‌اند از: بیمه‌نامه و یا ضمانت‌نامه‌های اعتباری صادره توسط شرکت بیمه صادرات و سرمایه‌گذاری و یا صندوق ضمانت صادرات ایران. این مراجع مکلف

شده‌اند فقط با اخذ سفته از صادرکنندگان کالا و خدمات تا سقف اعتباری حداقل به میزان متوسط عملکرد سالیانه متقاضی و حداکثر به تشخیص خود، ضمانت‌نامه و یا بیمه‌نامه اعتباری ارزی - ریالی مورد قبول ذی‌نفع را صادر کنند و بانک‌ها نیز موظف شده‌اند بدون قید و شرط و به صرف اعلام کتبی صادرکننده، وثایق یادشده را تضمین کنند.

۳- بند ۴ ماده ۳۹ قانون اساسنامه بانک ملی ایران مصوب ۱۳۱۷/۵/۲۲ در مقام تعیین معاملات و عملیات بانک، اعطای اعتبار را در مقابل این وثایق مجاز دانسته است:

«فلزات گران‌بها از مسکوک با شمش، ارزهای آزاد، رسید انبارهای رسمی و اموال غیر منقول ثبت‌شده».

بند ۷ ماده ۴۱ همین قانون، اعطای تسهیلات در ازای سهام و اوراق وام‌هایی که در یکی از بورس‌های معتبر نرخ‌بندی نشده است را منع نموده است. شاید بتوان از مفهوم مخالف این بند چنین استفاده کرد که اعطای وام در ازای سهام شرکت‌های حاضر در بورس‌های معتبر جایز است (شکری، ۱۳۹۰: ۹۳). نکته قابل توجه آن است که ماده ۱۶ قانون بانکداری مصوب ۱۳۳۴/۴/۵، سایر بانک‌ها را نیز مکلف کرده است که از سیاست اعتباری بانک ملی و مقررات عمومی مربوط به معاملات بانکی پیروی کنند. بنابراین اعطای تسهیلات از سوی سایر بانک‌ها نیز منوط به اخذ وثایق موضوع قانون اساسنامه بانک ملی ایران بوده است.

۴- به موجب ماده ۱ قانون تسهیل اعطای تسهیلات بانکی و کاهش هزینه‌های طرح و تسریع در اجرای طرح‌های تولیدی و افزایش مالی و کارایی بانک‌ها: «به منظور تسریع، تسهیل و تقویت سرمایه‌گذاری در طرح‌های تولیدی - اعم از کالا یا خدمت - دریافت وثیقه خارج از ارزش دارایی و عواید آتی طرح، از گیرندگان تسهیلات... توسط بانک‌های عامل ممنوع است».

این مقرر با امکان ترمین اموال آینده، نسبت به دیگر قوانین جلوتر رفته است. تغییر دیدگاه مقنن با تصویب چنین قانونی کاملاً روشن است. به موجب این قانون، به صراحت شروط مربوط به ضرورت قبض و عین معین بودن مرهونه نادیده گرفته شده است؛

چراکه رهنه در هنگام دریافت تسهیلات اصلاً وجود ندارد (عیسائی تفرشی و همکاران، ۱۳۸۹: ۲۱۱-۲۱۵).

این قوانین به علاوه چندین آیین‌نامه و دستورالعمل^۱ همگی حاکی از آن است که مقنن، طلب را به عنوان موضوع قرارداد وثیقه پذیرفته است. مقنن در قوانین گوناگونی، «حق» را به عنوان موضوع قرارداد وثیقه پذیرفته است. این قوانین عبارت‌اند از:

- ۱- ماده ۱۱۴ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷؛
- ۲- ماده ۱۰۰ قانون برنامه پنج‌ساله توسعه جمهوری اسلامی ایران؛
- ۳- ماده ۲۱ قانون اصلاح قانون بیمه اجباری مسئولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث مصوب ۱۳۸۷؛
- ۴- ماده ۹ قانون معادن سال ۱۳۷۷ با اصلاحات آذرماه ۱۳۹۰؛
- ۵- لایحه قانونی نحوه وثیقه اراضی و باغات و حَقّابه‌هایی که در اجرای قوانین اصلاحات ارضی به زارعان واگذار شده است، مصوب ۵۹/۴/۲۱ شورای انقلاب. موارد ۱ تا ۴ بیشتر آورده شد. لایحه قانونی فوق‌الذکر نیز مقرر می‌دارد: «بانک کشاورزی و سایر مؤسسات اعتباری دولتی می‌توانند اراضی و باغات و حَقّابه‌هایی که در اجرای قوانین اصلاحات ارضی به زارعین صاحب نسق واگذار شده یا می‌شود، در قبال اعطای وام کشاورزی به رهن و وثیقه قبول نمایند».

نکته مورد نظر در این مقرر، امکان به وثیقه گذاشتن حَقّابه است که عین معین محسوب نمی‌گردد. حَقّابه ترکیب‌یافته از «حق» عربی و «آب» فارسی و به معنای سهم مقررده، مزرعه، باغ، خانه و یا کسی از یک منبع آب، مانند رود، چشمه و قنات است (هاشمی شاهرودی و همکاران، ۱۴۲۶: ۳۲۹/۱). این حق در واقع از مصادیق اموال غیر مادی است که توثیق آن در این مقرر پذیرفته شده است.

۱. برخی از این مقررات عبارت‌اند از: ماده ۲ آیین‌نامه صدور ضمانت‌نامه و ظهنویسی از طرف بانک‌ها مصوب ۱۳۹۰/۱۰/۲۸ شورای پول و اعتبار؛ ماده ۵ آیین‌نامه صدور ضمانت‌نامه و اعطای تسهیلات ارزی مصوب ۱۳۸۱/۷/۲۸؛ دستورالعمل اجرایی معاملات و تسهیلات اعتباری موسوم به بخشنامه «۲۰ ب».

۲-۴. افتراق رهن و وثیقه از حیث نیاز به ثبوت حق بر ذمه مدیون

از تتبع در مقرراتی که به بحث وثیقه پرداخته‌اند، ویژگی دیگری نیز برای قرارداد استفاده می‌شود که عبارت است از عدم نیاز ثبوت حق بر ذمه؛ در حالی که می‌دانیم یکی از شرایط عقد رهن، ثبوت حق بر ذمه مرتهن است. این مقررات عبارت‌اند از:

۱- ماده ۱۱۴ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷؛

۲- ماده ۱۰۰ قانون برنامه پنج‌ساله توسعه جمهوری اسلامی ایران؛

۳- قوانین مربوط به قرار وثیقه کیفری، که سابقاً شرح آن‌ها بیان گردید و در اینجا به دلیل پرهیز از تکرار، مجدداً تشریح نمی‌گردند.

نتیجه‌گیری

اگرچه فقهای امامیه تفاوتی میان رهن و وثیقه به عنوان دو عقد مجزا قائل نبوده‌اند و قانون مدنی نیز به تبع صبغه فقهی، تفاوتی میان این دو نهاد مزبور قائل نیست، لیکن نظر به محدودیت‌ها و قیود حاکم بر عقد رهن و عجز این نهاد از برآوردن نیازهای موجود، بسیاری از حقوق‌دانان و نیز بسیاری از قوانین و مقررات، در صدد ارائه راهکار برای این موضوع و برآوردن نیازها برآمده‌اند.

یکی از این راهکارها، تفکیک میان عقد رهن و عقد وثیقه است. برخی معتقدند که ماده ۱۰ قانون مدنی، راه حلی برای وثیقه‌گذاران اموالی که در تعریف عین معین قرار نمی‌گیرد، به دست می‌دهد. در واقع مطابق این نظر، این قرارداد توثیق، رهن اصطلاحی محسوب نمی‌شود، بلکه قراردادی است مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی؛ لیکن باید دانست که از این ماده در برابر نظریه توقیفی بودن عقود استفاده می‌کنند و مفاد آن از این قرار است که ولو قراردادی در هیچ یک از قالب‌های عقود معین منعقد نشود، به شرط مخالف قانون نبودن، این قرارداد را باید نافذ شناخت. لذا تمامی عقود مستحدثی که شرایط و اقتضانات آن‌ها با یکی از قالب‌های عقود معین هماهنگی ندارد، با این ماده توجیه می‌شوند و هیچ‌گاه نمی‌توان از این ماده برای فرار از قواعد امری عقود معین استفاده نمود و در مورد بحث نیز ماده ۷۷۴ قانون مدنی از قواعد امری حاکم بر رهن است و همان‌گونه که شرط خلاف آن پذیرفته نمی‌شود، از ماده ۱۰ قانون مدنی نیز

نمی‌توان برای دور زدن آن استفاده نمود. لذا به نظر می‌رسد در تمایز میان رهن و وثیقه، باید عقد وثیقه را یک عقد معین دانست؛ لیکن این ادعا نیازمند آن است که اثبات شود اولاً نام این عقد و ثانیاً شرایط و احکام خاص این عقد، در قانون ذکر شده است.

از تتبع در قوانین این نتیجه به دست می‌آید که در بسیاری موارد که امکان انعقاد قرارداد در قالب عقد رهن به دلیل فقدان یکی از شرایط وجود ندارد، مقنن از لفظ «وثیقه» استفاده نموده است. این قوانین از دو جهت برای بحث حاضر قابلیت استفاده دارند: نخست آنکه اثبات می‌کنند نام قرارداد «وثیقه»، دارای مبنای قانونی است و بارها در قوانین مختلف به کار رفته است و در وهله دوم این مهم را می‌رسانند که مقنن در مواردی که یکی از شرایط انعقاد عقد رهن وجود نداشته است، از لفظ «وثیقه» استفاده نموده و از به کار بردن لفظ رهن خودداری کرده است و از این طریق، یک تأسیس نوین را به عالم حقوق وارد نموده است.

مقنن در قانون اصلاح قانون بیمه اجباری، قانون بخش تعاونی اقتصاد جمهوری اسلامی ایران، قانون بیمه، قانون ثبت، قوانین مربوط به سهام وثیقه و قوانین مربوط به قرار وثیقه که حداقل یکی از شرایط صحت عقد رهن وجود نداشته، از واژه وثیقه استفاده کرده و به وضع تعینی، این واژه را برای نهادی خاص معرفی می‌نماید و نیز از سوی دیگر، وجوه افتراق دو عقد وثیقه و رهن را از حیث موضوع و نیز از حیث نیاز به ثبوت حق بر ذمه مدیون روشن می‌سازد.

کتاب‌شناسی

۱. آشوری، محمد، آیین دادرسی کیفری، چاپ سوم، تهران، سمت، ۱۳۸۲ ش.
۲. اخلاقی، بهروز، «بحثی پیرامون توثیق اسناد تجاری»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۲۴، ۱۳۶۸ ش.
۳. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، تهران، اسلامی، بی تا.
۴. انصاری، علی، و سهیل ذوالفقاری، «توثیق اموال غیر مادی در حقوق ایران»، مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی، دوره چهارم، شماره ۶، بهار و تابستان ۱۳۹۱ ش.
۵. باریکلو، علیرضا، عقود معین ۲، تهران، مجد، ۱۳۸۸ ش.
۶. بروجردی عبده، محمد، حقوق مدنی، قزوین، طه، ۱۳۸۰ ش.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق مدنی: رهن و صلح، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۸ ش.
۸. حائری یزدی، عبدالکریم، درر الفوائد، چاپ ششم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸ ق.
۹. سیاه‌بیدی کرمانشاهی، سعید، توثیق بیمه‌نامه عمر، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۹۴ ش.
۱۰. شکری، فریده، «رهن دین در نظام حقوقی ایران»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۵، پاییز ۱۳۹۰ ش.
۱۱. شهبازی‌نیا، مرتضی، «انتقال و توثیق ضمانت‌نامه مستقل بانکی»، فصلنامه مدرس علوم انسانی، دوره یازدهم، شماره ۲ (پیاپی ۵۱)، تابستان ۱۳۸۶ ش.
۱۲. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، حاشیه سیدمحمد کلاتر، قم، کتاب‌فروشی داور، ۱۴۱۰ ق.
۱۳. همو، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۱۴. علامه حلی، ابومنصور جمال‌الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تذکرة الفقهاء، قم، مؤسسه آل‌البتیة، ۱۴۱۴ ق.
۱۵. عیسائی تفرشی، محمد و همکاران، «وثیقه شناور در نظام حقوقی آمریکا و ایران»، فصلنامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی (مدرس علوم انسانی)، دوره چهاردهم، شماره ۲ (پیاپی ۶۷)، تابستان ۱۳۸۹ ش.
۱۶. فخرالمحققین حلی، ابوطالب محمد بن حسن بن یوسف، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۷ ق.
۱۷. کاتوزیان، ناصر، عقود معین، چاپ چهارم، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۸۲ ش.
۱۸. همو، عقود معین، چاپ هشتم، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۸۱ ش.
۱۹. محقق حلی، نجم‌الدین جعفر بن حسن هذلی، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۲۰. مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی، فرهنگ‌نامه اصول فقه، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی - معاونت پژوهشی دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۳۸۹ ش.
۲۱. مؤمن قمی، محمد، تسدید الاصول، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۲۲. نجفی، محمدحسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۲۳. نجفی کاشف‌الغطاء، محمدحسین بن علی بن محمدرضا، تحریرالمجله، نجف اشرف، المكتبة المرتضویه، ۱۳۵۹ ق.

۲۴. هاشمی شاهرودی، سید محمود و همکاران، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، ۱۴۲۶ ق.

25. Capitan, Henry, *Vocabulaire juridique*, Paris, Les press universitaires de France, 1936.

26. Mazeaud, Henry, Léon, Jean, et François Chabas, *Leçons de droit civil*, 7e éd., TIII, Paris, Montchrestin, 1999.

فتوای معیار در قانون گذاری؛

انطباق با مصالح الزامی*

- محسن جهانگیری^۱
- محمدعلی بنایی خیرآبادی^۲

چکیده

فقه شیعه در فضای پاسخ‌گویی به نیازهای فردی و در فاصله‌ای معنادار با نگرش اجتماعی، رشد و نمو یافته است. کتاب اجتهاد و تقلید نیز از این قاعده مستثنا نیست و به همین دلیل در برخی موضوعاتی که از دریچه مسائل فردی تحلیل شده است، در مواجهه با مسائل اجتماعی، بن‌بست‌های نظری رخ می‌دهد و پاره‌ای از این مشکلات، با متد فقه فردی قابل حل نیست. یکی از مهم‌ترین موارد، انطباق قوانین مصوب با احکام اسلام است. قانون گذاری نه تنها در فلسفه سیاسی قدیم دارای اهمیت ویژه بوده، که در دوران مدرن نیز قلب دموکراسی‌های جدید خوانده شده است. در این زمینه، مسائل و موضوعات مختلفی وجود دارد که یکی از مهم‌ترین آن‌ها، موضوع «فتوای معیار قانون گذاری» است؛ یعنی این مسئله که در صورت وجود اختلاف فتوا، اسلامی بودن مصوبات با کدام یک از

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۸/۳۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۱/۱۹.

۱. دانشیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی (نویسنده مسئول) (m.jahangiri2008@gmail.com).

۲. دانشجوی دکتری فقه جزایی دانشگاه علوم اسلامی رضوی (606382@gmail.com).

فتواها سنجیده می‌شود؟ فتوای فقیه حاکم، اعلم، فقهای شورای نگهبان، فتوای کارآمد، مطابق با احتیاط، فتوای مشهور.

مقاله حاضر پس از طرح این نظریات و اشکالات مهمی که در آن‌ها وجود دارد، از یک سو عدم هماهنگی میان دو منظر فردی و اجتماعی را در استنباط احکام نشان داده و از سوی دیگر نظریه فتوای منطبق با «مصلح الزامی» را مطرح نموده و برخی زمینه‌های نظری لازم را برای آن فراهم کرده است. تقلیل الزام به فتوای خاص در قانون‌گذاری، به موارد احراز مصالح الزامی و شرح چگونگی ترخیص در عمل بر طبق فتوا در پاره‌ای قوانین مرتبط با امور شخصیه، از پایه‌های مفهومی این نظریه است.

واژگان کلیدی: قانون‌گذاری اسلامی، فتوای معیار، مصالح عامه، تقنین

فقه.

۱. مقدمه

از مهم‌ترین مقدمات اسلامی شدن یک حکومت، انطباق یا عدم مخالفت قوانین مصوب در آن حکومت با احکام اسلامی است. در صورتی که یک مصوبه بر اساس نظر پاره‌ای از فقها، منطبق بر احکام اسلامی، و بر پایه دیدگاه پاره‌ای دیگر از فقیهان، مخالف احکام اسلامی باشد، آن قانون اسلامی است یا غیر اسلامی؟ از آنجایی که در مسائل اجتماعی نمی‌توان هر مکلف را آزاد گذاشت تا بر اساس فتوای مرجع تقلید خود عمل نماید، دقیقاً در همین نقطه، فقه فردی و اجتماعی دچار گسست می‌شوند. از منظر فقه فردی، هر مکلف باید آزادانه مرجع تقلید خود را انتخاب نماید؛ اما از نگاه اجتماعی، این امر امکان‌پذیر نیست. شاید در این معنا نیز اختلافی وجود ندارد که تکثر در قوانین از آن جهت که موجب هرج و مرج و اختلال نظام است، پذیرفتنی نیست، اما همه بحث در این است که ملاک وحدت قوانین چیست؟ اسلامی بودن قوانین باید بر اساس نظر اجتهادی چه شخصی انجام پذیرد؟ آنچه گفته شد، نباید به معنای تعارض کلی فتوا با قانون تفسیر گردد، بلکه این تعارض صرفاً در برخی موارد رخ می‌دهد؛ همچنان که تصویر عدم وجود تعارض درونی میان قانون‌های مختلف نیز دور از واقع است. البته، هم در نظام حقوق شرع و هم در نظام حقوق مدرن، تعارضات فتوایی و

قانونی درونی فراوان است و هر یک از این دو منظومه برای رفع این تعارضات، سامانه و روش‌هایی را در نظر گرفته است. آنچه در این مقاله مدّ نظر است، تعارض فتوای فقهای با قانون است. تفاوتی که میان این دو نظام هنجاری وجود دارد و نباید از نظر دور داشته شود، این است که وجود تعارض در نظام فتوایی، مادام که ملاک عمل اجتماعی و قانونی قرار نگرفته باشد، مشکل‌ساز نیست. هر یک از مکلفان می‌تواند بر اساس رأی مرجع خویش نماز بگزارد و روزه بگیرد، اما در مسائل قانونی و حاکمیتی، پذیرش تعدد و تکرر به معنای لغو حاکمیت و قانون است و این حالت، تفاوت چندانی با حالت فقدان قانون نخواهد داشت. در سرزمینی که حاکمیت و قدرت سیاسی و قانونی محل نزاع و درگیری باشد، در واقع حاکمیت وجود ندارد (کاتوزیان ۱۳۹۴: ۱۸۶ و بعد). با توجه به اینکه تبعیت از مجتهد دلخواه در امور اجتماعی می‌تواند به هرج و مرج و اختلال نظام بینجامد، در فتوای برخی فقها -از جمله رهبر انقلاب- این مطلب به صراحت بیان گردیده که در امور اجتماعی نمی‌توان از هر مجتهدی تقلید نمود و تنها باید از ولیّ امر مسلمین تقلید کرد. این امر بدان جهت است که دولت در نظام حقوقی مدرن، پشتوانه و ضمانت عملی اجرای قانون است و حفظ نظم عمومی، راهی جز وحدت قانون و حاکمیت ندارد. به همین دلیل، چاره‌ای جز تبعیت از مجتهد واحد در امور قانونی باقی نمی‌ماند.^۱ این نظریه اگرچه توسط برخی فقها مطرح گردیده، اما از جهت مبانی و برپایه فقه سنتی که اغلب رویکردی انفرادی دارد، همچنان نیازمند پیگیری و توضیح است.

۱-۱. پیشینه بحث و وجه نوآوری مقاله حاضر

فقه شیعه با رویکردی فردی و فاصله‌ای معنادار با نگرش اجتماعی، رشد یافته است. کتاب اجتهاد و تقلید نیز از این قاعده مستثنا نیست و به همین دلیل در برخی موضوعات در مواجهه با مسائل اجتماعی، بن‌بست‌های نظری رخ می‌دهد و پاره‌ای از این مشکلات، با متد فقه فردی قابل حل نیست. انطباق قوانین با احکام اسلام، از

۱. در مسائل مربوط به اداره کشور اسلامی و اموری که به عموم مسلمانان ارتباط دارد، نظر ولیّ امر مسلمین باید اطاعت شود. ولی در مسائل فردی محض، هر مکلفی باید از فتوای مرجع تقلیدش پیروی نماید (ر.ک: <<https://farsi.khamenei.ir/treatise-content?id=8#52>>).

مهم‌ترین آن موارد است. کتاب اجتهاد و تقلید عمدتاً با تکیه بر سیره عَقلاً در رجوع جاهل به عالم شکل گرفته است (انصاری، ۱۴۰۴: ۵۴). توجه به سنت خردمندان اگرچه وجه قوت است، اما در مقام تحقق، گاه نظریات علمی را آغشته به شرایط اندیشه‌ای خاص و رنگ و بوی تاریخی و موقعیتی می‌نماید. در موضوع این مقاله، مباحث اجتهاد و تقلید - مانند بسیاری از اوراق فقه شیعه - به دلایل تاریخی، از دیدگاهی کاملاً فردی تأسیس شده و از این منظر هیچ تفاوتی ندارد که موضوع حکم شرعی، فردی باشد یا اجتماعی. به هر حال این فقیه است که باید حکم شرعی را تشخیص دهد و غیر فقیه باید از او تقلید نماید. در نگاه فقهی، امر تقنین دارای ویژگی خاصی نیست و مانند دیگر موضوعات در دایره تقلید قرار می‌گیرد. در واقع، رفتارهای بشر موضوع حکم شرعی است و قانون‌گذاری نیز همچون یک رفتار باید دارای حکمی باشد؛ حکمی که نتیجه اجتهاد و تلاش علمی فقهاست و در ذات آن تکثر و تعدد وجود دارد. اما این منظر، با مفهوم قانون مدرن، که اولین شرط آن یکسان بودنش برای همه شهروندان است، ناسازگار است. این ناسازگاری از اولین تلاش‌های نظری برای تبیین مفهوم قانون در ایران مدنظر بوده، تا جایی که پدران مشروطه به وضوح می‌دانستند «کتب فقهیه اسلام، اقوال ضعیفه را نیز حاوی است» و به همین دلیل، «هر قولی اختلاف کثیر دارد»؛ آن هم اختلاف نظری کاملاً تخصصی که تمیز دادن نظریات و ضعف و صحت آن‌ها حتی برای مفتیان و مجتهدان نیز امری دشوار است، «مگر برای اعلم از علمای عظام». اما با این همه امید داشتند که «علما متفق شده، قوانین شریعت را معین فرموده، بنویسند» (مستشارالدوله، بی‌تا: ۶۷). این روند فکری - که مجال شرح آن نیست - در نهایت در اصل دوم متمم قانون اساسی مشروطه، به تأسیس هیئت مجتهدان نظار جهت نظارت بر عدم مخالفت مواد قانونیه با قواعد اسلامیہ انجامید (اصل دوم متمم قانون اساسی). اما تا کنون هیچ‌گاه به روشنی معلوم نگردیده که سازوکار تعیین عدم مخالفت با اسلام چیست و از میان مجموعه متکثر فتاوی شیعه، چه نظریه‌ای به عنوان استاندارد و معیار انطباق قوانین محسوب می‌گردد. پاره‌ای نظریات فتوای معیار مانند فقیه اعلم، مشهور فقها و فقیه حاکم، در قالبی معروف و معرّف مطرح گردیده که بر اساس متد رایج در سنت فقهی شیعه قابل فهم و تحلیل است. این موارد، نظریاتی نسبتاً قدیمی

هستند که اشکالات و ابهامات آن‌ها مکرراً مطرح و بررسی گردیده است. ما نیز در این مقاله از منظری دیگر، مبانی این نظریات را تحلیل خواهیم کرد. آنچه در اینجا اهمیت دارد، اشاره به نظریه‌ای دیگر است.

شهید صدر در نوشته‌های کوتاه، فتوای معیار را فتوای منطبق با مصالح عامه دانست (صدر، ۱۳۸۲: ۱۰) و با این کار، عنصر مصلحت را در مفهوم فتوای معیار اشراق نمود. هرچند که مصلحت در فقه شیعه جایگاهی منبعی ندارد، اما همواره به صورت‌های دیگری مورد توجه بوده است. همین نظریه در سال‌های بعد با عنوان «فتوای کارآمد» مطرح گردید و برخی تلاش کردند تا این نظریه را بر اساس مبانی اصولی شیعه توضیح دهند. آنچه در آخرین مقالات مرتبط با فتوای معیار مطرح گردیده، توضیح همین نظریه است (ارسطا، ۱۳۹۸: ۵۵) و آن‌چنان که خواهد آمد، هنوز نیازمند تأمل و رفع ابهام است. نظریه فتوای کارآمد با این مشکل جدی مواجه است که اگر انتخاب فتوای منطبق با مصالح عامه در مقام قانون‌گذاری با استناد به کارآمدی در عمل، امری صحیح است، پس نه تنها در امور اجتماعی، که در امور فردی نیز باید باب مصلحت و توجه به کارکردها را گشوده دانست. اگر در امر اجتماعی، انتخاب فتوای کارآمد بی‌اشکال است، چرا در امور فردی نیز همین کار جایز نباشد؟

به نظر می‌رسد پاسخی برای این پرسش در نوشته‌های موجود به چشم نمی‌خورد و نوآوری و تلاش مقاله حاضر را دقیقاً باید در همین نقطه انتظار داشت. نویسندگان تلاش نموده‌اند تا برخی ابهامات مبنایی و روشی را در توضیح فتوای معیار رفع نمایند. براینده مقاله حاضر، چه تکمیل نظریه شهید صدر یا ابداع نظریه‌ای تازه دانسته شود، به دنبال خلاصی یافتن از اشکالات مبنایی موجود در نظریات پیشین است.

۲. طرح مهم‌ترین نظریات

۱-۲. نظریه حقوقی جمهوری اسلامی ایران و فتوای معیار

آیا قانون جمهوری اسلامی ایران راهکاری جهت وجه انطباق قوانین با اسلام در نظر گرفته و فتوای معیار را مشخص نموده است؟ بررسی این موضوع از دو جهت

دارای اهمیت است؛ نخست اینکه «موضوع» مورد مناقشه را روشن کرده، محل نزاع را تفتیح می‌نماید و دوم اینکه از نظر قانون‌گذار درباره بحث فتوای معیار پرده برمی‌دارد. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران «ولایت امر و همه مسئولیت‌های ناشی از آن را بر عهده رهبر منتخب خبرگان» قرار داده است. باید پرسید که اطلاق و عموم تعبیر مذکور در اصل ۱۰۷ قانون اساسی تا چه اندازه است؛ به این معنا که «همه مسئولیت‌های ولایت امر» شامل چه چیزهایی می‌شود و آیا انطباق قوانین با اسلام نیز لزوماً باید با توجه به فتوای ولی امر انجام بگیرد؟ در این اصل تعریف روشنی از مسئولیت ولی فقیه نسبت به قانون‌گذاری و انطباق قوانین با فتوای شخصی او انجام نشده است.

اصل نود و شش قانون اساسی نیز از این جهت دارای اهمیت است. در این اصل «تشخیص عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با احکام اسلام» به «اکثریت فقهای شورای نگهبان» واگذار شده است. این اصل نیز اگرچه «مرجع» تشخیص مطابقت قوانین با اسلام را معین نموده، اما «معیار» آن تشخیص را معلوم نکرده و فتوای معیار را در هنگام اختلاف نظر فقهی توضیح نداده است. هرچند که شورای نگهبان، این اصل را چنین تفسیر کرده است: «تشخیص مغایرت یا انطباق قوانین با موازین اسلامی به طور نظر فتوایی با فقهای شورای نگهبان است»^۱ و این تفسیر از نظر قانونی ملاک عمل خواهد بود، اما از جهت بحث علمی و حقوقی همچنان ابهام باقی است؛ به ویژه با توجه به تشکیکاتی که در این مقاله درباره این مبنا مطرح خواهد شد. این تفسیر را می‌توان با این بیان تأیید نمود: لزوم وصف فقاہت در اعضای شورای نگهبان، نشان از آن است که آن‌ها باید به اجتهاد خود عمل نمایند. اگر قرار نبود که شورای نگهبان بر اساس فتوای خود، مغایرت قوانین با شرع را بسنجند، چه لزومی داشت که این شورا از میان فقها انتخاب گردد؟ این مؤید لفظی را می‌توان از جهتی دیگر انکار نمود؛ به این معنا که لزوم فقاہت در نیمی از اعضای شورای نگهبان لزوماً بدین معنا نیست که اعضای شورا باید به فتوای خود مراجعه نمایند، بلکه ممکن است فقاہت از آن جهت الزام شده باشد که دسترسی به فتوای فقیهان و اینکه هر موضوعی

۱. نظر تفسیری شماره ۲۴۳۷ به تاریخ ۱۳۶۳/۱۰/۱۱.

از موضوعات، در میان فقهای امامیه چگونه تحلیل شده و احیاناً برخی قوانین زیرمجموعه کدام موضوعات قرار می‌گیرد، امری سهل و زودیاب نیست. می‌توان گفت که بدون هیچ‌گونه اغراق، دسترسی و فهم دقیق سخنان فقها، تنها توسط یک فقیه امکان‌پذیر است. بنابراین الزام به صفت فقاقت در اعضای شورای نگهبان، ملازمه‌ای با این نکته ندارد که شورای نگهبان باید به فتوای شخصی خود عمل نماید. بر همین اساس، اگر نظریه سکوت قانون اساسی درباره فتوای معیار پذیرفته شود، می‌توان با مراجعه به مبانی فقهی، درباره فتوای معیار به کاوش پرداخت. روشن است که در مقام عمل، التزام به تفسیر شورای نگهبان لازم است، اما گفتگو درباره مبانی فقهی و اصولی این تفسیر، راهی جز مراجعه به مباحث استنباطی فقها در کتاب اجتهاد و تقلید، و بررسی نظریه‌های بدیل ندارد. این نکته را نباید فراموش کرد که در سال‌های اخیر، در مواردی نظریه‌ای از اعضای شورای نگهبان به ثبت رسیده که بر اساس آن، فتوای معیار همان فتوای ولی امر است. بنابراین شورای نگهبان در موارد اختلافی، تلاش می‌کند تا با سنجش فتوای رهبری، مغایرت و عدم مغایرت قوانین با احکام شرع را بیازماید و فتوای اعضای شورا را مستقلاً ملاک قرار نمی‌دهد.^۱ اکنون پس از تنقیح محل نزاع و اذعان به وجود ابهام قانونی در تعیین فتوای معیار، بازگشت به مبانی فقهی و اصولی، تنها راه ممکن جهت رفع خلأ حقوقی مذکور است.

فتوای حاکم شرع

از میان همه نظریات، دو نظریه‌ای که به طور رسمی در جمهوری اسلامی ایران مطرح شده، نظریه معیار بودن فتوای ولی فقیه و شورای نگهبان بوده است. به نظر می‌رسد آخرین نظریه رسمی، معیار بودن فتوای ولی فقیه است و بر همین اساس باید

۱. «در اکثر مسائل شرعی، نظرات مراجع عظام تقلید اختلافی با هم نداشته و مطابق با هم است و فقهای شورای نگهبان در رسیدگی به قوانین و مقررات و بررسی عدم مخالفت آن‌ها با شرع انور، با توجه به نظرات مراجع عظام تقلید اظهار نظر می‌کنند و در مسائل اختلافی بین مراجع که اندک هستند، رویه فقهای شورای نگهبان در بررسی قوانین و مقررات، در نظر گرفتن نظرات حضرت امام خمینی و رهبر معظم انقلاب است» (مصاحبه مؤمن قمی در سایت شورای نگهبان به تاریخ ۲۸ بهمن ۱۳۹۵، نیز ر.ک: کاکاوندی، ۱۳۹۶: ۱۰۳).

طرح نظریات را از همین نقطه آغاز نمود.

عمده دلیل معیار بودن فتوای ولیّ فقیه، اطلاق روایات ولایت فقیه است. مقبوله عمر بن حنظله: «فَإِنِّي قَدْ جَعَلْتُهُ عَلَيْكُمْ حَاكِمًا» (کلینی، ۱۳۸۷: ۶۷/۱) و توقیع مروی از ناحیه امام زمان علیه السلام: «فَإِنَّهُمْ حَجَّتِي عَلَيْكُمْ وَأَنَا حَجَّةُ اللَّهِ» (طبرسی: ۱۳۸۰: ۴۷۰/۲) و یا روایت «مجارى الأمور والأحكام على أيدى العلماء» (ابن شعبه خزّانی، ۱۴۰۴: ۲۳۹)، همگی دارای اطلاق هستند. بر اساس این روایات، فقها حاکمان از جانب امام معصوم علیه السلام هستند و دایره این حکومت و ولایت محدود نشده و هر چیزی را که در حوزه حکومت باشد، شامل می‌گردد. این دیدگاه را می‌توان در نظریات گروهی از فقها مشاهده نمود. مرحوم مؤمن قمی که سالیان طولانی از اعضای شورای نگهبان بود، نمونه‌ای از فقهای است که به صورتی منقح و صریح، این نظریه را شرح داده است (مؤمن قمی، ۱۴۲۹: ۵۱۵/۳). بر اساس این نظریه، حکومت دارای سه شأن است: قانون‌گذاری، اجرا، و قضاء. مطلق بودن ولایت فقیه به این معناست که فقیه حاکم، عهده‌دار هر سه شأن است. ادله ولایت دارای اطلاق است و این اطلاق نشان می‌دهد که هر چه مربوط با امر کشورداری باشد، و از آن جمله امر تقنین، از حقوق ولیّ امر است. با این توضیح، نه تنها ملاک و مرجع مشروعیت قوانین از جهت فتوا را ولیّ فقیه باید تعیین نماید، بلکه هر گونه روش اداره کشور و قانون‌گذاری را نیز او باید معین نماید:

«دلیل بر ثبوت اطلاق ولایت، این است که عنوان ولایت برای معصومین به صورت مطلق به کار رفته است و این بدان معناست که ولایت به صورت مطلق و غیر مقید برای آنها اثبات شده... و با همین وصف اطلاق برای فقها نیز ثابت است» (همان: ۵۲۳-۵۲۷).

فتوای شورای نگهبان

شورای نگهبان متشکل از مجتهدانی است که وظیفه تشخیص مغایرت یا عدم مغایرت قوانین با احکام شرع را بر عهده دارند. طبعاً فرد مجتهد اجازه تقلید از مجتهد دیگر را ندارد و همین معنا می‌تواند دلیل بر این باشد که فقهای شورای نگهبان باید در این تشخیص، به فتوای خود مراجعه نمایند. پیش از این، وجه حقوقی این نظریه مطرح

گردید. البته بیان دیگری در وجه اعتبار فتوای اعضای شورای نگهبان وجود دارد که به نظریه پیشین بازمی‌گردد. بر اساس این بیان، اگرچه امر تقنین بر عهده ولیّ فقیه است، اما فقیه حاکم، این امر را بر عهده شورای نگهبان گذاشته تا ایشان بر اساس فتوای خود، مطابقت قوانین با احکام شرعی را بررسی نمایند. روشن است که این تقریر، به نظریه پیشین بازمی‌گردد و نیازمند نقد و بررسی مجدد نیست؛ چه اینکه بر اساس این نظریه اگر فقیه حاکم صلاح نداند، این وظیفه را از شورای نگهبان اخذ نموده و رأساً بدان اقدام خواهد کرد. افزون بر این نظریه که شورای نگهبان انطباق قانون و شرع را بر پایه نظریه فتوایی ولیّ فقیه انجام می‌دهد، با وضوح بیشتری به نظریه معیار بودن فتوای ولیّ فقیه بازمی‌گردد، بلکه به صراحت همان نظریه است. بنابراین در ادامه، تقریر نخست از ضابطه بودن فتوای شورای نگهبان را در تطبیق قوانین با احکام شرع را نقد و بررسی خواهیم نمود.

فتوای مشهور

یکی از نظریات این است که شورای نگهبان اعتبار شرعی قوانین را نه بر اساس فتوای شخصی خود و نه بر پایه فتوای ولیّ فقیه بلکه بر مبنای فتوای مشهور بررسی نماید. منظور از فتوای مشهور در بحث حاضر، فتوایی است که پذیرفته اکثریت فقیهان شیعه باشد؛ اکثریتی که بسیار بیشتر از نصف به علاوه یک نفر است؛ اعم از آنکه اکثریت مزبور در فتوای خود به روایت معین یا دلیل دیگری استناد کرده باشند - که در اصطلاح، آن را «شهرت عملی» (جمعی از محققان، ۱۳۸۹: ۵۲۹؛ غروی نائینی بی‌تا: ۱۵۳/۳) می‌نامند - یا به هیچ دلیلی استناد نکرده و صرفاً فتوای خود را بیان کرده باشند - که اصطلاحاً آن را «شهرت فتوایی» (همان‌ها) می‌گویند. - شاید بتوان گفت که پذیرش فتوای مشهور به عنوان ملاک انطباق قوانین با شرع از آن جهت است که اگر یک نظریه در میان کارشناسان یک علم مشهور باشد، پذیرش و گرایش بدان کاملاً عقلایی است و خود اکثریت، ضابطه‌ای عقلایی در هنگام اختلاف نظر بین کارشناسان محسوب می‌شوند.

فتوای فقیه اعلم

به صورت سنتی، فقهای امامیه راه حل رفع اختلافات در فتاوا را مراجعه به فقیه اعلم دانسته‌اند. مبنای این نظریه، سیره عقلاست و از حیث استدلالی کاملاً روشن است (موسوی خمینی، ۱۳۸۴: ۶۳ و بعد). خردمندان چنین زندگی می‌کنند که در مسائل تخصصی، به دانشمندان آگاه در هر علم مراجعه می‌کنند (رجوع عالم به جاهل)، اما اگر اختلاف نظر میان کارشناسان وجود داشته باشد، آنگاه در صورتی که شخصی از دانشمندان با فاصله معناداری از دیگران عالم‌تر باشد، عقل و عاقلان تردیدی در مراجعه به او برای رفع اختلاف ندارند. اما آیا مراجعه به فقیه اعلم برای تعیین انطباق قوانین با احکام شرع نیز به همین وضوح است؟ در بخش نقد و بررسی نظریات، به این مطلب بازخواهیم گشت.

فتوای کارآمد

یکی از نظریات پرتکرار در سال‌های اخیر، انتخاب کارآمدترین فتوا از میان فتوای موجود نزد فقهای امامیه، برای تطبیق قوانین با احکام شرع است. تبیین فقهی و اصولی این نظریه بر اساس مبانی سنتی در کتاب اجتهاد و تقلید، کار دشواری است، اما می‌توان آن را بر پاره‌ای دلالات و مبانی اصولی مبتنی نمود. این نظریه را می‌توان با توجه به چند مقدمه به اثبات رسانید. در ادامه تلاش خواهد شد تا این نظریه به مثابه نظریه انطباق با «مصالح عامه» توضیح داده شود.

مقدمه نخست: بر اساس مبانی اصولی، چنانچه یک فقیه مطلبی را به عنوان فتوای خود از منابع فقه استنباط نماید، هرچند که آن فتوا با فتوای فقهای دیگر متفاوت باشد، اما آن فتوا را نمی‌توان مخالف اسلام دانست.^۱ این نکته، نتیجه مستقیم مسلک تخطئه است.

۱. برای مثال، اگرچه تقریباً تمامی فقهای معاصر و مشهور فقها در اعصار مختلف، اجرای حدود را در عصر غیبت مشروع می‌دانند، اما میرزای قمی از میان گذشتگان، و سیداحمد خوانساری از میان معاصران، این کار را جایز نمی‌دانند (ر.ک: فاضل لنکرانی، گنجینه استفتائات قضایی، سؤال ۹۰۸۸: نجفی، ۱۴۰۴: ۳۹۳/۲۱؛ و در مقابل، ر.ک: گیلانی قمی، ۱۳۷۱: ۳۹۵/۱؛ خوانساری، ۱۴۰۵: ۴۱۱/۵).

مقدمه دوم: برای اسلامی بودن یک قانون در کشور اسلامی، همین قدر کافی است که آن قانون مخالف با اسلام نباشد.^۱

مقدمه سوم: از میان تمام فتاوایی که هیچ یک با اسلام مخالفت ندارد، باید آن فتوایی را انتخاب نمود که مطابق با «مصلحت عامه» باشد و مصلحت عامه در اینجا چیزی جز همان منافع عمومی نیست؛ یعنی فتوایی که بیشترین سود و مصلحت را برای آحاد مردم در پی داشته باشد. این فتوا را می توان همان فتوای کارآمد دانست.

از میان مقدمات سه گانه بالا، سومین مقدمه بیش از دو مقدمه نخست، نیازمند توضیح و شرح است. این گزاره در کدام علم به اثبات رسیده است که اگر فتوایی با منافع و مصالح همخوانی بیشتری داشت، می توان آن را برگزید و بر اساس آن قانون وضع نمود؟ افزون بر اینکه همسان انگاری دو مفهوم مصلحت و منفعت نیز خود محل تردید است. توضیح این امور را به هنگام بررسی نظریه پیشنهادی این مقاله پی می گیریم. احتمالاً اولین شخصی که از میان فقهای امامیه، این نظریه را مطرح نموده، شهید صدر است. ایشان در ابتدای انقلاب، متوجه این موضوع شد که برای انطباق قوانین با احکام شرع، تکرر در فتاوا مسئله ساز خواهد بود. به همین جهت از نظر این فقیه برجسته، مجلس قانون گذاری باید از میان همه فتواهای معتبر، یکی را که با مصلحت عامه انطباق دارد، برگزیند. بر خلاف باب تقلید فردی، که در هنگام اختلاف فتوا باید به اعلم رجوع نمود، در مسائل اجتماعی این مصلحت عامه است که مرجح انتخاب یک فتوا به حساب می آید:

«إِنَّ أَىَّ مَوْقِفٍ لِلشَّرِيعَةِ يَحْتَوِي عَلَى أَكْثَرِ مِنْ اجْتِهَادٍ يَعْتَبَرُ نِطاقَ الْبَدَائِلِ الْمُتَعَدِّدَةِ مِنَ الْاجْتِهَادِ الْمَشْرُوعِ دَسْتُورِيًّا، وَ يَظَلُّ اخْتِيَارَ الْبَدِيلِ الْمَعْيَنِ مِنْ هَذِهِ الْبَدَائِلِ مُوَكَّوَلًا إِلَى السَّلْطَةِ التَّشْرِيعِيَّةِ الَّتِي تَمَارَسُهَا الْأُمَّةُ عَلَى ضَوْءِ الْمَصْلَحَةِ الْعَامَّةِ» (صدر، ۱۳۸۲: ۱۰)؛ در هر موضعی از شریعت که نظریات اجتهادی متعددی وجود داشته باشد، پیش نویس قانون در حدود تمام آن نظریات مشروع خواهد بود و انتخاب فتوایی مشخص از میان آن فتاوا با توجه به مصالح عامه، بر عهده قوه مقننه ای است که توسط مردم انتخاب می گردد.

۱. البته این مسئله که «الزام» نمودن شهروندان به چیزی که مخالف با شرع نیست و در موارد بسیاری ذاتاً «مباح» است، چه وجه شرعی دارد، خود نیازمند بحثی جداگانه و تفصیلی است که در این مجال نمی گنجد.

۳. نقد و بررسی نظریه‌ها

مهم‌ترین دلیلی که نقد نظریات بعد از هر نظریه به صورت جداگانه آورده نشده، توجه به این نکته است که از نظر نویسندگان این مقاله، مهم‌ترین اشکالاتی که بر این نظریات وارد است، میان همه آن‌ها مشترک است؛ هرچند که برخی از نظریات، دارای اشکالات خاصی نیز هستند. بر همین اساس، نقد و نظرات در دو دسته طبقه‌بندی و تبیین شده است.

۱-۳. اشکالات اختصاصی

۱-۱-۳. بررسی نظریه فتوای حاکم شرع

گفته شد که دلیل اساسی این نظریه، تمسک به اطلاق ادله ولایت فقیه است. اما این اطلاق، علاوه بر اینکه ذاتاً دارای ابهام است، در موضوع فعلی، نتیجه مورد نظر را نخواهد داد.

۲-۱-۳. نقد تمسک به اطلاق ادله برای اثبات نظریه فتوای حاکم شرع

۱-۲-۱-۳. مواجهه فقها با اطلاق ادله

در سراسر فقه امامیه خصوصاً ابواب معاملات و سیاسات، مواردی از حذف قیود و شرایط و منع شیوه‌های رفتاری به چشم می‌خورد که با استناد به اطلاق دلیل انجام گرفته است.

اطلاق گاه با توجه به «قدر متیقن در مقام تخاطب» مورد تشکیک قرار می‌گیرد، و گاه «مورد غالب بودن» از نشر اطلاق به صورتی کاملاً فراگیر جلوگیری می‌کند، و گاه مسئله «در مقام بیان بودن» پیش می‌آید که از نظر رتبه زبان‌شناختی، مقدم بر موارد پیشین است. معمولاً فقها در این گونه مسائل، «اصل» را بر این قرار می‌دهند که متکلم در مقام بیان است. ایشان توضیح می‌دهند که اگر متکلم در مقام بیان نباشد، پس ابهام و اجمال‌گویی کرده است و متکلم عاقل و حکیم هیچ‌گاه سخن را به ابهام و اجمال برگزار نمی‌کند. در بسیاری از مسائل مانند جزئیات آیین دادرسی و ریز مسائل تقنینی و

اجرائی، این مشکل به چشم می‌خورد. برای مثال، رعایت نوبت علی‌رغم اهمیتش، هیچ مستند روایی روشنی ندارد. آیا از نظر فقهی، تشکیل پرونده توسط قاضی لازم است؟ آیا قاضی می‌تواند مشورت کند؟ دادگاه باید علنی باشد یا غیر علنی؟ چه اصلی در این زمینه وجود دارد؟ آیا می‌توان قاضی را ملزم نمود که دادرسی برخی جرائم خاص را با حضور هیئت منصفه برگزار نماید؟ می‌توان صدها مثال را بررسی نمود که از نظر روایات، فاقد مستند و دلیل کافی هستند.

بررسی روش‌شناختی آثار فقهی امامیه، دو روش کلی را نشان می‌دهد: روش نخست استفاده از «اطلاق» است، بدین معنا که تمامی موارد غیر منصوص، تحت اختیار حاکم است و در تمام آن موارد می‌گوییم: طبق نظر حاکم عمل می‌شود و امام جامعه در انتخاب روش مناسب، اختیار دارد. اما در روش دوم، نهاد اطلاق تا بدین حد کشش و قابلیت ندارد؛ مثلاً در قانون اساسی آمده است که فرماندهی کل نیروهای مسلح با رهبر است. فرمان جنگ و صلح با اوست. در اینکه ولیّ فقیه نیز مانند معصومان علیهم‌السلام دارای حق اداره جنگ و صلح است، بر اساس مبنای پذیرش ولایت فقیه تردیدی وجود ندارد. اما آنچه قابل بحث است، شیوه این فرماندهی و چگونگی آن است. در سلسله جلسات خبرگان بررسی نهایی قانون اساسی، این مسئله مطرح شد که اعلام جنگ و صلح پس از مشورت با شورای عالی دفاع انجام گیرد. شورای عالی دفاع متشکل از فرماندهان نظامی و وزیر امور خارجه و وزیر اطلاعات و جمعی از مسئولان عالی‌رتبه نظام بود. نتیجه این سخن آن بود که رهبری به صورت ابتدایی و استقلالی نتواند اعلام جنگ یا صلح کند. این راهکار از نظرگاه فقه سنتی می‌تواند با اطلاق دلیلی که حاکمیت را برای فقیه قرار می‌دهد، مخالف باشد. دقیقاً به همین دلیل است که در مشروع مذاکرات قانون اساسی، یکی از مباحث جدی و پرچالش بین شهید بهشتی و مرحوم منتظری همین مسئله است. شهید بهشتی قانون اساسی را مبین و توضیح‌دهنده روش‌ها و شیوه‌های حکومت منضبط می‌داند. از نظر ایشان باید در قانون اساسی توضیح داده شود که رهبری با چه روش و شیوه‌ای کشور را اداره می‌کند. اما منتظری همواره با این نظریه مخالف بوده است و روش‌شناسی فقهی ایشان - لااقل در آن دوره - اقتضا می‌کرده که معنای مطلق بودن ولایت فقیه، دقیقاً آزادی از همین قیود

قانونی و هر قید دیگر باشد. تعبیر «پس از مشورت با شورای عالی دفاع» به معنای تقیید در اختیارات ولیّ فقیه است که با مطلق بودن آن منافات دارد. آنچه اهمیت دارد، توجه به این دو روش در معنا نمودن اطلاق و چگونگی بهره‌گیری فقهی از آن و نتایج و الزاماتی است که بر سیستم حقوقی بار خواهد نمود. در مسئله علنی بودن قضا نیز با همین دوگانه مواجهیم. جملات آیه‌الله صافی در نقد لزوم علنی بودن دادرسی چنین است: قاضی اگر خواست، باید بتواند محاکمه را سرّی اعلام کند (اداره کل امور فرهنگی...، ۱۳۶۴: ۱۶۲۵). ایشان در جواب این پرسش شهید بهشتی که «یعنی به میل خودش؟» پاسخ داد: «بله، اگر مصلحت دانست». این نظریه همان طور که توضیح داده شد، بر اساس اطلاق ادله نصب قاضی است. در مسئله صدور حکم و ارتباط آن با درخواست از جانب مدعی، این شبهه وجود داشته که آیا قاضی برای صدور حکم باید به انتظار درخواست مدعی بنشیند یا اینکه خود می‌تواند مستقلاً به صدور حکم اقدام نماید؟ تعبیر فقیه بزرگ صاحب جواهر در این زمینه قابل توجه است:

«ضرورة اقتضاء إطلاق الأدلة أنّ الحكومة ومقدماتها بعد حضور المتخاصمین مجلس الخصومة عنده إليه» (نجفی، ۱۴۰۴: ۶۲/۴۰).

معنای این سخن آن است که «اطلاق ادله» نشان می‌دهد دادرسی و همه مقدمات و مقارنات و مؤخراتش بر عهده قاضی است، نه شخص دیگر. یکی از اعضای شورای نگهبان در نقد فتوای صاحب عروه که عدم رضایت شاکی و جلوگیری او از صدور حکم را باعث «عدم جواز» صدور حکم از جانب قاضی دانسته، چنین گفته است:

«اطلاقات ادله چنین اقتضا می‌کند که عدم رضایت مدعی، مانعی برای صدور حکم از جانب قاضی محسوب نمی‌شود و اگر قاضی با وجود مخالفت شاکی، مبادرت به صدور حکم نماید، حکم او صحیح و نافذ است. البته قاضی این اختیار را دارد که سخن شاکی را بپذیرد و تا هر گاه که «بخواهد»، صدور حکم را به تعویق انداخته و یا اساساً محاکمه را «تعطیل» نموده، به زمانی که صلاح می‌داند موکول نماید!» (بیزدی، ۱۴۲۹: ۲۸۵).

همین رویه در مسائل مهمی مانند: اصل علنی بودن جلسه دادگاه، حضور هیئت

۱. برای نمونه ر.ک: مشروح مذاکرات بررسی نهایی قانون اساسی: ۱۱۷۸.

منصفه در جرائم سیاسی - مطبوعاتی، برگزاری انتخابات و لحاظ نظر قضات در انتخاب برخی مسئولان قضایی و... دائماً خود را نشان داده و همواره این موارد مخالف با اختیارات حاکم اسلامی دانسته شده است (اداره کل امور فرهنگی...، ۱۳۶۴: ۱۶۰۲-۱۶۲۰ و ۱۶۲۲-۱۶۲۶).

۳-۲-۱. اطلاق ادله و سیره عقلا

پرداختن به این نکته که دایره اطلاق الفاظ را چگونه می‌توان مورد بررسی قرار داد، نقشی حیاتی در موضوع این مقاله ایفا می‌کند. اگر یک دلیل اطلاق داشت، سعه این اطلاق تا کجاست؟ فقیه معاصر آیه‌الله شبیری زنجانی در مباحث خویش به تکرار مطرح کرده است که اگر دلیلی «امضایی» بود نه تأسیسی، هرگز نمی‌توان با استناد به «اطلاق لفظ»، دایره مفهومی آن را گسترده نمود (شبیری زنجانی، بی‌تا: ۳۲۴۲): مثلاً اگر در روایتی مطرح شود: «هر مجهولی با قرعه حل گردد» آیا واژه «کُل مجهول» دارای عموم و اطلاق است و هر مجهولی را شامل می‌شود؟ پاسخ این است که با توجه به امضایی بودن این دلیل، گستره مفهومی این موضوع را باید از عرف و سیره عقلا سراغ گرفت و از آن‌ها پرسید که قرعه را در چه مواردی به کار می‌برند (همان: ۲۹۸۹). برخی فقها در اجازه قیمت‌گذاری برای دولت اسلامی اشکال کرده‌اند^۱ و حتی استظهار کرده‌اند که پیامبر هم برای نرخ‌گذاری ولایت نداشته است.^۲ در این برداشت، رئیس دولت اسلامی هرچند شخص پیامبر باشد، در جایی که رضایت اشخاص را کسب نکند، حق تصرف در اموال آن‌ها را ندارد و در نتیجه اگر مالکان، تصرف حاکم را به سود خود نبینند، حاکم ولایت ندارد و اگر هم آن را به مصلحت بدانند، نیازی به «اعمال ولایت» نیست. باری، تمسک به اطلاق با نگاهی صرفاً فردی، در مسائل بسیاری به برداشتهای غیر عقلایی انجامیده، در نهایت فقه را متهم به ناکارآمدی در امور

۱. «کُل مجهول فیه القرعة».

۲. نمونه‌ای روشن از این رویکرد را می‌توان در نظریات شورای نگهبان در سال‌های آغازین انقلاب جستجو نمود. در رد مواد ۷ و ۸ قانون اراضی شهری، به روایت «لا یحل مال امرئ إلا بطیب نفسه» و قاعده «الناس مسلطون علی أموالهم» استناد شده است (برای تفصیل بیشتر ر.ک: مهرپور، ۱۳۸۷: ۱۰۱/۱ و بعد).

۳. البته این نظریه دارای پیشینه فقهی طولانی است (برای نمونه ر.ک: طوسی، ۱۳۸۷: ۱۹۵/۲).

اجتماعی می‌نماید. در مسئله فتوای معیار نیز نمی‌توان با استناد به اطلاق روایات باب ولایت فقیه و یا نقطه مقابل آن، فتوای معیار را فتوای فقیه حاکم یا فتوای فقیه اعلم و یا موارد دیگر دانست. در واقع تمسک به اطلاق در تمامی این موارد، نارسا و دارای اشکال است.

۳-۱-۳. بررسی نظریه فتوای شورای نگهبان

مشکل اصلی این نظریه آن است که فقهای شورای نگهبان اگرچه مجتهدند، اما لزوماً از مراجع تقلید نیستند.^۱ آن‌ها اگرچه به جهت مجتهد بودن، خود حق تقلید ندارند (موسوی خمینی، ۱۳۸۴: ۶)، اما با توجه به اینکه فقهای شورای نگهبان اغلب از میان مجتهدان هستند، نه از مراجع درجه اول تقلید، مشکل تقلید مکلفان همچنان باقی است. چگونه می‌توان مقلدان دیگر مراجع را به تقلید از مجتهدانی وادار نمود که مرجع تقلید ایشان نیستند. حتی بر اساس مبنای خود اعضای شورای نگهبان در کتاب اجتهاد و تقلید، مقلدان در موارد اختلاف نظر باید از مرجع تقلید اعلم تقلید نمایند، نه از هیچ نهادی دیگر (صافی گلپایگانی، ۱۴۱۷: ۱۱/۱). نکته مهم اینکه اگر چنین مبنای فقهی را بپذیریم، آنگاه باید در تفسیری که پیش از این از قانون اساسی ارائه گردید نیز تردید نمود. توضیح اینکه بر اساس اصل چهارم قانون اساسی، همه اصول این قانون، محکوم به احکام شرعی هستند. حال چنانچه تقلید مردم از فتوای شورای نگهبان را فاقد مبنای شرعی بدانیم، لزوماً باید قانون اساسی را نیز به گونه‌ای تفسیر کنیم که با آن مبنای

۱. مرجعیت در اعضای شورای نگهبان شرط نیست، هرچند که در برخی موارد بعضی مراجع تقلید در این شورا عضویت داشته‌اند. این اشکال به مقام ثبوت و واقعیات بازمی‌گردد. از نظر فقهی، مرجع تقلید همان مجتهد است و تنها این تفاوت را دارد که محل مراجعه مقلدان قرار گرفته است. لیکن به هر حال، این مراجعه منشأ آثاری می‌شود که نمی‌توان آن را نادیده گرفت. به طور خاص از میان اعضای شورای نگهبان تا کنون دو نفر در زمره مراجع بوده‌اند. لطف‌الله صافی گلپایگانی از سال ۱۳۵۹ تا ۱۳۶۷ و از سن ۶۱ سالگی به عضویت این شورا درآمده است و سید محمود هاشمی شاهرودی از سال ۱۳۷۳ تا هنگام درگذشت در دو دوره متناوب، عضویت این شورا را داشته است. در میان دیگر اعضا، یوسف صانعی از ۱۳۵۹ و در ۴۲ سالگی تا ۱۳۶۱ عضو این شورا بوده که در آن دوره به مرجعیت شناخته نمی‌شده است. در درجه بعد می‌توان از افرادی مانند محمد مؤمن قمی، سیدمحمدرضا مدرسی یزدی، صادق لاریجانی و مهدی شب‌زنده‌دار نام برد که اگرچه به منصب مرجعیت شناخته نشده‌اند، لیکن صاحب کرسی درس خارج فقه و اصول در سالیان متمادی بوده‌اند.

شرعی در تقابل نیفتد.

دومین نقد آن است که در شورای نگهبان فقهای متعددی وجود دارند که خود نیز ممکن است اختلاف نظر داشته باشند و در چنین صورتی، برآیند آرای آنان ملاک نظر قرار می‌گیرد. حال این نکته که مکلفان از «اکثریت» آرای اعضای شورای نگهبان تقلید نمایند، به نوبه خود محل تردید و ابهام است. در کتاب اجتهاد و تقلید، افتاء شورایی معمولاً محل بحث و تردید قرار گرفته است، و در صورت پذیرش نیز، ماهیت عمل شورای نگهبان در تشخیص سرعیت قوانین، با افتاء شورایی کاملاً متفاوت است. در شورای نگهبان، هر فقیه نظر خود را ابراز می‌کند و در صورت اختلاف، رأی‌گیری به عمل آمده و اکثریت ملاک قرار می‌گیرد. منظور از تفاوت ماهیت کار شورای نگهبان با افتای شورایی این است که در افتای شورایی، خروجی شورا صرفاً برآیند آرای افراد نیست، بلکه شورایی شدن فتوا گونه‌ای از تخصصی شدن امر افتاء است که برای تحقق، نیازمند مشورت در مبانی و روش‌ها و ادله احکام و هم‌فکری و گفتگو برای رسیدن به افق‌های فکری نزدیک‌تر است. افتای شورایی هویت علم را جمعی می‌کند، نه اینکه صرفاً حاصل جمع علوم انفرادی را گزارش نماید. به هر حال، این پرسش پابرجاست که مبنای حجیت و اعتبار این اکثریت چیست؟ چه دلیلی وجود دارد که فتوای درست، در میان اقلیت از بین اعضای شورا نباشد؟ آنچه گفته می‌شود، بر اساس مبانی رایج در کتاب اجتهاد و تقلید است که معمولاً فقهای شورای نگهبان نیز بدان قائل هستند.

۳-۱-۴. بررسی نظریه فتوای مشهور

فتوای مشهور در دوره‌های متعدد متفاوت است؛ به این معنا که گاه حکم یک مسئله تا یک دوران از تاریخ فقه، به گونه‌ای است و از آن پس، خلاف آن حکم به شهرت رسیده است. حال با این فرض که شهرت را به اشتها یک قول نزد قدمای از فقها اختصاص دهیم، باز هم این محذور وجود دارد که گاه هیچ یک از نظرات به حد مشهور نرسیده و در مسئله مورد بحث، اصلاً شهرت تحقق نیافته است. در چنین مسائلی، تمسک به شهرت برای تشخیص مغایرت قانون با حکم شرعی، سالبه به انتفای

موضوع است. این مشکل در مسائل مستحدثه‌ای که تحقق شهرت درباره آن بی‌معناست، با وضوح بیشتری وجود دارد.

افزون بر آنچه گفته شد، ارجاع به نظریه مشهور در مسائل اختلافی، فاقد مبنای اصولی است. فقها در مباحث اجتهاد و تقلید توضیح داده‌اند که در صورت بروز اختلاف فتوا در یک مسئله، باید سراغ فقیه اعلم را گرفت (انصاری، بی‌تا: ۲۹۸). ایشان تفکیکی میان مسائل فردی و اجتماعی ایجاد نکرده‌اند. اگر در مسائل اجتماعی بتوان اختلاف فتوا را با مراجعه به نظریه مشهور رفع نمود، چرا در مسائل فردی این راه باز نباشد؟ چه تفاوتی میان این دو سنخ از مباحث وجود دارد که در یکی باید اختلاف فتوا را با مراجعه به اعلم رفع نمود، و در دیگری مراجعه به مشهور فقها فصل الخطاب فتواها محسوب گردد؟ به نظر می‌رسد با مبانی موجود در کتاب اجتهاد و تقلید، نمی‌توان پاسخ روشنی برای این مسئله پیدا نمود. در ادامه مقاله، به این پرسش باز خواهیم گشت. گذشته از همه این مباحث، دسترسی به فتوای مشهور همیشه ساده و آسان نیست. گاه درباره دو نظریه مخالف یکدیگر، ادعای شهرت و یا بالاتر از آن (اجماع) شده است. این امر، خود ماهیتی اجتهادی دارد و بر اساس مبانی رایج، در تشخیص فتوای مشهور نیز اگر اختلاف نظر وجود داشته باشد، باید به فقیه اعلم مراجعه نمود.

۳-۱-۵. بررسی نظریه فتوای اعلم

پیش از بررسی این نظریه، باید مفهوم اعلم را در مبحث فتوای معیار تبیین نمود. پیروی از فتوای اعلم اگرچه به صورت سنتی در کتاب اجتهاد و تقلید مطرح گردیده، (حائری یزدی، ۱۳۸۸: ۳۴۶) و از این جهت، استدلال‌ها و حتی نتایج نیز تا حد بسیاری با یکدیگر قرابت دارد (حاجزاده، ۱۳۹۴: ۶۹-۷۰)، اما با پیروزی انقلاب اسلامی ایران و در فرایند تدوین قانون اساسی، مفهوم تازه‌ای از اعلمیت نیز مطرح گردید که می‌توان آن را اعلمیت در رهبری سیاسی، در برابر اعلمیت در مرجعیت فقهی دانست.^۱ این مفهوم اگرچه در فقه ما بی‌سابقه نیست، اما مباحثی را که در این برهه به انجام رسید، می‌توان

۱. سیدکاظم حائری این مبحث را به تفصیل تحت عنوان «هل یصح فصل المرجعیة فی التقلید عن الولاية أو لا؟» در کتابش آورده است (حسینی حائری، ۱۴۱۴: صفحه ۲۴۵ به بعد).

نخستین مورد از مواجهه جدی نظر و عمل در این زمینه دانست.^۱ در این نگاه، فقیهی که در مسائل اجتماعی و موضوعات مربوط به اداره جامعه، اطلاعات و تدبیر و توان کافی نداشته باشد، در امر رهبری مجتهد نیست، هرچند که مجتهد به معنای مرسوم و مألوف هم باشد. حال پرسش این است که معیار بودن فتوای اعلم، به کدام یک از دو مفهوم اعلم اشاره دارد؟ برخی با ارجاع مفهوم اعلمیت به معنای «اعلمیت در اداره اجتماع به اضافه داشتن قوه اجتهاد»، فتوای چنین فقیهی را که توسط خبرگان برگزیده شده، معیار تقنین دانسته‌اند (همان). بر اساس این نظریه، فقیه اعلم در امور رهبری نیز سازوکار قانون اساسی را برای اداره کشور پذیرفته و از این نظر، فتوای فقهای شورای نگهبان باید ملاک قانون‌گذاری قرار داده شود (همان: ۸۳).

اکنون می‌توان گفت که معیار بودن فتوای اعلم به سه وجه، قابل‌تقریر است. اول اینکه اعلم به معنای رایج در فقه سنتی مدنظر باشد. دوم اینکه اعلم به معنای مجتهدی باشد که افزون بر دارا بودن نصاب فقاقت، در امور اجتماعی نیز دارای اجتهاد باشد. سوم اینکه همان مجتهد به سازوکار قانون اساسی پایبند باشد، با این تفسیر که قانون اساسی فقهای شورای نگهبان را موظف به استنباط احکام مورد نیاز جهت قانون‌گذاری نموده است.

به نظر می‌رسد هیچ کدام از این سه محمل را نمی‌توان به مثابه فتوای معیار در قانون‌گذاری پذیرفت. سرگردانی در تشخیص فرد اعلم، همچنان معضل‌تکثر در فتوا را در پی خواهد داشت. هیچ تفاوتی میان اعلم مصطلح در کتاب اجتهاد و تقلید، با اعلم در امور اجتماعی در این زمینه وجود ندارد که هر دو می‌توانند مصادیق متعدد و متکثری داشته باشند و از این جهت، مشکلاتی که در مقاله حاضر مطرح گردیده، بر این دو نظریه به صورت یکسان وارد خواهد گردید. چنانچه برگزیده شدن یک فقیه به رهبری توسط خبرگان را دلیل معیار بودن فتوای وی از میان همه فقهای که شرایط رهبری را داشته‌اند، بدانیم، چه تفاوتی وجود خواهد داشت میان این نظریه با نظریه‌ای که فتوای معیار را همان فتوای فقیه حاکم می‌داند؟ چنانچه صرف اعلمیت در سیاست

۱. برای گزارشی از نظریات و ادله مختلف در این زمینه، ر.ک: ورعی، ۱۳۸۶: ۵۶۴ به بعد.

و موضوعات اجتماعی، فتوای یک فقیه را معیار تقنین می‌نماید، اگر چند فقیه هم‌زمان این شرایط را داشته باشند، به چه دلیل یکی از آنان باید ترجیح داده شود؟ آیا دلیلی جز به فعلیت رسیدن ولایت در آن شخص وجود دارد؟ پس این نظریه به روشنی، به تئوری معیار بودن فتوای ولیّ فقیه عودت داده می‌شود و باید بر اساس مستندات و ادله همان نظریه بررسی گردد.

۳-۱-۶. نظریه فتوای کارآمد (مصالح عامه)

این نظریه در ادبیات فقهی شیعه، سابقه چندانی ندارد و به همین دلیل از جهاتی دارای ابهام بوده و نیازمند به تبیین و توضیح است. در اینجا به بیان نکته‌ای اساسی اکتفا می‌کنیم. پرسش این است که چنانچه رعایت مصالح عامه و کارآمدی فتاوا، در امور اجتماعی لازم است، چرا این گونه مصالح، در امور فردی مبنای انتخاب فتوا نباشد؟ اصولاً این نگرش که مبتنی بر مصالح است، با ادبیات فقهی اهل سنت سازگاری بیشتری دارد تا فقه امامیه.

۳-۲. اشکال عام

علاوه بر آنچه گفته شد، برخی اشکالات جدی در اینجا وجود دارد که از یک سو کمتر مورد توجه قرار گرفته و از سوی دیگر بر اغلب نظریات پیشین وارد است. مهم‌ترین اشکال این است که هیچ یک از نظریات گذشته با ماهیت و خصوصیات قانون سازگاری ندارد. دوام قانون، یکی از مهم‌ترین اوصاف قانون در نظام حقوقی مدرن محسوب می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۳۰۹). با این فرض که انطباق قانون با اسلام، بر اساس نظر فتوایی ولیّ فقیه یا فقیه اعلم یا شورای نگهبان تعیین گردد، در هر یک از فروض مذکور، با تغییر فتوا، قانون نیز باید تغییر کند؛ همچنین است با تغییر ولیّ فقیه یا شورای نگهبان یا فقیه اعلم. در تمام این فرض‌ها، مبنای مشروعیت قانون از بین خواهد رفت و لزوماً باید قانون با فتوای جدید یا فتوای شخص جدید انطباق یابد. با توجه به آنچه گذشت، مقاله حاضر تلاش خواهد کرد تا دورنمایی از نظریه و احتمالی نوین را مطرح نماید تا در آینده مورد تأمل و بررسی بیشتر قرار گیرد.

۳-۳. نظریه مصالح الزامی

پیش از این گفته شد که مهم‌ترین پرسش پیش روی نظریه مصالح الزامی، توضیح از معیار انتخاب فتواست؛ به این معنا که بر اساس کدام دلیل، مصلحت عمومی، معیاری برای برگزیدن فتوای مستند جعل قانون قرار داده می‌شود؟ پیش از اشاره به مبانی اصولی اجتهاد و تقلید، باید یادآوری نمود که قانون‌گذاری از شئون ولایت و حکومت است و از این منظر، محدود به رعایت مصالح است. حکومت در اسلام هرگز به معنای اثبات قدرت برای فرد یا افرادی در جهت رسیدن به آمال و خواسته‌های شخصی نیست، بلکه والی صرفاً در محدوده مصلحت امت دارای ولایت است. بی‌تردید ولایت دینی محدود به احکام دین و ارزش‌های الهی است.^۱ بر همین اساس، رعایت اقتضائات شرعی و عدم مخالفت با احکام شریعت، از مفروضات بحث فعلی است. باید توجه داشت آنجا که موضوع سخن اختلاف فتواها و انتخاب یکی از فتاوا جهت تدوین قانون بر اساس آن است، عدم مخالفت با احکام شرعی، پیشاپیش مسلم گرفته شده است؛ چه اینکه برداشت‌های اجتهادی از فقه و شریعت لزوماً یکسان نیست و هر فتوایی که بر اساس روش‌های منضبط و متقن اجتهادی صادر شده باشد، قابل تخطئه و رمی به مخالفت با اسلام نمی‌باشد. از سوی دیگر، حفظ نظم عمومی و مصالح و منافع ملت از اهم اهداف حکومت است، پس از آنکه مجموعه‌ای از فتواها در دست باشد که حسب فرض، اخذ هر یک از آنها موجب تأمین مصالح اخروی می‌گردد، آنگاه برای ترجیح هر کدام از آن فتاوا، عامل دیگری جز منافع و مصالح دنیوی مانند حفظ نظم، امنیت، استقلال، رفاه و توسعه امت اسلامی و رفع فقر و امثال آن باقی نمی‌ماند. طبیعی است که متصدیان امر قانون، از میان آن فتاوا موردی را برگزینند که بیش از همه موارد، وظایف و مسئولیت‌های ذاتی حکومت و قانون‌گذاری را تأمین نماید. این موضوع در صورتی است که مصالح و منافع دنیوی به حد ضرورت و یا ایجاد عسر و حرج نرسیده باشد؛ چه اینکه در صورت تحقق اموری مانند ضرر و حرج، رعایت جانب مصالح دنیوی گاه بر احکام اولیة شرعی نیز تقدم می‌یابد.

۱. احکام دینی در این تعبیر، اعم از احکام اولیه و ثانویه است. از این منظر است که «حکومت اسلام حکومت قانون است» (موسوی خمینی، ۱۳۸۹: ۴/۳۹۸).

به تعبیر دقیق‌تر، این اهداف ظاهراً دنیوی به نوبه خود مورد تأکید و درخواست شارع مقدس بوده و از این منظر اصلاً نباید آن‌ها را دنیوی محسوب کرد، بلکه این موضوعات خود متعلق طلب خداوند قرار گرفته است. پس تردیدی باقی نمی‌ماند که این تقدّم را نباید به معنای کنار نهادن دین و شریعت تفسیر نمود؛ چرا که راه التزام و الزام به احکام ثانویه را خود شارع مقدس در نظام حقوق شرع باز نموده است و این سامانه را باید یکی از مهم‌ترین وجوه انعطاف‌پذیری نظام حقوق شرع اسلامی با نیازهای زمانه دانست.

مطالعه کتاب اجتهاد و تقلید در نظام فقهی شیعه، جایگاه ویژه بنای عقلا در این کتاب را به روشنی نشان می‌دهد (موسوی خمینی، ۱۳۸۴: ۶ و ۸۱). لزوم مراجعه به فتوای فقیه در فهم و اجرای احکام و بسیاری از دیگر احکام حوزه اجتهاد و تقلید، مانند لزوم مراجعه به فقیه اعلم، بر پایه بنای عقلا در مراجعه به خبره و کارشناس به اثبات رسیده است (اصفهانی، ۱۴۱۶: ۱۶/۳). اکنون نیز باید برای روشن کردن مبنای تشخیص فتوای معیار در تطبیق قوانین، به همان بنای عقلا مراجعه نمود. افزون بر این باید توجه داشت که نمی‌توان رویه عقلا در امور فردی را بدون بررسی و دقت، به امور اجتماعی نیز تسری داد. اکنون باید پرسید که عقلا چه رویه‌ای را در این زمینه در پیش می‌گیرند؟ شکی نیست که قانون باید یکسان باشد، وگرنه لغو خواهد بود و جز هرج و مرج نتیجه‌ای نخواهد داشت. به تعبیر دیگر، واحد بودن قانون، یک مصلحت ملزومه است که عقلا از آن چشم‌پوشی نمی‌کنند. حال همین مصلحت ملزومه که در اصل قانون‌گذاری حاکم است، می‌تواند تکلیف بسیاری از موارد را در انتخاب فتوای معیار روشن کند. به این بیان که اگر یکی از فتواها مطابق با مصلحت ملزومه باشد، باید همان فتوا را انتخاب نمود. دقیقاً به همین دلیل، امام خمینی نیز در برخی موارد، امر قانون را به فتوای دیگری ارجاع داده است. تأکید فراوان امام خمینی بر پذیرش نظر مجلس شورای اسلامی را در صورت وجود ضرورت و تحقق موضوع احکام ثانوی نیز بر همین باب باید حمل نمود. آنچه تا کنون گفته شد، یک گزاره مهم از نظریه‌ای است که در صدد بیان آن بودیم. اما بخش مهم دیگری نیز وجود دارد.

۳-۳-۱. فتوای معیار و موارد تریخیصی

یکی از پایه‌های اصلی نظریه مصالح الزامی، توجه به حوزه سلبی این نظریه است؛ به این معنا که در موضوعات اختلافی، در صورت فقدان مصلحت ملزمه، قانون‌گذاری انجام نگیرد و افراد در امور شخصیه‌شان آزاد باشند که بر اساس فتوای مورد نظر خویش عمل نمایند؛ برای مثال در مسئله ازدواج باکره و لزوم اذن از ولی، اختلاف نظر وجود دارد. حال اگر کارشناسان چنین تشخیص دهند که الزام به اخذ اجازه از ولی، دارای مصلحت ملزمه است، چنین قانونی را انشاء نمایند و بر اساس آن فتوایی که مطابق با این قانون است، اسلامی بودنش تضمین خواهد شد. اما اگر چنین مصلحت ملزمه‌ای تشخیص داده نشد، طبعاً نباید چنین قانونی تصویب گردد و افراد آزاد باشند تا طبق فتوای مرجع تقلید خود عمل نمایند. همچنین است مسئله‌ای مانند ازدواج دائم با زن کتابیه که از نظر بسیاری از فقها ممنوع است، اما برخی آن را اجازه می‌دهند. حال در صورت فقدان مصلحت ملزمه، چه دلیلی وجود دارد که این موضوع را در تقنین وارد نماییم؟ به نظر می‌رسد بهترین کار همان است که در چنین مواردی، افراد بر اساس فتوای مرجع تقلید خود عمل نمایند. حتی در مواردی که تصور می‌شود عدم تقنین، مایه هرج و مرج و خصومت می‌شود، مانند مسئله ارث زن از اموال غیر منقول، باز هم می‌توان این موضوع را در قانون وارد نکرد تا هر فرد بر اساس فتوای مرجع خود عمل نماید. حتی در صورت اختلاف و مراجعه به محکمه نیز بر اساس مبانی فقهی و اصولی، حکم حاکم در شبهه حکمیه، بر فتوای مرجع تقلید تقدم دارد و این خود برای فصل خصومت کافی است. خلاصه اینکه ما با نظریاتی که معتقدند باید پس از کنار گذاشتن ابواب عبادات، تمامی احکام معاملات و امور اجتماعی اسلام مانند نکاح و امثال آن را در قانون وارد نمود، مخالفیم. تنها در صورتی باید احکام شرع را به قانون تبدیل نمود که مصلحت ملزمه‌ای وجود داشته باشد و در آن صورت باید همان فتوای مطابق با مصلحت را در قانون وارد نمود.

۳-۳-۲. نصاب کمی در فتوای معیار

اما موضوع همیشه بدین حد ساده نیست. در برخی موارد، اگرچه اصل قانون‌گذاری

از جانب دولت و اجرای آن کاملاً لازم است، اما جزئیات آن می‌تواند صورت‌های مختلفی داشته باشد که هر یک از آن صورت‌ها از جهت استیفای مصلحت ملزمه، کفایت می‌کنند، اما از نظر فتوایی، اختلاف وجود دارد، مانند ابواب حدود و دیات؛ برای مثال در بحث ضمانت پزشک، ممکن است فقیهی پزشک را ضامن بداند، اما فقیهی دیگر، ضمانت پزشک را - حتی در صورت عدم اخذ براءت از بیمار - منکر باشد. در این صورت، حکومت که مکلف است در این ابواب بر اساس دستورات شرع، قانون وضع کند، چه راهی را در پیش بگیرد؟ در چنین مواردی، اولاً قانون‌گذاری لازم است و سکوت قانون‌گذار دارای مفسده است، و ثانیاً نمی‌توان افراد را آزاد گذاشت تا بر اساس فتوای فقیه مقلد خود عمل نمایند؛ چرا که در این موضوعات، مجری صرفاً حکومت است نه مردم، و حکومت نیز در اعمال مجازات و امثال آن، لزوماً باید دارای وحدت رویه باشد.

به نظر می‌رسد در این موارد نیز می‌توان فتوای معیار را به گونه‌ای دیگر مشخص نمود. می‌توان فتوا را بر اساس نظریه فقهی‌ای تنظیم نمود که بیشترین مقلد را داراست. اگر ۸۰ درصد از مؤمنان، مقلد یک نظریه هستند، وضع قانون بر اساس نظریه رقیب که فقط ۲۰ درصد مردم تابع آن هستند، عموم مکلفان را دچار مشکل می‌کند. طبیعی است که در دوران بین محذورین، چنانچه یکی از طرفین مشکلات کمتری داشته باشد، باید جانب آن را گرفت و روشن است که انتخاب فتوایی که بیشترین مقلد را دارد، با کمترین محذور مواجه است.

از مطالب پیشین روشن است که این نظریه نیز می‌تواند واجد اشکالاتی باشد. مهم‌ترین اشکال، همان نکته‌ای است که در قالب «اشکال عام» بر همه نظریات فتوای معیار وارد است. این نظریات، قانون را مبتنی بر فتوای یک فقیه خاص می‌کنند و در این صورت با تغییر فتوا یا فوت آن مجتهد، مبنای اسلامی قانون نیز از بین می‌رود. به نظر می‌رسد پس از بررسی نظریات و آنچه که در این مقاله پیشنهاد گردید، حل و فصل برخی از مشکلات مانند بقای بر تقلید مجتهد میت، در مواردی که قانونی بر اساس آن فتوا وضع گردیده، نیازمند به بازخوانی مباحث کتاب الاجتهاد از منظر فقه اجتماعی است. آیا بنای عقلا در این موضوع، در امور شخصی و اجتماعی یکسان

است؟ در صورت وضع قانون بر اساس فتوای مجتهدی که مقلدین فراوانی دارد و اکنون فوت کرده است، اگر پس از آن مجتهد، مبانی فقه و اصول هنوز دچار تغییرات جدی نشده باشد، حتی با گذشت چندین سال، آیا نمی‌توان حکم به جواز تقلید از او و بالتبع حفظ و بقای پایهٔ اسلامی قانون داد؟ البته پیدا کردن حجت شرعی برای تبعیت از این قانون را نباید با مسئله تغییر مصالح در گذر زمان خلط نمود. اینکه قوانین امروزی ممکن است در آینده مصالح را تأمین نکند، امری کاملاً محتمل بلکه قطعی است. خاصیت قوانینی که بر اساس مصالح متغیر جعل می‌گردند، همین متغیر بودنشان است و اصولاً اعتبار چنین قوانینی نیز تا زمان وجود مصلحت است و پس از آن باید لغو گردیده یا تغییر نمایند.

همچنین این اشکال که مجتهد حائز بیشترین مقلد را از کجا باید تشخیص داد، اگرچه مسئله‌ای مهم است، اما ماهیتی فقهی ندارد و صرفاً به شکل اجرا مربوط می‌شود. روشن است که در صورت پذیرش نظریهٔ احتمالی این مقاله، باید راه حلی برای این تشخیص فراهم آورد، چنان که بسیاری از امور این‌چنینی در دنیای امروز از طریق آمارگیری و امثال آن تعیین و تحدید می‌گردد. آنچه از تغییر مصون است، اصل حکومت‌داری و نیاز به قانون و روش‌هایی برای تشخیص مصالح عمومی است، وگرنه متن قوانین مبتنی بر مصلحت، همواره در معرض تغییر و تحول خواهد بود. این مسئله و مسائلی از این دست، نیازمند به پاسخ‌هایی هستند که در عین التزام به سنت فقهی امامیه، با توجه به الزامات اجتماعی زمانهٔ جدید، صادر شده باشند. به نظر می‌رسد جای خالی پژوهش‌هایی فاخر و متناسب با شأن پرسش‌هایی از این دست، همچنان در ادبیات حقوقی ایران اسلامی احساس می‌شود.

نتیجه‌گیری

مقاله حاضر ابتدا نشانگر این واقعیت است که بسیاری از مسائل مهم امروزی را نمی‌توان با روش کاملاً فردگرایانهٔ موجود در برخی کتاب‌ها و ابواب فقهی حل و فصل نمود. در بحث فتوای معیار، خصوصاً با تحلیل دلیل اطلاق در نظریه فتوای حاکم شرع، تقابل رویکرد دو گونه فقه اجتماعی و انفرادی به روشنی نشان داده شد. در فقه

اجتماعی، بهره‌گیری از اطلاعات کاملاً در ساحت و حوزه‌ای دیگر و با نتایج متفاوت شکل می‌گیرد. گاه آنچه در نگاه فردی مطلق است، در نگاه اجتماعی نمی‌تواند این چنین باشد و برعکس. نکته بسیار مهم آن است که حتی تحلیل سیره عقلا در امور اجتماعی، باید با نگاهی اجتماعی انجام گیرد. این نکته در تطبیق با مسئله فتوای معیار پیگیری گردید.

در میان نظریات فتوای معیار، نظریه مصالح عامه شهید صدر اگرچه تفاوتی معنادار با آنظار دیگر دارد، اما از یک سو مبانی آن بر اساس فقه شیعه تبیین نگردیده، و از سوی دیگر، خود نیز مبتلا به اشکال و ابهام است. مقاله حاضر با در میان کشیدن مفهوم مصالح الزامی و حوزه‌های ترخیص تقنینی، سعی در حل این مشکل داشته است. در تشخیص فتوای معیار ابتدا باید عنصر مصلحت الزامی را مدنظر قرار داد. بی‌تردید هر فتوایی که مصلحت الزامی را تأمین نماید و با منافع اضطراری همخوانی داشته باشد، نخستین ویژگی لازم در فتوای معیار را احراز کرده است. اما نه مصالح همیشه الزامی هستند و نه مصالح الزامی همیشه به روشنی و همراه با اطمینان عقلایی تشخیص داده می‌شوند. تلاش گردید تا با مثال‌های فقهی و حقوقی نشان داده شود که حکومت اسلامی در چه مواردی خوب است تعیین فتوای معیار را بر عهده خود مکلفان قرار دهد و قوانین از منظر انطباق با فتوای معیار دارای چند قسم است. آنچه در این قسمت از مقاله آمده است، ابتکار و احتمالی است که نیازمند تکمیل و توسعه است و به صورتی جدی، ظرفیت توسعه و تحقیق بیشتری را در مجال مناسب داراست. به تعبیر دیگر در اینجا توضیح داده شد که حکومت چگونه و در چه مواردی باید از تصویب قانون بر اساس یک فتوای خاص اجتناب نماید.

کتاب‌شناسی

۱. ابن شعبه حرانی، ابو محمد حسن بن علی بن حسین، *تحف العقول عن آل الرسول ﷺ*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۴ ق.
۲. اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی ایران، *صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران*، ۱۳۶۴ ش.
۳. انصاری، مرتضی بن محمد امین، *مطرح الانظار*، تقریر ابوالقاسم نوری تهرانی (کلاتتری)، قم، مؤسسه آل البيت ﷺ، بی تا.
۴. جمعی از محققان، *فرهنگ نامه اصول فقه*، قم، مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۹ ش.
۵. حاج زاده، هادی، «فتاوی معیار در قانون گذاری با نگاهی به مفهوم اعلمیت»، *مجله مطالعات اسلامی*، *فقه و اصول*، سال چهل و هفتم، شماره ۱۰۲، پاییز ۱۳۹۴ ش.
۶. حائری یزدی، مرتضی، *مبانی الاحکام فی اصول شرائع الاسلام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۸۸ ق.
۷. حسینی حائری، سید کاظم، *ولایة الامر فی عصر الغیبه*، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۴ ق.
۸. خوانساری، سید احمد بن یوسف، *جامع المدارک فی شرح المختصر النافع*، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۵ ق.
۹. شبیری زنجانی، سید موسی، *کتاب نکاح*، قم، رأی پرداز، بی تا.
۱۰. صافی گلپایگانی، لطف الله، *جامع الاحکام، فقه فتاوی*، چاپ چهارم، قم، انتشارات حضرت معصومه ﷺ، ۱۴۱۷ ق.
۱۱. صدر، سید محمد باقر، *الاسلام یقود الحیاة*، قم، دار الصدر، ۱۳۸۲ ش.
۱۲. طبرسی، ابومنصور احمد بن علی بن ابی طالب، *الاحتجاج علی اهل اللجاج*، قم، الشریف الرضی، ۱۳۸۰ ش.
۱۳. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *المبسوط فی فقه الامامیه*، چاپ سوم، تهران، المكتبة المرتضویه، ۱۳۸۷ ق.
۱۴. غروی نائینی، محمد حسین، *فوائد الاصول*، تقریر محمد علی کاظمی خراسانی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، بی تا.
۱۵. کاتوزیان، ناصر، *کلیات حقوق*، چاپ چهارم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۴ ش.
۱۶. همو، *مبانی حقوق عمومی*، چاپ پنجم، تهران، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۴ ش.
۱۷. کاکاوندی، رامین، *فتاوی معیار در قانون گذاری، مطالعه موردی قذف*، پایان نامه کارشناسی ارشد فقه و حقوق جزا، بهمن ۱۳۹۶ ش.
۱۸. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، *الکافی*، قم، دار الحدیث، ۱۳۸۷ ش.
۱۹. گیلانی قمی، میرزا ابوالقاسم بن محمد حسن، *جامع الشتات فی اجوبة السؤالات*، تهران، کیهان، ۱۳۷۱ ش.
۲۰. موسوی خمینی، سید روح الله، *الاجتهاد والتقلید*، چاپ دوم، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۸۴ ش.
۲۱. همو، *صحیفه امام*، چاپ پنجم، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۸۹ ش.
۲۲. مهرپور، حسین، *مجموعه نظریات شورای نگهبان*، تهران، دادگستر، ۱۳۸۷ ش.
۲۳. مؤمن قمی، محمد، *الولایة الالهیة الاسلامیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۹ ق.

٢٤. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ١٤٠٤ ق.
٢٥. ورعی، سیدجواد، *مبانی و مستندات قانون اساسی*، قم، دبیرخانه مجلس خبرگان رهبری، ١٣٨٦ ش.
٢٦. یزدی، محمد، *کتاب القضاء فی شرح العروة الوثقی*، قم، نشر مؤلف، ١٤٢٩ ق.

مبانی ضرر غیر مستقیم قابل جبران در حقوق ایران و انگلیس*

- مجتبی زمانی^۱
- سهیل طاهری^۲
- پژمان پیروزی^۳
- علیرضا مظلوم رهنی^۴

چکیده

در حقوق ایران، قاعده کلی این است که ضرر غیر مستقیم قابل جبران نیست. با وجود این، امروزه حقوق مسئولیت تمایل دارد به طور استثنایی، برخی زیان‌های غیر مستقیم را قابل جبران بدانند. در حقوق انگلستان، چنانچه ضرر

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۱/۲۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۲/۱۷.

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشکده علوم انسانی دانشگاه آزاد اسلامی (واحد شهر قدس - ایران) (m.zamani24062@gmail.com).
۲. استادیار دانشکده حقوق دانشکده علوم انسانی دانشگاه آزاد اسلامی (واحد شهر قدس - ایران) (نویسنده مسئول) (s.taheri@godsiau.ac.ir).
۳. استادیار دانشکده حقوق دانشکده علوم انسانی دانشگاه آزاد اسلامی (واحد شهر قدس - ایران) (p.piruzi@godsiau.ac.ir).
۴. استادیار دانشکده حقوق دانشکده علوم انسانی دانشگاه آزاد اسلامی (واحد شهر قدس - ایران) (a.mazloom@godsiau.ac.ir).

غیر مستقیم در حوزه پیش‌بینی طرفین آمده باشد، قابل جبران است. در این کشور، نظریه‌هایی وجود دارند که به مرور در رویه قضایی تثبیت شده و مبنای جبران ضرر غیر مستقیم را تشکیل می‌دهند. تئوری‌های نقض عهد کارا، نفع متوقع، نفع اتکاء، استرداد و اصل جبران کامل خسارات، هر یک به نوعی جبران ضرر غیر مستقیم را در انگلیس توجیه‌پذیر نموده‌اند. در حقوق ایران نیز اگرچه همواره به لزوم مستقیم بودن ضرر تأکید شده است، لیکن قواعد فقهی و حقوقی محکمی وجود دارند که به طور استثنایی می‌توان ضرر غیر مستقیم قراردادی و غیر قراردادی را با توسل به آن‌ها قابل جبران دانست. سببیت، لاضرر، احترام، مقابله به مثل و بنای عقلا قواعدی هستند که می‌توانند به عنوان مبنای جبران ضرر غیر مستقیم در حقوق ایران مورد شناسایی قرار گیرند.

واژگان کلیدی: خسارت، ضرر، مسئولیت، جبران‌پذیری.

مقدمه

در حقوق ایران و بسیاری از کشورهای دیگر، «مستقیم بودن» به عنوان یکی از شرایط ضرر قابل جبران معرفی شده است. غالب حقوق‌دانان ایران معتقدند منظور از مستقیم بودن ضرر این است که بین ضرر وارده و فعل زیانبار، رابطه سببیت عرفی برقرار باشد؛ به نحوی که بتوان گفت ضرر عرفاً ناشی از فعل فاعل زیان یا نقض عهد متعهد است. بر این مبنا، ضرر غیر مستقیم و باواسطه را باید با توسل به رکن سببیت مورد شناسایی قرار داد. چه بسا در عالم واقع، واسطه‌ای بین ضرر و فعل زیانبار وجود داشته باشد، اما عرف ضرر وارده را منسوب به فاعل زیان بداند. ماده ۶ قانون مسئولیت مدنی^۱ نمونه روشنی از ضرر غیر مستقیم قابل جبران در حقوق ایران است. اگرچه بسیاری از حقوق‌دانان کوشیده‌اند که ضرر مندرج در این ماده را ضرر مستقیم بدانند، لیکن غیر مستقیم بودن این گونه ضررها بدیهی است. به غیر از ضرر مندرج در ماده مرقوم،

۱. «... در صورتی که در زمان وقوع آسیب، زیان‌دیده قانوناً مکلف بوده و یا ممکن است بعدها مکلف شود شخص ثالثی را نگاهداری نماید، در اثر مرگ او، شخص ثالث از آن حق محروم گردد، واردکننده زیان باید مبلغی به عنوان مستمری متناسب با مدتی که ادامه حیات آسیب‌دیده عادتاً ممکن و مکلف به نگاهداری شخص ثالث بوده، به آن شخص پرداخت کند. در این صورت تشخیص میزان تأمین که باید گرفته شود، با دادگاه است. در صورتی که در زمان وقوع آسیب، نطفه شخص ثالث بسته شده و یا هنوز طفل به دنیا نیامده باشد، شخص مزبور استحقاق مستمری را خواهد داشت.»

مصادیق دیگری از ضرر غیر مستقیم را می‌توان نام برد که امروزه حقوق مسئولیت مدنی آن‌ها را قابل جبران می‌داند. ضرر ناشی از اعتماد به طرف مقابل به موجب بند «د» ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان،^۱ ضرر جمعی و عدم النفع محقق‌الحصول، نمونه‌هایی از این دست هستند که در دکترین حقوقی ایران قابل مطالبه دانسته شده‌اند. با توجه به قاعده‌ای که ماده ۵۲۰ قانون آیین دادرسی مدنی بنا نهاده، ضرر غیر مستقیم علی‌الاصول قابل جبران نیست. لیکن به عقیده دکترین، مواردی از ضرر غیر مستقیم را با توسل به مبانی فقهی و حقوقی می‌توان جبران نمود. بر خلاف حقوق ایران، در حقوق انگلستان مستقیم بودن با این صراحت جزء شرایط ضرر قابل جبران نیست. در این کشور برای قابل جبران بودن ضرر لازم است زیان وارده از فعل زیانبار «دور»^۲ نباشد. بر این پایه، ضرر ولو غیر مستقیم چنانچه در حوزه پیش‌بینی متعارف طرفین آمده باشد، قابل جبران است. حقوق مسئولیت امروزه تمایل دارد با توسل به اصل جبران کامل خسارات به نحو جامع وضعیت زیان‌دیده را ترمیم و زیان‌های وارده به وی را جبران نماید. باید توجه داشت که گشودن بی‌حد و حصر دروازه مسئولیت نیز شایسته نیست و نباید از این رهگذر، هزینه‌ای بدون دلیل به فاعل زیان تحمیل گردد. پس ناگزیر باید برای مسئولیت حدودی در نظر گرفت.

با اینکه حقوق‌دانان ما معتقدند مستقیم بودن ضرر و دور نبودن زیان، یکی از حدود تعیین‌شده برای جبران خسارت است، گاهی جبران ضرر غیر مستقیم، منطقی و عادلانه به نظر می‌رسد. لیکن برای نیل به این مقصود باید منابع فقهی و حقوقی، استعداد و ظرفیت لازم را داشته باشند. در غیر این صورت، جبران ضرر غیر مستقیم ناممکن خواهد بود. در کشور انگلستان که حقوق آن بیشتر متکی بر عرف و دکترین تثبیت‌شده

۱. «هر گاه پیش از اتمام کارهای موضوع پیمان، کارفرما بدون آنکه تقصیری متوجه پیمانکار باشد، بنا به مصلحت خود یا علل دیگر، تصمیم به خاتمه دادن پیمان بگیرد، خاتمه پیمان را با تعیین تاریخ آماده کردن کارگاه برای تحویل، که نباید بیشتر از ۱۵ روز باشد، به پیمانکار ابلاغ می‌کند... اقدامات بعد از خاتمه دادن پیمان به شرح زیر است: ... در صورتی که پیمانکار به منظور اجرای موضوع پیمان، در مقابل اشخاص ثالث تعهداتی کرده است و در اثر خاتمه دادن به پیمان، ملزم به پرداخت هزینه و خسارت‌هایی به آن اشخاص گردد، این هزینه‌ها و خسارت‌ها پس از رسیدگی و تأیید کارفرما به حساب بستانکاری پیمانکار منظور می‌گردد».

2. Remote.

در رویه قضایی می‌باشد، جبران‌پذیری ضرر غیر مستقیم اندکی سهل‌تر است. در حقوق ایران نیز مبانی قابل قبولی برای جبران ضرر غیر مستقیم وجود دارد. در ادامه، ضمن تبیین نظریاتی که در حقوق انگلستان به عنوان مبنای ضرر غیر مستقیم معرفی شده‌اند، مبانی قابل ارائه برای جبران استثنایی ضرر غیر مستقیم در حقوق ایران معرفی خواهد شد.

۱. مبانی لزوم جبران خسارات ناشی از ضرر غیر مستقیم در حقوق انگلیس
در حقوق انگلستان، مبانی ضرر غیر مستقیم را باید از میان نظریات و تئوری‌هایی استخراج نمود که در گذر زمان در رویه قضایی مؤثر واقع شده‌اند. مهم‌ترین نظریاتی که می‌توان آن‌ها را به عنوان مبنای ضرر غیر مستقیم قراردادی و غیر قراردادی در کشور انگلستان معرفی نمود، عبارت‌اند از:

۱-۱. نقض عهد کارا^۱

مطابق این قاعده، به متعهد قرارداد اجازه داده شده است تا چنانچه به هر دلیل احساس کند که از نتایج نقض عهد، منافع بیشتری به دست خواهد آورد، بتواند قرارداد را نقض و از انجام تعهد مندرج در آن خودداری کند، مشروط بر اینکه کلیه خسارات وارده به متعهدله را جبران نماید.^۲ این نظریه به نوعی بیانگر اعمال اصل جبران کامل خسارات در کامن‌لاست؛ چه اینکه فلسفه جبران خسارت این است که وضعیت زیان‌دیده را در حالتی قرار دهد که در صورت ایفای تعهد، در آن وضعیت قرار می‌گرفت (راف، ۱۳۹۰: ۲۴۵). بر این مبنا، متعهد در صورتی مجاز به نادیده گرفتن تعهد خویش است که علاوه بر زیان‌های مستقیم، هر گونه خسارت غیر مستقیم را که در

1. Efficient Breach.

2. "In summary, breach is efficient when, as a result of a windfall or an accident, the resources needed for performance are more valuable in an alternative use. Incentives for breach are efficient when the transfer of resources to the highest-valued use is accomplished at the lowest transaction costs and in such a way that no one is made worse off by the transfer and at least one person is made better off" (Alpa & Giampieri, Accessed 2019 October 11).

سیر طبیعی امور از نقض عهد ناشی می‌شود و به نوعی بازتاب زیان اصلی است، جبران کند؛ برای مثال در قرارداد فروش مواد اولیه، خریدار علاوه بر اینکه انتظار دریافت مبیع را دارد، انتظار دارد که مواد اولیه را در جهت خاص همچون بافروش آن برای تولید محصول دیگر استفاده کند. امتناع فروشنده از انجام تعهداتش موجب می‌گردد که خریدار از دو نوع منفعت محروم شود؛ منفعت نخست منفعت مستقیم و منفعت دوم منفعت غیر مستقیم است (Treitel, 1998: 84) که متعهد مکلف به جبران آنهاست. بنابراین با اعمال قاعده فوق، منافع زیان‌دیده تضمین شده و او می‌تواند حقوق و منافعی را که به طور مستقیم یا غیر مستقیم از قرارداد انتظار داشت، از طریق دریافت خسارت محقق کند. اعمال این نظریه در جبران خسارت علاوه بر نفع شخصی طرفین، می‌تواند منافع اجتماعی و اقتصادی نیز داشته باشد؛ چه اینکه ناقض قرارداد با جبران خسارت نه تنها از زیان‌دیده دلجویی نموده، بلکه خود نیز به سود بیشتری دست یافته است، ضمن آنکه عملکرد او به رونق اقتصادی و گردش ثروت نیز کمک کرده است (Bell & Others, 1998: 49).

۲-۱. نفع متوقع^۱

بر اساس این نظریه، ناقض قرارداد باید وضعیت زیان‌دیده را به حالتی برگرداند که گویی هیچ اتفاقی روی نداده است.^۲ به عبارت دیگر، اقدام عامل زیان در جبران خسارت باید به نحوی باشد که انجام یا عدم انجام قرارداد برای زیان‌دیده بی‌تأثیر باشد. ضوابطی که از مفاد قرارداد استخراج می‌گردد، باید به نحوی باشد که متعهدله را از اجرا یا عدم اجرای آن نگران نکند (Friedmann, 2001: 3)؛ برای مثال، در دعوی رابینسون علیه هارمن^۳ قاضی پارک^۴ چنین استدلال نمود:

1. Expecting Interest.

۲. نخستین بار فولر و پردیو از اصطلاح ضرر متوقع استفاده نموده‌اند (Fuller & Perdue, 1936: 373).
پروفسور فریدمن در آثار خود به جای واژه "expectation damage" از واژه "performance damage" استفاده نموده است.

3. Robinson v. Harman.

4. James Parke.

«چنانچه یک طرف قرارداد، در اثر تخلف طرف دیگر متحمل ضرر گردد، زیان‌زننده تا حد امکان باید خسارت وارده را با پول جبران کند تا جایی که طرف زیان‌دیده در وضعیتی قرار گیرد که گویی قرارداد اجرا شده است»^۱.

با اعمال این قاعده، خواهان به عدم‌النفع و منافی که از اجرای قرارداد انتظار داشته، دست خواهد یافت (Eisenberg, 2006: 979). منظور از عدم‌النفع، منافع از دست‌رفته‌ای است که زیان‌دیده به طور معقول می‌توانست از اجرای قرارداد به دست آورد (Garner, 2004: 417).

همان‌طور که گفته شد، قرار دادن زیان‌دیده در وضعیت اجرای قرارداد، هدف اصلی جبران خسارت است (Garner, 2004: 431; Pearce & Halson, 2008: 74). بدین ترتیب طرف قرارداد دیگر نسبت به انجام یا عدم انجام قرارداد بی‌تفاوت خواهد بود؛ زیرا اگرچه قرارداد اجرا نشده، اما خواهان عملاً چیزی را از دست نداده است. قاعده اخیر به «اصل بی‌تفاوتی»^۲ نیز معروف است (Friedmann, 2001: 3). این تئوری می‌تواند حاوی این امتیاز برای طرف قرارداد باشد که او بتواند ضررهای غیر مستقیم ناشی از نقض را از طرف خود مطالبه کند؛ چه اینکه نادیده گرفتن قرارداد از سوی طرف مقابل، منوط به جبران تمامی ضررها از جمله ضررهای غیر مستقیم است.

نفع متوقع در مسئولیت قهری نیز قابل تصور است؛ گاهی اوقات عملکرد فاعل زیان به نحوی است که رفتار منجر به ورود زانی می‌شود و این زیان به مراتب بیش از آن چیزی است که معمولاً انتظار آن می‌رود. به عبارت دیگر، زیان اصلی موجب می‌گردد زیان‌دیده منافی را که به طور معمول و در سیر طبیعی امور انتظار داشته، از دست بدهد (Cooke, 2009: 513).

1. The Court of Exchequer Chamber held that where a party agrees to grant a good and valid lease, having full knowledge that he has no title, the plaintiff, in an action for the breach of such agreement, may recover, beyond his expenses, damages resulting from the loss of his bargain; and the defendant cannot, under a plea of payment of money into court, give evidence that the plaintiff was aware of the defect of title.
2. Indifference principle.

تأثیر نظریه نفع متوقع را در مواد ۹-۵۰۲ و ۹-۵۰۳^۱ اصول قراردادهای اروپا نیز می‌توان دید. بر مبنای این دو ماده، زیان‌دیده می‌تواند خسارات غیر مستقیم و تبعی را که در حوزه پیش‌بینی متعارف و مورد انتظار خود از قرارداد بوده، از طرف مقابل مطالبه نماید.

۳-۱. نفع اتکا و اعتماد^۲

بر مبنای یک قاعده مهم، «زیان‌دیده می‌تواند در برخی شرایط خاص به جای مطالبه خسارت متوقع، خواستار جبران خسارت اتکایی شود» (راف، ۱۳۹۰: ۲۴۷). بر پایه این تئوری، از آنجا که متعاقدین با اتکا و اعتماد به تعهدات قراردادی طرف مقابل، مبادرت به امضای قرارداد می‌نمایند، قرارداد باید آن‌ها را بر مبنای این اعتماد، مورد حمایت قرار دهد؛ بدین معنا که در صورت تخلف طرف مقابل، زیان‌دیده در پرتو اتکا و اعتمادی که به ایفای تعهدات طرف مقابل داشته، حق دارد تمام خسارات ناشی از نقض تعهد را از او مطالبه کند.

به طور معمول، طرفین قرارداد ممکن است دو انتظار از قرارداد داشته باشند. انتظار نخست، انتظار ایفای تعهد طرف مقابل مبنی بر انجام موضوع اصلی قرارداد است. انتظار دوم منافی است که در اثر انجام تعهد اصلی به هر یک از طرفین رسیده و انگیزه و داعی آن‌ها برای انجام موضوع اصلی قرارداد است. بنابراین زیان اصلی و تبعی ناشی از اتکای اساسی و تبعی را باید از یکدیگر تفکیک نمود. زیان‌های اصلی زیان‌هایی هستند که تحت اعتماد متعاقدین به دریافت عوض اصلی، به طرف قرارداد تحمیل می‌شوند. اتکای تبعی به قرارداد نیز موجد هزینه‌های جنبی است که متعاقدین

1. Article 9:502: General Measure of Damages

The general measure of damages is such sum as will put the aggrieved party as nearly as possible into the position in which it would have been if the contract had been duly performed. Such damages cover the loss which the aggrieved party has suffered and the gain of which it has been deprived.

Article 9:503: Foreseeability

The non-performing party is liable only for loss which it foresaw or could reasonably have foreseen at the time of conclusion of the contract as a likely result of its non-performance, unless the non-performance was intentional or grossly negligent.

2. Reliance interest.

به امید اجرای قرارداد متحمل شده‌اند (Friedmann, 2001: 16): مثلاً یک گروه فیلم‌سازی که آماده ساخت یک فیلم است، با یک بازیگر قرارداد امضا می‌کند و با اتکا بر اینکه بازیگر یادشده در این پروژه حضور خواهد داشت، پروژه کلید می‌خورد و فیلم‌ساز به منظور آماده نمودن شرایط ساخت فیلم، هزینه‌هایی را انجام می‌دهد؛ محل فیلم‌برداری اجاره می‌شود؛ تدارکات لازم پیش‌بینی، لباس و تجهیزات مربوطه نیز خریداری می‌شود؛ لیکن در میانه کار، بازیگر مورد نظر از ادامه کار منصرف شده و از حضور در محل فیلم‌برداری خودداری و زیان هنگفتی را به فیلم‌ساز وارد می‌کند. این خسارات را می‌توان بر پایه تئوری نفع اتکا مطالبه کرد (Stone, 2002: 435)؛ همچنان که در دعوی آنجلیا تی. وی. علیه رید، این خسارات توسط دادگاه استیناف مورد پذیرش واقع شده است.^۱

۴-۱ نفع ایفا^۲

نفع ایفا به این معناست که خواهان مستحق دریافت خساراتی است که از عدم ایفای قرارداد ناشی شده است. به موجب مفاد قرارداد و اصل لزوم، متعهدله می‌تواند به طور طبیعی متعهد را به ایفای تعهداتش ملزم نماید. بر این مبنا، خواننده باید تمامی آثار ناشی از عدم ایفای قرارداد را تقبل نماید (Dobbs, 1993: 38). مفاد این قاعده همانند اصل لزوم قراردادها در حقوق ایران و عموم قاعده «أوفوا بالعقود» در فقه است. نتیجه‌ای که از این تئوری حاصل می‌گردد، همانند تئوری نقض عهد کاراست؛ با این تفاوت که نقض عهد کارا در پی اعطای اختیار به متعهد برای نادیده گرفتن تعهداتش است، اما رویکرد نفع ایفا در جهت احقاق حقوق متعهدله است.

1. Lord Denning MR held that expenditure incurred before could be claimed, so long as it was within the contemplation of the parties. Here Reed would have known of considerable expense.

“It is true that, if the defendant had never entered into the contract, he would not be liable, and the expenditure would have been incurred by the plaintiff without redress; but, the defendant having made his contract and broken it, it does not lie in his mouth to say he is not liable, when it was because of his breach that the expenditure has been wasted.”

2. Performance interest.

در حقوق کامن‌لا، پرداخت خسارت به زیان‌دیده به نوعی بدل اجرای تعهد اصلی است. یک قاعده پذیرفته‌شده وجود دارد که «اگر قرارداد را اجرا نکنی، باید خسارت پردازی»^۱ (Holmes, 1897: 462). بنابراین قرارداد فارغ از تعهد اصلی، دارای یک بدل و تعهد جانشین است که طرفین به طور ضمنی آن را پذیرفته‌اند. بدل تعهد، خسارت پولی^۲ است که در صورت تخلف متعهد، جایگزین تعهد اصلی می‌شود (نعمت‌اللهی، ۱۳۹۵: ۱۳۶). این تئوری با ساختار حقوق انگلستان که پرداخت خسارت را به عنوان یک اصل مورد پذیرش قرار داده، کاملاً هماهنگ است. لیکن در حقوق کشورهای رومی-ژرمنی^۳ و حقوق ایران که اصل اولیه اجرای عین تعهد است، به دشواری قابل پذیرش است. البته در حقوق انگلستان نیز پرداخت خسارت به عنوان جایگزین تعهد اصلی همواره در قرارداد ذکر نمی‌شود و در بسیاری از موارد، آنچه مقبول متعاقدین است، اجرای عین تعهد است نه تعهد جایگزین (Gold, 2009: 55). لذا باید گفت که نظریه اجرای تعهد را نمی‌توان یک مبنای قاطع برای جبران ضررهای غیر مستقیم در نظر گرفت. با وجود این، گفته می‌شود آنچه را که متعاقدین بر مبنای حاکمیت اراده مورد توافق قرار می‌دهند، نوعی قانون‌گذاری است. بنابراین اجرای قرارداد به منزله اجرای یک قانون خصوصی است که طرفین آن را وضع نموده‌اند؛ برای مثال اگر یک طرف قرارداد تعهد کند که در موعدی معین، ساختمانی را برای طرف مقابل بنا کند، او ملزم به ساختن بنای مورد تعهد است؛ زیرا طرفین با تراضی یکدیگر، قاعده‌ای الزام‌آور را وضع نموده‌اند (Fuller & Perdue, 1936: 58). متعاقدین می‌توانند میزان و شیوه جبران خسارت را نیز

1. If you do not comply with the contract, you must pay damages.

2. Substitutionary relief in money.

۳. در ماده ۲۰۳ قانون مدنی مصر آمده است: «پس از اخطار به تعهد مطابق مواد ۲۱۹ و ۲۲۰ در صورت امکان، متعهد ملزم به اجرای عین تعهد می‌گردد... مع‌هذا هر گاه اجرای عین تعهد برای متعهد دشوار و سنگین باشد، می‌تواند ایفای تعهد را به تأدیه مبلغی پول به عنوان غرامت محدود کند، مشروط بر اینکه روش اجرا، ضرر شدیدی متوجه متعهدله نکند».

همچنین ماده ۲۱۵ قانون مدنی این کشور بیان می‌دارد: «هر گاه برای متعهد، اجرای عین تعهد ممکن نباشد، به خاطر عدم ایفای تعهد، محکوم به پرداخت خسارت خواهد شد، مگر ثابت شود عدم امکان اجرا ناشی از سبب خارج از حیطه اختیار او بوده است. این اصل در صورتی که متعهد در اجرای تعهد تأخیر ورزد نیز اعمال می‌شود».

پیش‌بینی نموده و بر این مبنا از بروز اختلافات آتی جلوگیری کنند. اراده طرفین چنان قدرتی دارد که می‌تواند الزامات قانونی موجود را نیز نادیده گرفته و خود قدرت عمل را به دست گیرد. با این حال به دشواری می‌توان از مفاد قراردادی که در آن صحبتی از جبران خسارات غیر مستقیم به میان نیامده است، اراده ضمنی طرفین را کشف نمود.

۵-۱. اعاده یا استرداد^۱

بر مبنای این نظریه چنانچه قرارداد نقض شود، طرف متخلف باید هر آنچه را که تحت رژیم قرارداد به دست آورده است، به طرف مقابل مسترد کند (Stone, 2002: 435). این نظریه مبتنی بر یک قاعده مهم در حقوق انگلستان است که بیان می‌دارد:

«در صورت فقدان کلی عوض،^۲ طرف زیان‌دیده می‌تواند جبران خسارت اعاده‌ای را مطالبه کند» (راف، ۱۳۹۰: ۲۴۸).

فلسفه این امر، جلوگیری از دارا شدن ناعادلانه یا بلاجهت ناقض قرارداد است (Kull, 2006: 570). اعمال این قاعده در پرونده دی. ا. فرگوسن اند اسوشییتز علیه سول^۳ به وضوح مشاهده می‌گردد. خواهان که یک پیمانکار ساختمانی بود، قراردادی را برای انجام امور ساختمانی در ازای ۳۲۱۹۴ پوند منعقد کرد. خواهان کار را به طور ناقص انجام داد. به همین علت خواننده مبلغ ۲۶۷۳۸ پوند از قرارداد را به خواهان پرداخت نمود؛ در حالی که ارزش کار انجام‌شده توسط خواهان تنها ۲۲۰۶۵ پوند بود. سپس خواننده ادامه کار را با مبلغی کمتر از مبلغ قرارداد به پیمانکاری دیگر واگذار کرد. خواهان برای مطالبه خسارت علیه خواننده طرح دعوی نمود. متقابلاً خواننده نیز دعوی را برای استرداد اضافه پرداختی خود علیه خواهان مطرح نمود. دادگاه استیناف چنین استدلال کرد که خواننده می‌تواند مبلغ مازاد پرداخت‌شده را مطالبه کند؛ زیرا عوض قرارداد اساساً موجود نیست (راف، ۱۳۹۰: ۲۴۸). از مفاد این نظریه چنین استنباط می‌گردد که هدف از جبران خسارت، تغییر وضعیت فاعل زیان است نه زیان‌دیده. استرداد اعیان

1. Ristitutionintrest.

2. Considratiion.

3. D. O. Ferguson & Associates v. M. Sohl.

و منافی است که از قرارداد به دست آمده است، معمولاً بهترین طریق ترمیم و جبران خسارت است. خسارات تبعی و غیر مستقیم نیز می‌توانند در میان آنچه زیان‌زننده باید نسبت به پرداخت آن قیام کند، مورد محاسبه قرار گیرند (بادینی و دیگران، ۱۳۹۵: ۹۹).

۶-۱. جبران کامل خسارات^۱

اصل جبران کامل خسارات که با عنوان اصل «اعاده به وضع سابق» نیز از آن یاد می‌شود^۲ (بادینی و دیگران، ۱۳۹۵: ۱)، به این معناست که جبران خسارت باید کامل و دقیق باشد، به نحوی که حتی الامکان وضعیت زیان‌دیده را به حالت قبل از زیان برگرداند. بنابراین جبران خسارت نباید کمتر یا بیشتر از میزان زیان باشد (Wijck & Winters, 2001: 319). جبران خسارت باید به نحوی باشد که با زیان وارده برابری کرده و کافی باشد. به عبارت دیگر غرامتی که به زیان‌دیده داده می‌شود باید از چنان پوششی برخوردار باشد که از فقیرتر شدن زیان‌دیده جلوگیری کند (قسمتی تبریزی، ۱۳۹۴: ۱۳۶). حقوق انگلیس، اصل فوق را در حوزه مسئولیت قهری و قراردادی پذیرفته است (Elliot & Quinn, 2009: 392). بر مبنای اصل یادشده، برای جبران‌پذیری خسارت نیازی به تصریح قانون نیست، بلکه داوری عرف در این خصوص کفایت می‌کند^۳ (خادم سربخش و سلطانی‌نژاد، ۱۳۹۲: ۲۶).

در مسئولیت قراردادی، هدف اصلی این است که با پرداخت خسارت، متعهدله در وضعیت انجام تعهد قرار گیرد. این کارکرد با مفهوم اصل جبران کامل خسارات منطبق است؛ زیرا با اجرای اصل جبران کامل خسارات، زیان‌دیده علاوه بر تعهد اصلی، به منافی است که از قرارداد انتظار داشته نیز دست می‌یابد (راف، ۱۳۹۰: ۲۴۵). بنابراین اصل

1. Full compensation.

2. Restoration to original condition.

۳. در حقوق ایران، اصل ۴۰ قانون اساسی و ماده ۲۲۱ قانون مدنی و ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی را به‌عنوان مبنای پذیرش اصل جبران کامل خسارات دانسته‌اند. در آراء فقهای امامیه نیز عباراتی می‌توان یافت که تمایل پذیرش این اصل در فقه را نشان می‌دهد (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۳۱۲/۱ و ۳۲۰/۲؛ موسوی بجنوردی، ۱۳۸۰: ۲۰۵؛ محقق داماد، ۱۳۸۵: ۱۳۱/۱). برخی از ایشان، روایات وارده از حضرت امام صادق (علیه السلام) را که دلالت بر لزوم تسبیب در احراز ضمان دارند، در اثبات اصل لزوم جبران کامل خسارات مورد استناد قرار داده‌اند (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۳۲۰/۱).

جبران کامل خسارات زمانی می‌تواند مبنای جبران ضررهای غیر مستقیم قرار گیرد که فلسفه جبران خسارت، قرار دادن زیان‌دیده در وضعیت انجام تعهد باشد.

اصل جبران کامل خسارات می‌تواند زیان‌های منجر به تلف عین اموال، منافع و عدم‌النفع را نیز پوشش دهد؛ مثلاً در حادثه تصادف خودرو، هزینه‌هایی مانند کاهش ارزش، هزینه‌های بی‌حرکتی خودرو و محرومیت از استفاده آن، همگی جزء خسارات غیر مستقیمی هستند که داخل در گستره این اصل قرار می‌گیرند (Lapoyade-Deschamps, 1997: 207). همچنین در زیان‌های وارده به جسم و جان، هزینه‌های معالجات و مراقبت‌های جدید پزشکی و کلیه هزینه‌هایی که در حالت معمولی، امکان جبران آن‌ها وجود ندارد، می‌توانند با استناد به اصل جبران کامل خسارات قابل وصول باشند (قسمتی تبریزی، ۱۳۹۴: ۱۵۴).

در حقوق فرانسه به استناد این اصل، حکم به جبران ضررهای ناشی از عدم‌النفع داده شده است (Bell & Others, 1998: 349). اگرچه کارکرد این اصل در حقوق انگلیس به مانند حقوق فرانسه نیست، اما اصل مذکور به عنوان یک قاعده مهم برای جبران برخی از خسارات در سیستم قضایی انگلیس پذیرفته شده است (Markesinis & Deakin, 2007: 691)؛ مثلاً در خسارات جسمی و ضررهای وارده به عین و منافع اموال، این قاعده اعمال می‌گردد، اما در ضررهای اقتصادی محض، این قاعده کاربرد ندارد (Ibid.: 80-82). علت این امر آن است که به طور کلی، سیستم حقوقی انگلستان در امر جبران خسارت، یک نظام سختگیر و بسته است. با این حال در ضررهای تبعی و غیر مستقیم که به اعیان و منافع اموال وارد می‌شود، می‌توان اصل جبران کامل خسارات را به عنوان مبنایی برای جبران خسارت پذیرفت. این قاعده در دعوای رایینسون علیه هارمن^۱ اجرا شده است.^۲ در این پرونده پذیرفته شد که هدف

1. Robinson v. Harman.

2. The Court of Exchequer Chamber held that where a party agrees to grant a good and valid lease, having full knowledge that he has no title, the plaintiff, in an action for the breach of such agreement, may recover, beyond his expenses, damages resulting from the loss of his bargain; and the defendant cannot, under a plea of payment of money into court, give evidence that the plaintiff was aware of the defect of title....

اصلی از پرداخت خسارت، قرار دادن زیان‌دیده در وضعیت اجرای قرارداد است. خواننده که مالک واقعی خانه نبود، با خواهان توافق نمود که خانه را با اجاره‌بهای سالانه ۱۱۰ پوند به خواهان اجاره دهد. خواهان به جهت نقض قرارداد ناشی از عدم مالکیت خواننده، علیه او طرح دعوی نمود. در رأی صادره این دعوی گفته شد که هدف از جبران خسارات ناشی از نقض قرارداد آن است که طرفین عقد را در موقعیتی قرار دهد که در صورت اجرای عقد، در آن وضعیت قرار می‌گرفتند.^۱

در دعوای اسپارتان استیل علیه مارتین^۲ نیز تفکیک خسارات غیر مستقیم وارده به اموال و ضرر اقتصادی محض را می‌توان ملاحظه نمود. در این دعوی بر اثر بی‌احتیاطی خواننده، کابل برق کارخانه خواهان که به تولید و فروش ظروف استیل اشتغال داشت، قطع شد. در نتیجه این بی‌احتیاطی خواننده، کوره‌های ذوب آهن کارخانه از حرکت افتاد و آهن مذاب آن سرد و منقبض شد. خواهان علیه خواننده طرح دعوی نمود و خسارت ناشی از سفت‌شدن آهن کوره، ضرر سودی که از فروش ظروف تولیدشده با آهن مذاب به دست می‌آمد و ضرر مورد انتظاری را که کارخانه در مدت قطع برق از آن محروم شده بود، مطالبه کرد. لیکن دادگاه صرفاً نسبت به جبران ضرر اول و دوم، خواننده را محکوم نمود و خسارت سوم را قابل جبران ندانست.^۳ این قاعده تأییدی بر اصل جبران کامل خسارات است که در حقوق انگلستان اجرا می‌شود و خواهان را قادر می‌سازد که با توسل به این قاعده، خسارات ناشی از زوال منفعت معامله و منافع متوقع

1. The rule of the common law is, that where a party sustains a loss by reason of a breach of contract, he is, so far as money can do it, to be placed in the same situation, with respect to damages, as if the contract had been performed.
2. Spartan Steel & Alloys Ltd. v. Martin & Co. (Contractors) Ltd.
3. The Court of Appeal, consisting of Lord Denning MR, Edmund-Davies LJ and Lawton LJ delivered a majority judgment (Edmund-Davies LJ dissenting), that the Spartan Steel could only recover the damages to their furnaces, the metal they had to discard and the profit lost on the discarded metal. They could not recover the profits lost due to the factory not being operational for 15 hours. Their main reasoning for this was that while the metal was physical damage and the lost profits was "directly consequential" upon the damage, the profits lost due to the blackout constituted "pure economic loss".

خود را نیز مطالبه نماید (راف، ۱۳۹۰: ۲۴۵).

با وجود اینکه در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا صراحتاً به این اصل اشاره نشده، شورای مشورتی کنوانسیون در تفسیر ماده ۷۴، این ماده را ناظر بر اصل جبران کامل خسارات و قرار دادن زیان‌دیده در وضعیت انجام تعهد دانسته است (بارراگراف و دیگران، ۱۳۷۴: ۸۸/۳). در ماده ۲-۴-۷ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی نیز به اصل مذکور تصریح شده است. در ماده ۲-۵-۹ اصول اروپایی قراردادهای، اگرچه به صراحت به این اصل اشاره نشده، لیکن تأکید گردیده جبران خسارت باید به نحوی باشد که زیان‌دیده را در وضعیت اجرای قرارداد قرار دهد. این مفهوم از جبران خسارت، همان‌طور که گفته شد، مبنایی برای جبران ضررهای مورد انتظار از قرارداد است. به عبارت دیگر، مبنای جبران ضررهای غیر مستقیم و تبعی ناشی از اقدام ناقض قرارداد در اصول اروپایی قراردادهای، اصل جبران کامل خسارات است (Tettenborn, 2008: 179).

۲. مبنای جبران استثنایی خسارات ناشی از ضرر غیر مستقیم در حقوق ایران

۱-۲. سببیت

در اصطلاح فقه، به چیزی سبب گفته می‌شود که اگر آن چیز نبود، شیء دیگر حاصل یا تلف نمی‌شد (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۵: ۲۳۸/۱). در عرصه مسئولیت مدنی، حقوق‌دانان سبب را امری می‌دانند که اگر محقق نمی‌شد، خسارتی نیز به بار نمی‌آمد (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۴۴۸). بنابراین در سببیت، مفهوم علیت نهفته است. از سوی دیگر در فقه، هر گاه فعل یک شخص با واسطه موجب تلف مال دیگری شود، زیان‌زننده را مسئول دانسته و این عمل را تسبیب می‌گویند (نجفی، ۱۳۶۲: ۴۶/۳۷؛^۱ محقق داماد، ۱۳۷۳: ۱۲۰/۱). همچنین گفته شده است:

«تسبیب عبارت است از انجام دادن یا ترک فعلی که در ایجاد صدمه یا وارد کردن زیان به طور مستقیم نقش مؤثری داشته باشد؛ به نحوی که اگر نباشد، آن جرم نیز واقع نشود» (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۵: ۲۳۸/۱).

۱. «... التسیب وهو کل فعل يحصل التلف بسببه كحفر البئر فی غیر الملك، وكطرح المعائر فی المسالك بلا خلاف أجده فی أصل الضمان به، بل يمكن تحصيل الإجماع علیه...».

بنابراین از جهت تخصصی، بین اصطلاح تسبیب و سببیت تفاوت وجود دارد. هرچند که بعضاً در به کارگیری این دو دقت کافی به عمل نمی‌آید.

سابقه ضرر غیر مستقیم را در فقه باید بیشتر در ذیل سببیت جستجو کرد (نجفی، ۱۳۶۲: ۶۹/۳۷). اهمیت سببیت در حقوق ما انکارناپذیر است؛ مثلاً ماده ۳۳۲ قانون مدنی بیان می‌دارد:

«هر کس سبب تلف مالی بشود، باید مثل یا قیمت آن را بدهد و اگر سبب نقص یا عیب آن شده باشد، باید از عهده نقص قیمت آن برآید».

سابقه تقنین این ماده و ماده ۵۰۶^۱ قانون مجازات اسلامی به فقه برمی‌گردد.^۲ ماده ۳۳۲ قانون مدنی که به قابلیت انتساب ضرر به فاعل زیان اشاره دارد، یکی از ارکان مهم مسئولیت مدنی است؛ تا جایی که برخی تأثیر انتساب ضرر به فاعل زیان را اساسی دانسته و از قابلیت انتساب به عنوان مبنای مسئولیت مدنی سخن گفته‌اند^۳ (انصاری و مبین، ۱۳۹۰: ۱۹). در حقوق ایران برای اینکه فاعل زیان مسئول شناخته شود، باید بین عمل او و ضرر وارده رابطه سببیت عرفی برقرار باشد (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۳: ۷۹؛ حیاتی، ۱۳۹۲: ۵۶). بهترین معیار برای تشخیص ضررهای بالمباشره و بالتسبیب نیز عرف است (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۲۱۸؛ صفایی و رحیمی، ۱۳۹۳: ۷۹؛ بهرامی احمدی، ۱۳۹۰: ۴۵۴). این معیار از سوی فقها نیز تأیید گردیده است (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۱/۳۲۲؛ حسینی عاملی، ۱۳۹۱: ۵۵/۱۸).

۱. تسبیب در جنایت آن است که کسی سبب تلف شدن یا مصدومیت دیگری را فراهم کند و خود مستقیماً مرتکب جنایت نشود، به طوری که در صورت فقدان رفتار او، جنایت حاصل نمی‌شد؛ مانند آنکه چاهی بکند و کسی در آن بیفتد و آسیب ببیند.

۲. صحیحه حلبی به نقل از امام صادق (ع): «کل شیء یضّر بطریق المسلمین فصاحبه ضامن لما یصیبه» (حز عاملی، ۱۳۷۶: باب ۹، ح ۱)؛ هر چیزی که در سر راه مسلمین قرار گیرد و به آن‌ها ضرر بزند، ضررزننده مسئول پیامد آن است.

صحیحه زراره به نقل از امام صادق (ع): «علیه ضمان لأنّ کلّ من حفر بئراً فی غیر ملکه کان علیه ضمان» (همان: باب ۷، ح ۱)؛ حافر چاه مسئول زیان [ناشی از افتادن دیگران در چاه] است؛ زیرا هر کس چاهی در غیر ملک خود حفر کند، ضامن است.

۳. مطابق این نظریه، مبنای مسئولیت «قابلیت انتساب ضرر» به فاعل زیان است. بنابراین جبران ضرر را باید از کسی خواست که ضرر منتسب به فعل یا ترک فعل اوست. تفاوت اساسی این نظریه با رابطه سببیت این است که در این نظریه، سببیت به عنوان مبنای مسئولیت مدنی مطرح می‌شود نه به عنوان رکن آن (انصاری و مبین، ۱۳۹۰: ۴).

رشتی، بی تا: ۳۵؛ موسوی خمینی، ۱۴۱۰: ۲/۲۶۴؛ موسوی سبزواری، بی تا: ۲۹/۱۴۰؛ مدرسی، ۱۴۲۵: ۱۰۰؛ نجم‌آبادی، ۱۴۲۱: ۵۶۳). از طرفی حقوق دانان ایران به صراحت شرط مستقیم بودن ضرر را مربوطه به احراز رابطه سببیت دانسته و گفته‌اند منظور از بلاواسطه بودن ضرر، فقدان کامل عوامل مداخله‌گر نیست، بلکه باید در نظر عرف، ضرر وارده منتسب به فعل زیانبار باشد؛ چرا که امور اجتماعی دارای چنان پیوستگی هستند که به دشواری می‌توان سبب زیان را صرفاً به یک علت نسبت داد (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۲۸۷)، هرچند که اسباب متعددی در پیدایش ضرر دخالت داشته باشند (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۳: ۱۹۶). بنابراین تشخیص ضرر غیر مستقیم در حقوق ما، ارتباط تام با مفهوم سببیت دارد و آنچه از کلام غالب حقوق دانان در مورد ضررهای غیر مستقیم استنباط می‌شود این است که بدون مبنای سببیت، بحث از مستقیم بودن ضرر بی‌معناست.

گرچه نظر مشهور در فقه این است که ضمان ناشی از تسبیب، منحصر به موردی است که مال موجودی تلف شود^۱ و فقها ضررهای غیر محقق را مال نمی‌دانند، لیکن این نکته نیز حائز اهمیت است که مفهوم مال، یک مفهوم عرفی است و ضرر وارده باید در نظر عرف مالیت داشته باشد (امامی، ۱۳۷۳: ۱/۲۴۶). با این وصف می‌توان گفت که قاعده تسبیب می‌تواند به عنوان مبنای ضرر غیر مستقیم مورد شناسایی قرارگیرد؛ چه اینکه عرف در جبران منافع غیر مستقیمی که زیان‌دیده به طور متعارف انتظار تحصیل آن‌ها را داشته و به سبب عمل زیانبار خوانده از آن محروم مانده است، تردید نمی‌کند.

۲-۲. لاضرر

در مورد مفهوم قاعده لاضرر در فقه اختلاف است. به طور کلی چهار نظر مهم درباره مفهوم این قاعده در فقه وجود دارند که عبارت‌اند از: نفی حکم ضرری (نراقی، ۱۴۰۴: ۱۸؛ غروی نائینی، ۱۴۱۸: ۳/۳۹۴؛ انصاری، ۱۴۱۴: ۱۱۴)، نفی حکم به لسان موضوع

۱. «... علی أن استفادة الضمان من القاعدة المزبورة متوقفة علی الانجبار بفتوی الأوصحاب، إذ لا اقتضاء لها إلا عدم مشروعیة ما فيه الضرر والضرار فی الإسلام علی معنی النهی عن إيجاده، وهو إنما یقتضی حرمة ذلك، لا الجبر بالضمان المتوقف علی إرادة انتفاء وجوده فی الدین المنزل علی إرادة جبر ما یحصل منه فيه بالغرامة، لأنه أقرب المجازات إلى نفيه، بل یمكن دعوی إرادة ذلك حقيقة من النفی بلا تجوز...» (نجفی، ۱۳۶۲: ۱۵/۳۷).

(آخوند خراسانی، ۱۴۰۹: ۳۸۱)، نفی ضرر غیر متدارک (حسینی مراغی، ۱۴۱۸: ۳۲۴) و نفی به معنای نهی (موسوی خمینی، ۱۴۲۴: ۴۶۷/۳). آنچه مشهور بین فقهای امامیه است، نظر اول است. گفته شده منظور از قاعده لاضرر این است که در دین اسلام، حکم ضرری وضع نشده است. به عبارت دیگر، از آنجا که خداوند به ضرر بندگانش راضی نیست، حکمی به ضرر آنها وضع نمی‌کند و حکمی که ضرری باشد، از احکام اسلام نیست (نراقی، ۱۴۰۴: ۱۸). نکته مهمی که در این خصوص وجود دارد این است که با فرض اینکه مفهوم لاضرر، نفی حکم ضرری باشد، آیا قاعده مذکور می‌تواند مبنای جبران خسارت قرار گیرد؟ در این خصوص بین فقها اتفاق نظر وجود ندارد، لیکن فقهای مشهوری چون شیخ انصاری از قابلیت جبران ضرر به استناد قاعده مذکور دفاع نموده‌اند (انصاری، ۱۴۱۴: ۱۱۴؛ محقق داماد، ۱۳۷۳: ۸۸/۱).

در حدیث نبوی «لا ضرر ولا ضرار فی الإسلام»، کلمه ضرر در حالت نکره به کار رفته و افاده عموم می‌کند (بهرامی احمدی، ۱۳۹۰: ۱۹۹/۲). بنابراین هر ضرری از جمله ضررهای غیر مستقیم را می‌توان موضوع حکم روایت دانست. لیکن مسئله مهم‌تری که در این مقام حائز اهمیت است اینکه فقها موارد شایعی از ضرر مانند عدم‌النفع را که می‌تواند مصداقی از ضرر غیر مستقیم باشد، اساساً ضرر نمی‌دانند (نجفی، ۱۳۶۲: ۱۵/۳۷). عبارت مشهوری در فقه وجود دارد، بدین مضمون: «عدم النفع لیس بضرر»؛ یعنی عدم‌النفع ضرر نیست. فقیهان امامی غالباً به قابل جبران نبودن زیان ناشی از عدم‌النفع اذعان دارند (نراقی، ۱۴۰۴: ۱۸؛ رشتی، بی‌تا: ۲۱؛ غروی اصفهانی، ۱۴۱۴: ۴۳۶/۴)؛ لیکن از آنجا که ضرر، مفهومی عرفی است نه فقه‌ای یا حقوقی، ضرر نبودن عدم‌النفع را نیز باید منوط به آن دانست که عرف آن را تأیید نماید (بهرامی احمدی، ۱۳۹۰: ۲۰۰/۲). به همین خاطر برخی از فقیهان گفته‌اند عدم‌النفعی که مقتضی آن کامل است، ضرر محسوب

۱. «اگر کسی را از فروش متاعش منع کنند، این عمل اضرار نیست، بلکه منع از به دست آوردن منفعت است. همچنین است اگر کسی دیگری را از تعمیر و اصلاح قنات بایرش منع کند. این امور ضرر نیست، بلکه ممانعت از تحصیل نفع است».
۲. «... لأنّ التلف عبارة عن فوت الموجود... التسبیب لیس من أسباب الضمان إلا من جهة كونه إتلافاً... ومعنى الإتلاف هو ما ذكرنا أعني إعدام الموجود لا منع تحقّق الوجود... نعم لو قيل إنه مستفاد من ملاحظة الأخبار... أنّ سبب الضمان أعمّ من الدفع والرفع أمكن...».

می‌شود، تا جایی که بر خلاف عقیده مشهور، مصادیق روشنی از ضرر غیر مستقیم مانند منافع انسان صنعتگر در فقه قابل جبران دانسته شده است^۱ (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۱۶/۱۴؛ عاملی جزینی، ۱۴۰۰: ۳۴۳/۱).^۲

به هر حال گفته شده است که برای جبران ضرر عدم‌النفع، علاوه بر اینکه باید عدم‌النفع مشمول عنوان ضرر باشد، لازم است قاعده لاضرر اثبات حکم کند (سکوتی، ۱۳۹۰: ۸۷). بنابراین اگر حکم به ضمان زیان‌زننده از مفاد نظر مشهور قابل استنتاج باشد، لاضرر یکی از مبانی مهم ضررهای غیر مستقیم خواهد بود. در فقه، سوابق متعددی از استناد فقها به قاعده لاضرر برای جبران ضرر وجود دارد. حقوق‌دانان نیز از این نظر دفاع کرده‌اند (بهرامی احمدی، ۱۳۹۰: ۲۶۸/۱؛ امامی، ۱۳۷۳: ۲۴۵/۱؛ کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۴۲).

واقعیت این است که محدود نمودن کارکرد قاعده لاضرر به نفی حکم ضرری، برخلاف منطق عقل است؛ زیرا همان طور که نفی حکم ضرری مطلوب است، جبران آن نیز مطلوب و مفید است. افزون بر آنکه آثار منفی وقایع اجتماعی ناشی از عدم وجود قانون، با آثار ناشی از وضع قوانین ناکارآمد، در نهایت یکی است (محقق داماد، ۱۳۷۳: ۱۶۷/۱). در تأیید این نظر، یکی از فقهای معاصر می‌نویسد:

«به موجب قاعده لاضرر، ضرر مستند به شارع یا مردم هر دو نفی شده است. حال هر گاه به واسطه عدم جعل در موردی به کسی زیان برسد، می‌توان گفت که شارع به او ضرر زده است و یا مثلاً حبس‌کننده به مجبوس زیان رسانیده است. اگر قاعده لاضرر را شامل این مورد هم بدانیم، ضرر او جبران می‌شود و به عبارت دیگر، استناد ضرر به شارع یا مکلفان، منحصر به امر وجودی نیست؛ در عدمی‌ها نیز استناد انتساب صدق می‌کند» (مکارم شیرازی، ۱۳۷۰: ۸۶/۱).

بنابراین چه قاعده لاضرر را شامل نفی ضررهای موجود بدانیم و چه شامل ضررهای عدمی، این قاعده هر حکم ضرری را نفی می‌نماید و نحوه جبران و مصادیق آن را نیز

۱. برای دیدن نظر مخالف ر.ک: نجفی، ۱۳۹۸: ۳۹/۳۷.

۲. مقدس اردبیلی و سید بحر العلوم گفته‌اند: «هر گاه کسی صنعتگری را حبس کند، اگرچه از مال او انتفاع نبرد، ضامن است؛ زیرا در این امر ضرر عظیمی است، به خاطر آنکه چه بسا خودش و عیالش از گرسنگی بمیرند. علاوه بر آنکه حابس متعددی است. مجازات عمل بد، عملی است مانند آن، که مجوز تقاص مظلوم است» (به نقل از: محقق داماد، ۱۳۷۳: ۸۷).

بر عهده عرف می‌گذارد (جعفری و مهدوی، ۱۳۹۴: ۲۶)؛ چه اینکه شارع نیز هر گونه رفتار نامتعارفی را که باعث ورود ضرر به دیگران باشد، مذموم می‌شمارد (محقق داماد، ۱۳۷۳: ۱۵۷/۱). لذا به نظر می‌رسد کسانی که کارکرد قاعده لاضرر را در ضررهای غیر مستقیم و عدم‌النفع مسلم نمی‌پذیرند، در مسیر خلاف نفع جامعه گام برمی‌دارند. حقوق مسئولیت امروزه هدفی والاتر از مجازات فاعل زیان داشته و سعی در جبران کامل ضرر دارد. قواعد فقهی از جمله لاضرر را باید در راستای تحقق این هدف به کار گرفت. حقوق دانان و فقها نیز باید با تفسیری پویا و کارآمد از قاعده لاضرر، حقوق مسئولیت را برای کارکرد بهتر یاری دهند (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۴۲). در حقوق اسلام، نقش لاضرر محدود به نفی ضرر نیست و هر جا که ضرر نامشروعی وارد می‌شود، یکی از اصول اساسی جبران خسارت، قاعده لاضرر است (امامی، ۱۳۷۳: ۱/۲۴۵). البته در به کارگیری این قاعده نیز نباید افراط کرد؛ به نحوی که توسل به این قاعده برای جبران تمامی خسارات، منجر به ورود خسارت به فاعل زیان گردد. لاضرر را باید به مثابه ابزاری برای اجرای عدالت و ایجاد تعادل بین روابط اجتماعی و اقتصادی به کار گرفت (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۱۵۱).

۳-۲. مقابله به مثل

از جمله ادله‌ای که در فقه برای جبران عدم‌النفع مورد استناد قرار گرفته است، آیات «فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ» (بقره/۱۹۴) و «جَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا» (شوری/۴۰) است. در اینکه اتلاف مال غیر بدون اجازه صاحب مال، مصداق تعدی و تجاوز است، تردیدی وجود ندارد (یوسفی، ۱۳۹۷: ۳۵)؛ اما در اینکه آیه مذکور صرفاً دلالت بر حکم تکلیفی دارد یا اینکه شامل حکم وضعی نیز می‌گردد، در فقه اختلاف است. برخی فقها مفاد آیه اعتدال را صرفاً مفید حکم تکلیفی می‌دانند. ایشان مفهوم قسمت اخیر ماده را نیز صرفاً تقاص و مقابله به مثل می‌دانند نه جبران ضرر (انصاری، ۱۴۱۵: ۳۱۴/۶). این ایراد فقهی در حقوق نیز مورد توجه قرار گرفته است (نقیبی و زارچی‌پور، ۱۳۹۷: ۱۳۳). اما برخی دیگر از فقها استدلال نموده‌اند اینکه صرفاً مفاد آیه را مجوزی برای تقاص بدانیم، صحیح نیست؛ بلکه اجازه شارع به مقابله به مثل را باید

به معنای ضمان گرفت (موسوی خمینی ۱۴۱۰: ۳۲۵/۱). در تأیید این نظر گفته شده که تجویز اخذ مثل به معنای ضمان است (محقق داماد، ۱۳۷۳: ۱۱۰/۱؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱: ۱۴/۴)؛ همچنان که برخی فقها مانند مقدس اردبیلی و سید بحر العلوم به دلالت آیات یادشده، حکم به ضمان حبس‌کننده شخص صنعتگر داده‌اند (حسینی عاملی، ۱۳۹۱: ۸۵/۱۸؛ محقق داماد، ۱۳۷۳: ۸۷/۱؛ اردبیلی، ۱۴۰۳: ۵۱۳/۱۰). حتی در خصوص میزان ضمان نیز نباید تردید به خود راه دهیم؛ چه اینکه آیه مذکور در تعیین میزان ضرر قابل جبران ابهامی ندارد و میزان آن تا میزان مثل آن چیزی است که مورد تعدی و تجاوز قرار گرفته است (یوسفی، ۱۳۹۷: ۳۶).

حقوق‌دانان معتقدند که جبران خسارات ناشی از اعتماد متعارف را که به طور غیر مستقیم به زیان‌دیده وارد می‌شود، می‌توان با توسل به قاعده جواز مقابله به مثل تجویز نمود؛ چه اینکه با نقض عهد، هزینه‌ها و زیان‌هایی که خواهان با اتکای به اجرای قرارداد متحمل شده، بدون دلیل در دست طرف دیگر باقی می‌ماند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱: ۱۴/۴)، حال آنکه سبب این امر، نقض عهد خواننده بوده است. لذا قاعده جواز مقابله به مثل می‌تواند از بروز این ضرر ناعادلانه جلوگیری کند (شاهنوش فروشانی و صفری، ۱۳۹۴: ۱۳). البته این نظر در جایی که هزینه‌های به عمل آمده از سوی خواهان به کیسه خواننده ریخته شده، منطقی به نظر می‌رسد؛ اما در جایی که خواهان، هزینه‌های ناشی از اعتماد به طرف قرارداد را در جای دیگری پرداخت کرده است، اعتقاد به اینکه جبران ضرر وارده مقابله به مثل است، کمی دشوار به نظر می‌رسد.

۲-۴. احترام

به موجب قاعده «حرمة مال مؤمن كحرمة دمه»، تصرف و تجاوز به اموال دیگران بدون رضایت و اذن آن‌ها حرام است.^۱ گفته شده به استناد این قاعده، اولاً حرمت تجاوز به اموال مؤمنان، ثانیاً ضمان متجاوز کشف می‌شود (یوسفی، ۱۳۹۷: ۳۶). اما آیا می‌توان مفاد قاعده را شامل منافع مورد انتظار و ضررهای غیر مستقیم دانست؟ دو

۱. مستند این قاعده، حدیث موثقی است از ابوبصیر بدین مضمون: «عن أبي جعفر عليه السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله: سباب المؤمن فسوق و قتاله كفر و أكل لحمه معصية و حرمة ماله كحرمة دمه» (حرر عاملی، ۱۴۱۴: باب تحریم اغتیاب المؤمن، ح ۱۲).

اشکال برای استناد به این قاعده به عنوان مبنای ضررهای غیر مستقیم وجود دارد. نخست اینکه اساساً قاعده تصریح در اموال دارد نه فوت منافع. دوم اینکه مفاد قاعده تنها بیانگر حکم تکلیفی است و دلالتی بر حکم وضعی ندارد (غروی اصفهانی، ۱۴۱۸: ۲/۲۹۰؛ موسوی خویی، ۱۴۱۷: ۳/۹۰؛ موسوی قزوینی، ۱۴۱۹: ۲۱۰). فقهای مخالف ضمن تأکید بر متن روایت معتقدند که در حدیث مذکور قبل از بیان احترام مال مؤمن، سه حکم وجود دارد که عبارت‌اند از: حرمت دشنام، کشتن و غیبت کردن در مورد مؤمن. هر سه حکم نیز ناظر بر تکلیف هستند نه وجوب ضمان (طباطبایی حکیم، ۱۴۰۴: ۲۳۹؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۴: ۱۹/۴۱۸؛ آخوند خراسانی، ۱۴۰۶: ۳۴). لیکن در پاسخ فقهای مخالف گفته شده که سه حکم نخست روایت، راجع به اعمال مکلف هستند؛ در حالی که در مورد چهارم، بیان روایت تغییر کرده و احترام مال مؤمن به مانند احترام خون او معرفی شده است. از آنجا که در مسئله دماء علاوه بر حرمت، جبران ضرر نیز وجود دارد، در مسئله مال نیز قاعداً باید جبران ضرر را مسلم فرض نمود (محقق داماد، ۱۳۷۳: ۱/۱۱۰). همچنین موافقان با استناد به روایت «لا یحل مال امرئ مسلم إلا عن طیب نفسه»، حکم به جبران ضرر داده‌اند (انصاری، ۱۴۱۵: ۳/۲۰۴؛ مروج جزائری، ۱۴۱۶: ۳/۱۲۴؛ موسوی سبزواری، بی‌تا: ۱۶/۲۵۹). از میان فقهای موافق، شیخ انصاری با وجود اینکه مفاد قاعده را مؤید حکم وضعی می‌داند، احترام مال مؤمن را صرفاً در از بین رفتن عین اموال و اتلاف بلاعوض آن می‌داند و اعتقاد دارد که اگر منفعتی بدون استیفا فوت شود، عنوان اتلاف بر آن صدق نمی‌کند تا بتوان به استناد قاعده احترام، حکم به جبران آن داد. به هر تقدیر، چنانچه ضررهایی را که هنوز محقق نشده‌اند، لیکن تحقق آن‌ها مسلم فرض می‌شوند، در زمره اموال به شمار آوریم، مفاد قاعده را می‌توان به عنوان مبنای جبران ضرر غیر مستقیم پذیرفت.

۲-۵. بنای عقلا

منظور از بنای عقلا، استمرار روش و عمل قاطبه عقلا در گفتار، رفتار و سایر روابط اجتماعی ایشان بدون در نظر گرفتن قومیت، مذهب و سایر امور از این دست است (انصاری و طاهری، ۱۳۸۸: ۱/۳۸۲). این عرف همیشه و در همه جا توسط عقلا رعایت می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۱۱۴).

هرچند پذیرش تمامی ضررهای غیر مستقیم به حکم عقل، امری محال و غیر ممکن است، لیکن سیره عملی خردمندان نشان می‌دهد که ایشان ضررهای غیر مستقیم را به طور مطلق نفی نمی‌نمایند (جعفری و مهدوی، ۱۳۹۴: ۲۹؛ شکاری، ۱۳۸۰: ۱۰۷)؛ برای مثال در فرضی که راننده تاکسی در اثر حادثه تصادفی که مقصر آن شخص دیگری است، متحمل ضررهای بدنی و مالی وارده به خود و اتومبیلش می‌شود، خردمندان در امکان مطالبه ضرر از دست دادن درآمد وی تردید نمی‌کنند.

به لحاظ عقلی، هر کس مسئول اعمال و رفتار خویش است و اجرای عدالت حکم می‌کند که بار گناه کسی را دیگری به دوش نکشد (خادم سربخش و سلطانی‌نژاد، ۱۳۹۲: ۲۷؛ نقیبی و زارچی‌پور، ۱۳۹۷: ۱۳۳)؛ لذا قابلیت جبران ضررهای غیر مستقیمی که رابطه عرفی با حادثه زیانبار دارند، معقول و منطقی است (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۲۴۶/۴). علاوه بر حقوق (نقیبی و زارچی‌پور، ۱۳۹۷: ۱۳۳)، در فقه نیز مواردی می‌توان یافت که برای جبران ضرر مورد انتظار و غیر مستقیم، به بنای عقلا استناد شده است (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۳۱۲/۱؛ حسینی سیستانی، ۱۴۱۴: ۲۹۰؛ محقق داماد، ۱۳۸۴؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۱۸۱/۴؛ موسوی خمینی، ۱۴۱۰: ۳۲۳/۱). معمولاً گفته می‌شود که در پذیرش مبنای عقلی، عدم ردع کافی است و نیازی به تأیید شرع نیست (مرعشی شوشتری، ۱۴۲۷: ۶۱؛ اصغری، ۱۳۸۴: ۳۹). بنابراین با توجه به عدم نهی شارع، بنا بر اصل اباحه می‌توان به طور استثنایی حکم به جبران برخی از ضررهای غیر مستقیم داد.

نتیجه‌گیری

فلسفه جبران ضررهای غیر مستقیم در حقوق ایران و انگلیس متفاوت است. در انگلستان اگرچه محدودیت‌هایی برای پرداخت خسارت وجود دارد، لیکن رویه قضایی در هر مورد، به طور خاص و موردی حکم به جبران ضرر می‌دهد. تئوری‌های کهن و نو، راهگشای قضات انگلیس در جبران ضررهای غیر مستقیم هستند. اگرچه محاکم به طور صریح در آرای خود به این مبانی اشاره نمی‌نمایند، لیکن تأثیر این مبانی در تصمیم دادگاه‌های انگلیس کاملاً مشهود است. در حقوق ایران، ضرر غیر مستقیم علی‌الاصول قابلیت جبران ندارد؛ لیکن اصول و قواعدی در فقه و حقوق ایران وجود

دارد که از تدقیق در مفاد آنها این نتیجه حاصل می‌شود که هدف آنها ایجاد تعادل واقعی بین وضعیت زیان‌دیده و زیان‌زننده است. مقصود حقوق مسئولیت مدنی از تفکیک ضرر مستقیم و غیر مستقیم، جلوگیری از بی‌عدالتی و برهم خوردن تعادلی است که قبل از بروز ضرر وجود داشته است. عدالت اقتضا دارد که ضرر غیر مستقیم نیز در برخی موارد که عرف رابطه سببیت بین ضرر و فعل زیانبار را محکم می‌بیند، جبران‌شدنی باشد. برای رسیدن به چنین عدالتی، مبانی محکمی در فقه و حقوق ایران وجود دارد و از میان مبانی موجود، سببیت و لاضرر کارکرد بهتری نسبت به سایر مبانی دارند. سوابق فقهی و حقوقی نشان از ظرفیت بالای این دو مبنا برای جبران ضررهای غیر مستقیم در موارد استثنایی دارند. حقوق مسئولیت باید مبانی موجود را به نحوی به کار گیرد که علاوه بر جبران کامل خسارات زیان‌دیده، از تحمیل هزینه بی‌مورد به فاعل زیان جلوگیری کند.

کتاب‌شناسی

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، حاشیه کتاب المکاسب، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۲. همو، کفایة الاصول، قم، مؤسسة آل البيت (علیهم السلام) لاحیاء التراث، ۱۴۰۹ ق.
۳. اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الازدهان الی احکام الایمان، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
۴. اصغری، سیدمحمد، «بناء عقلا»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۷۰، زمستان ۱۳۸۴ ش.
۵. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، تهران، اسلامیة، ۱۳۷۳ ش.
۶. انصاری، علی، و حجت مبین، «نظریه قابلیت انتساب در حقوق مسئولیت مدنی؛ مطالعه تطبیقی در فقه امامیه و حقوق فرانسه»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره پانزدهم، شماره ۱، بهار ۱۳۹۰ ش.
۷. انصاری، مرتضی بن محمدامین، رسائل فقهیه، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۴ ق.
۸. همو، کتاب المکاسب، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۹. انصاری، مسعود، و محمدعلی طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی، تهران، جنگل - جاودانه، ۱۳۸۸ ش.
۱۰. بادینی، حسن و دیگران، «تأثیر اصل جبران کامل خسارات در شیوه‌های عینی و انتزاعی ارزیابی خسارت در بیع بین‌المللی کالا»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره بیستم، شماره ۱، بهار ۱۳۹۵ ش.
۱۱. بارراگراف، جورج و دیگران، تفسیری بر حقوق بین‌المللی، ترجمه مهرباب داراب‌پور، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۴ ش.
۱۲. بهرامی احمدی، حمید، ضمان قهری؛ «مسئولیت مدنی»، تهران، دانشگاه امام صادق (علیهم السلام)، ۱۳۹۱ ش.
۱۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲ ش.
۱۴. جعفری، جمیله، و سیدمحمدهادی مهدوی، «بررسی فقهی ضمان از دست رفتن فرصت»، فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، سال یازدهم، شماره ۴۱، پاییز ۱۳۹۴ ش.
۱۵. حرّ عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة، تصحیح عبدالرحیم ربانی شیرازی، تهران، کتابچی، ۱۳۷۶ ش.
۱۶. حسینی روحانی، سیدمحمدصادق، فقه الصادق (علیهم السلام)، چاپ سوم، قم، دار الکتب، ۱۴۱۴ ق.
۱۷. حسینی سیستانی، سیدعلی، قاعدة لا ضرر ولا ضرار، قم، دفتر آیه‌الله سیستانی، ۱۴۱۴ ق.
۱۸. حسینی عاملی، سیدمحمدجواد بن محمد، مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۹۱ ش.
۱۹. حسینی مراغی، سید میرعبدالفتاح بن علی، العناوین الفقهیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۲۰. حیاتی، علی عباس، حقوق مدنی (۴)؛ مسئولیت مدنی، تهران، میزان، ۱۳۹۲ ش.
۲۱. خادم سربخش، مهدی، و هدایت‌الله سلطانی نژاد، «اصل قابلیت جبران کلیه خسارات»، مبانی فقهی حقوق اسلامی، سال ششم، شماره ۱۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۲ ش.
۲۲. راف، آنه، قواعد حقوق قرارداد انگلستان از دید رویه قضایی، ترجمه سیدمهدی موسوی، تهران، میزان، ۱۳۹۰ ش.
۲۳. رشتی، میرزا حبیب‌الله، کتاب الغصب، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.
۲۴. سکوتی، رضا، و نگار شمالی، «جایگاه عدم‌النفع در نظام حقوقی ایران»، نشریه فقه و حقوق اسلامی، سال اول، شماره ۲-۱، تابستان ۱۳۹۰ ش.

۲۵. شاهنوش فروشانی، محمد عبدالصالح، و محسن صفری، «ارزیابی خسارات ناشی از نقض قرارداد و ماهیت مسئولیت قراردادی»، پژوهشنامه حقوق خصوصی عدالت، سال دوم، شماره ۴، پاییز و زمستان ۱۳۹۴ ش.
۲۶. شکاری، روشنعلی، «نقد و بررسی تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی (عدم النفع)»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی (دانشگاه تهران)، شماره ۵۲، تابستان ۱۳۸۰ ش.
۲۷. صفایی، سیدحسین، و حبیب‌الله رحیمی، مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)، تهران، سمت، ۱۳۹۳ ش.
۲۸. طباطبایی حائری، سیدعلی بن محمدعلی، ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالادلة، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، لاحیاء التراث، ۱۴۱۸ ق.
۲۹. طباطبایی حکیم، سیدمحسن، مستمسک العروة الوثقی، قم، مکتبه السید المرعشی، بی تا.
۳۰. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال‌الدین مکی، القواعد والفوائد، نجف، مفید، ۱۴۰۰ ق.
۳۱. غروی اصفهانی (کمپانی)، محمدحسین، حاشیه المکاسب، قم، انوار الهدی، ۱۴۱۸ ق.
۳۲. همو، نهایی الدرایی فی شرح الکتابیه، قم، مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ ق.
۳۳. قسمتی تبریزی، علی، «اصل جبران کامل زیان»، نشریه مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال هفتم، شماره ۱۳، پاییز و زمستان ۱۳۹۴ ش.
۳۴. کاتوزیان، ناصر، الزام‌های خارج از قرارداد: ضمان قهری، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۲ ش.
۳۵. محقق داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه (بخش مدنی)، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۷۳ ش.
۳۶. مدرسی، سیدمحمدتقی، الوجیز فی الفقه الاسلامی، قم، دار الاستقلال، ۱۴۲۵ ق.
۳۷. مرعشی شوشتری، سیدمحمدحسن، دیدگاه‌های نو در حقوق، تهران، میزان، ۱۴۲۷ ق.
۳۸. مروج جزائری، سیدمحمدجعفر، هدی الطالب فی شرح المکاسب، قم، دار الکتب، ۱۴۱۶ ق.
۳۹. مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهیه، چاپ سوم، قم، مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۳۷۲ ش.
۴۰. موسوی بجنوردی، سیدمحمد، قواعد فقهیه، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۸۵ ش.
۴۱. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، تهذیب الاصول، تقریر جعفر سبحانی تبریزی، قم، عروج، ۱۴۲۴ ق.
۴۲. همو، کتاب البیع، چاپ چهارم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۱۰ ق.
۴۳. موسوی سبزواری، سیدعبدالاعلی، مهذب الاحکام فی بیان الحلال والحرام، چاپ چهارم، قم، المنار، بی تا.
۴۴. موسوی قزوینی، سیدعلی، رساله فی العداله، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۴۵. نجفی، محمدحسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۳۶۲ ش.
۴۶. همو، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۹۸ ش.
۴۷. نجم‌آبادی، میرزا ابوالفضل، الرسائل الفقهیه، تقریرات مباحث نائینی و عراقی، قم، مؤسسه آیه‌الله العظمی بروجردی، ۱۴۲۱ ق.
۴۸. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام، قم، مکتبه بصیرتی، ۱۴۰۸ ق.
۴۹. نعمت‌اللهی، اسماعیل، «بررسی خسارت انتظار ناشی از نقض قرارداد در کامن‌لا و حقوق ایران»، فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، سال سوم، شماره ۳، پاییز ۱۳۹۵ ش.
۵۰. نقیبی، سیدابوالقاسم، و روح‌الله زارچی پور، «نظریه جبران خسارت عدم‌النفع محقق‌الحصول در فقه امامیه»، فصلنامه جستارهای فقهی و اصولی، سال چهارم، شماره ۱۱، تابستان ۱۳۹۷ ش.

۵۱. یوسفی، علی، *اصل جبران کامل خسارت در حقوق مسئولیت مدنی*، تهران، جنگل جاودانه، ۱۳۹۷ ش.
52. Alpa, Guido & Alberto Giampieri, "Law and Economics and method analysis: the contractual damages issue", <<http://www.jus.unitn.it/cardoza/Review/Contract/Alpa-1995/alpa2.html#Law>>, Accessed 2019 October 11.
53. Bell, John & Others, *Principles of French Law*, New York, Oxford University Press, 1998.
54. Cooke, John, *Law of Tort*, 9th Ed., London, Pearson Education Limited, 2009.
55. Dobbs, Dan B., *Law of Remedies, Damages - Equity - Restitution*, 2nd Ed., United States, Eagan, Minnesota, West Publishing Co., 1993.
56. Eisenberg, Melvin A., "The Disgorgement Interest in Contract Law", *Michigan Law Review*, Vol. 105(3), University of California at Berkeley, 2006, Available at: <<https://repository.law.umich.edu/mlr/vol105/iss3/3>>.
57. Elliott, Catherine & Frances Quinn, *Tort Law*, 7th Ed., England, Pearson Education Limited, 2009.
58. Friedmann, Daniel, "A Comment on Fuller and Perdue, The Reliance Interest in Contract Damage", *Issues in Legal Scholarship*, 2001.
59. Fuller L. L. & William R. Perdue, "The Reliance Interest in Contract Damages", *The Yale Law Journal*, Vol. 46(1), Nov., 1936, Available at: <<http://www.jus.uio.no/pace/reliance>>.
60. Garner, Bryan A., *Black's Law Dictionary*, West Publishing Co., 2004.
61. Gold, Andrew S., "A Property Theory of Contract", *Northwestern University Law Review*, Vol. 103(1), 2009.
62. Holmes, Oliver Wendell, "The Path of the Law", *10 Harvard Law Review* 457, 1897.
63. Kull, Andrew, "Rescission and Restitution", *The Business Lawyer*, Vol. 61(2), 2006, Available at: <<http://www.bu.edu/lawlibrary/facultypublications/kull>>.
64. Lapoyade-Deschamps, Christian, *dommages-intérêts*, Rép. Civ. Dalloz, 1997.
65. Markesinis, Basil & Simon Deakin, *Tort Law*, 6th Ed., Britain, Clarendon Press, Oxford, 2007.
66. Stone, Richard, *The Modern Law of Contract*, 6th Ed., Cavendish Publishing, 2002.
67. Tettenborn, Andrew, "Consequential Damages in Contract - The Poor Relation", *Loyola of Los Angeles Law Review*, Vol. 42, Available at: <<http://digitalcommons.lmu.edu/llr/vol42/iss1/7>>, 2008.
68. Wijck, Peter Van & Jan Kees Winters, "The Principle of Full Compensation in Tort Law", *European Journal of Law and Economics*, Vol. (11)3, Kluwer Academic Publishers, Manufactured in the Netherlands, 2001.

امکان سنجی فقهی

ماهیت قرارداد سی اف دی کالا*

- زهرا سهراب‌بیگ^۱
- سعید خردمندی^۲

چکیده

رشد و گسترش جوامع و افزایش نیازهای بشر به همراه پیشرفت ارتباطات، منجر به پیدایش شکل خاصی از فعالیت‌های تجاری و بازرگانی شده که محدودیت‌های گذشته را نداشته باشد و با کمترین سرمایه از هر نقطه جهان، امکان دستیابی به بیشترین سود را فراهم کند. سی اف دی یا قرارداد مابه‌التفاوت، معامله بر روی نوسان ارزش دارایی بدون انتقال دارایی پایه است. این دارایی پایه می‌تواند کالا، سهام، شاخص سهام، ارز و اوراق قرضه باشد. یکی از مهم‌ترین و ابتدایی‌ترین این معاملات، سی اف دی بر روی کالاهایی از قبیل طلا، نقره، نفت، گاز و... است. بدیهی است چنین تجارت جدیدی که تا کنون مورد هیچ بررسی

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

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق خصوصی، واحد کرمانشاه، دانشگاه آزاد اسلامی، کرمانشاه، ایران (zahra.sohrabbeig@yahoo.com).
۲. استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد کرمانشاه، دانشگاه آزاد اسلامی، کرمانشاه، ایران (نویسنده مسئول) (Saeid.kheradmandy@iauksh.ac.ir).

حقوقی و فقهی قرار نگرفته است، شبهاتی مانند ربا، قمار و جهل، و اشکالات حقوقی مانند ابهام در ماهیت و نوع عقد در پی خواهد داشت؛ به ویژه آنکه نظام حقوقی ما بر اساس فقه امامیه تدوین شده است.

در این پژوهش، ابتدا وضعیت قرارداد مابه‌التفاوت بر روی کالا بررسی، و اشکالات و ابهامات آن بیان شده است. سپس قالب حقوقی متناسب و راهکارهایی برای رفع ایرادات حقوقی و شرعی ارائه گردیده است. با توجه به مشی قانون مدنی و امکانی که شارع مقدس در خصوص اصل آزادی قراردادها در اختیار قرار داده، اگر ماهیت این قراردادها را در قالب عقد صلح تفسیر نمایم، نه تنها مشکل عدم تطابق با عقود معین حل می‌شود، بلکه شبهات شرعی مذکور نیز از اساس وارد نخواهند بود.

واژگان کلیدی: قرارداد مابه‌التفاوت، سی‌اف‌دی، ابزار مشتقه، سی‌اف‌دی کالا، اجاره، جعاله، عقد صلح.

۱. مقدمه

با رشد فناوری و گسترش استفاده از اینترنت در تمام ابعاد زندگی انسان از جمله فعالیت‌های اقتصادی، معاملات بورسی هم از نظر میزان و هم تنوع گسترش بسیاری یافته است. انسان در هر جای دنیا با استفاده از اینترنت و دسترسی به یک برنامه کاربردی در رایانه یا تلفن همراه خود، امکان سفارش یک کالا و خرید و فروش آن را می‌یابد. در حالی که در تمام معاملات، انسان به میزان سرمایه خود می‌تواند خرید و فروش انجام داده و به همان میزان، به سود و زیان دست یابد، رفته رفته این ایده در ذهن بشر رسوخ کرد که برای افرادی نیز که دارای دانش کافی در زمینه بازار و نوسانات آن هستند، اما سرمایه کافی ندارند، امکان تجارت در ابعادی بسیار بزرگ‌تر از میزان سرمایه‌شان فراهم شود و سرمایه اولی بتواند عامل محدودکننده حضور افراد از یک سو و میزان سود از سوی دیگر باشد. بنابراین شکلی از معاملات ایجاد شد که در آن دارایی پایه به طرف دیگر انتقال پیدا نمی‌کند؛ در حالی که از نظر میزان سود و زبانی که از نوسان و کاهش ارزش دارایی پایه عاید طرفین می‌شود، درست مثل این است که آن دارایی منتقل شده است. دارایی پایه این معاملات می‌تواند کالا، ارز، انرژی، سهام و حتی شاخص سهام

باشد. تاریخ شروع این معاملات به سال ۱۹۹۰ برمی‌گردد. سی‌اف‌دی‌ها توسط یک شرکت کارگزاری در لندن به نام «اسمیت نیوکورت» که بعدها مریل لینگ آن را خریداری کرد، به وجود آمد. «برایان کیلن» و «جو وود» نقش مهمی در ابداع سی‌اف‌دی‌ها داشتند. از سال ۲۰۰۲ اکثر کشورها درهای خود را به روی این ابزار جدید مالی باز کردند (Elder, 2014: 149).

در این زمینه، هیچ پژوهش حقوقی به زبان فارسی یا غیر آن در دسترس نمی‌باشد. آنچه موجود است، تعداد کمی کتاب‌های انگلیسی است که از منظر علوم مالی و بازرگانی به معاملات سی‌اف‌دی به عنوان یک تجارت^۲ پرداخته‌اند (Norman, 2010: 265; Jessen & Cartridge, 2011: 245). در آثار نویسندگان و محققان فارسی‌زبان، بررسی‌های حقوقی درباره قرارداد آتی و ابزار مشتقه انجام شده است. برخی از آنان ابزار مشتقه را زیرمجموعه قرارداد آتی دانسته (حسین‌زاده، ۱۳۹۱: ۱۷۳) و برخی برعکس، قرارداد آتی را زیرمجموعه ابزارهای مشتقه (معصومی‌نیا و همکاران، ۱۳۹۴: ۱۳۴) پنداشته‌اند. این در حالی است که قرارداد مابه‌التفاوت، اگرچه یک ابزار مشتقه به معنای آن معامله‌ای است که ارزش خود را از دارایی پایه می‌گیرد و قراردادی مربوط به آینده (تاریخ بسته شدن معامله) است، اما با تمام ابزارهای مشتقه دیگر و قراردادهای آتی متفاوت بوده و در هیچ یک از این آثار به آن پرداخته نشده است. معاملات سی‌اف‌دی یا قرارداد مابه‌التفاوت به طور کلی و به تبع آن سی‌اف‌دی روی کالا علی‌رغم امتیازات فراوانی که دارد، همچنان در کشور ما ناشناخته مانده و نتوانسته جایگاه مناسبی در معاملات افراد مختلف خصوصاً جوانان داشته باشد. این در حالی است که با توجه به کاهش ارزش ریال و بیکاری جوانان تحصیل کرده در دوره حاضر، داشتن یک درآمد دلاری برای هر فرد می‌تواند امتیاز بزرگی محسوب شده و سهم بسیاری در تأمین معاش خانواده‌ها داشته باشد. زنان خانه‌دار و هر فردی که امکان حضور در شغل یا بازار خاصی را ندارد، می‌توانند با هر میزان سرمایه در خانه به این تجارت دست بزنند. قرارداد سی‌اف‌دی به طور کلی، معامله بر روی نوسان ارزش دارایی بدون انتقال

1. CFD (Contract For Difference).

2. Trade.

دارایی پایه است که این دارایی پایه می‌تواند کالا به معنای عین مادی قابل خرید و فروش، ارز، اوراق قرضه، سهام شرکت‌ها و یا حتی شاخص سهام باشد. از آنجا که سی‌اف‌دی یک ابزار مشتقه است و ابزارهای مشتقه، ارزش خود را از دارایی پایه می‌گیرند، در هر یک از این صور به تبعیت از دارایی پایه، معامله ویژگی‌های خاصی می‌یابد؛ در عین حال که همه آن‌ها از نظر شکلی شرایط یکسان دارند. در تمام این معاملات، انتقال مادی اتفاق نمی‌افتد و یک ابزار فرعی مانند اهرم یا لوریج امکان افزایش یا کاهش ضریب سود و زیان را فراهم می‌کند. آغاز معامله با پرداخت درصد کمی از موضوع که حاشیه نام دارد، اتفاق می‌افتد و استفاده از امکان تحدید ضرر نیز از ویژگی‌های دیگر این قرارداد است. بنابراین مسلماً تبیین شرایط صحت قرارداد سی‌اف‌دی کالا و انطباق آن با موازین شرعی، کاری جدید و نیازمند تحقیق بسیار است. اینکه قرارداد سی‌اف‌دی معامله بر روی اضافه ارزش و نوسان قیمت یک کالا مانند طلا، نفت، آهن و... است، بدون آنکه آن دارایی پایه منتقل شود، بررسی مشروعیت معاملات سی‌اف‌دی روی کالا و شناخت قالب حقوقی سازگار با آن، موضوع اصلی پژوهش حاضر است که می‌کوشد وضعیت این قرارداد و ایرادات و اشکالات وارده را با ارائه راهکارهای مستدل و مستند حقوقی و شرعی پاسخ دهد.

۲. کلیات

۲-۱. معنای قرارداد سی‌اف‌دی

سی‌اف‌دی به معنای قرارداد مابه‌التفاوت یا تعهد برای باقی‌مانده یک محصول مشتقه مالی^۱ است. بر حسب تعریف معاملات، سی‌اف‌دی یک قرارداد بین دو نفر یعنی یک خریدار و فروشنده است. اگر قیمت بسته شدن این دارایی، از قیمت باز شدن آن بیشتر باشد، پول از حساب فروشنده به حساب خریدار می‌رود و اگر کمتر از قیمت باز شدن آن باشد، پول از حساب خریدار به حساب فروشنده می‌رود (سرمدی، ۱۳۸۷: ۱۳۸۷).

۱. ابزار مشتقه (Derivative Contract) در مباحث مالی، ابزاری است که ساختار پرداخت و ارزش آن، از ارزش دارایی پایه و شاخص‌های مربوطه نشئت می‌گیرد. این ابزار به دارنده آن، اختیار یا تعهد خرید و یا فروش یک دارایی معین را می‌دهد و ارزش آن از ارزش دارایی مربوطه مشتق می‌شود (سرمدی، ۱۳۸۷: ۱۱/۱).

۳۴/۱). به عبارت واضح‌تر، در صورتی که رشد قیمت داشته باشیم، فروشنده ضرر و خریدار سود خواهد کرد و با کاهش قیمت، خریدار ضرر و فروشنده سود می‌کند. شکل این معاملات از این نظر که هیچ نقل و انتقال فیزیکی و مادی اتفاق نمی‌افتد، شبیه به معامله سهام است؛ با این تفاوت که در سی اف دی، معامله‌گر مالک سهام مورد نظر نیست. اما از نظر فنی به این دلیل که معامله در دو جهت صورت می‌گیرد، شبیه به فارکس^۱ است؛ یعنی در هنگام فروش، انتظار کاهش قیمت و خرید در قیمت پایین‌تر و در هنگام خرید، انتظار افزایش قیمت و فروش در قیمت بالاتر وجود دارد. فرض کنید که قیمت اولیه سهام اپل^۲ برابر با ۱۰۰ دلار است. شما تصمیم می‌گیرید که به ازای ۱۰۰۰ سهم اپل، یک قرارداد سی اف دی بخرید. اگر پس از آن، قیمت تا ۱۰۵ دلار بالا رود، جمع تفاوت که باید توسط فروشنده به خریدار پرداخت شود، برابر با ۵۰۰۰ دلار می‌شود و برعکس، اگر قیمت هر سهم به ۹۵ دلار کاهش پیدا کند، فروشنده ۵۰۰۰ دلار از خریدار دریافت خواهد کرد. این قرارداد شامل خرید/فروش دارایی‌های اصلی و تملک فیزیکی نمی‌شود و به این ترتیب سرمایه‌گذاران می‌توانند از ثبت حقوق مالکیت برای دارایی‌ها و هزینه‌های تراکنش مرتبط دوری کنند.

۲-۲. معنای اصطلاحات مربوط به سی اف دی

۱-۲-۲. دارایی پایه

دارایی پایه هر چیزی است که در معامله ما منبع و منشأ افزایش و کاهش ارزش است و نوسان قیمت بر روی آن اتفاق می‌افتد، بدون آنکه خود آن موضوع معامله باشد که می‌تواند سهام یا شاخص سهام و یا خود کالا باشد (معصومی‌نیا، ۱۳۸۵: ۱۷۵). برای مثال، در یک معامله سی اف دی بر روی مقداری طلا، موضوع معامله ما، افزایش و کاهش قیمت مقدار خاصی از طلاست. در این حالت، این مقدار طلا دارایی پایه

۱. فارکس (FOREX) اصطلاحی برگرفته از دو کلمه "Foreign Exchange" است که به معنای تبادل پول خارجی است. به پول خارجی در زبان فارسی ارز گفته می‌شود. بنابراین FOREX را می‌توان «دادوستد ارز» نامید. در این معاملات، امکان سود در کاهش و افزایش قیمت وجود دارد؛ یعنی معامله‌همزمان بر روی فروش یک ارز و خرید ارز دیگر (سرمدی، ۱۳۸۷: ۹۵/۱).

2. Apple.

ماست، اما موضوع معامله نیست.

۲-۲-۲. اهرم

اهرم یا لوریج^۱ توانایی کنترل یک چیز بزرگ توسط یک چیز کوچک است. به عبارت دیگر، شما می‌توانید با داشتن سرمایه‌ای اندک در حساب خود، مقدار بسیار زیادتری را در بازار کنترل کنید (Norman, 2010: 10). مقدار استاندارد اهرم ارائه شده در یک حساب سی‌اف‌دی معمولاً برابر است با ۱:۱۰۰؛ یعنی به ازای هر ۱ دلار می‌توانید به ارزش ۱۰۰ دلار معامله کنید. به همین ترتیب، با ۱۰۰۰ دلار سپرده می‌توانید به ارزش ۱۰۰۰۰۰ دلار معامله کنید. با استفاده از اهرم می‌توانید تنها با سرمایه‌ای اندک، مقدار قابل توجهی پول به دست آورده و یا مقدار قابل توجهی از پول خود را از دست بدهید که این به چگونگی استفاده شما از اهرم و مدیریت ریسک بستگی دارد.

۲-۲-۳. حاشیه

حاشیه یا مارجین^۲ مقداری از پول است که در یک پوزیشن یا معامله، شرکت می‌کند. اینکه گفته می‌شود معاملات سی‌اف‌دی مارجینی هستند، به این معناست که نیازی نیست با سرمایه‌ای معادل کل مبلغ موضوع معامله وارد آن شویم، بلکه با پرداخت بخشی از آن، امکان انجام معامله را به دست می‌آوریم. این مبلغ بر اساس اهرم حساب می‌شود؛ یعنی اگر اهرم ۱:۱۰۰ باشد، مقدار پولی که باید برای شروع معامله پرداخته شود، یک‌صدم مبلغ معامله خواهد بود (Jessen & Cartridge, 2011: 95).

۲-۳. ارکان

بنا بر آنچه گذشت، از آنجا که سی‌اف‌دی با اراده دو طرف واقع می‌شود، عقد است؛ پس مانند سایر عقود باید شرایط اساسی صحت معاملات را دارا باشد. علاوه بر آن، ارکان یک عقد هم در آن متصور است. اما اینکه با توجه به ویژگی‌های خاص سی‌اف‌دی، این ارکان چگونه تبیین می‌شوند، به تفصیل بیان می‌گردد.

1. Leverage.
2. Margine.

۲-۳-۱. ایجاب و قبول

دارندگان دارایی‌های پایه که قصد فروش سی‌اف‌دی بر روی آن را دارند، با انجام عملیات مربوطه روی پلتفرم معاملاتی، آن‌ها را به همراه قیمتشان برای فروش می‌گذارند. در این حالت، خریداران که انواع سی‌اف‌دی را توسط ابزار الکترونیکی خود مشاهده می‌کنند، از طریق باز کردن موقعیت خرید - با کلیک بر روی گزینه Open Position - اقدام به خرید می‌کنند. در این معاملات، مبلغی که برای معامله لازم است باید از قبل در حساب خریدار موجود باشد تا امکان معامله وجود داشته باشد. در این حالت، قبولی اتفاق افتاده و معامله واقع شده است. اما زمانی که همین شخص که سی‌اف‌دی را خریده، این بار برای فروش اقدام کند، باید از طریق باز کردن گزینه فروش اقدام کند. در این حالت، به محض باز کردن یک موقعیت فروش بر روی سی‌اف‌دی فروش اتفاق افتاده و سیستم قیمت‌ها را تا زمان بستن موقعیت محاسبه می‌کند. در واقع، مانند این است که همان لحظه ایجاب قبول شده است. بنابراین تفکیکی میان مرحله ایجاب و وقوع کامل عقد وجود ندارد. دلیل این مسئله آن است که در خرید و فروش موضوع قرارداد مابه‌التفاوت، یک طرف همیشه ثابت است و آن شرکت ارائه‌کننده سی‌اف‌دی بر روی دارایی خود است. بنابراین او دارایی خود را برای فروش سی‌اف‌دی عرضه می‌کند به هر کسی که بخرد؛ در عین حال که از هر کس که بفروشد می‌خرد و تمامی این فرایند سیستمی و خودکار اتفاق می‌افتد.

۲-۳-۲. طرفین سی‌اف‌دی

در یک قرارداد مابه‌التفاوت، یک فروشنده مشخص اضافه ارزش سهام خود را عرضه نمی‌کند تا دیگری آن را بخرد و همان زمان معامله واقع گردد. بلکه بر روی یک پلتفرم^۱ یا نرم‌افزار معاملاتی که به صورت برخط عمل می‌کند، سی‌اف‌دی بر روی دارایی‌هایی مشخص به نمایش درمی‌آید، بی‌آنکه هویت فروشندگان مشخص باشد. آنچه این شکل از خرید و فروش را با خرید و فروش عادی متمایز می‌کند، دو چیز است:

۱. Platform در لغت به معنای سکوست؛ اما در اصطلاح به معنای یک محل یا سکوی مجازی برای عرضه و تقاضاست.

۱- واقع شدن در بستری از زمان، و این بستر است که نتیجه نهایی عقد را مشخص می‌سازد.

۲- در این قبیل معاملات بر خلاف آنچه تصور می‌شود، اشخاص با هم معامله نکرده و مقابل هم قرار نمی‌گیرند؛ بلکه هم خریدار و هم فروشنده، با دارنده دارایی پایه معامله می‌کنند که غالباً شرکت‌های بزرگ هستند.

۲-۳-۳. وجود یک مال برای فروش (معوض)

آنچه برای فروش گذاشته می‌شود، نوسان ارزش دارایی پایه است که تابع تغییر قیمت واقعی آن می‌باشد. واضح است که افزایش و کاهش قیمت دارای ارزش مالی بوده و همین ریسک است که بین طرفین مبادله می‌شود.

۲-۳-۴. عوض

عوض در قرارداد مابه‌التفاوت از همان ابتدا به عنوان ودیعه در حساب خریدار و فروشنده موجود می‌باشد و بعد از محاسبه هزینه‌ها از مبلغ ودیعه به حساب طرف دیگر پرداخت می‌گردد. از آنجا که فقط سود و زیان از حساب‌ها کسر می‌شود و غیر از آن‌ها چیزی رد و بدل نمی‌شود، می‌توان گفت که مستقیماً نتیجه یک معامله اعمال می‌شود. در قرارداد مابه‌التفاوت محدودیتی از جهت باز و بسته نگه داشتن معامله نیست (Land, 2017: 214). بنابراین در زمان بستن یک معامله، اختلاف قیمت آن روز در تعداد سهام ضرب می‌شود تا هزینه آن پوزیشن به دست آید. سپس اختلاف آن با هزینه پوزیشن روز باز کردن معامله حساب می‌شود. این نتیجه تعیین کننده میزان سود یا زیان معامله‌کنندگان است که پس از کسر کارمزد که هزینه کارگزاری است و هزینه نگهداری آن معامله، به حساب معامله‌کننده واریز یا از آن کسر می‌شود.

۲-۳-۵. کارگزار

در یک معامله سی‌اف‌دی، اگرچه کارگزار هیچ یک از اطراف عقد واقع نمی‌شود، اما از ملزومات انجام آن است. کارگزار یا بروکر شخص یا شرکتی است که در قبال دریافت مبلغی کارمزد یا حق‌العمل، واسطه خریداران و فروشندگان می‌شود و چنان که

گفته شد، این واسطه‌گری و نظارت را از طریق یک پلتفرم معاملاتی انجام می‌دهد. کارگزارها اغلب خدماتی از قبیل مشاوره و پشتیبانی هم ارائه می‌کنند. بنابراین در هر معامله حتماً یک هزینه کارگزاری لحاظ می‌شود (Davey, 2006: 324).

۳. ماهیت

در معامله سی‌اف‌دی بر روی کالاهای مادی مانند طلا، نقره، مس و...، نوسان قیمت آن کالا موضوع معامله می‌باشد؛ گویی آن دارایی متعلق به معامله‌کننده سی‌اف‌دی است، بی‌آنکه آن را خریداری کرده باشد. اینکه واقعاً در چنین معامله‌ای چه چیزی واقع می‌شود و چه چیزی موضوع مبادله است، بسیار پیچیده به نظر می‌رسد؛ به ویژه آنکه قانون مدنی ما به تبعیت از فقه امامیه و دین مبین اسلام، برای هر یک از شقوق دادوستد و معاملات، احکام خاصی وضع کرده است. بنابراین شناخت نحوه انعقاد این قرارداد و ارکان آن، همچنین قالب حقوقی شرعی و متناسب کاملاً ضروری است.

۳-۱. بیع حق

در تعریف بیع چنین آمده است: «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم» (ماده ۳۳۸ ق.م.). چنان که ملاحظه می‌شود، قانون مدنی تأکید ویژه‌ای بر عین بودن موضوع بیع داشته است. این در حالی است که در نصوص، تعریف دقیقی از عقد بیع نشده و تشخیص مصادیق به عرف واگذار شده است (طباطبایی یزدی، بی‌تا: ۵۸). واضح است که قرارداد مابه‌التفاوت، موضوع تعریف قانون مدنی قرار نمی‌گیرد. اما آیا اگر عنوان بیع را دارای مفهومی گسترده‌تر بدانیم، می‌تواند مشمول آن قرار گیرد یا نه؟ پاسخ این سؤال به این بحث برمی‌گردد که عناوین عقود و معاملات توقیفی هستند یا غیر توقیفی؛ به این معنا که آیا شارع مقدس هر یک از عناوین را برای شرایط و اوصاف خاصی قرار داده است و غیر از عقودی که تشریح نموده، سایر عقود را به رسمیت شناخته است یا صرفاً آنچه را که در عرف و در میان عامه مردم رایج بوده، امضا نموده است و هر آنچه را که میان مردم انجام شود و پاسخ‌گوی نیازهای آن‌ها باشد، مشروط بر اینکه دارای مانع شرعی نباشد، پذیرفته است؟

از دیرباز این مسئله میان فقیهان مطرح بوده است که آیا عناوین عقود و معاملات توقیفی است، یعنی منحصر در عقود شناخته شده از لسان شرع است، و یا عموماً و اطلاعات اعتبار عقود همچون آیه کریمه ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، شامل هر عقد عرفی و عقلایی می شود، حتی اگر آن عقد در زمان صدور و ابلاغ شریعت، سابقه ای نداشته باشد؟ (علامه حلی، ۱۴۱۳ ب: ۸۰/۶). اما تردیدهایی از زمان محقق اردبیلی شکل می گیرد و ایشان و محقق سبزواری امکان تمسک به عموماً ادله صحت عقود را برای مشروعیت دادن به این عقد جدید مطرح می سازند (اردبیلی، بی تا: ۴۳۲/۱؛ سبزواری، بی تا: ۶۰۷/۱). فقهای همچون سید یزدی و حکیم نیز همین راه را می پیمایند و تمسک به عموماً ادله عقود را برای صحت قراردادهای جدیدی همچون مغارسه ممکن می شمارند (حکیم، ۱۴۰۸: ۴۲۰/۲؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۰: ۳۵۴/۵).

بیشتر مراجع معاصر نیز در پاسخ به استفتای سال ۱۳۸۲ در خصوص بیع زمانی، انعقاد این قرارداد را در قالب عقدی مستقل و جدید مشروع و جایز شمرده اند. ماده ۱۰ قانون مدنی نیز از همین پیشینه و استدلال تبعیت کرده است. فقهای متقدم و حقوق دانان ما به سمت اصل آزادی قراردادهای متمایل شده و بر این عقیده اند که در عقود معین، هیچ حقیقت شرعی بیان نشده و همگی حقایق عرفی هستند (شریعتی، ۱۳۸۶: ۱۳).

در خصوص عقد بیع نیز به تبع اختلاف نظر پیش گفته، رویکردهای مختلفی وجود آمده است. عده ای بیع را تنها دال بر تملیک عین می دانند و دلیل خود را تبادل و فهم عرفی می دانند؛ با این بیان که عرف از لفظ بیع، انتقال عین را استنباط می کند و استعمال مجازی آن درست نمی باشد (طباطبایی یزدی، ۱۳۸۷: ۱۱۶).

آنچه دلیل عمده استدلال این گروه از فقها قرار گرفته است، فهم آن ها از استعمال عرفی تملیک عین در بیع است. این در حالی است که به عقیده ما چنین نیست و عرف دادوستد غیر از عین را نیز بیع تلقی می کند و آن را به عنوان حقیقت به کار می برد نه مجاز. حتی اگر به دلیل آنکه تملیک منفعت، تحت عنوان اجاره و عقد معین دیگری شناخته شده است، استعمال بیع را در حالت انتقال منفعت مجاز بدانیم، در خصوص انتقال حق شکی نداریم که آنچه عرف استعمال می کند، معنای حقیقی بیع است؛ مانند خرید یا فروش حق سرفعلی و حق تألیف و... ممکن است گفته شود که عرف

مدنظر شارع مقدس، عرف زمان تشریح (عرف شارع) بوده نه عرف متشرعه. در پاسخ باید گفت که در خصوص تغییر مصادیق الفاظ در بستر زمان، علامه طباطبایی خصوصیات مصادیق را از موضوع له خارج می‌داند و معتقد است که با وجود تغییرات ویژگی‌های مصادیق آن موضوع، اغراض و غایات همواره باقی خواهند ماند و همین قابلیت باعث می‌شود که بتوان الفاظی را که در ابتدا برای مصادیق مادی و ملموس به کار رفته‌اند، برای مصادیق معقول به کار برد (طباطبایی، ۱۳۹۱: ۱۰/۱). از سوی دیگر، روایاتی در فقه داریم که بیع در غیر از مورد تملیک عین به کار رفته است؛ مانند مثال مردی که از گذشته در خانه‌ای ساکن بوده و از پدرانش به او رسیده است و نمی‌داند که از آغاز متعلق به چه کسی بوده است. بنابراین از امام موسی بن جعفر علیه السلام در خصوص حق فروش منفعت آن سؤال می‌کند و سه بار سؤال خود را تکرار می‌کند که حضرت در پاسخ، لفظ بیع را به کار برده و به جواز بیع منفعت خانه نظر می‌دهد. بنابراین حمل کلام ایشان بر مجاز، آن هم بدون دلیل صحیح نمی‌باشد (طوسی، ۱۳۷۶: ۱۵۵/۷). همچنین فقهای نیز هستند که انتقال حقوق و منافع را تحت عنوان بیع صحیح می‌دانند (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۱۷/۱؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۳: کتاب البیع/۱۵).

شایان ذکر است زمانی که ما می‌خواهیم بدین طریق بر جواز بیع حق حکم دهیم، حتماً باید به دو مسئله یقین داشته باشیم:

الف) وجود حق و وجود موضوع حق: اگر وجود حق یا موضوع حق مشکوک باشد، نمی‌توانیم با استدلال به جواز استعمال بیع در تملیک حق و فهم عرفی استناد نماییم؛ چون سالبه به انتفاء موضوع بوده و از اساس بحث آن منتفی است.

ب) فهم عرفی: بدین معنا که اگر شک داشتیم که عرف این موضوع را بیع و خرید و فروش می‌داند یا نه، نمی‌توانیم به خود متعلق شک استناد کنیم؛ زیرا در این حالت، دلیل ما عین مدعاست و قابل اعتنا نمی‌باشد.

بنابراین تنها در حالتی که موضوع حق و وجود حق محرر بوده و یقین داریم که عرف از این معامله بیع حق استنباط می‌کند و تنها در مشروعیت آن شک داریم، به کمک استدلال پیش‌گفته آن را جایز می‌دانیم. در یک معامله سی‌اف‌دی یا قرارداد مابه‌التفاوت، دارایی پایه که موضوع حق است وجود دارد و از سوی مالک دارایی پایه،

چنین حقی در معرض فروش قرارداد شده است و می‌دانیم که همین استعمال لفظ «خرید» و «فروش» نشان‌دهنده استعمال عرفی آن در معنای بیع است. بنابراین دو شرط مورد نیاز وجود دارد و می‌توانیم به صحت خرید و فروش این حق یعنی حق مالکیت بر افزایش یا کاهش قیمت آن حکم دهیم. در حالتی که ما یک موقعیت خرید سی‌اف‌دی باز می‌کنیم، تمام این استدلال‌ها درست هستند و نتیجه مورد نظر به دست می‌آید؛ اما در حالتی که ابتدائاً توسط معامله‌گر یک موقعیت فروش بر روی دارایی پایه‌ای که قبلاً بر روی آن خرید انجام نشد، باز می‌شود، نمی‌توان باز هم بر صحت فروش حق رأی داد؛ زیرا اگرچه این حق توسط مالک آن برای چنین معامله‌ای آماده شده، اما چگونه به معامله‌گر داده شده است که اکنون موضوع فروش قرار گرفته است. به عبارت دیگر، آنچه مشکوک است، خود وجود حق است نه مشروعیت استعمال عرفی بیع. پس به ناچار باید در جستجوی عنوانی باشیم که خلأ مذکور را پوشش دهد. پاسخ این مسئله به منشأ این قرارداد برمی‌گردد که آیا منشأ یک حق، قائم به شخص است و با اختیار و رضایت مالک چنین امکانی به وجود می‌آید، بنابراین بر صحت انتقال این حق نمی‌توان تردید کرد، یا یک حق قائم به عین دارایی پایه است و جدای از آن وجود و ماهیتی ندارد؟ به نظر می‌رسد چون قرارداد مابه‌التفاوت، یک ابزار مشتقه است و وجود آن از وجود دارایی پایه مشتق می‌شود، بنابراین انتقال آن طبق استدلال مذکور در باب بیع حق ممکن نیست.

۲-۳. اجاره

در یک معامله سی‌اف‌دی کالا یا قرارداد مابه‌التفاوت روی کالا، ما یک دارایی پایه به عنوان عین خارجی داریم و یک نوسان ارزش و قیمت آن دارایی که جدای از عین معامله می‌شود. اما این نوسان ارزش دارایی ذاتاً و ماهیتاً چه چیزی است و چگونه مستقل از عین خارجی دارای چنین قابلیت می‌گردد. اگر این امر را استفاده و منفعت آن کالا بدانیم که جدای از عین موجودیت می‌یابد و معامله می‌شود، می‌توانیم بگوییم که در این معامله، دارایی پایه در اختیار صاحبش بوده و تنها از حیث بهره‌برداری از نوسان ارزش، به معامله‌گر برای مدتی اجاره داده می‌شود. مقدار پولی که از افزایش

ارزش آن کالا ناشی می‌شود، چیزی جدای از عین آن کالا است و چون در زمانی به وجود می‌آید که منفعت به تملیک معامل در آمده است، به او تعلق دارد. همچنین در معاملات بعدی، به دلیل آنکه مالکیت منفعت منتقل شده، حق واگذاری آن منفعت برای مستأجر وجود دارد. بنابراین اشکال ذهنی مربوط به جدایی مالکیت نوسان ارزش کالا و عین کالا رفع می‌شود و عرف هم می‌تواند از این خرید و فروش، واگذاری منفعت خاص کالا را برداشت نماید. اما هنوز اشکالاتی به ذهن می‌رسد:

اشکال اول: در تعریف اجاره آمده است:

«اجاره عقدی است که به موجب آن مستأجر، مالک منافع عین مستأجره می‌شود. اجاره‌دهنده را موجر و اجاره‌کننده را مستأجر و مورد اجاره را عین مستأجره می‌گویند» (ماده ۴۶۶ ق.م.).

بنا بر آنچه در فرض صحت عنوان بیع حق گفته شد، در فرض باز کردن ابتدایی موقعیت فروش، مالکیت منفعت هنوز به مستأجر منتقل نشده تا بتواند برای اجاره ثانوی اقدام کند. بنابراین اگرچه اجاره اولیه آن فاقد اشکال به نظر می‌رسد، اما اجاره ثانوی آن درست نیست.

اشکال دوم: چنان که می‌دانیم، در عقد اجاره اعیان، مدت باید مشخص باشد؛ در غیر این صورت باطل است (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۲۱۰/۱). این در حالی است که در یک سی‌اف‌دی ممکن است تاریخ انقضا وجود داشته باشد یا وجود نداشته باشد؛ اگر وجود داشته باشد، تاریخ انقضا با علامت اختصاری در کنار سی‌اف‌دی کالای ارائه شده مشخص می‌باشد، در غیر این صورت نامحدود است و تا زمان وجود دارایی پایه، امکان معامله آن وجود دارد.

اشکال سوم: صرف نظر از اشکال اول و دوم، اگر نوسان ارزش یک کالا را منفعت در نظر بگیریم، در حالت افزایش ارزش که مبلغی پول بر اصل کالا اضافه می‌شود و در واقع منفعت آن، خود یک عین خارجی است، به اختلاف نظر فقها در باب مالکیت آن عین خارجی برمی‌خوریم. مشهور فقها معتقد به عدم جواز هستند و دلایل انتقال ملکیت منافع در اجاره را شامل این قبیل منافع نمی‌دانند، مگر با دلیل خاص تجویز شده باشد (علامه حلی، ۱۴۱۳ الف: ۲/۲۹۵). محقق اصفهانی نیز منافعی را که دارای حیثیت

استیفایی نباشند - یعنی عین بالقوه دارای قابلیت دارا شدن آن منفعت باشد و منفعت مورد نظر بدون هیچ دخالت و عملی از سوی مستأجر بنا بر سیر طبیعی و وجودی خود حادث می‌شود. متعلق به مالک عین می‌داند (غروی اصفهانی، ۱۴۰۹: ۱۴۰/۱).

اشکال چهارم: اگر نوسان ارزش کالا را منفعت در نظر بگیریم، در حالت کاهش ارزش کالا دچار اشکال می‌شویم؛ زیرا منفعت اصولاً جنبه مثبت یک دارایی و استفاده‌ای مازاد بر عین و وجود ذاتی کالاست و نقصان در کالا منفعت حساب نمی‌شود. به عبارت دیگر، در معامله سی‌اف‌دی خصوصاً در موردی که فروش به امید کاهش قیمت و دوباره خریدن اتفاق می‌افتد، منفعت و عین با یکدیگر خلط شده و امکان تفکیک آن‌ها از یکدیگر وجود ندارد. کاهش ارزش در خود دارایی وجود دارد و این عین است که با اوصاف خود موضوع قرار می‌گیرد، گویی این کالا و عین خرید و فروش می‌گردد، اما تنها به دلیل بهره بردن از نوسان قیمتش، نه آنکه واقعاً آن کالا تحت سلطه مادی شخصی غیر از مالک قرار گیرد. چنین فروشی اعتباری است و به تملیک واقعی نمی‌انجامد.

۳-۳. جعاله

قانون مدنی ایران جعاله را چنین تعریف می‌کند:

«جعاله عبارت است از التزام شخصی به ادای اجرت معلوم، در مقابل عملی اعم از اینکه طرف معین باشد یا غیر معین» (ماده ۵۶۱ ق.م.م.).

می‌توان قرارداد سی‌اف‌دی را این طور بر جعاله منطبق کرد که گویی صاحب دارایی پایه، یک ایجاب عام انجام داده است نسبت به هر کسی که سود یا زیان ناشی از افزایش یا کاهش ارزش آن دارایی را بر عهده بگیرد. به این ترتیب اگر سود برد، سود برای اوست و اگر ضرر کرد، بر عهده خود عامل باشد. در واقع عمل، دریافت و خرید ریسک معامله است و اجرت عبارت است از امکان بهره‌برداری از قیمت دارایی پایه و سود ناشی از آن. جاعل می‌گوید من امکان سود بردن از این میزان دارایی خود - مثلاً سی سهم شرکت - را به هر کسی که ریسک آن را به مبلغ هر سهم صد دلار بخرد، واگذار می‌کنم. در اینجا چند شباهت این نظر را تقویت می‌کند:

الف) در جعالة عام همانند قرارداد مابه‌التفاوت، طرف ایجاب مشخص نیست (ماده ۵۶۴ ق.م.).

ب) در جعالة معلوم بودن اجرت از همه جهات نیاز نیست؛ در یک سی‌اف‌دی هم تا زمان بسته شدن معامله، مبلغی که عاید طرف مقابل می‌شود یا از حساب او کسر می‌شود، مشخص نخواهد بود (ماده ۵۶۳ ق.م.).

ج) در جعالة عمل هم می‌تواند مردد و دارای کیفیت نامعلوم باشد؛ چنان که در سی‌اف‌دی هم مشخص نیست عامل دقیقاً خرید یا فروش انجام می‌دهد و این مسئله و کیفیت آن به عهده خود معامله‌گر سی‌اف‌دی است. در واقع او یا ریسک خرید نوسان ارزش آن دارایی را بر عهده می‌گیرد یا ریسک فروش آن را، و این جهالت ناشی از مردد بودن در جعالة اشکالی ایجاد نمی‌کند (موسوی خویی، ۱۴۲۱: ۸۰/۵).

د) در جعالة تازمانی که عمل به انجام نرسیده است، امکان فسخ وجود دارد و پس از انجام عمل، دیگر چنین امکانی وجود ندارد (ماده ۵۶۵ ق.م.). در یک معامله سی‌اف‌دی هم تا قبل از باز شدن یک موقعیت خرید یا فروش، صاحب دارایی پایه می‌تواند از ارائه سی‌اف‌دی بر روی دارایی‌اش خودداری کند و بعد از آن چنین امکانی وجود ندارد.

به نظر می‌رسد تفسیر چنین معامله‌ای به جعالة مشکل باشد. چون بر خلاف جعالة معهود، این مالک است که اجرت را در مقابل عملی می‌پردازد، اما در اینجا آن کسی که پول پرداخت می‌کند، عامل است. حتی اگر آن طور که گذشت، سی‌اف‌دی کالا را این گونه تفسیر کنیم که حق بهره‌برداری از نوسان ارزش دارایی خود را به عنوان منفعت در مقابل بر عهده گرفتن ریسک تغییرات ارزش آن به عنوان عمل واگذار می‌کند، مشکل جعالة به لحاظ نظری تا حدی رفع می‌شود. اما چنین تفسیری همچنان خلاف ظاهر معامله و نیز تفاهم عرفی است. معامله‌کنندگان در سی‌اف‌دی و عرف عامه از این معامله، عقد جعالة را - آن هم به تفسیری که آمد، برداشت نمی‌کنند.

۳-۴. عقد احتمالی

عقد احتمالی، عقدی است که در آن سود و زیان طرفین و میزان آن، وابسته به حادثه محتمل در آینده است. بحث این عقد از کشورهای دیگر به حقوق ما وارد شده

است. در عقد احتمالی بر مبنای سیر طبیعی موضوع و احتمالات موجود، معامله منعقد می‌شود؛ در حالی که در قمار، گروبندی و عقد شانس، همه چیز تابع اتفاق محض است و به جریان و سیر طبیعی اتفاقات نظر ندارد (پاک‌نیا، ۱۳۹۰: ۱). وقتی یک سی‌اف‌دی روی کالا منعقد می‌شود، ابتدا این شبهه به ذهن می‌آید که دو شخص خریدار و فروشنده هر کدام بر افزایش یا کاهش قیمت شرط بسته‌اند. در خصوص قمار در فقه گفته‌اند که وجه نامیدن قمار به این نام آن است که گرفتن ثروت دیگران با آن بدون مشقت و زحمت ممکن است (طریحی، ۱۳۷۵: ۵۷۷/۴) و بازی است که در آن برد و باخت وجود داشته باشد (ایزدپناه، ۱۳۷۴: ۳۳۶/۱۷). قمار قراردادی است که هر قمارکننده‌ای متعهد می‌شود که هر گاه بازی قمار را باخت، به قمارباز دیگر، مبلغی پول یا چیز دیگری را که بر آن توافق نموده‌اند، پرداخت نماید (ابن منظور، ۱۳۷۵: ۲۹۷/۵). قمار بالاجماع حرام است و کتاب و سنت متواتر بر آن دلالت دارند (ذهنی تهرانی، ۱۳۶۹: ۷۳۸/۳). ماده ۶۵۴ قانون مدنی نیز قمار و شرط‌بندی را باطل، و دعاوی راجع به آن را غیر مسموع دانسته است (برهانیان و نقیبی، ۱۳۸۶: ۱۲).

برای آنکه بدانیم وقتی یک قرارداد سی‌اف‌دی کالا منعقد می‌شود، یک عقد احتمالی واقع می‌گردد یا عقد قمار و گروبندی، باید ابتدا مفقودیت شروط تحقق قمار را احراز نماییم. در فقه امامیه، برای قمار سه حالت در نظر گرفته شده است:

حالت اول: با آلات و وسایل قمار شرط‌بندی انجام شود؛ مانند اینکه با تخته‌نرد یا ورق‌های بازی، روی برد و باخت شرط‌بندی انجام شود. این حالت به اجماع تمامی فقها مصداق کامل قمار و حرام است (موسوی خویی، ۱۴۱۲: ۵۷۱/۱؛ انصاری، بی‌تا: ۳۸۸/۱).

حالت دوم: بازی با آلات قمار بدون راهنه و شرط‌بندی؛ شیخ انصاری در صدق قمار بر این حالت تردید داشته و اینکه مجرد استعمال لفظ موجب تسری احکام نیست (انصاری، بی‌تا: ۳۷۲/۱). مشهور فقهای شیعه قائل به حرمت بازی با آلات قمار حتی بدون گروبندی بوده و حتی اعلام عدم وجود خلاف کرده‌اند (همان: ۲۷۱/۱). در این میان، برخی فقیهان نیز حکم به نجاست آلات مختصه قمار داده‌اند (حسینی روحانی، ۱۴۲۹: ۸۹/۲). در مقابل، عده‌ای هرچند بازی بدون راهنه با آلات قمار را مصداق قمار شمرده‌اند، لکن حرام دانستن آن را محل اشکال دانسته‌اند (حز عاملی، ۱۴۰۳: ۳۲۱/۱۷).

حالت سوم: بازی با غیر آلات قمار همراه با راهنما و شرط‌بندی؛ همچون حالت اول نیز در مورد حرمت آن ادعای اجماع شده و از فقهای عامه نیز نقل شده است که آنان نیز بر همین رأی هستند. بر این اساس، شرط‌بندی و راهنما بر سر بازی‌ها و آلات غیر مختصه قمار نیز حرام بوده و مصداق قمار دانسته شده است (انصاری، بی‌تا: ۳۷۲/۱).

حالت چهارم: بازی با غیر آلات قمار بدون راهنما و شرط‌بندی؛ در این حالت، نه از آلات مختصه استفاده شده است و نه راهنما و شرط‌بندی وجود دارد. مشهور فقهای شیعه حکم به حلیت آن داده‌اند (همان: ۳۸۴/۱). با وجود این، برخی فقها در خصوص هر نوع مسابقه‌ای که خالی از غایت مفید است، حکم به عدم وجود جواز داده‌اند (طباطبایی حائری، ۱۴۱۹: ۴۰۷/۹). دلیل دسته‌آخر، وجود روایاتی است که هر نوع مسابقه را محدود به موارد مشخصی کرده و ماسوای آن را غیر مجاز اعلام کرده‌اند (همان: ۴۰۴/۹). چنان که ملاحظه می‌شود:

۱- قرارداد سی اف دی کالا، یک معامله تجاری و خرید و فروش واقعی است، اما نه معامله عین مادی، بلکه خرید و فروش ریسک افزایش و کاهش ارزش یک مال؛ معامله‌ای که علاوه بر نیاز به دانش و تخصص، به آشنایی با نحوه کار پلتفرم معاملاتی نیز نیاز دارد. بنابراین سی اف دی به هیچ عنوان یک بازی محسوب نمی‌شود، حتی اگر عده‌ای به قصد بازی و قمار و گرویندی وارد آن شوند. بدیهی است که استفاده از این سامانه و سیستم نرم‌افزاری پلتفرم‌های مربوطه نظیر متاتریدر، از آلات قمار محسوب نمی‌شود. حتی در فرضی که گفته شود این آلات از این جهت ذکر شده‌اند که ابزار غالب گرویندی در زمان تشریح این احکام بوده‌اند و ویژگی خاصی ندارند، بلکه هر وسیله‌ای که در طول ادوار تاریخ چنین شرایطی داشته باشد، آلات قمار محسوب می‌شود، باید گفت که باز هم شکل و ابزار معاملات سی اف دی نه تنها شباهت ماهیتی به آلات قمار ندارد، بلکه حتی چنین استعمالی هم در عرف عامه شاذ و نادر است.

۲- باید در این نکته اساسی تأمل کرد که در قرارداد مابه‌التفاوت روی کالا پس از بستن معامله، چه چیزی بین طرفین رد و بدل می‌شود؟ آنچه در زمان بستن معامله، برای یک طرف سود و برای طرف دیگر زیان محسوب می‌شود و از حساب یکی به دیگری منتقل می‌شود، چیزی جز افزایش یا کاهش واقعی ارزش دارایی پایه نیست و این امر

چیزی نیست که توسط طرفین مشخص و تعیین شده باشد؛ به این صورت که در صورت برد یا باخت مبلغی خارج از معامله و عین یا مبلغی از خارج به طرف دیگر پرداخت شود. هر آنچه از حساب هر یک از طرفین کسر یا به آن افزوده می‌شود، نوسان ارزش دارایی است نه خارج از آن.

۳- بر خلاف آنچه در ظاهر به نظر می‌رسد، این تجارت میسر نبوده، بلکه اگرچه ممکن است مستلزم مشقت و تلاش مادی نباشد، اما متضمن کسب دانش و اطلاعات تخصصی و بازرگانی، صرف زمان و مدیریت ریسک است. بنابراین نتیجه یک معامله به هیچ عنوان منوط به اتفاق محض و بخت و اقبال نیست. از زمان آغاز یک معامله بر روی مابه‌التفاوت، عوامل بسیاری از جمله محاسبات دقیق ریاضی، دانش و عمل سایر معامله‌کنندگان، تبلیغات، تغییرات سیاسی، اجتماعی و اقتصادی در ابعاد جهانی در تعیین روند نوسان ارزش مؤثر هستند که یک معامله‌گر باید بر تمامی آن‌ها واقف بوده تا بتواند به خوبی در این تجارت شرکت کند.

۴- حتی در فرض اینکه این تجارت برای عده‌ای بدون زحمت و مشقت منجر به سود و منفعت شود، این امر نمی‌تواند خللی به صحت و مشروعیت آن وارد آورد؛ زیرا اگر چنین باشد، تمامی خرید و فروش‌ها به امید تغییر قیمت دچار مشکل است. چه تفاوت می‌کند که معامله بر روی یک ملک یا سهام به منظور افزایش ارزش آن باشد یا معامله بر روی ارزش آن سهام یا دارایی؟ از طرف دیگر، از آنچه از کلام فقها بیان شد، برداشت می‌گردد که میسر بودن سود ناشی از قمار و گروبنندی، علت صدور حکم بیان نشده تا در صورت وجود آن، حکم حرمت و بطلان لازم آید؛ بلکه فلسفه آن است و ما نصی دال بر علیت آن نداریم. بنابراین حکم دائرمدار فلسفه خود نبوده و تأثیری بر صحت و عدم صحت عقد نخواهد داشت.

۵- علاوه بر آنچه گفته شد، چنانچه بر فرض، حتی یکی از ایرادات بر این معامله وارد شود، برای رسیدن به نظر اجماعی فقها در بطلان معامله (یعنی حالت اول) نیاز به دو شرط لازم یعنی استفاده از آلات قمار و شرط‌بندی بر روی آن توأمان داریم که در فرض معامله مورد نظر ما، مردود است (انصاری، بی‌تا: ۳۷۲/۱).

۶- از آنچه پیش از این گفته شد، این طور استنباط می‌گردد که تفاوت عقد احتمالی

با قمار، مربوط به پایین‌تر بودن تأثیر عامل بخت و اقبال است. در واقع در هر دو، این عامل مؤثر است، اما در عقد احتمالی به حدی این تأثیر کم است که احتمال تحقق قصد طرفین به یقین نزدیک است، اگرچه قطعی نیست. به عبارت دیگر، اگر در قمار تحقق موضوع مورد نظر هر یک از طرفین ۵۰ درصد احتمال داشته باشد، در عقد احتمالی، موضوع مورد نظر هر دو طرف علاوه بر آنکه یکسان بوده، بین ۸۰ تا ۹۰ درصد احتمال وقوع دارد. بنابراین:

اولاً، در عقد احتمال بر خلاف قمار، مسئله برد و باخت وجود ندارد و هر دو طرف بر احتمال قوی وقوع موضوع واحدی توافق می‌کنند.

ثانیاً، احتمال عدم وقوع امر مورد نظر را کم می‌بینند.

در خصوص مشروعیت این عقد، شبهات و اختلاف‌نظرهایی وجود دارد؛ اما حقوق‌دانان جوان با استدلال به تفاوت آن با قمار و عدم منع شارع، آن را مشروع و نافذ می‌دانند. در خصوص سی‌اف‌دی بر روی کالا باید گفت که به یک عقد احتمالی شباهت بسیاری دارد؛ زیرا شخص خریدار یا فروشنده به امید افزایش یا کاهش قیمت در آینده معامله می‌کند؛ در حالی که برد و باختی مطرح نبوده و با توجه به تحلیل‌ها و روند بازار مالی، احتمال تحقق قصد معامله‌گر قوی تشخیص داده می‌شود. همچنین بسیاری بر رواج عقد احتمالی در نظام حقوقی ما با عناوینی غیر از این نام مانند عقد بیمه نظر دارند (شیبانی تدرجی، ۱۳۸۹: ۵). اما تفسیر سی‌اف‌دی به یک عقد احتمالی که خود منشأ اختلاف نظر از جنبه مشروعیت است و در فقه ما هیچ سابقه‌ای ندارد، امری نادرست است. بنابراین برای اثبات قرارداد مابه‌التفاوت باید آن را در قالب یک عقد مشروع و بدیهی از منظر صحت تفسیر و توجیه نماییم.

۳-۵. عقد صلح

یکی از عقود معین بسیار پرکاربرد در فقه اسلامی و حقوق ایران، عقد صلح است که متأسفانه آن طور که بایسته است، از کاربردهای بی‌شمار آن در معاملات نوین استفاده نشده است. در خصوص پذیرش صحت و مشروعیت صلح ابتدایی در فقه ما مباحث گسترده‌ای مطرح بوده است. از دقت در سابقه این نظرات و تفاسیل آن‌ها

می‌توان فهمید که شرطیت نزاع در تعاریف تعدادی از فقها از عقد صلح آمده است؛ به این صورت که صلح را عقدی می‌دانند که جهت رفع نزاع منعقد می‌شود (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۱۶/۵؛ همو، ۱۳۸۷: ۷/۳؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۹: ۳۵/۹) و این تعاریف تا پیش از ارائه تعریف جدید توسط صاحب‌جوهر و شیخ انصاری بوده‌اند. شیخ انصاری حقیقت صلح را تسالم بیان می‌کند نه جلوگیری از تنازع، و بیان می‌دارد که موضوع صلح می‌تواند عین یا منفعت و یا حق باشد و مصادیق صلح را اعم از تملیک عین یا منفعت، انتقال و یا اسقاط حق و یا صلح تنازعات می‌داند (انصاری، بی‌تا: ۱۳/۲). صاحب‌جوهر پیش از شیخ انصاری تلویحاً در کلام خود چنین نظری را می‌پذیرد و عقد صلح را ترازی و تسالم بر روی یک موضوع می‌داند و برای مثال، رفع تنازع را قید می‌کند، نه آنکه وجود تنازع را شرط بداند و صلح را مختص حالت رفع تنازع بیان کند (نجفی، ۱۴۱۲: ۲۶/۲۱۱). قریب به اتفاق فقیهان شیعه بعد از شیخ انصاری تعریفی را برگزیده‌اند که از سخن گذشته شیخ اقتباس شده است. با اندک اختلافی در عبارت، جملگی صلح را ترازی و تسالم بر تملیک عین یا منفعت، یا اسقاط دین و حق و مانند این امور تعریف نموده‌اند (برای نمونه ر.ک: طباطبایی حکیم، بی‌تا: ۶۲/۱؛ آملی، ۱۴۱۳: ۸۳/۱؛ حسینی سیستانی، ۱۴۱۵: ۲/۳۲۶).

بنا بر آنچه گفته شد، می‌توان نتیجه گرفت که قبل از تعریف شیخ انصاری، فقها عقد صلح را بر مبنای کاربرد اولیه یا کاربرد غالب تعریف نموده بودند و پس از ارائه تعریف جامع اختلاف و تعارضی فقها بر صحت صلح ابتدایی متمایل شده‌اند. مسئله اساسی و مهم در استفاده از قالب عقد صلح ابتدایی در معاملات جدید، بحث اصالت و فرعیت آن است. حال که صلح ابتدایی پذیرفته شد، باید دید که آیا هر عقدی را می‌توان در قالب صلح منعقد کرد یا باید یکی از عقود معین را بدون شرایط خاص آن عقد برگزید. این بحث تحت عنوان اصالت و فرعیت عقد صلح مورد بررسی قرار گرفته است. برخی فقها معتقدند که صلح عقدی مستقل است و در احکام و شرایط، تابع هیچ یک از عقود نمی‌باشد. از این رو مقررات و ضوابط خاص هر یک از عقود معین در عقد صلح جاری نیست؛ بر خلاف دیدگاهی که عقد صلح را فرع سایر عقود می‌داند، در این صورت این عقد در احکام و شرایط، تابع هر عقدی است که در نتیجه با آن

یکسان می‌باشد. پس اگر نتیجه عقد صلح، تملیک عین به عوض باشد، این عقد در احکام و شرایط تابع عقد بیع خواهد بود. اگر نتیجه آن تملیک منفعت باشد، تابع عقد اجاره می‌باشد. بر اساس این دیدگاه، عقد صلح عقدی مستقل که قسم سایر عقود باشد نیست، بلکه عقدی است که زیرمجموعه عقود دیگر قرار می‌گیرد. اولین بار شیخ طوسی به این بحث در فقه شیعه پرداخته است و طبق روش خود ابتدا نظریه مخالف یعنی فرعیت عقد صلح را توضیح داده و سپس به صراحت نظر خود را که استقلال این عقد است، بیان می‌کند که نباید اشتباهاً برداشت شود نظر ایشان فرعیت بوده است^۱ (طوسی، ۱۳۸۷: ۲۸۹/۲). فقهای دیگر نیز به تبع ایشان از این نظر تبعیت کرده‌اند (حسینی عاملی، ۱۳۳۳: ۴۵۶/۵؛ شریعت اصفهانی، ۱۳۹۸: ۲۴۵). تلفیق این مبانی با یکدیگر، جایگاه خاصی به عقد صلح در عقود معین و غیر معین برای طرفین عقد مهیا می‌کند. آنان از سویی می‌توانند برای پرهیز و فرار از احکام و شرایط خاص هر یک از عقود معین، ثمرهایی را که از آن عقد انتظار داشتند، تحت عنوان عقد صلح که دامنه آن همه عقود معین را می‌گیرد، محقق سازند و از سوی دیگر به وسیله عقد صلح می‌توان هر گونه قرارداد و معامله جدید و نوپیدایی را که امکان اندراج آن تحت هیچ یک از عقود شناخته‌شده و معین نیست و با قوانین و قواعد کلی و آمره در معاملات منافات ندارد، منعقد ساخت.

این موقعیت ویژه، فراگیر و راهگشا برای عقد صلح، موجب شده است که برخی از صاحب‌نظران به این عقد، لقب «سید العقود و الأحکام» را ارزانی دارند (قزوینی زنجانی، ۱۳۷۲: ۲۸/۱). با این توجه، برای انعقاد معاملات سی‌اف‌دی، دیگر نیازی به علم تفصیلی نداریم و علم اجمالی کفایت می‌کند (بحرانی، ۱۳۸۷: ۲۶۹/۱۹).

موارد بسیار معدودی از پذیرش نظریه فرعیت عقد صلح در فقه شیعه یافت می‌شود که مانند اهل سنت تنها در قالب یکی از عقود معین، عقد صلح را جاری می‌دانند (قطب‌الدین راوندی، ۱۴۰۵: ۳۸۶/۱؛ موسوی خمینی، ۱۴۱۸: ۹/۱). با توجه به اینکه این مسئله ابتدا توسط شیخ طوسی مطرح شده و موافقان نیز به نظر ایشان استناد کرده‌اند،

۱. «ویقوی فی نفسی أن یکون هذا الصلح أصلاً قائماً بنفسه، ولا یکون فرع البیع فلا یحتاج إلی شروط البیع واعتبار خیار المجلس علی ما بیناه فیما مضی».

این گونه برداشت می‌شود که نظر این دو فقیه نیز ناشی از برداشت اشتباه از ترتیب و نحوه بیان ایشان در مبسوط باشد. بنابراین:

اولاً، جمهور فقیهان متأخر و معاصر شیعه با توجه به مبانی خود پیرامون عقد صلح، موقعیت ویژه‌ای را برای این عقد در نظر گرفته‌اند. آنان پیشینه خصومت و نزاع موجود و یا محتمل را در این عقد لازم نمی‌دانند و همین، سبب مشروعیت یافتن صلح ابتدایی در معاملات بدوی، که بدون هر گونه اختلاف و نزاعی میان طرفین عقد است، می‌شود (بحرانی، ۱۳۸۷: ۱۹/۲۶۹). چنان که ملاحظه می‌شود، هر نوع معامله‌ای را می‌توان در عقد صلح گنجاند (مواد ۷۵۲-۷۵۸ ق.م.ا)، بی‌آنکه نیاز به شرایط خاصی باشد. در عمل نیز جامعه و نیازهای آن، عقود جدیدی می‌طلبد که در صدر اسلام، هیچ زمینه‌ای از آن‌ها وجود نداشته است. در یک قرارداد مابه‌التفاوت، اگر صاحبان دارایی پایه متعلق عقد صلح را که انتقال حق مالکیت و بهره‌برداری از نوسان ارزش دارایی خود می‌باشد، به هر معامله‌گری که در زمان ارائه آن‌ها اقدام به خرید یا فروش کند، صلح نمایند، هیچ اشکالی بروز نمی‌کند و دلیلی بر بطلان چنین معامله‌ای وجود ندارد. از مباحث مفصل در خصوص عقد صلح و صلح ابتدایی می‌توان فهمید که هدف این عقد، حمایت از اصل آزادی قراردادها بوده است. در واقع برای مثال، اگر طرفین شکل خاصی از نقل و انتقال را بدون وجود احکام خاص بیع خواسته باشند، مجرای عقد صلح است؛ در غیر این صورت، چه فایده‌ای بر استقلال عقد صلح بار می‌شود؟ بدیهی است اگرچه شرایط خاص عقود معین در عقد صلح الزامی نیستند، اما شرایط اساسی صحت معاملات برای تمامی عقود از جمله عقد صلح لازم می‌باشند و عدم وجود آن‌ها موجب بطلان است.

ثانیاً، اگر سی‌اف‌دی را در قالب عقد صلح توصیف کنیم، ایراد جهل به ثمن هم مردود خواهد بود؛ زیرا دیگر یک عقد مغاینه‌ای نبوده و علم اجمالی کافی خواهد بود، اگرچه اکثریت فقها صرف جهل را محل عقد ندانسته و جهل را در صورتی مؤثر می‌دانند که مستلزم غرر باشد که در سی‌اف‌دی کالا این امر منتفی است و این شبهه از اساس وارد نمی‌باشد (انصاری، بی‌تا: ۱۱/۶۹؛ نجفی، ۱۴۱۲: ۲۲/۳۸۸).

ثالثاً اینکه چه میزان از جهل مستلزم غرر می‌گردد و چه میزانی از علم (علم اجمالی)

کفایت کرده و رفع غرر می‌کند، باید گفت: بنا بر آنچه از کلام فقها فهمیده شد، در تمام موارد، منظور از غرر نوعی جهل است؛ اما این تفکیک عنوان نشان‌دهنده معنای متفاوتی است که باید آن را دریافت. به عبارت دیگر، اگر منظور از غرر همان جهل باشد، چرا از عنوان غرر استفاده شده است؟ شیخ انصاری در مکاسب، وجود و تحقق غرر شرعی را مستلزم وجود غرر عرفی نمی‌داند و برعکس. ایشان دایره غرر شرعی را تنگ‌تر از غرر عرفی می‌داند، اگرچه عده‌ای رابطه این دو را عموم و خصوص من وجه می‌دانند و در هر حال، همگی مصادیق این دو را متفاوت می‌دانند (انصاری، بی‌تا: ۲۵۲/۴). در بیع بنده فراری که به همراه ضمیمه واقع می‌شود و ایراد آن رفع می‌گردد، در حالی که از نظر عرفی، خطر و ریسک آن همچنان باقی است و برعکس در حالتی که یک مبیع از نظر اندازه و وزن مشخص است و ارزش مبیع دیگری بر اساس آنکه در نظر عرف، حدس قوی بر نبود اختلاف مهم وجود دارد، تخمین زده می‌شود، اگرچه غرر عرفی منتفی است، اما غرر شرعی وجود دارد و حکم به بطلان عقد به دلیل ابهام در مبیع داده می‌شود (مامقانی، بی‌تا: ۳۴۸/۳). بنابراین منظور از غرر، جهلی است که باعث ایجاد درجه‌ای از ریسک و خطر شود که شارع آن را اجازه نداده است و آن را ناقض یکی از شرایط مقرر برای عقد می‌داند.

در یک قرارداد مابه‌التفاوت، ابزاری به نام اهرم وجود دارد که می‌تواند مقدار سود و زیان را بیشتر از سرمایه واردشده در معامله تعیین نماید. در واقع ضریب اهرمی، تعیین‌کننده دامنه نفع و ضرر است؛ مثلاً اگر در یک معامله سی‌اف‌دی، ضریب اهرمی ۱۰۰/۱۰ باشد، بدین معناست که به ازای هر ۱ دلاری که وارد معامله می‌کند، ۱۰۰ دلار سود یا زیان خواهد داشت و مارجین یا همان مبلغی که باید در حساب خود برای ورود به معامله داشته باشد، بر اساس همین ضریب اهرمی مشخص می‌شود. بنابراین برای شرکت در معامله صد گرم طلا می‌توان حدوداً با ۱۰۰۰ دلار وارد معامله شد. پس حداکثر سود و ضرر می‌تواند ۱۰۰۰ دلار باشد که در واقع ثمنی است که در همان لحظه اول، پرداخت آن تضمین شده و اصطلاحاً به ودیعه نگه داشته شده است. عملاً مبلغ مارجین توسط کارگزاران محاسبه شده است و ضرر بیش از این میزان نخواهد بود، بنابراین حدوث غرر عملاً منتفی است. از طرف دیگر جهل موجود در این معامله،

جهل مطلق نیست؛ زیرا اجمالاً نسبت به سقف سود و ضرر علم وجود دارد و نتیجه معامله یکی از این دو حالت است:

الف) فروشنده یا خریدار تا سقف هزار دلار به دست می‌آورد.

ب) فروشنده یا خریدار تا سقف هزار دلار از دست می‌دهد.

درست است که هر یک از خریدار و فروشنده به اینکه کدام یک از این دو حالت ممکن است اتفاق بیفتد، یقین ندارد، اما اجمالاً می‌داند که یکی از این دو حالت و با این محدوده اتفاق می‌افتد. به عبارت دیگر، قدر مشترک این دو حالت، سقف هزار دلار است. علاوه بر این در پلتفرم مذکور، اختیاراتی از قبیل محدود کردن ضرر وجود دارد که بعد از تنظیم آن به صورت خودکار به محض رسیدن به حد خاصی از ضرر معامله بسته می‌شود. با این توصیف، این میزان جهل موجب غرر نیست. علاوه بر آنچه گفته شد، عدم آگاهی که به یکی از دو مورد وجود دارد که در واقع نوعی تردید و ریسک است، می‌تواند تحت تأثیر دانش و اطلاعات و تجربه معامله‌گر تا حد زیادی کاهش یابد و چه بسا در بسیاری موارد، علم به اتفاق یکی از آن‌ها بر مبنای تحلیل‌های تکنیکال و محاسبات ریاضی وجود داشته باشد. ممکن است گفته شود که با این توضیح، اگر شخصی دارای دانش و اطلاعات کافی نباشد، صحت معامله دچار اشکال می‌شود. در پاسخ باید گفت همین که امکان رفع غرر از طریق کسب دانش یا کسب مشاوره از افراد دارای تخصص برای متعاقدين وجود دارد، کافی است؛ مانند بسیاری از معاملات دنیای امروز که نیازمند تخصص و دانش بسیار هستند. اگر غیر از این باشد، تمامی معاملات بازار ارز، سهام شرکت‌ها، ملک و... نیازمند اطلاعاتی هستند که ممکن است نسبت به افراد مختلف جامعه، دشوار یا آسان تلقی گردد؛ در حالی که تخصصی بودن، خدشه‌ای به صحت آن‌ها وارد نمی‌آورد. بنابراین در هر صورت با تفسیر قرارداد سی‌اف‌دی روی کالا در قالب عقد صلح، هیچ اشکالی بروز نمی‌کند.

نتیجه‌گیری

۱. قرارداد سی‌اف‌دی کالا، معامله روی نوسان ارزش دارایی بدون انتقال دارایی پایه است که به دلیل مزایای بسیار آن از قبیل اهرم، مارجین، کارمزد پایین، و امکان انجام

آن از هر نقطه جهان توسط یک سکوی معاملاتی، در شرایط حاضر می‌تواند یک منبع درآمد دلاری برای تمام اقشار، خصوصاً جوانان و زنان با هر میزان درآمد باشد؛ زیرا این تجارت بیش از سرمایه، به دانش احتیاج دارد.

۲. شرایط اساسی صحت معاملات در قراردادی افدی به دلیل شکل انجام آن، که روی یک پلتفرم معاملاتی است، در برخی موارد دارای شکل خاصی است؛ بدین معنا که نحوه احراز وجود این شرایط دارای شیوه متفاوتی است، وگرنه از حیث وجود این شرایط، تفاوتی با سایر عقود ندارد.

۳. شبهه قماری بودن به قرارداد مابه‌التفاوت وارد نیست؛ زیرا هیچ یک از شرایط تحقق قمار، بنا بر آنچه در فقه شیعه آمده، از قبیل استفاده از آلات قمار، شرط‌بندی و میسر بودن در سی‌اف‌دی وارد نیست و بر خلاف آنچه در ابتدا به نظر می‌رسد، عامل بخت و اقبال هیچ نقشی در این معامله ندارد، بلکه عوامل بسیاری که اکثر آن‌ها قابل پیش‌بینی و علمی هستند، مسیر معامله را تعیین می‌نمایند.

۴. ماهیت و ویژگی‌های قراردادی سی‌اف‌دی کالا با هیچ یک از عقود معین سازگار نبوده و نمی‌تواند تحت عناوین بیع حق، اجاره، جعاله و عقد احتمالی قرار گیرد. اما با توجه به ویژگی‌های عقد صلح و امکانی که شارع مقدس برای انعقاد قراردادهای جدید در اختیار متشرعان قرار داده است، امکان انعقاد قرارداد مابه‌التفاوت در قالب عقد صلح را فراهم می‌نماید. علاوه بر آن، بنا بر آنچه گذشت، هیچ مانع شرعی و شبهه‌ای بر این معامله وارد نمی‌باشد. بدیهی است که اگر هر یک از شبهات مورد بحث، وارد تشخیص داده می‌شد، انعقاد آن در قالب عقد صلح و هیچ عقد دیگری ممکن نبود؛ اما با توجه به پاسخ‌های داده‌شده به شبهات و مشروع دانستن این معامله، قالب حقوقی صلح ماهیت مناسب آن خواهد بود.

۵. با توجه به پاسخ‌ها و مستندات شرعی مذکور در این پژوهش، قرارداد مابه‌التفاوت روی کالا کاملاً با نظام حقوقی ما قابل انطباق است؛ اما با توجه به خلأ قانونی، امکان سوءاستفاده افراد سودجو وجود دارد و ممکن است احقاق حقوق افراد و پیگیری مطالبات را با مانع روبه‌رو سازد. بنابراین باید هر چه سریع‌تر نسبت به تصویب مواد قانونی لازم اقدام شود.

کتاب‌شناسی

۱. آملی، محمدتقی، *المکاسب و البیع*، تقریر مباحث محمدحسین غروی نائینی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۲. ابن منظور افریقی مصری، ابوالفضل جمال‌الدین محمد بن مکرم، *لسان‌العرب*، بیروت، دار صادر، ۱۳۷۵ ق.
۳. اردبیلی، احمد بن محمد، *زبدة البیان فی احکام القرآن*، تهران، المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، بی‌تا.
۴. انصاری، مرتضی بن محمدامین، *کتاب‌المکاسب*، چاپ دوم، قم، لجنة تراث الشیخ الاعظم، بی‌تا.
۵. بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، ترجمه محمدتقی ایروانی، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۸۷ ش.
۶. برهانیان، عبدالحسین، و سیدابوالقاسم نقیبی، *بررسی مبانی بیمه در اسلام*، پژوهشکده تحقیقات اسلامی، قم، انتشارات زمزم هدایت وابسته به پژوهشکده علوم اسلامی امام صادق (علیه السلام)، ۱۳۸۶ ش.
۷. پاک‌نیا، بابک، *تحلیل ماهیت عقود احتمالی در حقوق ایران و کامن‌لا*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی، ۱۳۹۰ ش.
۸. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعه*، چاپ سوم، تهران، المکتبه الاسلامیه، ۱۴۰۳ ق.
۹. حسین‌زاده، جواد، «بررسی حقوقی ساختار و اعتبار قرارداد آتی یکسان»، *مجله حقوقی دادگستری*، شماره ۸۰، زمستان ۱۳۹۱ ش.
۱۰. حسینی روحانی، سیدمحمدصادق، *منهاج الفقاهة (التعلیق علی مکاسب الشیخ الاعظم)*، چاپ پنجم، قم، انوار الهدی، ۱۴۲۹ ق.
۱۱. حسینی سیستانی، سیدعلی، *منهاج الصالحین*، قم، دفتر آیه‌الله سیستانی، ۱۴۱۵ ق.
۱۲. حسینی عاملی، سیدمحمدجواد بن محمد، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۳۳ ق.
۱۳. حکیم، سید عبدالصاحب، *حقائق الاصول*، چاپ پنجم، قم، مکتبه بصیرتی، ۱۴۰۸ ق.
۱۴. ذهنی تهرانی، سیدمحمدجواد، ترجمه و شرح *مکاسب شیخ انصاری*، قم، حاذق، ۱۳۶۹ ش.
۱۵. سبزواری، محمدباقر بن محمد مؤمن، *کفایة الاحکام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، بی‌تا.
۱۶. سرمدی، محمدرضا، *فرهنگ لغات و اصطلاحات رایج ارز و سهام در بازار فارکس*، تهران، نوآور، ۱۳۸۷ ش.
۱۷. شریعت اصفهانی، فتح‌الله بن محمدجواد، *نخبة الازهار فی احکام الخیار*، تقریر محمدحسین سبجانی، قم، دار‌الکتاب، ۱۳۹۸ ق.
۱۸. شریعتی، سعید، «بیع زمانی یا مالکیت زمان بندی شده»، *ماهنامه قضاوت*، سال ششم، شماره ۴۴، فروردین و اردیبهشت ۱۳۸۶ ش.
۱۹. شبیبانی تدرجی، سمیه، *مطالعه تطبیقی عقود احتمالی در حقوق ایران و مصر*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه شیراز، ۱۳۸۹ ش.
۲۰. طباطبایی، سیدمحمدحسین، *المیزان فی تفسیر القرآن*، تهران، اسماعیلیان، ۱۳۹۱ ش.
۲۱. طباطبایی حائری، سیدعلی بن محمد، *ریاض المسائل فی بیان احکام الشرع بالدلائل*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.

۲۲. طباطبایی حکیم، سیدمحسن، *نهج الفقهامة (تعليق على كتاب البيع من مكاسب الشيخ الاعظم الانصاری)*، قم، ۲۲ بهمن، بی تا.
۲۳. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، *العروة الوثقی (مسألة ۳)*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
۲۴. همو، *حاشیة المكاسب*، چاپ افست، قم، بی تا، بی تا.
۲۵. همو، *حاشیة المكاسب*، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۷ ش.
۲۶. طریحی، فخرالدین بن محمد، *مجمع البحرین*، چاپ سوم، تهران، کتاب فروشی مرتضوی، ۱۳۷۵ ش.
۲۷. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *المبسوط فی فقه الامامیه*، چاپ دوم، ترجمه و تصحیح سیدمحمدتقی کشفی، تهران، المكتبة المرتضوية لاحیاء الآثار الجعفریة، ۱۳۸۷ ش.
۲۸. همو، *تهذیب الاحکام*، تهران، مكتبة الصدوق، ۱۳۷۶ ش.
۲۹. علامه حلی، ابومنصور جمال‌الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۳۸۷ ش.
۳۰. همو، *تذکرة الفقهاء*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ ق.
۳۱. همو، *قواعد الاحکام فی معرفة الحلال والحرام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق. (الف)
۳۲. همو، *مختلف الشیعة فی احکام الشریعة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق. (ب)
۳۳. غروی اصفهانی، محمدحسین، *الاجاره*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۹ ق.
۳۴. قزوینی زنجانی، علی بن محمد، *صیغ العقود*، چاپ سنگی، قم، شکوری، ۱۳۷۲ ش.
۳۵. قطب‌الدین راوندی، ابوالحسین سعید بن هبة‌الله، *فقه القرآن فی شرح آیات الاحکام*، چاپ دوم، قم، کتابخانه آیه‌الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۵ ق.
۳۶. مامقانی، محمدحسن، *غایة الامال فی شرح کتاب المكاسب*، قم، مجمع الذخائر الاسلامی، بی تا.
۳۷. محقق داماد، سیدمصطفی، *قواعد فقه*، چاپ دوازدهم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۳۸. معصومی نیا، غلامعلی، «بررسی فقهی ابزارهای مشتقه»، *دوفصلنامه جستارهای اقتصادی*، سال سوم، شماره ۶، پاییز و زمستان ۱۳۸۵ ش.
۳۹. معصومی نیا، غلامعلی، میثم فدایی واحد، و سیدحمیدرضا صائمین، «بررسی فقهی قرارداد آتی، احکام و آثار آن بر مبنای فقه امامیه»، *فصلنامه اقتصاد اسلامی*، سال پانزدهم، شماره ۵۸، تابستان ۱۳۹۴ ش.
۴۰. مکارم شیرازی، ناصر، *انوار الفقهامة (کتاب البيع)*، چاپ دوم، قم، انتشارات امیرالمؤمنین علیه السلام، ۱۴۱۳ ق.
۴۱. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، *کتاب البيع*، قم، اسماعیلیان، ۱۴۲۱ ق.
۴۲. موسوی خمینی، سیدمصطفی، *البيع*، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۸ ق.
۴۳. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *المستشفی (شرح العروة الوثقی)*، تقریر شیخ مرتضی بروجردی، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۲۱ ق.
۴۴. همو، *مصباح الاصول*، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۱۲ ق.
۴۵. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ بیست و چهارم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۱۲ ق.

47. Elder, Alexander, *The New Trading for a Living: Psychology, Discipline, Trading Tools and Systems, Risk Control, Trade Management*, New Jersey, Hoboken, John Wiley & Sons, 2014.
48. Jessen, Jeff & Ashley Cartridge, *CFDs Made Simple: A Beginner's Guide to Contracts for Difference Success*, Australia, John Wiley & Sons, 2011.
49. Land, David, *CFDs For Dummies*, Australian Edition, Australia, John Wiley & Sons, 2017.
50. Norman, David James, *The Definitive Guide to Contracts for Difference*, United Kingdom, Harriman House, Hampshire, 2010.

مدیریت حسبه بر بحران ورشکستگی در حقوق اقتصادی اسلامی*

- محمد صادقی^۱
- سبحان عباس‌پور^۲

چکیده

بحران ورشکستگی از این منظر که مستلزم مدنظر داشتن جوانب اقتصادی و مدیریتی است، باید فراتر از مرزهای حقوق خصوصی و حقوق ورشکستگی مدیریت شود؛ چرا که مقررات خصوصی ورشکستگی اغلب در راستای حفظ حقوق غرما تنظیم شده و کمتر متعرض حمایت از فعالیت تجارتمی‌شود. در هر حال، نظام‌های حقوقی مطابق اولویت‌ها در این موضوع ورود کرده و ضوابطی را مقرر می‌نمایند. تئوری حقوق اقتصادی اسلامی در مدیریت این بحران را می‌توان مبتنی بر امور حسبی سنجید و کارکردهای آن را در این رابطه تحلیل نمود.

در نوشتار حاضر به منظور ارزیابی شمولیت ورشکستگی ذیل امور حسبی، جوانب این موضوع را بررسی نموده و علاوه بر کارایی امور حسبی برای مدیریت

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۱/۱ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۲/۱۷.

۱. دکتری حقوق خصوصی (نویسنده مسئول) (sadeqi67@gmail.com).

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی (abbaspour.law@gmail.com).

بحران ورشکستگی، چالش‌های آن را نیز بیان می‌کنیم. در این خصوص، به نظر می‌رسد که در حقوق اقتصادی اسلامی فراتر از حفظ حق خصوصی غرما، سازوکارهایی برای بنگاه‌محوری و حمایت از متعذر از مجرای نهاد حسبه متصور است که با توجه به ویژگی‌های این نهاد، فارغ از رویکرد طلبکارمحور، تأثیر قابل توجهی بر احیای متوقف و بقای بنگاه اقتصادی دارد. به عبارت دیگر، امور حسبی در حقوق اسلامی به فراخور برخورداری از وجاهت مشترک خصوصی - عمومی، ابزارهای متعددی را برای مدیریت بحران ورشکستگی در دسترس دارد که روش‌های حمایتی و جایگزین (استقراض، صلح، قرض الحسنه، بیت‌المال، ضمانت، مهلت عادلانه یا انتقال تعهد)، مواردی از این قبیل هستند.

واژگان کلیدی: امور حسبی، حسبه، ورشکستگی، عدول مؤمنین، رویکرد بنگاه‌محور، رویکرد طلبکارمحور، حقوق اقتصادی اسلامی.

مقدمه

نحوه مواجهه با بحران ورشکستگی و مدیریت آن، حسب نهادها و ابزارهای هر نظام حقوقی متفاوت بوده و نحله‌های حقوق اقتصادی متناسب با ظرفیت‌های خویش، روش‌هایی را اتخاذ می‌نمایند تا این پدیده به نحو شایسته‌تری پیگیری شود. هرچند در تحقیقات راجع به حقوق اسلامی، این امر در ادبیات حقوقی غالباً به نهادهایی مثل اعسار یا افلاس اختصاص یافته و به تبعیت از رویکرد خصوصی، صرف مسائل خصوصی آن اعلام گردیده است، اما هنوز در پارادایم اسلامی برای مدیریت بحران ورشکستگی، مسائل حقوقی به نحو جامع تبیین نشده‌اند و غلبه بُعد خصوصی و خرد بر ابعاد عمومی و کلان محسوس است. البته منابعی که در خصوص تأثیر حسبه بر مسائل فقهی و حقوقی مرتبط با اقتصاد وجود دارند، غالباً به امور کلان و نظارتی از طریق این نهاد پرداخته و دامنه صلاحیت محتسب در نظارت بر بازار و هدایت آن را ارزیابی نموده‌اند.^۱ طبعاً

۱. برای نمونه ر.ک: ۱- نه‌ایة الرتبة فی طلب الحسبه (ابن بسام المحتسب)؛ ۲- الاحکام السلطانیة (ابوالحسن علی بن محمد ماوردی)؛ ۳- الحسبة فی الاسلام (شیخ تقی‌الدین احمد بن تیمیه)؛ ۴- السوق فی ظل الدولة الاسلامیه (سیدجعفر مرتضی عاملی)؛ ۵- معالم القربة فی احکام الحسبه (محمد بن احمد القرشی معروف به ابن اخوه)؛ ۶- مبانی فقهی حکومت اسلامی (حسینعلی منتظری)؛ ۷- دراسات فی ولایة الفقیه و فقه الدولة الاسلامیه (حسینعلی منتظری)؛ ۸- دامنه حقوق رقابت در بازارهای رقابت‌پذیر و رقابت‌ناپذیر (نظم حقوقی ایران و فقه اسلامی) (محمد صادقی).

فقدان بستر تاریخی و اقتصادی ورشکستگی به مفهوم امروزی نیز در این رابطه بی‌تأثیر نبوده و به همین دلیل، اغلب مسائل مرتبط با ورشکستگی، از مجرای نهادهای دیگر (همانند افلاس و اعسار) دنبال شده است. بر این اساس و در مقام ارائه الگوی حقوق اقتصادی اسلامی برای مدیریت ورشکستگی، موضوع را در قالب امور حسبی بررسی نموده و ضمن بیان نسبت این نهاد اسلامی با ورشکستگی، چالش‌ها و ابهامات مشمول شدن ورشکستگی در امور حسبی و اثر آن در حل بحران ورشکستگی را نیز بیان خواهیم نمود. در این رویکرد تحلیلی - حقوقی حسب مورد با تطبیق کارکردهای حسبه در رابطه با ورشکستگی، بنا به ضرورت از دیدگاه حقوق ورشکستگی کشورمان نیز بهره برده و با مقایسه دو رویکرد و الگوی طلبکارمحور و بنگاه‌محور، نقش حسبه بر اجرای خصوصی و عمومی ورشکستگی، بازسازی و بقای فعالیت تجاری یا بنگاه اقتصادی را تحلیل می‌کنیم.

۱. نسبت حسبه و ورشکستگی

تعیین و تبیین شمولیت ورشکستگی ذیل امور حسبی در وهله نخست، مستلزم طرح این دو عنوان است. بنابراین در ابتدا مفاهیم و عناوین اصلی را تبیین می‌نماییم.

۱-۱. مفهوم

۱-۱-۱. امور حسبی

امر حسبی در ادبیات حقوقی، مقابل امر ترافعی تعریف می‌شود. در حقوق ایران، ماده ۱ قانون امور حسبی مصوب ۱۳۱۹ که تنها مستند قانونی در تعریف امر حسبی است، اشعار می‌دارد:

«امور حسبی اموری است که دادگاه‌ها مکلف‌اند نسبت به آن امور اقدام نموده و تصمیمی اتخاذ نمایند، بدون اینکه رسیدگی به آن‌ها متوقف بر وقوع اختلاف و منازعه بین اشخاص و اقامه دعوی از طرف آن‌ها باشد».

قانون‌گذار به رغم تعریف امر حسبی، در تعیین قلمرو و مصادیق حسبه، معیار تمییز امر حسبی از امر ترافعی و امثال آن ساکت می‌باشد. بنابراین با توجه به ابتدای نظام

حقوقی کشور بر مبنای فقه اسلامی، مناسب است این مهم روشن شود تا بتوان شمول مصادیقی چون ورشکستگی در امور حسبی را مورد ارزیابی و تحلیل قرار داد.

در متون فقهی امامیه، امر حسبی عبارت است از آنچه که به مصالح عمومی ارتباط داشته و ترک آن موجب نارضایتی شارع می‌گردد و با این حال، انجام‌دهنده ویژه‌ای ندارد (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۶۶۵/۲؛ عاملی جزینی، ۱۴۱۷: ۴۷/۲؛ انصاری دزفولی، ۱۴۱۵: ۵۵۳/۳-۵۵۴؛

آل بحرالعلوم، ۱۴۰۳: ۲۹۰/۳). فقهای اهل سنت نیز حسبه را عبارت می‌دانند از: «امر به معروف هنگامی که ترک آن آشکار گردد و نهی از منکر هنگامی که فعل آن آشکار شود» (ماوردی، بی‌تا: ۲۰۸؛ ابن‌اخوه، ۱۴۰۸: ۵۱).

اهل سنت، امر حسبی را همان امر به معروف و نهی از منکر شمرده و آن را در سه ساحت حقوق‌الله (مانند جهاد و ربا)، حقوق مختص بندگان (نظیر استیفای دیون و ضمان متلف) و حقوق مشترک میان خداوند و بندگان (حد کذب و سرقت) قابل تقسیم دانسته‌اند (حضیری، ۱۴۲۵: ۱۴۷-۱۴۸). بر اساس تعاریف مذکور، در دو سطح به ماهیت امر حسبیه پرداخته شده است:

الف) امور حسبی در مفهوم خاص: این مفهوم در مواردی اراده شده که در شریعت، متصدی خاص یا عامی برای آن تعیین نشده باشد؛ مانند سرپرستی افراد صغیر و مجانین بدون سرپرست، اموال مفقودالاثَر، موقوفات بدون متولی، وصایای بدون وصی، ضمّ امین به فاسقی که لقطه در اختیار دارد و علم به خیانت در او وجود دارد (نراقی، ۱۴۱۷: ۵۸۰؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۵۸۱/۲؛ کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۱۵۱/۶). در دکترین حقوقی ایران نیز بیشتر همین مبنا مورد توجه قرار گرفته و قانون امور حسبی بر اساس این الگو تدوین شده است. اموری نظیر قیمومت، امین صلح، اداره اموال غایب مفقودالاثَر و... از مواردی هستند که به دلیل عدم تصدی به علت ضعف، بیماری، غیبت یا فقدان کفایت و وثاقت، بر عهده اشخاص امین و مورد اعتماد قرار گرفته‌اند. بر این اساس، «امور حسبیه» در حقوق ایران تا کنون صرفاً با مفهوم خاص خود مورد مطالعه و تحلیل قرار گرفته است. در حقوق برخی از کشورها مانند مصر نیز قانون امور حسبی بیشتر ناظر به احوال شخصیه بوده و تقنین در امر حسبی در مفهوم خاص صورت پذیرفته است (نمنم، ۲۰۱۲: ۱۷۱).

ب) امور حسبی در مفهوم عام: در این مفهوم، امر حسبی -در قیاس با عناوین خاص رویکرد مضیق- دامنه وسیع تری را پوشش می‌دهد و دربرگیرنده هر معروف و منکری است که از نظر شارع انجام آن اهمیت داشته و اهمال یا ترک آن روا نمی‌باشد. جهت تقریب به ذهن، حسبه در این مفهوم را می‌توان با «قاعده تعزیر» در حقوق کیفری قابل تطبیق دانست؛ زیرا تعزیر بر اساس قواعد فقهی، در چارچوب تشخیص قاضی یا حکومت اسلامی (بِمَا يَرَاهُ الْحَاكِمُ) و در خصوص نقض هر آنچه حاکم اسلامی قانون‌گذاری کند (لِكُلِّ فَعْلٍ مَحْرَمٍ)، اعمال می‌گردد. امر حسبی در مفهوم عام نیز همین گونه است؛ واکذاری هر امری که از نظر شارع انجامش واجب بوده و یا انجام کاری که ترکش لازم می‌باشد، مستوجب عکس‌العملی از سوی حاکم یا مؤمنان است؛ زیرا حاکم اسلامی متصدی رعایت حقوق مسلمانان است. اهل سنت در این راستا، برخی از تعزیرات (مانند تبعید و تشهیر) را جزء ابزارهای محتسب معرفی نموده (ابن مرشد، ۱۳۹۳: ۱۶۸-۱۷۴) و تعزیرات حسبی را شامل تعزیرات روحی (عتاب، تهدید، اعراض)، جسمی (شلاق و ضرب)، آزادی (حبس) و مالی (مصادره یا اتلاف) برشمرده‌اند (حضیری، ۱۴۲۵: ۱۵۷-۱۷۴). در کنار این موارد، مشروعیت جهاد و دفاع از مؤمنان در برابر دشمن، انجام حج از محل مال به ودیعه نهاده شده از طرف کسی که حج بر او واجب بوده ولی حج را به جا نیاورده است، و الزام مشروط‌علیه به انجام شرط از سوی حاکم (سیوری حلی، ۱۴۲۵: ۳۴۵/۱؛ موسوی خویی، ۱۴۱۰: ۳۶۶/۱؛ ابن فهد حلی، ۱۴۰۹: ۴۲۳؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۸۰/۲۷-۸۱) از جمله مواردی هستند که فقها انجام آن‌ها را «من باب الحسبه» توصیف نموده‌اند.^۱

شامل‌تر از عناوین فوق‌الذکر، قاعده معروف ولایة الحاکم (الحاکم ولی الممتنع) به طور کلی در هر وضعیتی که اشخاص قدرت برخورداری از حقوق خود را به دلیل غیبت یا استتکاف طرف مقابل از قبول تعهد از دست می‌دهند، مُجراست؛ برای مثال، فقیهان معتقدند زمانی که راهن غایب می‌گردد و مال مرهونه او نزد مرتهن برای مدت مدیدی باقی می‌ماند، حاکم از باب ولایت بر شخص غایب، مجاز به فروش یا هر گونه

۱. برای مطالعه بیشتر در مصادیق فقهی حقوق اقتصادی امور حسبی، ر.ک: صادقی، ۱۳۹۶: ۲۰۰-۱۹۹.

تصرف در عین مرهونه است (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲: ۱۹) یا در بیع خیاری، زمانی که فروشنده به دلیل اراده فسخ معامله، می‌خواهد ثمن را به مشتری پرداخت کند، اما مشتری از قبض ثمن امتناع می‌ورزد، حاکم ولایتاً ثمن را قبض و معامله را فسخ می‌کند (آل بحرالعلوم، ۱۴۰۳: ۲۵۹/۳). همچنین از نظر فقهای امامیه، زمانی که مالی از شخص معسر کشف شود، حاکم به او دستور می‌دهد که مالش را به دائن تسلیم نماید و چنانچه استنکاف ورزید، [حاکم] از باب ولایت بر ممتنع، مخیر میان فروش اموال مدیون معسر یا پرداخت دین مستقیماً از محل آن مال است (مغنیه، ۱۴۲۱: ۶۴۹/۲).

از ملاک و صریح موارد مورد اشاره معلوم می‌شود که امور حسبی صرفاً دامنه محدودی را در بر نمی‌گیرند و متناسب با تعریفی که از آنها شده، مصادیق قابل شناسایی هستند. طبعاً یکی از مواردی که می‌توان در این خصوص مورد مطالعه قرار داد، ورشکستگی است. در حقیقت، علاوه بر اینکه برخی معتقدند ماده ۱ قانون امور حسبی، از ایراد عدم مانعیت رنج می‌برد (انصاری و طاهری، ۱۳۸۴: ۴۶۰-۴۶۱)، باید گفت که این ماده در تبیین مفهوم حقوقی امر حسبی، با ایراد عدم جامعیت نیز مواجه است؛ زیرا عبارت «بدون اینکه رسیدگی به آنها متوقف بر وقوع اختلاف و منازعه بین اشخاص و اقامه دعوی از طرف آنها باشد» در این ماده، تعریف عام امور حسبی را متوقف بر وصف ترافعی بودن یا نبودن نموده است؛ در حالی که این وصف تنها بخشی از ملاک تمییز امور حسبی است.

۱-۲. ورشکستگی^۱

فارغ از اینکه عناوین فقهی و حقوقی مرتبط با عدم تأدیه دین، تحت کدام مباحث و مسائل حقوقی قرار می‌گیرند، عدم بازپرداخت دیون شخص، گاه در قالب اعسار و گاه در قالب افلاس یا ورشکستگی مورد بحث قرار می‌گیرد. از نظر فقها، اعسار حالت مدیونی است که مالی جز مستثنیات دین ندارد (موسوی خمینی، ۱۴۲۵: ۵۷/۳؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۷۸۸/۲؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶: ۳۹۶/۱۳) و این تعریفی است که ماده ۶ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی (مصوب ۱۳۹۴)^۲ آن را پذیرفته است. برخی فقها

1. Bankruptcy.

۲. ماده ۶: «معسر کسی است که به دلیل نداشتن مالی به جز مستثنیات دین، قادر به تأدیه دیون خود نباشد».

عدم امکان کسب مال را نیز از ارکان تعریف اعسار معرفی نموده‌اند (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۴۴۶/۱۳). فقیهان برای احراز افلاس، چهار شرط را اعلام نموده‌اند که عبارت‌اند از: ثبوت دیون شخص نزد حاکم، عدم کفاف دارایی نسبت به دیون، حال بودن بدهی‌ها، درخواست محجوریت مفلس از سوی غرما نزد حاکم (موسوی خمینی، ۱۴۲۵: ۳۱/۳؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۴۷۸/۲۵؛ محقق حلی، ۱۴۰۸: ۷۷/۲). بر اساس مستندات فقهی، در خصوص نسبت منطقی افلاس و اعسار دو قول وجود دارد؛ یکی قائل به تساوی و دیگری قائل به تباین است که نهایتاً تمایز و تباین این دو نهاد پذیرفته شده (عیسائی تفرشی، ۱۳۹۶: ۷۸۸-۷۸۹) و از حیث حقوقی نیز تفاوت‌های عمده میان این دو مسلّم است (ر.ک: اسکینی، ۱۳۹۴: ۱۷). بنابراین در نظام حقوقی ایران، این دو مفهوم از یکدیگر متمایز شده‌اند که به طور خلاصه باید گفت ورشکستگی، سازوکاری ویژه برای اشخاص تاجر بوده، در حالی که اعسار نهادی است که صرفاً برای غیر تاجر کاربرد دارد. به عبارت دیگر در حقوق ایران، ورشکستگی سازوکاری برای تنظیم روابط میان طلبکاران و تاجر یا شرکت‌های تجارتهی محسوب می‌شود. بر اساس ماده ۴۱۲ قانون تجارت، ورشکستگی تاجر یا شرکت تجارتهی در نتیجه توقف از تأدیه وجوهی است که او بر عهده دارد و حقوق‌دانان نیز مفاد همین ماده را به عنوان تعریف ورشکستگی برگزیده‌اند (ستوده تهرانی، ۱۳۹۱: ۱۰۹/۴؛ اسکینی، ۱۳۹۴: ۱۹ و ۲۱؛ صقری، ۱۳۸۸: ۴۵؛ عرفانی، ۱۳۸۸: ۷/۴). پس ورشکستگی در حقوق ایران، سازوکاری است که به موجب آن تاجر متوقف، در صورت توقف از تأدیه دیون محجور اعلام می‌گردد و بر این اساس، قادر به تصرف و مداخله در اموال و حقوق مالی خود نمی‌باشد. به همین دلیل، اثر و ماهیت حقوقی ورشکستگی را باید ممنوعیت تاجر از دخل و تصرف در اموال - حتی نسبت به اموالی که ممکن است بعد از صدور حکم ورشکستگی به او برسد- دانست.

با لحاظ این ضابطه در حقوق موضوعه، از نظر فقهی نیز محجور شخصی است که از تصرف در مالش ممنوع شده (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۸۴/۲) و از اشخاص ممنوع‌التصرف، مفلس (ورشکسته) می‌باشد که تحت عنوان افلاس به آن پرداخته شده است (عاملی جزینی، ۱۴۱۰: ۱۳۳). از این حیث در فقه، افلاس جزئی از شئون حاکمیت معرفی شده و حجر مفلس اعلام نمی‌گردد، مگر با احراز آن نزد حاکم (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۸۸۷/۲؛

۲-۱. رسالت حقوق ورشکستگی

در ورشکستگی، هدف از اعلام حجر تاجر، حفظ حقوق بستانکاران و جلوگیری از تصرفات مالی مضرّ به حال آنان است که از آن به عنوان حجر سوء ظنی یاد می‌شود؛ زیرا هدف، حمایت از منافع دیگران است (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۸۸۷/۲؛ سیوری حلی، ۱۴۰۳: ۳۷۶؛ صفایی و قاسمزاده، ۱۳۸۹: ۲۱۱). بر این اساس، در حالت توقف به دلیل سلب اختیار از اموال ورشکسته، در چارچوب مقررات راجع به اموال شخص -نه ناظر به مقررات راجع به اهلیت او- محدودیت‌هایی نسبت به وی اعمال می‌شود (صقری، ۱۳۸۸: ۲۵۶) که آثار حقوقی آن، داخل در عنوان منع مداخله تاجر و عبارت از ممنوعیت وی از عقد قرارداد در خصوص اموال و حقوق مالی خود، پرداخت مبالغی به طلبکاران یا اشخاص ثالث، طرفیت مدیر تصفیه به جای ورشکسته با بدهکاران و عدم امکان اقامه دعواست (اسکینی، ۱۳۹۴: ۶۷-۶۸؛ کاویانی، ۱۳۹۵: ۱۳۳-۱۳۹؛ صقری، ۱۳۸۸: ۲۵۴-۲۶۵).

آنچه در خصوص حجر تاجر ورشکسته در نظام حقوقی ایران گفته شد، نشان‌دهنده آن است که موضع حقوق ایران در خصوص ورشکستگی طلبکارمحور^۱ می‌باشد؛ زیرا اتخاذ رویکرد حفظ بنگاه نیز به تصمیم طلبکاران بستگی داشته و در راستای به حداقل رساندن زیان طلبکاران است (کاویانی، ۱۳۹۵: ۳۷). بر این اساس، حجر تاجر متوقف در سازوکار ورشکستگی تنها به یک بُعد از ابعاد حقوق ورشکستگی اشاره دارد، در حالی که تنها رسالت ورشکستگی، تضمین حقوق طلبکاران نیست، بلکه این نهاد در پی تنظیم روابط همه طرف‌های دخیل در رابطه با تاجر و فعالیت تجاری است. از این منظر، رویکرد طلبکارمحور به ورشکستگی منجر به آن خواهد شد که نظام حقوقی به هر قیمتی، سعی در استیفای حقوق از طلبکار نموده و در این راستا، تن به انحلال بنگاه اقتصادی نیز می‌دهد. این در حالی است که هدف ورشکستگی صرفاً تلاش برای استیفای حقوق دیان و کمک به انحلال بنگاه اقتصادی و تصفیه آن نیست. به همین دلیل نیز اقتصاددانان معتقدند آن نظام ورشکستگی کارآمدتر است که ارزش بیشتری را

1. Pro-Creditor.

حاصل نموده و نفعی حداکثری برای همه طرف‌های ورشکستگی (بدهکاران، بستانکاران، کارگران، نظام اقتصادی و...) نه لزوماً یک قشر خاص - تحصیل نماید (Hart, 1999: 106). برای مثال، یکی از نویسندگان معتقد است که نظام ورشکستگی در آمریکا، آمیزه‌ای از منافع سه دسته از اشخاص است: بدهکاران، طلبکاران و کارمندان. اگرچه نتیجه رقابت منافع اقشار گوناگون، همواره در تاریخ حقوق ورشکستگی آمریکا یکسان نبوده است، اما سیر تحول و تکوین حقوق ورشکستگی آمریکا، انگیزه‌های فراوانی را برای بدهکاران شخصی و شرکتی در حقوق تجارت فراهم نموده است که دیدگاه مذکور نشان‌دهنده رویکرد بنگاه‌محور یا بدهکار‌محور^۱ در حقوق ورشکستگی آمریکاست (Zywicki, 2003: 202).

در مجموع باید گفت که در بحث ورشکستگی، اگرچه منافع طلبکاران اهمیت فراوانی دارد و اعلام حجر ورشکسته نیز با همین مقصود صورت می‌پذیرد، اما کارکرد حقوقی ورشکستگی، صرفاً منع مداخله تاجر در اموال خود نیست؛ بلکه ورشکستگی مجموعه‌ای از بایسته‌ها و رهنمودهاست که در پی تنظیم روابط طلبکاران با تاجر است، که حجر تاجر صرفاً یکی از ابعاد آن می‌باشد. لذا توانمندسازی و بازسازی بنگاه اقتصادی از اهداف دیگر حقوق ورشکستگی است (Schwartz, 2017: 1) که غیر از مواردی محدود، کمتر مورد توجه ساختار حقوقی ایران قرار گرفته است. به عبارت دقیق‌تر، موضوع حقوق ورشکستگی، قواعد حاکم بر پدیده ناتوانی از تأدیه دین است و طبعاً هدف آن باید تقلیل و توزیع بهینه زیان‌های ناشی از ناتوانی میان بدهکار، طلبکاران و دیگر طرف‌های متأثر از این واقعه باشد (کاپیانی، ۱۳۹۵: ۱۴). لذا پس از احیاء و بازسازی موقعیت متوقف، اعلام ورشکستگی، آخرین مرحله و حربه مورد تمسک در حقوق ورشکستگی قلمداد می‌شود.

۳-۱. تعمیم امر حسی به ورشکستگی

به رغم ملاک و مفهوم عام امور حسی در منابع فقهی، شمولیت ورشکستگی ذیل امور حسی چندان بدیهی محسوب نشده و در خصوص امکان تعریف امر حسی بر

1. Pro-debtor.

ورشکستگی، دو رویکرد قابل طرح است. از یک دیدگاه می‌توان ورشکستگی را از مصادیق و شئون حسبه و امور حسبی دانست. این رویکرد در عین اتکا به مفهوم عام از امور حسبی، مبتنی بر کارکردها و کارایی ناشی از نظارت عام در این قالب فقهی نیز می‌باشد. در مقابل، دیدگاهی است که متناسب با مفهوم ورشکستگی در حقوق تجارت، تعریف مضیق از امور حسبی در قانون معنون و تحدید امر حسبی (در نقطه مقابل امر ترافیعی)، مسئله مورد بحث را محدود به عناوین پذیرفته شده در قوانین مربوطه می‌داند. بر این اساس، همان گونه که در بند نخست بیان شد، امور حسبی مسائلی هستند که شارع راضی به فرو گذاردن آنها نمی‌باشد. پس نه تنها ورشکستگی، بلکه نظارت بر کلیه هنجارهای اقتصادی را می‌توان از مصادیق حسبه محسوب کرد (صادقی، ۱۳۹۶: ۱۹۱). طبعاً با توجه به موضوعیت ورشکستگی در فعالیت‌های تجاری و اقتصادی و فارغ از تحدید آن در معنای قانونی به عنوان نهادی مختص به تاجر، این نهاد (ورشکستگی) را می‌توان از اجزای فعالیت اقتصادی مدنظر قرار داده و از مجرای ضوابط حسبه تبیین نمود. با این حال، بخشی از حساسیت‌های موجود در حوزه ورشکستگی و قواعد اختصاصی آن سبب می‌گردد تا برخی دخالت از طریق حسبه به حوزه ورشکستگی را پذیرفته و آن را با اهداف ورشکستگی متعارض بدانند. در ادامه، به ادله ایجابی و سلبی شمولیت ورشکستگی ذیل امور حسبی خواهیم پرداخت.

۱-۳-۱. رویکرد سلبی به شمولیت ورشکستگی ذیل امور حسبی

نسبت به پذیرش قابلیت شمول حسبه در امر ورشکستگی، ابهاماتی مطرح است که صلاحیت آن در این خصوص را دشوار می‌نماید. این چالش‌ها و ابهامات عبارت‌اند از:

۱. قانون‌گذار در مقام تقنین امور حسبی، نامی از ورشکستگی نیاورده است و طبعاً عدم ذکر ورشکستگی در قانون، مؤید خروج این نهاد - دست کم از نظر قانونی - از امور حسبیه است. در واقع هیچ نص قانونی مبنی بر پذیرفته شدن ورشکستگی به عنوان امر حسبی وجود ندارد و چون قانون به عنوان مهم‌ترین منبع حقوقی، ساکت بوده و ورشکستگی در قانون تجارت و اداره تصفیه به طور مجزا مورد بحث و بررسی قرار گرفته است، پس اراده قانون‌گذار بر آن بوده که ورشکستگی را در زمره امور حسبی

محسوب ندارد؛ زیرا قانون امور حسبی مؤخر بر تصویب قانون تجارت است و اگر بنا بر چنین مسئله‌ای بود، صراحتاً آن را بیان می‌کرد و سکوت قانون در مقام بیان، دلالت بر عدم اراده قانون‌گذار دارد.

۲. با اعلام ورشکستگی به عنوان امر حسبی باید گفت که در موارد گوناگونی، قواعد حاکم بر امور ترافعی در خصوص ورشکستگی مُجراً نخواهد بود؛ برای مثال، از مذاقه در مواد ۳۲، ۱۵۵ و ۳۶۰ قانون امور حسبی برمی‌آید که تقدیم درخواست برای رسیدگی به امور حسبی کفایت می‌کند و تنظیم دادخواست لازم نیست و روشن است که درخواست، مستلزم ارائه در قالب خاص و معینی نمی‌باشد و به هر کیفیتی که باشد، قابلیت رسیدگی دارد. این در حالی است که ورشکستگی، جزء نهادهای مهم و حساس بوده و لازم است که جزئیات اصحاب دعوی، ادله مثبت و سایر شرایط حاکم بر یک دعوای ترافعی وجود داشته باشد. پس شمول ورشکستگی ذیل امر حسبی، موجب عدم دقت کافی در رسیدگی به آن خواهد شد و به دلیل مبسوط شدن وضعیت رسیدگی به امور تجاری، ابتکار عمل را سلب می‌نماید. همچنین بر اساس ماده ۲۷ قانون امور حسبی، غیر از موارد مصرح، کلیه امور حسبی غیر قابل تجدیدنظرخواهی و غیر قابل فرجام محسوب می‌شوند و ورشکستگی نیز تحت آن عموم قرار گرفته است. با حسبی قلمداد نمودن ورشکستگی، حقوق اعتراضی ورشکسته و ذی‌نفعان مربوطه، به کلی از بین می‌رود و این امر منافی با حقوق ورشکسته و خلاف اصل است. قواعد شکلی نظیر قاعده فراغ دادرسی و رسیدگی در محدوده خواسته نیز در امور حسبی اصولاً رعایت نمی‌گردد که اعمال آن در ورشکستگی غیر قابل توجیه است و به طور خلاصه، آیین دادرسی دعوای ورشکستگی، تاب حسبی شدن این دعوی را ندارد.

۳. حتی با فرض تنوع بازار و گوناگونی روش‌های کسب و کار نمی‌توان این تنوع را موجب ناتوانی نظام کنونی ورشکستگی دانست و حربه را جبران‌کننده ضعف‌های آن برشمرد؛ زیرا کارکردهای حربه (به عنوان ناظر) در حال حاضر نیز حسب مورد در قالب نهادهای حقوقی وجود دارد. در واقع بسیاری از نهادهای حقوقی و قانونی با توجه به اقتضائات فعالیت اقتصادی، در راستای اهداف حقوق ورشکستگی فعالیت دارند و نهادها و ناظران مختلف، چنین رسالتی را بر دوش دارند. از همین رو، چون به استناد

ماده ۲ قانون امور حسبی، «رسیدگی به امور حسبی تابع مقررات این باب می‌باشد مگر آنکه خلاف آن مقرر شده باشد»، جمع میان مقررات ورشکستگی و امور حسبی دشوار است.

۴. مهم‌ترین نگرانی در مورد ورود نهاد عمومی به حوزه ورشکستگی، بیم بروز رفتارهای ناقض رقابت در بازار و دخالت نابه‌جای مقامات عمومی است. بر این اساس، یکی از چالش‌های دیگر حسبه، که نهادی عمومی در حقوق اسلامی است، تأثیر و سلطه آن بر حاکمیت حقوق خصوصی، تحدید نهادهای حقوق خصوصی و توسعه دخالت حقوق عمومی در آن خواهد بود. به عبارت دیگر، قائل بودن صلاحیت عام برای یک نهاد عمومی ممکن است عملاً دامنه دخالت در حوزه خصوصی را تعمیم بخشیده و عرصه را برای فعالیت ابزارها و نهادهای خصوصی تنگ نماید.

۱-۳-۲. رویکرد ایجابی به شمولیت ورشکستگی ذیل امور حسبی

۱. اولین دلیلی که مؤید شمولیت ورشکستگی ذیل امور حسبی می‌شود، اطلاق ادله و مفهوم امور حسبی است. در واقع همان‌طور که در مفهوم عام امور حسبی یاد شد، امر حسبی هر امری است که شارع راضی به اهمال آن نبوده و از جمله آن‌ها رقابت و تجارت و تبعاً ورشکستگی و توقف است. همچنین مقتضای مفهوم عام امور حسبی، مصادیق متعددی را در بر می‌گیرد و از این جهت الزاماً قابل احصاء و تقیید نمی‌باشد. پس چون برای آن ملاکی مطلق عنوان شده، روشن است که تعیین مصادیق باید متناسب با مفهوم و شرایط صورت پذیرد. به عبارت دیگر در مانحن‌فیه باید منطبق بر مفهوم معنون، مصادیق را شناسایی نمود، نه با تأسی از مصادیق، مفهوم را محدود نمود. بر این اساس، ایراد حصر امور حسبی به موارد مقرر در قانون پذیرفتنی نیست؛ بلکه این ایراد بر قانون وارد است که جامعیت و مانعیت در مفهوم امور حسبی را پوشش نداده است.

۲. اینکه بر اساس ایراد دوم در رویکرد سلبی به شمولیت ورشکستگی ذیل امور حسبی تشریفات دادرسی ورشکستگی تحت‌الشعاع شرایط رسیدگی می‌شود، نه به اقتضای ذات امر حسبی، بلکه به دلیل رویکرد ناتمام قانون‌گذار در ارائه تعریفی کامل

است؛ زیرا قوام امور حسبی به عدم اهمال موضوع است، نه در تشریفات رسیدگی. بنابراین ایراد مزبور ناظر به بنیان امور حسبی نبوده و تنها شرایط شکلی و قانونی را هدف قرار می‌دهد. لذا نمی‌توان به این دلیل، شمولیت ورشکستگی ذیل امور حسبی را نفی نمود؛ چرا که این استدلال اخص از مدعاست و منشأ آن نیز جامع و مانع بودن ملاک اعلام شده در قانون امور حسبی می‌باشد. بنابراین سلب قابلیت اعتراض یا رسیدگی مجدد به استناد مقررهای قانونی نمی‌تواند مستند مبنایی بر رد حسبی بودن ورشکستگی باشد؛ چرا که مقرر مزبور مقوله‌ای شکلی است، در حالی که رسیدگی به ورشکستگی امری ماهوی یا مخلوطی از ضوابط شکلی - ماهوی می‌باشد. از این حیث، با رفع ایراد جامعیت و مانعیت در تعریف امور حسبی، طبیعتاً ضوابط فرعی و عملیاتی نیز مرتفع خواهد شد.

۳. نوع ورود مقررات در امور ورشکستگی و ضرورت مراجعه تاجر متوقف به محکمه یا نهادی دولتی جهت تسلیم مدارک توقف، نشان‌دهنده آن است که رسیدگی به امور تجار و طلبکارانش بر خلاف توافقات حقوقی مدنی، مستلزم سازوکار و تشریفات خاص عمومی و غیر منحصراً به روابط خصوصی است. در واقع به رغم آنکه موضوع بحث ورشکستگی و تجارت، یک مفهوم داخل در حقوق خصوصی می‌باشد، اما اهمیت موضوع و تعیین تکلیف آن به اندازه‌ای است که دادگاه یا اداره دولتی و همچنین مقام عمومی باید در فرایند تصفیه، معاملات و عملیات ورشکسته از ابتدا تا انتها حضور و نظارت داشته باشد. از سوی دیگر، یکی از مهم‌ترین ادله شمول ورشکستگی ذیل امر حسبی، اختیار مقام عمومی در مدیریت ورشکستگی است. در حقیقت، ورشکستگی متضرر عمومی هم دارد و از این باب است که دادستانی جهت دفع ضرر از جامعه و جبران آسیب‌های عمومی ناشی از ورشکستگی به عنوان یک ذی‌نفع می‌تواند متقاضی صدور حکم ورشکستگی باشد. از سوی دیگر، از جمع ماده ۱۰۴ قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲) و مواد ۶۷۰ و ۶۷۱ کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۷۵) تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده، جرایم ورشکستگی به تقلب و تقصیر، جزء جرایم غیر قابل گذشت است و حتی گذشت شاکه، موجب مختومه شدن پرونده و صدور قرار موقوفی تعقیب نمی‌گردد که این امر

بیانگر اهمیت عمومی مسائل مربوط به حوزه ورشکستگی است. از دیگر مؤیدات «عمومی» دانسته شدن ورشکستگی در ادبیات تقنینی، مخالفت قانون‌گذار با ارجاع پرونده‌های ورشکستگی به داوری است. طبق تصریح ماده ۴۹۶ قانون آیین دادرسی مدنی، دعاوی ورشکستگی امکان ارجاع به داوری را ندارند؛ زیرا ورشکستگی دارای چنان سطحی از اهمیت است که قانون‌گذار همانند موضوع مهمی مانند نکاح و طلاق، آن را به دلیل تأثیرش در نظم عمومی و نیز ارتباط با حقوق عامه، از داوری‌پذیری خارج نموده است.

۴. در تکمیل بند اخیر و تشریح عدم انحصار و اختصاص مقوله ورشکستگی به ضوابط حقوق خصوصی، اشاره به این ویژگی ضروری است که در هر حال مقتضای مدیریت این بحران، داخل در قواعد و عناوین حقوق عمومی اقتصادی نیز هست و نمی‌تواند فارغ یا منصرف از آن قلمداد شود؛ زیرا به دلیل عدم کفایت ضوابط حقوق خصوصی در پاسخ‌گویی به همه نیازهای اقتصادی، در حقوق ورشکستگی نیز لاجرم باید برای تقویت ابزارهای حمایتی و حقوقی، به ضوابط حقوق عمومی اقتصادی تمسک نمود؛ زیرا روابط خصوصی در بازار به خودی خود نمی‌تواند با چنین مسائلی مقابله نماید. لذا لازم است که اقدامات و حمایت‌های عمومی را به یاری طلبد (باقری، ۱۳۸۵: ۶۰ و ۶۴-۶۵). از این منظر، ایراد تحدید نهادهای حقوق خصوصی و توسعه دخالت حقوق عمومی به تبع تبعیت ورشکستگی از امور حسبی، از این حیث مردود می‌نماید که اولاً، دامنه پیگیری و مدیریت امر ورشکستگی را نمی‌توان محدود به حقوق خصوصی دانست و به فراخور توسعه اطراف و مسائل آن به حوزه‌های عمومی و اقتصادی، لاجرم دخالت مقامات عمومی متصور است. ثانیاً، در فرض عدم ورود حسب به ورشکستگی نیز دخالت مقامات عمومی و حاکمیت در این بحران مسلم بوده و یکی از شئون و شقوق رسیدگی به ورشکستگی در حقوق عرفی، نقش مدعی‌العموم و حاکم می‌باشد.

۵. دلیل مثبت دیگر برای حضور و ایفای نقش حسب در امر ورشکستگی، تکالیفی است که نهاد حسب ذاتاً بر عهده دارد. با پذیرش این اصل، به فراخور مفهوم و ماهیت حسب، گستره عملکرد آن نیز بر اساس مقتضیات زمان و دامنه مفهومی بازار متغیر

می‌نماید؛ برای نمونه در حوزه اقتصادی، بدیهی است زمانی که بازار به دست‌فروشی و دکان‌داری محدود می‌شده، حوزه نظارتی حسبه در بازار مفهومی مضیق داشته است و صرفاً اموری نظیر تلقی‌الربکان، احتکار، گران‌فروشی و... را در بر می‌گرفته و با ساختارهای بازار صدر اسلام مطابقت داشته است (شیزری، ۱۴۰۱: ۱۱). با روزآمدسازی مسائل فقهی و حقوقی در پی تحولات اقتصادی و مدرن شدن بازار باید گفت که حوزه نظارتی حسبه در اقتصاد نیز دامنه بیشتری را در بر می‌گیرد. ضمن اینکه در صدر اسلام شخصیت حقوقی در گستره‌ای محدود (همچون موقوفات و ماترک) مصداق یافته بود (صفا، ۱۳۹۰: ۷۷)؛ اما اشخاص تجاری و از جمله شرکت‌ها موضوعیت و ورودی نداشته است. با شکل‌گیری شرکت‌ها و اشخاص حقوقی و پیدایش نهاد ورشکستگی، بالطبع حوزه تکالیف نهاد حسبه نیز به موازات گسترش یافته و حسب مورد تغییر نموده است. لذا این تغییرات به معنای نفی نقش امور حسبی در این زمینه نیست؛ زیرا این گستردگی در مصادیق و مسائل بوده و تأثیری بر اصل نظارت حاکم ندارد. در حقیقت ساختارهای تأسیس، اداره و انحلال اشخاص جدید و ساختار متفاوت نظارت بر آن‌ها موجب می‌گردد که کارکردهای عام حسبه بتواند در همه مراحل مدیریت بحران ورشکستگی ایفای نقش نموده و فراتر از حوزه خصوصی، آن را در چارچوب عمومی رصد نماید. از این منظر، علاوه بر جنبه‌های عمومی راجع به ورشکستگی، حسبه در زمینه خصوصی نیز صلاحیت ورود دارد. در حقیقت اقدام در هر دو حوزه خصوصی و عمومی از عناصر و لوازم حسبه محسوب می‌شود که یکی از مبانی اعمال حسبه از این بُعد، صیانت از اموال در برابر ضایع شدن است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۵: ۲/۲۸۲-۲۸۳). با مذاقه در این مبنا باید گفت که هم از نظر عمومی و هم خصوصی، حق غرمای ورشکسته بر اموال وی، مستلزم سازوکاری جهت جلوگیری از تضییع حقوق مالی است که نهاد حسبه ابزارهای آن را در اختیار دارد.

۶. در نهایت، به عنوان پاسخ به دلایل رد شمولیت ورشکستگی ذیل امور حسبی باید اذعان نمود که اولاً، به رغم عدم اشاره مقنن نسبت به ورشکستگی به عنوان امری حسبی، این عنوان از عمومات و خصوصیات مقررات قابل توجیه و اصطیاد است. ثانیاً، اینکه امور حسبی از تشریفات خاص با کیفیات مقرر در قانون راجع به امور ترافعی

تمتایز است، نه تنها دلالت بر فراغت آن از حساسیت‌ها و اهمیت حقوقی و قانونی ندارد، بلکه از جهت اهمیت وافر آن است. در واقع چون هدف امور حسبی، تأمین مصالح و برقراری نظم عمومی است، از تشریفات و شرایط امور ترافعی جدا شده و ماهیت اختصاصی و منحصر به فرد گرفته است. لذا این ویژگی نباید به معنای عدول از موازین حقوقی تلقی گردد. وانگهی، به دلیل وجاهت دوسویه خصوصی - عمومی امور حسبی، هم امکان رسیدگی به طریق ترافعی برای آن میسر است و هم رسیدگی به طریق غیر ترافعی. پس چنین امری بیانگر ویژه بودن مسئله است نه بی‌اهمیت دانستن و افسارگسیختگی ضوابط آن. ثالثاً، استناد به نهادهای حقوق عرفی برای عدم کارایی ورشکستگی به عنوان امری حسبی، به دلیل ابتدای نظام حقوقی کشور بر مبانی اسلامی و وجود قانون و مقررات مختلف در باب امور حسبی فاقد وجاهت می‌باشد. ضمن اینکه تفاوت در مقررات امور حسبی و ورشکستگی نمی‌تواند نافی اصل تعلق ورشکستگی به امور حسبی باشد؛ زیرا هر کدام از مصادیق امور حسبی در عین تبعیت از عموماًت حسبه، حسب مورد واجد ضوابط خاص نیز می‌باشد. لذا طبیعی است که ورشکستگی از احکام اختصاصی تبعیت نماید. در هر حال به شرحی که بیان گردید، امور حسبی در مقررات فعلی، قسمتی از شئون حسبه است (همو، ۱۳۹۱: ۲/۲۸۰) و این مقررات را نمی‌توان جامع مصادیق و عناوین آن دانست. رابعاً، قائل شدن به توسعه دامنه دخالت حکومت در امور خصوصی نیز مردود است؛ زیرا اشاره شد که هدف امور حسبی، تأمین مصالح عمومی و برقراری نظم حقوقی - اجتماعی است. لذا دخالت مقام عمومی در آن نه تنها نافی مطالبه و اجرای خصوصی نیست، بلکه حقوق خصوصی در پرتو تحقق و حمایت از ابعاد عمومی و اقتصادی پوشش داده می‌شود.

۳-۳-۱. تحلیل شمولیت ورشکستگی ذیل امور حسبی از منظر قوانین ایران
با امعان نظر به مباحث بند سابق، در پاسخ به این پرسش که آیا رسیدگی به ورشکستگی، نزاعی است که در شمول دعاوی ترافعی و مدنی قرار می‌گیرد یا ذیل امر حسبی؟ اشاره قوانین کشورمان را باید بر ترافعی بودن دعاوی ورشکستگی محسوب کرد. در عین حال، ملاک راجع به مفهوم امور حسبی، جنبه حسبی بودن این امر را نیز

تقویت می‌کند؛ یعنی حتی از منظر ملاک ماده ۱ قانون امور حسبی نیز می‌توان ورشکستگی را از مصادیق امور حسبی برشمرد؛ زیرا اولاً، امور حسبی اصولاً مربوط به امور خصوصی است، ولی مداخله عمومی برای رسیدگی به آن امور، منوط و محدود به درخواست اشخاص خصوصی نیست. ثانیاً، هدف اصلی امور حسبی رفع نزاع نیست، بلکه تأمین مصالح یا برقراری نظم حقوقی جامعه است. ثالثاً، به ملاک تعریف ماده ۱، موارد مقرر در قانون امور حسبی حصری نبوده و تمثیلی هستند.

در هر حال، مقررات راجع به حقوق دادرسی، این امکان را با صراحت بیشتری احراز می‌نماید؛ زیرا رسیدگی به دعوی (از حیث ترافعی) منوط به دادخواست یکی از طرفین نزاع است، یعنی رسیدگی به موضوع بدون خواست یکی از متنازعين امکان‌پذیر نیست. ضمن آنکه رسیدگی در حدود خواسته و در حیطه ادله ابرازی صورت می‌گیرد. در واقع در دعوی مدنی، قاعده منع تحصیل دلیل و اصل نسبیت دعوی (اثر نسبی دعوی و تحدید آن به طرفین) حاکم است. همچنین طی تشریفات خاص با کیفیات مقرر در قانون نیز الزامی می‌باشد. اما در امور حسبی، رسیدگی به موضوع منوط به تقدیم دادخواست و طی تشریفات پیچیده نیست و صرف درخواست کفایت می‌کند.^۱ لذا علاوه بر اینکه فراتر از حدود خواسته و دلیل ابرازی، امکان رسیدگی وجود دارد، تحصیل دلیل نیز مجرا بوده^۲ و فراغ دادرس وارد نمی‌باشد.^۳ همچنین اثر حکم نسبی نیست و مطلق خواهد بود (یعنی حکم صادره نسبت به همه اشخاص موضوعیت و قابلیت استناد دارد).

۱. ماده ۱۳ قانون امور حسبی در این خصوص اشعار می‌دارد: «درخواست در امور حسبی ممکن است کتبی یا زبانی باشد. درخواست زبانی در صورت مجلس نوشته شده و به امضاء درخواست کننده می‌رسد».
۲. مطابق ماده ۱۴ قانون امور حسبی: «در امور حسبی، دادرس باید هر گونه بازجویی و اقدامی که برای اثبات قضیه لازم است، به عمل آورد، هر چند درخواستی از دادرس نسبت به آن اقدام نشده باشد و در تمام مواقع رسیدگی می‌تواند دلایلی که مورد استناد واقع می‌شود، قبول نماید».
۳. البته به اعتقاد برخی حقوق دانان، به استناد ماده ۴۰ قانون امور حسبی که اشعار می‌دارد: «هر گاه دادگاه رأساً یا بر حسب تذکر به خطای تصمیم خود برخورد، در صورتی که آن تصمیم قابل پژوهش نباشد، می‌تواند آن را تغییر دهد»، آن دسته از اعمال حسبی که در قالب تصمیم به مفهوم اخص و یا طبق معمول محاکم، قرار صادر می‌شوند، اعتبار امر قضاوت شده را ندارند و قاعده فراغ دادرس نیز شامل آن‌ها نمی‌شود (شمس، ۱۳۸۳: ۲۸۲/۲).

در مجموع، از لحاظ امور ترفعی نیز می‌توان ورشکستگی را داخل در امور حسبی دانست و نقش حسبه در مدیریت این پدیده را توجیه نمود. اجرای این امر نیز به این قرار خواهد بود که اگر خود تاجر یا مقام عمومی (دادستان)، متقاضی رسیدگی به ورشکستگی باشد، دادگاه به امر حسبی رسیدگی می‌کند؛ ولی اگر درخواست رسیدگی توسط بستانکاران ارائه شود، دادگاه اصولاً از جهت ذی‌نفعی و به نحو ترفعی به دعوای ورشکستگی رسیدگی خواهد نمود. لذا منطقاً ورشکستگی خارج از امور حسبی نیست و مقتضای دخول آن در حسبه وجود دارد.

علاوه بر موارد فوق در رابطه با احراز ورشکستگی، به عنوانی مصداقی از امور حسبی، در ادامه برخی از عناوین قانونی و ضوابط حقوقی را که می‌توانند شاهد مثالی بر حسبی بودن مقوله ورشکستگی باشند، مورد اشاره قرار می‌دهیم:

۱. به موجب رأی وحدت رویه ۱۷۹۸ مورخ ۱۳۳۱/۱۱/۱۶ هیئت عمومی دیوان عالی کشور، چنانچه متوفی وارثی نداشته باشد، حتی در صورتی که بازرگان باشد، بدون نیاز به صدور حکم ورشکستگی و تشریفات تصفیه، دادگاه مدیر ترکه را تعیین خواهد نمود. تعیین مدیر ترکه برای بازرگانی متوقف قبل از صدور حکم ورشکستگی، قرینه مهمی بر شمول آن در امور حسبی است. به عبارت دیگر، عدم ضرورت صدور حکم ورشکستگی برای اداره امور ترکه بازرگان متوفای متوقف، دلالت بر آن دارد که اموال بازرگان متوقف، رأساً از سوی حاکم قابل اداره و تصفیه است و صدور رأی مذکور که در حکم قانون می‌باشد، با تصریح بر امکان اداره اموال بازرگان توسط حاکم، اماره قابل اطمینانی بر قبول شمولیت ورشکستگی ذیل امور حسبی است.

۲. اگرچه صرف اجرای فوری حکم، دلالت بر حسبی بودن موضوع ندارد، اما فوریت اجرای حکم ورشکستگی، قرینه دیگری بر حسبی بودن و عدم رضایت مقنن در تعلل نسبت به آن است؛ زیرا همان گونه که امور حسبی از حیث موعد و تشریفات رسیدگی، اتخاذ تصمیم و... ملازم با نوعی «تسریع در اجرای مدعا» می‌باشند، ورشکستگی نیز برخوردار از این امتیاز بوده و لذا اشتراک عنصر اجرای فوری در سایر امور حسبی و نهاد ورشکستگی از مواردی است که پیوند وثیق میان ورشکستگی و امور

حسبی را نمایان می‌سازد.

۳. از حیث مقررات حقوق کار نیز به دلالت تبصره ۱ ماده ۱۳ قانون کار و ماده ۲۲۶ امور حسبی، حقوق کارگران و خدمه جزء مطالبات ممتازه محسوب می‌گردد. در این زمینه، ویژگی آسیب‌پذیری و محدودیت‌های جامعه کارگری موجب گردیده تا قانون‌گذار با حمایت ویژه از این قشر، مانع از تضییع حقوق و مطالبات ایشان گردد و ممتازه تلقی نمودن حقوق مالی ایشان نسبت به سایر بستانکاران، قرینه توجه قانون‌گذار به این اشخاص می‌باشد. بدیهی است که هدف قانون‌گذار در این مواد، تسریع احقاق حق کارگر و عدم اطاله در اجرای حکم به سود کارگر است که این ملاک در خصوص ورشکستگی نیز مجراست. از این حیث و با لحاظ اینکه قانون کار دارای پشتوانه موازین حقوق عمومی است، مبرهن است که این حمایت از مجرای ممتازه قلمداد کردن دیون کارگر در مقایسه با رابطه نابرابر کارفرما - کارگر، امری اجتناب‌ناپذیر بوده و در راستای مدیریت عمومی روابط خصوصی می‌باشد.

۴. در تکمیل و تقویت مفاد بند سابق در رابطه با ممتازه بودن دیون کارگر، ماده ۵۸ قانون اداره تصفیه امور ورشکستگی، به صراحت تکلیف کارگران ورشکسته را بدین نحو روشن نموده است:

«... طلب‌هایی که دارای وثیقه نیست و همچنین باقی‌مانده طلب‌هایی که دارای وثیقه بوده و تمام آن از فروش وثیقه پرداخت نشده، به ترتیب طبقات زیر بر یکدیگر مقدم‌اند و در تقسیم‌نامه حاصل فروش اموال متوقف، این تقدم رعایت و قید می‌شود. طبقه اول: الف- حقوق خدمه خانه برای مدت سال آخر قبل از توقف. ب- حقوق خدمتگزاران بنگاه ورشکسته برای مدت شش ماه قبل از توقف. ج- دستمزد کارگرانی که روزانه یا هفتگی مزد می‌گیرند، برای مدت سه ماه قبل از توقف».

مداقه در این ماده و طبقات آتی مقرر در آن، بیانگر این است که طلب کارگر از کارفرمای ورشکسته، بر طلب زوجه ورشکسته نسبت به همسر او تقدم دارد که در جای خود دال بر اهمیت و امتیاز طلب کارگر نسبت به کارفرماست و مؤید حکومت ضوابط عمومی و اقتصادی بر روابط خصوصی است که به جهات مورد اشاره «حسبی بودن» مقوله مدّ نظر را متبادر می‌سازد.

۵. موضوع مهم دیگری که در این خصوص می‌توان مورد توجه قرار داد، ورشکستگی بانک‌ها و مؤسسات اعتباری است. در این راستا، دولت‌ها و مقامات عمومی تلاش می‌کنند به روش‌ها و اسلوب‌های مختلف، مانع تحقق ورشکستگی بانک‌ها شوند؛ از جمله، به جای اینکه در موقعیت توقف، دیون بانک (به مثابه یک شرکت سهامی) موجب توقف و ورشکستگی گردد، بانک مرکزی - به عنوان نهاد مقررات‌گذار و ناظر سیستم بانکی - از طریق استقراض یا تزریق نقدینگی، وضعیت را به صورت غیر واقعی و حتی در بسیاری از مواقع بدون پشتوانه مالی و ارزی، از ورشکستگی به حالت پایدار مبدل می‌سازد؛ به نحوی که مدیونیت بانک به مشتریان، تبدیل به مدیونیت بانک به دولت می‌گردد. به بیان دیگر، تلاش دولت برای سرپا نگهداشتن بانک‌ها، با لحاظ رویکرد اقتصادی و اجتماعی به منظور پیشگیری از ریسک سیستماتیک، برای اداره امور متوقف توسط مراجع حاکمیتی و تغییر وضعیت از ورشکستگی (در معنای خاص) به بازسازی، احیاء و تصفیه است. این اراده دولت و حاکمیت جهت کمک‌رسانی، تلاش برای اقدام اصلاحی و ارفاق به بنگاه‌های بزرگ متوقف اقتصادی، دلالت بر نقش حاکمیت در امور کلان اقتصادی دارد. از این حیث، این قبیل اقدامات از سوی دولت‌ها فارغ از مؤلفه‌های حسبی نبوده و کاملاً با آن همسو می‌باشد. البته بحث پیش‌گفته و مصادیق آن، منحصر در نظام بانکی نیست و حمایت دولت از بنگاه‌های اقتصادی و تلاش جهت عدم ورشکستگی شرکت‌ها و بنگاه‌های مادر در همه حوزه‌های اقتصادی قابل توجه است. بدیهی است که تلاش حاکمیت و مقامات عمومی بالادستی در پیشگیری از ورشکستگی و تمشیت امور بازرگانی متوقف، جز جایگاه حسبه و احتساب، عنوان دیگری ندارد و شاخصه‌های امور حسبی بر آن مسلّم می‌باشد.

۲. اثر مدیریت بحران ورشکستگی از طریق حسبه

در این مقال با امعان نظر به مبنای توجیهی شمولیت ورشکستگی ذیل امور حسبی، اثر مدیریت بحران ورشکستگی از این طریق را بررسی می‌کنیم.

۱-۲. محدوده و مصادیق

توقف تاجر یا بنگاه اقتصادی حسب وسعت فعالیت، اختلال‌هایی را در بازار ایجاد می‌کند که ممکن است به نظام عمومی اقتصادی نیز سرایت نموده و اصطلاحاً موجب ریسک سیستماتیک گردد. لذا مقصود از محدوده و مصادیق رسیدگی به ورشکستگی از طریق حسبه، تبیین سازوکارهایی است که ورشکستگی از طریق این نهاد قابل اعلام و رسیدگی باشد.

در نظام حقوقی ایران، بر اساس ماده ۴۱۵ قانون تجارت، ورشکستگی تاجر منحصراً وفق درخواست یکی از اشخاص مقرر (تاجر، یک یا چند شخص از طلبکارها و نیز دادستان) توسط دادگاه محقق می‌گردد. در موارد سه‌گانه اعلامی در قانون، دادستان جایگاهی است که قابلیت تطبیق با مفهوم حسبه را دارد. در کنار این، علاوه بر ابزارهای حقوق اقتصادی، از منابع رسیدگی به ورشکستگی از طریق حسبه، استفاده از ظرفیت‌های حقوق مدنی است. در این خصوص، قانون‌گذار در ماده ۷۵۲ قانون مدنی تصریح می‌دارد:

«صلح ممکن است یا در مورد رفع تنازع موجود و یا در جلوگیری از تنازع احتمالی در مورد معامله و غیر آن واقع شود».

لذا یکی از این ظرفیت‌ها نهاد صلح است. از آنجا که ورشکستگی از نهادهای خطیر تلقی شده و با حقوق بستانکاران و حقوق عامه در ارتباط است، زمینه‌های مشترک عمومی - خصوصی حسبه و تقارن آن با کارکردهای صلح چنین است که کارآمدی قابلیت‌های حسبه را ارتقا داده و ابزار مناسبی برای پیشگیری از ورشکستگی و مدیریت این بحران است. به عبارت دیگر، تقارن جنبه عمومی و خصوصی مورد اشاره در حسبه، ابعاد وسیعی از ابزارهای حقوقی را برای مدیریت بحران ورشکستگی به خدمت گرفته تا به طریق بهتری بتوان بحران مورد بحث را مدیریت نمود. این قابلیت، محدود به رسیدگی و فیصله بحران نبوده و حسب مورد، تلاش برای بقای بنگاه تجاری را نیز در بر خواهد داشت. این بحث را در بند پیش روی به تفصیل بیان خواهیم نمود.

۲-۲. بازسازی و احیای متوقف از تأدیه دیون

در نظام حقوقی ایران، توقف تاجر از تأدیه دیون، شناسه اصلی ورشکستگی محسوب می‌شود. نتیجه این ضابطه آن است که در صورت اعلام ورشکستگی تاجر توسط دادگاه و تعیین مدیر تصفیه و عضو ناظر، بلافاصله و طبق شرایط مقرر قانونی، عملیات رسیدگی به ورشکستگی توسط مدیر تصفیه آغاز شده و تا ختم عملیات و تأدیه دیون بستانکاران ادامه می‌یابد.

با توضیحات مذکور روشن می‌گردد که فرایند رسیدگی به ورشکستگی در نظام حقوقی ایران مانند جاده‌ای یک‌طرفه بوده و اصولاً گزینه دیگری جز تمکین به سازوکار انحلال برای شخص متوقف وجود ندارد. حتی نهاد «قرارداد ارفاقی» هم که به نوعی ایجاد امتیاز برای شخص ورشکسته در راستای تأدیه بهتر دیون اوست، منوط به موافقت بستانکاران، رعایت کلیه تشریفات و تصدیق دادگاه بوده و در صورت موفقیت تاجر به تأدیه کلیه دیون، اعاده اعتبار حاصل شده و از تاجر رفع حجر به عمل می‌آید. بنابراین تنها در این صورت، تاجر مانند سابق قادر به فعالیت تجاری خواهد بود. این در حالی است که سازوکار کنونی قانون تجارت، در شرایط بحران اقتصادی ناشی از ورشکستگی، نتیجه مطلوبی عاید فعالان اقتصادی نمی‌کند؛ زیرا غالباً به تعطیلی بنگاه تجاری منجر شده و عملاً فرصت احیاء را از دست می‌دهد. لذا به نظر می‌رسد در شرایط فعلی، بهترین وضعیت پیش‌بینی راهکاری است که در آن ضمن حفظ بنگاه تجاری، حقوق بستانکاران نیز استیفا گردد؛ برای مثال، علاوه بر راهکارهای مختلف ناظر به پیشگیری از وقوع ورشکستگی،^۱ برخی از سازوکارهای مبتنی بر حقوق اسلامی مثل استقراض، صلح، قرض الحسنه، بیت‌المال، ضمانت یا انتقال تعهد و مواردی از این قبیل می‌توانند مانع انحلال یا توقف فعالیت یا بنگاه تجاری شوند که در حقوق اسلامی از ابزارهای مشترک خصوصی و عمومی هستند. البته اشاره به این روش‌های حمایتی یا جایگزین، صرفاً برای یادآوری ابزارهای متعدد برای مدیریت بحران ورشکستگی از منظر حقوق اقتصادی اسلامی است که اتخاذ هر یک یا تلفیقی از آن‌ها منوط به شرایط خواهد بود.

۱. برای مطالعه در هزینه‌ها و فایده‌های برخی از راهکارهای حقوقی برای پیشگیری از بحران ورشکستگی، ر.ک: کاویانی، ۱۳۹۵: ۱۷-۲۰.

در هر حال، فارغ از وجود هزینه - فایده‌های مختلف برای هر یک، نتیجه این قبیل اعمال جایگزین آن است که ساختار حقوق ورشکستگی به رویکردی بنگاه‌محور ارتقا یافته و در نهایت منجر به حمایت حقوقی از فعالیت اقتصادی خواهد شد. همچنین ابزارهای حمایتی مورد اشاره با مبانی فقهی نیز سازگاری دارد.

برای مثال، یکی از راهکارهای معنون در فوق که می‌تواند در فرایند ورشکستگی مانع حذف عملیات تجاری شود، تأمین مالی از طرق حمایتی است. نهاد مشابه این مفهوم در فقه اسلامی، این است که وقتی شخصی به قتل می‌رسد و قاتل به دلیلی شناسایی نشده و یا به هر دلیلی امکان قصاص و دیه منتفی است، با توجه به احترام دم مسلم، دیه از بیت‌المال پرداخت می‌شود. با الغای خصوصیت از این موضوع باید گفت که این مسئله نیز از مصادیق حمایت حکومت از موضوعات محترم اجتماعی است و زمانی که بنگاهی زیانده شده و متوقف از تأدیه دیون بود، حکومت اسلامی باید راهی را برای حمایت از این نوع بنگاه‌ها در نظر بگیرد؛ چرا که ورشکستگی این اشخاص، مانعی بر سر راه فعالیت اقتصادی خواهد بود.^۱ از این منظر، مسئله مهم در حمایت از بنگاه‌محوری از طریق حسبه آن است که چون حسبه نهادی عمومی است که طبعی دوجوهی (عمومی - خصوصی) دارد و در عین حفظ حقوق خصوصی، صلاحیت تأمین حقوق عمومی را نیز دارد، در راستای حمایت از بنگاه تجاری و تأمین حقوق بستانکاران می‌تواند ابزارها و روش‌های مختلف تأمین مالی حمایتی و جایگزین (از جمله استقراض، صلح، قرض‌الحسنه، بیت‌المال و یا ضمانت) را به خدمت گرفته و حسب شرایط، حامی حقوق جمعی ناظر به پدیده ورشکستگی باشد.

۱. نمونه قانونی این امر، نهادهای مشابه صندوق تأمین خسارت‌های بدنی (ر.ک: ماده ۲۱ قانون بیمه اجباری خسارت وارده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه مصوب ۱۳۹۵) و صندوق تثبیت بازار سرمایه (ر.ک: ماده ۲۸ قانون رفع موانع تولید و ارتقای نظام مالی کشور مصوب ۱۳۹۴) است. این موضوع از نظر حقوقی، راهکارهای دیگری نیز دارد که علاوه بر استقراض و قرض‌الحسنه، بیت‌المال و یا ضمانت، می‌توان ابزارهایی مثل مهلت عادلانه، بخشودگی جرائم و بدهی‌ها به دولت یا روش‌های جایگزین حل اختلاف، به منظور مدیریت مسئله و جلوگیری از انحلال و ورشکستگی را مثال زد.

۲-۳. اجرای خصوصی و عمومی ورشکستگی از طریق نهاد حسبه

با تحلیل جایگاه حسبه در حوزه ورشکستگی، یکی از مسائل با اهمیت، کیفیت اجرای عملیات ورشکستگی از منظر حسبه است. غرض از این بحث آن است که با کارکرد عمومی حسبه، دامنه و نحوه مطالبه خصوصی ورشکستگی کهجاست؟ از این منظر، مقصود از اجرای خصوصی ورشکستگی، فرایندی است که شخص ورشکسته یا طلبکاران او توقف تاجر را اعلام می‌نمایند. در مقابل، چون در بحث حسبه، حاکم تنها شخص پیگیری‌کننده محسوب نمی‌شود و عدول مؤمنین نیز از اشخاصی هستند که اختیار - بلکه تکلیف - حل و فصل ورشکستگی را دارند، فرض مقبول آن است که عمومی بودن کارکرد حسبه در مدیریت بحران ورشکستگی، نافی حق مطالبه اشخاص و ذی‌نفعان خصوصی نیست. اما اینکه در غیاب یا غفلت تولیت عمومی حسبه، علاوه بر طلبکاران و تاجر متوقف، عدول مؤمنین نیز حق تعقیب و مدیریت بحران ورشکستگی را دارند، محل بحث است.

در ادبیات حقوق اقتصادی، این مقوله را عیناً برای پیگیری بحران ورشکستگی توسط عدول مؤمنین کمتر مورد بررسی قرار داده‌اند. اما با مذاقه در موارد مشابهی همچون مبنای نهاد اداره مال غیر (ماده ۳۰۶ قانون مدنی)^۱ می‌توان دریافت که اداره اموال غایب، محجور یا امثال آن‌ها توسط اشخاصی غیر از مالک، ذی‌سمت یا حاکم، تحت شرایطی پذیرفته شده است؛ زیرا فقیهان عدول مؤمنین را در مسئله اداره دارایی غیر به صورت قاعده‌ای کلی دخالت داده و این اداره به وسیله عدول مؤمنین را از موارد امور حسبی شمرده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۹۰).

۱. در باب مبانی مطروحه در این قاعده، عمدتاً دو مبنا مورد بحث قرار گرفته است: ۱- قاعده احسان (ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۳۵۶/۲ و ۳۶۳؛ مصطفوی، ۱۳۸۴: ۶۳)، ۲- قاعده اضطرار، که اکثر حقوق‌دانان و فقها قائل به این ضابطه به عنوان مبنای اداره مال غیر می‌باشند. در عین حال، به شرحی که در بالا اشاره شد، این مبنا نیز قابل دفاع است که اداره فضولی مال غیر، از مصادیق امور حسبی آورده شود. البته برخی معتقدند که اداره مال غیر با مبنای حسبه متفاوت است؛ زیرا حسبه صرفاً در قبال انسان قابل صدور است، اما اداره فضولی مال غیر، ممکن است منع از هر خسارتی از هر موجودی باشد، مگر اینکه شمول آن را ناظر به حسبه محتسب (حاکم) بدانیم و حسبه داوطلبان را منصرف از آن محسوب کنیم؛ زیرا ارتباط این موضوع با حسبه در حد جواز دخالت محتسب بوده و از این حیث شامل غیر او نمی‌شود (عامری، ۱۳۸۱: ۵۲-۵۴).

با وجود اختلاف نظر در زمینه مبنای عنوان اداره مال غیر، به نظر می‌رسد وجه مشترک ولایت عدول مؤمنین و احتساب با اداره مال غیر، جلوگیری از ضرر است که این مبنا (لاضرر) می‌تواند به عنوان وجه جامعی برای اقوال مذکور باشد. به تعبیر دیگر، در ولایت مؤمنین یا اداره مال غیر، هدف بنیادین در هر دو مورد، حفظ جان و مال مؤمن و حرمت آن است و لذاست که در هر دو مورد می‌توان به مبنای مشترکی دست یافت و بر اساس آن، اداره اموال محجوران توسط عدول مؤمنین را نافذ و حتی واجب برشمرد (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۰۳/۲۶). در واقع احترام مال مؤمن تا اندازه‌ای دارای اهمیت است که حتی اگر عدول مؤمنین نیز نباشند، عامه مردم اقدام به اداره مال غیر می‌کنند؛ زیرا به استناد قواعد حسبه، این اقدام (اداره مال غیر) مسبوق به دستور شرع و مصداقی از نمایندگی بوده و از همین روست که مالک، مسئول پرداخت مخارج حفظ مال محسوب می‌شود (محقق داماد، ۱۳۹۳: ۳۰۸/۲).

با تفاسیر فوق و الغای خصوصیت از آن‌ها می‌توان پیگیری بحران ورشکستگی را به عدول مؤمنین نیز واگذار نمود. به عبارت دیگر، اگر دسترسی حاکم، مالک، یا ذی‌نفعان برای حل موضوع مورد بحث دشوار یا غیر مقدور باشد و تعذر یا تعسری متوجه متقاضیان ورشکستگی نباشد، رجوع به عدول مؤمنین از باب حفظ مال دارای اهمیت، جلوگیری از اختلال در نظم عمومی و حتی از باب قاعده حرمت اختلال نظام (حفظ انتظام اجتماعی و اقتصادی) جایز می‌باشد؛ زیرا در محدوده شفقت، نصیحت، امر به معروف و نهی از منکر و حفظ و نگهداری اموال، جایز است که افراد جامعه برای جلوگیری از تلف اموال، اقدام به تصرف در مال غیر و اداره آن نمایند (عامری، ۱۳۸۱: ۵۳).

نتیجه‌گیری

به رغم عدم صراحت قوانین کشورمان مبنی بر صدق حسبه بر ورشکستگی و شمول این پدیده ذیل امور حسبی، با تأسی از معیارهای حقوق اقتصادی اسلامی مبنی بر اینکه شارع راضی به اهمال این امور نیست و همچنین به اقتضای قواعد عام امور حسبی (در قیاس با امور ترافعی در آیین دادرسی)، منطقیاً ورشکستگی یک امر حسبی است و حقوق اقتصادی اسلامی، ابزارها و کارکردهای این امر را ترسیم نموده است. این ابزارها

متناسب با وضعیت موضوع، متوجه حاکم یا عدول مؤمنین بوده و از سویی جوانب طرح و اجرای عمومی و خصوصی آن مشخص است. بنابراین در فرایند رسیدگی به بحران ورشکستگی از طریق حسبه به فراخور مقتضیات و شرایط، علاوه بر اینکه حقوق و تکالیفی بر حاکم اسلامی، عدول مؤمنین و حتی غرما و ذی نفعان متصور است، حقوق و تکالیفی نیز ناظر به مدیریت ورشکستگی در راستای حفظ فعالیت تجاری و بنگاه محوری متصور است. بر این اساس، تأمین مالی متناسب با وضعیت تاجر بدهکار از طرقی مثل استقراض، صلح، قرض الحسنه، بیت المال، ضمانت، مهلت عادلانه یا انتقال تعهد، از ابزارهایی است که در فقه اسلامی می توان برای حفظ فعالیت تجاری و بنگاه اقتصادی برشمرد. بنابراین با امعان نظر به اینکه قواعد حقوق خصوصی فی نفسه نمی توانند مدیریت همه مسائل بحران ورشکستگی را پوشش دهند و به همین دلیل نیازمند حمایت عمومی و اقتصادی است، در حقوق اقتصادی اسلامی فراتر از حقوق خصوصی غرما و بستانکاران، سازوکارهایی برای بنگاهداری و حمایت از حقوق تجاری شخص متعذر متصور است که از عناوین مهم آن، مدیریت بحران ورشکستگی از طریق نهاد حسبه می باشد. در این خصوص به رغم اینکه مطابق اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی، کلیه مقررات باید بر اساس موازین اسلامی باشد، تنها ماده ۱ قانون امور حسبی - آن هم به نحو غیر جامع و غیر مانع - متعرض امور حسبی شده است، لکن احراز شمولیت ورشکستگی ذیل حسبه از این مقررره محل تردید و ابهام است. حتی در فقدان صراحت این ماده، مقررات دیگر نیز دلالتی بر این مهم نداشته و تنها با تأسی از مبانی برخی مقررات می توان به امکان مدیریت بحران ورشکستگی در حقوق اقتصادی اسلامی پی برد. از این حیث، شمولیت ورشکستگی ذیل امور حسبی را باید با توجه به مفهوم و مبنای حسبه محرز دانست و مقرراتی که بر این مهم اشعار دارند، تنها بخشی از مسئله را پوشش داده و صراحتی بر موازین جانبی آن ندارند.

کتاب شناسی

۱. آل بحر العلوم، سید محمد بن محمد تقی، بلغة الفقيه، شرح و تعليق سيد محمد تقی آل بحر العلوم، چاپ چهارم، تهران، مكتبة الصادق عليه السلام، ۱۴۰۳ ق.
۲. آل كاشف الغطاء، احمد بن علي، سفينة النجاة ومشكاة الهدى ومصباح السعادات، نجف، مؤسسة كاشف الغطاء، ۱۴۲۳ ق.
۳. ابن اخوه، ضياء الدين محمد بن محمد بن احمد بن ابى زيد القرشى، معالم القرية فى احكام الحسبه، قم، دفتر تبليغات اسلامى، ۱۴۰۸ ق.
۴. ابن فهد حلى، جمال الدين ابوالعباس احمد بن محمد، الرسائل العشر، قم، كتابخانه آية الله مرعشى نجفى، ۱۴۰۹ ق.
۵. ابن مرشد، عبدالعزيز بن محمد، نظام الحسبة فى الاسلام: دراسة مقارنة، بي جا، جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية - المعهد العالى للقضاء، ۱۳۹۳ ق.
۶. اسكىنى، ربيعاً، حقوق تجارت: ورشكستگى و تصفيه امور ورشكسته، چاپ نوزدهم، تهران، سمت، ۱۳۹۴ ش.
۷. انصارى، مسعود، و محمدعلى طاهرى، دانشنامه حقوق خصوصى (۱)، تهران، محراب فكر، ۱۳۸۴ ش.
۸. انصارى دزفولى، مرتضى بن محمدامين، كتاب المكاسب، قم، كنگره جهانى بزرگداشت شيخ اعظم انصارى، ۱۴۱۵ ق.
۹. باقرى، محمود، «اقتصاد مبتنى بر بازار و كاستى هاى حقوق خصوصى»، مجله پژوهش حقوق و سياست، شماره ۱۹، پاييز و زمستان ۱۳۸۵ ش.
۱۰. جعفرى لنگرودى، محمدجعفر، الفارق، چاپ سوم، تهران، كتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۵ ش.
۱۱. همو، دانشنامه حقوقى، چاپ ششم، تهران، كتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۱ ش.
۱۲. همو، دائرة المعارف حقوق مدنى و تجارت، تهران، كتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۸ ش.
۱۳. حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح بن علی، العناوين الفقهيه، قم، دفتر انتشارات اسلامى، ۱۴۱۷ ق.
۱۴. حضيرى، ناجى بن حسن، الحسبة النظرية و العملية عند شيخ الاسلام ابن تيميه، رياض، دار الفضيله، ۱۴۲۵ ق.
۱۵. ستوده تهرانى، حسن، حقوق تجارت، چاپ بيست و سوم، تهران، دادگستر، ۱۳۹۱ ش.
۱۶. سيورى حلى (فاضل مقداد)، جمال الدين مقداد بن عبدالله، كنز العرفان فى فقه القرآن، قم، مرتضى، ۱۴۲۵ ق.
۱۷. همو، نضد القواعد الفقهية على مذهب الاماميه، قم، كتابخانه آية الله مرعشى نجفى، ۱۴۰۳ ق.
۱۸. شمس، عبدالله، آيين دادرسي مدنى (پيشرفته)، چاپ ششم، تهران، دراك، ۱۳۸۳ ش.
۱۹. شيزرى، عبدالرحمن بن نصر، نهاية الرتبة فى طلب الحسبه، بيروت، دار الثقافة، ۱۴۰۱ ق.
۲۰. صادقى، محمد، دامنه حقوق رقابت در بازارهاى رقابت پذير و رقابت ناپذير (نظم حقوقى ايران و فقه اسلامى)، تهران، مجد، ۱۳۹۶ ش.
۲۱. صفار، محمدجواد، شخصيت حقوقى، تهران، بهنامى، ۱۳۹۰ ش.
۲۲. صفائى، سيدحسين، و سيدمرتضى قاسم زاده، حقوق مدنى اشخاص و محجورين، تهران، سمت، ۱۳۸۹ ش.
۲۳. صقرى، محمد، حقوق بازرگانى و رشكستگى، ج ۱-۳، چاپ دوم، تهران، شركت سهامى انتشار، ۱۳۸۸ ش.
۲۴. طباطبايى حكيم، سيدمحسن، مستمسك العروة الوثقى، قم، دار التفسير، ۱۴۱۶ ق.

۲۵. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم بن عبد العظیم، *العروة الوثقی فیما تعم به البلوی*، بیروت، مؤسسة الاعلمی للمطبوعات، ۱۴۰۹ ق.

۲۶. عامری، پرویز، «مبانی اداره مال غیر در حقوق اسلام»، *مجله رهنمون*، شماره ۱، زمستان ۱۳۸۱ ش.

۲۷. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، *مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام*، قم، مؤسسة المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.

۲۸. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال الدین مکی، *الدروس الشرعية فی فقه الامامیه*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.

۲۹. همو، *اللعمه الدمشقیة فی فقه الامامیه*، بیروت، دار التراث - الدار الاسلامیه، ۱۴۱۰ ق.

۳۰. عرفانی، محمود، *حقوق تجارت*، چاپ سوم، تهران، جنگل، ۱۳۹۴ ش.

۳۱. عیسائی تفرشی، محمد، «ساختار نظام حقوقی حاکم بر ناتوانی در پرداخت دین در فقه و حقوق ایران»، مقاله در: *حج اندیشه؛ هم‌افزایی فقه و حقوق در تحقق عدالت و تعالی انسان*، قم، دانشگاه مفید، ۱۳۹۶ ش.

۳۲. کاتوزیان، ناصر، *الزام‌های خارج از قرارداد (مسئولیت مدنی)*، چاپ دوازدهم، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۹۴ ش.

۳۳. کاشف الغطاء، حسن بن جعفر بن خضر، *انوار الفقاهة - کتاب الرهن*، نجف، مؤسسة کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ ق.

۳۴. کاویانی، کوروش، *حقوق ورثه‌ستگي*، چاپ چهارم، تهران، میزان، ۱۳۹۵ ش.

۳۵. کرکی عاملی (محقق ثانی)، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، چاپ دوم، قم، مؤسسة آل البيت (ع) لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ ق.

۳۶. ماوردی، ابوالحسن علی بن محمد بن حبیب، *الاحکام السلطانية والولايات الدينية*، مصر، الازهر، بی تا.

۳۷. محقق حلّی، نجم الدین جعفر بن حسن هذلی، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.

۳۸. محقق داماد، سید مصطفی، *قواعد فقه: بخش مدنی ۲*، چاپ چهاردهم، تهران، سمت، ۱۳۹۳ ش.

۳۹. مصطفوی، سید مصطفی، «احسان؛ منبع مسئولیت»، *فقه و حقوق (حقوق اسلامی)*، دوره دوم، شماره ۶، ۱۳۸۴ ش.

۴۰. مغنیه، محمد جواد، *الفقه علی المذاهب الخمسه*، چاپ دهم، بیروت، دار التیاریت الجدید - دار الجواد، ۱۴۲۱ ق.

۴۱. موسوی خمینی، سید روح الله، *تحریر الوسیله*، ترجمه علی اسلامی، چاپ بیست و یکم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۵ ق.

۴۲. همو، *کتاب البیع*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ ق.

۴۳. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، *منهاج الصالحین*، چاپ بیست و هشتم، قم، مدینه العلم، ۱۴۱۰ ق.

۴۴. نجفی، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.

۴۵. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، *عوائد الايام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال والحرام*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.

۴۶. نممن، حلمی، *الحسبة و حرية التعبير*، قاهره، الشبكة العربية لمعلومات حقوق الانسان، ۲۰۱۲ م.



47. Hart, Oliver, "Different Approaches to Bankruptcy", Governance, Equity and Global Markets, *Proceedings of the Annual Bank Conference on Development Economics in Europe*, June 21-23, Paris, La Documentation Francaise, 1999.
48. Schwartz, Alan, "Bankruptcy Related Contracting and Bankruptcy Functions Handbook on Corporate Bankruptcy", Handbook on Corporate Bankruptcy, B. Adler ed., E. Elgar Publishing, 2017 Forthcoming; *Yale Law & Economics Research Paper*, No. 553, 2017.
49. Zywicki, Todd J., "The Past, Present, and Future of Bankruptcy Law in America", *Michigan Law Review*, 2003.

اعتبارسنجی تعمیم شهادت کافر علیه مسلمان در دعاوی مدنی*

- ابوالفضل علیشاهی قلعه جوقی^۱
- منصور غریب‌پور^۲
- فرخنده محمدی^۳

چکیده

شهادت یکی از ادله اثبات دعواست که در تمام نظام‌های حقوقی پذیرفته شده است. شهادت گاه میان مسلمانان با یکدیگر، مسلمان نسبت به کافر، کافر نسبت به مسلمان و کافر نسبت به کافر مطرح می‌باشد و طبق ادله فقهی، شهادت مسلمان نسبت به کافر مقبول است، ولی شهادت کافر نسبت به مسلمان در دعاوی حقوقی مدنی بر اساس ادله و شواهد قرآنی و روایی رد شده است و لذا در فقه امامیه، عموم شهادت کافر در امور حقوقی علیه یا له مسلمان پذیرفته نشده و طبق ادله، صحیح نمی‌باشد. اما شهادت کافر نسبت به مسلمان در مسئله وصیت، با ادله قرآنی و روایی تأیید شده و فقیهان به استناد ادله مذکور، تنها

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۹/۲۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۲/۱۷.

۱. دانشیار گروه الهیات دانشگاه فرهنگیان، تهران (نویسنده مسئول) (alishahi88@gmail.com).

۲. استادیار گروه الهیات دانشگاه یاسوج (ma.gharibpoor@gmail.com).

۳. کارشناس ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه یاسوج (farkhonde.mohamadi2015@gmail.com).

شهادت وی را در وصیت مسلمان پذیرفته‌اند. به نظر می‌رسد که این تنها وصیت نیست که شهادت کفار در آن پذیرفته می‌شود، بلکه به سبب مخدوش بودن استناد به عموم برخی آیات قرآنی (جهت نفی عمومیت شهادت کافر) و نیز عموم تعلیلی که در برخی روایات ذکر شده است، می‌توان نتیجه گرفت که کفار با شرایطی نه تنها در وصیت، بلکه در موارد دیگر نیز می‌توانند شهادت دهند.

لذا در این مقاله با بررسی و نقد ادله عدم پذیرش شهادت کافر در مواردی غیر از وصیت و نیز ادله جواز پذیرش شهادت کافر ذمی در مسئله وصیت، به تحلیل و بررسی امکان تعمیم شهادت کافر در مواردی غیر از وصیت پرداخته شده و در نهایت با تمسک به تعلیل مستفاد از روایات، تنقیح مناط قطعی و قیاس اولویت، با روش تحلیلی - استنباطی بر امکان تعمیم استدلال گردیده است.

واژگان کلیدی: شهادت، کافر ذمی، وصیت، مسلمان، نفی سیبیل.

۱. مقدمه

از صدر اسلام تا کنون زندگی مسلمانان و حیات جامعه اسلامی به شکل‌های گوناگون با گروه‌ها و مذاهب و ادیان دیگر پیوند خورده و میان آن‌ها تأثیر متقابل وجود داشته است. شناسایی دستورها و احکام اسلامی در زمینه این برخوردها و تعاملات، بسیار راهگشا و کارساز است. امروزه گسترش ارتباط بین ملت‌ها باعث اقامت مسلمانان در کشورهای غیر اسلامی، مهاجرت‌های اجباری اقوام مختلف از گوشه‌ای به گوشه دیگر دنیا و اختلاط گسترده مسلمانان با پیروان دیگر ادیان و بلکه سایر افراد انسانی که مقید به دین خاصی هم نیستند، شده است. حدوث چنین حالتی، اهمیت توجه به احکام و قوانین مربوط به غیر مسلمانان را به جهت ارتباطی که می‌توانند با مسلمانان پیدا کنند، مضاعف می‌کند. از مجموعه مسائلی که راجع به غیر مسلمانان در کتاب‌های فقهی امامیه وجود دارد، تشکیل دادگاه در دعاوی شخصی و جرایم عمومی راجع به کفار، رعایت عدالت و مساوات در صدور حکم بین کافر و مسلمان و حکم سوگند و شهادت کفار است. شهادت یکی از ادله مهم اثبات دعواست و با گسترش روابط و ارتباطات، دامنه دعاوی در فضای داخلی و بین‌المللی و بین افراد و نهادهای گوناگون گسترده شده است. بر این اساس، قبول یا عدم قبول شهادت کافر به نفع یا

علیه مسلمان، می‌تواند در توسعه و اثبات دعاوی و جلوگیری از تضییع حق وی نقش مؤثری داشته باشد؛ زیرا در بسیاری موارد در صحنه بین‌الملل، شاهدی جز فرد کافر بر حادثه وجود ندارد. لذا با توجه به این مهم و تأثیر اقتضانات زمان و مکان در موضوع و حکم‌شناسی فقهی و عروض عناوین ثانوی در برخی مسائل مثل طرح مباحث حقوق اقلیت‌های دینی، اقتضا می‌کند که در خصوص ادله فقهی عدم پذیرش شهادت کافر و بررسی امکان تعمیم آن از مورد منصوص، تعمق بیشتری انجام شود.

۲. بیان مسئله

شهادت دادن، یکی از حقوق اجتماعی افراد است و نمی‌توان کسی را بدون جهت از آن محروم نمود، مگر به وسیله قانون (امامی، بی‌تا: ۱۹۶/۶)، و از ارکان اساسی در تحقیقات قضایی به شمار می‌رود. به همین دلیل از شهود به عنوان چشم و گوش دستگاه عدالت قضایی تعبیر شده است (آشوری، ۱۳۸۵: ۱۱۳/۲). از طرفی در امور قضایی و کیفری رایج، تهیه سند و یا دلایل دیگر برای اثبات ادعا بسیار سخت است و از آنجایی که جرم از امور اتفاقیه است و تحصیل سند کتبی جز در مورد یک سری جرایم خاص و معین، ممتنع است، با وجود نقاط ضعفی که در شهادت و گواهی وجود دارد، در اثبات دعاوی، جایگاه بسیار مهمی در نظام‌های حقوقی عرفی و دینی دارد. از مجموعه مسائلی که راجع به غیر مسلمانان در کتاب‌های فقهی امامیه وجود دارد (طبق اجماع فقهای اسلامی)، اصل عدم قبول شهادت غیر مسلمان نسبت به مسلمان است، مگر در وصیت که از جمله موارد حقوقی است و دلیل خاص بر اعتبار فقهی آن وجود دارد. حال پرسش اصلی این است که آیا امکان تسری شهادت کافر از مورد منصوص آن به بقیه موارد، به نفع یا علیه مسلمان وجود دارد یا نه؟ برای رسیدن به پاسخ، ابتدا باید ادله عدم جواز شهادت کافر به نحو عام، و ادله پذیرش شهادت کافر به طور خاص با لحاظ شرایط آن بررسی گردد؛ سپس بر اساس یک روش تحلیلی - استنباطی، مناط در پذیرش یا عدم پذیرش استخراج شود و در پایان بر پایه آن، امکان تعمیم ارزیابی شود. لذا این پژوهش در پی اثبات آن است که گستره شهادت کفار نسبت به مسلمانان تا کجاست؟ و چه ادله‌ای در مورد آن وجود دارد؟

۳. مفهوم‌شناسی شهادت

شهادت در لغت به معنای حضور و عدم غیبت (ابن اثیر جزری، بی‌تا: ۵۱۳/۲؛ حمیری، ۱۴۲۰: ۵۶۳/۶) و در اصطلاح فقهی، (إخبار جازم عن حقٍّ لازم للغير واقع من غیر حاکم) است (نجفی، ۱۴۰۴: ۷/۴۱). در اصطلاح حقوقی، اخبار شخص از امری به نفع یکی از طرفین دعوی و به زیان طرف دیگر است (امامی، ۱۳۷۲: ۱۸۹/۶؛ حائری شاه‌باغ، ۱۳۸۲: ۱۱۸۰/۲؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۳۹۷).

۴. حکم شهادت کافر علیه مسلمان

در خصوص عدم پذیرش شهادت کافر چند دیدگاه مطرح می‌باشد: ۱- عدم پذیرش شهادت مطلقاً - چه ذمی و چه غیر ذمی و چه علیه مسلمان و چه به نفع او و نیز چه علیه کافر دیگر و چه به نفع او - (طوسی، ۱۳۸۷: ۱۸۷/۸؛ محقق حلّی، ۱۴۰۸: ۱۱۵/۴؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۲۴/۴۱). ۲- پذیرش شهادت کافر علیه یا به نفع ملت خود (علامه حلّی، ۱۳۷۸: ۴۱۸/۴). ۳- پذیرش شهادت اهل کتاب علیه خود (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۷۵/۳). از میان این موارد، قدر متیقن عدم پذیرش شهادت کافر علیه یا به نفع مسلمان است.

۵. ادله عدم پذیرش شهادت کافر علیه مسلمان

لازم است یادآوری گردد که منظور از کافر در این بحث، همان کافر ذمی است نه کافر حربی، که این بحث در ادامه پژوهش به اثبات می‌رسد. دلایلی برای عدم پذیرش شهادت کافر ذمی علیه مسلمان وجود دارد. این دلایل عبارت‌اند از:

۱-۵. ادله قرآنی

خداوند در قرآن می‌فرماید: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنِبَاءٍ فَتَبَيَّنُوا...﴾ (حجرات/۶). بر اساس این آیه، عدالت شرط روایت است و از آنجا که شهادت نوعی روایت است، عدالت نیز در آن شرط شده است و لذا شهادت مسلمان فاسق در آن پذیرفته شده نیست. بر همین اساس، شهادت کافر که کفر او دلالت بر فسقش می‌کند، به طریق اولی قبول نمی‌شود. برای فهم رابطه فسق و کفر لازم است توضیح داده شود که در خصوص

معنای لغوی فسق آمده است: «فَسَقَتِ الرُّطْبَةُ، إِذَا خَرَجَتْ عَنْ قَشْرِهَا. وَفَسَقَ الرَّجُلُ يَفْسُقُ وَيَفْسُقُ أَيضًا، عَنِ الْأَخْفَشِ، فَسَقًا وَفُسُوقًا أَيْ فَجَرَ. يُقَالُ: «فَفَسَقَ عَنْ أَمْرِ رَبِّهِ»، أَيْ خَرَجَ» (جوهری، ۱۴۱۰: ۵۴۳/۴). فاسق در لغت به معنای خارج و در اصطلاح به معنای کسی است که از امر الهی خارج شده است. بنابراین فاسق همان گناهکار است، ولی به کسی که احیاناً در پنهانی گناه می‌کند و از کرده خود پشیمان می‌شود و توبه می‌کند، فاسق گفته نمی‌شود. روایتی از امام صادق علیه السلام در معنای فسق نقل شده است:

«هر معصیتی از معاصی بزرگ خدا که کسی آن را انجام دهد یا شخصی از روی لذت‌جویی و شهوت و شوق غالب به آن در آید، این فسق است و مرتکب آن فاسق و به لحاظ فسق، از حیطة ایمان خارج است. اگر به این عمل ادامه دهد تا جایی که به حد اهمیت ندادن و خفیف شمردن برسد، به سبب این بی‌اعتنایی و خفیف‌شماری، کفر بر او لازم آید» (محمّدی ری‌شهری، ۱۳۸۴: ۴۶۳۲/۱۰).

کفر یعنی پوشاندن یک چیز. وقتی روی چیزی پوشیده می‌شود، به طوری که ماهیت آن نامشخص شود، می‌گویند کفران شد. کفر یعنی انکار یک واقعیت:

«الْكَفْرُ: ضِدُّ الْإِيمَانِ. وَقَدْ كَفَرَ بِاللَّهِ كُفْرًا. وَأَيْضًا: جُحُودُ النِّعْمَةِ، وَهُوَ ضِدُّ الشُّكْرِ. وَقَدْ كَفَرَهُ كُفُورًا وَكُفْرَانًا. وَقَوْلُهُ تَعَالَى: «إِنَّا بِكُلِّ كَافِرٍ مِنْكُمْ عَلِيمٌ»، أَيْ جَا حِدُونَ. وَأَيْضًا: ظُلْمَةٌ اللَّيْلِ وَسَوَادُهُ وَالْكَافِرُ: اللَّيْلُ الْمَظْلَمُ، لِأَنَّهُ سَتَرَ كُلَّ شَيْءٍ بِظُلْمَتِهِ» (همان: ۸۰۸/۲).

بنابراین کفر یک معنا و مفهوم نظری است. اما فسق یک کار است و مفهوم عملی است. حال با این توضیح روشن می‌شود که مؤمن ممکن است بدون کفر، مرتکب فسق شود و فاسق گردد؛ اما ممکن نیست که کفر با ایمان جمع شود. همچنین هر کافری فاسق است، اما هر فاسقی کافر نیست. یعنی نسبت بین این دو، عموم و خصوص مطلق است. بنابراین کفر و فسق، و ایمان و فسق با هم قابل جمع هستند و اینکه قرآن برخی از اهل کتاب را به وصف ایمان و مقتصد می‌ستاید، با محل بحث تنافی ندارد. لذا در آیه‌ای از قرآن، شیطان جزء کافران خوانده شده است: «وَإِذْ قُلْنَا لِلْمَلَائِكَةِ اسْجُدُوا لِآدَمَ فَسَجَدُوا إِلَّا إِبْلِيسَ أَبَى وَاسْتَكْبَرَ وَكَانَ مِنَ الْكَافِرِينَ» (بقره/۳۴)؛ اما در آیه‌ای دیگر، او را فاسق خوانده است: «فَفَسَقَ عَنْ أَمْرِ رَبِّهِ» (کهف/۵۰) (در برابر فرمان خدا فاسق گردید و مخالفت کرد) و در تأیید این مطلب نیز می‌توان از آیاتی که کفر را ظلم و فسق می‌دانند

و از تمایل به ظلم نهی می‌نمایند، استفاده کرد؛ مانند آیه ﴿وَلَا تَرْكَبُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا فَمَا تَسْكُمُ النَّارُ﴾ (هود/۱۱۳). استدلال به این آیه بدین گونه است که از آنجا که کفر، ظلم در حق خداوند و خود انسان و جامعه پیرامون انسان است، برای همین کافر، ظالم به شمار می‌آید. بنابراین اگر شهادت او پذیرفته شود، به ظلم و ظالم تکیه و رکون شده است (مکارم شیرازی، ۱۳۸۲: ۳۸۴/۲). بنابراین پذیرش شهادت کافر، مشمول نهی تحریمی این آیه قرار می‌گیرد و نیز به عنوان دلیلی دیگر، بر اساس قاعده مستفاد از آیه ۱۴۱ سوره نساء می‌توان گفت: بینة کفار علیه مسلمانان پذیرفتنی نیست؛ چون کافر در مظان اتهام است و پذیرش دلیل و بینة او بر خلاف قاعده نفی سبیل است (دیبانی، ۱۳۸۶: ۱۷۹؛ احمدی، ۱۳۸۳: ۳). طبق آیه ۱۴۱ سوره نساء، که دلالت بر حجیت قاعده مذکور دارد^۱ کفار در هیچ زمینه‌ای نمی‌توانند شرعاً بر سرنوشت مسلمانان مسلط باشند. منظور این آیه، بسته شدن راه تسلط تشریحی و تقنینی کفار نسبت به مسلمانان است؛ یعنی قوانین اسلامی هیچ گونه راه تسلط کفار و غیر مسلمانان را بر سرنوشت و حیات سیاسی، اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی و امنیتی مسلمانان، شرعاً و عقلاً مجاز و روا نمی‌شمارد (غفوری، ۱۳۷۸: ۲۳). بنابراین می‌توان چنین بیان داشت که خداوند متعال در تشریح اسلام و در مقام قانون‌گذاری، حکمی را مقرر ننموده که از رهگذر آن، سبیل و سلطه و علو و برتری برای کفاری بر مسلمانی حاصل آید.

۲-۵. روایات

روایاتی که بیان می‌دارند اگر اهل کتاب به امری شهادت دهند و سپس مسلمان شوند، شهادت آن‌ها پذیرفته است.

۱-۲-۵. روایت محمد بن مسلم

«عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنِ الدَّمِيِّ وَالْعَبْدِ يُشْهَدَانِ عَلَى شَهَادَةٍ ثُمَّ يُسْلِمُ الدَّمِيُّ وَيُعْتَقُ الْعَبْدُ، أَتَجُوزُ شَهَادَتُهُمَا عَلَى مَا كَانَا أُشْهَدَا عَلَيْهِ؟ قَالَ: نَعَمْ؛ إِذَا عَلِمَ مِنْهُمَا بَعْدَ ذَلِكَ خَيْرٌ جَازَتْ شَهَادَتُهُمَا» (حرر عاملی، ۱۴۰۹: ۳۸۷/۲۷)؛ محمد بن مسلم می‌گوید: از امام باقر عَلَيْهِ السَّلَامُ پرسیدم درباره اهل ذمه و برده که زمانی شهادت

۱. ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾.

می دهند و سپس ذمی مسلمان، و برده آزاد می گردد، آیا شاهد گرفتن این دو بر مورد شهادت جایز است؟ حضرت فرمود: آری؛ اگر از آن دو پس از اسلام و آزادی، امور خیر دانسته شود، شهادتشان جایز و نافذ است.

این روایت صحیح است (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۱۶۲/۱۲؛ بحرانی، ۱۴۲۱: ۴۳۵).

۵-۲-۲. روایت صفوان بن یحیی

«عَنْ صَفْوَانَ بْنِ يَحْيَى أَنَّهُ سَأَلَ أَبَا الْحَسَنِ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنْ رَجُلٍ، أَشْهَدَ أَجِيرَهُ عَلَى شَهَادَةٍ ثُمَّ فَارَقَهُ، أَلْتَجُوزُ شَهَادَتَهُ بَعْدَ أَنْ يُفَارِقَهُ؟ قَالَ: نَعَمْ. قُلْتُ: فَيَهُودِيٌّ أَشْهَدَ عَلَى شَهَادَةٍ ثُمَّ أَسْلَمَ، أَلْتَجُوزُ شَهَادَتُهُ؟ قَالَ: نَعَمْ» (حز عاملی، ۱۴۰۹: ۳۸۷/۲۷)؛ صفوان بن یحیی از امام کاظم علیه السلام درباره مردی که اجیرش را برای موردی شاهد گرفته و پس از مدتی از وی جدا شده است، پرسید که آیا شهادت اجیر پس از آنکه از آن مرد جدا می شود، جایز است؟ فرمود: آری. پرسیدم: یهودی ای که بر موردی شاهد گرفته شده و سپس مسلمان گردیده است، آیا شهادتش جایز است؟ حضرت فرمود: آری.

این روایت از جهت سندی صحیح است و صفوان بن یحیی اهل کوفه بوده و ثقه است (طوسی، بی تا: ۸۳؛ همو، ۱۴۲۷: ۳۵۹؛ ابن داود حلی، ۱۳۸۳: ۱۸۸؛ برقی، ۱۳۸۳: ۵۵) و از اصحاب امام رضا و امام کاظم علیه السلام می باشد (ابن شهر آشوب مازندرانی، ۱۳۸۰: ۶۰؛ مازندرانی خواجه، ۱۴۱۳: ۵۹؛ نجفی کاشف الغطاء، ۱۳۹۹: ۱۸۹). وی از اصحاب اجماع است (حسینی طهرانی، ۱۴۲۱: ۳۲۸/۱) و از کسانی است که بزرگان اجماع کردند بر اینکه اگر روایتی با سلسله سند صحیح به چند راوی دیگر رسانده شود، پس از آنکه صفوان در روایت قرار گرفت، آن روایت دیگر صحیح است (نراقی، ۱۴۱۵: ۱۹/۱۸). پس وقتی روایت با سلسله سند صحیح به او رسید، پس از ایشان هر که باشد، مقبول است (حسینی طهرانی، ۱۴۲۱: ۲۳۹/۱).

۵-۲-۳. روایت محمد بن حرمان

«مُحَمَّدُ بْنُ حُرْمَانَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ نَصْرَانِيٍّ أَشْهَدَ عَلَى شَهَادَةٍ ثُمَّ أَسْلَمَ بَعْدَ، أَلْتَجُوزُ شَهَادَتُهُ؟ قَالَ: نَعَمْ؛ هُوَ عَلَى مَوْضِعِ شَهَادَتِهِ» (حز عاملی، ۱۴۰۹: ۳۸۷/۲۷)؛ از امام صادق علیه السلام درباره فردی مسیحی که او را شاهد گرفتند و پس از آن مسلمان شد، پرسیدم: آیا شهادتش جایز است؟ حضرت فرمود: آری؛ او بر شهادتش باقی است.

اگرچه برخی گفته‌اند که این روایت غیر قابل اعتماد است (موسوی خویی، ۱۴۱۸: ۳۳۳/۱۰)؛ زیرا محمد بن حمران بین سه نفر مشترک است: محمد بن حمران بن نهدی، محمد بن حمران بن اعین و محمد بن حمران مولی ابن فهر، که محمد بن حمران فردی ثقة است، ولی محمد بن حمران بن اعین و محمد بن حمران مولی ابن فهر مجهول هستند (مجلسی دوم، ۱۴۰۶: ۸۵/۴). محمد بن حمران بن اعین، مولی بنی شیبان است (نوری، ۱۴۱۷: ۳۶/۹) و از ابن ابی عمیر که فرد مجهول‌الحالی است، روایت نقل می‌کند (بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۵۶/۱۷؛ مازندرانی، ۱۴۲۹: ۵۱۳/۱). ولی به نظر می‌رسد که مراد از محمد بن حمران در اینجا همان ابن اعین است؛ چرا که ابی‌نجران و ابن ابی‌عمیر از جمله کسانی هستند که از محمد بن حمران بن اعین روایت نقل می‌کنند (مجلسی دوم، ۱۴۰۶: ۸۴/۸؛ همو، ۱۴۲۰: ۱۵۸؛ حسینی تفرشی، ۱۴۱۸: ۱۹۴/۴). به عبارتی مراد، محمد بن حمران بن اعین شیبانی برادرزاده زراره است که صریحاً توثیق نشده، ولی قرائنی همچون اکثر روایت بزرگان از وی و روایت ابن ابی‌عمیر و احمد بن محمد بن ابی‌نصر از او، بر وثاقتش دلالت می‌کند (شبییری زنجانی، ۱۴۱۹: ۱۱۲۷/۴).

۴-۲-۵. روایت سکونی

«عَنْ السَّكُونِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ ع: الْيَهُودِيُّ وَالنَّصْرَانِيُّ إِذَا أَشْهَدُوا نَمَّ أَسْلَمُوا جَازَتْ شَهَادَتُهُمْ» (کلینی، ۱۴۰۷: ۳۹۸/۷؛ حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۷/۳۸۸)؛ از سکونی نقل شده است که امام صادق ع فرمود: امیرالمؤمنین ع فرمود: یهودیان و مسیحیان اگر شهادت دهند و سپس مسلمان گردند، شهادتشان جایز است.

روایات سکونی به تصریح شیخ طوسی در عده، مورد عمل اصحاب می‌باشد، البته به شرط عدم معارضه با فتاوا و روایات امامیه، و از این مطلب، اعتبار سکونی ثابت می‌گردد. غالب روایات سکونی هم از طریق نوفلی رسیده و کتاب او را نوفلی روایت کرده است پس از عمل به روایات سکونی، معتمد بودن نوفلی هم ثابت می‌گردد (شبییری زنجانی، ۱۴۱۹: ۵۳۴۵/۱۷). لذا سند روایت سکونی خالی از قوت نیست؛ چون محقق، سکونی را توثیق کرده است (گیلانی قمی، ۱۴۱۳: ۴۷۹/۴). اگرچه سکونی عامی

است، لکن به گفته شیخ، اصحاب به روایات او عمل کرده‌اند، پس تردیدی در اعتبار روایات او باقی نمی‌ماند (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹: ۶۸۳۹/۲۱). اگر کسی سکونی را تضعیف کند، ضعف روایت به دلیل عمل اصحاب به روایات سکونی جبران می‌شود (به نقل از: جمعی از مؤلفان، بی‌تا: ۱۰۷/۴۴).

۵-۲-۵. بررسی ادله روایی

اخبار مذکور اگرچه در خصوص اهل ذمه یا خصوص یهود و نصاری وارد شده‌اند، ولی چون شهادت ذمی به خاطر وجود کفر در او، پذیرفته نیست، پس به طریق اولی شهادت مجوسیان که از اهل کتاب ضعیف‌ترند و شهادت کفار مشرک و ملحد علیه مسلمانان پذیرفته نخواهد بود (مؤمن قمی، ۱۴۲۲: ۴۸۳). این دسته از روایات که بیانگر این نکته‌اند که تحمل شهادت در زمان ذمی بودن کافر، و ادای آن در زمان مسلمان شدن است (مستفاد از منطوق روایت محمد بن حمران و... که در بند قبلی ذکر شد)، از طریق مفهوم بر این مطلب دلالت دارند که اگر کافر اسلام بیاورد، شهادتش علیه مسلمان قابل قبول است، ولی تا قبل از اینکه اسلام بیاورد چنانچه شهادتی علیه مسلمان بدهد، شهادتش پذیرفته نخواهد شد (همان). لذا این روایات از طریق مفهوم خود، دلالت بر عدم پذیرش شهادت کافر علیه مسلمان دارند.

۵-۳. اجماع

برخی در خصوص عدم پذیرش شهادت کافر ادعای اجماع نموده‌اند (طوسی، ۱۴۰۷ الف: ۲۷۲/۶). صاحب جواهر در این باره می‌نویسد:

«لا تقبل شهادة غیر المؤمن بلا خلاف أجده فیه، بل عن جماعة الإجماع علیه؛ بل لعله من ضروری المذهب فی هذا الزمان» (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۶/۴۱).

ولی به نظر می‌رسد که اولاً این اجماع محقق نمی‌باشد؛ زیرا گفته شده است که برخی از فقیهان متأخر در این مسئله اختلاف نظر دارند (موسوی گلپایگانی، ۱۴۰۵: ۳۳). دوم اینکه این اجماع ارزش ذاتی ندارد؛ چون یک اجماع مدرکی می‌باشد که بر اساس مستندات قرآنی و روایی شکل گرفته است.

۶. بررسی شهادت کافر در وصیت

تنها موردی که شهادت اهل کتاب در مورد آن بر اساس نظر اکثر فقهای امامیه پذیرفته شده است، مسئله وصیت است. در این زمینه به ادله‌ای تمسک شده است:

الف) خداوند در قرآن می‌فرماید:

«ای کسانی که ایمان آورده‌اید! هنگامی که مرگ یکی از شما فرا رسد، در موقع وصیت باید از میان شما، دو نفر عادل را به شهادت بطلبید، یا اگر مسافرت کردید و مصیبت مرگ شما فرا رسید [و در آنجا مسلمانی نیافتید]، دو نفر از غیر خودتان را به گواهی بطلبید، و اگر به هنگام ادای شهادت، در صدق آن‌ها شک کردید، آن‌ها را بعد از نماز نکه می‌دارید تا سوگند یاد کنند که "ما حاضر نیستیم حق را به چیزی بفروشیم، هرچند در مورد خویشاوندان ما باشد و شهادت الهی را کتمان نمی‌کنیم که از گنهکاران خواهیم بود"» (مانده/۱۰۶).

منظور از عدل در آیه شریفه، همان عدالت به معنای پرهیز از گناه و مانند آن است (مکارم شیرازی، ۱۴۱۶: ۱۱۴/۵). آیه بیان می‌دارد که چنانچه فرد مسلمانی بخواهد در حال مرگ وصیت کند و مسلمانی در آنجا یافت نشود، کافر ذمی می‌تواند برای وصیت مسلمان شاهد قرار گیرد (موسوی خویی، ۱۴۲۲: ۱۰۶/۴۱).

این مطلب مناسب شأن نزول آیه و روایات تفسیری است که برخی در قبل ذکر شد. بنابراین منظور از غیر مسلمانان تنها اهل کتاب می‌باشند؛ زیرا اسلام برای مشرکان و بت پرستان در هیچ مورد اهمیتی قائل نشده است (بابایی، ۱۳۸۲: ۵۶۶/۱).

ب) روایات متعددی در این زمینه وجود دارد و چون مسئله مورد اختلاف هم نیست، به یک مورد اشاره می‌شود:

«حمزة بن حرمان می‌گوید: از امام صادق علیه السلام درباره آیه «ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخِرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ» پرسیدم. امام در جواب فرمود: آن دو نفر که از شما هستند، همان مسلمانانند و آن دو نفر غیر از شما، همان اهل کتاب هستند. سپس فرمود: اگر مرگ کسی در سرزمین غربت فرا رسد و به دنبال دو مرد مسلمان باشد تا برای وصیت شهادت دهند، اما آنان را نیابد، برای شهادت می‌تواند دو مرد ذمی از اهل کتاب را در صورتی که نزد یاران خودشان مورد اعتماد باشند فرا خواند» (حز عاملی، ۱۴۱۲: ۳۱۲/۱۹).

شبه همین روایت از دیگران نیز نقل شده است (همو، ۱۴۰۹: ۳۸۹/۲۷؛ کلینی، ۱۴۲۹: ۶۱۷/۱۴).



۷. بررسی شرایط قبول شهادت اهل کتاب در وصیت

قبل از بررسی تفصیلی لازم است ذکر شود که عناوین شروطی که بیان می‌شود، بر اساس نظرات مشهور فقیهان است، اگرچه نظرات مخالف هم وجود دارند که مورد اشاره نیز قرار می‌گیرند و استدلال‌ها آورده می‌شود.

۱-۷. مالی بودن مورد شهادت

شهادت ذمی که در دینش عادل است، در صورتی که مسلمان عادل نباشد، در وصیت مالی قبول می‌شود. برخی فقیهان بر این باورند که شهادت کافر ذمی در وصیت مطلقاً پذیرفته می‌شود و مقید به وصیت مالی نمی‌باشد (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۱۵/۴؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ الف: ۳/۴۹۴؛ طباطبایی قمی، ۱۴۲۵: ۲۲۲). اما عده‌ای تقیید زده و فقط به وصیت در مال اختصاص داده‌اند که به صورت «فی الوصیة بالمال» بیان شده است و در وصیت به غیر مال آن را نپذیرفته‌اند؛ چون قدر متیقن از پذیرفتن وصیت، همان مالی است. برای همین در وصیت غیر مالی، بنا بر اصل، شهادت کافر مردود است (حسینی عمیدی، ۱۴۱۶: ۲۸۷/۲؛ ابن طیفی، ۱۴۱۸: ۲۸۸؛ موسوی خمینی، بی‌تا: ۴۴۲/۲؛ همو، ۱۴۰۴: ۲۲۸؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۳۴۷/۲۸؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۱۳۹/۲؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۱۶۳/۱۴؛ صیمری بحرانی، ۱۴۲۰: ۲۷۵/۴؛ طباطبایی حائری، ۱۴۰۹: ۳۰۱/۳). به نظر می‌رسد مفهوم وصیت مفهومی عام است که تنها وصیت مالی را شامل نمی‌شود؛ بلکه در خود قرآن نیز وصیت به امور غیر مالی مانند نماز و زکات (ر.ک: مریم/۳۱) نیز تعلق گرفته است. پس کاربرد لفظ وصیت در غیر مالی نیز شایع است و از اینکه در این مورد در خصوص مالی استعمال شده است، دلالتی بر اختصاص پذیرش شهادت کافر در وصیت به مال ندارد (مؤمن قمی، ۱۴۲۲: ۴۹۴).

۲-۷. نبود شاهد مسلمان عادل

برخی بر این باورند که برای صحت شهادت کافر در وصیت باید دو نفر مسلمان

عادل برای شهادت یافت نشوند (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۱۳۹/۲). پس اگر دو مسلمان عادل وجود داشته باشند، شهادت کافر پذیرفته نیست. روایت ابوالصباح کنانی نیز گویای این مطلب است:

«از امام صادق علیه السلام دربارهٔ این آیه سؤال شد که خدا فرموده است: «ای کسانی که به دین حق گراییده‌اید! شاهد در میان شما در آن هنگام که یکی از شما را مرگ فرارسد، در موقع وصیت، دو نفر شاهد صاحب عدالت از شما یا دو شاهد دیگر از غیر شما هستند». امام فرمود: آن دو شاهد از غیر شما دو شخص کافرند. گفتم: دو شاهد صاحب عدالت چه کسانی هستند؟ فرمود: آنان دو شاهد مسلمان‌اند» (طوسی، ۱۴۰۷: ۱۷۹/۹؛ صدوق، ۱۴۱۳: ۱۹۲/۴).

حال اگر دو مسلمان که عادل نیستند بلکه فاسق‌اند، با یک مسلمان عادل وجود داشته باشند و یا چند زن مسلمان حضور داشته باشند، آیا باز شهادت ذمی پذیرفته است؟ برخی بر این باورند که حتی یک مسلمان نباید یافت شود (طوسی، ۱۳۸۷: ۱۸۷/۸) و برخی دیگر، نبود مسلمانان را شرط دانسته (علامه حلی، ۱۴۱۱: ۱۸۲؛ همو، ۱۴۱۳: ۵۱۴/۸؛ ابن عقیل عمانی، ۱۴۱۳: ۵۲۵؛ همو، بی‌تا: ۱۵۳؛ عاملی جزینی، ۱۴۱۴: ۱۲۳/۴؛ ابن جنید اسکافی، ۱۴۱۶: ۳۳۱) و دسته سوم نبود مسلمانان عادل را شرط دانسته‌اند (علامه حلی، ۱۴۲۰: ۲۴۵/۵) و گروه چهارم نبود دو نفر مسلمان عادل را شرط دانسته‌اند (نراقی، ۱۴۱۵: ۳۹/۱۸). آیه و احادیث این را می‌رسانند که در صورت نبود دو مرد عادل مسلمان، شهادت کافر پذیرفته می‌شود، اگرچه یک مرد عادل باشد یا دو مرد فاسق مسلمان باشند و یا زنان مسلمان برای شهادت حاضر باشند (همان: ۴۰/۱۸؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۳۴۸/۲۸).

به اعتقاد علامه حلی، اگر دو مسلمان وجود داشته باشند که عدالت یا فسقشان مشخص نیست، در این صورت شهادت آن‌ها بر شهادت کافر ذمی مقدم است و شهادت دو مسلمان فاسق ولی راستگو و امین، بر شهادت کافر ذمی برتری دارد. ولی اگر از دروغ گفتن هراس و باکی ندارند، در این صورت، شهادت اهل ذمه بر شهادت آنان مقدم می‌گردد (علامه حلی، ۱۳۸۸: ۵۲۲). ولی برخی فقیهان گفته‌اند که این سخن، مخالف با ظاهر آیه و روایات است و دلیلی بر آن وجود ندارد، لذا نمی‌توان آن را پذیرفت (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۱۶۳/۱۴) و این اولویتی که ذکر شد، در صورتی است که به

ملاک قطع پیدا شود؛ در صورتی که حصول چنین قطعی مشکل است، خصوصاً که در کافر ذمی بنا بر مذهب خودش عدالت شرط است، چنانچه بعضی از اخبار نیز این را بیان داشته‌اند؛ چراکه فردی که در مذهب خودش صالح قلمداد می‌شود، بر مسلمان فاسقی که دروغ یا عدم دروغش محرز نباشد، مقدم است (موسوی گلپایگانی، ۱۴۰۵: ۴۵).

۳-۷. در سفر بودن مسلمان

برخی فقیهان بر اساس ظاهر آیه ۱۰۶ سوره مائده و برخی احادیث، برای اینکه ضرورت صدق کند، در سفر بودن را شرط دانسته‌اند (ابوصلاح حلبی، ۱۴۰۳: ۴۳۶؛ ابن جنید اسکافی، ۱۴۱۶: ۳۳۱؛ ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷: ۴۴۰). احمد بن عمر می‌گوید: از امام ع درباره آیه ﴿ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخِرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾ پرسیدم. فرمود:

«اللَّذان منکم یعنی مسلمان باشند، «واللَّذان من غیرکم» یعنی از اهل کتاب باشند، و اگر اهل کتاب یافت نشد، از مجوس باشند؛ زیرا رسول خدا ص با آن‌ها همان معامله‌ای را انجام می‌داد که با اهل کتاب می‌کرد، و این در وقتی بود که یکی از مسلمانان در سرزمین غربت از دنیا می‌رفت و کسی از مسلمانان نبود که به وصیت یا مقدار مال او شهادت دهد؛ لذا دو تن از اهل کتاب را شاهد گرفتند» (حز عاملی، ۱۴۰۹: ۳۹۰/۲۷).

در روایتی دیگر هشام بن حکم می‌گوید که امام صادق ع فرمود: «اگر کسی در سرزمین غربت باشد و بخواهد وصیت کند، ولی مسلمانی را نمی‌یابد، در این صورت می‌تواند از غیر مسلمان بخواهد که شاهد قرار گیرد» (همو، ۱۴۱۲: ۴۳۴/۸؛ فیض کاشانی، ۱۴۲۵: ۱/۸۷۳).

نقد و بررسی

اگرچه قید سفر در روایات و نیز در لسان برخی فقها به عنوان شرط ذکر گردیده و بدین جهت ما نیز آن را آوردیم، اما قابل نقد است؛ بدین‌گونه که آمدن این قید در روایات و همچنین آیه برای بیان ضرورت است؛ یعنی غالباً ضرورت‌ها در سفر به وجود می‌آید؛ یعنی بیشتر در مسافرت است که مسلمان عادل یافت نمی‌شود، ولی در غیر سفر معمولاً مسلمان عادل یافت می‌شود. لذا در دسته‌ای از روایات، معیار پیدا نشدن مسلمان است و در سفر بودن موضوعیت ندارد (عاملی جزینی، ۱۴۱۷: ۱۲۴/۲؛ عاملی جعبی،

۱۴۱۰: ۱۲۷/۳). بنابراین اگر در سرزمین مسلمانان باشد، حتی اگر در وطنش باشد (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۸: ۲۱۸/۲)، ولی شرایط شهادت دادن مسلمان فراهم نباشد، یا به جهت اینکه از شهادت دادن خودداری می‌کنند و یا به جهت اسباب دیگر، در این صورت باز شهادت کافر پذیرفته می‌شود (علامه حلی، ۱۳۸۸: ۵۲۲).

۷-۴. ذمی بودن کافر

در روایات، ذمی بودن کافر قید شده است و چون نسبت به بقیه اصناف کفار مانند کفار معاهد خارج از قلمرو کشور اسلامی ساکت است، لذا به همان اکتفا می‌شود؛ اگرچه تسری جواز شهادت به اصناف دیگر کفار، خود فرع دیگری است. به هر حال، اهل ذمه که خواستار زندگی در قلمرو اسلامی هستند، باید طی یک عهدنامه و پیمان دوجانبه با دولت اسلامی، در ازای امنیت و آسایشی که دولت به آن‌ها اعطا می‌کند، تعهداتی را نسبت به دولت اسلامی بپذیرند. این عهدنامه به ذمه معروف است و این قرارداد منحصرأً به غیر مسلمان اهل کتاب اختصاص دارد و کفار و بت پرستان را در بر نمی‌گیرد. شرط است که دو نفر کافر متقاضی شهادت، از اهل کتاب یا شبیه به اهل کتاب باشند؛ زیرا اجماع و دو حدیث صحیح احمد بن عمرو و روایت حمزه این را می‌رسانند که تنها این دسته از کفارند که شهادتشان پذیرفته نیست. برای همین است که با این روایات، اطلاق آیه و روایات تخصیص می‌خورد (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۴۷/۲۸). اگرچه استدلال به روایات برای شرطیت ذمی بودن شاهد، از سوی برخی فقیهان با اشکال روبه‌رو شده است (موسوی خویی، ۱۴۲۲: ۱۰۲/۲)، ولی به نظر می‌رسد با توجه به اینکه مهم‌ترین دلیل بر شهادت کافر، عبارت قرآنی «أَوْ آخِرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ» (مائده/۱۰۶) می‌باشد و در نگاه اولیه به نظر برسد که این عنوان اعم از ذمی است، ولی همان گونه که برخی فقیهان اشاره کرده‌اند، باید گفت که مقصود از «من غیرکم» در آیه، تنها اهل ذمه می‌باشند؛ زیرا در ادامه آیه آمده است: «تَحْسِبُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ...»؛ اگر به هنگام ادای شهادت، در صدق آن‌ها شک کردید، آن‌ها را بعد از نماز نگاه می‌دارید تا سوگند یاد کنند. از این قسمت آیه فهمیده می‌شود که آن‌ها در دسترس مسلمانان هستند که می‌توانند آن‌ها را نگاه دارند و این صفت، مربوط به کفرانی است که در سرزمین اسلامی زندگی می‌کنند و جزیه

می‌پردازند و کفارِ دیگر از چنین ویژگی‌هایی برخوردار نیستند (مؤمن قمی، ۱۴۲۲: ۴۸۷). دلیل دیگری که می‌توان آورد برای اینکه شاهدانِ کافر باید ذمی باشند و شهادت مطلق کفار پذیرفته نمی‌شود، این است که مورد و شأن نزول آیه بر این موضوع دلالت دارد؛ زیرا دو نفری که مدّ نظر بودند، عبارت بودند از ابن بندی و ابن ابی‌ماریه که هر دو مسیحی بودند و در مدینه زندگی می‌کردند، ضمن اینکه باید به موضع یقینی و نص اکتفا کرد (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۳۱۵/۶). بنابراین مسیحیان و یهودیانی که در کشورهای اسلامی زندگی می‌کنند، با شرایط مذکور می‌توانند شهادت دهند. یادآوری این نکته ضروری است که چون اهل ذمه شامل زرتشتی‌ها هم می‌شود و بنا بر دیدگاه معتبر، آن‌ها هم اهل کتاب به شمار می‌آیند، لذا شهادت آن‌ها نیز پذیرفته می‌شود (نجفی کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲: ۹؛ بهجت فومنی، ۱۴۲۶: ۴۶۸/۳).

۵-۷. عادل بودن کافر، مطابق دینش

بسیاری از فقیهان این شرط را پذیرفته‌اند (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۱۶۱/۱۴؛ طباطبایی یزدی، بی‌تا: ۴۲۶/۲؛ موسوی خمینی، بی‌تا: ۴۴۲/۲؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۳۴۸/۲۸). صاحب جواهر به این روایت استناد می‌کند و در این باره می‌نویسد:

«ظاهر دیگر روایات نیز همین را می‌رساند و این مطلب را می‌توان از ظاهر سخن خداوند که می‌فرماید: ﴿أَوْ آخِرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾ نیز به دست آورد؛ چون پیش از این عبارت، در مورد دو شاهد مسلمان بیان داشته است که باید عدالت داشته باشند. بنابراین معنای آیه این می‌شود که وصیت، یا با دو نفر عادل مسلمان و یا با دو فرد غیر مسلمان عادل به اثبات می‌رسد» (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۴۹/۲۸).

نراقی در دلالت آیه اشکال می‌کند و درباره روایت حمزه می‌نویسد: این روایت دلالت می‌کند بر اینکه کافر باید در میان اهل و ملت خودش مورد رضایت و پسندیده باشد و مرضی که در روایت آمده، اعم از عادل است و اگر بتوان تحقق عدالت را در غیر مسلمان پذیرفت، در این صورت به واسطه اخباری مانند روایت ابن ابی‌یعفور که بر اشتراط عدالت در شاهد دلالت دارند، می‌توان این شرط را در این بحث اثبات کرد. ابن ابی‌یعفور می‌گوید: به امام صادق علیه السلام عرض کردم که با چه میزانی می‌توان

عدالت شخص را میان مسلمانان شناخت تا بتواند به نفع و یا به ضرر دیگران شهادت دهد و این شهادتش جایز باشد؟ حضرت فرمود:

«ظاهر نبودن عیبی که منافی عدالت باشد و پاکدامنی و خودداری در مقام خوردن و شهوت و دست‌اندازی نکردن به مال دیگران و پاسداشت زبان از ناشایست‌ها و نادرست‌ها، و این‌ها همه به ترک کبائری که خداوند وعده آتش بدان‌ها داده است، شناخته می‌شود؛ مانند شرابخواری، کردار منافی عفت، رباخواری، آزار دادن پدر و مادر، فرار از جبهه جنگ بدون اذن امام، و کارهای دیگر شبیه به این‌ها» (صدوق، ۱۴۱۳: ۳۸/۳-۳۹).

مطابق با روایت مذکور، شاهد باید عادل باشد و به واسطه همین عدالت مورد اطمینان نیز هست.

اما اگر قول اخیر پذیرفته نشود، معنای عدالت اهل ذمه به این معناست که وی مورد رضایت و اطمینان خواهد بود که با روایت یادشده ثابت می‌گردد (نراقی، ۱۴۱۵: ۴۴/۱۸). باید گفت که مراد، همان عادل بودن است و اگر کسی عادل باشد، مورد رضایت و اطمینان نیز هست و نمی‌توان منافاتی در این سخن پیدا کرد؛ چرا که عدالت فرد از چندین راه به دست می‌آید، یکی از این راه‌ها آن است که عدالت به قدری بین مردم شایع باشد که برای ما علم به عدالت او پیدا شود و از هر راهی که اطمینان به عدالت فردی پیدا شود، کافی است (طباطبایی یزدی، بی‌تا: ۲۵/۱). یکی از این راه‌ها هم مرضی بودن است و می‌توان گفت که مرضی بودن به معنای راستگویی در سخن گفتن و امین بودن در عمل است (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۸: ۲۲۱/۲).

۶-۷. حداقل دو نفر بودن

درباره اینکه شاهدان کافر باید دو نفر باشند، اختلافی میان فقها وجود ندارد؛ زیرا ادله حجیت شاهدان کافر مانند آیه و روایات بر این قضیه دلالت می‌کنند. برخی فقیهان به مسئله دیگری که با این بحث مرتبط است، اشاره کرده‌اند که شهادت یک ذمی کافر به همراه یک مسلمان نیز پذیرفته است. دلیل این مطلب اولویت است (حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۲۵/۲۸۶)؛ بدین معنا که وقتی شهادت دو کافر ذمی پذیرفته می‌شود، به طریق اولی شهادت یک ذمی و یک مسلمان نیز پذیرفته می‌شود.

۸. بررسی تعمیم شهادت کافر به غیر از وصیت

بنا بر ادله مستفاد از آیات قرآن و روایات مستفیض از اهل بیت علیهم السلام و نیز نوعی تواتر با عنایت به شرایط مذکور، شهادت کافر کتابی در موضوع وصیت مورد قبول قرار گرفت. اینک سؤال این است که آیا دلیلی بر تعمیم و سرایت این شهادت به مواردی غیر از وصیت وجود دارد؟ با تحلیل و تمسک به شواهدی می توان قائل به چنین تسری و تعمیمی شد که در ادامه به صورت خلاصه ارائه می گردد.

۸-۱. آیات

۸-۱-۱. تعمیم حکم آیه ۱۰۶ سوره مائده

هرچند شأن نزول آیه ۱۰۶ سوره مائده در خصوص وصیت در امور مالی است، اما می توان با تحلیل، آن را به موارد دیگر هم سرایت داد. توضیح مطلب اینکه: اولاً بسیاری از فقها آن را علاوه بر وصیت به وصایت هم تعمیم داده اند؛ زیرا ادله در این باره اطلاق دارند (موسوی خویی، ۱۴۲۲: ۱۰۰/۲؛ مؤمن قمی، ۱۴۲۲: ۴۹۴). ثانیاً بنا بر دیدگاه برخی فقیهان، از آیه عمومیت برداشت می گردد؛ اگرچه از برخی اخبار، ممکن است تخصیص فهمیده شود، ولی از علت بیان شده در روایات می توان عمومیت را به دست آورد (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳: ۳۰۶/۱۲). ممکن است منظور فقیهان از وجود روایاتی دال بر تخصیص، روایاتی باشد که حق مسلمان را غیر قابل تضييع می داند، ولی باز می توان اشکال کرد که ولایت هم برای وصی یک نوع حق است، حتی برای موصی هم تسلط وصی بر طفل یک نوع حق است (نراقی، ۱۴۱۵: ۴۶/۱۸). در روایات، چیزی جز عبارت «لأنه لا یصلح ذهاب حق أحد» که دلالت بر تقييد وصیت به وصیت در اموال نماید، وجود ندارد؛ اما باید گفت که ولایت نیز از حقوق است، آیه و اجماع نیز بر این امر دلالت دارد که وصیت مطلق است و به هیچ مورد خاصی تقييد نشده است (موسوی گلپایگانی، ۱۴۰۵: ۴۳).

بنابراین اگرچه نخست به نظر می رسد که تنها در وصیت است که شهادت کفار پذیرفته می شود، ولی تعلیل عامی که در آخر روایات «لأنه لا یصلح ذهاب حق أحد» آمده است دلالت می کند بر اینکه کفار اضافه بر وصیت در امور مالی، در موارد دیگر

مانند وصایت نیز می‌توانند شهادت دهند؛ زیرا لفظ «حق» اعم از حق مالی و غیر مالی است (مرّوج جزائری، ۱۴۱۶: ۱۲۵/۳) و در هیچ جایی نباید حق کسی ضایع گردد (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۲۱۶/۱). لذا باید گفت که مفهوم وصیت عام است و به غیر از امور مالی، بقیه امور را نیز در بر می‌گیرد و استعمال وصیت در آیه ۱۰۶ سوره مائده یک استعمال عام است و در اخبار خاصه‌ای که وارد شده است، نشانه‌ای وجود ندارد که نشان دهد وصیت تنها به امور مالی اختصاص دارد. بنابراین اطلاق وصیت، چنین اقتضا دارد که گفته شود شامل جواز شهادت در وصیت به امور غیر مالی نیز می‌شود. بنابراین از این تعلیل در روایت می‌توان استفاده کرد که در غیر وصیت نیز شهادت کافر پذیرفته می‌شود، هر چند دیدگاه مخالفی نیز وجود دارد که عمومیت تعلیل را نمی‌پذیرد (حسینی حائری، ۱۴۱۵: ۳۱۴).

۱-۸-۲. امکان شمولیت آیه نبأ بر پذیرش خبر کافر

خداوند می‌فرماید: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا أَنْ تُصِيبُوا قَوْمًا بِمَهَالَةٍ فَتُصِيبُوا عَلَىٰ مَا فَعَلْتُمْ تَادِيبِينَ﴾ (حجرات/۶)؛ اگر فاسقی خبری آورد، فحص و جست‌وجو کنید. تعلیل در آیه بدین نحو است که خداوند مؤمنان را به فحص از خبری که فاسق آورده، امر می‌کند که ممکن است از فحواي آن دریافت شود که شهادت کفار نیز قبول نیست؛ زیرا فاسق به لحاظ معصیت در اعتقاد و عمل در مرتبه پایین‌تر از کافر و یا نهایتاً هم‌مرتبه با اوست، لذا به طریق اولی شهادت کافر قبول نیست. با وجود این، در آیه به جست‌وجو امر شده است و نه عدم پذیرش مطلق قول فاسق! چه بسا مقصود این باشد که همین اندازه که قرآنی حاکی از عدم کذب فاسق و تأثیر فسق او بر شهادت به دست نیاید، در پذیرش او اشکالی نیست. به تعبیر دیگر، محور آیه احراز وثوق به خبر است و اگر پس از بررسی نسبت به خبر فرد فاسق یا کافر، به نحوی از انحاء عرفی اطمینان حاصل شد، مشمول عدم پذیرش نمی‌شود. وانگهی احراز عدالت یا ایمان و... در پذیرش خبر هم جنبه طریقیّت دارند. البته شأن نزول هر دو آیه نشان می‌دهد که شهادت کافر علیه مسلمان پذیرفته نیست (نجفی خمینی، ۱۳۹۸: ۲۸۲/۴؛ کلینی، ۱۴۰۷: ۵/۷؛ بابایی، ۱۳۸۲: ۴۹۶/۴).

۲-۸. تعلیل مستفاد از ادله روایی

عبارت صریحی که نوعی توجیه عقلی هم محسوب می‌شود و به عنوان علت پذیرش شهادت کافر ذکر گردیده، این است که «أنه لا یصلح ذهاب حق أحد...». این عبارت همان گونه که به عدم درستی و صلاحیت از بین رفتن حق کسی در وصیت تصریح می‌کند، اگر در موارد دیگری نیز به دلیل عدم دسترسی به مسلمان عادل، امکان تضييع حقوق مسلمانان باشد، می‌توان به همین علت، شهادت کافر را در آنجا نیز جایز شمرد و مدعی شد که ذکر وصیت از باب نمونه و مصداق بارز است، ولی حکم به آن اختصاص ندارد؛ زیرا این جمله ظهور در علت دارد و از سویی عده‌ای از فقها به آن، برای برداشتن قید سفر تمسک نموده‌اند. لذا این عبارت می‌تواند به عنوان قیاس منصوص العله، حد وسط برای اثبات موارد دیگر قرار گیرد. بنابراین اگر در دیگر مسائل به جز وصیت، به جهت عدم وجود شاهد مسلمان لازم بیاید که حق کسی پایمال شود و از بین برود، شهادت کفار باید پذیرفته شود. نکته حائز اهمیت این است که در روایات، تعلیل عام که در آخر روایات آمده، ملاک قرار گرفته است و اگر قرار بود که حکم در روایت، فقط مستند به نص قرآن باشد که تنها بحث وصیت را مطرح می‌کند، امام علیه السلام به نص قرآن استناد می‌فرمود، نه به این توجیه عقلانی که عام است و در موارد دیگر نیز کاربرد دارد. پس معلوم می‌شود که پذیرفتن شهادت غیر مسلمان در جایی که بیم زوال حق انسان می‌رود، موافق با اصل می‌باشد (آذربایجانی، محلی و فدایی، ۱۳۹۱: ۷۳-۷۲/۳۲).

۳-۸. تنقیح مناط

در تنقیح مناط، مجتهد حکم واقعه‌ای را بر واقعه دیگر به جهت یکی بودن مناط حکم سرایت می‌دهد و فقهای امامیه در صورتی که تنقیح مناط قطعی باشد، آن را معتبر دانسته‌اند (لطفی، ۱۳۸۵: ۱۹۱). از بررسی مجموع روایات مربوط می‌توان استظهار کرد که مناط پذیرش شهادت کافر در سفر، ضرورت است و قید سفر خصوصیت ندارد و ذکر آن از باب ورود مورد غالب یا مصداق افضل می‌باشد. لذا در اینجا تقریر می‌شود که هر جا ضرورت باشد، شرط اسلام برداشته می‌شود و این حالت، مقید به

حالت خاص و یا مورد به خصوصی نیست. به تعبیر دیگر، هر جا که اصل ثانوی ضرورت باشد، شرط اولی یعنی اسلام برداشته می‌شود و ضرورت در اینجا به معنای چاره نداشتن و مجبور بودن به پذیرش حالتی است که در شرایط عادی پذیرفته نمی‌شود. برای تأیید این استدلال می‌توان به قاعده «الضرورات تبيح المحظورات» و نیز روایت ابن سنان از امام صادق عليه السلام تمسک کرد (صدوق، ۱۳۸۶: ۵۰۹/۲). در این روایت به عنوان «ضرورت»، به پذیرش شهادت زنان، شهادت قابله، و آنچه که مردان نمی‌توانند در آن بنگرند و نیز پذیرش شهادت اهل کتاب و شهادت کودکان تصریح شده است.

۴-۸. قیاس اولویت

قیاس اولویت در صورتی معتبر است که مستفاد از فحوای خطاب باشد؛ به گونه‌ای که ثبوت حکم در غیر منطوق، به دلیل قوی‌تر بودن علت حکم در آن، قطعی و ناگزیر باشد. در غیر این صورت، سریان حکم از مورد منصوص به غیر منصوص جایز نیست. عده‌ای آن را از باب حجیت ظهور لفظ معتبر دانسته‌اند، نه از باب قیاس؛ زیرا مفهومی که از آیه مذکور استفاده می‌شود، به گونه دلالت التزامی آن است و از این اولویت، به فحوای خطاب، لحن خطاب و مفهوم موافق نیز تعبیر می‌شود (جناتی، ۱۳۷۰: ۲۹۹). اینک استدلال بدین صورت است که وقتی در شرایط خاص و ضروری، پذیرش شهادت کافر در وصیت جایز است، موارد دیگری که به لحاظ اهمیت و ابتلا و از جهت حقوقی از وصیت مهم‌ترند، به طریق اولی باید مجاز به پذیرش شهادت کافر در موقع نبود مسلمان عادل باشند. ممکن است اشکال شود که در امور مهم نمی‌توان به شهادت کافر اعتماد کرد و لذا شهادت کافر در خصوص وصیت که اهمیت کمتری دارد، به کار می‌رود. در پاسخ می‌توان گفت که در قیاس اولویت که منصوص العله و حجت می‌باشد، وقتی وجود علت منصوص در مقیس، از مقیس علیه قوی‌تر باشد، محور استنباط حکم، احراز همان علت است و احتمال ظنی اهم و مهم محتمل (موضوع) معتبر نیست، مگر دلیل خاصی اقامه شود و علت منصوص را مختص به همان موضوع کند. ضمن اینکه بر فرض تحمل و پذیرش چنین احتمالی، موردی برای قیاس اولویت باقی نمی‌ماند. بنابراین بسیاری از فقهای شیعه، چنین حالتی را حتی قیاس هم نشمرده‌اند؛ بلکه از باب

عمل به ظاهر عموم تعلیل و حجیت ظواهر که به بنای عقلا ثابت است، حجت شمرده‌اند (مظفر، ۱۳۸۸: ۱۷۷/۲).

۸-۵. تمسک به ملاکات احکام ثانویه

گاهی بررسی تعمیم شهادت کافر به موارد غیر وصیت، به لحاظ احکام اولیه و با نظر به عناوین اولیه صورت می‌گیرد و گاهی از باب ضرورت و با لحاظ حکم ثانوی، که در صورت دوم، حل مسئله ساده‌تر است. توجیه مطلب این است که با توجه به قاعده منع تنفیر از دین،^۱ اگر اصرار بر یک تفسیر و مفهوم از موضوعی که قابلیت تفاسیر متعدد باشد، به گونه‌ای صورت گیرد که نتیجه آن، مورد مخالفت عموم مسلمانان در درجه اول و بقیه آحاد جامعه در درجه دوم باشد، باید آن حکم را تحدید و تعدیل کرد؛ مثلاً اگر اجرای حکم سنگسار موجب دلزدگی مردم از اصل دین و ایجاد نفرت شود و یا موجب شود که در سطح دنیا نسبت به دین اسلام، تنفر ایجاد شود، لازم است برای حفظ و تقویت اصل دین اسلام، اجرای آن حکم متوقف شود. بنابراین امروز احترام به عقاید مسالمت‌آمیز دیگران به عنوان یک ارزش عرفی پذیرفته شده است. لذا اصل برابری انسان‌ها اقتضا می‌کند که هر چیزی مثل تبعیض در شهادت، اگر موجب بدبینی نسبت به اصل دین میان جهانیان و نیز تفرقه بین مؤمنان به ادیان الهی و بلکه مسلمانان شود، به طور موقت ترک گردد تا زمینه مساعد اجرای آن فراهم شود.

۹. قسم شاهدان ذمی پس از شهادت

یکی از مسائلی که به نظر می‌رسد در تکمیل حجیت استناد به شهادت کافران ذمی معتبر است، قسم آن‌ها می‌باشد که به شهادتشان ضمیمه می‌گردد؛ چنان که هم فقیهان به این مسئله اشاره کرده‌اند و هم در آیه قرآن به آن اشاره شده است: ﴿فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ﴾ (مائده/ ۱۰۶). ممکن است گفته شود که نیاز به قسم کافران ذمی در صورتی است که

۱. «انجام هر عملی که موجب بیزاری و نفرت مردم از دین شود، حرام است. حتی اگر عمل به یک حکم الزامی هم موجب گریزان شدن مردم از دین شود، می‌توان و بلکه باید از عمل به آن خودداری کرد؛ جز در مورد احکامی که شارع مقدس در هیچ حال راضی به ترک آن نیست» (نوبهار، ۱۳۸۴: ۱۳۵).

شک در شهادت آن‌ها به وجود بیاید. فقیهان در پاسخ گفته‌اند: تا هنگامی که علم به درستی شهادت آن‌ها حاصل نشود، ارتیاب و شک در صحت گفتارشان وجود دارد؛ بنابراین به قسم آن‌ها نیز نیاز می‌باشد (حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۲۵/۲۸۸).

نتیجه‌گیری

شهادت کافر ذمی علیه مسلمان در فقه پذیرفته نیست و دلایل و شواهد زیادی نیز از آیات و روایات برای آن وجود دارد که نشان می‌دهد کافر در مورد دعاوی بین مسلمانان یا جرایم عمومی که مسلمانان مرتکب می‌شوند، نمی‌تواند شهادت بدهد. شهادت غیر مسلمان علیه مسلمان فقط به عنوان اماره و قرینه پذیرفته است؛ زیرا در اماره و قرینه، شرایط شرعی و قانونی که برای شاهد است، لازم نیست. در آیین دادرسی اسلامی، شاهد باید مسلمان باشد و شهادت غیر مسلمان مسموع نیست؛ زیرا قبول آن بر خلاف آیه شریفه ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ است. اما بر اساس ادله نقلی (کتاب و سنت) و نیز اجماع و با لحاظ شرایطی نظیر نبود شاهد مسلمان، مورد مالی، در سفر بودن، عدالت کافر کتابی و...، شهادت کافر در مسئله وصیت پذیرفته شده است. در این پژوهش ضمن بررسی دیدگاه‌ها در خصوص پذیرش شهادت کافر، ابتدا ادله عدم پذیرش مورد بررسی قرار گرفت و آنگاه ادله پذیرش شهادت کافر در وصیت تقریر و بررسی گردید و در نهایت، فرضیه اصلی که تعمیم شهادت کافر به موارد دیگری غیر از وصیت می‌باشد، مورد استدلال قرار گرفت و با تمسک به تعلیل منصوص مستفاد از روایات، قاعده تنقیح مناط، قیاس اولویت و تعمیم حکم آیه، سرایت پذیرش وصیت کافر به موارد دیگر به اثبات رسید.

کتاب شناسی

۱. آذربایجان، علیرضا، محمد محلی، و اسماعیل فدایی، «بررسی مفاهیم "شرط ایمان در شهادت" در فقه امامیه و حقوق ایران»، فصلنامه حقوق اسلامی، سال نهم، شماره ۳۲، بهار ۱۳۹۱ ش.
۲. آملی، محمد تقی، مصباح الهدی فی شرح العروة الوثقی، تهران، بی نا، ۱۳۸۰ ق.
۳. ابن ابی عقیل عمانی، حسن بن علی، حیاة ابن ابی عقیل و فقهه، قم، مرکز معجم فقهی، ۱۴۱۳ ق.
۴. همو، مجموعه فتاوی ابن ابی عقیل، قم، بی نا، بی تا.
۵. ابن اثیر جزری، مجدالدین ابوالسعادات مبارک بن محمد، النهایة فی غریب الحدیث و الاثر، قم، اسماعیلیان، بی تا.
۶. ابن ادریس حلّی، محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۷. ابن جنید اسکافی، محمد بن احمد، مجموعه فتاوی ابن جنید، تصحیح علی پناه اشتهازدی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
۸. ابن داود حلّی، تقی الدین حسن بن علی، کتاب الرجال، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۳ ق.
۹. ابن زهره حلبی، سیدحمزة بن علی حسینی، غنیة النزوع الی علمی الاصول و الفروع، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۷ ق.
۱۰. ابن شهر آشوب مازندرانی سروری، محمد بن علی، معالم العلماء، نجف اشرف، المطبعة الحیدریه، ۱۳۸۰ ق.
۱۱. ابن طیبی فقعانی، زین الدین علی بن علی بن محمد، الدر المنضود فی معرفة صیغ النیات و الایقات و العقود، شیراز، مکتبه مدرسه امام العصر علیه السلام العلمیه، ۱۴۱۸ ق.
۱۲. ابوصلاح حلبی، تقی الدین بن نجم الدین، الکافی فی الفقه، تصحیح رضا استادی، اصفهان، کتابخانه عمومی امام امیرالمؤمنین علیه السلام، ۱۴۰۳ ق.
۱۳. احمدی، حسین علی، «قاعدہ فقهی نفی سلطه کافر بر مسلمان»، مجله درس های از مکتب اسلام، شماره ۶، شهریور ۱۳۸۳ ش.
۱۴. اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان الی احکام الایمان، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
۱۵. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، تهران، اسلامی، ۱۳۷۲ ش.
۱۶. بابایی، احمدعلی، برگزیده تفسیر نمونه، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۸۲ ش.
۱۷. بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۱۸. برقی، ابوجعفر احمد بن محمد بن خالد، رجال البرقی (الطبقات)، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۳ ق.
۱۹. بهجت فومنی، محمدتقی، جامع المسائل، چاپ دوم، قم، دفتر معظم له، ۱۴۲۶ ق.
۲۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲ ش.
۲۱. جمعی از مؤلفان، مجله فقه اهل البيت علیهم السلام، قم، دائرة المعارف فقه اسلامی، بی تا.
۲۲. جناتی، محمدابراهیم، منابع اجتهاد، تهران، کیهان، ۱۳۷۰ ش.
۲۳. جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح، تاج اللغة و صحاح العربیه، بیروت، دار العلم للملایین، ۱۴۱۰ ق.
۲۴. حائری شاه باغ، سیدعلی، شرح قانون مدنی، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲ ش.

۲۵. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعه*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۰۹ ق.

۲۶. همو، *هدایة الامة الی احکام الائمة علیهم السلام*، مشهد، مجمع البحوث الاسلامیه، ۱۴۱۲ ق.

۲۷. حسینی تفرشی، سیدمصطفی بن حسین، *نقد الرجال*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۸ ق.

۲۸. حسینی حائری، سیدکاظم، *القضاء فی الفقه الاسلامی*، قم، مجمع اندیشه اسلامی، ۱۴۱۵ ق.

۲۹. حسینی روحانی، سیدمحمدصادق، *فقه الصادق علیه السلام*، قم، دارالکتاب، ۱۴۱۲ ق.

۳۰. حسینی طهرانی، سیدمحمدحسین، *ولایت فقیه در حکومت اسلام*، مشهد، علامه طباطبائی، ۱۴۲۱ ق.

۳۱. حسینی عمیدی، سیدعمیدالدین عبدالمطلب بن محمد اعرج، *کنز الفوائد فی حل مشکلات القواعد*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.

۳۲. حمیری، نشوان بن سعید، *شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکلوم*، بیروت، دار الفکر المعاصر، ۱۴۲۰ ق.

۳۳. دینانی، عبدالرسول، *ادله اثبات دعوا در امور کیفری و مدنی*، تهران، تدریس، ۱۳۸۶ ش.

۳۴. سبحانی تبریزی، جعفر، *نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الاسلامیة الغراء*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۸ ق.

۳۵. شبیری زنجانی، سیدموسی، *کتاب نکاح*، قم، رای پرداز، ۱۴۱۹ ق.

۳۶. صدوق، محمد بن علی بن حسین بن موسی بن بابویه قمی، *علل الشرائع*، قم، کتاب فروشی داوری، ۱۳۷۸ ق.

۳۷. همو، *من لایحضره الفقیه*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.

۳۸. صیمری بحرانی، مفلح بن حسن، *غایة المرام فی شرح شرائع الاسلام*، بیروت، دار الهمدانی، ۱۴۲۰ ق.

۳۹. طباطبائی حائری، سیدعلی بن محمدعلی، *الشرح الصغیر فی شرح المختصر النافع*، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۹ ق.

۴۰. طباطبائی قمی، سیدتقی، *هدایة الاعلام الی مدارک شرائع الاسلام*، قم، محلاتی، ۱۴۲۵ ق.

۴۱. طباطبائی زدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، *العروة الوثقی مع تعلیقات المنتظری*، بی جا، بی نا، بی تا.

۴۲. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *التخلاف*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق. (الف)

۴۳. همو، *الفهرست*، تهران، المکتبه المرتضویه، بی تا.

۴۴. همو، *المبسوط فی فقه الامامیه*، تهران، المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ ق.

۴۵. همو، *تهذیب الاحکام*، چاپ چهارم، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق. (ب)

۴۶. همو، *رجال الطوسی*، چاپ سوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۷ ق.

۴۷. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیه*، حاشیه سیدمحمد کلانتر، قم، کتاب فروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.

۴۸. همو، *مسالك الافهام فی شرح شرائع الاسلام*، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.

۴۹. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال الدین مکی، *الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.

۵۰. همو، *غایة المراد فی شرح نکت الارشاد*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۴ ق.

۵۱. علامه حلّی، ابومنصور جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *تبصرة المتعلمین فی احکام الدین*، تحقیق و تصحیح محمدهادی یوسفی غروی، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۱۱ ق.

آموزه های فقه مدنی / بهار - تابستان ۱۴۰۰ / شماره ۳۳

۵۲. همو، *تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۰ ق.
۵۳. همو، *تذکره الفقهاء*، چاپ قدیم، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۳۸۸ ق.
۵۴. همو، *تذکره الفقهاء*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۴ ق.
۵۵. همو، *رجال العلامة الحلّی*، چاپ دوم، نجف، المطبعة الحیدریه، ۱۳۸۱ ق.
۵۶. همو، *قواعد الاحکام فی معرفة الحلال والحرام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق. (الف)
۵۷. همو، *مختلف الشیعة فی احکام الشریعه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق. (ب)
۵۸. غفوری، محمد، *اصول دیپلماسی در اسلام و رفتار پیامبر صلی الله علیه و آله و سلم*، تهران، مهاجر، ۱۳۷۸ ش.
۵۹. فیض کاشانی، محمد محسن بن شاه مرتضی، *الشافی فی العقائد والاخلاق والاحکام*، تهران، دار نشر اللوح المحفوظ، ۱۴۲۵ ق.
۶۰. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، *الکافی*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۶۱. گیلانی قمی، میرزا ابوالقاسم بن محمد حسن، *جامع الشتات فی اجوبة السؤالات*، تهران، کیهان، ۱۴۱۳ ق.
۶۲. لطفی، اسدالله، *اصول فقه*، تهران، مجد، ۱۳۸۵ ش.
۶۳. مازندرانی، محمد هادی بن محمد صالح، *شرح فروع الکافی*، قم، دار الحدیث للطباعة و النشر، ۱۴۲۹ ق.
۶۴. مازندرانی خواجه، محمد اسماعیل بن حسین بن محمد رضا، *الفوائد الرجالیه*، مشهد، مجمع البحوث الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۶۵. مجلسی دوم، محمد باقر بن محمد تقی، *الوجیزة فی الرجال*، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۲۰ ق.
۶۶. همو، *ملاذ الخیار فی فهم تهذیب الاخبار*، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۶ ق.
۶۷. محقق حلّی، نجم الدین جعفر بن حسن همدانی، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۶۸. محقق داماد، سید مصطفی، *قواعد فقه*، چاپ دوازدهم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۶۹. محمدی ری شهری، محمد، *میزان الحکمه*، تهران، دار الحدیث، ۱۳۸۴ ش.
۷۰. مروج جزائری، سید محمد جعفر، *هدی الطالب فی شرح المکاسب*، قم، دار الکتب، ۱۴۱۶ ق.
۷۱. مظفر، محمد رضا، *اصول الفقه*، چاپ چهارم، بیروت، دار التعارف، ۱۳۸۸ ق.
۷۲. مکارم شیرازی، ناصر، *برگزیده تفسیر نمونه*، تنظیم احمد علی بابایی، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۸ ش.
۷۳. مؤمن قمی، محمد، *مبانی تحریر الوسیلة - القضاء والشهادات*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۲ ق.
۷۴. موسوی بجنوردی، سید حسن بن آقابزرگ، *القواعد الفقهیة*، تصحیح مهدی مهریزی و محمد حسن درایتی، قم، الهادی، ۱۴۱۹ ق.
۷۵. موسوی خمینی، سید روح الله، *تحریر الوسیله*، قم، دار العلم، بی تا.
۷۶. همو، *زیدة الاحکام*، تهران، سازمان تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۴ ق.
۷۷. موسوی خوئی، سید ابوالقاسم، *مبانی تکملة المنهاج*، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۲۲ ق.
۷۸. همو، *معجم رجال الحدیث و تفصیل طبقات الرجال*، بی جا، بی تا، ۱۴۱۸ ق.
۷۹. موسوی گلپایگانی، سید محمد رضا، *کتاب الشهادات*، قم، سید الشهداء علیهم السلام، ۱۴۰۵ ق.
۸۰. نجفی، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.

٨١. نجفی خمینی، محمدجواد، تفسیر آسان، تهران، اسلامیة، ١٣٩٨ ق.
٨٢. نجفی کاشف الغطاء، حسن بن جعفر بن خضر، انوار الفقاهة - کتاب الشهادات، نجف اشرف، مؤسسة کاشف الغطاء، ١٤٢٢ ق.
٨٣. نراقی، احمد بن محمد مهدی، مستند الشيعة فی احکام الشريعة، قم، مؤسسة آل البيت عليه السلام لاحیاء التراث، ١٤١٥ ق.

شناسایی طلاق به عوض به عنوان یکی از اقسام طلاق در فقه امامیه و حقوق مدنی*

- محمد فرزندگان^۱
- سمیه ظهوری^۲
- سیدحسن حسینی مقدم^۳

چکیده

از جمله مباحث اختلافی میان فقها در باب طلاق آن است که آیا طلاق که در مقابل پرداخت عوض از ناحیه زوجه به زوج واقع می‌شود، تنها به دو قسم طلاق خلع و مبارات خلاصه می‌شود و یا اینکه می‌توان در کنار این دو نوع از طلاق، قسم سومی نیز در نظر گرفت که طلاق به عوض به معنای خاص یا طلاق فدییه نامیده می‌شود. مشهور فقها اعتقاد دارند که با توجه به نصوصی از آیات و روایات، اخذ فدییه در مقابل طلاق از ناحیه مرد تنها در صورت وجود

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۰/۱۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۲/۱۷.

۱. استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر (نویسنده مسئول) (mohfarzanegan@gmail.com).

۲. استادیار دانشکده علوم انسانی و اجتماعی دانشگاه گلستان (sozohuri@gmail.com).

۳. استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر (s.h.hoseinimoghadam@umz.ac.ir).

کراهت مجاز بوده (خلع و مبارات) و در صورت عدم وجود کراهت، حکم به عدم حلیت فدیه و رجعی بودن طلاق داده‌اند. اما مطابق با رأی غیر مشهور فقها به نظر می‌رسد که در آیه و روایات وارده، کراهت شرط لازم برای طلاق در مقابل اخذ فدیه نیست؛ بلکه تنها شرط ضروری برای انجام طلاق در مقابل پرداخت عوض آن است که بیم نقض حدود الهی میان زوجین وجود داشته باشد که این مورد اعم از کراهت است و بدون وجود کراهت نیز امکان نقض حدود الله و پذیرش وقوع طلاق به عوض وجود دارد. بنابراین با توجه به عدم وجود منع در شرع و قانون و عموماً هم‌چون عقد صلح می‌توان بر صحت چنین طلاق‌ی نظر داشت.

واژگان کلیدی: طلاق به عوض، فدیه، کراهت، حدود الهی، توافق

زوجین.

۱. طرح مسئله

در فقه و قانون مدنی، طلاق ایقاعی است در دست مرد و در این میان، مواردی وجود دارد که این طلاق به علت وجود کراهت، بر اساس توافق زوجین و به صورت خلع و مبارات صورت می‌گیرد. میان فقها و به تبع آنان، در بین عالمان علم حقوق اختلاف عقیده وجود دارد که آیا ممکن است بدون وجود هیچ گونه کراهتی و در سازگاری اخلاقی و توافق زوجین، در قبال پرداخت عوض از ناحیه زوج، طلاق واقع گردد یا خیر؟ که به این نوع طلاق، عنوان طلاق به عوض یا طلاق فدیه داده‌اند. از نظر تاریخی، آنچه بدون هیچ گونه اختلافی از ناحیه فقهای عامه و خاصه مورد پذیرش قرار گرفته و در اصل آن خلافتی مشاهده نمی‌شود، امکان تحقق طلاق در مقابل عوض در صورت وجود کراهت میان زوجین به دو شکل طلاق خلع و مبارات است؛ بدین نحو که عنصر کراهت، رکن و شرط لازم برای تحقق این دو نوع از طلاق است (حسینی روحانی قمی، ۱۴۱۲: ۱۱۲/۲۳). به گفته اکثر فقها، این اجماع عقیده و عدم اختلاف تا زمان شهید ثانی بوده و اول شخصی که فرض امکان وقوع طلاق در مقابل عوض بدون وجود هر گونه کراهتی میان زوجین را پذیرفت، شهید ثانی در کتب شرح لمعه و مسالک بوده است (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۳۸۶/۹) و از آن پس پاره‌ای دیگر از فقها

به تبع وی این موضوع را مطرح نمودند و از مشروع بودن چنین طلاقى سخن به میان آوردند (خوانساری، بی‌تا: ۴۲۰).

برای مشاهده اختلاف عقیده در این باب می‌توان از شیخ یوسف بحرانی در کتاب *الحدائق الناضرة* مثال آورد که بیان می‌دارد کلام شهید ثانی در این مقال از افحش اوهام است و جای شگفتی است از برخی معاصران ما از علمای عراق که در این مسئله (طلاق به عوض) به آنچه شهید ثانی گفته اعتراف کرده‌اند و به صحت اقوال او، یعنی طلاق زنان و جدایی آنان از شوهرانشان و حلّیت فدیّه بدون کراهت حکم نموده‌اند (بحرانی، ۱۴۰۵: ۵۷۵/۲۵). در نقطه مقابل او، میرزای قمی قرار دارد که در کتاب *رسائل* خود بیان می‌کند که وی مدت چهل سال در موضعی موافق با سیدمحمد عاملی در کتاب *نهایة المرام* (موسوی عاملی، ۱۴۱۱: ۱۳۸/۲) عقیده داشته که این نوع از طلاق به کلی باطل است؛ اما در سن هفتاد سالگی در بلوغ سنی و امراض جسمانی به این نتیجه نائل آمده که این نوع از طلاق صحیح بوده و بر صحت آن حکم نموده است (قمی، ۱۴۲۷: ۴۵۵/۱).

نظر مشهور در فقه بر این است که طلاق بائن به صورت طلاق به عوض از ناحیه شرع تأیید نشده و روایات شیعه نیز اصل را رجعی بودن طلاق دانسته و مواردی را که طلاق بائن بوده، به صراحت برشمرده است و در میان انواع طلاق بائن نیز ذکری از طلاق به عوض به میان نیامده است. بنابراین نمی‌توان با توافق، طلاق بائن جدیدی را ایجاد نمود (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶: ۵۰). قانون مدنی نیز به تبعیت از نظر مشهور فقها، چنین طلاقى را از اقسام طلاق بائن ذکر نکرده و ماده ۱۱۴۵ قانون مدنی، تمامی موارد طلاق بائن را به صورت حصری ذکر کرده است (محقق داماد، ۱۳۸۷: ۴۲۲) و در مقابل هستند برخی که ظاهر را صحت این قسم از طلاق می‌دانند (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۴۵۴/۲).

حال سؤال اساسی که این پژوهش در پی پاسخ آن برآمده، این است که آیا طلاق به عوض در کنار طلاق خلع و مبارات، نوعی طلاق مستقل به حساب می‌آید و وقوع جدایی بدون وجود کراهت با اجرای این طلاق ممکن است یا خیر؟ در این مجال سعی می‌گردد با بررسی دلایل آرای موافق و مخالف فقها و حقوق‌دانان حول این محور و

کنکاش در قانون مدنی، پاسخی در خور و شایسته به این سؤالات داده شود.

۲. اقسام طلاق در مقابل عوض

در فقه مرسوم است که طلاق را به چهار قسم طلاق حرام، مکروه، واجب و مستحب (سنت) تقسیم می‌نمایند. طلاق حرام طلاق است که واجد ارکان ضروری طلاق نباشد؛ مانند اینکه زن در طهر موقوفه باشد. طلاق مکروه به طلاق گفته می‌شود که اخلاق زوجین با یکدیگر سازگار باشد. طلاق واجب همان طلاق ایلاء وظهارکننده است و در نهایت، طلاق سنت به مواردی اطلاق می‌شود که بین زوجین اختلاف وجود داشته و امیدی به رفع آن نباشد و از طرفی احتمال وقوع در معصیت وجود دارد. طلاق سنت در معنای عامی نیز استعمال می‌شود که در مقابل طلاق حرام قرار می‌گیرد (عاملی جبعی، ۱۴۳۰: ۶۱۳/۲).

طلاق سنت به معنای اعم، طلاق است که با جمع ارکان و شرایط صحت واقع شده و به اعتبار آثار آن به دو گروه بائن و رجعی تقسیم می‌شود. منظور از طلاق رجعی طلاق است که در دوران عده، حق رجوع از طلاق برای مرد وجود دارد و در نقطه مقابل آن، طلاق بائن قرار می‌گیرد. قانون مدنی در ماده ۱۱۴۵، اقسام طلاق بائن را برشمرده و بدین وسیله نشان داده که رجعی بودن، موافق با اصل و طبیعت حقوقی طلاق است (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۲۶۵).

از جمله طلاق‌های بائنی که در ماده ۱۱۴۵ قانون مدنی به شمارش در آمده، طلاق خلع و مبارات است. اصولاً فقها طلاق خلع و مبارات را طلاق به عوض می‌دانند (موسوی خمینی، بی‌تا: ۳۵۴/۲). ماده ۱۱۴۶ قانون مدنی در تعریف خلع بیان می‌کند:

«طلاق خلع آن است که زن به واسطه کراهتی که از شوهر خود دارد، در مقابل مالی که به شوهر می‌دهد، طلاق می‌گیرد؛ اعم از اینکه مال مزبور، عین مهر یا معادل آن یا بیشتر و یا کمتر از مهر باشد».

طلاق مبارات نیز به مانند طلاق خلع، نوعی از طلاق در مقابل پرداخت عوض بوده و از نظر ساختمان حقوقی، با خلع همانندی دارد؛ با این تفاوت که کراهت از جانب هر

دو طرف بوده و عوض نیز نباید زائد بر میزان مهر باشد.^۱

در تقسیم‌بندی دیگر، برخی فقها ابتدا طلاق را با توجه به وجود و یا عدم وجود عوض تقسیم نموده‌اند. به این صورت که چنانچه در مقابل طلاق، عوض وجود نداشته باشد، طلاق رجعی بوده و اگر در مقابل طلاق، عوضی قرار گیرد، طلاق بائن خواهد بود و این قسم دوم، خود سه نوع خواهد بود: ۱- کراهت صریحاً از ناحیه زوجه باشد که در این صورت طلاق خلع خواهد بود؛ ۲- کراهت از ناحیه هر دو طرف زوج و زوجه باشد که طلاق مبارات نامیده می‌شود؛ ۳- کراهت در هیچ یک از طرفین نباشد که اصطلاحاً طلاق به عوض یا طلاق فدیة نامیده می‌شود و در صحت این طلاق اشکال شده است (انصاری دزفولی، ۱۴۲۱: ۱۵۸؛ قمی، ۱۴۲۷: ۴۸۶/۱).

در میان فقها اختلاف است که آیا در کنار طلاق‌های خلع و مبارات می‌توان طلاق دیگری قرار داد که در مقابل پرداخت عوض واقع شود و وجود عنصر کراهت در آن شرط نباشد، یا اینکه طلاق در مقابل پرداخت عوض، تنها به دو شیوه معروف خود یعنی خلع و مبارات واقع می‌گردد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۱۹۵).

۳. بررسی نظرات و ادله پیرامون آن

آن گونه که بیان شد، اقوال و نظرات مختلفی راجع به طلاق به عوض یا طلاق فدیة مطرح شده که جملگی را می‌توان به دو دسته تقسیم نمود؛ دسته اول، آن گروه از فقها و حقوق‌دانانی هستند که طلاق به عوض را صرفاً در دو نوع خلع و مبارات خلاصه می‌کنند و هر گونه طلاق در قبال پرداخت عوض، خارج از این دو نوع را صحیح نمی‌دانند. اما دسته دیگر بر این باورند که در کنار خلع و مبارات، نوع دیگری از طلاق به نام طلاق به عوض وجود دارد.

۳-۱. عدم صحت (مشروعیت) طلاق به عوض

مشهور فقها امکان وقوع طلاق در مقابل پرداخت عوض را تنها در قالب طلاق‌های

۱. در فقه، خلع و مبارات این گونه تعریف شده است: «الخلع وهو النزاع وهو إزالة قيد النكاح بالقول دالاً عليه بفدية من الزوجة وكراهة للزوج من دون كراهة لها» (نجفی کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۷۶). «المباراة وهي لغة المفارقة وشرعاً عبارة عن طلاق بعوض مع كراهة كل في الزوجين الآخر» (همان: ۹۵).

خلع و مبارات صحیح می‌دانند و اعتقادی به وقوع طلاق به عوض ندارند (حسینی روحانی قمی، ۱۴۱۲: ۱۱۲/۲۳) و تا زمان شهید ثانی، تمامی فقها بر این عقیده بوده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۱۹۵). فائلان به عدم صحت، دلایلی را به شرح ذیل برای نظر خود ذکر کرده‌اند:

۱- مهم‌ترین دلیلی که مخالفان صحت طلاق به عوض یادآور می‌شوند، این است که فقها بر این امر اتفاق نظر دارند که طلاق به عوض تنها به دو شکل خلع و مبارات امکان وقوع دارد و خارج از این دو نوع طلاق نمی‌توان حکم به وقوع طلاق در مقابل عوض نمود (نجفی، ۱۴۰۴: ۵۸/۳۳) و کلام فقها در این باب به طور متفق، واضح و منسجم بر این قرار گرفته که بینونت و حلیت فدیة تنها در صورت کراهت ممکن است و در غیر وجود کراهت، نه فراقی حاصل خواهد شد و نه اخذ فدیة حلال خواهد بود (بحرانی، ۱۴۰۵: ۵۷۲/۲۵).

برای مثال، شهید اول در کتاب *لمعه*، طلاق خلع را بدون کراهت از جانب زن صحیح ندانسته و بیان داشته که اگر طلاق واقع شود و کراهتی نباشد، بذل فدیة باطل بوده و طلاق رجعی خواهد بود (عاملی جزینی، ۱۴۱۰: ۱۹۹).^۱ برخی دیگر چنین بیان نموده‌اند که اگر مرد، زن را طلاق خلع دهد، در حالی که در سازگاری اخلاقی باشند (عدم وجود کراهت)، خلع صحیح نبوده و مرد مالک فدیة نمی‌شود (محقق حلّی، ۱۴۰۸: ۴۱/۳).^۲ علامه نیز در *قواعد دقیقاً همین* مضمون را ذکر کرده است (علامه حلّی، ۱۴۲۳: ۱۵۷/۳).^۳ و چنین بیانی در کتب فقها به وفور مشاهده می‌شود.

۲- از دیگر دلایل ذکر شده در این خصوص، استناد به آیه شریفه ﴿وَلَا يَجِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ حَفِظْتُمُ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ (بقره/ ۲۲۹) است؛ با این استدلال که آیه مذکور به صراحت و روشنی بر این امر تأکید دارد که اخذ فدیة از زن در غیر مورد خوف بر عدم اقامه

۱. «لا يصح الخلع إلا مع كراهيتها ولو طلقها ولم تكره، بطل البذل ووقع الطلاق رجعيًا».

۲. «لو خالعتها والأخلاق ملتزمة، لم يصح الخلع ولا يملك الفدية».

۳. «ولو خالعتها والأخلاق ملتزمة، لم يصح الخلع ولا يملك الفدية، ولو طلقها -حينئذ- بعوض لم يملكه، ووقع رجعيًا».

حدود الله، حلال نخواهد بود و آن هم با کراهت و نفرت است که بروز می‌نماید. بنابراین در جایی که اخلاق زوجین سازگار بوده و کراهتی در میان نباشد، حدود الله نقض نخواهد شد و اخذ فدیة هم حلال نخواهد بود و لذا طلاق بائن نخواهد بود (بحرانی، ۱۴۰۵: ۵۷۰/۲۵).

۳- روایاتی وجود دارد دال بر عدم حلیت اخذ مالی توسط زوج از زوجه، مگر در صورت بیان جملائی قبیح که دلالت بر کراهت زن نسبت به مرد داشته باشد؛ از جمله می‌توان به صحیحہ محمد بن مسلم از امام صادق ع اشاره نمود:

«إِذَا قَالَتِ الْمَرْأَةُ لِرَوْجِهَا جُمْلَةً لَا أُطِيعُ لَكَ أَمْرًا مَفْسُورَةً أَوْ غَيْرَ مَفْسُورَةٍ، حَلَّ لَهَا مَا أَخَذَتْ مِنْهَا وَلَيْسَ لَهَا عَلَيْهَا رَجْعَةٌ» (صدوق، ۱۴۱۳: ۴۲۳/۳)؛ هنگامی که زن به شوهر خود گفت که دیگر فرمان تو را اطاعت نخواهم کرد، چه توضیح بدهد و چه توضیح ندهد، بر مرد حلال است آنچه را که زن برای دادن طلاق به او می‌بخشد، بگیرد و مرد حق رجوع نخواهد داشت.

در این رابطه، برخی فقها معتقدند که روایت مذکور، حاکی از آن است که زوج بدون وجود کراهت نمی‌تواند مالی از زوجه اخذ کند (بحرانی، ۱۴۰۵: ۵۷۱/۲۵) و از آنجا که در طلاق به عوض کراهتی وجود ندارد، اخذ فدیة نیز جایز نبوده و عوضی در مقابل اجرای طلاق از ناحیه زوج قرار نمی‌گیرد و طلاق مزبور به صورت رجعی واقع می‌شود و یا بنا بر قول غیر مشهور، این طلاق از اساس باطل خواهد بود؛ چرا که در این حالت، طلاق با قصد اخذ فدیة واقع گشته و در صورت منتفی شدن فدیة، طلاق نیز منتفی خواهد شد (سبزواری، ۱۴۲۳: ۳۸۴/۲). در این رابطه، برخی نیز روایاتی اعم از صحیح و حسن را با این مضمون در کنار یکدیگر جمع نموده‌اند (خوانساری، بی‌تا: ۴۲۳).

۴- آنچه از کلام فقها استنباط می‌گردد آن است که در طلاق، اصل بر رجعی بودن است، مگر آنکه برای بائن بودن آن دلیل ارائه گردد (موسوی گلپایگانی، ۱۴۰۹: ۱۴۶/۳)؛ فاضل موحدی لنگرانی، ۱۴۲۵: ۳۹۵) و دلیلی که اثبات نماید طلاق در مقابل عوض بدون کراهت از جمله طلاق‌های بائن است، وجود ندارد. بنابراین باید گفت که پرداخت عوض مشروعیت نداشته و باطل است و بر این مبنا، طلاق انجام‌شده نیز از اساس باطل

خواهد بود و یا اینکه به صورت رجعی واقع می‌گردد.

۵- برخی چنین ایراد نموده‌اند که فقها در طلاق خلع و مبارات، کراهت را شرط نموده و بر عدم حلیت اخذ فدیة تأکید داشته‌اند، تنها از آن جهت که تقلیلی در طلاق خلع ایجاد گردد و از موارد طلاق و انحلال نکاح کاسته شود. حال چنانچه بدون این شرط، قائل به صحت این طلاق باشیم، این عقیده با غرض و غایتی که موجب آن حکم بوده، در تعارض است (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۴: ۳۹۲)؛ چرا که طلاق امری مذموم بوده^۱ که با این حکم، بر گسترش و فراگیر شدن آن تعاون خواهد شد.

۳-۲. صحت (مشروعیت) طلاق به عوض

۱- اولین دلیلی که مخالفان صحت طلاق به عوض به آن تمسک جسته‌اند، اجماع و اتفاق نظر فقهاست مبنی بر اینکه طلاق در مقابل عوض تنها به دو صورت خلع و مبارات صحیح است و این دو نوع، قسم سومی نخواهند داشت و همان گونه که بیان گردید، به نظرات فقهای گران قدر در لابه‌لای کتب فقهی ایشان استناد شده است. فارغ از این بحث که آیا در خصوص این موضوع، به واقع می‌توان فرض وقوع اجماع را با تمامی شرایط لازم آن مطرح نمود یا خیر، باید دقت لازم را مبذول داشت که میان موضوع اجماع ادعایی و آنچه قائلان به صحت طلاق به عوض بیان می‌دارند، تفاوت بسیار وجود دارد؛ به این صورت که با اندکی دقت در کلام فقها روشن می‌گردد که ایشان آن گونه که از نصوص آیات و روایات برمی‌آید، نسبت به اشتراط کراهت در طلاق خلع اجماع دارند، به نحوی که در اکثر کتب فقهی در باب خلع و مبارات، بحثی پیرامون «لو خالعهما والأخلاق ملتئمة، لم یصح الخلع» شده است (اصفهانی، ۱۴۱۶: ۱۸۱/۸) و به وضوح مشاهده می‌شود که آنان کراهت را در خلع و مبارات شرط می‌دانند، اما این مورد در صورتی دلیل بر عدم صحت طلاق به عوض خواهد بود که به موازات آن، فقها نیز اجماع داشته باشند بر اینکه طلاق به عوض، از اقسام طلاق خلع است، وگرنه بدیهی است که وجود اجماع بر ضرورت لزوم یک شرط در ایجاد خلع، مانع از

۱. «ما أحلَّ الله شيئاً أبغض إليه من الطلاق» (ابن ابی‌جمهور احسائی، ۱۴۰۵: ۱/۱۶۵).
تا توانی پا مینه اندر فراق / أبغض الأشياء عندی الطلاق

مشروعیت قسم دیگری از طلاق نخواهد بود. ظاهر آن است که طلاق به عوض متفاوت و جدای از طلاق خلع است؛ اگرچه که در بعضی احکام اشتراک دارند (خوانساری، بی تا: ۴۲۰).

۲- از جمله دلایل ذکر شده در باب لزوم وجود کراهت اخذ فدیة در طلاق که در مقابل پرداخت عوض واقع می شود، استناد به آیه شریفه ۲۲۹ سوره مبارکه بقره است. مستفاد از آیه این است که هر گاه رابطه زوجین به نحوی درآید که بیم نقض حدود الهی برود و مظنه ترک حقوق زوجیت به میان آید، زوج می تواند با گرفتن مالی از زوجه، او را طلاق دهد. بنابراین ملاک در آیه شریفه، عدم اقامه حدود الله است و این مفهوم اعم از کراهت است. به عبارت دیگر، آنچه از نظر قرآن ملاک قرار گرفته، عدم آمادگی زن برای زندگی است و این امر با عدم کراهت از ناحیه زوجه منافاتی ندارد و شاید بتوان این گونه گفت که منظور از کراهت، چیزی بیش از این نیست که زوجه تمایلی به زوج نداشته باشد و آماده تمکین و اطاعت از وی نباشد و مراد از عدم اقامه حدود الهی همین است که زوجه از زوج اطاعت نکند (محقق داماد، ۱۳۸۷: ۴۲۳).

از این اشکال که چشم پوشی شود، برخی اشکال دیگری بر این نظر - که آیه مذکور تنها شامل طلاق خلع خواهد بود - وارد کرده اند، با این بیان که هر گاه عوض در طلاق به عوض، غیر از صداق یا مهریه باشد نیز مغایرتی با مدلول آیه مذکور نخواهد داشت؛ زیرا از عبارت «مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ»، استرداد عین صداق استفاده می شود و شأن نزول آیه هم استرداد عین صداق بوده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۱۹۶). بنابراین چنانچه مالی که زوجه به زوج برای مطلقه شدن خود می پردازد، غیر از مهریه دریافتی اش باشد، خارج از عموم آیه خواهد بود و ایراد منکران طلاق به عوض دفع می شود.

همچنین بیان شده که مستفاد از سیاق آیه و عبارت «وَلَا يَجِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ» آن است که آنچه جایز نیست، اخذ مالی است که سابقاً به عنوان مهر پرداخت شده است به صورت قهر و غلبه و بدون طیب نفس و رضایت زوجه، و نه در صورت معامله ای شرعی با حصول مراضات (قمی، ۱۴۲۷: ۸۲۱/۱).

۳- قائلان به عدم صحت طلاق خلع در توجیه این نظر خود، علاوه بر آیه شریفه به نصوصی از روایات تمسک بسته اند؛ از قبیل روایت محمد بن مسلم از امام صادق ع:

که این روایت و روایات مشابه (حز عاملی، ۱۴۰۹: ۲۲/۲۷۹-۲۸۲) دلالت بر آن دارد که زوج بدون وجود کراهت نمی‌تواند مالی را در عوض طلاق از زوجه دریافت نماید. اما این خبر و اخبار مشابه آن به خلاف آنچه ادعا شده، تنها جواز اخذ فدیة را معلق به تعدی در کلام به اختلاف مراتب نموده‌اند و این روایات دلالتی بر لزوم وجود کراهت و اشتراط اظهار آن ندارد (خوانساری، بی‌تا: ۴۲۴). همان طور که بیان گردید، دلیلی که سبب صدور این گونه آراء شده، یکی دانستن و اعتقاد به وحدت ماهیت، آثار و شرایط طلاق خلع و طلاق به عوض بوده است؛ در حالی که با دقت در آرای فقها به خصوص فقهای متقدم روشن می‌گردد که آنان لزوم وجود کراهت و یا ابراز آن را در این آیه و روایات فقط برای خلع و مبارات دانسته (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۲/۷۲۴؛ موسوی عاملی، ۱۴۱۱: ۱۳۷/۲) و تنها در همین حیطة ادعا اجماع نموده‌اند و نمی‌توان بی‌دلیل این اجماع را به انواع دیگر طلاق تسری داد.

۴- برخی برای ناموجه شناساندن و غیر مشروع دانستن طلاق به عوض با اتخاذ شیوه سلبی بیان کرده‌اند که آنچه از کلام فقهای متقدم و متأخر برمی‌آید آن است که طلاق تنها به دو شکل رجعی و بائن است. طلاق بائن نیز تمامی اقسام آن شمارش شده و طلاق به عوض غیر از خلعین (خلع و مبارات) وجود ندارد (قمی، ۱۴۲۷: ۱/۵۸۵).

برای مثال ابن ادریس در سرائر اقسام طلاق را این گونه ذکر کرده است:

«طلاق بر دو نوع است: رجعی و بائن، و طلاق بائن به چهار دسته تقسیم می‌شود: ۱- طلاق زن غیر مدخوله، ۲- طلاق صغیر که به سن حیض نرسیده است، ۳- طلاق زنی که با گذشتن از پنجاه سال، دیگر عادت نمی‌شود، ۴- طلاقی که در مقابل بذل و عوض از جانب زوجه واقع می‌شود که خلع و مبارات نامیده می‌شود» (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۲/۶۶۷).

در پاسخ باید بیان داشت که اولاً عدم ذکر طلاق به عوض در اقسام طلاق، دلیلی بر عدم مشروعیت آن نمی‌باشد؛ چرا که در ادامه به طور مفصل خواهد آمد که طلاق به عوض در ماهیت، جدای از انواع طلاق‌های ذکر شده از ناحیه فقها نیست و آنچه فقهای همچون ابن ادریس اظهار داشته‌اند - که از جمله طلاق‌های بائن، طلاق‌هایی است که در مقابل پرداخت عوض واقع می‌شود و آن هم به دو نوع خلع و مبارات

تقسیم می‌شود. کاملاً صحیح است؛ چرا که منظور ایشان طلاقی است که در ذات و ماهیت خود در مقابل عوض قرار گیرد و این عوض در ماهیت آن باشد و این امر حاصل نمی‌شود مگر در طلاق‌های خلع و مبارات؛ در حالی که در طلاق به عوض، آنچه به عنوان عوض پرداخت می‌شود، داخل در ماهیت و ذات این طلاق نیست (قمی، ۱۴۲۷: ۵۸۶/۱).

۵- اینکه گفته شده حکم کردن به صحت طلاق به عوض، در تنافی است با غرض و غایت احکامی چون کراهت در طلاق خلع که موجب ضیق شدن دایره طلاق - که از نظر شرع و اجتماع امری ناپسند است - می‌شود، چندان صحیح به نظر نمی‌رسد. پذیرفتنی است که اصل طلاق به ظاهر مخالف با طبیعت ازدواج بوده و فراگیر شدن ازاله پیوند زناشویی، بنیان خانواده را که اساس و پایه اجتماع است، سست نموده و زیان فراوانی برای فرزندان در پی دارد، اما از همین طلاق به عنوان بد ضروری یاد می‌شود، هر چند که امری مذموم و ناپسند است (صفایی و امامی، ۱۳۸۷: ۱/۲۲۶-۲۲۷). انجام طلاق در برخی موارد مستحب و بلکه واجب خواهد بود (عاملی جزینی، ۱۴۱۰: ۱۹۴؛ عاملی و ساوجی، ۱۴۲۹: ۷۰۶). اعتقاد به صحت طلاق به عوض بدین معنا نیست که طلاق به هر نحوی و تحت هر شرایطی مجاز است، بلکه باید تمامی شرایط لازم برای طلاق رعایت شود؛ برای مثال در حال حاضر برابر مقررات، جریان طلاق با طی تشریفات از طریق دادگاه صورت می‌پذیرد و جدای از تمامی این موارد - همان گونه که بیان شد - برابر آیه شریفه مذکور در جایی که بیم نقض حدود الهی برود - هر چند که کراهتی در میان نباشد و یا اینکه کراهت وجود داشته باشد، ولی ابراز نشده باشد - اخذ فدیة در برابر طلاق برای مرد جایز است و لذا این رعایت حدود الهی و رجوع به دادگاه و اخذ حکم از دادگاه، در مجموع شروطی را تشکیل خواهد داد که همچون سدی در برابر گسترش لجام گسیخته طلاق خواهد بود.

۳-۳. نقد و بررسی

مشاهده گردید که قائلان به هر یک از دو نظر صحت و عدم صحت (مشروعیت و یا عدم مشروعیت) طلاق به عوض، دلایلی برای رأی خود آورده‌اند. برخی با تکیه بر

نصوصی از آیه و روایات بیان نموده‌اند که دریافت مال توسط مرد در قبال طلاق همسرش تنها در صورتی مجاز است که زن از شوهرش کراهت داشته باشد و این کراهت به نحوی در زندگی مشترک آنان بروز کند که موجب زیر پا گذاشتن حدود الهی شود. در غیر این صورت، اخذ آن مال بر مرد حرام است و به دلالت روایات و کلام فقها - که ادعای اجماع نسبت به آن شده است- این طلاق به دو روش خلع و مبارات صورت می‌گیرد و ایشان قائل به وحدت مبنا، ماهیت، آثار و احکام طلاق به عوض و خلع هستند و از آنجا که گفته شد در طلاق به عوض، وجود کراهت شرط نمی‌باشد، لذا طلاق به عوض را مشروع نمی‌دانند.

به نظر می‌رسد که باید با قائلان به صحت و مشروعیت طلاق به عوض همراهی نمود. از آنجا که مطابق آنچه سابقاً بیان گردید، آیه و روایات استنادی مخالفان، دلالتی بر لزوم وجود کراهت در طلاق در مقابل پرداخت عوض ندارد، بلکه آنچه از مفهوم موافق و مخالف این نصوص استفاده می‌شود آن است که اخذ فدیة در صورتی جایز می‌گردد که بیم تجاوز از حدود الهی و عدم تمکین زن در مقابل شوهرش در میان باشد و این می‌تواند اعم از وجود یا عدم وجود کراهت باشد، لذا از این بابت تعارضی میان نصوص استنادشده و اصل طلاق به عوض نمی‌باشد.

این صحیح است که در اغلب موارد، کراهت زوجه از زوج است که باعث ترک حقوق زوجیت و نقض حدود الهی می‌شود و شاید به همین دلیل بوده که برخی گمان کرده‌اند که این آیه صرفاً به مشروعیت اخذ فدیة در طلاق خلع نظر دارد، اما واقع امر آن است که گاهی ممکن است به علل و اسبابی خاص بی‌آنکه کراهتی وجود داشته باشد، بیم آن رود که زوجه از ایفای تکالیف خود شانه خالی کند و در نهایت یکی از واجبات الهی زیر پا گذاشته شود؛ برای مثال در جایی که زوجه تمایل شدید به زندگی در کنار پدر و مادر خود دارد و در عین حال، زوج به علت مسائل شغلی باید به خارج از کشور عزیمت کرده و در آنجا اقامت نماید، در اینجا هیچ‌گونه کراهتی از ناحیه زوجه نسبت به زوج مشاهده نمی‌شود، حال چنانچه زوجه به علت وابستگی شدید به پدر و مادرش نخواهد با همسر خود در این سفر و اقامت در خارج از کشور همراهی

کند، به یقین تکلیف خود را نسبت به تمکین از شوهر انجام نداده^۱ و در نتیجه به حدی از حدود الهی تجاوز خواهد شد که در این صورت می‌تواند مصداق آیه ۲۹۹ سوره بقره واقع شود. یعنی در عین حالی که هیچ‌گونه رد پایی از کراهت مشاهده نمی‌شود، چنانچه زوج در قبال بذل مهریه، زوجه را طلاق دهد، مطابق نص آیه مذکور این طلاق صحیح خواهد بود و در عین حالی که طلاق در مقابل پرداخت عوض انجام شده، ولی به علت عدم وجود کراهت، این طلاق از نوع خلع نیست؛ چرا که کراهت رکن ضروری و شرط لازم برای خلع است. حال چنانچه مطابق قول مشهور، قائل به عدم صحت طلاق به عوض باشیم، باید بر خلاف نص قرآن چنین طلاقی را مشروع به‌شمار نیاوریم.

باید توجه داشت که مراد فقها از اینکه در صورت سازگاری اخلاقی و بدون کراهت، اخذ فدیة جایز نیست، موردی است که زوجین بدون وجود کراهت، قصد طلاق خلع با صیغه خلع را داشته‌اند (قمی، ۱۴۲۷: ۵۸۳/۱) و از آنجا که در خلع، کراهت شرط است، ناگفته پیداست که خلع باطل بوده و زوج نیز مالک فدیة نخواهد شد. اما آنان نسبت به موردی که سازگاری اخلاقی بین زوجین وجود دارد و زوج در قبال دریافت مالی، زوجه را بدون قصد خلع و بدون اجرای صیغه خلع طلاق می‌دهد، اظهارنظر نکرده‌اند. بنابراین به نظر می‌رسد کلام فقهای متقدم، فارغ از بحث طلاق به عوض است.

از طرفی طلاق به عوض ماهیتاً متفاوت از طلاق خلع و مبارات است؛ به این صورت که در این دو نوع طلاق، عوض داخل در ماهیت آنهاست، در حالی که در طلاق به عوض، مالی که زوجه به زوج می‌دهد، خارج از ذات آن است و عمومات تراضی بر پایه «أوفوا بالعقود» و همچنین عقودی مانند صلح، بر امکان وقوع چنین طلاقی صحت می‌گذارد (همان: ۵۸۹/۱).

۱. در این باره می‌توان موارد دیگری را نیز به عنوان مثال یاد کرد: از جمله اینکه در عین تفاهم اخلاقی، مرد توانایی مالی کافی و مناسب برای اداره زندگی را نداشته باشد و یا اینکه زوج بنا به دلایلی مانند زندانی بودن، توانایی سکونت مشترک با زوجه را نداشته باشد. البته این مثال‌ها در صورتی کارایی دارد که به عسر و حرج زوجه نرسیده باشد؛ زیرا عسر و حرج خود دلیلی مستقل برای طلاق محسوب می‌شود و قاعداً در آن عنصر کراهت مشهود است.

۴. صور ممکن برای انعقاد طلاق به عوض

طلاق ایقاعی است تشریفاتی که به اراده شوهر واقع می‌شود.^۱ قانون مدنی در ماده ۱۱۳۳ این امر را تأیید نموده و چنین می‌نماید که اراده شوهر بر این ایقاع حکومت دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۱۳۴). اما در این میان، اقسامی از طلاق وجود دارد که از ایقاع کمی فاصله گرفته و به عقد می‌ماند. در فقه امامیه و به تبع آن در قانون مدنی از طلاق خلع و مبارات بحث شده که نوعی طلاق با توافق طرفین است. برخی اعتقاد دارند که در فقه و قانون مدنی، طلاق با توافق طرفین پیش‌بینی نشده است؛ زیرا طلاق ناشی از اراده مرد و حق و اختیار اوست و رضایت یا عدم رضایت زوجه، تأثیری بر موضوع نخواهد داشت. آری، چنانچه منظور آن باشد که اراده زن به مانند اراده مرد به یک میزان در انشاء طلاق مؤثر باشد، صحیح است و طلاق با این معنا در فقه (حداقل نظر مشهور) و قانون مدنی مورد شناسایی واقع نشده است (صفایی و امامی، ۱۳۸۷: ۲۵۱/۱). اما نمی‌توان این را نادیده انگاشت که زن ناراضی فدیة‌ای به شوهر می‌دهد تا در برابر آن طلاق بگیرد. در نقطه مقابل نیز شوهر با قبول فدیة، طلاق را انشاء می‌کند و بر این مبنا توافقی صورت می‌پذیرد که یک طرف آن عوض و طرف دیگر طلاق قرار دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۱۳۶). توافق صورت گرفته سبب آن شده که نسبت به ماهیت طلاق خلع و مبارات آراء و نظرات گوناگونی از ناحیه فقها و حقوق‌دانان صادر شود.

هرچند که طلاق به عوض و خلع و مبارات شباهت بسیاری به هم دارند تا جایی که برخی این دو را یکی پنداشته‌اند، اما به هر روی، اختلاف عقیده نسبت به ماهیت طلاق به عوض بیشتر است. میرزای قمی صورتهایی را برای تبیین صور این نوع از طلاق به نحوی مشروح بیان نموده است:

۱- صلح یکی از اعمال حقوقی است که امکان درج طلاق به عوض در ذیل آن ممکن است. بنابراین طلاق به عوض یکی از عوضین، عقد صلح به حساب خواهد آمد؛ به این صورت که زن به شوهرش می‌گوید صلح کردم با تو این فدیة را در مقابل اینکه مرا طلاق دهی و سپس مرد نیز او را طلاق دهد. عموماً عقد صلح، این مورد را هم

۱. «قال رسول الله ﷺ: الطلاق بيد من أخذ بالساق» (مازندرانی خواجه‌نوی، ۱۴۱۱: ۲۹/۱).

شامل می‌شود (قمی، ۱۴۲۷: ۴۹۸/۱) و اینکه بیان شده عقد صلح بین مسلمانان جایز است، مگر اینکه حلالی را حرام و یا اینکه حرامی را حلال کند (طوسی، ۱۴۰۷: ۲۲۶/۶) و طلاق به عوض داخل در اصل جواز عقد صلح است.

۲- ممکن است طلاق به عوض، به عنوان شرطی در ضمن عقد لازمی گنجانده شود؛ برای مثال، زن می‌تواند مهریه خود را در مقابل چیزی به مرد صلح نماید و در ضمن این عقد صلح شرط گردد که مرد، زن را طلاق گوید و یا اینکه زن مالی را به شوهرش بفروشد و در ضمن عقد بیع، طلاق خود را شرط کند. عموم «المؤمنون عند شروطهم»، صحت شرط فوق را تأیید می‌کند. طلاق در مقابل پرداخت عوض بر این طلاق صدق می‌کند؛ چرا که شرط، قسطی از ثمن است و تملک عوض در مقابل طلاق حاصل شده است (قمی، ۱۴۲۷: ۵۰۶/۱).

۳- از دیگر موارد، اندراج این طلاق در عقد جعاله است؛ به این معنا که زن فدیة را جعل در مقابل عمل طلاق از ناحیه زن قرار می‌دهد.^۱ نام طلاق در مقابل عوض بر این طلاق نیز صادق است (همان: ۵۰۷/۱) و در کلام فقها نیز بر صحت قرار دادن جعل در مقابل طلاق تصریح شده است (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۳۸۶/۹؛ علامه حلی، ۱۴۲۳: ۱۶۳/۳؛ اصفهانی، ۱۴۱۶: ۲۱۱/۸).

۴- طلاق می‌تواند به عنوان عوض در هبه معوض شرط گردد؛ یعنی زوجه مالی (فدیة) را به زوجه هبه می‌نماید و در ضمن آن شرط می‌شود که زوج او را طلاق دهد.^۲ (قمی، ۱۴۲۷: ۴۸۰/۱).

۵- ممکن است در ضمن طلاق شرط گردد که زن مالی به شوهر بدهد؛ یعنی به صورت شرط ضمن ایقاع (همان: ۵۱۸/۱). در این خصوص بین فقها و حقوق دانان اختلاف زیادی وجود دارد؛ چرا که از یک طرف برای واقع گشتن ایقاع تنها یک اراده لازم است و برای ایجاد شرط ضمن آن، نیاز به توافق دو اراده است. فارغ از امکان

۱. جعاله عبارت است از التزام شخصی به ادای اجرت معلوم در مقابل عملی اعم از اینکه طرف، معین باشد یا غیر معین (ماده ۵۶۱ ق.م.).

۲. هبه ممکن است معوض باشد و بنابراین واهب می‌تواند شرط کند که متهب مالی را به او هبه کند یا عمل مشروعی را مجاناً به جا آورد (ماده ۸۰۱ ق.م.).

وقوع شرط ضمن ایقاع که در میان فقها و حقوق دانان طرفدارانی دارد^۱ (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۱۳۲)، نظر مشهور راجع به طبیعت حقوقی طلاق خلع و مبارات، همین نظر است (صفایی و امامی، ۱۳۸۷: ۲۹۴/۱).

۶- گنجاندن طلاق در یک عقد معوض به عنوان یکی از عوضین، و عوضی که در مقابل آن قرار می‌گیرد، مالی است که زوجه در ازای طلاق به زوج می‌دهد. عموم آیه شریفه ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ نیز این مورد را در بر می‌گیرد (قمی، ۱۴۲۷: ۴۸۷/۱). آنچه در خصوص طبیعت یا ماهیت حقوقی طلاق به عوض باید مدنظر قرار گیرد، آن است که آیا عوض در ذات یا اصل طلاق وارد می‌شود و یا اینکه طلاق خود به‌عنوان سازمان حقوقی ویژه و خاص است؟^۲

برخی در پذیرش طلاق به صورت معاوضه تردید نموده و قبول آن را دشوار می‌دانند و بیان می‌کنند که جدایی زن و شوهر پدیده‌ای است که اجتماع درباره روی دادن و آثار آن، نفع مستقیم دارد و طلاق سازمان حقوقی ویژه‌ای است که قانون آن را اداره می‌کند و به حکم یا اذن دادگاه واقع می‌شود. چنین سازمانی که در آن، وضع مدنی اشخاص مطرح است، نمی‌تواند موضوع مبادله قرار گیرد و به سان یکی از دو عوض معامله نگریسته شود (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۲۷۵).

باید دقت نمود که در طلاق به عوض، عوض داخل در ماهیت طلاق نیست، بلکه از عوارض آن است؛ چنان که عوض در هبه، داخل در ماهیت آن نیست، بلکه جنبه فرعی در آن دارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۱۹۸). ماهیت طلاق به جای خود باقی و همیشه ایقاع خواهد بود و نمی‌توان گفت که در طلاق به عوض، زوجه نیز در انشاء طلاق دخیل است؛ بلکه طلاق تنها با یک اراده، آن هم اراده زوج واقع می‌گردد. ولی همین طلاق به عنوان یک عمل حقوقی مستقل می‌تواند در یک معامله معوض، یکی از عوضین واقع گردد، بی‌آنکه به ماهیت و ساختار آن خللی وارد آید و یا اینکه قواعد امری طلاق به واسطه آنکه در یک تراضی دیگر وارد شده، نقض گردد. بنابراین طلاق

۱. در کتب فقهی در باب عتق، شرط ضمن ایقاع به صراحت پذیرفته شده است (قمی، ۱۴۲۷: ۵۲۶/۱).
 ۲. میرزای قمی این مورد را در ذیل یک بحث لغوی (بیان معنی الطلاق المضاف إلى العوض) مطرح نموده که «الطلاق علی عوض» است و یا «الطلاق بعوض» (همان: ۴۸۸/۱).

به عوض در واقع طلاق است با تمام شرایط لازم، و علت بائن بودنش آن است که در برابر یک عوض قرار گرفته است؛ کما اینکه در طلاق خلع و مبارات این گونه است، وگرنه بذاته طلاق رجعی خواهد بود. اما چون طلاق عمل حقوقی است که واجد ویژگی‌های خاص و آثار متفاوت است، به همین دلیل چنانچه طلاق به عنوان یک عوض در عقدی مانند صلح قرار گیرد، در صورت منتفی شدن عوض دیگر، از تمامی قواعد معاوضات تبعیت نمی‌شود و طلاق باطل نخواهد شد، بلکه از حالت بائن خارج شده و به اصل خود که رجعی بودن است، باز می‌گردد.

ایراد شده که نکاح و طلاق، از امور عبادی است و متفاوت از دیگر عقود و ایقاعات؛ بنابراین گنجاندن آن در عقود همچون صلح، سخت مورد تردید است (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۴: ۳۹۲). در جواب باید گفت که اولاً طلاق یک عمل عبادی صرف نیست، بلکه شاید بتوان گفت که جنبه معاملی آن بر جنبه عبادی‌اش غلبه دارد و عمل حقوقی غیر مالی است و هیچ ایراد یا مانعی وجود ندارد که یک عمل حقوقی غیر مالی نتواند مورد معامله قرار گیرد.

از طرف دیگر، جهت معامله نیز قطعاً مشروع است؛ چرا که اولاً طلاق فی نفسه امری مشروع است. ثانیاً در میان فقها نیز طلاق بدون کراهت طرفدارانی دارد که می‌تواند مشروعیت آن را توجیه نماید. ثالثاً در قانون، هیچ نصی دال بر مخالفت صریح با این طلاق وجود ندارد که با عموماً ماده ۱۰ قانون مدنی نیز هماهنگی دارد.

با توجه به جمیع مطالب فوق به نظر می‌رسد با توجه به نظام حقوقی ما می‌توان طلاق به عوض را در قالب عقد صلح پذیرفت (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۱۹۸). زن در مقابل مالی که به شوهر خود صلح می‌کند، از او می‌خواهد که وی را طلاق دهد و عموماً عقد صلح و گستره آن و پذیرش چنین نظری در میان فقها و حقوق دانان، قالب عقد صلح را برای طلاق به عوض تأیید می‌نماید. البته بدیهی است که طلاق همچنان در ماهیت خود، ایقاعی مستقل است که در عقد صلح گنجانده شده است.

۱. قانون مدنی در ماده ۲۱۶ در تعریف مورد معامله مقرر می‌کند: «مورد معامله باید مال یا عملی باشد که هر یک از متعاملین، تعهد تسلیم و ایفای آن را می‌کند» و به نظر می‌رسد مانعی وجود ندارد که این عمل، عمل حقوقی غیر مالی باشد.

نتیجه‌گیری

در میان فقها، بر سر پذیرش مشروعیت و صحت طلاق به عوض و عدم پذیرش آن اختلاف است و به تبع آن، این اختلاف عقیده در میان حقوق‌دانان هم وجود دارد. برخی فقها به تبعیت از شهید ثانی، اخذ فدیة در برابر طلاق بدون وجود کراهت (طلاق به عوض یا طلاق فدیة) را پذیرفته‌اند؛ اما مشهور فقها با عنایت به نصوصی مانند آیه شریفه ۲۲۹ سوره مبارکه بقره و برخی روایات در این رابطه، اخذ هر گونه فدیة از زن جهت طلاق، بدون وجود کراهت را صحیح نمی‌دانند و از آنجا که عوضی در مقابل این طلاق وجود ندارد، طلاق انجام‌شده بائن نخواهد بود.

مستفاد از آیه شریفه مذکور و دیگر روایات مرتبط، آن است که اخذ مال (صداق پرداخت‌شده) از زوجه در مقابل طلاق، در صورتی مجاز است که بیم تجاوز از حدود الهی برود و برای حفظ حدود الهی، مرد می‌تواند آنچه را که سابقاً به زن به عنوان صداق پرداخت کرده، بازپس گیرد و در مقابل، همسر خویش را طلاق دهد. این بیم نقض حدود الهی ممکن است که هم به واسطه وجود کراهت زوجه نسبت به زوج واقع گردد و هم بدون آن. لذا نصوص مذکور، منعی از طلاق در مقابل عوض بدون وجود کراهت ندارند و دیگر اینکه آنچه آیه مذکور در ظاهر از آن منع نموده، بازپس‌گیری مالی است که سابقاً به عنوان مهریه پرداخت شده و چنانچه مال دیگری در قبال طلاق پرداخت گردد، از شمول آیه خارج است.

قانون مدنی نسبت به طلاق به عوض ساکت است. به نظر می‌رسد با توجه به سکوت قانون مدنی، پذیرش این طلاق در میان برخی فقها و عدم منع قانون نسبت به آن، انجام این گونه طلاق در نظام حقوقی ما ممکن باشد.

طلاق به عوض ممکن است به طرق مختلفی واقع گردد که آنچه بیشتر با نظام حقوقی ما و پیشینه فقهی سازگار می‌نماید، گنجاندن این طلاق در قالب عقد صلح است؛ به این صورت که زن مالی را به شوهر خود صلح نموده و در مقابل، طلاق خود را از شوهرش می‌خواهد و شوهر نیز در برابر قبول آن مال، همسرش را طلاق می‌دهد.

کتاب شناسی

۱. ابن ابی جمهور احسایی، محمد بن زین الدین علی بن ابراهیم، *عوالی الثانی العزیزیه فی الاحادیث الدینیہ*، قم، دار سیدالشهداء علیہ السلام للنشر، ۱۴۰۵ ق.
۲. ابن ادريس حلی، محمد بن منصور بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۳. انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین، *صیغ العقود والایقاعات*، قم، مجمع انديشه اسلامی، ۱۴۲۱ ق.
۴. بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *حقوق خانواده*، چاپ دوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۶ ش.
۶. همو، رهن و صلح، چاپ سوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۸ ش.
۷. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعه*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۰۹ ق.
۸. حسینی روحانی قمی، سید محمد صادق، *فقه الصادق علیه السلام*، قم، دار الکتاب - مدرسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۲ ق.
۹. حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح بن علی، *العناوین الفقهیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۱۰. خوانساری، آقا جمال الدین محمد بن آقا حسین بن محمد، *التعلیقات علی الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، قم، المدرسة الرضویة، بی تا.
۱۱. سیحانی تبریزی، جعفر، *نظام الطلاق فی الشریعة الاسلامیة الغراء*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۴ ق.
۱۲. سبزواری، محمد باقر بن محمد مؤمن، *کفایة الاحکام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۳ ق.
۱۳. صدوق، محمد بن علی بن حسین بن موسی بن بابویه قمی، *من لایحضره الفقیه*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۱۴. صفایی، سید حسین، و اسدالله امامی، *حقوق خانواده*، چاپ یازدهم، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۷ ش.
۱۵. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، *تهذیب الاحکام*، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۱۶. عاملی، شیخ بهاء الدین محمد بن حسین، و نظام الدین محمد بن حسین ساوجی، *جامع عباسی و تکمیل آن*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۹ ق.
۱۷. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، قم، دار العلم، ۱۴۳۰ ق.
۱۸. همو، *مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۱۹. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال الدین مکی، *اللمعة الدمشقیة فی فقه الامامیه*، بیروت، دار التراث - الدار الاسلامیه، ۱۴۱۰ ق.
۲۰. علامه حلی، ابو منصور جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۳ ق.
۲۱. فاضل موحدی لنگرانی، محمد، *جامع المسائل*، قم، امیر قلم، ۱۴۲۵ ق.
۲۲. فاضل هندی، بهاء الدین محمد بن حسن اصفهانی، *کشف اللثام والابهام عن قواعد الاحکام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
۲۳. قمی، میرزا ابوالقاسم بن محمد حسن، *رسائل المیرزا القمی*، تحقیق عباس تبریزیان، قم، دفتر تبلیغات اسلامی - شعبه خراسان رضوی، ۱۴۲۷ ق.

۲۴. کاتوزیان، ناصر، حقوق خانواده، چاپ هفتم، تهران، میزان، ۱۳۸۹ ش.
۲۵. همو، حقوق مدنی - ابقاع، چاپ سوم، تهران، میزان، ۱۳۸۴ ش.
۲۶. مازندرانی خواجویی (خاتون آبادی)، (محمد) اسماعیل بن حسین بن محمدرضا، الرسائل الفقهیه، قم، دار الكتاب الاسلامی، ۱۴۱۱ ق.
۲۷. محقق حلّی، نجم‌الدین جعفر بن حسن هذلی، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۲۸. محقق داماد، سیدمصطفی، بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن. چاپ پانزدهم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۷ ش.
۲۹. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، تحریر الوسیله، قم، دار العلم، بی تا.
۳۰. موسوی عاملی، سیدمحمد بن علی، نهاية المرام فی شرح مختصر شرائع الاسلام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۱ ق.
۳۱. موسوی گلپایگانی، سیدمحمدرضا، مجمع المسائل، چاپ دوم، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۰۹ ق.
۳۲. نجفی، محمدحسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۳۳. نجفی کاشف‌الغطاء، حسن بن جعفر بن خضر، انوار الفقاهة - کتاب الطلاق، نجف اشرف، مؤسسه کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲ ق.

اعتبارسنجی

شرط ادخال غیر موقوف‌علیهم در وقف*

- محمدحسن قاسمی^۱
- غلامرضا یزدانی^۲
- مجید استاد مؤدب خوشرو^۳

چکیده

وقف از اعمال حقوقی‌ای است که بعد از انشای آن، رابطه واقف با مال موقوفه قطع شده و هیچ حق عینی‌ای برای واقف نسبت به موقوفه باقی نمی‌ماند. از این رو، این سؤال مطرح شده است که آیا واقف می‌تواند در ضمن وقف، شرط کند که بتواند در آینده افراد جدیدی را به موقوف‌علیهم اضافه نماید یا خیر؟ در صورتی که عقد مطلق باشد، تقریباً عموم محققان و فقها بر این باورند که به علت گسسته شدن رابطه واقف با مال موقوفه، امکان ادخال و اضافه کردن افراد جدید به موقوف‌علیهم نیست. ولی در صورت اشتراط امکان ادخال افراد

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۸/۶ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۲/۳.

۱. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق دانشگاه علوم اسلامی رضوی (ghasemimohammadhasan@yahoo.com).
۲. استادیار گروه حقوق دانشگاه علوم اسلامی رضوی (نویسنده مسئول) (ygholamreza1@gmail.com).
۳. طلبه سطح ۳ فقه و حقوق خصوصی مدرسه علمیه عالی نواب (majidomk1@yahoo.com).

جدید به موقوف علیهم، بین محققان اختلاف نظر وجود دارد. گروهی شرط را باطل دانسته و لذا برای واقف امکان اضافه کردن افراد جدید را ممکن نمی‌دانند. در مقابل، گروهی شرط را صحیح دانسته و به اقتضای «المؤمنون عند شروطهم»، برای واقف چنین حقی را قائل هستند.

در نوشته حاضر که مبتنی بر روش توصیفی - تحلیلی است، این نتیجه به دست آمده است که چنانچه مفاد شرط، تسلط واقف بر تصرف در موقوفه و ادخال هر کسی که اراده کند، در موقوف علیهم باشد، چنین شرطی باطل است.

واژگان کلیدی: وقف، موقوف علیهم، واقف، شرط.

مقدمه

نهاد وقف امروزه در اکثر کشورها به ویژه کشورهای با اقتصاد بزرگ مورد توجه قرار گرفته و به عنوان اقتصاد بخش سوم، اهمیت ویژه‌ای پیدا کرده است. در حقوق ایران، مقررات وقف عمدتاً در قانون مدنی و ضمن مواد ۵۵ تا ۹۰ آمده است. مطالب مربوط به وقف که در قانون مدنی منعکس شده است، علی‌رغم پختگی نسبی، با ابهامات و اجمال‌گویی‌های متعددی همراه است؛ از جمله ماده ۶۱ قانون مدنی مقرر می‌دارد:

«وقف بعد از وقوع آن به نحو صحت و حصول قبض لازم است و واقف نمی‌تواند از آن رجوع کند یا در آن تغییری بدهد یا از موقوف علیهم کسی را خارج کند یا کسی را داخل در موقوف علیهم نماید...».

یکی از نکات مورد تأکید در این ماده، این است که بعد از تحقق وقف، واقف نمی‌تواند کسی را از موقوف علیهم خارج و یا شخصی را داخل موقوف علیهم نماید. ابهامی که در این ماده وجود دارد این است که عدم امکان ادخال افراد در موقوف علیهم یا اخراج از آن، مقتضی ذات وقف بوده و در نتیجه، شرط خلاف آن در هنگام انشای وقف، امکان‌پذیر نمی‌باشد و یا اینکه عدم امکان اخراج یا ادخال غیر موقوف علیهم، مقتضی اطلاق وقف بوده و مانعی ندارد که واقف هنگام انشاء، شرط خلاف کند.

در جستار پیش رو، به جهت مسئله‌محور شدن مقاله، تلاش می‌شود که صرفاً جایگاه شرط ادخال غیر موقوف علیهم مورد بررسی قرار گیرد. با وجود این باید توجه

کرد که شرط ادخال غیر موقوف علیهم به موقوف علیهم به چند شکل تصور می‌شود؛ گاهی واقف شرط می‌کند که بعد از انشای وقف، افرادی به طور قهری وارد موقوف علیهم شوند؛ برای مثال واقف شرط می‌کند که هر گاه موقوف علیهم صاحب فرزند شوند، فرزندان هم به طور قهری داخل در موقوف علیهم گردند. در این صورت، بی‌تردید چنین شرطی صحیح بوده و این صورت محل اختلاف نیست (فاضل آبی، ۱۴۱۷: ۵۱/۲؛ محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۷۱/۲؛ کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۳۱/۹). گاهی واقف شرط می‌کند که بعد از عقد، مال موقوفه به غیر موقوف علیهم منتقل شود. این شرط نیز محل بحث حاضر نیست. هر چند برخی اعتقاد به صحت دارند (سبزواری، ۱۴۲۳: ۱۴/۲)، ولی فقها عمدتاً این فرع را باطل می‌دانند (عاملی جبعی، ۱۴۱۴: ۴۳۱/۲) و بلکه ادعای اجماع بر بطلان نیز شده است (همو، ۱۴۱۳: ۳۶۹/۵). محل بحث در مقاله حاضر این است که واقف شرط کند بعد از وقف، هر کسی را که اراده کرد، داخل در موقوف علیهم نماید؛ بدین معنا که اگر واقف در ضمن وقف شرط کند که در آینده هر گاه تمایل داشت بتواند افراد بیگانه را در شمار موقوف علیهم اضافه کند، آیا چنین شرطی صحیح بوده و امکان درج این شرط برای واقف هست یا خیر؟ مثلاً واقف ملکی را بر الف و فرزندان وی وقف، و شرط می‌کند که هر گاه در آینده تمایل داشت، بتواند افراد دیگری را هم به موقوف علیهم اضافه کند. در خصوص اعتبار این شرط، دیدگاه فقیهان و عالمان شیعه مختلف است. در خصوص پیشینه پژوهش باید خاطر نشان کرد که تا کنون پژوهش مستقلی در این باره در قالب مقاله یا پایان‌نامه انجام نشده است و آنچه انجام شده، پرداختن به این مسئله در قالب یک فرع فقهی در کتب فقهی است. از این رو، پژوهش حاضر فاقد پیشینه پژوهشی مستقل است.

الف) دیدگاه صحت شرط ادخال غیر موقوف علیهم و ادله آن

عده‌ای از فقها و محققان اعتقاد به صحت شرط ادخال غیر موقوف علیهم دارند؛ از

جمله ابن سعید حلی در این خصوص می‌نویسد:

«اگر واقف شرط کند که هر کس را اراده کرد، بتواند بعداً داخل در وقف نماید، این

جایز است» (ابن سعید حلی، ۱۴۰۵: ۳۷۲).

علامه حلی هم در کتاب *تلخیص المرام و قواعد الاحکام* بر این عقیده است (علامه حلی، ۱۴۲۱: ۱۵۲؛ همو، ۱۴۱۳ الف: ۳۸۹/۲). برخی دیگر از محققان هم نظر با علامه حلی همین نظریه را انتخاب کرده‌اند (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۳۱/۹؛ بحرانی، بی‌تا: ۳۰۶/۱۳؛ کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲: ۳۰؛ کرمانشاهی، ۱۴۲۱: ۲۷۷/۲؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۸۳/۲۸؛ اصفهانی، ۱۴۲۲: ۵۴۰؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۰: ۲۵۶/۲-۲۵۷؛ موسوی خویی، ۱۴۱۰: ۲۴۶/۲؛ موسوی سبزواری، بی‌تا: ۴۷۳؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۵: ۲۷۹/۲؛ تبریزی، ۱۴۲۶: ۳۱۶/۲؛ وحید خراسانی، ۱۴۲۸: ۲۷۹/۳؛ حسینی سیستانی، ۱۴۱۷: ۴۷۱/۲؛ حسینی روحانی، بی‌تا(ب): ۴۶۶/۲؛ فیاض، بی‌تا: ۵۲۵؛ فیاض، ۱۴۲۶: ۴۶۱/۲).

طرفداران این نظریه برای اثبات آن به ادله‌ای متوسل شده‌اند:

۱. عدم منافات با مقتضای وقف

اصل بر حکومت اراده‌ی واقف در وقف است. از این رو، مادامی که دلیل بر خلاف وجود نداشته و نیز شرط با ماهیت وقف تنافی نداشته باشد، شرط صحیح خواهد بود. شرط مورد بحث نیز منافاتی با مقتضای وقف نداشته و لذا صحیح به شمار می‌رود. به دیگر سخن، شرط خلاف مقتضای ذات یک عقد، شرطی است که خلاف اثر اصلی یا هدف اصلی عقد باشد؛ برای مثال، اثر اصلی عقد بیع، انتقال مالکیت مبیع به خریدار، و هدف اصلی بیع، تصرف خریدار در مبیع است. حال اگر در ضمن بیع، شرط شود که مالکیت به خریدار منتقل نشود یا خریدار تصرف مادی و حقوقی در مبیع نکند، چنین شرطی، خلاف مقتضای ذات بیع به شمار خواهد رفت. در وقف نیز اثر اصلی، انتقال مالکیت مال موقوفه به شخصیت حقوقی وقف و انتقال حق انتفاع به موقوف‌علیهم است و هدف اصلی، انتفاع موقوف‌علیهم از مال موقوفه است. هر شرطی که خلاف اثر یا هدف پیش گفته باشد، خلاف مقتضای وقف به شمار خواهد رفت. از طرفی، شرط ادخال غیر موقوف‌علیهم در موقوف‌علیهم، نه منافاتی با اثر اصلی وقف - که انتقال مالکیت به موقوفه و انتقال حق انتفاع به موقوف‌علیهم است - داشته و نه با هدف وقف در تضاد است. از این رو، شرط خلاف مقتضای وقف به شمار نخواهد رفت.

علامه در *قواعد الاحکام* این شرط را جایز می‌داند، اما علتی برایش ذکر نمی‌کند و

محقق کرکی در توضیح فرمایش ایشان می گوید که چون این شرط، منافاتی با مقتضای وقف ندارد (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۳۱/۹)، فیض کاشانی نیز چنین توجیهی را بیان می کند (فیض کاشانی، بی تا: ۲۱۶/۳).

شیخ حسین بحرانی در این خصوص می نویسد به علت عدم منافات با وقف، این شرط صحیح است... و علت آن، قاعده «المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً مخالفاً کتاب الله» است که در بسیاری از معاملات جاری می شود (بحرانی، بی تا: ۳۲۲/۱۳). صاحب جواهر و شهید ثانی هم به همین دلیل، این شرط را صحیح می دانند (نجفی، ۱۴۰۴: ۷۸/۲۸؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۳۶۸/۵) و معتقدند که این شرط، مثل شرط ادخال افرادی است که بعداً متولد می شوند. بلکه پذیرش این شرط، راحت تر از پذیرش شرط ادخال افرادی است که بعداً متولد می شوند؛ چون گاهی واقف اراده می کند که فردی را داخل کند و در اینجا مثل همان شرطی است که گفتیم و گاهی اراده نمی کند که فردی را داخل کند، پس وقف بر اصل خود باقی است. از این رو، هنگامی که آن شرط جایز باشد، این شرط هم مثل آن است یا به طریق اولی جایز است (بحرانی، بی تا: ۳۰۶/۱۳).

سید یزدی و محقق بحرانی هم به این دلیل اشاره کرده و به استناد آن، شرط فوق را صحیح قلمداد کرده اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ۲۴۴/۱؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۱۶۹/۲۲). به نظر می رسد تمسک به این دلیل خالی از اشکال نیست؛ چرا که این دلیل به تنهایی نمی تواند صحت شرط مورد بحث را ثابت نماید. آنچه این دلیل اثبات می کند این است که این شرط، منافاتی با مقتضای وقف نداشته و از این جهت نمی توان شرط حاضر را باطل دانست، ولی ممکن است به جهتی دیگر، حکم به بطلان آن گردد؛ چنان که در ادامه، ادله قائلان به بطلان را ذکر خواهیم کرد.

۲. تمسک به عموم حدیث «الوقوف یکون بحسب ما یوقفها أهلها»

عموم حدیث «الوقوف یکون...» (طوسی، ۱۳۹۰: ۱۰۰/۴) اقتضا دارد که علی القاعده واقف می تواند هر شرطی را که اراده کند، در وقف درج نماید؛ از جمله شرط ادخال غیر موقوف علیهم. گروهی از محققان با تمسک به حدیث فوق، شرط ادخال من یرید

در موقوف علیهم را صحیح می‌دانند (سبزواری، ۱۴۲۳: ۱۴/۲؛ گیلانی قمی، ۱۴۱۳: ۹۶/۴؛ کاشف‌الغطاء، ۱۳۵۹: ۸۸/۲، قسم ۳؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ۱/۲۴۴؛ کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲: ۲۶). محقق کرکی در این خصوص می‌نویسد از عبارت شهید اول در دروس ظاهر می‌شود که این شرط مقتضی بطلان است؛ اما این بعید است، به علت عموم حدیث «الوقوف یکون بحسب ما یوقفها أهلها». لذا قول اصح، صحت آن است (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۳۱/۹).

در نقد تمسک به حدیث فوق گفته شده است که این حدیث در مقام مشروعیت وقف به هر نحو که واقف اراده کند، نیست؛ چون لازمه آن، جواز شرط خیار و شرط اخراج موقوف علیهم است که بنا بر گزارش صاحب جواهر از برخی عالمان، چنین شرطی به اجماع فقیهان شیعه و بلکه عالمان همه فرق اسلامی باطل است (نجفی، ۱۴۰۴: ۷۷/۲۸). به عبارت دیگر، این حدیث مشرّع نیست؛ به این معنا که شخص حق دارد هر گونه که بخواهد وقف کند، گرچه مخالف اصول شریعت در وقف باشد. پس معنای حدیث این است که واقف در چارچوب شریعت هر گونه که بخواهد، می‌تواند وقف نماید و نه خارج از قواعد و اصول شرعی وقف (خوانساری، ۱۴۰۵: ۲۰/۴).

۳. عموم «المؤمنون عند شروطهم»

برای اثبات صحت شرط مذکور می‌توان به عموم «المؤمنون عند شروطهم» و سایر ادله شروط تمسک کرد (سبزواری، ۱۴۲۳: ۱۴/۲). مؤید این حدیث، اخباری است که دلالت بر جواز ادخال غیر موقوف علیهم در موردی می‌کند که واقف چیزی را وقف بر اولاد صغیرش کرده و ادخال غیر را هم شرط نکرده است (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۵۲۳/۲۱؛ کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲: ۲۶).

در خصوص این استدلال نیز می‌توان گفت که روایت المؤمنون، مبنای مشروعیت‌بخشی به شروط ضمن عقد بوده و اصل اولیه در خصوص شروط را بر صحت قرار داده است. بنابراین، حدیث شریف در مقام تصحیح همه شروط در هنگام عقد نیست، بلکه مقصود این است که هر شرطی بر فرض صحت آن، اگر در معامله قید شود، باید به آن عمل شود، نه اینکه حدیث در مقام تشریح هر گونه شرطی است که عاقد در معامله به عهده می‌گیرد. از این رو، جهاتی که دلالت بر ممنوعیت شرط

مذکور می‌کند، باید بررسی شود و مورد نقادی قرار گیرد. به دیگر سخن، تمسک به روایت المؤمنون برای صحت بخشی به شرط مورد بحث، تمسک به عموم در شبهه مصداقیه است.

۴. تمسک به روایات خاص

برای صحت شرط مورد بحث، می‌توان به روایات خاصه‌ای که در این خصوص وارد شده است، استناد کرد (کاشف‌الغطاء، ۱۳۵۹: ۸۸/۲، قسم ۳). از جمله روایات خاصه‌ای که می‌توان صحت شرط حاضر را از آن استنباط نمود، روایت ابوطاهر بلالی است.^۱ ظاهر این حدیث، جواز تغییر وقف در صورت شرط کردن است.

در نقد تمسک به روایت فوق گفته شده است که اولاً، این روایت اختصاص به ادخال اولاد دارد و تعدی از آن به کسانی که واقف دخولشان را اراده می‌کند یا به غیر اولاد جایز نیست و باید به قدر متیقن اخذ شود (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۴: ۳۷/۳). اما به نظر می‌آید این اشکال به آسانی قابل پذیرش نباشد؛ چرا که جمله «عَلَى أَنْ الْأَمْرَ فِي الزِّيَادَةِ وَالنَّقْصَانِ مِنْهُ إِلَى أَيَّامِ حَيَاتِي» اطلاق دارد و هر گونه اختصاص حدیث به اولاد یا غیر آن‌ها را نفی می‌کند. ثانیاً، روایت از نظر سندی اشکال داشته (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۶۲/۲۲) و صحیحه یا موثقه بودن آن از نظر سندی ثابت نشده است (خوانساری، ۱۴۰۵: ۲۰/۴). ثالثاً، این روایت ظهور ندارد در اینکه تمام زمین موقوفه بوده است؛ بلکه شاید قسمتی از آن وقف شده و قسمتی دیگر متعلق وصیت بوده است و متعلق وصیت، اختیارش در دست موصی است تا مادامی که زنده است. پس وقف قبل از فوت، منجز است و وصیت هم معلق بر فوت است (همان). در خصوص این اشکال نیز باید یادآور شد که حدیث نه تنها ظهور دارد که تمامی زمین وقف بوده است، بلکه صراحت در این زمینه دارد:

۱. «كَتَبَ جَعْفَرُ بْنُ حَمْدَانَ اسْتَحْلَلْتُ بِجَارِيَةٍ إِلَى أَنْ قَالَ: وَلِي صَبِيْعَةٌ قَدْ كُنْتُ قَبْلَ أَنْ تَصِيْرَ إِلَيَّ هَذِهِ الْمَرْأَةُ سَبَائِلُهَا عَلَيَّ وَصَائِيَّ وَعَلَى سَائِرِ وُلْدِي عَلَيَّ أَنْ الْأَمْرَ فِي الزِّيَادَةِ وَالنَّقْصَانِ مِنْهُ إِلَى أَيَّامِ حَيَاتِي وَقَدْ أَتَتْ بِهَذَا الْوَلَدِ فَلَمْ أَلْحِقْهُ فِي الْوَقْفِ الْمَتَّقِمِ الْمُوْبَّدِ وَأَوْصَيْتُ إِنْ حَدَثَ بِي حَدَثُ الْمَوْتِ أَنْ يَجْرِيَ عَلَيْهِ مَا دَامَ صَغِيْرًا فَإِنْ كَبُرَ أَعْطَيْتُ مِنْ هَذِهِ الصَّبِيْعَةِ حَمْلَةً مَائِي دِينَارٍ غَيْرِ مُؤَبَّدٍ وَلَا تَكُوْنُ لَهُ وَلَا لَعَقِيْبِهِ بَعْدَ إِعْطَائِهِ ذَلِكَ فِي الْوَقْفِ سُنَّةٌ فَرَأَيْتُكَ أَعْرَكَ اللَّهُ فَوَرَدَ جَوَابُهَا يَعْْنِي مِنْ صَاحِبِ الزَّمَانِ عَلَيْهِ السَّلَامُ أَنَّ الرَّجُلَ الَّذِي اسْتَحْلَلَ بِالْجَارِيَةِ إِلَى أَنْ قَالَ: وَأَمَّا إِعْطَاؤُهُ الْمَائِي دِينَارٍ وَإِخْرَاجُهُ مِنَ الْوَقْفِ فَالْمَالُ مَالُهُ فَعَلَّ فِيهِ مَا أَرَادَ» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۱۸۴/۱۹).

چون ضمیر در «سبَلتھا» به «ضیعة» برمی‌گردد و برگشتن ضمیر به بعضی از مرجع خود خلاف ظاهر است و نیاز به قرینه دارد که در کلام وجود ندارد. بر اساس آنچه گفتیم، در اشکالات وارده بر حدیث، جای بحث بسیار است، جز اینکه حدیث از جهت سندی ضعیف است و اثبات صحت این شرط با آن مشکل است.

علاوه بر روایت فوق، روایت دیگری که برای اثبات صحت شرط مذکور بدان تمسک شده است، صدر صحیحہ علی بن یقظین است (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۶۲/۲۲). در این روایت آمده است که حضرت عَلَيْهِ السَّلَامُ در جواب سؤالی که نسبت به داخل کردن غیر موقوف‌علیهم در وقف پرسیده شده بود، به صراحت فرمود: این کار اشکالی ندارد.^۱

سند این روایت اشکالی ندارد؛ زیرا طریق شیخ طوسی به احمد بن محمد بن عیسی صحیح است و فرزندان علی بن یقظین یعنی حسن و حسین هم شکی در وثاقتشان نیست (سیفی مازندرانی، ۱۴۲۰: ۴۲۵). در این صحیحہ، مراد از جمله «وَبَيْنَهُمْ لِهَمْ» یعنی واقف برای آن‌ها تبیین کرد که وقف مختص به آن‌هاست، و جمله «بعد أن أبانهم بصدقة» یعنی فرزندان دیگر خود را با دادن مبلغی به آن‌ها تحت عنوان صدقه، از وقف خارج کرد. در تبیین دلالت روایت بر مراد باید گفت روایت دال بر تفصیل بین جایی است که واقف در حین انشای وقف اعلام می‌کند که وقف مختص به فرزندان خاص است و دیگر اولاد، جزء موقوف‌علیهم نیستند و مبلغی به عنوان صدقه به آن‌ها داده شده است تا مثلاً راضی شوند و بین صورتی که این شرط در آن نشده است. در صورت اول، ادخال آن‌ها در وقف جایز نیست و در صورت دوم جواب مثبت است.

علاوه بر دو روایت پیش گفته می‌توان به صحیحہ عبدالرحمن بن حجاج^۲ و روایت

۱. «سَأَلْتُ أَبَا الْحَسَنِ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنِ الرَّجُلِ يَتَصَدَّقُ عَلَى بَعْضِ وُلْدِهِ بِطَرَفٍ مِنْ مَالِهِ ثُمَّ يَتَدَوُّ لَهُ بَعْدَ ذَلِكَ أَنْ يُدْخَلَ مَعَهُ غَيْرُهُ مِنْ وُلْدِهِ. قَالَ: لَا بَأْسَ بِذَلِكَ. وَعَنِ الرَّجُلِ يَتَصَدَّقُ بِبَعْضِ مَالِهِ عَلَى بَعْضِ وُلْدِهِ وَيُبَيِّنُهُ لَهُمْ أَلَّا أَنْ يُدْخَلَ مَعَهُمْ مِنْ وُلْدِهِ غَيْرَهُمْ بَعْدَ أَنْ أَبَانَهُمْ بِصَدَقَةٍ؟ قَالَ: لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ أَنَّهُ مَنْ وُلِدَ لَهُ فَهُوَ مِثْلُ مَنْ تَصَدَّقَ عَلَيْهِ فَذَلِكَ لَهُ» (همان: ۱۸۳/۱۹؛ طباطبایی قمی، ۱۴۲۶: ۴۸۸/۹).

۲. «مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ عَنِ الْفَضْلِ بْنِ سَادَانَ عَنِ ابْنِ أَبِي عَمِيرٍ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْحَجَّاجِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي الرَّجُلِ يَجْعَلُ لَوَلْدِهِ شَيْئًا وَهُمْ صِغَارٌ، ثُمَّ يَتَدَوُّ لَهُ أَنْ يَجْعَلَ مَعَهُمْ غَيْرَهُمْ مِنْ وُلْدِهِ. قَالَ: لَا بَأْسَ» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۱۸۳/۱۹-۱۸۴).

محمد بن سهل^۱ و روایت علی بن جعفر هم استناد نمود؛^۲ چون هنگامی که ادخال غیر توسط واقف، بدون شرط کردن جایز باشد، به طریق اولی در حین وقف با شرط کردن جایز خواهد بود (همان).

با وجود این، ایراداتی بر این استدلال وارد است:

۱- احتمال دارد که صحیحه عبدالرحمن بن حجاج و خبر محمد بن سهل و روایت عبدالله بن جعفر اختصاص به موردی داشته باشند که پدر چیزی را بر اولاد صغیر خود وقف می‌کند؛ همچنان که این مطلب در صحیحه عبدالرحمن با عبارت «فی الرجل يجعل لولده شيئاً وهم صغار...» فرض شده است و در ذیل روایت عبدالله بن جعفر با عبارت «نعم، يصنع الوالد بمال ولده ما أحب» به آن اشاره شده است. با وجود این احتمال، امکان استدلال به روایت وجود ندارد.

به نظر می‌رسد این احتمال و اشکال صحیح نباشد؛ چرا که خصوصیت خاصی در فرزند نیست که بتواند در حکم وقف تأثیر داشته باشد؛ بلکه اولاد صغیر، مانع از ادخال غیر در وقف می‌شوند، به علت اینکه ولایت ولی بر آنها، مبتنی بر رعایت غبطه و مصلحت آنهاست و شاید به خاطر همین مطلب، شیخ حرّ عاملی در وسائل الشیعه عنوان این باب را «عدم جواز إدخال الغير فی الأولاد والموقوف علیهم مع صغرهم» آورده است. شاهد بر این مطلب این است که در روایت عبدالله بن جعفر، عطف کردن با لفظ «مع» در عبارت «رجل تصدق علی وُلده بصدقة ثم بدا له أن يدخل غیره فيه مع ولده»، ظهور در ادخال غیر ولد دارد. آن سه روایت که ذکر شدند، مطلق هستند و دلالت دارند که ادخال غیر مطلقاً چه واقف در حین انشای وقف آن را مختص به موقوف علیهم موجود کرده باشد یا نه- جایز است. اما قسمت دوم صحیحه علی بن یقطين و روایت ابوطاهر بلالی مقید هستند و دلالت دارند بر اینکه اگر در حین وقف، واقف آن را به موقوف علیهم موجود اختصاص داده باشد، ادخال غیر جایز نیست. لذا

۱. «وَعَنْهُ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ سَهْلٍ عَنْ أَبِيهِ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا الْحَسَنِ الرَّضَاءَ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنِ الرَّجُلِ يَتَصَدَّقُ عَلَى بَعْضِ وُلْدِهِ بِطَرَفٍ مِنْ مَالِهِ ثُمَّ يَبْدُو لَهُ بَعْدَ ذَلِكَ أَنْ يَدْخُلَ مَعَهُ غَيْرُهُ مِنْ وُلْدِهِ. قَالَ: لَا بَأْسَ بِهِ» (همان: ۱۸۳/۱۹).

۲. «عَنْ اللَّهِ بْنِ الْحَسَنِ عَنْ جَدِّهِ عَلِيِّ بْنِ جَعْفَرٍ عَنْ أَخِيهِ مُوسَى بْنِ جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ تَصَدَّقَ عَلَى وُلْدِهِ بِصَدَقَةٍ، ثُمَّ بَدَأَ لَهُ أَنْ يَدْخُلَ فِيهِ غَيْرُهُ مَعَ وُلْدِهِ. أَيْصَلُحُ ذَلِكَ؟ قَالَ: نَعَمْ، يَصْنَعُ الْوَالِدُ بِمَالٍ وُلْدَهُ مَا أَحَبَّ وَالْهَيْبَةُ مِنَ الْوَالِدِ بِمَثَرَةِ الصَّدَقَةِ مِنْ غَيْرِهِ» (عربضی، ۱۴۰۹: ۳۰۸).

مطلقات حمل بر مقید می‌شوند و ادخال غیر در صورتی جایز است که واقف در حین وقف، آن را مختص به موقوف‌علیهم موجود نکرده باشد.

۲- مشهور فقها از این مطلقات اعراض کرده‌اند و افزون بر آن، آن‌ها با قسمت دوم صحیح‌ه علی بن یقظین که دال بر عدم جواز است، معارضه دارند.

در پاسخ از اشکال دوم می‌توان گفت: اولاً، اعراض مشهور بر فرضی که محقق باشد، موجب خدشه در سند روایت نمی‌شود و همچنین صلاحیت برای ترجیح طرف مقابل ندارد، چون آنچه که صلاحیت دارد، شهرت روایی است نه شهرت فتوایی. ثانیاً، قسمت دوم صحیح‌ه علی بن یقظین باید همراه با قسمت اول آن لحاظ شود و در این صورت، هر دو قسمت با هم، آنچه را که ما گفتیم افاده می‌کند (همان).

۳- از جمله ایرادات بر این روایت، آن است که شاید منظور از «صدقه» در این روایات، «وقف» اصطلاحی نباشد. از این رو نمی‌توان به این روایات در باب وقف استدلال کرد (علامه حلی، ۱۴۱۳: ب: ۳۰۲/۶؛ فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۲/۳۸۳). این ایراد صحیح به نظر نمی‌رسد؛ زیرا تمسک مخالفان و موافقان به این روایات، حاکی از آن است که برداشت عرف خاص (عرف فقها) از واژه «صدقه» در این روایات، همان وقف اصطلاحی می‌باشد. وانگهی در صدر اسلام، واژه صدقه در وقف زیاد استعمال می‌شده است؛ به گونه‌ای که برخی فقها از جمله حلبی در کتاب *الکافی*، بابی با عنوان «فصل فی الصدقة» مطرح کرده و از اصطلاح «وقف» استفاده نکرده‌اند (ابوصلاح حلبی، ۱۴۰۳: ۳۲۴) و یا شیخ مفید به هر دو واژه اشاره کرده و عنوان باب وقف را چنین نگاشته است: «کتاب الوقوف والصدقات» (مفید، ۱۴۱۳: ۶۵۱) و چه بسا قرائنی در روایت دلالت بر آن نماید که مراد از صدقه، وقف می‌باشد (فیض کاشانی، بی‌تا: ۳/۲۱۶). محدث بحرانی در این خصوص می‌نویسد:

«اینکه اصحاب، این روایات را در این مبحث مطرح می‌کنند، دلیل بر آن است که ایشان از این روایات، وقف را می‌فهمیدند. مؤید این مسئله آن است که صدقه در صدر اول به معنای وقف بوده است» (بحرانی، ۱۴۰۵: ۱۷۴/۲۲).

۴. مهم‌ترین اشکال این احادیث آن است که با توجه به جمله «ثم یدوله بعد ذلك»، محل سؤال راوی جایی است که شخص بعد از وقف می‌خواهد اشخاصی را

به موقوف علیهم اضافه کند و این از محل بحث ما خارج است و چنین کاری صحیح نیست. بحث ما در جایی است که این شرط در ضمن صیغه وقف بیاید؛ چون اگر در صیغه این قید نشود و واقف بخواهد بعداً به موقوف علیهم اضافه نماید، یقیناً چنین کاری ممکن نیست و علت اعراض مشهور از این احادیث هم همین می باشد و این عدم جواز اضافه شدن بعد از عقد، قدر متیقن از عدم جوازی است که در ماده ۶۱ قانون مدنی در بحث وقف آمده است:

«وقف بعد از وقوع آن به نحو صحت و حصول قبض لازم است و واقف نمی تواند از آن رجوع کند یا در آن تغییری بدهد یا از موقوف علیهم کسی را خارج کند یا کسی را داخل در موقوف علیهم نماید...».

۵. رجوع شرط به شرط عنوان در موقوف علیهم

هر گاه واقف برای موقوف علیهم عنوانی را ذکر کند، دخول یا خروج افراد از تحت موقوف علیهم، دائرمدار صدق یا عدم صدق عنوان بر آن ها خواهد بود؛ مثلاً اگر واقف بگوید وقف بر اولادم کردم تا مادامی که فقیر باشند، در این صورت، هر گاه برخی غنی شدند، از موقوف علیهم خارج شده و زمانی که دوباره فقیر شوند، داخل موقوف علیهم خواهند شد. شرط ادخال غیر نیز به شرط عنوان برگشت می کند؛ زیرا وقتی واقف هنگام انشای وقف شرط می کند که هر گاه خواست، افرادی را داخل موقوف علیهم کند، مثل آن است که عنوان در آینده توسعه پیدا خواهد کرد. با تحلیل فوق می توان گفت که رجوع شرط ادخال غیر در موقوف علیهم، به شرط عنوان در موقوف علیهم برگشت می کند.^۱

به نظر می رسد استدلال فوق ناتمام بوده و نمی توان شرط مورد بحث را به شرط عنوان در موقوف علیهم برگرداند؛ چرا که در شرط عنوان موقوف علیهم هنگام وقف، عنوان موقوف علیهم مشخص است، ولی در شرط ادخال بر فرض صحت، عنوان موقوف علیهم مشخص نخواهد بود. وانگهی عرفاً بین این دو شرط تفاوت است (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۶۲/۲۲).

۱. «... والأقوی الصّحة لما ذکر فی المسألة السابفة من عموم قوله إِلَّا: "الوقوف... إلى آخره" و إمكان رجوعه إلى اشتراط عنوان فی الموقوف علیهم» (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ۱/۲۴۴).

۶. قیاس شرط ادخال به دخول طبقه لاحق در وقف بر ذریه

ممکن است گفته شود که ادخال به سبب شرط، مثل دخول طبقه لاحق در وقف بر ذریه است و همان طور که دومی جایز است، باید اولی هم جایز باشد. در پاسخ به این استدلال می‌توان گفت که این قیاس مع الفارق است (همان)؛ زیرا در دومی، عنوان موقوف‌علیهم از همان ابتدا روشن و مشخص است و معلوم است که واقف، اموال را به نفع چه کسانی وقف نموده است، ولی در شرط ادخال بر فرض صحت، موقوف‌علیهم مشخص نیستند. برخی از فقیهان در این خصوص می‌نویسند: «بنا بر اینکه شرط مذکور، خارج از عقد باشد [همچنان که واقعاً هم این طور است]، فرق بین این شرط و شرط ادخال افرادی که بعداً متولد می‌شوند، واضح است؛ چون این شرط، وقف را از آنچه که بر طبق آن واقع شده است، تغییر می‌دهد. اما شرط ادخال افرادی که بعداً متولد می‌شوند، این طور نیست» (حسینی روحانی، بی‌تا(الف): ۳۵۶/۲۰).

بر اساس آنچه تا بدین جا آوردیم می‌توان گفت که در ادله قائلان به جواز چنین شرطی، جای بحث بسیار است و نمی‌توان جواز چنین شرطی را با چنین استدلال‌هایی ثابت کرد.

ب) دیدگاه بطلان شرط ادخال غیر موقوف‌علیهم و ادله آن

در مقابل دیدگاه نخست، عده‌ای از فقها و محققان بر این باورند که شرط ادخال غیر موقوف‌علیهم باطل است؛ از جمله می‌توان به قطب‌الدین کیدری اشاره کرد. وی ضمن پذیرش این نظریه می‌نویسد:

«اگر واقف چیزی را وقف کند و شرط کند خارج کردن کسانی را که می‌خواهد از موقوف‌علیهم یا برتری دادن برخی بر بعضی دیگر یا داخل کردن هر کسی را که اراده کرد در موقوف‌علیهم، این شرط باطل است» (بیهقی کیدری، ۱۴۱۶: ۳۴۸).

شهید اول نیز قول اصح را عدم جواز این شرط می‌داند (عاملی جزینی، ۱۴۱۷: ۲۷۱/۲). امام خمینی در حاشیه وسیلة النجاة در این خصوص می‌فرماید: بعید نیست که شرط ادخال مثل شرط اخراج، جایز نباشد (اصفهانی، ۱۴۲۲: ۵۴۰). موسوی گلپایگانی در

حاشیه بر *وسيلة النجاة* و نیز در *هدایة العباد* و گروهی دیگر از معاصران، از طرفداران نظریه بطلان می‌باشند (همو، ۱۳۹۳: ۲/۲۵۵؛ موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۳: ۲/۱۵۱؛ صافی گلپایگانی، ۱۴۲۶: ۲/۱۹۴؛ بصری بحرانی، ۱۴۱۳: ۶/۱۴۵؛ بهجت، ۱۴۲۶: ۳/۳۷۸). طرفداران این نظریه برای اثبات نظریه خود به ادله زیر استناد نموده‌اند.

۱. منافات داشتن شرط ادخال غیر موقوف‌علیهم با لزوم وقف

نخستین استدلال ارائه‌شده برای بطلان، این است که شرط مذکور با مقتضای وقف که همانا لزوم باشد، منافات دارد. علامه حلی در این خصوص می‌فرماید:

«نظر شافعیه بر این است که اگر واقف چیزی را وقف کند و شرط اخراج یا ادخال برخی از موقوف‌علیهم یا تقدیم و تأخیر در آن‌ها را منوط به اراده خود کند، در صحت چنین شرطی دو وجه است و قول اصح، منع می‌باشد؛ چون وضع وقف بر لزوم است و هنگامی که موقوف‌علیهم در معرض سقوط و اخراج باشند، دیگر لزومی نیست» (علامه حلی، ۱۳۸۸: ۴۳).

به عبارت دیگر عقد وقف، عقدی لازم است و لزوم جزء مقتضیات آن است و چون این شرط با مقتضای وقف منافات دارد، لذا باطل است (آخوند خراسانی، ۱۴۱۳: ۴۶).

به نظر می‌رسد که این استدلال ناتمام است؛ زیرا صحیح است که مقتضای وقف، لزوم است و رجوع در وقف امکان‌پذیر نیست، ولی لزوم عقد، مقتضای ذات نمی‌باشد، بلکه مقتضای اطلاق وقف است. از این رو با شرط خیار، امکان فسخ عقد وجود دارد که چنانچه شرطی در وقف ذکر نشود، بر طبق اطلاق صیغه، لزوم خواهد آمد؛ اما این بدین معنا نیست که نمی‌شود اطلاق را تقیید زد. البته امکان جعل خیار در وقف، محل بحث بین محققان است. هرچند گروهی جعل خیار را در وقف باطل دانسته‌اند (غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۲/۵۷؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۰: ۲/۴۱؛ موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۷/۱۱۹؛ اراکی، ۱۴۱۴: ۱۶۲؛ سبجانی، ۱۴۱۴: ۱۸۱؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۵: ۲/۶۲؛ حسینی سیستانی، ۱۴۱۷: ۲/۴۵۰)، ولی به نظر می‌رسد همان طور که بسیاری از محققان معتقدند (غروی اصفهانی، ۱۴۱۸: ۴/۲۲۶؛ اصفهانی، ۱۴۲۲: ۳۴۶؛ موسوی خمینی، بی‌تا: ۲/۶۲؛ حسینی روحانی، بی‌تا(ب): ۲/۶۲)، امکان جعل خیار در وقف وجود دارد (یزدانی، ۱۳۹۹: ۱۲۷).

۲. منافات داشتن شرط ادخال غیر موقوف‌علیهم با لزوم معلوم بودن

سهم موقوف‌علیهم

بی تردید معلوم بودن عوضین از شرایط اساسی قراردادهاست، مگر در مواردی که قرارداد مبتنی بر تسامح باشد. در وقف نیز باید مال موقوفه معلوم بوده و با توجه به لزوم معلوم بودن موقوف‌علیهم، سهم و حصه هر کدام مشخص خواهد بود. در حالی که اگر شرط ادخال غیر موقوف‌علیهم شرط صحیحی باشد، باعث مجهول شدن سهم و حصه موقوف‌علیهم می‌شود. محقق کرکی در تبیین این استدلال می‌فرماید:

«از عبارت شهید اول در *الدروس الشرعیه* ظاهر می‌شود که این شرط مقتضی بطلان است... زیرا این شرط، منافات با وقف دارد از حیث اینکه مقتضی نقصان حصه و سهم موقوف‌علیهم است؛ پس وقف نسبت به موقوف‌علیهم موجود باطل است (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۳۱/۹).

به نظر می‌رسد این استدلال نیز ناتمام بوده و نمی‌توان به استناد آن، بطلان را ثابت نمود؛ زیرا:

اولاً، از ابتدا عقد متضمن این شرط است، پس موقوف‌علیهم مستحق چیزی نیستند جز با شرط مذکور. بگذریم از اینکه وقف، در حق موقوف‌علیهم فی‌الجمله لازم است، اما در مقدار سهمشان قطعاً لازم نیست؛ چون اگر موقوفه، وقف بر آن‌ها و افراد دیگری که بعداً داخل وقف می‌شوند، باشد، در اینجا سهم موقوف‌علیهم بعد از اینکه افراد دیگری وارد وقف می‌شوند، قطعاً کمتر می‌شود و نظیر این مطلب در جایی است که واقف چیزی را بر چند بطن وقف می‌کند که با افزایش و تولد افراد جدید، سهم موقوف‌علیهم کمتر می‌شود و با نقصان و کم شدن افراد، سهم آن‌ها افزایش می‌یابد و همه فقها هم آن را صحیح می‌دانند (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۳۶۸/۵؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۵۲۴/۲۱؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۷۸/۲۸).

از آن گذشته، قصد واقف در ابتدا این نیست، اگرچه در آخر به همین منتهی می‌شود؛ مثل وقتی که واقف چیزی را بر چند بطن وقف می‌کند و با افزایش موقوف‌علیهم مسلماً سهم آنان کمتر می‌شود، اما این اشکالی ندارد (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲: ۲۹). به دیگر سخن، معلوم بودن عوضین در زمان عقد لازم است و در زمان انشای وقف، مقدار

موقوفه و سهم هر یک از موقوف علیهم مشخص است، هرچند بعد از آنکه واقف شرط را اعمال کرده و واقف افراد جدیدی را در دایره موقوف علیهم قرار می‌دهد، سهم موقوف علیهم به هم می‌خورد. افزون بر همه این‌ها با وجود روایات خاصه، تمسک به این قبیل تعلیل‌های استحسانی، صلاحیت تأسیس حکم شرعی یعنی عدم جواز شرط مذکور را ندارد (بحرانی، ۱۴۰۵: ۱۶۹/۲۲). بلکه این کلام، اجتهاد در برابر نص است؛ چون صدر صحیحه علی بن یقظین دلالت بر جواز این شرط می‌کند (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۶۲/۲۲) و نیز می‌توان گفت، چنان که قبلاً هم گفتیم، این شرط خلاف اطلاق عقد است، نه خلاف مقتضای عقد، و شروط خلاف اطلاق بی‌تردید، شروط صحیحی می‌باشند و اساساً تمامی شروط با اطلاق منافات دارند.

۳. منافات داشتن شرط ادخال غیر موقوف علیهم با لزوم مشارکت موقوف علیهم و عدم مشارکت غیر

وقف از جمله اعمال حقوقی است که باعث انتقال مالکیت عین موقوفه از واقف به موقوف علیهم یا شخصیت حقوقی وقف می‌شود. از این رو به محض انشای وقف، رابطه مالکیتی که بین واقف و عین موقوفه برقرار بود، زایل شده و واقف نسبت به عین موقوفه از این جهت بیگانه فرض می‌شود و در نتیجه، تصرفات مالکانه توسط وی در وقف امکان‌پذیر نیست. از این رو، شروطی که با این اثر وقف در تعارض باشند، لاجرم باطل خواهند بود. از این روست که برخی فقها می‌فرمایند مقتضای عقد وقف، مشارکت جمیع موقوف علیهم در وقف و عدم مشارکت غیر آنهاست و چون این شرط با آن منافات دارد، لذا باطل است (همان). به دیگر سخن، چنین شرطی در وقف به منزله تصرف در ملک غیر است (طوسی، ۱۳۸۷: ۳۰۰/۳).

۴. استلزام تغییر وقف

بی‌تردید با توجه به ماهیت وقف که عبارت است از حبس عین، امکان تغییر وقف بعد از وقوع وجود ندارد. این در حالی است که صحت شرط ادخال غیر موقوف علیهم، مستلزم تغییر در وقف می‌باشد (بحرانی، ۱۴۰۵: ۱۷۶/۲۲؛ خوانساری، ۱۴۰۵: ۲۰/۴).

۵. خلاف سیره عقلا بودن شرط ادخال غیر موقوف‌علیهم

برخی فقها ضمن حکم به بطلان شرط مذکور، معتقدند علت بطلان آن است که این شرط مانوس نبوده و خلاف سیره عقلاست؛ بدین معنا که در سیره علما و نیز عقلا دیده نشده که واقف مالی را وقف کند و سلطه را هم دست خودش نگه دارد تا هر کس را که بخواهد بیاورد و هر کس را هم که بخواهد خارج کند.

اشکال این استدلال آن است که گرچه در میان غیر مسلمانان نیز وقف به شکل‌های مختلفی وجود دارد، اما اثبات اینکه چنین شرطی در میان عقلا مرسوم نباشد، بسیار مشکل است؛ بگذریم که وجود پرسش‌های متعدد از امامان علیهم‌السلام در مورد شرعیت چنین شرطی، خود دلیل روشنی بر وجود چنین پدیده‌ای در وقف‌های آن زمان است. افزون بر همه این‌ها، ادعای برخی قائلان به صحت چنین وقفی، وجود احادیثی است که بر صحت آن دلالت دارد و از آنجا که این احادیث، مخالف سیره عقلاست، چنین سیره‌ای باطل خواهد بود.

بر اساس آنچه تا بدین جا آوردیم، می‌توان گفت که گرچه ما در برخی ادله قائلان به بطلان اشکال کردیم، اما بعضی دیگر از این استدلال‌ها صحیح است و چون قبلاً ادله جواز آوردن چنین شرطی در ضمن وقف مورد اشکال واقع شد، می‌توان نتیجه گرفت که شرط ادخال برخی از افراد به موقوف‌علیهم به وسیله واقف - چنانچه مفاد شرط، تسلط واقف بر تصرف در موقوفه و ادخال هر کسی که اراده کند در موقوف‌علیهم باشد، صحیح نیست.

عدم بطلان وقف بر فرض بطلان شرط

تا اینجا مسئله بطلان و صحت شرط مورد بحث قرار گرفت. در پایان دیدگاه بطلان، پاسخ به این سؤال ضروری است که بر فرض بطلان شرط، آیا بطلان شرط به وقف نیز سرایت کرده و باعث بطلان وقف می‌شود یا خیر؟ در پاسخ به این سؤال، بسیاری از فقها سکوت کرده و صرفاً در خصوص صحت و بطلان شرط بحث کرده‌اند. با وجود این، برخی از محققان تصریح کرده‌اند که شرط ادخال نه تنها خود باطل است، بلکه وقفی که به همراه چنین شرطی انشاء شود نیز باطل می‌باشد. این نظریه به حنابله و

شافعیه نسبت داده شده است (مغنیه، ۱۴۲۱: ۶۰۳/۲). دلیل مبطل بودن شرط مذکور را خلاف مقتضای وقف بودن آن می‌دانند؛ بدین توضیح که مقتضای عقد، غیر از ماهیت عقد است. مقتضای عقد، اثر اصلی عقد است که از آن منفک نمی‌شود، مثل جواز تصرف در مبیع که اثر تملیک است، و شرط بایع بر مشتری مبنی بر اینکه من مبیع را به تو می‌فروشم به شرطی که در آن تصرف نکنی، خلاف مقتضای عقد است و شرط عدم انتفاع موقوف‌علیهم از موقوفه هم نظیر آن است. اما این شرط که موجب می‌شود ادخال غیر به اراده واقف باشد، معنایش آن است که سلطه واقف بعد از وقف، همچنان بر مال موقوفه باقی باشد و قطع نگردد و این با ماهیت وقف منافات دارد و در حقیقت واقف فقط در لفظ گفته که من فلان چیز را با این شرط وقف کرده‌ام، اما در واقع، سبب شرعی - یعنی همان وقف شرعی - محقق نشده است و بر فرض که شک کنیم آیا وقف با شرط مذکور، ایجادکننده وقف شرعی هست یا نه، اصل بر عدم تحقق آن می‌باشد (سیفی مازندرانی، ۱۴۲۰: ۴۲۰).

به نظر می‌رسد که این دلیل نمی‌تواند بطلان را ثابت کند؛ زیرا مقتضای هر عقدی، اثر اصلی و هدف اصلی عقد است. اثر اصلی وقف، ایجاد حق انتفاع برای موقوف‌علیهم و هدف اصلی وقف، فراهم کردن فضای مناسب جهت انتفاع موقوف‌علیهم است. شرط مورد بحث، نه خلاف اثر اصلی است و نه خلاف هدف اصلی؛ بدین توضیح که چون با وقف، حق انتفاع عین موقوفه به موقوف‌علیهم منتقل می‌شود و شرط مذکور باعث سلب این اثر وقف نمی‌شود، از این رو شرط خلاف اثر اصلی نخواهد بود. از طرفی، هدف وقف که همانا فراهم کردن فضای مناسب جهت انتفاع موقوف‌علیهم است، نیز حاصل می‌شود. البته برخی برای اثبات منافات داشتن شرط مورد بحث با هدف وقف گفته‌اند که با شرط مذکور، حصه و نصیب موقوف‌علیهم موجود از مال موقوفه کاسته خواهد شد و این واقعیت با مقتضای وقف که همانا بهره‌مندی تام و کامل موقوف‌علیهم از وقف باشد، منافات دارد (ر.ک: عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۳۶۹/۵). ولی باید دانست که نقد پیش گفته وارد نیست؛ چرا که وقتی واقف از همان ابتدا شرط ادخال من یرید می‌کند، در حقیقت حصه و سهم موقوف‌علیهم را به طور محدود برقرار کرده است (همان؛ بحرانی، بی‌تا: ۳۰۶/۱۳) و به تعبیر محقق ثانی:

«إِنَّ الْعَقْدَ لَمَّا تَضَمَّنَ هَذَا الشَّرْطَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ حَقٌّ إِلَّا مَعَهُ، فَلَمْ يَسْتَحَقُّوا شَيْئًا إِلَّا بِالشَّرْطِ» (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۳۱/۹).

وانگهی آنچه با انشای وقف ایجاد می‌شود، ایجاد حق انتفاع برای موقوف‌علیهم است. اما میزان بهره‌مندی ایشان از موقوفه، بستگی به اراده واقف دارد (همان). شاهدش آن است که اگر واقف، مال موقوفه را بر شخص معین و اولاد و فرزندان وی که در آینده متولد خواهند شد، وقف نماید، آن هم به گونه‌ای که با تولد، فرزند از وقف نصیب ببرد، بی‌تردید چنین وقفی صحیح است، با اینکه با تولد فرزندان، حصه و سهم موقوف‌علیهم موجود کاسته خواهد شد.

نتیجه‌گیری

با توجه به مباحث پیش گفته روشن شد که شرط ادخال غیر موقوف‌علیهم گاه به این صورت است که ادخال غیر موقوف‌علیهم به اراده واقف واگذار شده و بعد از وقف، هر زمان و نسبت به هر کسی که واقف اراده کند، امکان ادخال ایشان در وقف وجود دارد. گاهی شرط ادخال غیر موقوف‌علیهم با ارائه معیاری در زمان انشای وقف صورت می‌گیرد و چنین نیست که مصداق و موارد آن مجهول بوده و به ارائه واقف وانهاده شده باشد؛ نظیر اینکه در ضمن وقف شرط می‌شود که هر گاه موقوف‌علیهم صاحب فرزند شوند، فرزندان ایشان نیز داخل در موقوف‌علیهم گردند. صورت دوم خارج از محل نزاع بوده و در خصوص صحت این شرط، تردید زیادی وجود ندارد؛ زیرا در این صورت، در حقیقت شروط و قیودی توسط واقف پیش‌بینی شده که با تحقق آن شروط و قیود، شخص مصداق موقوف‌علیهم قرار می‌گیرد. به دیگر سخن، این صورت نظیر وقف عام است؛ برای مثال، در مواردی که شخصی مالی را وقف بر فقرا می‌کند، در حقیقت معیاری (فقر) برای تعیین موقوف‌علیهم عنوان نموده است که هر کس حائز این معیار گردید، موقوف‌علیهم قلمداد می‌شود. آنچه محل نزاع است، صورت نخست است؛ یعنی اگر شرط ادخال غیر موقوف‌علیهم، رجوع کند به جعل سلطنت برای واقف در ادخال کسانی که عنوان موقوف‌علیه بر آنها منطبق نمی‌شود، در این صورت در حقیقت، امر وقف به ید واقف و تحت اختیار او قرار گرفته است.

لذا این شرط با توجه به ادله‌ای که ذکر کردیم، باطل است؛ چون عقد وقف لازم بوده و تغییر و تبدیل در آن امکان‌پذیر نیست.

از این رو، به نظر می‌رسد ماده ۶۱ قانون مدنی که مقرر نموده است: «وقف بعد از وقوع آن به نحو صحت و حصول قبض لازم است و واقف نمی‌تواند از آن رجوع کند یا در آن تغییری بدهد یا از موقوف‌علیهم کسی را خارج کند یا کسی را داخل در موقوف‌علیهم نماید یا با آنها شریک کند یا اگر در ضمن عقد متولی معین نکرده، بعد از آن متولی قرار دهد یا خود به عنوان تولیت دخالت کند»، از نوعی ابهام برخوردار باشد و برای رفع ابهام و تبیین محل شرط ادخال غیر موقوف‌علیهم در وقف، لازم است که مورد بطلان شرط مذکور، با الحاق چند تبصره به ماده ۶۱ روشن گردد.

کتاب شناسی

١. آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، کتاب فی الوقف، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
٢. ابن سعید حلّی، یحیی، الجامع للشرائع، قم، مؤسسة سیدالشهداء العلمیه، ۱۴۰۵ ق.
٣. ابوصلاح حلبی، تقی الدین بن نجم الدین، الکافی فی الفقه، تصحیح رضا استادی، اصفهان، کتابخانه عمومی امام امیرالمؤمنین (علیه السلام)، ۱۴۰۳ ق.
٤. اراکی، محمدعلی، الخیارات، قم، در راه حق، ۱۴۱۴ ق.
٥. اصفهانی، سید ابوالحسن، وسیلة النجاة، قم، چاپخانه مهر، ۱۳۹۳ ق.
٦. همو، وسیلة النجاة مع حواشی الامام الخمينی، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۲ ق.
٧. بحرانی، حسین بن محمد بن ابراهیم، الانوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع، قم، مجمع البحوث العلمیه، بی تا.
٨. بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
٩. بصری بحرانی، محمد امین زین الدین، کلمة التقوی، چاپ سوم، قم، بی تا، ۱۴۱۳ ق.
١٠. بهجت، محمدتقی، جامع المسائل، چاپ دوم، قم، دفتر معظم له، ۱۴۲۶ ق.
١١. بیهقی کیدری، قطب الدین محمد بن حسین، اصباح الشیعة بمصباح الشریعه، قم، مؤسسه امام صادق (علیه السلام)، ۱۴۱۶ ق.
١٢. تبریزی، جواد بن علی، منهاج الصالحین، قم، مجمع الامام المهدی (علیه السلام)، ۱۴۲۶ ق.
١٣. حرّ عاملی، محمد بن حسن، تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعه، قم، مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لاحیاء التراث، ۱۴۰۹ ق.
١٤. حسینی روحانی، سیدمحمدصادق، فقه الصادق (علیه السلام)، بی تا، بی نا، بی تا، (الف)
١٥. همو، منهاج الصالحین، بی تا، بی نا، بی تا، (ب)
١٦. حسینی سیستانی، سیدعلی، منهاج الصالحین، چاپ پنجم، قم، دفتر معظم له، ۱۴۱۷ ق.
١٧. حسینی عاملی، سیدجواد بن محمد، مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
١٨. خوانساری، سیداحمد بن یوسف، جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۵ ق.
١٩. سبحانی، جعفر، المختار فی احکام الخیار، قم، مؤسسه امام صادق (علیه السلام)، ۱۴۱۴ ق.
٢٠. سبزواری، محمدباقر بن محمد مؤمن، کفایة الاحکام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۳ ق.
٢١. سیفی مازندرانی، علی اکبر، دلیل تحریر الوسیلة؛ الوقف، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۰ ق.
٢٢. صافی گلپایگانی، لطف الله، هداية العباد، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۲۶ ق.
٢٣. طباطبایی حکیم، سیدمحسن، منهاج الصالحین، بیروت، دار التعارف للمطبوعات، ۱۴۱۰ ق.
٢٤. طباطبایی حکیم، سیدمحمدسعید، منهاج الصالحین، بیروت، دار الصفوة، ۱۴۱۵ ق.
٢٥. طباطبایی قمی، سیدتقی، مبانی منهاج الصالحین، قم، قلم الشرق، ۱۴۲۶ ق.
٢٦. طباطبایی زیدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، تکملة العروة الوثقی، قم، کتابفروشی داوری، ۱۴۱۴ ق.

٢٧. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *المبسوط فی فقه الامامیه*، چاپ سوم، تهران، المكتبة المرتضوية لاحیاء الآثار الجعفریه، ١٣٨٧ ق.
٢٨. عاملی جعی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، *حاشیة الارشاد*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ١٤١٤ ق.
٢٩. همو، *مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*، قم، مؤسسة المعارف الاسلامیه، ١٤١٣ ق.
٣٠. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال الدین مکی، *الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ١٤١٧ ق.
٣١. علامه حلّی، جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *تذکرة الفقهاء*، قم، مؤسسة آل البيت علیہ السلام، ١٣٨٨ ش.
٣٢. همو، *تلخیص المرام فی معرفة الاحکام*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ١٤٢١ ق.
٣٣. همو، *قواعد الاحکام فی معرفة الحلال والحرام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ١٤١٣ ق. (الف)
٣٤. همو، *مختلف الشیعة فی احکام الشریعة*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ١٤١٣ ق. (ب)
٣٥. غروی اصفهانی (کمیانی)، محمدحسین، *حاشیة کتاب المکاسب*، قم، انوار الهدی، ١٤١٨ ق.
٣٦. غروی نائینی، میرزا محمدحسین، *منیة الطالب فی حاشیة کتاب المکاسب*، تقریر موسی بن محمد نجفی خوانساری، تهران، المكتبة المحمدیه، ١٣٧٣ ش.
٣٧. فاضل آبی، زین الدین حسن بن ابی طالب یوسفی، *کشف الرموز فی شرح المختصر النافع*، چاپ سوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ١٤١٧ ق.
٣٨. فخرالمحققین حلّی، ابوطالب محمد بن حسن بن یوسف، *ایضاح الفوائد فی شرح مشککات القواعد*، قم، اسماعیلیان، ١٣٨٧ ق.
٣٩. فیاض، محمداسحاق، *رساله توضیح المسائل*، قم، مجلسی، بی تا.
٤٠. همو، *منهاج الصالحین*، بی جا، بی تا، ١٤٢٦ ق.
٤١. فیض کاشانی، محمدمحسن بن شاه مرتضی، *مفاتیح الشرائع*، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، بی تا.
٤٢. کاشف الغطاء، حسن بن جعفر بن خضر، *انوار الفقاهة - کتاب الوقف*، نجف اشرف، مؤسسة کاشف الغطاء، ١٤٢٢ ق.
٤٣. کاشف الغطاء، عباس بن حسن، *منهل النعمان فی شرح شرائع الاسلام*، نجف اشرف، مؤسسة کاشف الغطاء، ١٤٢٤ ق.
٤٤. کاشف الغطاء، محمدحسین بن علی بن محمدرضا، *تحریر المجله*، نجف اشرف، المكتبة المرتضویه، ١٣٥٩ ق.
٤٥. کرکی عاملی (محقق ثانی)، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، چاپ دوم، قم، مؤسسة آل البيت علیہ السلام لاحیاء التراث، ١٤١٤ ق.
٤٦. کرمانشاهی، محمدعلی، *مقام الفضل*، قم، مؤسسة العلامة المجدد الوحید البهبهانی، ١٤٢١ ق.
٤٧. گیلانی قمی، میرزا ابوالقاسم بن محمدحسن، *جامع الشتات فی اجوبة السؤالات*، تهران، کیهان، ١٤١٣ ق.
٤٨. محقق حلّی، نجم الدین جعفر بن حسن هذلی، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ١٤٠٨ ق.
٤٩. مغنیه، محمدجواد، *الفقه علی المذاهب الخمسه*، چاپ دهم، بیروت، دار التیار الجدید - دار الجواد، ١٤٢١ ق.
٥٠. مفید، محمد بن نعمان عکبری بغدادی، *المقننه*، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، ١٤١٣ ق.

۵۱. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، *تحریر الوسیله*، قم، دار العلم، بی‌تا.
۵۲. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *منهاج الصالحین*، چاپ بیست و هشتم، قم، مدینه العلم، ۱۴۱۰ ق.
۵۳. موسوی سبزواری، سید عبدالاعلی، *جامع الاحکام الشرعیه*، چاپ نهم، قم، المنار، بی‌تا.
۵۴. همو، *مهذب الاحکام فی بیان الحلال والحرام*، چاپ چهارم، قم، المنار، ۱۴۱۳ ق.
۵۵. موسوی گلپایگانی، سیدمحمد رضا، *هدایة العباد*، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۱۳ ق.
۵۶. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۵۷. وحید خراسانی، حسین، *منهاج الصالحین*، چاپ پنجم، قم، مدرسه امام باقر علیه السلام، ۱۴۲۸ ق.
۵۸. یزدانی، غلامرضا، «صحت شرط خیار در وقف در فقه اسلامی»، *مجله جستارهای فقهی - اصولی*، سال ششم، شماره ۱۸، بهار ۱۳۹۹ ش.

واکاوی «حق حبس» در نهاد خانواده

با تأکید بر «فرض اعسار زوج»*

- عباس قاسمی حامد^۱
- محمدعلی سعیدی^۲
- مصطفی شاهبازی^۳
- محمدعلی قوامی نیا^۴
- علیرضا متین نیا^۵

چکیده

قانون مدنی ایران با توجه به فقه، ضمانت اجراهایی را برای جلوگیری از نقض تعهدات قراردادی پیش‌بینی کرده است. این ضمانت اجراها به دو دسته قانونی و قراردادی تقسیم می‌شوند. دکترین حقوق مدنی ایران، «حق حبس» را

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۷/۲۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۲/۳.

۱. استاد دانشگاه شهید بهشتی (dr.gh.hamed@gmail.com).

۲. استادیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی (saeedi_mha@yahoo.com).

۳. دکتری حقوق خصوصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی (نویسنده مسئول) (shahbazimostafa@gmail.com).

۴. کارشناس ارشد علوم قرآن و حدیث (ali.ganigg@gmail.com).

۵. کارشناس ارشد حقوق بین‌الملل (matinnia.alireza@yahoo.com).

به عنوان یکی از ضمانت اجراهای قانونی جهت جلوگیری از نقض تعهدات قراردادی شناسایی کرده است. هرچند عنوان «تعهدات قراردادی»، انصراف بدوی به تعهدات مالی دارد، اما قانون گذار حق مذکور را به عنوان یک ابزار ضمانتی در نهاد خانواده نیز شناسایی کرده است.

سؤال اصلی تحقیق حاضر آن است که امکان شناسایی حق حبس به عنوان ابزار ضمانتی در نهاد خانواده بالاخص در حالت اعسار زوج وجود دارد یا خیر؟ با بررسی ارکان حق حبس بالاخص در حالت اعسار زوج و منتفی شدن برخی از ارکان این حق در حالت اخیر، این نتیجه حاصل می شود که حداقل در حالت اعسار زوج نمی توان قائل به این ضمانت اجرا در نهاد خانواده شد. هرچند تردیدهایی در خصوص اصل این ضمانت اجرا در نهاد مذکور وجود دارد، این تردیدها با مطالعه شاخصه های اصلی ضمانت اجرای مطلوب و پیامدهای منفی «حق حبس» در خانواده، به طور جدی تری مطرح می شوند؛ چرا که این ابزار ضمانتی، پیامدهایی در تقابل با نهاد خانواده دارد، به گونه ای که این نهاد مقدس را به سمت معاملات مغایته ای سوق می دهد تا جایی که اهداف خانواده را متزلزل می سازد. این مشکل زمانی که مرد معسر باشد، به مراتب تشدید می شود. مسئله مطروحه در این تحقیق با کمک تحلیل های منطقی حقوقی - فقهی مورد استنتاج قرار گرفته است.

واژگان کلیدی: حق حبس، حق امتناع، ضمانت اجرای قانونی، تسلیم مهر، تسلیم بضع.

مقدمه

اجرای تعهدات اعم از قراردادی و غیر قراردادی، مبنای نظام اجتماعی است و در نتیجه، الزام مستقیم و غیر مستقیم متعهد به انجام تعهد، اساس این نظام است. اگر متعهد متخلف را که علاقه ای به اجرای قرارداد نشان نمی دهد، نتوان ملزم به اجرای تعهد خویش کرد، تکلیف و تعهد در روابط حقوقی و اجتماعی، مفهوم خود را از دست خواهد داد. چگونه می توان شخص را متعهد به انجام یا ترک عملی دانست، در حالی که وادار ساختن او به اجرای آن ممکن نباشد. قانون باید رساندن حق را به صاحب آن از راه الزام مدیون در چهارچوب مقررات تأمین کند، وگرنه مفهوم و معنایی برای حق

در پهنه اجتماع نمی‌توان شناخت (شهیدی، ۱۳۸۳: ۴۴/۳). لذا در اهمیت ضمانت اجرا و ابزارهای ضمانتی همین قدر بس که اجرایی شدن قانون را تضمین می‌کنند و اهمیتی به مثابه اصل قانون دارند. لذا همان گونه که رصد کردن قانون و توسعه کمی و کیفی قانون، جایگاه ویژه‌ای به لحاظ تأمین نیازهای اجتماعی و... دارد، همین اهمیت را البته به طور مضاعف، ضمانت اجراها و ابزارهای ضمانتی دارند؛ چرا که ضمانت اجراها، همان گونه که اشاره شد، تضمین‌کننده اجرا شدن اصل قانون هستند و بدون آن‌ها قانون جایگاه خود را از دست خواهد داد. از سوی دیگر، هر چقدر نهاد یا موضوعی که برای آن ضمانت اجرا تعریف می‌شود، از حساسیت، اهمیت و ظرافت خاصی برخوردار باشد، همچون نهاد خانواده، اهمیت ضمانت اجرا دوچندان می‌شود. این بدیهی است که ضمانت اجراهای قراردادی مثل بیع و مضاربه، با ضمانت‌های اجرایی که برای نهاد خانواده پیش‌بینی می‌شود، باید تفاوت داشته باشد؛ چرا که اساساً خانواده نهادی برای تربیت و تعالی معنوی و فکری انسان‌هاست. لذا ضمانت‌های اجرایی برای این نهاد مطلوب است که این مهم را محقق سازد. یکی از ابزارهای ضمانتی که برای تضمین حقوق زوجین در نهاد خانواده طبق ماده ۱۰۸۵ ق.م.پ. پیش‌بینی شده است، «حق حبس» است. هرچند برخی حقوق‌دانان در مقام پاسخ منفی به این سؤال که آیا مفاد ماده ۱۰۸۵ ق.م. همان حق حبس مذکور در ماده ۳۷۷ ق.م. است یا خیر؟ استدلال کرده‌اند:

الف) حق حبس از دو طرف است و حال آنکه در این مورد این حق فقط به زوجه داده شده است.

ب) حق حبس در عقود معوض تصور می‌شود و حال آنکه نکاح را جزء عقود معوض ندانسته‌اند و در این مورد در فقه اختلاف چشمگیری وجود دارد.

ایشان در ادامه با استناد به کتاب جامع الشکات میرزای قمی می‌نگارند: مفاد ماده ۱۰۸۵ ق.م. حکم خاصی است که اجماع^۱ منشأ آن است و نباید آن را بر پایه عقود معوض توجیه کرد؛ زیرا در نکاح گاه است که اساساً مهر ذکر نمی‌شود و با وجود این،

۱. اجماع دلیل لبی است، در مقابل دلیل لفظی. در ادله لبی، قدر متیقن وجود دارد که همین امر مانع تسری دلیل لبی به سایر موارد می‌شود.

عقد نکاح درست است (ماده ۱۰۸۷ ق.م.؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸: ۱۳۲-۱۳۳). لذا با چنین استدلالی، به سؤال فوق پاسخ منفی داده و حکم ماده ۱۰۸۵ ق.م. را یک حکم خاص و استثنایی دانسته‌اند. همچنین بعضی دیگر از حقوق دانان معتقدند که بین الزام مرد به دادن مهر و پیوند زناشویی، رابطه علیت وجود ندارد و نباید نکاح را با خرید و فروش یا سایر عقود معوض قیاس کرد (کاتوزیان، ۱۳۷۵: ۱۵۴/۱). به نظر می‌رسد هرچند حق حبس منحصر در عقد بیع نمی‌باشد، اما تعمیم آن به هر نوع امتناع نیز موجه به نظر نمی‌رسد. بنابراین نباید امتناع زوجه را به جهت وصول مهریه، حق حبس دانست، هرچند برخی از فقیهان و حقوق دانان از این تعبیر استفاده کرده‌اند؛ چرا که آنچه از فحوای کلام فقیهان (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۱۵۱/۲؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴: ۴/۱۲۴؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۶۲/۱۱) و برداشت عمومی از تعبیرات قانون مدنی به دست می‌آید، آن است که حق حبس را باید نسبت به اعیان و اموال مادی مطرح ساخت؛ یعنی هرچند که از حیث شمول، منحصر در بیع نیست و هر عقد معوض را در بر می‌گیرد، ولی از حیث متعلق و موضوع، محدود به عین و کالای مادی است و نباید آن را به هر نوع امتناع تعمیم داد. بنابراین به نظر می‌آید استفاده از تعبیر حق حبس در مورد عدم تمکین زن قبل از زفاف و در وقتی که مطالبه مهر نموده و مرد هنوز آن را به وی تسلیم نکرده است، تعبیری نامناسب و در غیر محل آن است. پس هرچند برخی نویسندگان کتب حقوقی (کاتوزیان، ۱۳۶۸: ۹۸/۴) بر این باورند که موضوع حق حبس می‌تواند علاوه بر تسلیم مال (اعم از عین و منفعت)، انجام دو کار در برابر هم یا انجام کار در برابر تسلیم مال یا خودداری از انجام کار باشد، ولی باید پذیرفت که خودداری زن از تمکین (موضوع ماده ۱۰۸۵ ق.م.) حق امتناع نام دارد نه حق حبس، زیرا نباید پنداشت که هر حق امتناعی، حق حبس است، هرچند که هر حق حبسی، حق امتناع محسوب می‌شود (باقری و طباطبایی، ۱۳۸۴: ۹۶-۹۷). در حقیقت رابطه این دو، عام (حق امتناع) و خاص (حق حبس) مطلق است. به عنوان مؤید می‌توان گفت که در بررسی متون فقهی، این نظر تأیید می‌شود؛ زیرا فقها در عقد نکاح، بیشتر از واژه «امتناع» استفاده کرده‌اند (انصاری، ۱۴۱۵: ۲۶۵/۲۰؛ نجفی کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲: ۲۱۳؛ ابن سعید حلی، ۱۴۰۵: ۴۴۰) تا واژه «حبس»، بر خلاف بیع و سایر عقود معاوضی که بیشتر از واژه «حبس» استفاده کرده‌اند (عاملی کرکی، ۱۴۱۴: ۴/۱۲۴؛ حسینی عاملی،

۱۴۱۹: ۶۲/۱۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۱۵۱/۲). این ادعا با این مطلب نیز تأیید می‌شود که یک تفاوت میان حق حبس در نکاح و معاوضات آن است که حق حبس در معاوضات غیر قابل تجزیه است، اما در نکاح اگر بخشی از مهریه نیز به رضایت زوجه تسلیم شود، حق حبس ساقط خواهد شد. مستند این سخن، روایت جناب ابوبصیر از امام صادق علیه السلام است:

«إِذَا تَزَوَّجَ الرَّجُلُ الْمَرْأَةَ فَلَا يَحِلُّ لَهُ فَرَجُهَا حَتَّى يَسُوقَ إِلَيْهَا شَيْئًا دَرَهْمًا فَمَا فَوْقَهُ أَوْ هَدِيَّةً مِنْ سُوقٍ أَوْ غَيْرِهِ» (حز عاملی، ۱۴۰۹: ۲۵۴/۲۱؛ مجلسی دوم، ۱۴۰۶: ۲۳۳/۱۲؛ طباطبایی قمی، ۱۴۲۶: ۱۹۹/۱۰).

هرچند در این نظر، تسلیم بخشی از مهریه، در صورتی مسقط حق حبس زوجه دانسته شده است که زوجه به این تسلیم رضایت داشته باشد، اما می‌توان گفت در جایی که زوج معسر است و دادگاه قرار اقساط صادر می‌کند، اراده قانون‌گذار و دادگاه مبنی بر تقسیم کردن مهریه، جانشین رضایت زوجه می‌شود.

لذا سؤال اصلی تحقیق این است که «امکان شناسایی حق حبس به عنوان ابزار ضمانتی در نهاد خانواده بالاخص در فرض اعسار زوج وجود دارد یا خیر؟»

علی‌رغم تعدد نگاه‌ها در خصوص حق حبس در عقد نکاح، در میان آثار حقوقی، نگاه‌های که به صورت جامع همه نظریات را در این خصوص بیان کند و سپس آن‌ها را مورد بررسی قرار دهد و به تحلیل مبانی فقهی آرای وحدت رویه صادره در این خصوص بپردازد، و اینکه آیا آرای مذکور به درستی صادر شده‌اند یا خیر، به چشم نمی‌خورد. اکثر این آثار با پذیرش این مطلب که حق حبس از قواعد عمومی قراردادها و از جمله نکاح است، به شرح و بسط از لحاظ حقوقی، آثار، شرایط و دامنه این حق پرداخته‌اند. البته ناگفته نماند که برخی از تألیفات موجود به صورت موردی، برخی از نظریات موجود در این زمینه را مورد نقد قرار داده‌اند که بیشتر با بیان نظریات فقهی بدون ورود به مبانی فقهی مسئله، مطالب خود را عرضه کرده‌اند.

این نوشتار به شیوه تحلیلی - توصیفی، ضمن بیان نظرات در خصوص حق حبس در عقد نکاح و نقد آن‌ها، به بررسی آرای وحدت رویه و همچنین وضعیت این حق در صورت اعسار زوج پرداخته است.

۱. تبیین نظرات در خصوص جریان حق حبس در عقد نکاح

در خصوص جریان حق حبس در عقد نکاح، فقها بر دو نظر عمده‌اند:

۱-۱. جریان حق حبس در عقد نکاح

گروهی قائل‌اند که در عقد نکاح، حق حبس وجود دارد. این گروه خود بر دو نظرند:

۱-۱-۱. حق حبس؛ حق مشترک زوجین

اغلب حقوق دانان و همچنین فقها با توجه به معاوضی بودن عقد نکاح، این حق را برای مرد نیز شناخته‌اند؛ یعنی تا زن تمکین نکرده، مرد هم می‌تواند از تسلیم مهر خودداری کند (قیوم‌زاده، ۱۳۸۹: ۱۴۲). به نظر برخی فقها، حق حبس متقابلاً برای شوهر نسبت به مهر ثابت است و او می‌تواند تا آمادگی زوجه برای ایفای وظیفه خاص زناشویی، از پرداخت مهر خودداری کند (شهیدی، ۱۳۸۳: ۱۷۷/۳). شیخ انصاری در کتاب *النکاح* قائل است که هر یک از زوج و زوجه از این حق برخوردارند (انصاری، ۱۴۱۵: ۲۰/۲۶۵).^۱ صاحب *جوهر* این حق را برای مرد هم شناخته و بیان داشته است:

«همانا برای هر یک از دو طرف، حق امتناع است تا اینکه عوض را اخذ کند» (نجفی، ۱۴۰۴: ۴۱/۳۱).

برخی معتقدند که مطابق قاعده معاوضه، مرد هم مانند زن حق حبس دارد (اراکي، ۱۳۷۷: ۵۴۶). همچنین برخی در تبیین حق حبس برای زوج که مقتضای معوض بودن عقد نکاح است، بیان داشته‌اند:

«یکی از احکام عقد نکاح آن است که هر یک از زوجین می‌تواند از تسلیم خودداری کرده تا عوض را دریافت کند» (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱: ۴۳۳).

۱-۱-۲. حق حبس؛ حق اختصاصی زوجه

از جهت فقهی، دلیل روشنی برای حق حبس زوج نسبت به مهر دیده نمی‌شود،

۱. «... لأن الوطاء والمهر بمنزلة العوضين، لصاحب أحدهما الامتناع حتى يقبض الآخر، ولا يجبر أحدهما على التسليم قبل الآخر» (انصاری، ۱۴۱۵: ۲۰/۲۶۵).

بلکه از ظاهر برخی احادیث، لزوم تسلیم مهر پیش از دخول استنباط می‌شود که این امر با وجود حق حبس برای زوج منافات دارد (شهیدی، ۱۳۸۳: ۱۵۷/۳). عده‌ای از بزرگان نیز در تألیفات خود فقط از حق امتناع زوجه بحث کرده‌اند، بی‌آنکه برای زوج، متعرض بحثی شوند که این خود، اماره‌ای بر این است که این حق را فقط برای زوجه قائل هستند؛ برای نمونه، مؤلف جامع المقاصد برای زوجه قبل از گرفتن مهریه^۱ حق منع قائل شده و در اینکه زوجه در ایام منع، مستحق نفقه باشد، تردید کرده است (عاملی کرکی، ۱۴۱۴: ۴/۴۱۲ و ۱۳/۲۰۱).

صدر این نظر با ظاهر ماده ۱۰۸۵ ق.م.ا^۲ مطابقت دارد. حتی دیوان عالی کشور در نظریه ۷/۲۹۸۹ در سال ۱۳۸۲ چنین اظهار نظر کرده است:

«حق حبس بر اساس ماده ۱۰۸۵ ق.م.ا مخصوص زوجه است و برای زوج چنین حقی پیش‌بینی نشده است؛ لذا زوج حق حبس مهریه را در صورت عدم تمکین زوجه بدون مانع مشروع ندارد».

اما در خصوص ذیل نظر صاحب جامع المقاصد باید گفت که قانون مدنی به صراحت در ماده ۱۰۸۵ ق.م.ا زن را در ایام حبس، مستحق نفقه می‌داند.

برخی از فقهای امامیه در پیش‌بینی حق حبس برای زوجه تا آنجا پیش رفته‌اند که در فرض اعسار زوج، به زوجه اجازه داده‌اند که از تمکین تا ادای کامل مهر امتناع نماید.^۳ برخی از حقوق‌دانان نیز با استناد به اطلاق ماده ۱۰۸۵ ق.م.ا، از همین نظر تبعیت نموده و در فرض اعسار شوهر، قائل به حق حبس برای زوجه شده‌اند (امامی، ۱۳۷۷: ۴/۴۶۰). از فقهای معاصر، آیات عظام سیستانی، صافی گلپایگانی، فاضل لنکرانی

۱. برخی از فقهای عظام همچون شیخ طوسی در میسوط از این هم فراتر رفته و تصریح به حق امتناع زوجه حتی بعد از مباشرت اول نموده‌اند (طوسی، ۱۳۸۷: ۳/۵۷۹)؛ ابن بزّاج در جواهر الفقه و علامه حلی در تلخیص المرام، از این جمله‌اند (به نقل از: شبیری زنجانی، ۱۴۱۹: ۲۲/۷۰۳۷).

۲. ماده ۱۰۸۵: «زن می‌تواند تا مهر به او تسلیم نشده، از ایفاء وظایفی که در مقابل شوهر دارد، امتناع کند؛ مشروط بر اینکه مهر او حال باشد و این امتناع، مسقط حق نفقه نخواهد بود».

۳. شیخ انصاری می‌فرماید: «علی ما نسب الی الأكثر» و این مطلب را از صاحب مدارک در نهایة المرام نقل می‌کنند (انصاری، ۱۴۱۵: ۲۰/۲۶۵). همچنین برخی فقها، این مطلب را به اکثر نسبت داده‌اند (موسوی عاملی، ۱۴۱۳: ۱/۴۱۴؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۳۲/۷۵؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۳/۷۴).

و موسوی اردبیلی بر این اعتقادند که حق حبس زن تا پایان پرداخت کامل مهر برقرار است (میرداداشی، ۱۳۸۸: ۲۲).

۲-۱. عدم جریان حق حبس در عقد نکاح

گروهی بر این عقیده‌اند که در نکاح، حق حبس وجود ندارد. این گروه یا صراحتاً وجود هر گونه حق حبسی را در نکاح منکر شده‌اند یا با نفی حق حبس زوجه به عنوان قدر متیقن^۱، نظر خود را بیان کرده‌اند؛ چرا که با نفی این قدر متیقن، حق حبس در نکاح منتفی می‌شود.

صاحب *حداثق* بعد از نقل نظر مؤلف *شرح النافع* مبنی بر اینکه «مقتضای تحقیق آن است که تسلیم [بضع] زوجه به مرد، حقی است علیه زن، همان گونه که تسلیم مهر به زن، حقی است علیه مرد؛ پس بر هر یک از آن دو، رساندن حق به مستحقش واجب است و اگر یکی از این دو به این واجب اختلال وارد کند، معصیت کرده است و با این عصیان، حق طرف دیگر ساقط نمی‌شود»، نظر ایشان را موافق قواعد شرعی می‌داند و در ادامه، بعد از تکرار نظر مؤلف *شرح النافع* می‌افزاید:

«[اظهار نظر] در این مسئله به خاطر عدم نص، مشکل است و ثبوت انتقال [هر یک از عوضین] به سبب عقد، مقتضی وجوب دفع بر هر یک از آن دو با مطالبه دیگری و عدم جواز حبس است» (بحرانی آل عصفور، ۱۴۰۵: ۴۶۱/۲۴).

همین مطلب را صاحب *جوهر* به صاحب *حداثق* نسبت می‌دهد و چنین می‌نگارد: «صاحب *حداثق* به تبعیت از *نهایة المرام*، برای هیچ یک از زوج و زوجه حق حبس قائل نیست و معتقد است بر هر یک از زوجین واجب است که به تکلیف خود عمل نماید؛ اعم از اینکه طرف مقابل وظیفه‌اش را انجام بدهد یا ندهد» (نجفی، ۱۴۰۴: ۴۱/۳۱).

همچنین بحرانی معتقد است که بضع برای مرد با عقد مباح شده و وی مالک آن شده است. پس چگونه می‌توان حلیت آن را بر دفع مهر یا چیز دیگری متوقف کرد،

۱. از نظر تمام کسانی که حق حبس را در عقد نکاح پذیرفته‌اند، حق حبس برای زوجه، مسلم و متیقن است.

در حالی که همه اتفاق دارند که مهر در نکاح رکن نیست (بحرانی آل عصفور، ۱۴۰۵: ۴۶۵/۲۴؛ اراکی، ۱۳۷۷: ۵۴۴). فقیه دیگری چنین اظهار نظر می‌کند: «بعد از ازدواج، بر زن جایز نیست که از نزدیکی شوهرش برای گرفتن مهر جلوگیری کند؛ مگر اینکه در عقد شرط شده باشد».

علم‌الهدی، ابوصلاح و ابن حمزه نیز با این عقیده موافق بوده و قائل‌اند که اگر در عقد، گرفتن مهر قبل از تمکین شرط شده باشد، امتناع مانعی ندارد؛ ولی اگر گرفتن مهر شرط نشده باشد، جایز نیست که زن امتناع کند. حتی عده‌ای از فقها معتقدند که چنین شرایطی، خلاف مقتضای عقد است و وفای به آن لازم نیست (قیوم‌زاده، ۱۳۸۹: ۱۴۱).

شیخ انصاری در کتاب النکاح به سید در شرح نافع نسبت می‌دهد که ایشان در اصل وجود حق حبس برای زوجه تشکیک نموده است (انصاری، ۱۴۱۵: ۲۶۷/۲۰-۲۶۸).^۱ مامقانی در مناهج المتقین ثبوت حق حبس در عقد نکاح را منتفی دانسته است (مامقانی، ۱۴۰۴: ۳۷۲). خوانساری در جامع المدارک می‌فرماید:

«ازدواج دائم مثل عقد معاوضی نیست؛ چرا که نکاح دائم بدون ذکر مهر نیز صحیح است. همچنین در صورت ذکر مهر در آن، مهر عوض آن محسوب نمی‌شود. مضافاً بر اینکه لازمه این ادعا [در صورتی که برای زن حق حبس قائل نشویم، بر وی عسر و حرج و ضرر و ظلم لازم می‌آید] آن است که زن حتی بعد از دخول نیز حق امتناع داشته باشد، اما کسی ملتزم به این سخن نشده است» (خوانساری، ۱۴۰۵: ۴۲۴/۴).

وی در ادامه، همین نظر را از صاحب حدائق و مؤلف نهایة المرام نقل می‌کند (همان: ۴۲۵/۴). برخی از فقهای معاصر نیز قائل‌اند که در عقد نکاح حق حبس نیست. مؤلف فقه الصادق علیه السلام به دو دلیل، مخالف حق حبس در نکاح شده است: اولاً: نکاح از معاوضات حقیقی نیست.

ثانیاً: جریان حق حبس در بیع به خاطر شرط ضمنی‌ای است که عقد بر اساس آن منعقد شده است - گرچه صحت شرط مذکور در بیع نیز بی‌اشکال نیست؛ زیرا مخالف

۱. «ثم اعلم أنّ المحکّم عن السید فی شرح النافع الخدشة فی أصل هذا الحكم...» (انصاری، ۱۴۱۵: ۲۶۸-۲۶۷/۲۰).

کتاب و سنت است، اما این شرط ضمنی در نکاح جاری نمی‌شود؛ زیرا شرطی در عقد نکاح واجب‌الوفاست که به صراحت در ضمن عقد ذکر شود (حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۲۲/۱۵۰). آیه‌الله مکارم شیرازی نیز می‌نویسد:

«اصل حق حبس، دلیل روشنی ندارد و مقایسه ازدواج با خرید و فروش و مهر و بضع با ثمن و مثن، مقایسه‌ای صوری است، وگرنه به طور قطع، ازدواج ماهیت بیع را ندارد» (میرداداشی، ۱۳۸۸: ۹).

آیه‌الله اراکی می‌فرماید:

«استاد ما به تبعیت از صاحب *حلائق منکر حق حبس* هستند و روایات مربوطه را حمل بر کراهت [نزدیکی با زوجه قبل از پرداختن چیزی به وی] می‌کردند و اینکه مستحب است مرد قبل از دخول، چیزی به زن بدهد و این روایات، ربطی به حق حبس زوجه ندارد» (اراکی، ۱۳۷۷: ۵۴۴-۵۴۵).

۲. بررسی نظرات در خصوص جریان حق حبس در عقد نکاح

۲-۱. بررسی نظریه عدم وجود حق حبس در عقد نکاح

اگر این نظر را برگزینیم، حکم مسئله روشن است؛ چرا که سالبه به انتفای موضوع است. طبق این نظر، اساساً هیچ یک از زوجین حق حبس ندارند و مکلف به انجام وظایف متقابل خود هستند؛ شوهر به ادای مهر، و زوجه به اطاعت از زوج و تمکین. امتناع هر یک، مانع به فعلیت رسیدن تکالیف طرف مقابل نیست. به نظر می‌رسد که بهترین نظر، همین نظر است؛ چرا که اصولاً نکاح را که یک قرارداد شخصی و هدف اساسی آن شرکت در زندگی است، نباید یک قرارداد معاوضی یا حتی شبه معاوضی تلقی کرد و احکام ویژه قراردادهای مالی معوض را درباره آن جاری نمود. بنابراین شناختن حق حبس برای زن در نکاح -حقی که ویژه قراردادهای مالی معوض است- اساساً در حقوق جدید قابل ایراد است (صفایی و امامی، ۱۳۸۵: ۱۵۸)؛ مضافاً بر اینکه حق حبس، یک قاعده استثنایی است و نباید موارد استفاده از آن را گسترش داد (همان: ۱۵۷). از سویی با ایرادات دو نظر دیگر مواجه نیست.

۲-۲. بررسی نظریه وجود حق حبس برای زوجین

در راستای بررسی این نظر باید گفت که هرچند عقد نکاح از عقود معاوضی حقیقی نیست، اما برخی معتقدند که می‌توان آن را از عقود شبه معاوضی به حساب آورد؛ زیرا بضع (تمکین) و مهر در مقابل یکدیگر قرار می‌گیرند (کاسانی حنفی، ۱۹۸۶: ۲۸۸/۲).^۱ نتیجه این امر آن است که اجزای مهر در مقابل اجزای بضع قرار می‌گیرد.^۲ از آنجا که تمکین، اعم از عام و خاص، عملی تدریجی‌الحصول است، لذا با هر بار تسلیم بضع، جزئی از مهر به ملکیت زن درمی‌آید.^۳ این در حالی است که چنانچه مورد قرارداد، عین کلی یا عمل باشد و عقد موجب پیدایش تعهد بر تملیک حق مربوط به فردی از افراد کلی یا انجام یا ترک عملی از دو طرف در برابر عوض معلوم، اعم از عین یا عمل باشد، با تشکیل عقد، ذمه هر یک از دو طرف در برابر طرف دیگر به اجرای قرارداد، اشتغال پیدا می‌کند، که در صورت نبودن اجل برای هیچ یک از دو طرف در اجرای تعهد، هر یک از دو تعهد می‌تواند همزمان یا با فاصله زمانی مطالبه شود. در این صورت، متعهد بر اساس تکلیف قانونی باید آن را انجام دهد و خودداری از انجام تعهد تا اجرای تعهد طرف دیگر، مبنای تحلیلی ندارد. مطالبه همزمان اجرای تعهد به وسیله هر یک از طرفین از طرف دیگر، با خودداری متعهد از انجام تعهد خود در برابر درخواست طرف دیگر تفاوت دارد.

به جهات بالا هر یک از دو طرف در صورت درخواست طرف دیگر، باید تعهد خود را انجام دهد و قاعدتاً نمی‌تواند اجرای تعهد خود را موکول به اجرای تعهد طرف دیگر کند (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۳/۱۴۵).

۱. «لِأَنَّ الْمَهْرَ عَوْضٌ عَنْ بُضْعِهَا كَالْتَمَنَ عَوْضٌ عَنِ الْمَبِيعِ... لِأَنَّ هَذَا عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ فَيَقْتَضِي الْمُسَاوَاةَ مِنَ الْجَانِبَيْنِ» (کاسانی حنفی، ۱۹۸۶: ۲۸۸/۲)؛ «لِأَنَّ الْمَهْرَ بَدَلٌ مِّنْفَعَةِ الْبُضْعِ» (همان: ۱۷۴/۴).

۲. «لِأَنَّ الْمَهْرَ مُقَابِلُ بِجَمِيعِ الْوَطَائِتِ الْمَوْجُودَةِ فِي الْمَلِكِ» (شیخ زاده حنفی، بی تا: ۳۵۵/۱)؛ «لِأَنَّ الْمَهْرَ مُقَابِلُ بِالْكَلِّ أَى بِجَمِيعِ وَطَائِتِ تَوْجَدُ فِي النِّكَاحِ حَتَّى لَا يَحُلُو الْوَطْءُ عَنِ الْمَهْرِ» (همان: ۳۶۷/۱).

۳. در خصوص تمکین عام که شامل تکلیف زوجه به حسن معاشرت، تشیید مبانی خانواده و تبعیت از زوج می‌شود، صرف یک بار اقدام برای انجام این تکالیف به معنای ادای آن نمی‌باشد؛ زیرا عرف تنها در فرضی که زوجه این تکالیف را به نحو مستمر و به عادت انجام دهد، انجام تکلیف از سوی وی را محقق می‌داند.

صرف نظر از آنچه بیان شد، نسبت به عمل مورد عقد، وضعیت خاصی وجود دارد که... اجرای همزمان تعهدهای متقابل طرف‌های عقد را ناممکن می‌سازد. حقوق عینی مورد قرارداد اعم از حق مالکیت عین، منفعت یا انتفاع (شهیدی، ۱۳۸۳: ۱۶۳/۳) یا ارتفاع از عین، دارای وجود عینی مستقل یا تبعی می‌باشد که امکان تسلیم و تسلّم آن را در زمان واحد عرفاً ممکن می‌سازد؛ در صورتی که عمل مورد قرارداد چنین نیست و اجزای عمل باید در اجزای زمان تدریجاً تحقق پیدا کند؛ مثلاً اگر مورد قرارداد، احداث ساختمانی در برابر دستمزد معلوم باشد، این دو مورد نمی‌تواند در زمان واحد تسلیم و تسلّم شود و ناگزیر باید یکی از دو مورد پیش از مورد دیگر تسلیم گردد. اگر به منظور حصول اطمینان در هر یک از دو طرف، نسبت به اینکه طرف دیگر نیز تعهد خود را اجرا خواهد کرد، مرجع قضایی به عنوان دارنده قدرت حاکم و واسطه مطمئن مبادله مادی دو مورد قرارداد برگزیده شود، هرچند نگرانی بدون اجرا ماندن یکی از دو تعهد در زمان اجرای تعهد دیگر از بین خواهد رفت، اما اجرای تعهد در یک زمان انجام نمی‌شود؛ حال مثلاً اگر متعهدله ساختمان، دستمزد مقرر را پیش از شروع به ساختمان نزد دادگاه تودیع کند که دادگاه پس از انجام کار موضوع قرارداد آن را به سازنده تسلیم کند، روشن است که دستمزد مزبور زودتر از احداث از اموال متعهدله ساختمان خارج گردیده است و هر گاه بنا زودتر از سپرده شدن دستمزد مربوط احداث گردد، هزینه ساختمان پیش از جدا شدن دستمزد از مالکیت متعهدله، از اموال مقاطعه کار خارج گردیده است و این وضعیت، با منشأ تحلیلی حق حبس که لزوم مبادله مادی همزمان دو مورد قرارداد بر اساس مفهوم معاوضه باشد، سازگار نیست.^۱ در هر حال از حیث خارج شدن موضوع مستقیم یا غیر مستقیم تعهد که جنبه مالی دارد، از اختیار متعهد به لحاظ همزمانی بودن تحقق یک یا دو مورد تعهد، تقارن زمانی اجرای دو تعهد منتفی است که همین عدم تقارن سبب می‌شود که یکی از دو طرف بیش از طرف دیگر، بار مالی ناشی از تعهد خود را تحمل کند (همان: ۱۶۴/۳).

در راستای تأیید مطلب مذکور، می‌توان به راهکارهایی که اکثر فقها در این زمینه

۱. مطالبی که در خصوص عمل مورد قرارداد بیان شد، در مورد نکاح و رابطه مهر و تمکین هم صادق است (ر.ک: باقری و طباطبایی، ۱۳۸۴).

بیان فرموده‌اند، اشاره کرد. فقها بیان داشته‌اند:

«مرد مهریه را به فردی عادل یا کسی که مورد اتفاق طرفین است، بسپارد و زن امر به تمکین می‌شود. بعد از تمکین زن، کسی که مهریه به او سپرده شده است، می‌تواند مهریه را به زن تسلیم می‌کند»^۱.

در اینجا هم عملاً تعهد زوج در پرداخت مهریه زودتر انجام یافته و مهر قبل از تمکین، از ملک مرد خارج شده است و این، معنایی جز «اقباض» ندارد و نه «تقابضی» که حق حبس به دنبال محقق کردن آن است.^۲ صاحب جواهر نیز تصریح می‌کند جایی که ثمن تدریجی باشد - مانند بضع در عقد نکاح -، تقابضی در کار نیست^۳ و نفی تقابض، همان نفی حق حبس است.

۳-۲. بررسی نظریه اختصاص حق حبس به زوج

همان گونه که اشاره شد، قانون‌گذار در ماده ۱۰۸۵ ق.م. این نظر را پذیرفته است. اما پذیرش این نظر، با ایراداتی همراه است که ذیلاً بیان می‌شود.

۳-۲-۱. ایراد اول: حق حبس معارض با اصل دهم قانون اساسی

به نظر می‌رسد حتی اگر قائل به حق حبس در تعهدات و قراردادهای باشیم، پذیرفتن چنین حقی در خانواده مغایر با مقاصد قانون‌گذار در حوزه «حقوق خانواده» است؛ چرا که قانون‌گذار قبل از شناسایی هر حقی برای زوجین، آن‌ها را به تشدید مبانی خانواده و حسن معاشرت مکلف نموده است. نهاد خانواده آن‌قدر برای قانون‌گذار مهم بوده است که در اصل دهم قانون اساسی آورده است:

«همه قوانین و مقررات و برنامه‌ریزی‌های مربوطه باید به منظور آسان کردن تشکیل خانواده، پاسداری از قداست آن و استواری روابط خانوادگی باشد».

۱. «... بأن يؤمر الزوج بوضع الصداق فی ید من یتفقان علیه أو ید عدل و تؤمر بالتمکین، فإذا مکنت سلم العدل الصداق إليها» (موسوی عاملی، ۱۴۱۳: ۴۱۳/۱).
۲. «وهذا فی الحقیقة فی معنی إقباض المهر» (بحرانی آل عصفور، ۱۴۰۵: ۴۶۰/۲۴).
۳. «لو کان الثمن تدریجاً کعمل من المشترى، فالظاهر عدم اعتبار التقابض لعدمه، بل الواجب دفع المبیع کما لو کان الثمن نسئة» (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۴۷/۲۳).

با توجه به اوضاع کنونی حاکم بر وضعیت اقتصادی جامعه، معمولاً برای زوج امکان پرداخت یک‌جای مهریه وجود ندارد و زوج در این زمینه با اعسار روبه‌رو می‌شود. این در حالی است که رأی وحدت رویه شماره ۱۷۰۸ (شهری و همکاران، ۱۳۸۸: ۶۱۹/۱)، در فرض اعسار زوج، تا دریافت کامل مهر برای زوج حق حبس قائل شده است. با در نظر گرفتن وضعیت موجود، مرد می‌تواند به استناد بند ۳ ماده ۱۶^۲ و بند ۳ ماده ۸ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳/۱۱/۱۵^۳ و قواعد ثانویه عسر و حرج و لاضرر، ازدواج مجدد داشته باشد. زن نیز می‌تواند به استناد ماده ۱۱۳۰ ق.م.ا و تبصره الحاقی آن و بند ۱۰ ماده ۸^۴ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ و بند ۱۲

۱. رأی وحدت رویه شماره ۷۰۸-۲۲/۵/۱۳۸۷ هیئت عمومی دیوان عالی کشور: «به موجب ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی زن می‌تواند تا مهر به او تسلیم نشده، از ایفاء وظایفی که در مقابل شوهر دارد، امتناع کند؛ مشروط بر اینکه مهر او حال باشد. ضمناً در صورت احراز عسرت زوج، وی می‌تواند که مهر را به نحو اقساط پرداخت کند. با توجه به حکم قانونی ماده مذکور که مطلق مهر مورد نظر بوده و با عنایت به میزان مهر که با توافق طرفین تعیین گردیده، صدور حکم تقسیط که صرفاً ناشی از عسر و حرج زوج در پرداخت یک‌جای مهر بوده، مسقط حق حبس زوجه نیست و حق او را مخدوش و حاکمیت اراده وی را متزلزل نمی‌سازد، مگر به رضای مشارالیها؛ زیرا اولاً حق حبس و حرج، دو مقوله جداگانه است که یکی در دیگری مؤثر نیست. ثانیاً موضوع مهر در ماده مزبور، دلالت صریح به دریافت کل مهر داشته و اخذ قسط یا اقساطی از آن، دلیل بر دریافت مهر به معنای آنچه مورد نظر زوجه در هنگام عقد نکاح بوده، نیست. بنا به مراتب رأی شعبه ۱۹ دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان که موافق با این نظر است، منطبق با قانون تشخیص می‌شود. این رأی بر طبق ماده ۲۷۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری در موارد مشابه برای دادگاه‌ها و شعب دیوان عالی کشور لازم‌الاتباع می‌باشد».

۲. ماده ۱۶: «مرد نمی‌تواند با داشتن زن، همسر دوم اختیار کند، مگر در موارد زیر: ... ۳- عدم تمکین زن از شوهر».

۳. ماده ۸: «در موارد زیر، زن یا شوهر حسب مورد می‌تواند از دادگاه تقاضای صدور گواهی عدم امکان سازش نماید و دادگاه در صورت احراز آن موارد، گواهی عدم امکان سازش صادر خواهد کرد: ... ۳- عدم تمکین زن از شوهر».

۴. ماده ۱۱۳۰ ق.م.ا: «در صورتی که دوام زوجیت موجب عسر و حرج زوجه باشد، وی می‌تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق کند، چنانچه عسر و حرج مذکور در محکمه ثابت شود، دادگاه می‌تواند زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورتی که اجبار میسر نباشد، زوجه به اذن حاکم شرع طلاق داده می‌شود».

۵. ماده ۸: «در موارد زیر، زن یا شوهر حسب مورد می‌تواند از دادگاه تقاضای صدور گواهی عدم امکان سازش نماید و دادگاه در صورت احراز آن موارد، گواهی عدم امکان سازش صادر خواهد کرد... ۱۰- هر گاه زوج همسر دیگری اختیار کند یا به تشخیص دادگاه، نسبت به همسران خود اجرای عدالت ننماید».

عقدنامه،^۱ ازدواج مجدد مرد را جهت صدور گواهی عدم امکان سازش و نهایتاً طلاق درخواست کند. این نحوه از قانون گذاری، «نقض غرض» قانون گذار را در پی دارد.

فلسفه تقنین، نظام بخشیدن به روابط انسان‌ها در محیط مشخصی است که از آن با عنوان جامعه یاد می‌شود. بر این اساس، تحقق بی‌نظمی در به اجرا درآمدن برخی قوانین، نقض غرضی است که از سوی قانون گذار انتظار نمی‌رود. خانواده اساسی‌ترین عنصر یک نظام اجتماعی است و کوچک‌ترین تصمیمات در نوع موجودیت آن، تأثیر مستقیم بر نظام اجتماعی آن جامعه خواهد گذاشت. متأسفانه در جامعه امروزی شاهدیم که افرادی با انگیزه اغفال دیگری و دسیسه تملک اموال شوهر، تن به ازدواج می‌دهند (میرداداشی، ۱۳۸۸: ۱۵). چگونه می‌توان قائل شد که زوجه بتواند در بدو عقد و قبل از ورود به زندگی مشترک، علاوه بر مهریه، نفقه هم مطالبه کند (به استناد ماده ۱۰۸۵ ق.م. و رأی وحدت رویه شماره ۶۳۳ مورخ ۱۳۷۸/۲/۱۴) و تمکین خاص و حتی تمکین عام هم نداشته باشد؛ زیرا به موجب رأی وحدت رویه شماره ۷۱۸ مورخ ۱۳۹۰/۲/۱۳ هیئت عمومی دیوان عالی کشور، مراد از حق حبس در ماده ۱۰۸۵ ق.م.، حق امتناع زوجه از تمامی وظایف زوجیت (حق امتناع از تمکین عام) می‌باشد.^۲ بر این اساس، حق اخیر به معنای جواز زوجه در استتکاف از حسن معاشرت، سکونت در منزل مشترک، سکونت در محلی که شوهر معین می‌کند، خروج از منزل یا اتیان روزه مستحبی به رغم نهی شوهر، اشتغال به شغل منافی حیثیت شوهر و نیز حق زوجه در انجام اموری است که موجب نفرت جنسی زوج نسبت به وی می‌گردد (درویش، ۱۳۸۹: ۱۲۲) که این امور زمینه‌ساز مناسبی برای ایجاد اختلاف بین زوجین و در نهایت طلاق

۱. بند ۱۲: «زوج همسر دیگری بدون رضایت زوجه اختیار کند یا به تشخیص دادگاه، نسبت به همسران خود اجرای عدالت ننماید».

۲. به موجب رأی وحدت رویه شماره ۱۳۹۰/۲/۱۳-۷۱۸ هیئت عمومی دیوان عالی کشور، ردیف ۱۸/۸۷ صادرشده با هفتاد رأی موافق، در مقابل نه رأی مخالف: «مستفاد از ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی این است که زن در صورت حال بودن مهر می‌تواند تا مهر به او تسلیم نشده، از ایفای مطلق وظایفی که شرعاً و قانوناً در برابر شوهر دارد، امتناع نماید. بنابراین رأی شعبه ۵ دادگاه تجدیدنظر استان که با این نظر انطباق دارد، به اکثریت آراء صحیح و قانونی تشخیص و تأیید می‌گردد» (درویش، ۱۳۸۹: ۱۱۹).

است. این در حالی است که به تصریح فقها، در مسئله نصی وارد نشده است (موسوی عاملی، ۱۴۱۳: ۴۱۳/۱؛ اردبیلی، ۱۴۱۲: ۵۰۴/۸) و همان گونه که گذشت، برخی حتی روایات مربوطه را بی ارتباط با مسئله مورد بحث می دانند و در نهایت، این روایات را حمل بر کراهت نزدیکی با زن قبل از پرداخت هدیه ای به وی و مندوب بودن این پرداخت می دانند و برخی دیگر قائل اند که حق حبس حداقل در نکاح دلیل روشنی ندارد تا آنجا که برخی فقها تصریح کرده اند که برای حق حبس نه تنها در باب نکاح بلکه در اصل وجود آن، نصی وجود ندارد. لذا از فتوا دادن امتناع کرده و توقف اختیار کرده اند.^۱ تمام این مشکلات زمانی ایجاد می شود که حق حبس را به زوجه اختصاص دهیم.

از آنجا که رأی وحدت رویه ۷۰۸ دیوان عالی کشور، هم راستا و هم جهت و به پشتوانه ماده ۱۰۸۵ ق.م. صادر شده است، در ادامه به نقد این رأی می پردازیم که به گونه ای نقد ماده ۱۰۸۵ ق.م. نیز هست. از همین رو از آن، تحت ایراد دوم بر نظریه سوم یاد می کنیم؛ چرا که ماده ۱۰۸۵ ق.م. بیانگر نظریه مورد بررسی (نظریه سوم): اختصاص حق حبس به زوجه است.

۲-۳-۲. ایراد دوم: صحیح نبودن رأی وحدت رویه شماره ۷۰۸ دیوان عالی کشور
همان گونه که گذشت، برخی از فقهای امامیه در پیش بینی حق حبس برای زوجه تا آنجا پیش رفته اند که در فرض اعسار زوج، به زوجه اجازه داده اند که از تمکین تا ادای کامل مهر امتناع نماید (انصاری، ۱۴۱۵: ۲۶۵/۲۰؛ موسوی عاملی، ۱۴۱۳: ۴۱۴/۱؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۷۵/۳۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۷۴/۳). از لحاظ حقوقی نیز حقوق دانان با استناد به اطلاق ماده ۱۰۸۵ ق.م. (امامی، ۱۳۷۷: ۴۶۰/۴) و رأی وحدت رویه شماره ۷۰۸ ۱۳۸۷/۵/۲۲ هیئت عمومی دیوان عالی کشور معتقدند که در فرض اعسار شوهر، برای زوجه حق حبس وجود دارد؛ به خصوص آنکه بنا بر قاعده «اذن به شیء اذن در لوازم

۱. «ثم إن شيخنا المحدث المذكور، قال -بعد البحث في المسألة الذی من جملته ما نقلناه عنه- ما صورته: وعندی فی کلا الحکمین توقف، لعدم الظفر بشیء من النصوص من أهل العصمة عليهم السلام فیها وقد أرجحت حکمها إلى العالم من أهل بیت محمد -عجل الله فرجه- ورَدَدْتُهَا إلى الله ورسوله وإليه -صلوات الله وسلامه علیه- انتهى كلامه» (بحرانی آل عصفور، ۱۴۰۵: ۴۷۱/۲۴).

آن است»، لازمه عرفی عدم تمکین [حاصل از حق حبس] آن است که زوجه بتواند به اقامتگاه شوهر نرفته و همراه او سکونت نداشته باشد. مقام معظم رهبری در استفتایی، این حق را برای زوجه ثابت دانسته و فرموده است:

«اگر زن به خانه شوهر نرفته، می‌تواند تمکین و ورود به خانه شوهر را مشروط به گرفتن مهر حال بکند» (ذاکر حسین، ۱۳۸۷: ۵۸-۵۹؛ درویش، ۱۳۸۹: ۱۲۴).

رأی وحدت رویه مذکور با صححه گذاشتن بر این امر - که در فرض اعسار زوج، حق حبس زوجه تا دریافت کامل مهر باقی است -، بار دیگر خانواده‌ای را که خود با عسر و حرج مواجه شده است، با مشکل مواجه می‌کند. در حالی که این نظر و رأی وحدت رویه از لحاظ مبانی فقهی و حقوقی صحیح نیست.

۱-۲-۳-۲. صحیح نبودن رأی وحدت رویه شماره ۷۰۸ دیوان عالی کشور از لحاظ فقهی
رأی مذکور از لحاظ فقهی صحیح نمی‌تواند باشد؛ چرا که فقها بر این مطلب اجماع دارند که در صورت معسر بودن مرد، حق مطالبه زن ساقط می‌شود. از جمله می‌توان به نظر صاحب جواهر اشاره کرد:
«با ادله شرعیه ثابت است که در فرض اعسار زوج، زوجه حق مطالبه ندارد» (نجفی، ۱۴۰۴: ۷۵/۳۲).

شیخ انصاری نیز همین نظر را بیان می‌کند (انصاری، ۱۴۱۵: ۲۶۵/۲۰).^۱ ابن ادریس حلی با استناد به آیه «وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ» (بقره/۲۸۰)، حق مطالبه دین را از معسر منتفی می‌داند (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۴۴/۳). این در حالی است که یکی از ارکان و عناصر سازنده حق حبس، همان گونه که ابن ادریس در سرائر می‌فرماید، «قابلیت مطالبه عوضین» است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۲۹۳؛ همو، ۱۳۸۱: ۱۲۳). وقتی به علت اعسار زوج، زوجه حق مطالبه همزمان را نداشته باشد، یکی از ارکان حق حبس از بین می‌رود و این بدان معناست که زوجه حق حبس ندارد. این مطلب که در رأی وحدت رویه مذکور آمده: «حق حبس و حرج دو مقوله جداگانه است که یکی در دیگری مؤثر نیست»، صحیح نیست؛ زیرا این مطلب: «با ادله شرعیه ثابت است که در فرض

۱. ایشان از کسانی است که برای هر یک از زوجین حق حبس را پذیرفته‌اند.

اعسار زوج، زن حق مطالبه ندارد»، در بین فقها اجماعی است^۱ تا بدانجا که برخی از فقها اساساً حق امتناع زوجه را فقط در صورتی برای وی مجاز شناخته‌اند که زوج موسر باشد.^۲ در همین خصوص، برخی از نویسندگان حقوقی چنین اظهار کرده‌اند: «در فرض اعسار به دلیل ممنوعیت مطالبه دین و مهر، الزام زوج منتفی است» (ذاکر حسین، ۱۳۸۷: ۵۹).

این در حالی است که برای همین فرض اخیر (موسر بودن زوج) نیز هیچ دلیلی جز اجماع نیست (محقق داماد، بی‌تا: ۲۴۷) که برخی با دید تردید و انکار بدان نگریسته‌اند.^۳ علت مخالفت با این اجماع دو امر می‌تواند باشد: الف) جمع کثیری از فقها مخالف این اجماع هستند. لذا نمی‌تواند اجماعی محقق شود.

ب) بر فرض تحقق اجماع، با توجه به روایات وارده در این زمینه، این اجماع مدرکی است و اجماع مدرکی فاقد اعتبار است.

در همین زمینه به عنوان یکی از ایرادات ماده ۱۰۸۵ ق.م. می‌توان به این مطلب اشاره کرد که فقها حق حبس را برای زوجه در فرضی شناسایی کرده‌اند که زوج موسر باشد. این در حالی است که ماده اخیرالذکر با اطلاق خودش و رأی وحدت رویه با تصریحش، برای زوجه حتی در فرض اعسار زوج، حق حبس شناسایی کرده است و این مطلب پشتوانه و مبنای فقهی ندارد. بلکه همان گونه که فقها تصریح کرده‌اند،

۱. «[والمعسر لا تحل مطالبته ولا حبسه] إجماعاً كما في التذكرة و في مجمع البرهان لا خلاف على الظاهر في تحريم حبسه بل مطالبته وملازمته وأذاه على تقدير ثبوت عدم قدرته على الأداء شرعاً وفي المختلف أنه الأشهر وبحرمة المطالبة والإلحاح عليه صرح في النهاية والمبسوط وفقه الراوندي والغنية والسرائر وغيرها وقد يظهر من الغنية الإجماع على ذلك» (حسینی عاملی، بی‌تا: ۱۸/۵).

۲. «الظاهر أنه لا خلاف بين الأصحاب في أنه يجوز للزوجة الغير المدخول بها الامتناع من تسليم نفسها حتى تقبض إذا كان المهر حالاً و الزوج موسراً» (بحرانی آل عصفور، ۱۴۰۵: ۲۴/۴۶۱-۴۶۰). کاتوزیان هم اظهار می‌دارد: «از استقرار در این گونه قوانین، قاعده‌ای به دست می‌آید که به موجب آن، دو دینی در برابر هم قرار می‌گیرد و به طلبکار حق حبس می‌دهد که قابل مطالبه باشد» (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۷۲۷/۴).

۳. «وقد تقرّر سابقاً أنّ مقتضى النظر أن ليس لها الامتناع وإن عصى، لعدم النصّ على ذلك، وليس الإجماع عنده متحققاً» (بحرانی آل عصفور، ۱۴۰۵: ۲۴/۴۷۱).

عموم ادله وفای به عقد و وجوب اطاعت زوجه از زوج فقط در جایی تخصیص خورده است که مرد در یسار باشد و با وجود این، مهر زن را پرداخت نکند. لذا در صورتی که مرد در اعسار باشد، بر زوجه واجب است که از زوج اطاعت کند. برخی فقها در اصل وجود این مخصص نیز تردید کرده‌اند؛ چرا که معتقدند اجماعی در این زمینه محقق نیست.^۱

شیخ انصاری نیز معتقد است که در فرض اعسار زوج، حق حبس زوجه ساقط می‌شود. ایشان می‌نویسد:

«دلیل سقوط حق حبس زوجه، ممنوعیت مطالبه مهر از معسر است. پس زمانی که زوج حق خود [تمکین] را از وی مطالبه نمود، بر زوجه واجب است که حق زوج را به وی تسلیم کند؛ چون امتناع زوجه از ایفای وظایفش در قبال زوج، عرفاً ظلم محسوب شده و طبعاً حرام است. به ویژه در صورتی زوجه به اعسار زوج قبل از عقد واقف بوده باشد».^۲

۲-۲-۳. صحیح نبودن رأی وحدت رویه شماره ۷۰۸ دیوان عالی کشور از لحاظ حقوقی رأی مذکور از لحاظ حقوقی نمی‌تواند صحیح باشد؛ چرا که ماده ۳۷۷ ق.م.

به‌عنوان ماده اساسی که قواعد مربوط به این حق را بیان می‌کند، مقرر می‌دارد:

«هر یک از بایع و مشتری حق دارد از تسلیم مبیع یا ثمن خودداری کند تا طرف دیگر حاضر به تسلیم شود، مگر اینکه مبیع یا ثمن مؤجل باشد؛ در این صورت هر کدام از مبیع یا ثمن که حال باشد، باید تسلیم شود».

صدر این ماده بیانگر غایتی برای حق حبس است. در حقیقت این ماده حق حبس را معنایاً به غایت کرده است و آن هم «حاضر شدن طرف دیگر به تسلیم» است نه خود تسلیم. استاد شهیدی در همین خصوص می‌نویسد:

«آنچه از عبارت این ماده استفاده می‌شود این است که حق حبس مورد معامله تا

۱. «أن ما دل علی عموم إطاعة الزوجة للزوج وإن خصص في تلك المسألة بالإجماع المدعى علی جواز امتناعها، إلا أنه لا مخصص هنا له، لعدم تحقق الإجماع في المسألة، وهو كلام صحيح لا غبار علیه، ولا يتطرق القدرح بوجه من الوجوه إليه» (همان).

۲. «المنع من مطالبة المعسر، فيجب عليها تسليم حقه إليه إذا طالبه؛ لأن الامتناع ظلم عرفاً، فيحرم شرعاً، سيما مع علمها قبل العقد باعساره» (انصاری، ۱۴۱۵: ۲۰/۲۶۵).

حاضر شدن طرف دیگر به تسلیم مورد تعهد خویش باقی خواهد بود نه تا تسلیم مورد تعهد به وسیله طرف دیگر. نتیجه این معنی این است که هر گاه طرف دیگر حاضر برای تسلیم شود، طرف نخست باید مورد تعهد خود را تسلیم کند و نمی‌تواند آن را تا تسلیم طرف دیگر به تأخیر اندازد و این معنی با حق حبس مورد عقد تا تسلیم طرف دیگر که معمولاً بیان می‌شود، مغایرت دارد؛ زیرا حاضر شدن طرف دیگر عقد برای تسلیم با تسلیم مورد عقد به وسیله این طرف تفاوت دارد» (شهیدی، ۱۳۸۳: ۱۵۴/۳-۱۵۵).

صادرکنندگان^۱ رأی وحدت رویه با استناد به اطلاق کلمه «مهر» در ماده ۱۰۸۵ قائل به این شده‌اند که «موضوع مهر در ماده مزبور، دلالت صریح به دریافت کل مهر داشته». این در حالی است که ماده ۳۷۷ ق.م. وجود حق حبس را برای هر طرف «تا حاضر شدن طرف دیگر به تسلیم» می‌داند. در فرض اعسار زوج و تقسیط آن از سوی دادگاه، مرد با پرداخت اولین قسط از مهر، آمادگی خود را برای تسلیم ثمن عملاً اثبات کرده است. از سوی دیگر، همان گونه که در زمان مذاکره برای صدور رأی وحدت رویه شماره ۷۰۸ هیئت عمومی دیوان عالی کشور بیان شده است، «با صدور حکم اعسار و تعیین اقساط برای پرداخت مهریه، زوج باید فقط اقساط معینه را پرداخت نماید و مهریه صرفاً نسبت به همان مقدار، حال و مابقی مؤجل است و با وصف تقسیط مهریه شرط مذکور در قسمت اخیر ماده ۱۰۸۵ محقق نمی‌شود و زوج نمی‌تواند از حق حبس موضوع ماده مذکور استفاده نماید» (قوه قضاییه، ۱۳۸۷/۶/۲۰: ش ۱۸۵۰۶). لذا با پرداخت اولین قسط از سوی زوج، زوج بر اساس ماده ۳۷۷ ق.م. دیگر حق حبس نخواهد داشت.^۲ آیه‌الله بهجت نیز در پاسخ به این سؤال که «اگر زوج معسر بود و به تکلیف دادگاه، ملزم به پرداخت مهریه به صورت قسطی شد، با توجه به اینکه امروزه مهریه‌ها بالاست و پرداخت قسطی آن هم سال‌ها طول می‌کشد تا تمام شود، آیا با وجود

۱. کمیسیون استفتائات شورای عالی قضایی نیز همین نظر را دارد. همچنین اداره حقوقی قوه قضاییه نیز در نظریه شماره ۷/۱۰۲۰ مورخه ۱۳۸۱/۲/۳۱ این نظر را تأیید کرده است (ر.ک: میردآدشی، ۱۳۸۸: ۲۱).
 ۲. همان گونه که در ابتدا اشاره شد، یک تفاوت میان حق حبس در نکاح و معاوضات آن است که حق حبس در معاوضات غیر قابل تجزیه است، اما در نکاح اگر بخشی از مهریه نیز به رضایت زوج تسلیم شود، حق حبس ساقط خواهد شد. مستند این سخن، روایت ابوبصیر از امام صادق ع است: «إذا تزوج الرجل المرأة فلا يحل له فرجها حتى يسوق إليها شيئاً درهماً فما فوقه أو هدية من سوق أو غيره» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۵۴/۲۱؛ مجلسی دوم، ۱۴۰۶: ۲۳۳/۱۲؛ طباطبایی قمی، ۱۴۲۶: ۱۴۹/۱۰).

این با فرض باکره بودن و عدم مواجهه، زن حق دارد تا پایان قسط آخر تمکین نکنند؟»
فرموده است:

«اگر تأجيل رافع حق مطالبه، به نحو شرعی محقق شد، با دریافت اولین قسط - حال
اگر باشد- دیگر حق امتناع از مواجهه ندارد» (بهبخت، ۱۳۸۶: استفتای ش ۴۶۶۵).

آیه الله مکارم شیرازی می فرماید:

«زن نمی تواند رفتن به خانه شوهر را مشروط به دریافت مهریه کند؛ ولی می تواند قبل
از دریافت مهریه تمکین نکند، مشروط بر اینکه قبلاً از اعسار زوج خبر نداشته باشد و
در فرض اعسار، اگر از سوی حاکم شرع قسط بندی شود و شروع به پرداختن اقساط
کند، زن باید تمکین کند» (مکارم شیرازی، ۱۳۹۲: ۲۴۷/۳؛ ذاکر حسین، ۱۳۸۷: ۶۱).

آیه الله نوری همدانی و هاشمی شاهرودی نیز معتقدند که با صدور حکم اعسار زوج
و تقسیط مهر، حق حبس زوجه با پرداخت اولین قسط ساقط می شود (مخبریه/استفتائات
قضایی، ۱۳۸۵). ادله ذیل، سقوط حق حبس زوجه را با پرداخت اولین قسط تقویت
می نماید:

الف) هرچند نکاح از دسته ابواب معاملات به مفهوم عام است، ولی نمی توان واقعاً
قواعد عمومی معاملات معوض را به طور تمام در مورد نکاح جاری و ساری دانست؛
زیرا این امر با قداست خانواده مغایر است و با ماهیت اخلاقی روابط خانوادگی سازگار
نیست (حکمت نیا و همکاران، ۱۳۸۶: ۱۱۲/۲).

ب) الزام شوهر به پرداخت اقساط مهر و نفقه به زوجه طی سال های متمادی و عدم
تعهد زوجه به تمکین عام و خاص تا پایان پرداخت کامل مهر، از مصادیق بارز ضرر و
حرج است که به وسیله لاضرر نفی شده است؛ قاعده ای که بر ادله اولیه حاکم است
(میرداداشی، ۱۳۸۸: ۲۳). علاوه بر این، نمی توان پذیرفت که زوج ملزم به پرداخت اقساط
مهر و نفقه مثلاً به مدت چهل سال باشد و آنگاه که مهر کاملاً پرداخت شد، زوجه
ملزم به تمکین شود. اسلام دین عقلانیت است و هیچ عقلی این معنا را نمی پذیرد
(همان: ۲۴).

ج) برخی از حقوق دانان فرانسه، اعطا مهلت قضایی را مسقط حق حبس دانسته اند؛
با این استدلال که هدف از اعطای مهلت قضایی، این است که گشایشی در کار مدیون

باشد و انجام تعهد برای او سهل و آسان گردد، نه اینکه حق حبس بایع تا زمان اجل و استیفای طلب استمرار یابد و بر زمان اعمال حق حبس افزوده گردد (سنه‌وری، ۱۹۵۸: ۴۰۳/۴).

نتیجه‌گیری

در صورت پذیرفتن حق حبس در نکاح اگر نظریه «عدم وجود حق حبس برای زوجه در فرض اعسار زوج» را بپذیریم و آن گونه که بیان شد - بر فرض ثبوت حق حبس زوجه در صورت اعسار زوج، با پرداخت اولین قسط از مهریه، زوجه دیگر حق حبس ندارد-، به مسئله نگاه کنیم، با قانون اساسی در زمینه حقوق خانواده سازگارتر است و همخوانی بیشتری دارد؛ افزون بر اینکه با هر دو مکتب تفسیری - مکتب تفسیر لفظی و مکتب تفسیر آزاد یا همان تحقیق عملی - کاملاً منطبق است.

علاوه بر این، درست است که قاعده عسر و حرج، نافی تکلیف و حکمی است که بر عهده مکلف قرار گرفته، اما به طریق اولی، این قاعده می‌تواند حق را نیز اسقاط نماید. در اینجا نیز قاعده نفی عسر و حرج که مبنای ماده ۱۱۳۰ ق.م. می‌باشد، علی‌الظاهر نافی تکلیف الزام به لزوم عقد نکاح است و از همین حیث زوجه می‌تواند پس از رفع این الزام، تقاضای طلاق نماید. اما وقتی که در کنار این تکلیف مهم، حقی قرار دارد که اسقاط آن می‌تواند مانع از رفع تکلیف شود، حکم عقل بنا بر قاعده اهم و مهم این است که حق بر اساس قاعده نفی عسر و حرج اسقاط شود نه تکلیف، خصوصاً آنکه مذاق شارع نیز موافق با حفظ لزوم عقد نکاح و کیان خانواده است. به عبارت دیگر، در دوران بین اسقاط حق و حکم، حق را اسقاط می‌کنیم تا حکم باقی بماند؛ چرا که مصالح ایجاد حکم به مراتب از حق مهم‌ترند. لذا زوجه نمی‌تواند به استناد عسر و حرج تقاضای طلاق نماید؛ چرا که حق حبس وی ساقط شده و مکلف به انجام تکلیف است. حتی در جایی که زوجه به اعسار زوج علم داشته، نیز می‌توان به قاعده «اقدام» استناد نمود.

زمانی که قانون‌گذار می‌خواهد قوانینی را برای نهادی مثل خانواده تنظیم کند، باید نگاهی جامع و همه‌بُعدی به آن داشته باشد تا بتواند قوانینی کارآمد و مؤثر وضع کند.

نگاه تک‌ساحتی یا ناموزون یا ترجیح و حمایت از منافع یکی از عناصر تشکیل‌دهنده در هر مجموعه‌ای از جمله خانواده، سبب می‌شود که خود قانون تبدیل به هنجار شود. از سویی با توجه به اصول قانونی همچون «حسن معاشرت»، «معاضدت در تشیید مبانی خانواده» که بر روابط زوجین در خانواده حاکم است و اینکه اصولاً نهاد خانواده بستری برای رشد اخلاقیات و تعالی روحی اعضاست و با توجه به این مهم که این اصول در صورتی رعایت می‌شوند که بر تعهدات زوجین - اعم از مالی و غیر مالی - ضمانت‌های اجرایی «کارآمد و مطلوب» حاکم باشد، می‌توان گفت که «تضمین کارآمد و مطلوب» در نهاد خانواده بدین معناست که علاوه بر حفظ بنیان خانواده و پاسداشت قداست آن - همان‌گونه که مورد تأکید اصل دهم قانون اساسی قرار گرفته است - روابط مالی زوجین را نیز تأمین کند. حق حبس بدون در نظر گرفتن مؤلفه اول (حفظ بنیان خانواده و پاسداشت قداست آن)، فقط رکن اخیر این تعریف را تأمین می‌کند. این در حالی است که مؤلفه اول، نقش بسیار اساسی در حفظ بنیان و قداست خانواده ایفا می‌کند. از سویی راهکارهای مطمئن دیگری هست که می‌تواند علاوه بر حفظ مؤلفه اول، حقوق مالی زوجین را به خوبی تأمین کند؛ برای نمونه در معاملاتی که در قالب اسناد رسمی منعقد می‌شوند، طرفین می‌توانند اجرای تعهدات یکدیگر را از طریق صدور اجرائیه از اداره ثبت و یا دادگاه مطالبه کنند. به عبارت دیگر، نیازی به استفاده از حق حبس در این گونه معاملات احساس نمی‌شود. عقد نکاح نیز از این قاعده مستثنا نیست؛ چرا که سند نکاح‌نامه هم یک سند رسمی است.

کتاب‌شناسی

۱. ابن ادریس حلی، محمد بن منصور بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۲. اراکی، محمدعلی، *النکاح*، قم، نورنگار، ۱۳۷۷ ش.
۳. اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الاذهان الی احکام الایمان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۲ ق.
۴. امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، چاپ شانزدهم، تهران، اسلامیه، ۱۳۷۷ ش.
۵. انصاری، مرتضی بن محمدامین، *کتاب النکاح*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۶. باقری، احمد، و سیدمحمدصادق طباطبایی، «حق حبس»، *فصلنامه مطالعات اسلامی*، شماره ۶۷، بهار ۱۳۸۴ ش.
۷. بحرانی آل عصفور، یوسف بن احمد بن ابراهیم، *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۸. بهجت، محمدتقی، *استفتانات از محضر آیه‌الله شیخ محمدتقی بهجت*، قم، دفتر معظم‌له، ۱۳۸۶ ش.
۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *الفارق، دائرة المعارف عمومی حقوق*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۶ ش.
۱۰. همو، *حقوق خانواده*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۶۸ ش.
۱۱. همو، *فلسفه عمومی حقوق بر پایه اصالت تئوری موازنه*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۱ ش.
۱۲. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة*، قم، مؤسسه آل‌البتین، ۱۴۰۹ ق.
۱۳. حسینی روحانی، سیدمحمدصادق، *فقه الصادق علیّه السلام*، قم، دارالکتاب - مدرسه امام صادق علیّه السلام، ۱۴۱۲ ق.
۱۴. حسینی عاملی، سیدجواد بن محمد، *مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۱۵. همو، *مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامه*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
۱۶. حکمت‌نیا، محمود و همکاران، *فلسفه حقوق خانواده*، تهران، شورای فرهنگی اجتماعی زنان، ۱۳۸۶ ش.
۱۷. ابن سعید حلی، یحیی، *الجامع للشرائع*، قم، مؤسسه سیدالشهداء العلمیه، ۱۴۰۵ ق.
۱۸. خوانساری، سیداحمد بن یوسف، *جامع المدارک فی شرح المختصر النافع*، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۵ ق.
۱۹. درویش، بهرام، «دامنه حق حبس زوجه در رویه دیوان عالی کشور»، *مجله حقوقی دادگستری*، سال هفتاد و چهارم، شماره ۷۲، زمستان ۱۳۸۹ ش.
۲۰. ذاکرحسین، محمدهادی، «شرحی بر حق حبس»، *ماهنامه دادرسی*، سال دوازدهم، شماره ۷۱، آذر و دی ۱۳۸۷ ش.
۲۱. سنهوری، عبدالرزاق احمد، *الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۵۸ م.
۲۲. شبیری زنجانی، سیدموسی، *کتاب نکاح*، قم، رای پرداز، ۱۴۱۹ ق.
۲۳. شهری، غلامرضا و همکاران، *مجموعه تفسیح شده قوانین و مقررات حقوقی*، چاپ دوم، تهران، روزنامه

- رسمی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۸۸ ش.
۲۴. شهیدی، مهدی، آثار قراردادهای و تعهدات، چاپ دوم، تهران، مجلد، ۱۳۸۳ ش.
۲۵. شیخی زاده حنفی (داماد افندی)، عبدالرحمن بن محمد بن سلیمان، مجمع الانهر فی شرح ملتقى الابحر، بی جا، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
۲۶. صفایی، سیدحسین، و اسدالله امامی، مختصر حقوق خانواده، چاپ یازدهم، تهران، میزان، ۱۳۸۵ ش.
۲۷. طباطبایی قمی، سیدتقی، مبانی منهاج الصالحین، قم، قلم الشرق، ۱۴۲۶ ق.
۲۸. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، چاپ سوم، تهران، المكتبة المرتضوية لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ ق.
۲۹. عاملی کرکی (محقق ثانی)، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، چاپ دوم، بیروت، مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ ق.
۳۰. علامه حلّی، جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، قواعد الاحکام فی معرفة الحلال والحرام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۳۱. فاضل موحدی لنکرانی، محمد، تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة (النکاح)، قم، مرکز فقه الاثمة الاطهار (علیهم السلام)، ۱۴۲۱ ق.
۳۲. قوه قضاییه، روزنامه رسمی، تهران، شماره ۱۸۵۰۶، ۱۳۸۷/۶/۲۰ ش.
۳۳. قیومزاده، محمود، «بررسی ماهیت حق حبس در نکاح و چگونگی استیفای آن»، مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۸۹ ش.
۳۴. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی خانواده، چاپ چهارم، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۵ ش.
۳۵. همو، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادهای، اجرای عقد و عهدشکنی، مسئولیت قراردادی، تهران، به نشر، ۱۳۶۸ ش.
۳۶. همو، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادهای، اجرای عقد و عهدشکنی، مسئولیت قراردادی، چاپ چهارم، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۸۴ ش.
۳۷. کاسانی حنفی، علاء الدین ابوبکر بن مسعود، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، چاپ دوم، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۹۸۶ م.
۳۸. گنجینه استفتائات قضایی، قم، دفتر آموزش و تدوین متون فقهی معاونت آموزش قوه قضاییه، ۱۳۸۵ ش.
۳۹. مامقانی، عبدالله، مناهج المتقین فی فقه ائمة الحق و البقین، چاپ سنگی، قم، مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لاحیاء التراث، ۱۴۰۴ ق.
۴۰. مجلسی دوم، محمدباقر بن محمدتقی، ملاذ الاخیار فی فهم تهذیب الاخبار، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۶ ق.
۴۱. محقق داماد، سیدمصطفی، بررسی فقهی حقوق خانواده؛ نکاح و انحلال آن، قم، نرم افزار جامع فقه اهل البيت (علیهم السلام)، بی تا.
۴۲. مکارم شیرازی، ناصر، رساله توضیح المسائل با اضافات فراوان و استفتائات جدید مطابق با فتاوی مکارم شیرازی، چاپ شصت و پنجم، قم، مدرسه الامام علی بن ابی طالب (علیهم السلام)، ۱۳۹۲ ش.
۴۳. موسوی عاملی، سیدمحمد بن علی، نهایة المرام فی شرح مختصر شرائع الاسلام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.

٤٤. میرداداشی، سیدمهدی، «حق حبس زوجه با تکیه بر فقه امامیه»، فصلنامه حقوق اسلامی، سال ششم، شماره ٢١، تابستان ١٣٨٨ ش.
٤٥. نجفی، محمدحسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ١٤٠٤ ق.
٤٦. نجفی کاشف الغطاء، حسن بن جعفر بن خضر، انوار الفقاهة - کتاب النکاح، نجف اشرف، مؤسسه کاشف الغطاء، ١٤٢٢ ق.

ابهام‌زدایی از

مفهوم و کاربرد شرع در دادرسی مدنی و داوری*

- محسن کاظمی^۱
- بهرام تقی‌پور^۲
- علیرضا صالحی‌فر^۳

چکیده

کارکرد و مفهوم شرع در محاکم و داوری با ابهام مواجه است. بنا به روح و سیر تکاملی قانون، مراد از شرع در قوانین جاری، مفهومی مستقل از قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه است و البته گاهی این واژه در قوانین، صحیح به کار نرفته است. از جنبه کاربردی، پس از احراز نامشروع بودن دعوی نباید به ظاهر قانون یعنی ماده ۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی مبنی بر صدور قرار رد دعوی

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۰/۱ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۲/۱۷.

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه آزاد اسلامی، خرم‌آباد، ایران (نویسنده مسئول) (lawyer.kazemim@yahoo.com).
۲. استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران (taghipour.bahram@khu.ac.ir).
۳. استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران (salehifar@khu.ac.ir).

اعتماد کرد. همچنین استناد به شرع از جانب طرفین، دادگاه تجدیدنظر و دیوان عالی کشور در اعتراض به رأی بدوی، محدود به آرایبی است که صدور رأی بدوی در شرایط سکوت قانون و به استناد شرع صادر شده باشد. ابهام ناشی از مفهوم شرع در قوانین، در حوزه داوری نیز قابل بررسی است. تکلیف داور نسبت به شرع و تکلیف دادگاه در مقام رسیدگی به اعتراض به رأی داوری از جنبه مخالفت با موازین شرعی، در این مقاله بررسی شده است.

واژگان کلیدی: شرع، قانون، اراده، دادگاه، داوری.

مقدمه

یکی از عوامل محدودکننده اراده، شرع است. واژه «شرع» در قوانین مختلف و در مواد متعدد، توسط قانون‌گذار در ادوار مختلف قانون‌گذاری، مورد استفاده قرار گرفته است. در خصوص مفهوم این واژه، اختلاف نظرهایی وجود دارد که می‌تواند آثار عملی قابل توجهی داشته باشد. نامشروع بودن در فقه با حقوق متفاوت است. در فقه، تمام احکام به طور مستقیم و یا غیر مستقیم برگرفته از شرع هستند. لذا در فقه، حکمی متصف به وصف نامشروع بودن نمی‌شود؛ بنابراین نامشروع بودن تنها به موضوع برمی‌گردد. اما در دانش حقوق، بررسی مشروع بودن علاوه بر موضوع، در حکم نیز لازم است. به همین دلیل، یکی از وظایف شورای نگهبان بر اساس اصل چهارم قانون اساسی، نظارت بر مصوبات مجلس شورای اسلامی است تا قوانین بر اساس و بدون مغایرت با موازین اسلامی بوده و قانون نامشروع تصویب نشود. البته در این تحقیق، منظور از نامشروع تنها موضوع نامشروع است.

قابل توجه است که آیین‌نامه‌ها نیز در صورت غیر شرعی بودن، قابل نقض از طریق دیوان عدالت اداری هستند و مردم می‌توانند خلاف شرع بودن آن‌ها را به دیوان عدالت اداری اطلاع دهند و دیوان نیز با استعلام از شورای نگهبان اتخاذ تصمیم می‌نماید. برای مثال، این شورا در پاسخ به نامه شماره ۹۷۰۳۹۱۱ مورخ ۱۳۹۸/۰۲/۱۰ راجع به بند ۳۹ دستورالعمل مبارزه با قاچاق کالای دختانی مصوب ۱۳۷۸/۱۰/۲۱ ستاد مرکزی مبارزه با قاچاق کالا و ارز چنین نگاشته است:

«در جلسه مورخ ۱۳۹۸/۶/۷ فقهای معظم شورای نگهبان مورد بحث و بررسی قرار گرفت که به شرح ذیل اعلام نظر می‌گردد: «مصوبه مورد شکایت، خلاف شرع شناخته نشد».

۲۹۹

واضح است که مفهوم شرع در سیستم دادگستری کشور ما بسیار حائز اهمیت است. همچنین می‌دانیم که شرع در ساختار دادرسی حقوقی و کیفری سیستم دادگستری کشور ما جایگاه ویژه‌ای دارد. با وجود این جایگاه ویژه، ابهام‌های جدی در خصوص مفهوم و کارکرد شرع در سیستم دادرسی وجود دارد و در حوزه داوری نیز مسائل متعددی از این طریق قابل طرح است که نیاز جامعه حقوقی به رفع آن‌ها احساس می‌شود.

در این تحقیق کاربردی، به روش توصیفی تحلیلی سؤالات متعددی در حوزه مفهوم و کاربرد شرع در دادرسی و داوری مطرح شده است؛ از جمله مفهوم و قلمرو شرع در قوانین جاری به ویژه قانون آیین دادرسی مدنی چیست؟ قالب تصمیم دادگاه از جنبه قرار یا حکم بودن در مواجهه با خواسته نامشروع چیست؟ طرفین، دادگاه تجدیدنظر و دیوان عالی کشور در اعتراض به جنبه حقوقی رأی و رسیدگی به اعتراض، در چه مواردی می‌توانند به شرع استناد نمایند؟ شرع و قرارداد داوری، تکلیف داوران از جنبه رعایت شرع و تکلیف دادگاه در بررسی درخواست تعیین داور، اعتراض به رأی داور و یا اجرای رأی داوری نامشروع چیست؟

اگرچه به طور پراکنده و جزئی، در برخی آثار و آراء به جنبه‌هایی از این سؤالات پرداخته شده است؛ برای مثال، فریدون نهرینی در مقاله‌ای با عنوان «تشخیص رئیس قوه قضاییه به عنوان یکی از جهات اعاده دادرسی» که جزء منابع همین تحقیق نیز می‌باشد، در کنار بررسی این شیوه اعتراض به آراء قطعی، به مفهوم شرع نیز پرداخته است. اما تحقیقی جامع مشابه آنچه که در این مقاله ارائه شده است، بدون پیشینه است. این مقاله در سه بخش تنظیم شده است. در بخش نخست تلاش شده تا حدودی مفهوم شرع منقح شود و در بخش دوم از جنبه کاربردی، شرع در دو حوزه ایراد به خواسته و سپس اعتراض به رأی دادگاه بررسی گردیده و در بخش سوم، ارتباط شرع با داوری بررسی شده است.

۱. مفهوم شرع

در این بخش، شرع را از نظر مفهومی و لغوی بررسی و ابهام‌زدایی خواهیم نمود.

۱-۱. مفهوم شرع در لغت و تألیفات فقهی

شرع را در لغت به معنای روش، راه، آیین، کیش و دین آورده‌اند (معین، ۱۳۷۶: ۲۰۳۸). همچنین شرع را به معنای بیان، آشکار و اظهار نیز آورده‌اند؛ به این معنا که برای مثال، اگر گفته می‌شود: «شرع الله لنا کذا»، یعنی که خواند امری را توضیح داد (صدر حاج‌سیدجوادی و دیگران، ۱۳۸۱: ۵۶۱). واژه شرع در عبارت «شرع لهم شرعاً» به معنای «راه را برای آن‌ها آشکار کرد»، در هر دو معنای راه و آشکار کردن آمده است (دهخدا، ۱۳۷۷: ۱۴۲۲۰/۹).

در کتاب *رسائل الشریف المرتضی* در معنای آن چنین آمده است: «فی العرف ما ینبئه نبینا محمد صلی الله علیه و آله من أحكام الأفعال» (شریف مرتضی، ۱۴۰۵: ۲۷۴/۲). در شرح واژه شریعه نیز چنین آورده‌اند:

«وهی التعالیم التي جاء بها الإسلام والمتمثلة عملياً فی الفقه مأخوذاً من قوله تعالی: ﴿شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ﴾ فالنبي صلی الله علیه و آله هو الشارع، وتعاليمه هو الشرع أو الشريعة وما طبقه وهو مشروع، وما خالفه فهو غير مشروع» (صدر، ۱۴۲۰: ۵۰۶/۸).

عالم به شرع را در اصول عقاید متکلم، و عالم به فروع شرع را فقیه دانسته‌اند (نجفی، ۱۹۸۱: ۴/۲۸).

مشخص است که معنای شرع در کتب فقهی نیز از معنای لغوی آن دور نیفتاده و تقریباً به معنای دین و روش استفاده شده است. البته در کتب فقهی کمتر دیده می‌شود که به تعریف این واژه پرداخته شده باشد و می‌توان گفت که به طور جدی، اختلاف نظری در این حوزه وجود ندارد؛ اما پس از شروع قانون‌گذاری، مفهوم آن قدری دچار ابهام شده است.

۲-۱. مفهوم شرع در تألیفات حقوقی

راجع به مفهوم شرع، نظرهای مختلفی مطرح شده است که می‌توان آن‌ها را به طور

کلی در چهار دسته تقسیم‌بندی کرد:

۱-۲-۱. قانون

برخی منظور از مشروع بودن را مطابقت با قانون، و نامشروع را به معنای خلاف قانون می‌دانند (امامی، ۱۳۵۷: ۲۷۵/۱) و معتقدند که امروزه شرع و قانون معنای واحدی دارند. لذا منظور از عبارت مشروع بودن، همان معنای قانونی بودن است (شهیدی، ۱۳۹۳: ۱۰۱/۴). در این راستا گفته‌اند نفعی که در قانون پیش‌بینی نشده باشد، نامشروع تلقی می‌گردد و توافق بر خلاف قوانین امری، اعم از اینکه در قانون به امری بودن آن تصریح شده باشد و یا اینکه امری بودن آن از روح قانون استنباط گردد، نامشروع است (حسینی، ۱۳۹۰: ۱۳۶). لذا نامشروع را مخالف با قانونی امری دانسته‌اند.

در یکی از آراء اصراری دیوان عالی کشور به شماره ۵۸۹۲ مورخ ۱۳۳۸/۱۱/۱۰ در خصوص شرکتی که به منظور تولید و فروش مشروبات الکلی ایجاد شده و دادگاه بدوی، موضوع چنین شرکتی را نامشروع دانسته است، می‌خوانیم:

«... چون شرکت نسبت به موضوعی تشکیل شده است که نزد شرکا مالیت داشته و انعقاد چنین شرکتی خارج از حدود قانونی نبوده است، لذا استدلال دادگاه صحیح نیست» (مجموعه رویه قضایی، ۱۳۶۰: ۳۲۵/۲).

ملاحظه می‌شود که دیوان عالی کشور وقت، مشروع بودن را با قانونی بودن مترادف دانسته و آنچه را که قانون نهی نکرده باشد، مشروع دانسته است.

۲-۲-۱. قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه

برخی معتقدند که منظور از نامشروع بودن، مخالفت با قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه است (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۷۲/۲). ایشان نظر خود را به مواد ۱۰ و ۹۷۵ قانون مدنی مستند نموده‌اند. شاید ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی فرانسه^۱ که مورد توجه نویسندگان قانون مدنی ایران بوده، در این نظر مؤثر بوده است. این ماده، نامشروع را آن چیزی می‌داند که توسط قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه منع شده است. همچنین ماده ۶ قانون

1. A cause is unlawful where it is prohibited by legislation, where it is contrary to public morals or to public policy.

مدنی فرانسه بیان نموده که «نمی‌توان به وسیله قراردادهای خصوصی، قوانین مربوط به نظم عمومی و اخلاق حسنه را نقض کرد».

۱-۲-۳. قانون و شرع

برخی شرع را دارای دو معنای قانون و شرع اسلام که شامل امور اعتقادی، حقوقی و اخلاقی است، دانسته‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۳۸۶) و منظور از نامشروع بودن را مخالفت با قانون و شرع می‌دانند و مطالبه وجه حاصل از قمار را مثال می‌زنند که هم با قانون و هم با شرع مخالفت دارد (کریمی، ۱۳۸۶: ۲۱۲).

نویسنده‌ای دیگر معتقد است که شرع واژه‌ای است که در تعبیر قانونی، خود قانون را در بر می‌گیرد و از این حیث باید نصوص قانونی را در بطن این واژه عام دید. وی دلیل این استنباط را رویه قانون‌گذاری در ایران و مبنای قانون در اقتباس از موازین شرع به حکم اصل چهارم قانون اساسی بیان نموده است. همچنین در تقویت این نظر افزوده است که رئیس قوه قضاییه نیز در اکثر موارد اعمال ماده ۱۸ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب،^۱ اعاده دادرسی به دلیل خلاف بین شرع را به علت خلاف قانون بودن آراء تجویز نموده است. ایشان در شرح بند هشت ماده ۸۴، مشروع نبودن دعوی را ناظر به غیر قانونی بودن و نامشروع بودن آن به مفهوم خاص دانسته است (نهرینی، ۱۳۹۱: ۲۲۰-۲۲۳).

همچنین گاهی شورای نگهبان مصوبه‌ای را خلاف شرع اعلام می‌نماید که رد پای خلاف قانون بودن را نیز می‌توان از آن دریافت؛ برای مثال در خصوص طرح ساماندهی صنعت خودرو در جلسه مورخ ۱۳۹۸/۰۶/۰۶ شورای نگهبان بیان شده است که «تعیین زمان ۵ ساله از اولین شماره گذاری، در صورتی که با گذشت این زمان نیز خسارت و تلفات حادثه قابل انتساب به شرکت سازنده داخلی یا نماینده رسمی شرکت سازنده خارجی یا واردکننده خودرو باشد، خلاف موازین شرع شناخته شد». با دقت در این متن به نظر می‌رسد که این مقرر با قاعده اتلاف و تسبیب مندرج در مواد ۳۲۸ تا ۳۳۵ قانون مدنی نیز مخالفت دارد.

۱. در حال حاضر، ماده ۴۷۷ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲.

۲-۱-۴. قانون، نظم عمومی، اخلاق حسنه و شرع

برخی ضمن استناد به اصل چهارم قانون اساسی،^۱ مشروع بودن را اعم از قانون، نظم عمومی، اخلاق حسنه و شرع دانسته‌اند (عابدیان، ۱۳۸۷: ۹۳). لذا ایشان مفهوم شرع را توسعه داده و البته خود شرع را نیز در کنار سایر موارد، در این مفهوم مستتر می‌دانند.

۳-۱. نقد معانی ارائه‌شده و نظر نگارندگان

ضمن ادای احترام به ساحت اساتید فوق، به نظر می‌رسد با توجه به جدیت قانون‌گذار در به کارگیری واژه شرع با عبارات مختلف، باید معنایی متفاوت از آنچه برای این واژه به طور اطلاق و کلی بیان شده، متصور بود. البته برخی حتی قانون‌گذار را نیز در این خصوص دچار ابهام و علت این اختلاف نظرها می‌دانند (کاظم‌پور، ۱۳۹۲: ۱۴۹). اما این واژه بارها در قوانین مختلف مورد استفاده قرار گرفته و توجه به گوشه‌ای از سابقه قانون‌گذاری از این بابت قابل توجه است.

اصل ۲۷ قانون اساسی مشروطه بیان می‌نمود:

«قوای مملکت به سه شعبه تجزیه می‌شود... دوم قوه قضائیه و حکمی که عبارت است از تمیز حقوق، و این قوه مخصوص است به محاکم شرعی در شریعت و محاکم عدلیه در عرفیات...».

اصل ۷۱ همان قانون در توضیح اصل ۲۷ بیان نموده بود:

«دیوان عدالت عظمی و محاکم عدلیه، مرجع رسمی تظلمات عمومی هستند و قضاوت در امور شرعی، با عدول مجتهدان جامع‌الشرایط است.».

در زمان حکومت این قانون، محاکم شرعی به طور مستقیم، حق پذیرش شکایات را نداشتند. این محاکم تنها در اموری مثل اصل نکاح و طلاق که از محکمه ابتدایی به ایشان ارجاع می‌شد، رسیدگی می‌نمودند (مردانی و بهشتی، ۱۳۹۰: ۷۳/۱). این رویکرد بیشتر و حتی قبل از ورود اسلام به ایران نیز وجود داشته و چنان که گفته‌اند، در دوران

۱. اصل چهارم ق.ا.: «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر این‌ها باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است.».

ساسانی مراجع قضایای ایران به محاکم عرفی و شرعی تقسیم می‌شده است. محاکم شرعی به جرم‌های مذهبی و نیز به شکایات راجع به اموال معابد، ازدواج، ارث و... و محاکم عرفی به دعاوی راجع به مالکیت، غصب و... رسیدگی می‌نموده‌اند (شمس، ۱۳۸۴: ۳۹/۱) و بعدها نقش و تأثیر محاکم شرعی در دوران علی اکبر داور در راستای ایجاد دادگستری نوین تا حدود زیادی محدود شد (عاقلی، ۱۳۶۹: ۱۴۳).

گاهی داشتن معنایی متفاوت با قانون برای واژه شرع در قوانین بدیهی است. برای مثال، در اصل ۱۱۲ قانون اساسی که به شرح وظیفه مجمع تشخیص مصلحت نظام پرداخته، بیان شده است:

«... در مواردی که شورای نگهبان، مصوبه مجلس را خلاف موازین شرع و یا قانون اساسی بداند...».

بدیهی است که واژه شرع در این اصل، معنای خاص «قانون» را در بر نمی‌گیرد؛ زیرا اساساً شورای نگهبان وظیفه‌ای در خصوص تشخیص مغایرت مصوبات مجلس با قانون ندارد. واژه شرع به طور مکرر در قوانین مختلف در کنار واژه قانون به کار رفته است. در رأی وحدت رویه شماره ۶۱۳ مورخ ۱۳۷۵/۱۰/۱۸ نیز از واژه شرع در کنار قانون استفاده شده است. به نظر می‌رسد قانون‌گذار آگاهانه شرع را در کنار قانون و با توجه به تفاوت این دو به کار برده است، وگرنه استعمال دو واژه مترادف به طور مکرر از جانب قانون‌گذار خلاف شأن اوست.

گاهی مراد قانون‌گذار از این واژه، مفهومی است که به وضوح متفاوت با قانون، نظم عمومی، اخلاق حسنه و... است؛ برای مثال در تبصره ماده ۳ ق.آ.د.م. به قاضی مجتهد اجازه داده شده است که چنانچه قانون را مخالف شرع بداند، از رسیدگی امتناع نماید. بدیهی است که باید بین عنوان قانون و شرع، اختلاف معنایی واضحی باشد تا این تبصره و امتناع از رسیدگی معنا یابد. شرع در مواد ۹ و ۱۹۵ ق.آ.د.م. نیز چنین است. اما گاهی واژه شرع در قوانین به شیوه و در موضعی به کار برده شده است که سبب ابهام در درک مفهوم آن شده است. در ادامه به بررسی دو مورد در قانون آیین دادرسی مدنی خواهیم پرداخت.

۱-۳-۱. مفهوم شرع در ماده ۶ قانون آیین دادرسی مدنی

شرع در ماده ۶ ق.آ.د.م. بدون واژه قانون به کار رفته و ابداع قانون‌گذار جدید است که این واژه را بر همین ماده از قانون پیشین افزوده است.^۱ این استفاده از واژه «شرع» در نگاه نخست، به جهت سابقه قانون‌گذار در ماده ۱۰ ق.م.، شبهه معنای «قانون» را برای این واژه ایجاد می‌کند. ملاحظه می‌شود که ماده ۱۰ ق.م. قراردادهای مخالف قانون را نافذ ندانسته و ماده ۶ ق.آ.د.م. قراردادهای مخل نظم عمومی و اخلاق حسنه را که مغایر با شرع باشد، غیر قابل ترتیب اثر دانسته است. ماده ۹۷۵ ق.م. نیز قراردادهای مخل نظم عمومی و اخلاق حسنه را غیر قابل اجرا دانسته است. ماده ۱۰ ق.م. به قراردادهای خلاف قانون پرداخته و دو ماده ۶ ق.آ.د.م. و ۹۷۵ ق.م. به قراردادهای خلاف نظم عمومی پرداخته‌اند. ماده ۱۰ برخی قراردادها را غیر نافذ می‌داند، ولی دو ماده ۶ و ۹۷۵ برخی قراردادها را غیر قابل ترتیب اثر و غیر قابل اجرا در دادگستری می‌دانند.

برای فهم این مواد، نیازمند بررسی مختصر عنوان نظم عمومی و ارتباط آن با قانون هستیم. برخی معتقدند که قانون به عنوان تجلیگاه اقتدار و عزم جامعه، اساس و مبنای نظم عمومی را تشکیل می‌دهد (شهیدی، ۱۳۹۶: ۵۷/۱)؛ البته نه تمام قوانین بلکه فقط قوانین آمره. به عبارتی، مخالفت با نظم عمومی، مخالفت با قوانین آمره است (الماسی، ۱۳۷۹: ۱۲۹) و برخی نظم عمومی را مضیق‌تر دانسته و معدودی از قوانین آمره مثل قوانین مربوط به حجر، اهلیت، ارث و... را نظم عمومی می‌دانند (منصوریان، ۱۳۹۴: ۶). در مقابل، برخی معتقدند که اولاً، نظم عمومی نوعی است و خارج از مقررات وجود دارد و حقوق آن را تضمین می‌کند. ثانیاً، بر تمام قواعد و مقررات در تمام حوزه‌های حقوق اعم از عمومی و خصوصی سلطه دارد. ثالثاً، مربوط به ذات و حیثیت و مبانی فرهنگی، اجتماعی، اقتصادی و امنیتی می‌باشد. رابعاً، گریزی از گردن نهادن به آن نیست (گرچی، ۱۳۸۸: ۱۰۸).

ساختار نظام‌های حقوقی و تأثیر پذیری آن‌ها از اندیشه‌های مذهبی در این تعریف

۱. ماده ۶ ق.آ.د.م. مصوب ۱۳۱۸: «عقود قراردادهایی که مخل نظام عمومی یا بر خلاف اخلاق حسنه است، در دادگاه قابل ترتیب اثر نیست.»

بسیار مهم است. نظم عمومی در کشوری چون ایران می‌تواند موازین اسلامی، مصالح و منفعت عمومی را هم در بر داشته باشد (چلبی و دیگران، ۱۳۹۶: ۸۹). با توجه به رابطه مبنایی نظم عمومی و مصالح جامعه و اینکه نظم عمومی به تبع تأسیسات حقوقی و اوضاع و احوال اجتماعی بر حسب زمان و مکان متغیر است، تصریح نموده‌اند که نظم عمومی هیچ‌گاه نتوانسته دارای یک ضابطه قطعی باشد (ارفع‌نیا، ۱۳۸۹: ۱۸۴/۲-۱۸۵) و ذکر اصطلاح اخلاق حسنه بعد از نظم عمومی، ذکر خاص بعد از عام است که جنبه توضیحی دارد (صفایی، ۱۳۷۷: ۳۲).

بنابراین نظم عمومی اعم از قانون است و رابطه این دو، عموم و خصوص مطلق است. به عبارتی قوانین، بخشی از نظم عمومی هستند که لباس قانون پوشیده‌اند. می‌دانیم که تقریباً تمام نویسندگانی که در حوزه نظم عمومی قلم زده‌اند، ابتدا به مبهم بودن و دشواری تعریف و حتی تعیین مصادیق این مفهوم اذعان داشته‌اند. لذا نگاه دوم که مفهوم نظم عمومی را گسترده‌تر از قانون می‌داند، مناسب‌تر است.

به نظر می‌رسد ماده ۶ ق.آ.د.م. در مقام ارائه معیار شرع در کنار معیار قانون، برای تشخیص مخالف بودن با نظم عمومی و اخلاق حسنه است. بنابراین حکم این ماده در خصوص قراردادهایی است که خلاف قانون نبوده و نافذند و این ماده، تکرار ماده ۱۰ ق.م. نیست تا واژه شرع را به معنای قانون یا اعم از قانون و شرع بدانیم؛ زیرا اگر غیر از این بود، قراردادهایی را که قانون مدنی غیر نافذ دانسته بود، قانون آیین دادرسی مدنی غیر قابل ترتیب اثر اعلام کرده بود که البته قانون‌گذار منزه از چنین امر لغوی است. لذا واژه شرع در این ماده را باید واجد معنایی غیر از قانون دانست. همچنین می‌بینیم که قانون‌گذار در مواردی دیگر از جمله ماده ۱۶۹ قانون اجرای احکام مدنی و مواد ۴ و ۳۲ و ۴۶ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری، نظم عمومی و اخلاق حسنه را در کنار موازین شرعی قرار داده است. لذا معنای شرع با نظم عمومی و اخلاق حسنه نیز متفاوت و مستقل است.

۱-۳-۲. مفهوم شرع در بند ۸ ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی

قانون‌گذار در تصویب قانون جدید آیین دادرسی مدنی، واژه شرع را با عبارت

«مورد دعوی مشروع نباشد»، به بند هشت ماده ۸۴ این قانون افزود. برخی مشروع نبودن دعوی را در قالب چهار شرطی که برای دعوی بیان شده، در ضمن ذی‌نفعی مطرح کرده‌اند (متین‌دفتری، ۱۳۸۸: ۱/۶۳) و مشروعیت مورد دعوی بی‌گمان ملحق به مباحث نفع است و اگر مقنن، ایراد به مشروع نبودن را در این بند پیش‌بینی نمی‌نمود، باز هم دادگاه می‌توانست از رهگذر شرایط قانونی طرح دعوی بدان ورود کند (محسنی و صابری، ۱۳۹۴: ۱۰۱). لذا علت فقدان این قید را در قانون قدیم، ناشی از بی‌اعتنایی یا عدم اعتبار مشروع بودن دعوی ندانسته‌اند، بلکه معتقدند از آنجا که یکی از شرایط نفع قابل مطالبه، مشروع بودن آن است، قانون‌گذار قدیم در ضمن ذی‌نفعی خواهان، این قید را در نظر داشته است.

ابتدا قابل توجه است همان‌طور که برخی بیان نموده‌اند، منظور از مشروع نبودن دعوی، مشروع نبودن خواسته دعواست (مهاجری، ۱۳۹۰: ۲۴۲). لذا در بررسی این مفهوم، باید خواسته دعوی مورد بررسی قرار گیرد نه دلیل و مستند دعوی. یکی از مستندات دعوی ممکن است قرارداد باشد. می‌دانیم که به موجب ماده ۱۰ ق.م.ا. اگر قرارداد مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است. اما این ماده در خصوص خواسته دعوی بیانی ندارد، در حالی که بند ۸ ماده ۸۴ در خصوص خواسته دعوی، شرط نامشروع نبودن را بر ضوابط طرح دعوی افزوده است. بنابراین حال که ق.آ.د.م. قید مشروع بودن را بر خواسته افزوده، تعارضی با ماده ۱۰ ق.م.ا. ایجاد نشده است.

اگر مراد از مشروع بودن در این بند، همان قانونی بودن خواسته دعوی باشد، باید گفت با توجه به اینکه پیشتر در ماده ۲ همین قانون، طرح دعوی بر خلاف قانون ممنوع شده است، لذا افزودن این بند بر قانون، اقدامی لغو بوده است. ولی با توجه به اصرار قانون‌گذار در افزودن واژه شرع بر قانون و مطالب پیش‌گفته در معنای شرع، به نظر می‌رسد افزودن یک بند بر قانون پیشین مبنی بر مشروع بودن دعوی، آگاهانه صورت گرفته و نهادی جدید است. همچنین ملاحظه می‌شود که در موارد متعددی در همین قانون، رسیدگی پرونده بر اساس شرع انجام می‌شود. لذا باید به ظاهر قانون اعتماد کرد و منظور از مشروع بودن دعوی را فقدان مخالفت خواسته با خود شرع دانست نه قانونی بودن دعوی. موارد سکوت قانون و مراجعه قاضی به فتاوا و منابع معتبر اسلامی نیز از

مصادیق بررسی نامشروع بودن خواسته است.

۱-۳-۳. تکمله

معنای کلمه شرع را با استفاده از اصول قانون اساسی مثل ۷۲ و ۸۵ می‌توان اصول و احکام مذهب رسمی کشور دانست. تبصره ۱ ماده واحده قانون اصلاح ماده ۱۸ مربوط به شیوه اسبق اعاده دادرسی از طریق تشخیص خلاف بین شرع بودن توسط رئیس قوه قضاییه در این خصوص بیان داشته است:

«مراد از خلاف بین شرع، مغایرت رأی صادره با مسلمات فقه است و در موارد اختلاف نظر بین فقها، ملاک عمل، نظر ولی فقیه و یا مشهور فقها خواهد بود».

آیه‌الله لنگرانی نیز مقصود از مسلمات شرع را اموری دانسته است که ضروری دین و یا ضروری مذهب و یا ضروری فقه است و احدی از مسلمانان و علمای شیعه در آن اختلافی ندارند؛ حتی مواردی که اجماع علما بر آن باشد نیز از مسلمات محسوب می‌شود، مگر اینکه اجماع ادعایی باشد و واقعاً اجماعی در کار نباشد.^۱

البته مراد از شرع در کاربردهای قانونی باید بسته به محل استفاده آن معنا شود؛ برای مثال در تبصره ماده ۳ ق.آ.د.م. منظور از شرع، با همین کلمه در بند ۸ ماده ۸۴ متفاوت است. در اولی، تمام شرع در برابر تمام قانون است، ولی دومی تنها آن بخش از شرع است که تا کنون وارد قانون نشده و لذا آن بخش از شرع که لباس قانون پوشیده و یا متن مخالف شرعی که بنا به مصلحت توسط مجمع تشخیص مصلحت نظام، جزئی از قانون جاری مملکت شده است، از معنای کلمه شرع در این ایراد خارج است. قابل توجه است که در موارد متعدد دیگر، مفهوم قابل استنباط از واژه شرع در قوانین، به مراتب با وضوح بیشتری بر معنای خود شرع و نه معنای قانون دلالت دارد.

۲. کاربرد شرع در محاکم حقوقی

در قانون پیشین آ.د.م. مصوب ۱۳۱۸، استفاده‌ای از واژه شرع نشده بود؛ در حالی که در قانون جدید، بیش از ۱۷ بار از این واژه استفاده شده و گاه نهاد جدیدی ایجاد

1. <<http://fazellankarani.com/persian/qa/view/4726>>.

نموده است. در ادامه به بررسی دو مورد از موضوعاتی که کاربرد شرع را در حوزه رسیدگی بر اساس آیین دادرسی مدنی با ابهام و تشتت آراء مواجه نموده است، خواهیم پرداخت.

۱-۲. ایراد نامشروع بودن دعوی

امکان استناد به نامشروع بودن دعوی به عنوان یک ایراد از جانب خواننده نسبت به دعوی خواهان، در بند هشت ماده ۸۴ ق.آ.د.م. مطرح شده و نتیجه پذیرش این ایراد از جانب دادگاه در ماده ۸۹، صدور قرار رد دعوی اعلام شده است. ظاهر قانون مبنی بر صدور قرار، نظر بسیاری حقوق‌دانان را با خود هماهنگ ساخته است. اما آیا مشروع نبودن دعوی تنها یک ایراد شکلی است؟ و نتیجه پذیرش آن صدور قرار ردّ دعواست؟ یا همان گونه که تفکیک‌هایی دیگر، مثل اینکه درخواست برابر قانون با مورد درخواست قانونی متفاوت است، اولی مربوط به شرایط شکلی اقامه دعوی و دومی مربوط به شرایط رسیدگی ماهوی است (محسنی و صابری، ۱۳۹۴: ۱۰۰)، در اینجا نیز صادق است.

برخی معتقدند که ایراد نامشروع بودن دعوی، با دفاع ماهیتی انطباق بیشتری دارد تا شکلی (کریمی، ۱۳۸۹: ۲۸۱). بنابراین مشروع نبودن، ایرادی ماهوی است و لذا صدور قرار صحیح نیست. برخی محاکم نیز به دلیل نص قانون مبنی بر صدور قرار ردّ دعوی، معتقدند که دادگاه باید قرار صادر نماید، اگرچه رسیدگی ماهوی نموده است و این تنها موردی نیست که دادگاه پس از رسیدگی ماهوی، قرار صادر می‌نماید، بلکه در موارد دیگری مثل ماده ۱۰۷ نیز دادگاه با وجود ورود در ماهیت دعوی، پرونده را با صدور قرار مختومه می‌نماید.

به طور معمول، احراز مشروع نبودن دعوی، پس از رسیدگی ماهوی مشخص می‌شود و بدون رسیدگی ماهوی، امکان ارائه نظر در این خصوص وجود ندارد. از طرفی پس از رسیدگی ماهوی، دادگاه باید حکم صادر نماید و در مواردی که با وجود رسیدگی ماهوی قرار صادر می‌شود، به دلیل عارض شدن حالتی است که به طور کلی رسیدگی را از روند در پیش گرفته‌شده خارج می‌سازد؛ برای مثال، قرار سقوط دعوی در ماده ۱۰۷ ق.آ.د.م. که با وجود انجام تمام یا بخشی از رسیدگی ماهوی در دعوی صادر

می‌شود و یا اینکه پس از رسیدگی ماهوی، به دلیل وقوع صلح بین طرفین دعوی، گزارش اصلاحی صادر می‌شود. لذا این موارد از صدور تصمیمی غیر از حکم، به دلیل خروج پرونده از روند رسیدگی در پیش گرفته شده است؛ اما در غیر از این حالت، قاضی باید پس از رسیدگی ماهوی، حکم صادر نماید نه قرار.

به نظر می‌رسد ظاهر قانون در ماده ۸۹ مربوط به وضعیتی است که خواسته دعوی، به صراحت از امور نامشروع است. لذا اگر خواسته در دادخواست به نحوی مطرح شده باشد که بدون رسیدگی ماهوی، نامشروع بودن خواسته محرز شود، مثل اینکه خواسته مطالبه مشروبات باشد، باید ایراد نامشروع بودن را ایرادی شکلی دانست و رأی مناسب نسبت به آن قرار ردّ دعوی بر اساس مواد ۸۴ و ۸۹ است. اما آنجا که احراز نامشروع بودن خواسته، نیازمند رسیدگی ماهوی است، مثل اینکه خواسته مطالبه وجهی باشد که پس از رسیدگی ماهوی مشخص می‌شود که این طلب ناشی از رابطه نامشروع است، ماهوی دانستن ایراد و صدور حکم، نزدیک‌تر به صواب خواهد بود. لذا چنین مواردی، از شمول مواد ۸۴ و ۸۹ خروج تخصصی دارند. با این رویکرد، نه از ظاهر قانون عبور کرده‌ایم و نه به خاطر پذیرش کامل این ظاهر، اصول حقوقی و رسیدگی را نادیده گرفته‌ایم. ضمن آنکه صدور قرار در این خصوص، تکلیف دعوی را تنها به طور موقت حل خواهد کرد؛ زیرا این قرار، فاقد اعتبار امر مختومه است.

البته قابل توجه است که با مراجعه به رویه استفاده از مفهوم شرع در قانون‌گذاری متوجه خواهیم شد که همیشه تلاش قانون‌گذار بر این است که قوانین مطابق با شرع باشند. این مهم در اصل چهارم قانون اساسی نیز تصریح شده است. از آنجا که رأی وحدت رویه نیز همانند قانون عام‌الشمول بوده و از جانب مرجع ذیصلاح صادر شده و لازم‌الاتباع برای دادگاه‌هاست، در ماده ۲۷۰ ق.آ.د.ک پیشین بیان شده بود: «رأی اکثریت که مطابق موازین شرعی باشد، ملاک عمل خواهد بود». اما آنجا که تنظیم‌کننده اثر حقوقی، شخصی غیر از قانون‌گذار باشد، تکلیف تنظیم‌کننده آن نسبت به شرع متفاوت می‌شود. توضیح آنکه در این حالت، دیگر تکلیف مطابقت با شرع نیست، بلکه مخالفت نداشتن با شرع کافی است. همان طور که نسبت به قراردادهای خصوصی نیز قانون‌گذار مطابقت با قانون را در ماده ۱۰ قانون مدنی لازم ندانسته است؛

بلکه عدم مخالفت صریح را کافی دانسته است. این نگاه در ماده سه قانون آیین دادرسی مدنی نیز وجود دارد. در این ماده، مخالفت نداشتن اصول حقوقی با شرع کافی دانسته شده است، نه مطابقت با شرع.

در مورد بند ۸ ماده ۸۴، ایراد «مورد دعوی مشروع نباشد» به این معناست که خواسته باید مطابق با شرع باشد؛ در حالی که به نظر می‌رسد مطلوب، عدم مخالفت خواسته با شرع است. لذا ایراد «مورد دعوی نامشروع باشد»، صحیح به نظر می‌رسد. تفاوت این دو عبارت زیاد است در حالت نخست، خواهان باید دعوی مطرح نماید که مطابق با شرع باشد و در مورد دوم کافی است که مخالف با شرع نباشد. اصل صحت نیز این نتیجه را تأیید می‌کند. در بند نخست ماده ۴۸۹ ق.آ.د.م. نیز با ادبیاتی بر این اساس، شاهدیم که از موارد باطل بودن رأی داور، مخالفت با قوانین موجد حق اعلام شده است. لذا از داور خواسته نشده که برابر قانون رأی صادر کند، بلکه رأی داور نباید مخالف با قانون باشد.

۲-۲. شرع در اعتراض و رسیدگی در اعتراض به رأی

در بند ه ماده ۳۴۸ ق.آ.د.م. در تعیین دلایل تجدیدنظرخواهی آمده است: «ادعای مخالف بودن رأی با موازین شرعی و یا مقررات قانونی». ملاحظه می‌شود که در این ماده، موازین شرعی و مقررات قانونی در کنار هم و به عنوان دو دلیل متفاوت برای تجدیدنظرخواهی ارائه شده‌اند. در ماده ۳۶۶ ق.آ.د.م. نیز در تعریف رسیدگی فرجامی بیان شده است: «تشخیص انطباق یا عدم انطباق رأی مورد درخواست با موازین شرعی و مقررات قانونی». بر اساس ظاهر این دو ماده، طرفین دعوی به طور مطلق چنانچه اعتقاد بر خلاف شرع بودن رأی داشته باشند، می‌توانند تجدیدنظرخواهی و فرجام‌خواهی کنند. اما آیا چنین فهمی از این مواد صحیح است؟ زیرا می‌دانیم با وجود اینکه شورای نگهبان مانع تصویب قوانین خلاف می‌باشد، اما فلسفه وضع مجمع تشخیص مصلحت نظام از بُعد قانون‌گذاری نیز اتخاذ تصمیم در خصوص قوانینی است که خلاف شرع شناخته شده‌اند.

بنابراین وجود قوانینی که از جنبه شرعی قابل تردید و بحث باشد، در کشور ما

متصور است. همچنین ممکن است قوانینی که مستند رأی دادگاه قرار گرفته است، از نظر اصحاب دعوی خلاف شرع باشد و به آن اعتراض نمایند. آیا دادگاه تجدیدنظر و یا دیوان عالی کشور باید به این اعتراض رسیدگی نماید و یا اساساً می‌تواند رأی دادگاه را از جنبه غیر شرعی بودن قوانین مورد استناد در آن بررسی کند؟

به نظر می‌رسد طرفین زمانی می‌توانند از باب خلاف شرع بودن رأی اعتراض نمایند و نیز دیوان عالی کشور و دادگاه تجدیدنظر زمانی با نگاه شرعی رأی را بررسی خواهند کرد که رأی دادگاه بدوی بر اساس شرع صادر شده باشد؛ زیرا دادگاه تجدیدنظر و دیوان عالی کشور، صلاحیت بررسی رأی را از جنبه شرعی بودن قوانین مورد استناد ندارند. بدیهی است که دادگاه حقوقی نیز زمانی می‌تواند بر اساس شرع رأی صادر نماید که به موجب ماده ۳ ق.آ.د.م.، قانون در خصوص موضوع دعوی ساکت باشد. در این وضعیت است که قاضی مکلف شده تا بر اساس منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و یا اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشند، رأی دهد. قابل توجه است که عبارت «اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشند» نیز از ابتکارات قانون‌گذار جدید ق.آ.د.م. بوده و در قانون پیشین و اصل ۱۶۷ قانون اساسی مطرح نشده است. بنابراین اگر رأی دادگاه بدوی بر اساس موازین شرعی صادر شده بود، طرفین می‌توانند به خلاف شرع بودن رأی اعتراض نمایند و دادگاه تجدیدنظر و دیوان عالی کشور نیز می‌توانند رأی را از این جنبه ارزیابی نمایند.

۲-۳. شرع در داوری

داور تکلیفی به رعایت تشریفات آیین دادرسی مدنی ندارد. همچنین به استناد بند ۴ ماده ۲۹۶ ق.آ.د.م.، مستندات و مواد قانونی که رأی قضایی بر اساس آن‌ها صادر شده، باید در متن رأی قید شود و به عبارتی رأی باید مستند و مستدل باشد، اما داور مکلف به صدور رأی مستند و مستدل نیست و ماده ۴۸۲ بیان نموده است:

«رأی داور باید موجه و مدلل بوده و مخالف با قوانین موجد حق نباشد».

۱. ماده ۲۹۶ ق.آ.د.م.:: «رأی دادگاه پس از انشای لفظی باید نوشته شده و به امضای دادرس یا دادرسان برسد و نکات زیر در آن رعایت گردد: ... ۴- جهات، دلایل، مستندات، اصول و مواد قانونی که رأی بر اساس آن‌ها صادر شده است...».

به علاوه، بند نخست ماده ۴۸۹ که موارد ابطال رأی داور را بیان نموده، مخالف بودن رأی با قوانین موجد حق را موجب ابطال رأی دانسته است.

بنابراین رأی داور می‌بایست موجه و مدلل باشد و کافی است که مخالف قانون نباشد؛ زیرا رأی مطابق قانون باید مستند به قانون، روح قانون و یا مفهوم قانون و... باشد؛ اما اینکه رأی مخالف قانون نباشد، یعنی اینکه صرفاً با قانون مخالفتی نداشته باشد. لذا تکلیف مطابقت رأی با قانون، مخصوص رأی دادگاه است نه داوری، و دادگاه نیز در مقام رسیدگی به اعتراض به رأی داور نمی‌تواند رأی را به دلیل اینکه مستند به قانون نیست، باطل کند؛ بلکه رأی داوری فقط در صورتی که مخالف قانون باشد، باطل خواهد شد.

تکلیف اصل ۱۶۷ قانون اساسی و نیز ماده ۳ ق.آ.د.م. برای لزوم مراجعه و کشف حکم موضوع مطرح شده نزد قاضی از منابع معتبر اسلامی و یا فتاوی معتبر، در صورت سکوت و یا نقص قانون، نیز مختص دادگاه‌هاست و از این بابت تکلیفی برای داور وجود ندارد. همچنین موارد سکوت قانون و لزوم مراجعه به موازین شرعی که بر دادگاه‌ها تکلیف شده بود نیز شامل داوران نشده است. پس بنا به مقررات فعلی، داور تکلیفی برای صدور رأی مطابق شرع و قانون ندارد.

می‌دانیم که دادگاه در مقام رسیدگی به اعتراض به رأی داور و موارد ابطال رأی داور به موجب بند ۱ ماده ۴۸۹، باید رأی داوری مخالف قوانین موجد حق را باطل نماید؛ اما در خصوص رأی خلاف شرع، بیانی در قانون نیامده است. حال آیا باید بر اساس این ظاهر، دادگاه را در جلوگیری از رأی داوری خلاف شرع ممنوع دانست؟ توجه به ماهیت نهاد داوری از این حیث می‌تواند به حل مسئله کمک نماید. در خصوص ماهیت نهاد داوری دست کم سه نظریه قراردادی،^۱ قضایی^۲ و مختلط^۳ وجود دارد.

در نظریه قراردادی، داوری نهادی است که در حوزه قراردادهای قرار دارد. این نهاد ریشه در قرارداد بین طرفین داشته و می‌باید مطابق تمایل آنان مدیریت شود (مافی و تقی‌پور،

1. Contractual nature.
2. Juridical nature.
3. Hybrid nature.

۱۳۹۶: ۱۷۵-۱۷۹) و نفوذ رأی داوری را تنها ناشی از حاکمیت اراده طرفین دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۳: ۱۳۵). همچنین داوران قدرتی به غیر از آنچه از قرارداد کسب می‌نمایند، ندارند و تصمیم آن‌ها تکمیل و به انجام رسانیدن قرارداد طرفین است. لذا نمی‌توان ماهیتی غیر از قراردادی به داوری داد (خزاعی، ۱۳۸۶: ۳۳/۷). به طور کلی، دکترین حقوق ایران به قراردادی بودن داوری نزدیک‌تر است (مدنی، ۱۳۵۶: ۶۷۶/۲؛ مهاجری، ۱۳۸۷: ۱۸۵/۴) و نظریه غالب را ماهیت قراردادی دانسته‌اند (سیفی، ۱۳۷۷: ۵۶).

اما در مقابل، برخی داوری را صرفاً امری قضایی دانسته‌اند (صدرزاده افشار، ۱۳۸۰: ۳۸۷). به موجب این نظریه، داوری به حکم قانون، جلوه خاصی از سازمان قضایی و ابزاری جهت اجرای عدالت و انجام یک وظیفه عمومی است و نتیجه حاصل از آن، به یک تصمیم قضایی تشبیه می‌شود. بنابراین قضاوت داوران پذیرفته نخواهد شد، مگر اینکه یک جزء جدایی‌ناپذیر از سازمان قضایی دانسته شود (David, 1982: 107). مطابق این نظریه، اگرچه بحثی در مورد اینکه منشأ داوری، اراده و قرارداد طرفین است، وجود ندارد، اما پیروان آن معتقدند که حاکمیت اراده دارای اثر کم و محدود به انتخاب داوری به عنوان شیوه حل و فصل اختلاف است. این انتخاب صرفاً به این دلیل مؤثر است که قانون آن را شناسایی کرده و به آن اثر می‌بخشد. پیروان نظریه مختلط نیز داوری را ترکیبی از هر دو ماهیت قراردادی و قضایی با هم می‌دانند که با قرارداد شروع و با رأی ختم می‌شود. به موجب نظریه مختلط، داوری از دو عنصر تشکیل می‌شود: حاکمیت قانون محلی و توافق طرفین (حیبی مجنده، ۱۳۹۱: ۱۷۲).

ملاحظه می‌شود که حتی مخالفان قراردادی بودن ماهیت داوری نیز بر اتکا و اساس قرارداد در داوری تأکید دارند. بنابراین می‌توان به استناد ماده ۶ ق.آ.د.م. و یا ماده ۹۷۵ ق.م. آراء داوری با موضوع قراردادی نامشروع را غیر قابل اجرا و ترتیب اثر دانست.

در قانون آیین دادرسی مدنی نیز در صدر ماده ۴۸۹ ق.آ.د.م. بیان شده است: «موارد زیر باطل و غیر قابل اجراست». بنا به ظاهر این ماده، باطل و غیر قابل اجرا همانند و مترادف هستند و در این مورد گفته‌اند: اگر دادگاه، تصمیم داور را «غیر قابل اجرا» بداند در حکم ابطال است و اصولاً از همان قواعد پیروی می‌نماید (خدابخشی،

۱۳۹۷: ۱۴). اما به نظر می‌رسد همان گونه که موارد باطل بودن رأی داوری، منحصر در ۷ بند ذکرشده در ماده ۴۸۹ نیست و برای مثال رأی داوری که در آن، اصول دادرسی از جمله اصل تناظر رعایت نشده باشد نیز قابل ابطال است، می‌توان گفت که موارد غیر قابل اجرا بودن رأی نیز منحصر در این ۷ بند نیستند و حتی شاید بتوان گفت که موارد غیر قابل اجرا بودن، متفاوت با موارد باطل بودن است؛ برای مثال، رأی داوری صادره علیه شخص ورشکسته با وجود اینکه مشمول هیچ یک از موارد ابطال رأی داوری نیست، اما همان طور که رأی دادگاه علیه شخص ورشکسته به استناد رأی وحدت رویه شماره ۵۶۱ قابل اجرا نیست، رأی داوری علیه شخص ورشکسته نیز قابل اجرا نخواهد بود.

بنابراین دادگاه در مقام رسیدگی به دعوی اعتراض به رأی داور یا اجرای رأی داوری و نیز درخواست تعیین داور، چنانچه قرارداد داوری و یا قرارنامه داوری (توافق طرفین با داور یا داوران) را نامشروع بدانند، می‌تواند به استناد ماده ۶ ق.آ.د.م. و ماده ۹۷۵ ق.م. و صدر ماده ۴۸۹ ق.آ.د.م. رأی داوری را غیر قابل اجرا بداند. همچنین رأی داوری نامشروع را نیز بنا به ماهیت قراردادی داوری می‌توان غیر قابل اجرا دانست.

نتیجه‌گیری

معانی مختلفی برای واژه شرع بیان شده است. برخی آن را به معنای قانون و برخی اعم از قانون و شرع دانسته‌اند. برخی آن را به معنایی اعم از قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه و برخی اعم از قانون، نظم عمومی، اخلاق حسنه و شرع دانسته‌اند. به نظر می‌رسد با توجه به جدیت قانون‌گذار در به کارگیری واژه شرع با عبارات مختلف، باید معنایی متفاوت از آنچه به طور اطلاق و کلی بیان شده، متصور بود. مراد از شرع در کاربردهای قانونی باید بسته به محل استفاده آن معنا شود؛ برای مثال در تبصره ماده ۳ ق.آ.د.م. منظور از شرع، با همین کلمه در بنده ۸ ماده ۸۴ متفاوت است. در اولی، تمام شرع در برابر تمام قانون است، ولی در بند ۸ ماده ۸۴ تنها آن بخش از شرع است که تا کنون تبدیل به قانون نشده و لذا آن بخش از شرع که لباس قانون پوشیده و یا مخالف شرعی که بنا به مصلحت، جزئی از قانون جاری مملکت شده

است، از معنای کلمه شرع در این ماده خارج است.

از جنبه کاربردی نیز امکان استناد به نامشروع بودن دعوی به عنوان یک ایراد از جانب خواننده نسبت به دعوی خواهان در بند ۸ ماده ۸۴ ق.آ.د.م. مطرح شده و نتیجه پذیرش این ایراد از جانب دادگاه در ماده ۸۹ آن قانون، صدور قرار ردّ دعوی اعلام شده است. بهتر است ظاهر قانون در ماده ۸۹ را مخصوص شرایطی بدانیم که خواسته دعوی به صراحت نامشروع است. لذا اگر خواسته در دادخواست به نحوی مطرح شده باشد که بدون رسیدگی ماهوی، نامشروع بودن خواسته محرز شود، ایراد نامشروع بودن شکلی است و رأی مناسب آن قرار ردّ دعوی بر اساس ماده ۸۹ آن قانون است. اما آنجا که احراز نامشروع بودن خواسته، نیازمند رسیدگی ماهوی است، ماهوی دانستن ایراد و صدور حکم، نزدیک‌تر به صواب خواهد بود.

در خصوص اعتراض به رأی دادگاه به لحاظ خلاف شرع بودن رأی، چنین به دست آمد که طرفین دعوی، دادگاه تجدیدنظر و دیوان عالی کشور، زمانی با نگاه شرعی به رأی دادگاه اعتراض و یا آن را بررسی خواهند کرد که رأی دادگاه بدوی بر اساس شرع صادر شده باشد و دادگاه حقوقی زمانی می‌تواند بر اساس شرع رأی دهد که به استناد اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ ق.آ.د.م، قانون در خصوص موضوع دعوی ساکت باشد. در این وضعیت است که قاضی مکلف شده تا بر اساس منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و یا اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشند، اصدار رأی نماید.

می‌دانیم که داور تکلیفی به رعایت تشریفات آیین دادرسی مدنی ندارد. از طرفی داور بر خلاف دادگاه، مکلف به صدور رأی مستند و مستدل نیست و کافی است که موجه و مدلل بوده و مخالف با قوانین موجد حق نباشد. همچنین بند نخست ماده ۴۸۹ که موارد ابطال رأی داور را بیان نموده، مخالف بودن رأی با قوانین موجد حق را موجب ابطال رأی دانسته است. بنابراین نیازی نیست که رأی داور، مطابق قانون صادر شده باشد؛ بلکه تنها کافی است که مخالف قانون نباشد. تکلیف اصل ۱۶۷ قانون اساسی و نیز ماده ۳ ق.آ.د.م. برای لزوم مراجعه و کشف حکم موضوع مطرح شده نزد قاضی از منابع معتبر اسلامی و یا فتاوی معتبر، در صورت سکوت و یا نقص قانون، نیز مختص دادگاه‌هاست و از این بابت، تکلیفی برای داور وجود ندارد. به علاوه، همان گونه که

تکلیفی بر داور برای صدور رأی بر اساس قانون بیان نشده، تکلیفی برای بر اساس شرع بودن نیز بیان نشده است.

یکی از نظریه‌های مهم در ماهیت داوری، نظریه قراردادی بودن داوری است و حتی مخالفان قراردادی بودن ماهیت داوری نیز بر اتکای داوری بر قرارداد تأکید دارند. بنابراین می‌توان به استناد ماده ۶ ق.آ.د.م. و یا ماده ۹۷۵ ق.م. و ماده ۴۸۹ ق.آ.د.م.، آراء داوری با موضوع قراردادی نامشروع را غیر قابل اجرا و ترتیب اثر دانست. همچنین به نظر می‌رسد همان گونه که موارد باطل بودن رأی داوری، منحصر در ۷ بند ذکرشده در ماده ۴۸۹ ق.آ.د.م. نیست و برای مثال، رأی داوری که در آن، اصول دادرسی از جمله اصل تناظر رعایت نشده باشد نیز قابل ابطال است، می‌توان گفت که موارد غیر قابل اجرا بودن رأی نیز منحصر در این ۷ بند نیست و حتی می‌توان گفت که موارد غیر قابل اجرا بودن، متفاوت با موارد باطل بودن است و ۷ بند یادشده موارد ابطال رأی است، نه غیر قابل اجرا بودن آن. بنابراین دادگاه می‌تواند در مقام رسیدگی به دعوی اعتراض به رأی داور، اجرای رأی داوری و درخواست تعیین داور از دادگاه، موضوع را نامشروع دانسته و همچنین رأی داوری نامشروع را نیز بنا به ماهیت قراردادی داوری غیر قابل اجرا بداند.

کتاب‌شناسی

۱. ارفع‌نیا، بهشید، *حقوق بین‌الملل خصوصی (تعارض قوانین)*، تهران، بهتاب، ۱۳۸۹ ش.
۲. الماسی، نجاد علی، *تعارض قوانین*، چاپ هفتم، تهران، مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۷۹ ش.
۳. امامی، حسن، *حقوق مدنی*، تهران، اسلامیه، ۱۳۵۷ ش.
۴. چلبی، فائقه، مرتضی قاسم‌آبادی، و کمال آقاپور، «تحلیلی بر جایگاه نظم عمومی در نظام حقوقی ایران»، *فصلنامه قضاوت*، دوره هفدهم، شماره ۹۱، پاییز ۱۳۹۶ ش.
۵. حبیبی مجنده، محمد، «داوری‌پذیری اختلافات ناشی از حقوق مالکیت معنوی»، *مجموعه مقالات همایش صدمین سال تأسیس نهاد داوری در حقوق ایران*، تهران، شهر دانش، ۱۳۹۰ ش.
۶. حسینی، محمدرضا، *قانون مدنی در رویه قضایی*، چاپ پنجم، تهران، مجد، ۱۳۹۰ ش.
۷. خدابخشی، عبدالله، *حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی*، چاپ پنجم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۷ ش.
۸. خراعی، حسین، *حقوق تجارت بین‌الملل: داوری*، تهران، قانون، ۱۳۸۶ ش.
۹. دهخدا، علی‌اکبر، *لغت‌نامه دهخدا*، چاپ دوم، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۷ ش.
۱۰. سیفی، سیدجمال، «قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران همسو با قانون نمونه داوری آنستیرال»، *مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی*، دوره شانزدهم، شماره ۲۳، پاییز و زمستان ۱۳۷۷ ش.
۱۱. شریف مرتضی، علی بن حسین موسوی، *رسائل الشریف المرتضی*، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۰۵ ق.
۱۲. شمس، عبدالله، *آیین دادرسی مدنی (دوره پیشرفته)*، تهران، دراک، ۱۳۸۴ ش.
۱۳. شهیدی، مهدی، *حقوق مدنی - جلد اول: تشکیل قراردادها و تعهدات*، چاپ سیزدهم، تهران، مجد، ۱۳۹۶ ش.
۱۴. همو، *حقوق مدنی - جلد چهارم؛ شروط ضمن عقد*، چاپ چهارم، تهران، مجد، ۱۳۹۳ ش.
۱۵. صدر، سیدمحمد، *ماوراء الفقه*، بیروت، دار الاضواء للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۲۰ ق.
۱۶. صدر حاج‌سیدجوادی، احمد، بهاء‌الدین خرمشاهی، و کامران فانی، *دایرةالمعارف تشیع*، تهران، نشر شهید سعید محبی، ۱۳۸۱ ش.
۱۷. صدرزاده افشار، سیدمحسن، *آیین دادرسی مدنی و بازرگانی دادگاه‌های عمومی و انقلاب*، تهران، جهاد دانشگاهی، واحد علامه طباطبایی، ۱۳۸۰ ش.
۱۸. صفایی، سیدحسین، «سخنی چند درباره نوآوری‌ها و نارسایی‌های قانون داوری تجاری بین‌المللی»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران*، شماره ۴۰، تابستان ۱۳۷۷ ش.
۱۹. عابدیان، امیرحسین، *شروط باطل و تأثیر آن در عقد*، چاپ دوم، تهران، جنگل، ۱۳۸۷ ش.
۲۰. عاقلی، باقر، *داور و عدلیه*، تهران، علمی، ۱۳۶۹ ش.
۲۱. کاتوزیان، ناصر، *اعتبار امر قضاوت‌شده در دعوی مدنی*، چاپ چهارم، تهران، کانون وکلای دادگستری مرکز، ۱۳۷۳ ش.
۲۲. همو، *قواعد عمومی قراردادها*، چاپ هفتم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵ ش.
۲۳. کاظم‌پور، سیدجعفر، *راهکارهای حمایت از طرف ضعیف قرارداد (مفهوم، مبانی، رویکردها)*، تهران، فکرسازان، ۱۳۹۲ ش.
۲۴. کریمی، عباس، *آیین دادرسی مدنی*، تهران، میزان، ۱۳۸۶ ش.
۲۵. همو، *آیین قضاوت مدنی در محاکم ایران*، چاپ پنجم، تهران، فکرسازان، ۱۳۸۹ ش.

۲۶. گرجی، علی‌اکبر، *مبانی حقوق عمومی*، چاپ دوم، تهران، جنگل، ۱۳۸۸ ش.
۲۷. مافی، همایون، و محمدحسین تقی‌پور، «ماهیت حقوقی نهاد داوری»، *فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی*، دوره ششم، شماره ۲۱، ۱۳۹۶ ش.
۲۸. متین‌دفتری، احمد، *آیین دادرسی مدنی و بازرگانی*، چاپ سوم، تهران، مجد، ۱۳۸۸ ش.
۲۹. *مجموعه رویه قضایی*، آرشیو کیهان، آراء هیئت عمومی دیوان عالی کشور، جلد ۲ از سال ۱۳۲۸ تا ۱۳۴۲، ۱۳۶۰ ش.
۳۰. محسنی، حسن، و علی صابری، «یک رأی و دو دیدگاه متفاوت در موضوع ضرورت یا اختیار برای تشکیل جلسه دادرسی»، *فصلنامه رأی: مطالعات آرای قضایی*، دوره چهارم، شماره ۱۰، بهار ۱۳۹۴ ش.
۳۱. مدنی، سیدجلال‌الدین، *آیین دادرسی مدنی*، تهران، پایدار، ۱۳۵۶.
۳۲. مردانی، نادر، و محمدجواد بهشتی، *آیین دادرسی مدنی*، تهران، دادگستر، ۱۳۹۰ ش.
۳۳. معین، محمد، *فرهنگ فارسی (معین)*، چاپ دهم، تهران، فرهنگ‌نما با همکاری کتاب‌آراد، ۱۳۷۶ ش.
۳۴. منصوریان، مصطفی، *آشنایی با مفاهیم حقوق عمومی؛ بررسی مفهوم «نظم عمومی»*، تهران، پژوهشکده شورای نگهبان، دفتر مطالعات نظام‌سازی اسلامی، ۱۳۹۴ ش.
۳۵. مهاجری، علی، *آیین دادرسی مدنی در نظم حقوقی کنونی*، تهران، فکرسازان، ۱۳۹۰ ش.
۳۶. همو، *مبسوط در آیین دادرسی مدنی*، تهران، فکرسازان، ۱۳۸۷ ش.
۳۷. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۸۱ م.
۳۸. نهرینی، فریدون، «تشخیص رئیس قوه قضاییه به عنوان یکی از جهات اعاده دادرسی»، مقاله در: *آیین اثبات و دادرسی (مجموعه مقالات حقوقی)*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۱ ش.
39. David, René, *L'arbitrage dans le commerce international*, Economica, 1982.

امکان سنجی استناد به قاعده

«الحرام لا یحرّم الحلال»

نسبت به زنا در باب نکاح با تطبیق بر ماده ۱۰۵۵ ق.م.*

- مهدی معظمی گودرزی^۱
- سیدمحمدحسن موسوی خراسانی^۲
- میثم خزائی^۳
- حجت پولادین طرقي^۴

چکیده

قاعده فقهی «الحرام لا یحرّم الحلال» از جمله قواعد فقهی تنصیصی مربوط به باب نکاح است که از نظر سندی ایرادی به آن وارد نیست؛ لکن از نظر دلالتی، مباحث زیادی در مورد واژه‌های «حرام» و «حلال» در قاعده مطرح گردیده است. اکثر فقهای امامیه، «حلال» در قاعده را به معنای اعم از حلال فعلی و شأنی دانسته‌اند. همچنین مشهور فقها، حرمت منظور در قاعده را پنج مصداق

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۰/۱ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۲/۱۷.

۱. دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل دانشگاه علوم اسلامی رضوی (نویسنده مسئول) (goodarzi243@yahoo.com).

۲. استادیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی (mmoosavikhorasani@yahoo.com).

۳. استادیار گروه حقوق دانشگاه آیه‌الله العظمی بروجردی (meisam.khazae@abru.ac.ir).

۴. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی (hojjatpooladin1371@gmail.com).

«زنا، لواط، لمس، نظر و وطی به حرام» شمرده‌اند.

از این روی که آرای فقها در تطبیق یا عدم تطبیق قاعده نسبت به عمل زنا مختلف است، پژوهش حاضر به روش توصیفی - تحلیلی، مسئله مذکور را بررسی نموده و به این نتیجه دست یافته است که اگر زنا طاری بر عقد باشد، زناى زوجه یا زوج و همچنین زناى زن شوهردار - حتی اگر مصرّ به این کار هم باشد - به خاطر قاعده مذکور و ادله خاص دیگر، مطلقاً بر عقد زوجه (مدخول‌بها یا غیر مدخول‌بها) تأثیری ندارد. همچنین اگر زنا قبل از عقد باشد و مورد زنا نیز حلال شأنی باشد، قاعده مذکور اجرامی گردد. از ماده ۱۰۵۵ ق.م. نیز همین برداشت استنباط می‌شود.

واژگان کلیدی: زنا، زناى سابق بر نکاح، زناى لاحق بر نکاح، نکاح.

۱. مقدمه

تبیین و تشریح فرع‌های مختلف و ضابطه‌مند کردن استنباط از منابع گوناگون، کاری دشوار و مشقت‌بار است. از طرف دیگر اشتراک فرع‌ها در عناوین کلی، اعمال عمل قبلی را قدری تسهیل می‌کند. تجمع این دو، یعنی اکتشاف عناوین کلی در فقه و برگرداندن فروعات به آن‌ها، باعث گردید که بعدها قواعد فقهی نظام‌مند و در کتاب‌های مستقل تدوین گردند. از جمله این قواعد، قاعده «الحرام لا یحرّم الحلال» است که گرچه در ابواب دیگر نیز مطرح می‌شود (جوادی آملی، ۱۳۹۵/۱۲/۳)، لکن در این نوشتار تنها در باب نکاح مورد بررسی قرار می‌گیرد. ظاهراً تعبیر به قاعده را بنا بر نقل سبزواری، اولین بار صاحب جواهر مطرح کرده است (زارعی سبزواری، ۱۴۳۲: ۲۴۴/۴). گرچه در کتب مربوط به قواعد فقهیه معروف بعد از صاحب جواهر همچون قواعد فقهیه بجنوردی، فاضل لنکرانی، مکارم شیرازی و سیفی مازندرانی، نامی از این قاعده برده نشده، اما این قاعده به طور مختصر در کتاب قواعد فقهیه سبزواری بررسی شده است (همان: ۲۴۴/۴-۲۵۹). که البته دچار نقایصی است خصوصاً در تطبیق آن بر زنا.^۱

۱. ما در مقاله‌ای جداگانه که هنوز منتشر نشده است، ضوابط و حدود و ثغور این قاعده را به لحاظ اینکه قاعده اصولی است یا فقهی، و اینکه این قاعده مختص به باب نکاح است یا در باب‌های دیگر هم جاری می‌شود و سایر مباحث آن، همراه با ادله، بدون تطبیق بر مصداقی خاص همچون زنا و...، بررسی کرده‌ایم و این مختصر مجال بیان آن مباحث را ندارد.

در هر صورت با تتبع انجام گرفته در منابع فقهی، پنج مصداق حرمت زنا، لواط، لمس، نظر و وطی به حرام (وطی در حال حیض و نفاس، وطی در حال ظهار، ایلاء و...)، در باب نکاح متأثر از این قاعده هستند. پژوهش حاضر سعی دارد قاعده مذکور را در مسئله زنا، و تأثیر آن را بر حرمت نکاح مورد بررسی قرار دهد.

هرچند در منابع فقهی به تأثیر زنا بر حرمت نکاح پرداخته شده است، لکن به ندرت به بررسی این مسئله از دریچه قاعده «الحرام لا یحرم الحلال» و تطبیق آن با قانون مدنی پرداخته شده است. قانون مدنی در ماده ۱۰۵۵^۱ این قاعده را در باب نکاح در قسمت مربوط به زنا اجرا کرده است که تفسیر و تطبیق آن بر قاعده مزبور در این نوشتار خواهد آمد.

بر این اساس با توجه به تشبّت و اختلاف نظر در تطبیق این قاعده بر مسئله زنا، این نوشتار به روش توصیفی - تحلیلی به بررسی مسئله مذکور پرداخته است. از آنجایی که تحلیل و تثبیت فروع این قاعده، منوط به دو شرط مستند بودن قاعده و تبیین حدود قاعده است، ابتدا به توضیح این دو ضرورت پرداخته شده است. بعد از بررسی این دو شرط، به مسئله اصلی پژوهش، یعنی به بحث زنا و فروع مربوط به آن در ضمن قاعده پرداخته است.

۲. بررسی سندی قاعده «الحرام لا یحرم الحلال»

با تتبع در منابع روایی، قاعده «الحرام لا یحرم الحلال» به طور صریح در ۱۹ روایت ذکر شده است. بنابراین باید آن را از جمله قواعد تنصیصی دانست. البته قاعده مذکور در روایات، با سه تعبیر متفاوت «الحرام لا یفسد الحلال»، «لا یحرم الحرام الحلال»، «ما حرّم حرام حلالاً» بیان شده است. بر این اساس سعی می‌گردد روایات نوزده گانه، در سه دسته مورد بررسی قرار گیرند. همچنین برای جلوگیری از اطاله کلام، تنها به روایات صحیح‌السند اشاره می‌شود.

۱. ماده ۱۰۵۵ ق.م.و.ا: «نزدیکی به شبهه و زنا اگر سابق بر نکاح باشد، از حیث مانعیت نکاح در حکم نزدیکی با نکاح صحیح است، ولی مبطل نکاح سابق نیست».

۱-۲. روایات با عبارت «الحرام لا یفسد الحلال»

مجموعاً ۱۰ روایت با این مضمون از ائمه علیهم‌السلام روایت شده است. از جمله آن‌ها

روایت حسن بن محبوب از عبدالله بن سنان است:

«به امام صادق علیه‌السلام گفتم: شخصی با خواهرزنش زنا می‌کند، آیا این زنا باعث حرام شدن زنش می‌شود؟ امام علیه‌السلام فرمود: «همانا حرام حلالی را فاسد نمی‌کند» (صدوق، بی‌نا: ۴/۴۵۳).

طریق شیخ صدوق به حسن بن محبوب، شیخ حرّ عاملی به این صورت آورده است:

«وما كان فيه عن الحسن بن محبوب: فقد روئته عن محمد بن موسى بن المتوكل عن سعد بن عبدالله وعبدالله بن جعفر الحميري عن أحمد بن محمد بن عيسى، عن الحسن بن محبوب» (حرّ عاملی، ۱۴۱۵: ۳۰/۴۳).

با بررسی منابع رجالی باید گفت که همه این افراد ثقة هستند.^۱

۲-۲. روایات با عبارت «لا یحرم الحرام الحلال»

روایات دربرگیرنده این عبارت مجموعاً پنج روایت است. از جمله آن‌ها:

علی بن جعفر از برادرش موسی بن جعفر علیه‌السلام سؤال کرد از شخصی که با دو زن زنا می‌کند، آیا می‌تواند با یکی از آن‌ها ازدواج کند؟ امام علیه‌السلام فرمود: «بله، حرام حلالی را حرام نمی‌کند» (همان: ۲۰/۴۳۵).

این روایت را باید از روایات معتبره دانست؛ زیرا هرچند نجاشی، علی بن جعفر را با

اینکه از فرزندان امام صادق علیه‌السلام است، مورد توثیق قرار نداده و نسبت به او ساکت است

(نجاشی، ۱۴۰۸: ۷۲/۲)، لکن شیخ طوسی ایشان را در زمرة اصحاب امام صادق، امام

کاظم و امام رضا علیهم‌السلام شمرده و توثیق نموده است (طوسی، ۱۴۰۲: ۳۷۹). کشتی نیز در

۱. این روایت را مجلسی اول در *روضۃ المتقین* (مجلسی اول، ۱۴۰۶: ۲۶۱/۸) و میرزای قمی در *جامع*

الشتات (میرزای قمی، ۱۴۱۳: ۵۳۷/۴) معنون به صحیحه کرده‌اند. علت این امر آن است که علامه حلی

در *خلاصۃ الاقوال* محمد بن موسی را توثیق کرده (علامه حلی، ۱۳۸۱: ۱۴۹) و مجلسی دوم در *الوجیزه*

در رابطه با این فرد فرموده است: «ثقه» (مجلسی دوم، ۱۴۲۰: ۱۷۳) و بنا بر نقل شبیری زنجانی، شهید

ثانی و صاحب *مدارک* نیز این فرد را ثقه دانسته‌اند (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹: ۱۱/۳۹۰). نجاشی در مورد

سعد بن عبدالله می‌نویسد: «شیخ هذه الطائفة وفقهها ووجهها» (نجاشی، ۱۴۰۷: ۱۷۷). بقیه افراد هم

برای اهل فن (اهل رجال) معلوم الحال می‌باشند.

رجالش دو روایت نسبت به علی بن جعفر آورده است که هر دو دلالت بر صحیح بودن اعتقاد و مستقیم بودن روش علی بن جعفر دارد (همو، ۱۴۲۱: ۴۸۹).
با این تفصیل، روایت از جهت سند مشکلی نداشته و مورد قبول است.

۳-۲. روایات با عبارت «ما حرم حلالاً»

روایات دربرگیرنده این لفظ مجموعاً چهار روایت می‌باشد. از جمله آن‌ها روایت زراره است:

«به امام باقر علیه السلام گفتم: مردی با مادر و یا دختر و یا خواهرزانش زنا می‌کند، امام علیه السلام فرمود: «زوجه این مرد بر او حرام نمی‌شود». سپس فرمود: «به هیچ عنوان حرام حلالی را حرام نمی‌کند» (حز عاملی، ۱۴۱۵: ۴۲۹/۲۰).

در سند این روایت هیچ خدشه‌ای نیست و از جمله روایات صحیح‌ه یا به تعبیری بنا بر وجود ابراهیم بن هاشم، حسنه محسوب می‌شود.^۱

۳. مفهوم‌شناسی اصطلاحات قاعده

قاعده مزبور دارای مفردات «حلال» و «حرام» است که تبیین دقیق حدود و ثغور آن‌ها تأثیر شگرفی در تطبیق مصادیق قاعده می‌گذارد. لذا نیاز است مراد از واژگان مذکور تبیین گردد:

۳-۱. مراد از «حلال»

اگر گفته شود که آنچه به ذهن تبادر می‌کند این است که مراد از حلال در روایت، حلال وضعی می‌باشد، چرا که از بین احکام پنج‌گانه تکلیفی - واجب، مستحب، حرام، مباح، مکروه - ما عنوانی به نام حلال نداریم، لذا حلال منحصر در احکام وضعی که منظور جواز در نکاح می‌باشد، تعبیر می‌شود، صحیح نمی‌باشد؛ چرا که مراد از حلال

۱. سلسله سند این روایت عبارت‌اند از: «علی عن ابيه عن ابن ابي عمير عن عمربن اذينة عن زرارة». منظور از «علی»، علی بن ابراهیم قمی صاحب تفسیر معروف می‌باشد. منظور از «ابیه»: ابراهیم بن هاشم می‌باشد. «ابن ابي عمير» هم از اعظام می‌باشد و نقل او از هر کس، سبب توثیق آن شخص می‌شود؛ به همین خاطر، همان‌طور که ملاحظه می‌شود، همه راویان این حدیث معلوم‌الحال و از ثقات رجال امامیه می‌باشند.

در قاعده مباح است. به عبارت دیگر، ما در رابطه با نکاح، دو دسته زن داریم؛ زنانی که ازدواج با آن‌ها مباح است و زنانی که ازدواج با آن‌ها حرام است. این گفته را کلام شبیری زنجانی تثبیت می‌کند. ایشان در بیان این قاعده می‌گوید:

«مراد از حلال، زن حلال است؛ یعنی زنی که می‌توانیم با سببی چون نکاح از او تمتع ببریم» (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹: ۲۹۱۱/۸).

مسلماً منظور از حلال در این عبارت، زنی است که استمتاع از او برای مرد مباح است. اما در تفسیر «حلال» در قاعده، بین فقها اختلاف شده است؛ به گونه‌ای که برخی مراد از حلال را حلال فعلی^۱ دانسته‌اند. بر این اساس باید نسبت به موضوع بحث، سبب حلال ایجاد شده باشد (نجفی، ۱۴۲۲: ۶۴/۳۰). در مقابل، برخی دیگر مراد از حلال را اعم از فعلی و شأنی^۲ گرفته‌اند (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹: ۲۸۱۶/۸). به تعبیر دیگر، اگر مراد از حلال، فعلی باشد، دامنه قاعده محدود شده و فقط حلال بعد از عقد یا ملک را شامل می‌شود و اگر مراد از حلال اعم باشد، دامنه قاعده موسع شده و حلال قبل از عقد و بعد از عقد را نیز شامل می‌شود.

با توجه به اینکه برخی روایاتی^۳ که بیان‌کننده این قاعده هستند، به صورت صریح دیدگاه دوم را مطرح کرده‌اند، لذا دیدگاه دوم به واقع نزدیک‌تر است. بر این اساس با قبول این مبنا، بحث ادامه پیدا می‌کند:

- همان گونه که در باب زنای قبل از عقد خواهد آمد، بسیاری از فقها چه به صورت صریح و چه به صورت ضمنی، به این قاعده تمسک نموده‌اند (سید حکیم

۱. منظور از حلال فعلی این است که باید یک چیزی یا -در محل بحث- زنی به توسط عقد یا ملک، بر شخصی حلال باشد تا بعد از آن بحث کنیم که آیا حرام تأثیر روی آن دارد یا نه.

۲. مراد از حلال شأنی این است که زنی هنوز در عقد مردی نیست، ولی این قابلیت را دارد که بعداً به ازدواج آن مرد درآید.

۳. این روایات عبارت‌اند از: ۱- صحیحیه صفوان که می‌گوید: مرزبان از امام علیه‌السلام راجع به مردی که با زنی زنا کرده بود، در حالی که آن زن جاریه قوم دیگری بود، دختر آن زن را خرید، آیا آن دختر بر مرد زانی حلال است؟ امام علیه‌السلام فرمود: «لا یحرم الحرام الحلال» (حرّ عاملی، ۱۴۱۵: ۴۲۷/۲۰). ۲ و ۳- صحیحیه سعید بن یسار (همان: ۴۲۵/۲۰) و مرسله این رباط (همان: ۴۲۶/۲۰) که قریب به همین مضمون می‌باشند. همان طور که مشاهده می‌شود، این سه روایت، دختر زنی را گویند که به صورت تقدیری (شأنی) نه فعلی، بر آن مرد حلال می‌باشد.

۲-۳. مراد از «حرام»

مراد از حرام چیست؛ آیا حرام وضعی است یا تکلیفی؟ اگر مراد از حرام اولی باشد، عقد نکاح با بودن آن باطل، و با نبودن آن صحیح می‌باشد؛ اما اگر مراد از حرام دومی باشد، بودن آن نسبت به بطلان یا عدم بطلان نکاح تأثیری ندارد، بلکه فقط عقاب را بر عمل مرتکبه بار می‌کند. با توجه به ظاهر ادله و بیان فقها به نظر می‌رسد مراد از حرام، حرام تکلیفی باشد؛ چنان که مشهور فقها پنج مصداق برای حرام به لحاظ تکلیفی برشمرده‌اند که عبارت‌اند از: زنا، لواط، لمس، نظر نسبت به زن نامحرم و مرد، و وطی به حرام (وطی در حال حیض و نفاس، وطی در حال ظهار، ایلاء، احرام و وطی همزمان دو خواهر مملوک) نسبت به زوجه شخص و غیر زوجه. این مصادق از عبارات مختلف فقها برداشت می‌شود (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۱۴۲۸/۲-۸۳۹). در مقابل در بین فقها، ابن جنید اسکافی بنا بر نقل علامه حلی در *مختلف*، حرام را منحصر در وطی با اقسامش دانسته است (علامه حلی، ۱۴۱۵: ۲۶/۴) که تمام آن مصادق فعل حرام، از نوع تکلیفی می‌باشند؛ گرچه با تبعی که در کتب فقهی صورت گرفته، کسی از فقها از گفته ابن جنید تبعیت نکرده است. این گفته ما که مراد از حرام، حرام تکلیفی است، با مورد حلال که گفته شد مراد حلال تکلیفی (مباح) است، از طریق سنخیت در سیاق هر دو تطابق دارد و مورد تأیید قرار می‌گیرد.

به نظر می‌رسد مراد از «یحرم» که به صورت باب تفعیل آمده است، حرام وضعی باشد. علت این برداشت آن است که این قاعده -همان طور که گفته شد- در روایات با لفظ «یفسد» نیز آمده است که این لفظ حکم وضعی را می‌رساند که همان بطلان باشد. با این بیان به نظر می‌رسد معنای قاعده این است که عملی که به لحاظ شرعی حرام تکلیفی -مثل زنا، لواط، وطی در حال حیض و...- می‌باشد، باعث نمی‌شود زنی که از طریق سببی با او مباح است، آن سبب را باطل یا فاسد کند، فتأمل^۱.

۱. فتأمل شیخ انصاری نه آخوند خراسانی.

۴. تطبیق قاعده «الحرام لا یحرم الحلال» نسبت به زنا در باب نکاح

هرچند نگارنده به تبعیت از مشهور فقها، قائل به اختصاص حرام به وطی در قاعده نیست، لکن آنچه پژوهش حاضر به آن می‌پردازد، بررسی قاعده در مصداق زناست. براین اساس بعد از تبیین مباحث مقدماتی مرتبط با قاعده، نوبت به مصداق‌شناسی یا به عبارت دیگر دامنه به کارگیری این قاعده به لحاظ توسعه و تضییق نسبت به زنا در نزد فقها می‌رسد. از آنجایی که زنا گاهی قبل از عقد یا ملک^۱ و گاه بعد از آن دو محقق می‌شود، لذا بحث در قالب این دو مورد انجام می‌گیرد:

۴-۱. تأثیر زنا بعد از عقد بر حلال

با توجه به اسباب حلیت بین زن و مرد نامحرم و به تبع آن، محرمیت از طریق مصاهره، فروعات این باب در چهار فرع زنا ی پدر با زوجةٔ پسر و برعکس، زنا با مادر زن و دختر زن، زنا ی پدر با مملوکه پسر و برعکس و زنا ی زن شوهردار یا در حال عده، قابل بحث است. البته به دلیل اینکه استدلال و اقوال فقها در سه فرع اول یکسان است، تحت عنوان واحد تأثیر زنا ی زوج یا غیر زوج بر عقد زوجة، و فرع آخر تحت عنوان تأثیر زنا ی زن شوهردار یا در حال عده بر عقد یا ملک زوج، مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۴-۱-۱. تأثیر زنا ی زوج یا غیر زوج بر عقد زوجة

در صورتی که پدر با زن پسرش (عروس خود) زنا کند یا پسر با زوجة پدرش زنا کند، در صورت اول، زن پسر منکوحه آب می‌شود و در صورت دوم، زن پدر منکوحه پسر می‌شود. یا در صورتی که شخصی با زنی ازدواج کند و بعد با مادر آن زن و یا با دختر آن زن زنا کند، در صورت اول، زوجة خودش به عنوان ربیبه محسوب می‌شود و در صورت دوم، زوجة اش مادرزن آن شخص محسوب می‌شود. به همین صورت، در صورت زنا ی پدر با مملوکه پسر و برعکس قیاس می‌شود.

در صورتی که این امور محرمه بعد از عقد یا ملک صورت گرفته باشد، فقها سه دیدگاه را در رابطه با آن مطرح نموده‌اند:

۱. به خاطر عدم موضوعیت ملک در حقوق امروز، رویکرد پژوهش مختص به عقد (موقت، دائم) خواهد بود.

۱-۱-۴ دیدگاه اول: حرمت نیافتن زوجه بر زوج

مطابق با این دیدگاه - که مشهور فقها قائل به آن هستند- حرمت مطلقاً انتشار پیدا نمی‌کند. به عبارت دیگر، زنا بعد از عقد، زوجه‌ای را که توسط عقد حلال بوده است، حرام نمی‌کند (نجفی، ۱۴۲۲: ۶۶۴/۳۰؛ موسوی خمینی، ۱۴۰۳: ۴۴۶/۲؛ علامه حلی، ۱۴۲۸: ۶۰۲/۲؛ همو، بی‌تا: ۵۱۰؛ محقق حلی، ۱۳۸۹: ۵۳۰/۱؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۴: ۲۹۸-۲۹۷/۷؛ ترحینی عاملی، ۱۳۸۰: ۲۴۸/۶). حتی بنا بر گفته شهید ثانی، اصحاب امامیه بر عدم تحقق حرمت مصاهره به واسطه زنا لاحق بر عقد صحیح، اتفاق نظر دارند. به عبارت دیگر، زن مدخول‌بها بر زوج خود حرام نمی‌شود. اطلاق ماده ۱۰۵۵ ق.م. نیز گفته این فقها را مورد تأیید قرار می‌دهد. به عبارت دیگر، نه تنها نکاح سابق را با این عمل مبطل ندانسته، بلکه عدم تأثیر زنا را نسبت به نکاح سابق به طور مطلق مورد پذیرش قرار داده است. در این ماده آمده است:

«نزدیکی به شبهه و زنا اگر سابق بر نکاح باشد، از حیث مانعیت نکاح در حکم نزدیکی با نکاح صحیح است، ولی مبطل نکاح سابق نیست».

از عبارت اخیر ماده که می‌گوید: «... مبطل نکاح سابق نیست»، دو نکته برداشت می‌شود: نکته اول: زنا لاحق بر نکاح سابق تأثیر ندارد. نکته دوم: این عدم تأثیر را به طور مطلق گفته است که در حقیقت تفصیل مطرح شده از جانب قول دیگر را به طور کنایه‌ای مردود دانسته است. این برداشت را غالب حقوق‌دانان تأیید کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۶۵۵؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸: ۷۵؛ صفایی، ۱۳۸۰: ۱۱۵)؛ برای نمونه، صفایی در شرح این ماده می‌نویسد:

«... اگر قبلاً با زنی صحیحاً ازدواج کرده باشد، نزدیکی به شبهه یا زنا با محارم سببی خود مانند مادر زن، موجب بطلان ازدواج نخواهد بود» (صفایی، ۱۳۸۰: ۱۱۵).

طرفداران این دیدگاه برای اثبات نظر خود به همان روایاتی که مستند قاعده «الحرام لا یحرم الحلال» است، استناد می‌نمایند (عاملی جبعی، ۱۴۱۴: ۲۹۸/۷؛ نجفی، ۱۴۲۲: ۶۶۴/۳۰). البته علاوه بر روایات مذکور، به ادله دیگری همانند اصالت عدم حرمت و اجماع منقول و محصل نیز استناد جسته‌اند (نجفی، ۱۴۲۲: ۶۶۴/۳۰).

۲-۱-۱-۴. دیدگاه دوم: تفصیل بین زوجه مدخوله و غیر مدخوله

طبق این دیدگاه باید بین زوجه مدخول بها و غیر مدخول بها تفصیل قائل شد. به این صورت که اگر زناى عارض بر عقد، قبل از دخول زوج نسبت به معقوده باشد، نشر حرمت واقع می‌گردد؛ برای مثال اگر مردی، زنی را به عقد خود درآورد و قبل از دخول با مادر زن خود زنا کند، در این صورت زوجه‌اش بر او حرام می‌شود؛ زیرا معقوده، دختر زنش محسوب می‌شود. یا اگر پدری با معقوده پسرش زنا کند، زوجه پسر به منزله منکوحهٔ آب محسوب شده، در نتیجه آن زن بر عاقد حرام می‌شود. مطابق با نقل صاحب جواهر، این دیدگاه منتسب به ابوعلی طوسی پسر شیخ طوسی است (همان).

البته از عبارت صاحب جواهر چنین فهمیده می‌شود که وی اعتبار دخول را در عدم نشر حرمت، مختص به معقوده پدر و پسر می‌داند. لکن به نظر می‌رسد همان‌گونه که صاحب جواهر گفته- ذکر این دو مورد به عنوان نمونه است، وگرنه حکم به سایر موارد هم سرایت می‌کند (همان).

این دیدگاه، مستند نظر خود را دلایل ذیل ذکر نموده است:

- آیه ۲۲ سوره نساء: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا﴾؛ «و نکاح مکنید زن پدر را جز آنچه از پیش کرده‌اید؛ زیرا این کاری است زشت و مبعوض [خدا] و بد راه و رسمی است». این آیه عام بوده، شامل منکوحه قبل از عقد پسر و بعد از عقد پسر می‌شود؛ لکن چون آیه بعد از دخول از طریق روایاتی که در ذیل می‌آیند (روایت عمار و...) تخصیص خورده است، آیه شامل دو مورد اول می‌شود. علاوه بر اینکه لفظ نکاح، حقیقت در وطی است.

- روایت عمار: مطابق روایت عمار، از امام صادق ع درباره شخصی که کنیزی داشت و نوه‌اش قبل از اینکه جد با او وطی کند، زنا کرد و یا شخصی که با زنی زنا کرد، سؤال شد که آیا پدر زانی می‌تواند با آن زن ازدواج کند؟ امام ع فرمود:

«خیر؛ ولی زمانی که آن شخص با آن زن ازدواج کرده باشد و با آن وطی هم کرده باشد، در این صورت زناى پسر ضرری نمی‌زند و این به خاطر این است که حرام حلالی را فاسد نمی‌کند و همین امر در رابطه با کنیز هم جاری می‌شود» (حزّ عاملی، ۱۴۱۵: ۲۰/۴۲۰).

همان گونه که ملاحظه می‌شود، امام از مفهوم حصر برای بیان حکم استفاده فرمود. مفهوم حصر هم از جانب بسیاری از اصولیان حجت است (آخوند خراسانی، ۱۳۸۸: ۱۲۷/۲؛ مظفر، ۱۳۸۴: ۱۲/۱؛ صدر، ۱۳۸۹: ۱۴۵/۲). با حجت بودن مفهوم حصر، تعلیل امام به قاعده «الحرام لا یحرّم الحلال» محدود به صورت دخول می‌شود.

- روایت کنانی: کنانی می‌گوید که امام صادق علیه السلام فرمود:

«زمانی که شخصی با زنی زنا کند، دختر آن زن برای او حرام ابد می‌شود و اگر با آن دختر قبل از زنا با مادرش ازدواج کرده ولی هنوز دخول نکرده باشد و با مادرش زنا کند، ازدواج آن مرد با دختر آن زن باطل می‌شود و اگر با دختر آن زن ازدواج کرده و به او دخول هم کرده باشد و بعد با مادر زن زنا کند، این فجور باعث افساد نکاح دختر آن زن نمی‌شود؛ به خاطر اینکه حرام حلالی را فاسد نمی‌کند» (طوسی، ۱۴۱۴: ۳۲۹/۷).

دلالت این روایت تام بوده و تعمیم اعتبار دخول در عدم نشر حرمت در این روایت هم واضح است.

لکن هر سه دلیل محل خدشه است؛ زیرا در دلیل اول، ایشان مدعی بودند که لفظ نکح در آیه «مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ» (نساء/۲۲)، حقیقت در وطی است؛ در حالی که در معنای لغوی نکاح، اختلافات زیادی وجود دارد، به طوری که برخی از لغویان نکاح را مشترک در معنای تزویج و وطی دانسته (صاحب بن عباد، ۱۴۱۴: ۳۸۲/۲) و برخی آن را حقیقت در تزویج دانسته‌اند (ابن فارس، ۱۴۰۴: ۴۷۵/۵). با وجود این اختلافات، تمسک کردن به این دلیل بسیار ضعیف است.

روایت عمار به خاطر وجود سهل بن زیاد، ضعف سندی دارد. علت این امر آن است که نجاشی در رجال (نجاشی، ۱۴۰۷: ۱۸۵) و شیخ طوسی در الفهرست (طوسی، بی‌تا(الف): ۸۰)، سهل بن زیاد را به ضعف در حدیث محکوم و تضعیف کرده‌اند.

در روایت کنانی نیز که توسط شیخ طوسی به یک سند نقل شده است (همو، ۱۴۱۴: ۳۲۹/۷؛ همو، ۱۴۳۲: ۱۶۹/۳)، در هر دو ارسال وجود دارد. به خاطر همین ضعف سند است که شیخ حرّ عاملی آن را در آخر باب هشتم ابواب مصاهره ذکر می‌کند (حرّ عاملی،

۱۴۱۵: ۴۳۰/۲۰).^۱ بنابراین این دو روایت هرچند به لحاظ دلالت تام هستند، لکن به خاطر ضعف سند، قابلیت تخصیص قاعده «الحرام لا یحرّم الحلال» را ندارند.

۳-۱-۱-۴. دیدگاه سوم: حرمت زوجه بر زوج

مطابق با این دیدگاه، در صورتی که زنا بعد از عقد محقق شود، مطلقاً باعث نشر حرمت می‌شود (کرکی عاملی، ۱۴۲۹: ۳۰۰/۱۲-۳۰۱). ملاحظه می‌گردد که این دیدگاه به‌طور کلی قاعده «الحرام لا یحرّم الحلال» را کنار گذاشته است. مهم‌ترین مستند این دیدگاه دلایل ذیل است:

- معتبره کاهلی: در خبر کاهلی از امام صادق علیه السلام پرسیده شد از مردی که جاریه‌ای را خریده، در حالی که هنوز آن را مس نکرده است. زوجه آن مرد به پسر بیست ساله آن مرد امر می‌کند که با آن جاریه زنا کند. در این باره چه می‌فرمایید؟ امام علیه السلام فرمود: «پسر و مادر گناه کرده‌اند و نمی‌بینم که پدر به آن جاریه نزدیکی کند، در صورتی که پسر با او زنا کرده است» (کلینی، ۱۴۰۷: ۴۱۹/۵).

ایشان بعد از این خبر، ادله‌ای دیگر از روایات را برای تأیید کلام خودشان می‌آورند که هیچ کدام از آن روایات به صراحت مقصودشان را بیان نمی‌کند. این روایت اگرچه به لحاظ سندی و دلالتی اشکالی ندارد، اما چون با انبوه روایاتی که دالّ بر قاعده «الحرام لا یحرّم الحلال» می‌باشند، در تعارض است، لذا قابل معارضه نبوده و تمسک به آن قابل قبول نمی‌باشد. کسی نمی‌تواند به‌طور کلی آن‌ها را کنار بزند و به قول شاذ تمسک جوید.

با تحلیل سه دیدگاه موجود مشخص گردید که دیدگاه‌های دوم و سوم به دلیل مستندات ضعیف قابل قبول نیستند. بر این اساس، دیدگاه اول که دارای پشتوانه قاعده «الحرام لا یحرّم الحلال» است، از وجه قابل قبولی برخوردار است. ماده ۱۰۵۵ ق.م.

۱. آنچه که ما با مطالعه مستمر و دقت در روش این محدث در این کتاب به دست آوردیم، این است که هرچند ایشان به مباحث رجالی چندان اهمیتی نمی‌دهد و همان طوری که از جلد آخر کتاب *وسائل الشیعه* برمی‌آید، ایشان سعی در توثیق و توجیه روایان می‌کند، اما در چینش روایات سعی دارد که از مرتبه قوی نزد همه اصحاب شروع کند و به ترتیب به آخر باب مربوطه که می‌رسد، عادتاً روایاتی را می‌آورد که سنداً ضعیف می‌باشند؛ خواه به خاطر ضعف راوی یا مرسل بودن و... .

نیز این دیدگاه را پذیرفته است.

۴-۱-۲. زناى زن شوهردار يا در حال عده و تأثير آن بر شوهر

دومین فرع از تأثیر زناى بعد از عقد، مربوط به زناى زن شوهردار يا در حال عده است. در این حالت این سؤال مطرح می‌شود که اگر زن شوهر يا در حال عده، مرتکب عمل حرام زنا گردد، آیا سبب حرمت آن زن بر شوهرش می‌شود يا نه؟ قبل از بیان بحث لازم به ذکر است که زنا با زنی که در عده رجعی يا عدی است، در حکم زنا با زن ذات‌البعل است؛ ولی زنی که در عده وفات و يا طلاق بائن است، احکام زنا با زن ذات‌البعل را ندارد. در پاسخ به پرسش پیشین، دو دیدگاه بین فقها وجود دارد:

۴-۱-۲-۱. دیدگاه اول: حرمت نیافتن زن شوهردار بر زوج

مطابق این دیدگاه - که مشهور فقها نیز قائل به آن هستند - اگر همسر مردی زنا کرد ولو اینکه مَصْر به این کار هم باشد، طلاق دادن آن زن بر مرد واجب نیست و زن به وسیله این عمل بر شوهرش حرام نمی‌شود (علامه حلی، ۱۴۲۸: ۳۲/۳؛ همو، ۱۴۲۲: ۲۷/۲؛ نراقی، ۱۴۲۹: ۱۶/۳۲۵؛ حسینی سیستانی، ۱۴۱۷: ۳/۴۱۷؛ حرّ عاملی، ۱۴۱۵: ۲۰/۴۳۶؛ کرکی عاملی، ۱۴۲۹: ۱۲/۳۱۶؛ موسوی خمینی، ۱۴۰۳: ۲/۳۷۵).

قانون مدنی در رابطه با زنا دو ماده دارد: ۱- ماده ۱۰۵۵ که در بالا ذکر شد. ۲- ماده ۱۰۵۴. در ماده اخیر آمده است:

«زناى با زن شوهردار يا زنی که در عده رجعی است، موجب حرمت ابدی است».

حال راجع به بحث ما، کدام ماده قابل استناد می‌باشد؟ به نظر می‌رسد که ماده ۱۰۵۴ ق.م. از محل بحث ما خارج است. علت این امر آن است که این ماده، رابطه حرمت زن شوهردار را با مرد زانی بیان می‌کند. این گفته ما را حقوق‌دانان مورد تأیید قرار داده‌اند (دیانی، ۱۳۸۷: ۱۰۵؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸: ۷۳؛ لطفی، ۱۳۸۸: ۱۶۸-۱۶۹؛ کاتوزیان، ۱۳۷۵: ۹۲؛ شیروی، ۱۳۹۶: ۵۰)؛ برای نمونه، کاتوزیان در شرح این ماده می‌نویسد:

«اگر زن شوهرداری با مردی رابطه نامشروع داشته باشد، پس از جدایی از شوهر خود

نیز نمی‌تواند با آن مرد نکاح کند» (کاتوزیان، ۱۳۷۵: ۱۱۰/۱).

با این بیان ثابت می‌شود که آنچه محل بحث ماست، همان ماده ۱۰۵۵ ق.م. می‌باشد. از اطلاق عبارت انتهایی این ماده که می‌گوید: «... مبطل نکاح سابق نیست»، می‌توان تأیید این رویکرد فقها را از جانب این ماده استنباط کرد. علت این امر آن است که در این قسمت از ماده گفته است که زناى لاحق بر عقد، به طور مطلق بر نکاح سابق بر عقد که متعلق به زوج است، تأثیری نمی‌گذارد؛ خواه این زنا توسط زوج با یکی از نزدیکان زوجه باشد، همان طور که در صورت قبل گذشت، یا زناى زوجه با کسی دیگر باشد.

طرفداران این دیدگاه از فقها برای اثبات دیدگاه خود به ادله ذیل تمسک کرده‌اند. همان طوری که می‌آید، دو دلیل اول، صلاحیت دلیل بودن را دارا هستند، ولی از دو دلیل آخر فقط می‌توان به عنوان موید استفاده کرد:

- روایت عباد بن صهیب:

«محمد بن الحسن یاسناده، عن محمد بن علی بن محبوب، عن أحمد بن محمد، عن ابن محبوب، عن عباد بن صهیب، عن جعفر بن محمد رضی الله عنه قال: لا بأس أن یمسک الرجل امراته أن رأها تزنی» (حز عاملی، ۱۴۱۵: ۴۳۶/۲۰)؛ ... امام صادق رضی الله عنه فرمود: هیچ اشکالی ندارد که مرد زنش را نگاه دارد هنگامی که ببیند او زنا می‌کند.

روایت از لحاظ سند صحیح است. از لحاظ دلالت نیز مشکلی ندارد؛ زیرا روایت تصریح به حلیت زن به همسرش دارد.

- قاعده «الحرام لا یحرّم الحلال»: علاوه بر ادله فوق، طرفداران دیدگاه مذکور به قاعده «الحرام لا یحرّم الحلال» استناد نموده‌اند (نجفی، ۱۴۲۲: ۸۲۰/۳۰).

- اجماع: شیخ طوسی در کتاب مبسوط، ادعای اجماع مسلمانان را در این مسئله کرده است. البته در ادامه گفته است که حسن بصری با این حکم مخالفت کرده است (طوسی، بی‌تا(ب): ۲۰۲/۴).

- اصل استصحاب: به این صورت که زن قبل از زنا بر شوهرش حلال بوده است؛ بعد از زنا، شک در حرام شدن او بر همسرش می‌شود که به حکم سابق یعنی حلیت تمسک می‌شود (نجفی، ۱۴۲۲: ۸۲۰/۳۰؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۴: ۲۸۲/۳).

از بین چهار دلیل، تنها دلایل اول و دوم از قوت برخوردارند؛ زیرا عده‌ای از فقها،

مخالف دیدگاه اول هستند، بنابراین اجماع معنا ندارد. دلیل استصحاب نیز جزء اصول عملیه است، بنابراین زمانی می‌توان به آن تمسک نمود که اماره‌ای نباشند و با وجود اماره، جای تمسک به آن نیست و به تعبیر مشهور: «الأصل دلیل حیث لا دلیل». البته می‌توان از این دو دلیل به عنوان مؤید استفاده نمود.

۴-۲-۱. دیدگاه دوم: تفصیل

مطابق با این دیدگاه، زناى زن شوهردار یا در حال عده، موجب حرام شدن او به همسرش نمی‌شود. لکن اگر زن شوهردار یا در حال عده، اصرار به زنا داشته باشد، بر شوهرش حرام می‌شود و در این مورد فرقی نیست که زوجه مدخول‌بها یا غیر مدخول‌بها باشد (مفید، ۱۴۱۰: ۵۰۴؛ سلار دیلمی، ۲۰۰۳: ۱۴۹). قائلان این نظریه به ادله ذیل تمسک کرده‌اند:

- روایت فضل بن یونس: فضل بن یونس می‌گوید از امام موسی کاظم علیه السلام دربارهٔ مردی سؤال کردم که با زنی ازدواج می‌کند و قبل از دخول به آن زن، زن زنا می‌کند. امام علیه السلام فرمود:

«بین آن‌ها جدایی انداخته شود و به آن زن حد جاری شود و صدیقی هم به او تعلق نمی‌گیرد» (حرّ عاملی، ۱۴۱۵: ۲۱/۲۳۷).

روایتی هم با همین مضمون توسط سکونی از امام صادق علیه السلام نقل شده است (همان). همان‌گونه که ملاحظه می‌شود، این روایات هرچند به لحاظ سندی صحیح هستند، لکن اصحاب امامیه حتی اخباریان از این روایات اعراض کرده‌اند؛ چنان‌که شیخ حرّ عاملی در ذیل این روایات می‌نویسد: «یمكن حمل التفریق هنا علی استحباب الطلاق» (همان). از طرف دیگر، آنچه که دیدگاه مطرح نموده است - حرمت زن مدخول‌بها به شرط اصرار بر زنا - از روایات برداشت نمی‌شود؛ زیرا منطوق آن‌ها، زوجه غیر مدخول‌بها بدون اشاره به اصرار بر زناست. علاوه بر اینکه مبنای دیدگاه اول، قاعده «الحرام لا یحرم الحلال» است که اخبار زیادی قاعده را تثبیت می‌کنند و روایاتی با این ضعف دلالی، توان معارضه و مقابله با آن‌ها را ندارند.

- مخالفت فایده نکاح با بقای نکاح زانیه: مهم‌ترین فایده نکاح، حفظ تناسل و

مشروعیت آن است. در صورتی که اگر زن شوهردار به زنا عادت کند و مصرّ بر این امر هم باشد، باعث فقدان فایدهٔ نکاح و اختلاط نسب می‌شود.

این دلیل هم با این بیان که «الزانی لا نسب له ولا حرمة له» ردّ می‌شود (عاملی جبعی، ۱۴۱۴: ۳۰۰/۶؛ نجفی، ۱۴۲۲: ۸۲۲/۳۰). بله، تنها یک چیز از این استدلال‌ها برداشت می‌شود و آن اینکه مستحب است شوهر این زن را طلاق دهد؛ خصوصاً زمانی که این امر قبل از دخول اتفاق بیفتد.

با ردّ دیدگاه دوم معلوم شد که قاعدهٔ «الحرام لا یحرّم الحلال» هم در این باب نیز به نحو کامل توسط مشهور فقها پذیرفته شده است.

۲-۴. تأثیر زنا قبل از عقد بر حلال

در صورتی که مردی قرابت نسبی، رضاعی یا سببی با زنی نداشته باشد، اصل بر حلیت آن زن است. لکن زمانی پیش می‌آید که مردی با زنی رابطه زنا داشته است، در این حالت این سؤال مطرح می‌گردد که آیا این رابطه، موجب حرمت نکاح زانی با زانیه می‌شود؟ نکته‌ای که در این رابطه قابل ذکر است اینکه زن دارای دو حالت شوهردار و غیر شوهردار است، لکن آنچه مورد بحث قرار می‌گیرد، تأثیر زنا با زن غیر شوهردار است، اعم از اینکه اصلاً شوهر نداشته یا شوهر داشته ولی به هر علتی همچون طلاق و... فعلاً شوهر ندارد؛ زیرا زنا با زن شوهردار تخصصاً از بحث خارج است، به دلیل اینکه زن وقتی شوهردار باشد، در حقیقت موضوع یا به عبارت دیگر مورد حلالی نیست تا آن حرام روی آن تأثیر بگذارد یا نگذارد. اگر هم فرض شود که آن زن از شوهرش طلاق گرفته باشد و بعد از آن با مردی زنا کند، این مورد هم از مصادیق زنا با زن غیر شوهردار می‌باشد.

با توجه به این توضیحات، اگر کسی با زنی زنا کند که ذات بعل یا ذات عده نیست، سه مسئلهٔ «تأثیر زنا با زن غیر شوهردار نسبت به زانی»، «تأثیر زنا با زن غیر شوهردار نسبت به غیر زانی» و «تأثیر زنا با زن غیر شوهردار مشهوره به زنا» مطرح می‌گردند که هر سه قسم به طور مستقیم با قاعدهٔ «الحرام لا یحرّم الحلال» ارتباط دارند و در ادامه مورد بررسی قرار می‌گیرند:

۱-۲-۴. تأثیر زنا با زن غیر شوهردار نسبت به زانی

در این مسئله این سؤال مطرح می‌گردد که اگر شخص با زنی زنا کند، آیا ازدواج با این زن بر آن زانی حرام می‌شود یا نه؟ در پاسخ به این سؤال، دو دیدگاه توسط فقها مطرح گردیده است:

۱-۱-۲-۴. دیدگاه اول: حرمت زانیه بر زانی

مطابق با این دیدگاه زانیه بر زانی حرام می‌شود، مگر اینکه توبه کنند (طوسی، ۱۳۹۰: ۵۰۵؛ مفید، ۱۴۱۰: ۵۰۴؛ ابوصلاح حلبی، ۱۳۸۷: ۲۸۶؛ ابن بزاج طرابلسی، ۲۰۱۱: ۱۸۸/۲؛ ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷: ۲۳۷-۲۳۸). ملاحظه می‌گردد که این قول قاعده «الحرام لا یحرم الحلال» را در این مصداق جاری نمی‌داند. این دسته از فقها جهت اثبات نظر خود به ادله ذیل تمسک نموده‌اند:

الف- آیات ۳ و ۵ سوره نور: ﴿الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحُرْمٌ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ...﴾ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ؛ «مرد زناکار جز با زن زناکار و مشرک نکاح نمی‌کند و زن زانیه را هم جز مرد زانی و مشرک به نکاح نخواهد گرفت و این کار بر مردان مؤمن حرام است... مگر آن‌هایی که بعد از آن فسق و بهتان به درگاه خدا توبه کنند و در مقام اصلاح عمل خود برآیند، در این صورت خدا البته بسیار آمرزنده و مهربان است». قائلان به این دیدگاه به ظاهر این دو آیه تمسک کرده و اظهار می‌دارند که خداوند جمله خبریه را در این دو آیه به صورت انشایی آورده است و همان گونه که از ظاهر آیه سوم برداشت می‌شود، حکم حرمت است و استثنای موجود در آیه پنجم، شرط برداشتن حکم حرمت را بیان می‌کند (نجفی، ۱۴۲۲: ۵۱۲/۳۰-۵۱۳).

ب- روایت ابوبصیر:

«ابوبصیر می‌گوید از امام علیه السلام راجع به مردی پرسیدم که با زنی زنا کرده بود و سپس قصد ازدواج با او را داشت. امام علیه السلام فرمود: اگر آن زن توبه کند، ازدواج آن مرد با او حلال است. به امام علیه السلام گفتم: چگونه توبه آن زن فهمیده می‌شود؟ امام علیه السلام فرمود: آن زن را دعوت کند به سوی آنچه که آن دو به حرام انجام داده‌اند؛ اگر آن زن امتناع کرد و از پروردگارش استغفار کرد، توبه آن زن را می‌فهمد» (صدوق، بی‌تا: ۴۱۸/۳).

این روایت از طریق مفهوم شرط، دلالت بر حرمت آن زن می‌کند؛ به این صورت که امام علی^{علیه السلام} فرمود: «اگر آن زن توبه کند، ازدواج آن مرد با او حلال است»، مفهوم شرط این جمله آن است که اگر آن زن توبه نکند، ازدواج با آن مرد حرام می‌باشد. روایت عمار بن موسی نیز قریب به همین مضمون می‌باشد (نجفی، ۱۴۲۲: ۵۱۳/۳۰).

د- اجماع: نسبت به حرمت زانیه بر زانی ادعای اجماع شده است. لازم به ذکر است که این اجماع را ابن زهره در غنیه ادعا کرده است (ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷: ۳۳۷-۳۳۸). همان طور که ملاحظه می‌شود، اجماع منقول به خبر واحد است که نقد آن در ذیل خواهد آمد.

ارزیابی دلایل دیدگاه: در رابطه به ادله مطرح توسط دیدگاه اول، این نکات قابل ذکر است:

- به نظر می‌رسد که نتوان به ظاهر آیات مذکور استناد نمود؛ زیرا نصوص متواتری وجود دارند بر اینکه مورد این آیه، مطلق زانیه نیست، بلکه مشهوره به زناست که در مبحث سوم به تفصیل توضیح داده می‌شود. همچنین ظاهر آیه در مقام اخبار است و از آن اراده نهی نمی‌شود. به عبارت دیگر قصد انشاء در جمله خبریه در آیه نهفته نیست؛ زیرا اگر قصد انشاء از جمله خبریه در آیه فهمیده شود و در نتیجه اراده تحریم از آن برداشت شود، لازمه‌اش دو چیز است: یکی اینکه بر مسلم زانی تنها زن مشرک حلال باشد و یا بر مسلم زانیه تنها مرد مشرک حلال باشد، در حالی که هیچ شکی در بطلان این گفته نیست؛ زیرا اجماع وجود دارد که باید بین زوجین کفویت در اسلام باشد. دوم اینکه بر زانی تنها زن زانیه، و بر زانیه تنها مرد زانی حلال باشد، در حالی که بنا بر نظر مشهور فقها، غیر این دو بر زانی و زانیه جایز، لکن مکروه است؛ زیرا فقها ازدواج با فاسق را - که یکی از مصادیقش زانی و زانیه هستند - مکروه می‌دانند.

در مورد روایات نیز باید گفت که استدلال به این روایات مخدوش است؛ زیرا اولاً، مدلول این‌ها معارض شهرت است. ثانیاً، روایاتی در مقابل این دسته از روایات وجود دارند که از لحاظ عدد و صحت سند معتبرند و این روایات توان مقابله با آن‌ها را ندارند. ثالثاً، این روایات مخالف قاعده «الحرام لا یحرّم الحلال» هستند که اعتبار آن به طرق مختلف احراز گردیده است. رابعاً، در هر دو روایت، ضعف سندی وجود دارد؛ زیرا در

روایت اول، ابوبصیر مشترک بین ثقه و غیر ثقه است و نتیجه در این موارد تابع اخس مقدمتین است. علاوه بر این در سند روایت، مشکل قطع نیز وجود دارد (عاملی جبعی، ۱۴۱۴: ۳۴۰/۷). در روایت دوم نیز عمار بن موسی وجود دارد که فطحی مذهب است (طوسی، بی‌تا(الف): ۱۱۷؛ ابن داود حلی، ۱۳۸۳: ۴۸۷) و نمی‌شود به روایت او اعتماد کرد. خامساً، این روایات موافق با مذهب عامه است (ابن رشد اندلسی، ۲۰۱۶: ۳۴۵) که حمل آن‌ها بر تقیه و یا کراهت متّجه است (نجفی، ۱۴۲۲: ۵۱۳/۳۰).

در مورد اجماع نیز باید گفت:

اولاً، این اجماع با توجه به مخالفت کثیری از علما ارزش ندارد.

ثانیاً، وقتی که در عبارت ابن زهره دقت می‌شود، ایشان اجماع را «علی أصل الحلّ فی مقابل ما یحکی من البصری من الحرمة مطلقاً» آورده است (ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷: ۳۳۸). منظور از بصری در عبارت غنیه، حسن بصری است که کشتی در رجالش روایات بسیاری را در مذمت این شخص می‌آورد (طوسی، ۱۴۰۲: ۱۷۴).

ثالثاً، اجماع به صورت منقول به نحو خبر واحد آمده است و همان طور که در اصول آمده است، اجماع منقول به نحو خبر واحد حجت نمی‌باشد (انصاری، ۱۴۲۲: ۱۸۳/۲۴).

۲-۱-۲-۴. دیدگاه دوم: عدم حرمت زانیه بر زانی

مطابق با این دیدگاه - که مشهور فقها به آن قائل‌اند- در صورتی که زانی با زن غیر شوهردار زنا کند، ازدواج با زانیه بر زانی حرام نمی‌شود (علامه حلی، ۱۴۱۶: ۳۲/۳؛ همو، ۱۴۲۲: ۲۷/۲؛ همو، بی‌تا: ۵۱۲؛ محقق حلی، ۱۳۸۹: ۲۲۷/۲؛ همو، ۱۳۶۸: ۲۲۷؛ بحرانی، ۲۰۱۳: ۴۳۵/۲۳؛ طوسی، ۱۴۰۹: ۳۰/۴). به نظر می‌رسد که صدر ماده ۱۰۵۵ ق.م. نیز همین دیدگاه را پذیرفته است. در صدر ماده آمده است:

«نزدیکی به شبهه و زنا اگر سابق بر نکاح باشد، از حیث مانعیت نکاح، در حکم نزدیکی با نکاح صحیح است...».

یعنی اگر مردی با زنی به شبهه یا زنا نزدیکی کند، نمی‌تواند با خویشان نسبی او، در حدود مذکور (مثلاً با دختر یا مادر بزرگ او) ازدواج کند (صفایی، ۱۳۸۰: ۱۱۵؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸: ۷۴-۷۵). با این بیان، این مفهوم از ماده برداشت می‌شود که قانون‌گذار

تنها حرمت ازدواج را به اقربای سببی چه از طریق نکاح صحیح یا زنا می‌داند، اما نسبت به ازدواج زانیه با زانی به صورت ضمنی حلیت را قائل است.

ممکن است اشکال شود که قانون‌گذار در مورد مانعیت زنا سابق بر عقد، از عقد زانی با زانیه، سکوت کرده است و چه بسا این سکوت دال بر این مطلب باشد که زنا سابق بر عقد، مانع از صحت عقد باشد. شاهد بر این مدعا هم این است که قانون‌گذار با جمله «ولی مبطل نکاح سابق نیست»، به صراحت عدم مانعیت زنا بعد از عقد را بیان داشته و گویا حرمت ازدواج با زن زانیه را قبل از عقد مفروض گذاشته است.

در پاسخ به این اشکال باید گفته شود: اولاً، غالباً رویه قانون‌گذار در قانون مدنی، بیان قول مشهور می‌باشد. قول مشهور هم در این رابطه، جواز ازدواج با زانیه قبل از عقد است. ثانیاً، همان طور که در این مسئله بیان شد، ما در بین فقها قائل به حرمت به طور مطلق نداریم؛ چرا که طبق دیدگاه اول، حرمت از طریق توبه برداشته می‌شود. لذا نمی‌شود گفت که قانون‌گذار به طور مطلق قائل به حرمت می‌باشد. ثالثاً، از اینکه قانون‌گذار سکوت کرده، باید اصل را بر حلیت بنا نهاد، نه حرمت. شاهد این مطلب آن است که قانون‌گذار اصلاً اشاره‌ای به قید توبه و یا غیر توبه نکرده است؛ لذا به طور ضمنی قول مشهور را اخذ کرده است.

این دیدگاه برای اثبات نظر خود به ادله ذیل استناد نموده است:

- شهرت: شهرت عظیمه فقها موافق با این قول است. چنان که گفته شد، فقط چند تن از قدمای فقهای امامیه خلاف این قول فتوا داده‌اند. البته این دلیل پذیرفتنی نیست؛ چرا که مراد از شهرت، شهرت فتواییه می‌باشد و شهرت فتواییه حجت نیست (انصاری، ۱۴۲۲: ۲۴/۲۳۱).

- قاعده «الحرام لا یحرّم الحلال»: یکی از بارزترین مصادیق قاعده «الحرام لا یحرّم الحلال» را باید این مورد دانست.

- روایات: روایات بسیاری دلالت بر این قول می‌کنند که به لحاظ تعداد، زیاد و از لحاظ سند، برخی از آن‌ها صحیح‌اند؛ از جمله صحیح حلبی (حز عاملی، ۱۴۱۵: ۲۰/۴۳۴)^۱،

۱. صحیح حلبی از امام صادق علیه السلام در مورد مردی که با زنی زنا کند، سپس قصد کند که با او به صورت حلال ازدواج کند. امام علیه السلام فرمود: اول آن عمل قبیح و آخرش حلال

خبر ابوبصیر (همان: ۴۳۳/۲۰)،^۱ خبر زراره (همان: ۴۳۵/۲۰)^۲ و خبر هاشم بن المثنی (همان: ۴۳۵/۲۰).^۳ همان گونه که ملاحظه می‌شود، فقط به روایت اول، صحیح و به بقیه عنوان خبر اطلاق گردید؛ زیرا در بقیه روایات، ضعف سند و وجود دارد، لکن چون مدلول آن‌ها به وسیله روایت اول و قاعده «الحرام لا یحرم الحلال» تأیید می‌شود، از آن‌ها می‌توان به عنوان مؤید استفاده نمود که به خاطر پرهیز از اطالة کلام، از بحث رجالی آن‌ها چشم‌پوشی می‌شود.

- اجماع: شیخ طوسی در کتاب خلاف نسبت به این دیدگاه، ادعای اجماع می‌کند (طوسی، ۱۴۰۹: ۳۰۰/۴). البته این اجماع با وجود مخالفت‌هایی که از طرف علمای دیگر شده است، نمی‌تواند مورد قبول باشد. بر این اساس با توجه به ادله مذکور (قاعده و روایات)، باید دیدگاه مشهور را صحیح دانست.

۲-۲-۴. تأثیر زنا با زن غیر شوهردار نسبت به غیر زانی

مسئله دوم ازدواج مرد غیر زانی با زن زانیه است. در این رابطه نیز دو دیدگاه مطرح گردیده است:

۱-۲-۲-۴. دیدگاه اول: حرمت ازدواج زانیه با غیر زانی

مطابق این دیدگاه، زانی یا زانیه نمی‌توانند ازدواج کنند، مگر اینکه توبه کنند^۴ (صدوق، ۱۴۱۸: ۳۰۶؛ ابوصلاح حلبی، ۱۳۸۷: ۲۸۶). از اطلاق کلام اینان، حرمت ازدواج غیر زانی با زانیه نیز برداشت می‌شود.

تنها دلیلی که این دیدگاه به آن استناد می‌نماید، ظاهر آیات ۳ و ۵ سوره نور است. لکن در ردّ این استدلال باید گفت که از آیه، اراده خبر شده است نه نهی. پس معنای آیه این است که مرد زانی (یعنی فاسق خبیث که شائش زناست)، رغبت به نکاح نساء صالحه (که خلاف صفت اویند) ندارند و تنها میل به زن خبیث هم‌صنف خودش یا زن

۱. خبر ابوبصیر از امام علیه السلام که دقیقاً به همان مضمون، روایتی از حلبی نقل شده است.

۲. خبر زراره از ابوجعفر علیه السلام که فرمود: اگر مردی با زنی زنا کند و بعد با او ازدواج کند این ازدواجش بی‌اشکال است....

۳. خبر هاشم بن المثنی که دقیقاً به همان مضمون روایت زراره آمده است.

۴. «قال صدوق: ولا یتزوج الزانیة ولا یتزوج الزانی حتی یعرف منهما التوبة...».

مشرکه‌ای دارد که در خبثت نزدیک به اوست. زنان زانیه نیز همین وضعیت را دارند. پس مراد این آیه، خبر دادن در مورد افرادی است که ألفت و تمایل به هم‌صنف خودشان دارند، نه اینکه آیه بخواهد این حکم را انشاء کند که بر زانی ازدواج کردن حرام است مگر با زانیه و مشرکه. علامه طباطبایی در ذیل آیه ۳ سوره نور می‌نویسد: «مفسران در معنای آیه، مشاجرات طولانی و اقوال مختلفی دارند...». سپس ایشان این نوع برداشت از آیه را یکی از احتمالات بیان می‌دارد (طباطبایی، ۱۴۰۲: ۱۱۵/۱۵).

۲-۲-۴. دیدگاه دوم: جواز ازدواج غیر زانی با زانیه

مطابق این دیدگاه، ازدواج مرد غیر زانی با زانیه به طریق اولی جایز است (عاملی جبعی، ۱۴۲۲: ۲۹۷/۶-۲۹۸)؛ یعنی وقتی که ازدواج زانی با زانیه در فرع قبلی صحیح باشد، به طریق اولی، ازدواج غیر زانی با زانیه جایز و حلال می‌باشد. این دیدگاه علاوه بر استناد به شهرت و قاعدة «الحرام لا یحرّم الحلال»، به روایات بسیاری از جمله روایت زراره (طوسی، ۱۴۱۴: ۳۳۱/۷)، روایت علی بن یقظین (همان: ۲۵۳/۷)، روایت عمار (حرّ عاملی، ۱۴۱۵: ۴۳۷/۲۰) و عبدالله بن جعفر (همان: ۴۳۸/۲۰) استناد نموده‌اند.

در رابطه با ادله دیدگاه دوم باید گفت همان گونه که قبلاً نیز مطرح گردید، قاعدة «الحرام لا یحرّم الحلال» از لحاظ سند و مدلول تام بوده، بنابراین مطابق با عموم آن، ازدواج غیر زانی با زانیه حلال است. در رابطه با روایات نیز باید گفت که روایات اول و آخر، از لحاظ سندی مشکلی ندارند و روایات دوم و سوم نیز که از نظر سندی ایراد دارند، می‌توان از آن‌ها به عنوان مؤید استفاده نمود. از سوی دیگر، روایات از لحاظ مدلول نیز تام می‌باشند، بنابراین باید دیدگاه دوم را دیدگاه صحیح دانست.

۳-۲-۴. تأثیر زنا با زن غیر شوهردار مشهور به زنا

در صورتی که زنی مشهور به زنا باشد، به اجماع فقها ازدواج کردن با او مشکلی ندارد و فقط کراهت دارد و احدی با این قول مخالفت نکرده است. عبارت محقق حلّی که می‌گوید: «وکذا لو کانت مشهورهً بالزنا»، بر همین قول دلالت می‌کند و احدی از کسانی که شرح بر این عبارت زده‌اند و بسیاری از فقها، اشاره‌ای به قول خلاف

نکرده‌اند (عاملی جبعی، ۱۴۱۴: ۷/۳۴۲-۳۴۱؛ نجفی، ۱۴۲۲: ۳۰/۸۱۹-۸۲۰). حتی اخباری‌ها نیز موافق این دیدگاه هستند؛ چنان که شیخ حرّ عاملی بابتی را در *وسائل الشیعه* با عنوان «باب کراهة تزویج الزانیة والزانی إذا كانا مشهورین بالزنا إلا بعد التوبة» آورده است (حرّ عاملی، ۱۴۱۵: ۲۰/۴۳۸-۴۴۰) و همان گونه که می‌دانیم، انتخاب عنوان باب توسط شیخ حرّ عاملی، به معنای فتوای ایشان نسبت به آن مسئله است. تنها مشکل این قول، وجود حدوداً ۱۰ روایت است که در تفسیر آیات ۳ و ۵ سوره نور آمده است و در همه آن‌ها دو وجه اشتراک وجود دارد:

- این آیات را مخصوص مشهور به زنا دانسته‌اند.

- به صورت صریح، نهی از ازدواج با مشهوره به زنا کرده‌اند و همان گونه که در اصول آمده است، نهی دلالت بر حرمت تکلیفی می‌کند.

از جمله این روایات، روایت زراره (صدوق، بی‌تا: ۳/۴۱۵)^۱، خبر حکم بن حکیم (حرّ عاملی، ۱۴۱۵: ۲۰/۴۳۹) و روایت سید مرتضی (همان: ۲۰/۴۴۰)^۲ است.

همان گونه که ملاحظه می‌شود، این روایات دلالت بر حرمت تکلیفی دارند، اما احدی از علما به مضمونشان عمل نکرده است و نهی در این روایات را یا حمل بر کراهت کرده‌اند؛ چنان که مجلسی دوم در *مرآة العقول* به این مطلب اذعان کرده است (مجلسی دوم، ۱۴۰۴: ۲۰/۶۰) و یا حمل بر تقیه کرده‌اند؛ چنان که شیخ حرّ عاملی در *وسائل* (حرّ عاملی، ۱۴۱۵: ۲۰/۴۴۰) برای توجیه این روایات، به این امر تمسک کرده است. ارزیابی نهایی: همان گونه که ملاحظه گردید، در هر سه مسئله زنا با زن غیر شوهردار

۱. زراره می‌گوید: از امام صادق علیه السلام نسبت به قول خداوند در آیات ۳ و ۵ سوره نور سؤال کردم. امام فرمود: «آن‌ها زنان و مردانی هستند که مشهور به زنا بودند که به این امر شهرت پیدا کرده و معروف شده‌اند و امروز مردم بر آن حکم‌اند؛ پس کسی که بر او حد زنا اقامه شود یا مشهور به زنا بوده باشد، شایسته نیست بر کسی که با او ازدواج کند تا اینکه توبه او را بدانند».

۲. خبر حکم بن حکیم از امام صادق علیه السلام در رابطه با قول خداوند تبارک و تعالی: «وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ» امام علیه السلام فرمود: «این حکم فقط برای زنا آشکار است». سپس فرمود: «اگر انسانی زنا کند، سپس توبه کند، ازدواج کند با هر کسی که می‌خواهد».

۳. به نقل از *رسالة المحکم و المتشابه* از سید مرتضی در تفسیر آیه مذکور که امام علی علیه السلام فرمود: «این آیه نسبت به زنانی نازل شده است که در مکه معروف به زنا بودند، از جمله آن‌ها ساره و خثیه و رباب، که خداوند نکاح با این‌ها و هر کسی را که مثل این‌هاست، حرام کرده است».

نسبت به زانی، نسبت به غیر زانی و زن مشهوره به زنا، مشهور فقها قائل به جاری شدن قاعده «الحرام لا یحرّم الحلال» در آن‌ها بوده، در نتیجه قائل به حلّیت ازدواج با زانیه شده‌اند و تنها عده قلیلی از فقها، این قاعده را - آن‌هم در برخی از مصادیق- مورد قبول ندانسته‌اند که با نقد و ردّ قول آن‌ها، ضعف عدم تمسکشان به قاعده ظاهر گردید.

نتیجه‌گیری

با توجه به رویکرد استنباطی مورد قبول در فروعاً مطروحه، ماهیت قاعده «الحرام لا یحرّم الحلال» نسبت به تأثیر زنا در باب نکاح، نتایج زیر به دست آمد:

- تأثیر زنا بعد از عقد، به دو قسم تأثیر زنا یا غیر زوج بر زوجه و تأثیر زنا یا غیر زوج بر زن یا در حال عده بر عقد زوج تقسیم گردید که نسبت به هر دو قسم، قاعده جاری می‌شود و اطلاق ماده ۱۰۵۵ ق.م. نیز محل اجرای قاعده را تأیید می‌کند.

- تأثیر زنا قبل از عقد نیز به دو قسم زنا با زانیه شوهردار یا غیر شوهردار تقسیم شد که قاعده در قسم اول جاری نمی‌شود؛ زیرا قسم اول - یعنی صورتی که زانیه شوهردار باشد- خارج از صدر قاعده «الحرام لا یحرّم الحلال» است. قسم دوم آن - یعنی صورتی که زانیه غیر شوهردار باشد- به سه قسم تأثیر زنا با زن غیر شوهردار نسبت به زانی، تأثیر زنا با زن غیر شوهردار نسبت به غیر زانی و تأثیر زنا با زن غیر شوهردار مشهوره به زنا تقسیم شد. همان‌گونه که گفته شد، به تبعیت از قول مشهور، تمام این سه قسم بر زانی یا غیر زانی حلال بوده، در نهایت می‌توان از لحاظ تکلیفی قائل به کراهت شد. این حلّیت علاوه بر ادله مخصوص به خود، در عموم قاعده «الحرام لا یحرّم الحلال» داخل بوده و تحت صورت ثالثه یعنی حلال شأنی قرار می‌گیرد. از طریق مفهوم‌گیری که از ماده ۱۰۵۵ ق.م. شد، قسم دوم با تمام اقسامش، که به تعبیری اجرای قاعده را قبول دارند، مورد پذیرش قرار گرفت.

کتاب شناسی

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، *کفایة الاصول*، قم، ذوی القربی، ۱۳۸۸ ش.
۲. ابن براج طرابلسی، قاضی عبدالعزیز بن نحریر، *المهذب*، چاپ دوم، بیروت، مطبعة حلبی، ۲۰۱۱ م.
۳. ابن حمزه طوسی، محمد بن علی، *الوسيلة الى نيل الفضيلة*، قم، کتابخانه آية الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۸ ق.
۴. ابن داود حلبی، تقی الدین حسن بن علی، *کتاب الرجال*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۳ ق.
۵. ابن زهره حلبی، سیدحمزة بن علی حسینی، *غنية النزوع الى علمی الاصول والفروع*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۶. ابن فارس، ابوالحسین احمد، *معجم مقاییس اللغة*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۴ ق.
۷. ابوصلاح حلبی، تقی الدین بن نجم الدین، *الکافی فی الفقه*، قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۷ ش.
۸. انصاری، مرتضی بن محمدامین، *فرائد الاصول*، چاپ دوم، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۲ ق.
۹. بحرانی، یوسف بن احمد، *الحقائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، بیروت، دار الاضواء، ۲۰۱۳ م.
۱۰. ترحینی عاملی، سیدمحمدحسن، *الزبدة الفقهية فی شرح الروضة الدمشقية*، چاپ چهارم، قم، ذوی القربی، ۱۳۸۰ ش.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *حقوق خانواده*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۶۸ ش.
۱۲. جوادی آملی، عبدالله، *درس خارج فقه*، ۱۳۹۵/۱۲/۳، در وبگاه بنیاد اسراء، کد خبر ۲۳۷۱۷۶۳.
۱۳. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعة الى تحصیل مسائل الشریعة*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۵ ق.
۱۴. حسینی سیستانی، سیدعلی، *منهاج الصالحین*، بیروت، دار المورخ العربی، ۱۴۱۷ ق.
۱۵. دیانی، عبدالرسول، *حقوق خانواده*، تهران، میزان، ۱۳۸۷ ش.
۱۶. زارعی سبزواری، عباس علی، *القواعد الفقهية فی فقه الامامیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۳۲ ق.
۱۷. سلار دلمی، ابویعلی حمزة بن عبدالعزیز، *المراسم العلوية و الاحکام النبویه*، بیروت، دار الفکر، ۲۰۰۳ م.
۱۸. شبیری زنجانی، سیدموسی، *کتاب نکاح*، چاپ دوم، قم، رای پرداز، ۱۴۱۹ ق.
۱۹. شیروی، عبدالحسین، *حقوق خانواده*، چاپ سوم، تهران، سمت، ۱۳۹۶ ش.
۲۰. صاحب بن عباد، ابوالقاسم اسماعیل، *المحیط فی اللغة*، بیروت، عالم الکتاب، ۱۴۱۴ ق.
۲۱. صدر، سیدمحمدباقر، *الدروس فی علم الاصول*، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۹ ش.
۲۲. صدوق، محمد بن علی بن حسین بن موسی بن بابویه قمی، *المقنع*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸ ق.
۲۳. همو، من لایحضره الفقیه، چاپ دوم، قم، جامعه مدرسین، بی تا.
۲۴. صفایی، سیدحسین و اسدالله امامی، *مختصر حقوق خانواده*، چاپ چهارم، تهران، دادگستر، ۱۳۸۰ ش.
۲۵. طباطبایی، سیدمحمدحسین، *تفسیر المیزان*، ترجمه سیدمحمدباقر موسوی همدانی، چاپ پنجم، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۰۲ ق.
۲۶. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، *العروة الوثقی*، چاپ دوم، بیروت، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، ۱۴۰۹ ق.
۲۷. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *اختیار معرفة الرجال المعروف برجال الکشی*، چاپ دوم، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۸۲ ش.
۲۸. همو، *الاستبصار فیما اختلف من الاخبار*، بیروت، دار الاضواء، ۱۴۳۲ ق.
۲۹. همو، *الفهرست*، مشهد، چاپخانه خیام، ۱۴۰۲ ق.

۳۰. همو، *الفهرست*، نجف، المكتبة الرضويه، بی تا. (الف)

۳۱. همو، *المبسوط فی فقه الامامیه*، قم، المكتبة المرتضوية، بی تا. (ب)

۳۲. همو، *النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوى*، بیروت، دار الكتاب العربی، ۱۳۹۰ ق.

۳۳. همو، *تهذیب الاحکام*، بیروت، دار الاضواء، ۱۴۱۴ ق.

۳۴. همو، *رجال الطوسی*، قم، منشورات الرضی، ۱۳۸۱ ق.

۳۵. همو، *کتاب الخلاف*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات، ۱۴۰۹ ق.

۳۶. عاملی جبعی (شهید ثانی)، *زین الدین بن علی، مسالك الافهام فی شرح شرائع الاسلام*، تهران، فروردین، ۱۴۱۴ ق.

۳۷. علامه حلّی، *جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، ارشاد الازهمن الی احکام الایمان*، قم، مؤسسه الامام الصادق علیه السلام، ۱۴۲۲ ق.

۳۸. همو، *تبصرة المتعلمین فی احکام الدین*، تهران، اسلامیه، بی تا.

۳۹. همو، *خلاصة الاقوال فی معرفة احوال الرجال*، چاپ دوم، نجف، المطبعة الحیدریه، ۱۳۸۱ ق.

۴۰. همو، *قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.

۴۱. همو، *مختلف الشیعة فی احکام الشریعه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۵ ق.

۴۲. کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی (خانواده)*، چاپ چهارم، تهران، چاپخانه بهمن، ۱۳۷۵ ش.

۴۳. همو، *دوره مقدماتی حقوق خانواده*، تهران، یلدا، ۱۳۷۵ ش.

۴۴. همو، *قانون مدنی در نظم حقوق کنونی*، چاپ دوم، تهران، دادگستر، ۱۳۷۷ ش.

۴۵. کرکی عاملی، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، بیروت، دار الکتب العربیه، ۱۴۲۹ ق.

۴۶. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، *الکافی*، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.

۴۷. لطفی، اسدالله، *حقوق خانواده*، تهران، خرسندی، ۱۳۸۸ ش.

۴۸. مجلسی اول، محمدتقی، *روضه المتقین فی شرح من لایحضره الفقیه*، چاپ دوم، قم، کوشانبور، ۱۴۰۶ ق.

۴۹. مجلسی دوم، محمدباقر بن محمدتقی، *الوجیزة فی علم الرجال*، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۲۰ ق.

۵۰. همو، *مرآة العقول فی شرح اخبار آل الرسول*، تحقیق سیدهاشم رسولی محلاتی، چاپ دوم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۴ ق.

۵۱. محقق حلّی، نجم الدین جعفر بن حسن هذلی، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، چاپ دوم، تهران، خرسندی، ۱۳۸۹ ش.

۵۲. همو، *مختصر النافع*، ترجمه محمدتقی دانش پژوه، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۶۸ ش.

۵۳. مظفر، محمدرضا، *اصول الفقه*، چاپ پنجم، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۴ ش.

۵۴. مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری بغدادی، *المقنعه*، قم، دفتر انتشارات، ۱۴۱۰ ق.

۵۵. موسوی خمینی، سیدروح الله، *تحریر الوسیله*، چاپ چهارم، تهران، مکتبه الاعتماد، ۱۴۰۳ ق.

۵۶. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن، *جامع الشتات فی اجوبة السؤالات*، تهران، کیهان، ۱۴۱۳ ق.

۵۷. نجاشی، ابوالعباس احمد بن علی، *رجال النجاشی*، بیروت، دار الاضواء، ۱۴۰۸ ق.

۵۸. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ پنجم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۲ ق.

۵۹. نراقی، احمد بن محمد مهدی، *مستند الشیعة فی احکام الشریعه*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۲۹ ق.

اعتبارسنجی اماره کارت خودرو در اثبات مالکیت

تحلیل فقهی و حقوقی

درباره تعارض امارات و دلایل در مالکیت خودرو)*

- سیداحمد میرخیلی^۱
- اردوان ارژنگ^۲
- نصرالله جعفری^۳
- مجید قاسمیان مزار^۴

چکیده

مالکیت خودرو با ادله گوناگونی قابل اثبات می‌باشد. تعارض بین این ادله، محتمل و ممکن است. تعارض اسناد رسمی یا عادی با امارات یا با یکدیگر، گونه‌هایی از این تعارض هستند. در تعارض اسناد با امارات (اماره تصرف)، در فرض وحدت زمان، به دلایل اثباتی از قبیل دلالت سند و دلایل سلبی مانند ناسازگاری فرض مخالف با قواعد، سند مقدم است. در فرض عدم وحدت زمان، جمعی به سبب اعتبار مطلق اماره، آن را ترجیح می‌دهند. ترجیح سند در

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۴/۱۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۱/۱۹.

۱. استادیار دانشگاه میبد (mirkhalili@meybod.ac.ir).

۲. دانشیار دانشگاه میبد (arzhang1345@gmail.com).

۳. استادیار دانشگاه میبد (nasrjafari@gmail.com).

۴. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه میبد (نویسنده مسئول) (majid.ghasemian@yahoo.com).

همین فرض، مستظهر به ادله فرض پیشین است. نقاش و نقار در ادله سند دانستن کارت سبز خودرو، ما را به این نتیجه رساند که بخشی (بخش دال بر مالکیت پلاک) را که پلیس قانوناً و منحصرأ مجوز تنظیم آن را دارد، سند رسمی تلقی نماییم و بخش دیگر (بخش حاکی مالکیت خودرو) را سند رسمی ندانیم. اما به استناد قاعده غلبه - به مثابه مبنای اعتبار یافتن امارات - و به دلیل عدم انحصار امارات در موارد مشخص و شناخته شده پیشین، کارت سبز را اماره دانستیم؛ اماره‌ای قوی و عقلایی که قدرت و قوت خود را مرهون اغلب موارد و رفتار غالب متعاملین است و دال بر نقل و انتقال مالکیت خودرو می‌باشد. البته مانند هر دلیل یا اماره دیگر، راه اثبات خلاف آن بسته نیست.

واژگان کلیدی: تعارض، اسناد، اماره تصرف، کارت سبز، خودرو.

۱. مقدمه

خودرو که در زمره اموال منقول قرار می‌گیرد، از ابتدای تولید دارای سند رسمی مالکیت می‌باشد. انتقال این وسیله از مالک اول به دیگران و انتقالات بعدی ممکن است با انتقال سند رسمی در دفاتر اسناد رسمی یا تنظیم قولنامه و یا صرفاً با تسلیم به مالک جدید و تصرف وی صورت پذیرد. مردم گاهی نیز با تعویض پلاک خودرو مستندی بر مالکیت خویش فراهم می‌نمایند. از همین رو، تعدد مستند مالکیت خودرو رخ می‌نماید. در پی این تعدد، گاه تعارض و اختلاف در مالکیت خودرو پدیدار می‌شود. از سوی دیگر به جهت اینکه هر وسیله نقلیه‌ای، سابقه ثبت رسمی دارد، شناسایی و توقیف آن به عنوان اموال بدهکار از سوی طلبکاران با اقبال مواجه می‌شود. این امر نیز در بسیاری موارد، منجر به طرح دعوای اعتراض ثالث از ناحیه مدعیان مالکیت وسیله توقیف شده که گاهی مستند آنان سند رسمی مالکیت، کارت سبز خودرو، سند عادی و... است، می‌شود. پیچیدگی کار آنگاه بیشتر رخ می‌نماید که سند رسمی دال بر مالکیت یک فرد، اما برگ سبز خودرو حاکی از مالکیت دیگری است و از قضا خودرو در تصرف شخص سومی بوده و هر یک ادعای مالکیت خودرو را دارد. در چنین مواردی که ادله مالکیت با یکدیگر تعارض نموده‌اند، بایسته است به جایگاه هر یک از ادله مالکیت و چرایی ارجحیت هر کدام در موضوع خودرو پرداخته شود.

۲. شناخت مفاهیم

۱-۲. تعارض

۱-۱-۲. معنای لغوی

واژه تعارض، مصدر باب تفاعل و از بُن «عرض» مشتق شده است. عرض به معنای ظهور و اظهار می‌باشد (قرشی، ۱۳۵۴: ۳۲۳/۴). آنگاه که دو یا چند دلیل متعارض در مقابل یکدیگر قرار می‌گیرند، گویا در برابر هم اظهار وجود می‌کنند. عرض علاوه بر معنای اظهار و ابراز، معنای دیگری نیز دارد و آن، عرض در برابر طول است (همان؛ ابن منظور، ۱۴۲۶: ۳/۲۵۷۰). دو یا چند دلیل، گاهی در طول و گاهی در عرض یکدیگر قرار دارند. در باب تعارض ادله، دلایل متعارض باید در عرض هم باشند. یعنی از لحاظ اهمیت، دارای یک سطح و یک مرتبه باشند و در صورتی که آن‌ها در طول هم باشند، تعارض رخ نمی‌دهد (خطیبی قمی، ۱۳۹۳: ۲۸؛ حیدری، ۱۳۸۷: ۴۸۲).

۲-۱-۲. معنای اصطلاحی

از نظر اصطلاحی (دانش‌واژه)، شیخ انصاری تعارض را به ناسازگاری مدلول و مفهوم دو دلیل به گونه تناقض یا تضاد، تعریف می‌کند (انصاری، ۱۴۲۴: ۱۱/۴). تعریف آخوند خراسانی از تعارض، قیود بیشتری دارد:

«تعارض، تنافی دو یا چند دلیل بر حسب دلالت و مقام اثبات به گونه تناقض یا به گونه تضاد حقیقی یا تضاد عارضی است» (آخوند خراسانی، ۱۴۱۵: ۴۹۶).

گویی مراد این است که تعارض از اوصاف دلیل است، نه مدلول و مفاد دلیل؛ بدین صورت که موارد جمع عرفی (ورود، حکومت، تخصیص، تخصص و تقيید) از شمول تعارض خارج است؛ چرا که در این موارد، بین مدلول و مفاد ادله، تنافی برقرار است، اما از حیث مقام اثبات، حکایت و دلالت، تمنع و تکاذب نیست. بلکه بعضی قرینه بر سعه و ضیق مدلول دلیل دیگر خواهند بود (کریمی، ۱۳۷۵: ۱۴۹). برخی نیز معتقدند که معارضه و منافات بین دو یا چند دلیل زمانی واقع می‌شود که مکلف در چگونگی جمع بین آن‌ها خود را ناتوان ببیند. در غیر این صورت، تعارض هم به وجود

نمی‌آید و از همین جهت است که در نسبت ورود، حکومت، تخصیص و تقیید، تعارض رخ نمی‌دهد؛ چرا که راه جمع باز است (فیض، ۱۳۸۳: ۲۱۰). برخی حقوق‌دانان در تعریف تعارض، عدم امکان جمع را ملاک قرار داده‌اند:

«هر گاه مدلول دو دلیل غیر قابل جمع باشند، حالت بین این دو دلیل را تعارض دو دلیل می‌نامند» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۳: ۱۶۱).

۳-۱-۲. شرایط تعارض

دانشوران برای تحقق تعارض واقعی، شرایطی را لازم می‌دانند که بدون حتی یکی از این شرایط، تعارض رخ نخواهد داد:

۱- یکی از دو دلیل یا هر دوی آن‌ها قطعی نباشند؛ زیرا اگر یکی از آن دو قطعی باشد، معلوم می‌شود که دیگری مظنون است و مظنون، توان مقابله با قطعی را ندارد. اما اینکه چرا شرط است که هر دو قطعی نباشند، از آن روست که قطع یافتن به دو امر منافی، محال و ناشدنی است (مظفر، ۱۳۸۶: ۱۹۳/۲). به بیان دیگر محال است که دو دلیل قطعی باشند و با یکدیگر تعارض کنند (میرزای قمی، بی‌تا: ۲۷۱/۲؛ انصاری: ۱۴۲۴: ۷۵۲).

۲- ملاک و مبنای اعتبار و حجیت دو دلیل، وجود و پیدایش ظن فعلی^۱ نباشد؛ زیرا حصول ظن فعلی به متکاذبین محال است (مظفر، ۱۳۸۶: ۱۹۳/۲). پس باید در حجیت هر دو یا یکی از آن‌ها، ظن شأنی^۲ ملاک باشد یا به عبارت دیگر دست‌کم در حجیت یکی از ادله متعارض، ظن نوعی و شانی ملاک باشد؛ چرا که اجتماع دو ظن فعلی به دو امر متنافی، ناشدنی و محال است (همان: ۲۱۱/۲).

۳- مدلول دو دلیل متنافی باشند و دو دلیل یکدیگر را تکذیب کنند، به گونه‌ای که صدق هر دو محال باشد. تنافی، یا به گونه‌ی تناقض (نسبت سلب و ایجاب به نحوی که اجتماع آن‌ها شدنی باشد و نه ارتفاعشان) است و یا به گونه‌ی تضاد (مدلول دو دلیل، جمع ناشونده و مغایر باشند). طبیعی است که این تنافی زمانی واقع می‌شود که ادله بر تحقق مدلول خود در زمان واحد دلالت کنند، نه اینکه یک دلیل بر امری در زمان

۱. ظن فعلی: ظنی است که در شخص به فعلیت رسیده و نفس شخص متصف به حالت ظن است.
 ۲. ظن شأنی: مقابل ظن فعلی است که نفس شخص به صفت ظن متصف نشده است؛ به بیان دیگر، ظنی که بالفعل در شخص وجود ندارد.

گذشته و دلیل دیگر بر وقوع آن امر در زمان حال دلالت نماید (همان).

۴- هر دو دلیل باید دارای شرایط حجیت باشند. به این صورت که اگر فقط یکی وجود داشته باشد - و نه آن دیگری-، و اگر در واقع معارضی نداشته باشد، عمل به آن الزامی باشد؛ زیرا اگر یکی از آن دو دلیل فی نفسه دارای حجیت نباشد، قدرت معارضه را ندارد. به بیان دیگر، هر یک از دو اماره بتواند مستقلاً مستند و دلیل یک حکم فقهی قرار گیرد، وگرنه اماره‌ای که فاقد حجیت برای استنباط حکم شرعی باشد، نمی‌تواند طرف معارضه باشد (کازمی خراسانی، ۱۴۰۹: ۷۰۳/۴؛ مظفر، ۱۳۸۶: ۱۸۷/۲)، یا مانند سند عادی جعلی، که حتی اگر معارضه‌ای نباشد، فاقد حجیت و ارزش است. این سند در زمان تعارض، نمی‌تواند تکذیب‌کننده چیزی که حجیت دارد، باشد.

۵- شرط دیگر تعارض، وحدت موضوع است. یعنی احکام متعارضی که از دو دلیل قابل استنباط است، درباره یک موضوع، و قلمرو شمول آن دو بر هم منطبق باشد. بنابراین در مواردی که دو دلیل به دو موضوع متمایز برمی‌گردد، تعارضی نیست (حیدری، ۱۳۸۷: ۲۳۶)؛ مثلاً میان ادله اجتهادی و اصول عملی هیچ‌گاه تعارض پیش نمی‌آید.

۲-۲. دلیل

از نگاه واژه‌شناسان، دلیل واژه‌ای عربی و از ریشه «دل» بوده و به معنای هر چیزی است که شخص را به سوی امری رهنمون کند و به معانی اثبات، برهان، حجت، جهت، راهنما، رهبر، رهنمون، سبب، طریق، گواه، مرشد و نشانه آمده است (ابن منظور، ۱۴۲۶: ۳۹۴/۲؛ دهخدا، ۱۳۷۷: ۹۷۳۵/۷؛ عمید، ۱۳۹۰: ۷۴/۱؛ معین، ۱۳۸۸: ۸۸/۲) و در اصطلاح علوم مختلف، تعاریف گوناگونی از آن ارائه شده است. در اصطلاح اصولی، دلیل آن چیزی است که به وسیله آن بتوان به مطلوب رسید؛ یعنی آنچه که برای اثبات حکم و توصل به مطلوب به کار رود (تهانوی، ۱۴۱۲: ۵۵۶/۱). قانون‌گذار در ماده ۱۹۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، دلیل را این‌گونه تعریف می‌کند:

«دلیل عبارت از امری است که اصحاب دعوی برای اثبات دعوی یا دفاع از دعوی به آن استناد می‌نمایند».

گویی این تعریف، برکنار از نقد نیست؛ چرا که قابلیت استناد به دلیل برای اثبات یا دفاع از دعوی، فقط مختص به طرفین دعوی - مدعی و مدعی علیه - نیست؛ زیرا منطق حقوقی اقتضا می‌کند که اشخاص دیگری همچون داور، کارشناس، دادرس و شخص ثالث نیز توانایی استناد به دلیل را دارا باشند؛ مثلاً کارشناس برای تأیید دیدگاه کارشناسی خویش، باید با توجه به ضرورت مستند و مستدل بودن نظرات کارشناسان و اتکای آنان به دلیلی که موجب حصول نظر در ایشان می‌شود، در برگه تحریر نظریه خود در آن خصوص استناد بنماید. دادرس نیز حسب مورد، وفق اصل ۱۶۷ قانون اساسی و مواد ۳ و ۱۹۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی به این امر دست می‌زند. اشکال دیگر این تعریف آن است که دامنه استفاده از ادله اثبات دعوی، منحصر به زمان و مقام دعوی شده است، در صورتی که ادله اثبات دعوی برای اثبات حق هم به کار می‌روند و در هر حال حتی اگر اختلاف و دعویایی هم در بین نباشد، قابلیت اثبات خود را از دست نخواهند داد (کریمی، ۱۳۸۶: ۶۲). لذا به نظر می‌رسد این تعریف قانونی کامل نبوده و اصلاح آن ضرورت دارد.

عده‌ای از حقوق‌دانان نیز دلیل را در دو معنای خاص و عام تعریف نموده‌اند؛ در مفهوم خاص به هر وسیله‌ای گفته می‌شود که در قانون پیش‌بینی شده و در مرجع قضایی سبب اقناع وجدان دادرس به واقعیت امر مورد ادعا شود. در معنای عام، عمل فراهم آوردن وسایلی است که وجدان دادرس را اقناع می‌کند (شمس، ۱۳۸۶: ۳/۸۳). اما عمده نقد این تعریف هم آن است که اصلی‌ترین ضابطه احتساب دلیل، فراهم آوردن اقناع وجدان دادرس است، در حالی که در شمار ادله، برخی از ادله موضوعیت دارد، به این معنا که چه موجب اقناع وجدان دادرس بشود و چه نشود، موجب اثبات رویداد مورد ادعا می‌گردد؛ مانند بینه شرعی. به نظر می‌رسد همان گونه که برخی حقوق‌دانان معتقدند، بتوان دلیل را راهنمای اندیشه به یک مجهول قضایی، در مقام اثبات یا دفاع تعریف کرد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۱/۳۹).

۳. تعارض اماره تصرف با اسناد، در مالکیت خودرو

قرآن کریم در آیه شریفه ۲۸۲ سوره بقره، مؤمنان را به نوشتن سند مکلف می‌کند.

یکی از رایج‌ترین دلایل اثبات دعوی نیز «سند» است. همچنین قانون‌گذار نیز سند را پس از اقرار، دومین دلیل برای اثبات دعاوی دانسته است. بر همین اساس، بحث در خصوص اسناد، اهمیت قابل توجهی دارد، اما همیشه دارنده سند، متصرف مال نیست و ممکن است بین متصرف مال و دارنده سند، اختلاف در مالکیت حاصل شود. حال اگر چنین اختلافی بروز کرد و فردی که دارای سند است، ادعای مالکیت خودرو را نمود و در مقابل، متصرف خودرو نیز به استناد تصرفش همین ادعا را مطرح کرد، کدام یک بر دیگری ترجیح دارد و باید به مالکیتش حکم کرد؟

قانون‌گذار در باب اسناد رسمی، به این نوع اسناد اعتبار خاصی داده و آن‌ها را دارای ارزش اثباتی بالایی دانسته است. مطابق ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی:

«در مقابل سند رسمی یا سندی که اعتبار آن در محکمه محرز شده، دعوایی که مخالف با مفاد یا مندرجات آن باشد، به شهادت اثبات نمی‌گردد».

شورای نگهبان این ماده را از این نظر که شهادت بینة شرعیه را در برابر اسناد معتبر، فاقد ارزش دانسته بود، طی نظریه شماره ۲۶۵۵ مورخه ۶۷/۸/۸ خلاف موازین شرع اعلام و ابطال کرد (روزنامه رسمی، ۶۷/۸/۲۴: ش ۱۲۷۳۴). ایراد شورای نگهبان به ماده مذکور صرفاً از این منظر بوده است که ماده موصوف، شهادت بینة شرعیه را در مقابل سند رسمی نپذیرفته و تعرضی به این امر ننموده است که اگر شهادت از نوع بینة شرعیه نباشد، تاب مقابله با سند رسمی را ندارد. بنابراین همان گونه که برخی گفته‌اند، فعلاً باید گفت که دعوای مخالف سند رسمی، با شهودی که فاقد شرایط بینة شرعیه باشند یا با امارات، قابل اثبات نیست (شهری، ۱۳۹۴: ۱۶۸) و به نظر می‌رسد که ماده مذکور در زمره قواعد حقوقی معتبر است. همان گونه که برخی اشاره نموده‌اند، رویه قضایی نیز در مرحله عمل، مفاد سند رسمی را محترم می‌دارد و به استناد گواهی اشخاص، از آن دست برنمی‌دارد (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۱/۱ ش ۱۹۵). اکنون باید دید که این دلیل پراهمیت و مفید در اثبات دعوی در صورت تعارض با اماره تصرف، چه وضعیتی پیدا کرده و کدام یک مقدم داشته می‌شود؟

۱-۳. تعارض اماره تصرف با اسناد رسمی

گاهی سند رسمی، دلالت بر مالکیت سابق دارنده خودرو دارد و اماره تصرف، دلالت بر مالکیت کنونی متصرف. در چنین حالتی در واقع، تنافی مدلول دلایل که در تعریف تعارض بیان شد، وجود ندارد؛ چرا که وحدت زمان - از شرایط تعارض - در این فرض مفقود است.

گویی در این حالت، در واقع بین اماره ید و اصل استصحاب تعارض به وجود می‌آید. نظر مشهور فقیهان این است که در مقام معارضه بین ید و استصحاب، همیشه اولویت تعیینی - و نه تفضیلی - با قاعده ید است. استصحاب تاب مقاومت در مقابل ید را ندارد؛ چون استصحاب اصل عملی است و هنگام شک، از آن استفاده می‌شود و البته ناکاشف از واقع، در حالی که ید، اماره و نشان مالکیت است و البته کاشف از واقع - هر چند کاشف ناقص باشد - از آنجا که غالباً مالکیت متصرفان، مسبوق به سابقه مالکیت دیگران است، چنانچه در این فرض بخواهیم استصحاب اجرا کنیم، عملاً جایی برای تمسک به ید باقی نمی‌ماند و ید کلاً از حیز انتفاع ساقط می‌شود. بنابراین هر گاه در مالکیت ذوالید تردید شود، اماره ید وی را مالک می‌شناسد. لذا اگر حالت سابقه دلالت بر عدم مالکیت ذوالید داشته و مفاد استصحاب دال بر عدم مالکیت باشد، این فرض استصحاب را در عرض قاعده ید قرار می‌دهد که همیشه محکوم و مغلوب قاعده ید است و در آن تردیدی نیست (نجفی، ۱۴۰۴: ۴/۴۵۵). تعبیر دیگر در سرّ تقدیم ید بر استصحاب این است که اماره در موضوعات به منزله «دلیل اجتهادی» در احکام است و با وجود دلیل اجتهادی، نوبت به «دلیل فقهاتی» (استصحاب) نمی‌رسد (ر.ک: آل بحرالعلوم، ۱۴۰۳: ۳/۳۵۱). البته در این فرض، اگر صاحب ید اقرار کند که ملک سابقاً متعلق به مدعی بوده، ولی به سبب ناقلی به او رسیده است، در این مورد رأی مشهور فقیهان این است که دعوی منقلب شده و منکر (متصرف و ذوالید) خواهد شد و بالتبع باید بر ادعای خود (انتقال با سبب مملک)، دلیل اقامه نماید و به استناد قاعده ید نمی‌تواند از آوردن بینه معاف شود (موسوی خمینی، ۱۳۹۲: ۲/۴۳۲؛ آل کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۳: ۴/۴۶؛ بهبهانی، ۱۴۰۵: ۱/۲۵۲؛ موسوی خویی، ۱۴۱۸: ۴۱/۶۸؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۳/۴۹۰). اما برخی به اماریت و حاکم بودن ید در این موضوع رأی داده‌اند (اصفهانی، ۱۳۹۳: ۲/۲۶۶؛

نراقی، ۱۴۱۵: ۴۲۰/۱۷). قانون مدنی ایران نیز به پیروی از نظر مشهور فقها در ماده ۳۷ بیان داشته است:

«اگر متصرف فعلی اقرار کند که ملک سابقاً مال مدعی او بوده است، در این صورت مشارالیه نمی‌تواند برای رد ادعای مالکیت شخص مزبور به تصرف خود استناد کند، مگر اینکه ثابت نماید که ملک به ناقل صحیح به او منتقل شده است».

گفتنی است که قانون‌گذار تنها متعرض یکی از ادله اثبات مالکیت سابق شده است و از موردی که مالکیت سابق مدعی با دلیلی غیر از اقرار متصرف مثل سند رسمی یا عادی اثبات گردد، سخن به میان نیاورده است. از همین رو، این امر موجب چالش شده است. برخی ضمن ایراد اشکال به مقرر فوق، بر این باورند که قیاس سایر ادله با اقرار در فرض مذکور، صحیح نیست؛ چرا که در این حالت تعارض به وجود نمی‌آید تا موجب عدم عمل به اماره ید شود (امامی، ۱۳۷۹: ۵۴/۱). ایراد دیگر اینکه مفاد ماده ۳۷ قانون مدنی، مبتنی بر نظریه عده‌ای از فقیهان - نه همه آنها - است که در این مورد برای اقرار، خصوصیت ویژه قائل بوده و حکم مزبور را ناشی از ماهیت اقرار می‌دانند. دیگر اینکه از طرفی لزوم جمع بین مواد ۳۶ و ۳۷ قانون مدنی اقتضا می‌کند که مفاد ماده ۳۶ مطلق و فراگیر دانسته شود و مورد ماده ۳۷، استثناء و قیدی بر آن باشد (شهیدی، ۱۳۷۷: ۷۰). نتیجه این استدلال آن است که تسری حکم ویژه اقرار به سایر ادله اثباتی از قبیل سند، موجه و قابل دفاع نیست.

انگاره مقابل این است که اقرار متصرف به مالکیت سابق مدعی، همانند اثبات مالکیت سابق از طرف خود مدعی است و با هر دلیلی که اثبات گردد، اماره ید را از اعتبار خواهد انداخت؛ چرا که اماره تصرف، مثبت انتقال به طرق قانونی به نفع متصرف نیست. پس متصرف باید آن را اثبات کند (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۲۰۴). همین استدلال، برخی را به تأسیس و طرح ضابطه کلی کشانده است که:

«نباید تحت هیچ شرایطی، هیچ قاعده یا اصلی را بر اسناد رسمی ترجیح داد» (داراب‌پور، ۱۳۹۱: ۲۳۷).

با توجه به اهمیت و لزوم نظم در معاملات و تلاش مقنن برای اعتباربخشی شایسته به اسناد رسمی، به نظر می‌رسد حداقل در خصوص اسناد رسمی که مثبت مالکیت

سابق فردی می‌باشد، باید اماره تصرف را مغلوب سند رسمی دانست، هر چند که فی الواقع در این حالت تعارض به معنای واقعی بروز ننموده است؛ چرا که وحدت زمانی در این فرض وجود ندارد. مقنن نیز بر همین نظر است و در ماده ۱۴۶ قانون اجرای احکام مدنی مقرر داشته است:

«هر گاه نسبت به مال منقول یا غیر منقول یا وجه نقد توقیف شده، شخص ثالث اظهار حقی نماید، اگر ادعای مزبور مستند به حکم قطعی یا سند رسمی باشد که تاریخ آن مقدم بر تاریخ توقیف است، توقیف رفع می‌شود. در غیر این صورت، عملیات اجرایی تعقیب می‌گردد و مدعی حق برای جلوگیری از عملیات اجرایی و اثبات ادعای خود، می‌تواند به دادگاه شکایت کند».

از این ماده برداشت می‌شود که اگر مستند شخص ثالث، سندی رسمی باشد که تاریخ آن، مقدم بر تاریخ توقیف است، با ارائه آن به واحد اجرای احکام دادگستری از مال رفع توقیف می‌شود، حتی اگر سند رسمی دلالت بر مالکیت سابق مدعی، و اماره تصرف نیز دلالت بر مالکیت فعلی مدیون نماید. در این فرض، قانون‌گذار هیچ نوع رسیدگی قضایی را لازم ندانسته و مستند رسمی شخص ثالث را مثبت مالکیت وی در هر شرایطی قلمداد نموده است، حتی اگر در معارضه با سایر ادله قرار گرفته یا صرفاً دلالت بر مالکیت سابق معترض ثالث نماید. از همین رو بی‌آنکه ارزیابی ادله را جایز شمارد، حکم به رفع توقیف مال داده است، بر خلاف جایی که مستند شخص ثالث، سند رسمی نیست. چون در این حالت قانون‌گذار رسیدگی قضایی را لازم دانسته است و از همین رو در قسمت آخر ماده مذکور و ماده ۱۴۷ قانون موصوف، مدعی را به طرح دعوی و اثبات ادعا در مرجع صالح هدایت نموده و رویه قضایی نیز مؤید همین تعبیر و برداشت می‌باشد. اداره حقوقی نیز در نظریه شماره ۱۰۷۲۳/۷ مورخه ۷۹/۱۱/۲ اعلام نموده است:

«با توجه به متن ماده ۱۴۶ قانون اجرای احکام مدنی، چه در مورد مال منقول توقیف شده و چه در مورد اموال غیر منقول، چنانچه شخص ثالثی نسبت به مال توقیف شده، اظهار حقی نماید و ادعای شخص مذکور، مستند به حکم قطعی یا سند رسمی باشد که تاریخ آن مقدم بر تاریخ توقیف است، این درخواست رسیدگی ماهیتی ندارد و دادگاه در صورت احراز تقدم، تاریخ سند رسمی یا رأی قطعی صادره با دستور اداری

رفع توقیف خواهد کرد، اما اگر مستند شخص ثالث، سند رسمی یا حکم قطعی دادگاه نباشد، طبق ماده ۱۴۷ قانون مذکور دادگاه باید به ادعای مطروحه رسیدگی ماهیتی نموده، حکم مقتضی صادر نماید؛ هرچند رسیدگی دادگاه بدون تشریفات و هزینه دادرسی صورت می‌گیرد» (شهری و دیگران، ۱۳۸۸: ۳۳۴/۱).

بنابراین در تعارض اسناد رسمی با اماره ید در مالکیت خودرو، هر گاه سند رسمی، مثبت مالکیت سابق مدعی، و اماره تصرف دلالت بر مالکیت فعلی خودرو نماید، سند رسمی مقدم بر قاعده تصرف است و به طریق اولی اگر سند رسمی دلالت بر مالکیت فعلی نموده و با اماره تصرف تعارض نماید، مقدم بر اماره مذکور خواهد بود؛ چرا که سند رسمی «دلیل» محسوب می‌شود و در تعارض دلیل و اماره، باید دلیل را مقدم دانست (طباطبایی بحرالعلوم، ۱۴۲۷: ۱۹/۱).

۱-۳-۱. علت تقدم دلیل بر اماره در مسئله فوق

علت این پیش‌داشت و تقدیم، در ماهیت و مبنای اماره و تفاوت آن با «دلیل» نهفته است. اماره به لحاظ حکایت و کاشفیت ظنی آن از واقع، معتبر دانسته شده است؛ بدین معنا که ظن نوعی برآمده از اماره، همچون علم، حجت شمرده شده است؛ البته حجیت علم ذاتی بوده، اما حجیت ظن جعلی و اعتباری است (مظفر، ۱۳۸۶: ۱۶/۲). یعنی کشف و حکایت ناقص اماره با مجوز شارع یا قانون‌گذار، اعتباراً متمیم و تکمیل شده است (فیض، ۱۳۸۳: ۱۹۱). اما آنچه که به عنوان دلیل نامبردار است، اعم از ظنی و قطعی است و به همین جهت معتبرتر از اماره است. افزون بر این، اعتبار ید بر مبنای غلبه است که خود به گونه‌ای شک و جهل به واقع اشعار دارد که شارع و قانون‌گذار، جنبه ناغلبی را نادیده گرفته و به جنبه اغلبیت توجه نموده است. توضیح اینکه چون در مالکانه بودن برخی یدها، شک به وجود می‌آید، شارع آن را به اغلب حاکمی از واقع ملحق نموده و حجت دانسته است. این وضعیت یعنی شک داشتن و وجود حالت غلبه در موضوع حجیت اماره مدخلیت دارد، در حالی که در مورد دلیل، جهل و شک در واقع، خاستگاه نیاز به دلیل است، نه اینکه این جهل و شک دخالتی در اعتبار آن داشته باشد.

سبب دیگر برای تقدیم دلیل بر اماره این است که اگر دلیل نتواند بر ید مقدم شود، ادعای علیه ذوالید قابلیت استماع نخواهد داشت؛ چرا که در آن صورت توجیهی ندارد که از مدعی در مقابل ید متصرف و منکر، دلیل خواسته شود. بنابراین باید بتوان تصور کرد که دلیل بر اماره ترجیح دارد تا بتوان از او (مدعی) مطالبه دلیل کرد. حتی به فرض قابلیت استماع این دعوی، مطالبه دلیل از مدعی علاوه بر لغویت و بی‌ثمر بودن آن، با ضابطه حاکم بر امر رسیدگی (البینه علی من ادعی والیمین علی من أنکر) سازگار نیست (ر.ک: حسینی، ۱۳۸۳: ۱۶۵/۱). به نظر می‌رسد که پشتوانه نظری ماده ۱۳۲۳ قانون مدنی^۱ همین استدلال‌ها باشد؛ آنجا که امارات قانونی از جمله اماره تصرف را در جایی معتبر دانسته است که دلیلی بر خلاف آن وجود نداشته باشد.

استدلال مخالفان تقدیم دلیل بر اماره، گونه‌ای از قیاس اولویت است. با این توضیح، وقتی در ماده ۱۳۰۹ قانون مذکور، شهادت که به مراتب دلیلی قوی‌تر از امارات است، در مقابل اسناد رسمی پذیرفته نمی‌شود، به طریق اولی نمی‌توان جایگاهی برای امارات در تقابل با اسناد در نظر گرفت.

افزون بر این، مخالفان می‌توانند در شمول اماره نسبت به اموالی همچون املاک دارای سابقه ثبتی و خودرو که نقل و انتقال آن عمدتاً به صرف قبض و اقباض نیست و همراه با انتقال سند رسمی یا انتقال پلاک است، تردید و شک روا دارند. به دیگر سخن، اماره تصرف بر مبنای حکم غلبه و به عنوان یک دلیل ظنی اگرچه در ماده ۳۵ قانون مدنی به عنوان مالکیت پذیرفته شده است و شامل اموال غیر منقول و منقول می‌گردد، لیکن پذیرش این اماره در اموال موصوف (خودرو و...)، به شدت مورد تردید است. در تکمیل این استدلال باید گفت که شک در اعتبار و شمول، مساوی با عدم اعتبار و حجیت نداشتن است.

به عبارت دیگر می‌توان گفت که گرچه قانون مدنی، تصرف به عنوان اماره مالکیت را پذیرفته است، اما باید پذیرفت که امروزه کارایی سابق را ندارد و باید گفت صرفاً در اموال منقولی معتبر است که بر مبنای عرف، به صرف تصرف متصرف اعتماد می‌شود.

۱. ماده ۱۳۲۳: «امارات قانونی در کلیه دعاوی - اگرچه از دعاوی باشد که به شهادت شهود قابل اثبات نیست - معتبر است، مگر آنکه دلیل بر خلاف آن موجود باشد».

از این رو در باب مالکیت خودرو که نقل و انتقال آن عمدتاً با تنظیم سند رسمی است، این قاعده فرانسوی که «در مال منقول، تصرف ارزش سند دارد»، چندان موجه تلقی نمی‌شود (شمس، ۱۳۸۶: ۱۰۲/۲).

۲-۳. تعارض اماره تصرف با اسناد عادی

در خصوص تعارض اسناد عادی با اماره تصرف، دو فرض متصور است: فرض نخست اینکه سند عادی دلالت بر مالکیت دارنده آن در زمان گذشته داشته باشد، ولی اماره تصرف، بر مالکیت زمان فعلی دلالت نماید، قطعاً تعارضی به لحاظ یکسان نبودن زمان دلالت آن‌ها به وجود نخواهد آمد و اماره تصرف را باید با توجه به مواد ۳۵ و ۳۶ قانون مدنی مقدم دانست و به بیان دقیق‌تر با عمل به مفاد ید کنونی، محلی برای استناد به سند عادی باقی نمی‌ماند. فرض دوم اینکه اگر هر دو دلالت سند عادی و اماره تصرف، حکایت از مالکیت دارنده آن در زمان فعلی (زمان واحد) نماید، تعارض به وجود می‌آید. در این حالت به جهت اینکه سند عادی همانند سند رسمی، دلیل محسوب می‌شود، به جهاتی که شرح آن در بند پیشین گذشت، مقدم بر اماره تصرف خواهد بود. همچنان که مقنن در قانون مدنی هم ادله را به لحاظ اولویت مرتب نموده و امارات را در مرتبه بعد از اسناد آورده است. بنابراین، این اولویت، خود گویای بایستگی این تقدیم و پیش‌داخت است.

۴. تعارض سند رسمی مالکیت خودرو با اسناد عادی

در جایی که سند یکی از طرفین رسمی و سند دیگری عادی باشد و مدلول هر کدام، بیانگر مالکیت متفاوت خودرو باشد، در چنین حالتی کدام یک مقدم است؟ چگونگی پیدایش چنین حالتی می‌تواند این گونه باشد که مالک پیشین، خودرو را به موجب سند رسمی به «الف» و به موجب سند عادی به «ب» انتقال می‌دهد. در این حالت، تاریخ سند عادی در برابر ثالث (دارنده سند رسمی) بر اساس ماده ۱۳۰۵ قانون مدنی معتبر نمی‌باشد. این ماده مقرر می‌دارد:

«در اسناد رسمی، تاریخ تنظیم معتبر است، حتی بر علیه اشخاص ثالث. ولی در اسناد

عادی، تاریخ فقط درباره اشخاصی که شرکت در تنظیم آن‌ها داشته و ورثه آنان و کسی که به نفع او وصیت شده، معتبر است».

بنابراین به جهت اینکه تاریخ سند رسمی به وسیله مأمور رسمی دولت نوشته شده، آنچه در سند مشهود و یا مسموع مأمور رسمی می‌باشد، معتبر است. یعنی کسی که علیه او چنین سندی ابرار می‌شود، نمی‌تواند بدون دلیل بگوید که مأمور دروغ می‌گوید (امامی، ۱۳۷۹: ۲۰۷/۴). به عبارت دیگر، منظور مقنن از اعتبار تاریخ سند رسمی نسبت به اشخاص ثالث، فرض صحت تاریخ تنظیم سند می‌باشد که در سند قید شده است (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۳۰۱) و از آن رو که تاریخ سند رسمی، اعتبار خود سند رسمی را دارد، بطلان آن فقط به وسیله ادعای جعلیت و اثبات ممکن می‌شود (شایگان، ۱۳۹۶: ۱۰۸).

گفتنی است که این امر نافی آن نیست که دارنده سند عادی بتواند تاریخ سند را با ادله دیگر از جمله شهادت شهود اثبات نماید؛ چرا که قدرت اثباتی شهادت، عام بوده و به استناد مواردی که صریحاً خلاف آن ذکر گردیده است، هر موضوعی قابل اثبات از طریق شهادت شهود می‌باشد. حال اگر تاریخ سند عادی با ادله دیگر اثبات شود، سه فرض ممکن است به وجود آید:

۱- تاریخ سند عادی، مقدم بر سند رسمی باشد. در این حالت یک پاسخ این است که بگوییم مالکیت خودرو از آن دارنده سند عادی است؛ چرا که خودرو به وی منتقل گردیده و انتقال بعدی آن توسط بایع، انتقال مال غیر محسوب، و به تنفیذ دارنده سند عادی نیاز دارد. البته بر مبنای مواد ۱۴۶ و ۱۴۷ قانون اجرای احکام مدنی، مأمور اجرا نمی‌تواند به بررسی قضایی اعتبار سند عادی بپردازد و اعتبار سند عادی، نیازمند بررسی قضایی می‌باشد.

۲- تاریخ سند عادی مؤخر بر سند رسمی باشد. در این حال دارنده سند رسمی، مالک خودرو محسوب می‌گردد و بایع در واقع، مال وی را به دارنده سند عادی فروخته که غیر نافذ است.

۳- زمان انتقال خودرو با اسناد رسمی و عادی دقیقاً یکی باشد، به طوری که ساعت و دقیقه انتقال هم یکی باشد. این فرض بسیار نادر است. اما در این حالت، تعارض واقعی در مدلول اسناد حاصل است. در این تعارض، سند رسمی بر سند عادی ترجیح

دارد؛ چرا که اعتماد به تنظیم‌کننده اسناد رسمی، اماره قضایی مؤید این ترجیح محسوب شده و همچنین اطلاق مواد ۱۴۶ و ۱۴۷ قانون اجرای احکام مدنی نیز این ترجیح و تقدیم را پشتیبانی می‌کند.

عطف بر چگونگی احتمال پیدایش تعارض سند رسمی و عادی، احتمال دیگر این است که دارنده سند رسمی، خودروی خود را با سند عادی به دیگری منتقل نموده باشد. آیا دارنده سند عادی می‌تواند به این سند که در تعارض با سند رسمی است، استناد نماید؟ پاسخ این است که در واقع، تعارض وجود ندارد؛ چرا که وحدت زمان وجود ندارد. مدلول هر یک از اسناد، بر مالکیت خودرو برای فروشنده در یک زمان، و برای خریدار در زمان دیگر دلالت دارد. جمع بین اعتبار این دو سند را می‌توان به این صورت اجرا کرد که دارنده سند عادی را مالک کنونی خودرو دانست؛ زیرا وجود این سند عادی، دارنده سند رسمی را ملزم به انتقال سند رسمی به نام دارنده سند عادی می‌نماید.

۵. تعارض کارت سبز خودرو با سایر اسناد

یکی از ادلهٔ امروزی اثبات مالکیت خودرو، کارت سبز خودرو می‌باشد که احتمال تعارض با سایر اسناد محتمل است. اگر کارت سبز خودرو به نام «الف» و سند رسمی خودرو به نام «ب» تنظیم شده باشد و هر کدام مدعی مالکیت خودرو باشند، کدام یک ترجیح دارد؟

پاسخ منوط به شناخت ماهیت کارت سبز خودرو است. کارت سبز خودرو، مدرکی کتبی است که دلالت بر مالکیت پلاک خودرو داشته و از ناحیه پلیس راهنمایی و رانندگی صادر می‌شود و به جهت رنگ سبز سند مذکور، به کارت سبز موسوم و معروف شده است. در زمانی که پلاک ملی مطرح نبود و با تغییر مالکیت خودرو، پلاک (شماره انتظامی) تغییر پیدا نمی‌کرد، دفاتر اسناد رسمی در هنگام تنظیم سند خودرو، یک نسخه هم برای راهنمایی و رانندگی ارسال می‌کردند که مشخصاً کارت خودرو به طور کامل تغییر پیدا می‌کرد. البته دفترچه‌ای هم وجود داشت که راهنمایی و رانندگی آن را به مالک می‌داد و در آن، ستونی تعبیه شده بود که با هر نقل و انتقال، مشخصات توسط دفاتر اسناد رسمی در آن دفترچه ثبت می‌شد، تا اگر نام

مالک خودرو را از آن‌ها استعلام کردند، بتوانند پاسخ‌گو باشند. اما اکنون قانون‌گذار در ماده ۲۹ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی^۱ مصوب ۱۳۹۰ و نیز مواد ۱ و ۲ آیین‌نامه^۲ ماده مذکور،^۲ دارندگان وسیله نقلیه را مکلف نموده که پیش از هر نوع نقل و انتقال وسایل مذکور در دفاتر اسناد رسمی، ابتدا به ادارات راهنمایی و رانندگی یا مراکز تعیین شده از سوی راهنمایی و رانندگی برای بررسی اصالت وسیله نقلیه، هویت مالک، پرداخت جریمه‌ها، دیون معوق و تعویض پلاک، به نام مالک جدید مراجعه کنند و ادارات مذکور پس از بررسی این موارد، اقدام به تعویض پلاک به نام مالک جدید می‌نمایند. اما بنا به مواد فوق و از جمله نص صریح ماده ۲۹ قانون مذکور، نقل و انتقال خودرو به موجب سند رسمی در دفاتر اسناد رسمی صورت می‌پذیرد که قبل از آن لازم است پلاک خودرو به نام منتقل‌الیه خودرو ثبت شود که امر اخیر در مراکز تعویض پلاک صورت می‌پذیرد. اما کارت سبز، سند عادی محسوب می‌شود یا سند رسمی؟ آیا مدلول آن، مالکیت خودرو است یا مالکیت پلاک؟ شاید پاسخ این دو پرسش است که اختلاف دو نهاد رسمی کشور یعنی قوه قضاییه و پلیس را رقم زده است.

برای اطلاق عنوان سند رسمی بر کارت سبز می‌توان چنین استدلال نمود: از آنجا که کارت توسط اداره راهنمایی و رانندگی تنظیم گردیده و قانون این صلاحیت را به این اداره اعطا نموده و از طرفی عنوان آن «سند مالکیت وسیله نقلیه» بوده و محتویات آن، شامل مشخصات وسیله نقلیه و مالک است، می‌توان کارت سبز را مشمول تعریف اسناد رسمی (ماده ۱۲۸۷ ق.م.ا) تلقی نموده و مدلول آن را مالکیت خودرو دانست.

۱. ماده ۲۹: «نقل و انتقال خودرو به موجب سند رسمی انجام می‌شود. دارندگان وسایل نقلیه مکلف‌اند قبل از هر گونه نقل و انتقال وسایل مذکور در دفاتر اسناد رسمی، ابتدا به ادارات راهنمایی و رانندگی یا مراکز تعیین شده از سوی راهنمایی و رانندگی برای بررسی اصالت وسیله نقلیه، هویت مالک، پرداخت جریمه‌ها و دیون معوق و تعویض پلاک به نام مالک جدید مراجعه نمایند».
۲. ماده ۱ آیین‌نامه نقل و انتقال خودرو: «دارندگان وسایل نقلیه یا نماینده قانونی آنان مکلف‌اند قبل از هر گونه نقل و انتقال وسیله نقلیه در دفاتر اسناد رسمی، ابتدا با در دست داشتن مدارک مالکیت وسیله نقلیه به ادارات راهنمایی و رانندگی و یا مراکز تعویض پلاک مراجعه نمایند».
- ماده ۲ آیین‌نامه نقل و انتقال خودرو: «ادارات راهنمایی و رانندگی و مراکز تعویض پلاک مکلف‌اند نسبت به بررسی و احراز اصالت وسیله نقلیه، هویت دارندگان وسایل نقلیه، اخذ گواهی دیون معوق، جریمه‌های رانندگی و تعویض پلاک به نام مالک جدید اقدام نمایند».

ماده واحده قانون اصلاح ماده ۲۲ قانون حمل و نقل و عبور کالاهای خارجی از قلمرو جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۸/۶/۱۷ نیز مؤید همین تعبیر است؛ زیرا مسئولیت صدور اسناد مالکیت و پلاک خودرو در قلمرو جمهوری اسلامی ایران، بر عهده نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران قرار داده شده است.^۱

گویی استدلال فوق مخدوش است؛ چرا که محتویات کارت سبز دو گونه است؛ برخی از این محتویات گویای مالکیت پلاک خودرو و پاره‌ای دیگر از آن‌ها دلالت بر مالکیت خود خودرو دارد. در مورد محتویات دال بر مالکیت پلاک، پذیرش آن به‌عنوان گونه‌ای از سند رسمی بی‌اشکال است؛ چرا که مقنن صلاحیت تعویض پلاک را به ادارات راهنمایی و رانندگی داده است. بنابراین، این سنخ از محتویات کارت سبز، تابع مفاد اسناد رسمی است. اما پذیرش اندراج محتویات نوع دوم که حکایت از مالکیت وسیله نقلیه دارد، در ذیل اسناد رسمی، مشکل به نظر می‌رسد؛ چرا که براساس مقررات پیش گفته، صلاحیت پلیس صرفاً تعویض پلاک و انتقال پلاک است. ماده ۲۹ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی مصوب ۱۳۹۰، نسبت به قانون حمل و نقل و عبور کالاهای خارجی از قلمرو جمهوری اسلامی ایران، مؤخرالتصویب محسوب می‌شود و همان‌طور که بیان گردید، حاکی از صلاحیت دفاتر اسناد رسمی در تنظیم اسناد مالکیت خودرو است. ضمن اینکه از عنوان قانون و عبارت «قلمرو جمهوری اسلامی ایران» استنباط می‌شود که وظیفه مذکور فقط در خصوص حمل و نقل و عبور کالاهای ترانزیت بوده است و نسبت به سایر خودروها تسری ندارد. در غیر این صورت، ذکر عبارت «در قلمرو جمهوری اسلامی ایران» بی‌معنا شده و با حکمت قانون‌گذار منافات پیدا می‌کند.

۱. ماده ۲۲: «مسئولیت صدور گواهینامه رانندگی، اسناد مالکیت و پلاک خودرو در قلمرو جمهوری اسلامی ایران، بر عهده نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران، و وظیفه ترجمه و تبدیل گواهینامه‌های رانندگی معتبر صادرشده توسط نیروی انتظامی و سایر اسناد و مدارک مذکور به مدارک بین‌المللی وفق مفاد کنوانسیون‌های بین‌المللی سال‌های ۱۳۲۸ هجری شمسی (۱۹۴۹ میلادی) و ۱۳۴۷ هجری شمسی (۱۹۶۸ میلادی) حمل و نقل جاده‌ای و حسب عرف بین‌المللی و مقررات حاکم بر تمامی کشورهای عضو سازمان بین‌المللی جهانگردی (AIT) و فدراسیون بین‌المللی اتومبیلرانی (FIA) بر عهده کانون جهانگردی و اتومبیلرانی جمهوری اسلامی ایران می‌باشد.

۶. اماریت کارت سبز

نمی‌توان اماریت کارت سبز را نادیده گرفت؛ چرا که تعویض پلاک به قصد انتقال مالکیت خودرو صورت می‌پذیرد و امروزه متبایعین عملاً پس از انتقال مالکیت وسیله نقلیه به خریدار، اقدام به تعویض پلاک آن می‌نمایند. بنابراین برگ سبز خودرو، اماره‌ای قوی بر مالکیت خودرو نیز قلمداد می‌شود. در واقع اگرچه سند رسمی مالکیت خودرو، دال بر مالکیت سابق دارنده است، اما تعویض پلاک و صدور کارت سبز به نام دیگری، اماره‌ای بر انتقال و به تبع آن بر مالکیت خودرو می‌باشد. به بیان دیگر، اگر سند رسمی خودرو به نام «الف» و کارت سبز به نام «ب» باشد، یعنی سند رسمی، دلالت بر مالکیت سابق «الف» و اما کارت سبز، دلالت و اماریت بر مالکیت کنونی «ب» دارد. وجه اماریت این است که تعویض پلاک و صدور کارت سبز، از مقدمات ضروری صدور سند مالکیت است. به بیان دیگر، آنچه عرفاً از مفاد کارت سبز (مالکیت ب) و سند مالکیت خودرو (مالکیت الف) برداشت می‌شود، این است که سابقاً خودرو به نام شخص «الف» بوده است که قانوناً به «ب» منتقل شده است و هم اکنون «ب» مالک آن است.

در این حالت به لحاظ عدم وحدت زمان، تعارض به معنای واقعی شکل نگرفته است؛ چرا که یکی دلالت بر مالکیت گذشته و دیگری دلالت بر مالکیت کنونی دارد. در این فرض، هرچند بر اساس اصل استصحاب می‌توان مالکیت پیشین را ثابت کرد، ولی استصحاب به دلیل اینکه اصل عملی و ناکاشف از واقع است، در تقابل با اماره -به مثابه حاکمی از واقع- غیر قابل اجراست. از این رو می‌توان در باب مالکیت خودرو، اماره دیگری به نام اماره پلاک خودرو یا کارت سبز را پذیرفت. امروزه در باب خودرو، تصرف به عنوان اماره، کارایی مؤثر را ندارد و هیچ‌گاه در عرف جامعه، مالکیت به صرف قبض و اقباض منتقل نمی‌شود، اما بی‌شک تعویض پلاک و صدور کارت سبز در اغلب موارد، نشانگر انتقال مالکیت بوده و می‌توان آن را جایگزین اماره تصرف دانست.

در واقع همان گونه که در بسیاری از اشیاء از باب غلبه، استیلاء به عنوان یک دلیل

ظنی، دلیل معتبری بر مالکیت است (مشکینی، ۱۴۱۶: ۲۱۶) و بنای عقلا بر این امر استوار است که تسلط و استیلاء بر مال، طریق صائبی برای اثبات مالکیت می‌باشد و عقلای جامعه اگر مالی در تصرف شخص باشد، وی را مالک می‌شناسند (مصطفوی، ۱۴۲۱: ۳۱۹)، امروزه در باب مالکیت خودرو، این اماره نه بواسطه تصرف بلکه از طریق کارت خودرو و پلاک خودرو حاصل می‌شود.

در تقویت رهیافت فوق، گفتنی است که دلیلی بر حصری بودن امارات ذکر شده در متون فقهی وجود ندارد؛ زیرا بنا به رأی دانشوران علم اصول، امارات اموری هستند که نزد عقلای جامعه از باب غلبه، دلیل معتبری جهت اثبات هستند (سیفی مازندرانی، ۱۴۲۵: ۶۹/۱) و بنای اعتبار امارات بر خلاف اصول عملیه، تعبدی نیست، بلکه اعتبار آن از باب کشف واقع، عقلایی محسوب می‌شود (ایروانی، ۱۴۲۶: ۱۹۵/۱؛ موسوی گلپایگانی، بی‌تا: ۳۲۴/۲). بی‌تردید امروزه در باب مالکیت خودرو، اماره تصرف جای خود را به کارت خودرو و پلاک داده است؛ چرا که مبنای این دلیل، بنای عقلا و عرف جامعه از باب غلبه خواهد بود؛ با این توجیه که در اغلب موارد به دنبال انتقال صحیح قانونی و شرعی -البته نه به صورت سند رسمی-، تعویض پلاک خودرو صورت می‌پذیرد و به دنبال آن، کارت خودرو به نام دارنده پلاک صادر می‌شود و از این رو، ظن قابل اعتمادی مبنی بر مالکیت می‌باشد. طُرفه آنکه در اغلب مواردی که پس از تعویض پلاک، طرفین معامله در دفتر اسناد رسمی، اقدام به انتقال سند رسمی نیز می‌نمایند، بیع سابقاً با سند عادی بین طرفین منعقد شده و هیچ‌گاه در زمان انتقال، قصد طرفین انعقاد عقد بیع نیز نمی‌باشد؛ چرا که طرفین و حتی سردفتر اسناد رسمی نیز کاملاً واقف هستند که سابقاً بین طرفین، عقد مملکی منعقد شده و انتقال قانونی و شرعی قبلاً صورت گرفته است. گفتنی است که این ظن و اماره در خودرو نه تنها ضعیف‌تر از اماره تصرف در سایر اشیاء نیست، بلکه قوی‌تر از آن نیز می‌باشد؛ چرا که در اماره تصرف، احتمال نامشروع و غاصبانه بودن تصرف، بیشتر از نامشروع بودن و عدم صحت تعویض پلاک است و با وجود احتمال نامشروع بودن تصرف، قانون‌گذار بر مبنای عرف و بنای عقلا، تصرف را اماره بر مالکیت دانسته است و به این مناسبت امروزه با تغییر و تحولات جامعه در باب خودرو، اماره تصرف جای خود را به اماره پلاک و کارت خودرو داده است و در

تعارض این دو، کارت سبز را باید مقدم داشت.

البته در مواد ۱۴۶ و ۱۴۷ قانون اجرای احکام مدنی، سند رسمی تلویحاً بر هر دلیلی مقدم دانسته شده است. اما باید دانست که در تفسیر این قانون باید به عرف و اقتضای زمان تصویب نظر داشت؛ چرا که در آن زمان، عنوان صدور کارت سبز و تعویض پلاک، یا اصلاً مطرح نبوده و یا به شکل کنونی مورد توجه عرف و نهادهایی همچون پلیس نبوده است. افزون بر این، همان گونه که گذشت، حداقل هیچ گونه تردیدی وجود ندارد که بخشی از مفاد کارت سبز از جمله مفاد دال بر مالکیت پلاک، سند رسمی محسوب می‌شود و بر مبنای عرف و به عنوان یک دلیل ظنی معتبر و البته بدون هیچ صعوبت نظری و مشکل عملی، می‌توان این امر را اماره بر انتقال مالکیت از مالک رسمی به نام دارنده پلاک دانست. بنابراین می‌توان گفت که امروزه به قرینه و اماریت کارت سبز، مالک وسیله نقلیه کسی نیست که سند رسمی به نام وی باشد، بلکه فردی است که پلاک و کارت سبز به نام اوست. البته راه اثبات خلاف این اماره، همانند هر اماره دیگری باز است؛ مثلاً اگر دارنده سند به اثبات برساند که تعویض پلاک با انگیزه دیگری جز انتقال خودرو بوده است، در این صورت، اماره مالکیت پلاک معتبر نخواهد بود. از این رو می‌توان هم‌راستا با اماره تصرف در ماده ۳۵ قانون مدنی، قائل به اماره دیگر با این مفاد بود: «مالکیت پلاک، دلیل بر مالکیت خودرو است، مگر خلاف آن به اثبات برسد».

در فرضی هم که کارت سبز با سند عادی تعارض کند، اگر سند عادی دلالت بر مالکیت سابق خودرو داشته باشد، همان طور که در بحث تعارض سند عادی با قاعده تصرف گذشت، به جهت دلالت هر یک از ادله بر زمانی مختلف، مالکیت کنونی را باید از آن فردی دانست که کارت سبز به نام اوست. ولی اگر هر دو، دلالت بر مالکیت خودرو در زمانی واحد نمایند، سند عادی چون دلیل محسوب می‌شود، مقدم بر اماره ناشی از برگ سبز خواهد بود.

نتیجه‌گیری

به نظر می‌رسد در تعارض اماره تصرف با اسناد در موضوع مالکیت خودرو در زمان

واحد، به دلیل آنکه اسناد، عنوان دلیل (دلیلیت سند) دارد، بر اماره تصرف ترجیح دارد. ماهیت دلیل و مبنای آن - یعنی غلبه - و بیان ترتیبی - اولویتی در متن قانون مدنی، این ترجیح را پشتیبانی می‌نماید. افزون بر این و در غیر این صورت، مطالبه دلیل از مدعی، هم بی‌ثمر و لغو است و هم با قاعده مشهور و مستحکم «البینه علی المدعی والیمین علی من أنکر» تهافت و ناسازگاری دارد و در حالتی که مدلول اسناد و اماره تصرف در زمان‌های متفاوت باشند، هر کدام که دلالتش بر زمان مؤخر است، مقدم می‌گردد؛ جز در مورد اسناد رسمی که در هر حال بر سایر اسناد و امارات مقدم می‌شود. مفاد ماده ۱۴۶ قانون اجرای احکام مدنی بر پایه همین دیدگاه است. باور به اینکه ترجیح دلیل سابق از باب استصحاب مالکیت پیشین است، روا نیست؛ چرا که استصحاب در گاه شک، معمول و مجری است. ضمن آنکه در تقابل اصل (استصحاب) و اماره (ید)، این ید است که ترجیح دارد. البته اگر دلیل مالکیت سابق، اقرار متصرف باشد، ید کارایی خود را از دست می‌دهد. گرچه انگاره عدم تفاوت بین اقرار و سایر ادله اثباتی پیشین نیز می‌تواند قابل توجه باشد؛ یعنی تصرف مغلوب ادله دیگر هم دانسته شود.

تعارض اسناد رسمی با اسناد عادی نیز در دو فرض ممکن است: ۱- مالک، خودرو را به موجب سند رسمی به یک نفر، و به موجب سند عادی به فردی دیگر انتقال دهد. در این حالت سند رسمی مقدم است. به دلیل اینکه سند رسمی، ارزش بیشتری که ناشی از کاشفیت شفاف‌تر از واقع است، داشته و قانون از آن پشتیبانی نموده و ادعا در مقابل آن را - مگر در موارد محدود مانند ادعای جعل و... پذیرفته نمی‌داند. ۲- دارنده سند رسمی، خودروی خود را با سند عادی به دیگری منتقل نموده باشد. در این حالت، جمع بین اعتبار اسناد در این است که باید دارنده سند عادی را مالک کنونی دانست.

در مورد محتویات کارت سبز می‌توان گفت که این محتویات دو گونه است؛ یکی محتویاتی که حاکی از مالکیت پلاک است و دیگری که نشان مالکیت خود خودرو است. پذیرش نوع نخست به عنوان گونه‌ای از سند رسمی، بی‌اشکال بوده و تابع مفاد و اعتبار اسناد رسمی است؛ چرا که صلاحیت تعویض پلاک، قانوناً و منحصرأ در اختیار پلیس است. اما پذیرش اندراج محتویات نوع دوم در ذیل اسناد رسمی، خالی از صعوبت و سختی نیست؛ چرا که هیچ مقرره‌ای ناظر به اختیار قانونی پلیس در تنظیم

سند انتقال وسیله نقلیه وجود ندارد. نص صریح ماده ۲۹ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی مبنی بر نقل و انتقال خودرو به موجب «سند رسمی در دفاتر اسناد رسمی»، دال بر همین است.

اما پذیرش اماریت کارت سبز، کاملاً عقلایی است؛ چرا که اولاً امروزه متبایعین عملاً پس از انتقال مالکیت وسیله نقلیه به خریدار، اقدام به تعویض پلاک آن می‌نمایند. بنابراین برگ سبز خودرو اماره‌ای قوی بر مالکیت خودرو خواهد بود. وجه اماریت این است که تعویض پلاک و صدور کارت سبز، از مقدمات ضروری صدور سند مالکیت است. ثانیاً به استناد غلبه - به مثابه مبنای اعتباربخشی شارع و قانون‌گذار به برخی امور مثلاً - امروز در اغلب موارد به دنبال انتقال صحیح قانونی و شرعی - البته نه به صورت سند رسمی -، پلاک خودرو تعویض شده و سپس کارت خودرو به نام دارنده پلاک صادر می‌شود. از این رو، گمان قابل اعتماد عقلایی و عرف‌پسند - نه عرف‌گریز - به مالکیت خودرو به وجود می‌آید. این اماره نه به واسطه تصرف بلکه از طریق کارت خودرو و پلاک خودرو حاصل می‌شود. به دیگر سخن، امروزه بی‌تردید در باب مالکیت خودرو، اماره تصرف جای خود را به کارت خودرو و پلاک داده است. افزون بر این، عدم انحصار امارات، خود مجوزی برای طرح امارات جدید از قبیل کارت سبز پدید آورده است.

کتاب شناسی

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، *کفایة الاصول*، چاپ سوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۵ ق.
۲. آل بحر العلوم، سیدمحمد بن محمدتقی، *بلغة الفقیه*، چاپ چهارم، تهران، مکتبه الصادق علیه السلام، ۱۴۰۳ ق.
۳. آل کاشف الغطاء، احمد، *سفینه النجاة و مشکاة الهدی و مصباح السعادات*، چاپ دوم، نجف اشرف، مؤسسه کاشف الغطاء العامه، ۱۴۲۳ ق.
۴. ابن منظور افریقی مصری، ابوالفضل جمال‌الدین محمد بن مکرم، *لسان العرب*، بیروت، مؤسسه الاعلمی، ۱۴۲۶ ق.
۵. اصفهانی، سید ابوالحسن، *وسیلة النجاة*، قم، چاپخانه مهر، ۱۳۹۳ ق.
۶. امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، چاپ بیست و یکم، تهران، اسلامیه، ۱۳۷۹ ش.
۷. انصاری، مرتضی بن محمدامین، *فرائد الاصول*، چاپ پنجم، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۴ ق.
۸. ایروانی، محمدباقر، *دروس تمهیدیه فی القواعد الفقهیه*، چاپ سوم، قم، دار الفقه للطباعة، ۱۴۲۶ ق.
۹. بهبهانی، سیدعلی، *الفوائد العالیة، القواعد الکلیه*، چاپ دوم، اهواز، کتابخانه دار العلم، ۱۴۰۵ ق.
۱۰. تهانوی، محمدعلی بن علی، *موسوعة کتشاف اصطلاحات الفنون و العلوم*، چاپ سوم، بیروت، مکتبه لبنان ناشرون، ۱۴۱۲ ق.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمینولوژی حقوق*، چاپ چهاردهم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۳ ش.
۱۲. همو، *دائرة المعارف*، چاپ سوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۱ ش.
۱۳. حسینی، سیدعلی، *العمل الاقبی فی شرح العروة الوثقی*، نجف اشرف، مطبعة النجف، ۱۳۸۳ ق.
۱۴. حیدری، سیدعلی نقی، *اصول الاستنباط*، چاپ ششم، قم، حقوق اسلامی، ۱۳۸۷ ش.
۱۵. خطیبی قمی، سیدکمال، *تعارض ادله مالکیت*، تهران، مجد، ۱۳۹۳ ش.
۱۶. داراب‌پور، مهرباب، *حقوق مدنی ۲ (حقوق اموال و مالکیت تصرف و وقف)*، تهران، جنگل، ۱۳۹۱ ش.
۱۷. دهخدا، علی‌اکبر، *لغت‌نامه*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۷ ش.
۱۸. سیفی مازندرانی، علی‌اکبر، *مبانی الفقه الفعالم فی القواعد الفقهیه الاساسیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۵ ق.
۱۹. شایگان، سیدعلی، *حقوق مدنی*، تهران، مهر کلام، ۱۳۹۶ ش.
۲۰. شمس، عبدالله، *آیین دادرسی مدنی*، چاپ هشتم، تهران، دراک، ۱۳۸۶ ش.
۲۱. شهری، غلامرضا، *حقوق ثبت اسناد و املاک*، چاپ چهل و دوم، تهران، جهاد دانشگاهی، ۱۳۹۴ ش.
۲۲. شهری، غلامرضا و دیگران، *مجموعه تنقیح شده قوانین و مقررات حقوقی*، چاپ دوم، تهران، روزنامه رسمی، ۱۳۸۸ ش.
۲۳. شهیدی، سیدمهدی، *سقوط تعهدات*، چاپ چهارم، تهران، حقوقدان، ۱۳۷۷ ش.
۲۴. طباطبایی بحر العلوم، سیدمهدی بن مرتضی، *مصابیح الاحکام*، قم، میثم تمار، ۱۴۲۷ ق.
۲۵. علامه حلی، جمال‌الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۲۶. عمید، حسن، *فرهنگ فارسی عمید*، چاپ سی و هشتم، تهران، امیرکبیر، ۱۳۹۰ ش.
۲۷. فیض، علیرضا، *مبایذی فقه و اصول*، چاپ شانزدهم، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۳ ش.
۲۸. قرشی، سیدعلی‌اکبر، *قاموس قرآن*، قم، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۵۴ ش.

۲۹. کاتوزیان، ناصر، دوره *مقدماتی حقوق مدنی*، چاپ چهل و ششم، تهران، میزان، ۱۳۹۴ ش.
۳۰. کاظمی خراسانی، محمدعلی، *فوائد الاصول*، تقریرات دروس محمدحسین غروی نائینی، تحقیق و تعلیق آغا ضیاءالدین عراقی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۹ ق.
۳۱. کریمی، حسین، *اصل الاصول*، قم، اشراق، ۱۳۷۵ ش.
۳۲. کریمی، عباس، *ادله اثبات دعوا*، تهران، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۸۶ ش.
۳۳. مشکینی، میرزاعلی، *اصطلاحات الاصول*، چاپ ششم، قم، الهادی، ۱۴۱۶ ق.
۳۴. مصطفوی، سیدمحمدکاظم، *مائة قاعدة فقهیه*، چاپ چهارم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۱ ق.
۳۵. مظفر، محمدرضا، *اصول فقه*، چاپ سوم، بی جا، دار النعمان، ۱۳۸۶ ش.
۳۶. معین، محمد، *فرهنگ فارسی معین*، چاپ بیست و ششم، تهران، امیرکبیر، ۱۳۸۸ ش.
۳۷. موسوی خمینی، سیدروح الله، *تحریر الوسیله*، چاپ چهارم، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۹۲ ش.
۳۸. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *موسوعة الامام الخوئی*، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۱۸ ق.
۳۹. موسوی گلپایگانی، سیدمحمدرضا، *القواعد الفقهیه (افاضة العوائد)*، بی جا، بی نا، بی تا.
۴۰. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۴۱. نراقی، احمد بن محمد مهدی، *مستند الشیعة فی احکام الشریعه*، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۵ ق.

موجز المقالات

تعهد الطبيب المعالج بإشعار الأصحاء؛ دراسة مقارنة في القانونين الإيراني والأمريكى

- عاطفة أجرى آيسك (أستاذة مساعدة بجامعة بيرجند)
- صديقه محمد حسنى (طالبة دكتوراه في القانون الخاص بالجامعة الرضوية للعلوم الإسلامية)
- سيد على رضوى (دكتوراه في القانون الخاص)
- سيد حسن وحدتى شبيرى (أستاذ مشارك بجامعة قم)

من تعهدات الطبيب المعالج أن يُشعر الأصحاء الذين يتعرضون لمخاطر جادة من قبل المرضى؛ الأمر الذى يؤدى دوراً مهماً فى حفظ صحة المجتمع العامة والارتقاء بها. وفى حالات انتشار الأمراض المتفشية الفتاكة يقع هذا التعهد على عاتق الجهات الرسمية العليا مثل وزارة الصحة مع عدم الكشف عن أسماء المرضى. وفور تشخيص المرض الخطير، يجب على الطبيب المعالج أن يعلن اسم المريض للأصحاء الذين يحدق بهم الخطر. وشهد القانون الأمريكى لأول مرة التعهد بالإشعار مع كشف اسم المريض فى ملف «تاراسوف». حدّد القانون الأمريكى معايير وأطر هذا التعهد الذى يُستثنى فيه مبدأ حفظ الأسرار والتكتم فى قانون الطب. على الرغم من أهميّة الموضوع، فإنّ القانون الإيراني يخلو من

حكم صريح في هذا المضمار، لكن هناك قوانين تحمل دلالات ضمنية على هذا التعهد وبالإضافة إلى تلك القوانين، يمكن تبني هذا الإلزام في ضوء بعض القواعد الفقهيّة مثل وجوب الحفاظ على أرواح المسلمين. ناهيك عن أنّ هذا التعهد يؤمّن المصالح الملزمة التي أكدتها الشريعة الغراء، مثل حفظ النفس وحفظ المال. لذلك حتّى لو افترض عدم تبني هذا الإلزام، والطعن وفي الدلالة الأويّة على وجوبه، فإنّه بمقدور الحاكم الإسلاميّ لأجل تأمين المصالح الفرديّة والاجتماعيّة، أن يكلف الطبيب المعالج بذلك التعهد وفق الضوابط والشروط المحدّدة. وبما أنّ تعهد الإشعار مستثنى من مبدأ حفظ الأسرار والتكتم، فلا شك أنّ من الضرورة بمكان تحديد تلك الشروط والضوابط بما فيها تحديد الأمراض اللازمة للتعهد وتحديد الأصحاء المعيّنين، بالاستعانة بضوابط، منها «قابليّة المعرفة».

الكلمات الأساسيّة: تعهد الإشعار، حفظ الأسرار والتكتم، الطبيب، المريض، الأصحاء.

الزواج بالرببية على أساس مبدأ سيادة الإرادة

في منظور الإسلام والقانون الفرنسيّ

- إسماعيل باقریان خوزانّي (طالب دكتوراه في قسم الشريعة الإسلاميّة بجامعة آزاد الإسلاميّة)
- محمّد هادي مهديّ (أستاذ مساعد في قسم القانون بجامعة آزاد الإسلاميّة، فرع نجف آباد)
- مسعود راعي (أستاذ مشارك في قسم القانون بجامعة آزاد الإسلاميّة، فرع نجف آباد)
- أحمد توكلّي (أستاذ مساعد في قسم الشريعة الإسلاميّة بجامعة آزاد الإسلاميّة، فرع نجف آباد)

يُعَدّ الزواج بالرببية وإمكانه أو عدم إمكانه إحدى القضايا الشائكة في قانون كثير من الدول بما فيها إيران. وعلى نقيض الدول الإسلاميّة، أقرّت تونس التي تحذو حذو القانون الفرنسيّ، القرابة الناجمة عن التبني وتداعياتها، بما فيها منع الزواج بالرببية. سلّط كاتبو المقال بالمنهج الوصفيّ - التحليليّ الضوء على آراء علماء الإسلام والقانون التونسيّ والفرنسيّ، موجّهين النقد إليها كلّها، على أساس مناط الحكم بجواز الزواج بالرببية، ويرون أنّ الفقه الإسلاميّ اتخذ من هذه القضية موقفًا أرقى بكثير من معظم الأنظمة القانونيّة، إذ أخضع الأمر لإرادة طرفي التبني معًا، واحترم حرّيتهما في الإرادة وهي من بديهيات حقوق الإنسان؛ بينما سنّ النظامان القانونيّان المذكوران ما يناقض هذا الأمر

البديهي. هذه الدراسة التحليلية بوصفها نظريّة، تخلّص مذهب مشهور الفقهاء من وابل الإشكاليات والشبهات، وهي صالحة لعرضها في سياق كراسي التنظير أيضًا. الكلمات الأساسية: الريبة، القيم، الزواج، سيادة الإرادة، تونس، فرنسا.

وقفة تأمل في صلة عقد الرهن وعقد الوثيقة

دراسة نقدية في تطوّر مفهوم توثيق الأموال

من الرهن التقليديّ إلى الوثيقة في القانون الحديث

- جمشيد جعفر بور (أستاذ مشارك بكلية القانون والعلوم السياسيّة بجامعة خوارزمي)
- سعيد سياه بيدي كرمانشاهي (طالب دكتوراه في القانون الخاصّ بجامعة طهران)

تُظهر البحوث التاريخية أنّ فقهاء الإمامية لم يفرّقوا بين الرهن والوثيقة كعقدين منفصلين مستقلّين؛ بل فسّروا الرهن بوثيقة الدين؛ لكن بالنظر إلى قيود عقد الرهن في النظام القانوني الإيراني، وعدم إمكان استخدام الرهن في بعض الأموال أو التعهّدات، فقد حاول بعض الباحثين إزالة تلك القيود بتقديم نظريات حديثة، ومنها ثنائية عقد الرهن والوثيقة. فلو أمكن إثبات سمتين اثنتين لعقد الوثيقة في القانون وهما امتلاك اسم معيّن والشروط والأحكام الخاصّة، يمكن الاستنتاج بأنّ العقد المذكور أحد العقود المعيّنة. تبين دراسة القانون أنّ في كثير من الحالات التي لا يمكن فيها عقد الاتفاقية في إطار عقد الرهن لغياب أحد الشروط، استخدم المشرّع لفظ «الوثيقة». تتفع هذه القوانين من جهتين، الأولى أنّها تُثبت أنّ اسم عقد الوثيقة يتمتّع بطابع قانوني، واستُخدم في مختلف القوانين مرارًا، والثانية أنّ المشرّع استخدم لفظ الوثيقة في حالات غياب أحد شروط عقد الرهن، معرضًا عن لفظ الرهن، وبهذا استحدث مصطلحًا في عالم القانون. الكلمات الأساسية: الرهن، الوثيقة، العقد المعيّن، قانون التجارة، قانون المعادن.

الفتوى المعيار في التقنين؛ الانطباق مع المصالح الإلزامية

- محسن جهانگيرى (أستاذ مشارك بالجامعة الرضوية للعلوم الإسلامية)
 - محمّد عليّ بنائى خير آبادي (طالب دكتوراه في الفقه الجزائيّ بالجامعة الرضوية للعلوم الإسلامية)
- لقد شهد الفقه الشيعيّ ازدهارًا كبيرًا إذ استطاع الاستجابة للحاجات الفردية، الأمر الذي

أفضى إلى حدوث بون شاسع بينه وبين النظرة الاجتماعية. وليس كتاب الاجتهاد والتقليد بمستثنى عن هذه القاعدة. ولذلك فإنّ القضايا التي نوقشت من منظور فرديّ، تواجه طريقاً مسدوداً لدى التفاتها بالقضايا الاجتماعية، ممّا يتعدّد حلّها بمنهجية الفقه الفرديّة. وفي طليعة تلك القضايا الشائكة انطباق القوانين المقرّرة مع الأحكام الإسلاميّة. فالتشريع لم يحظْ بالأهميّة القصوى في الفلسفة السياسيّة الكلاسيكيّة فحسب؛ بل يُعدّ في عصر الحداثة قلب الديموقراطيات الحديثة. وفي هذا المضمار مسائل ومواضيع شتى، إحدى أبرزها هي موضوع «الفتوى المعيار في التشريع»: أيّ إنّه إذا اختلفت الفتاوى فبأىّ منها يتمّ تقييم إسلاميّة القوانين المقرّرة؛ بفتوى الفقيه الحاكم، أو بفتوى الأعلّم، أو بفتوى فقهاء مجلس صيانة الدستور، أو بالفتوى الفاعلة، أو بالاحتياط، أو بفتوى المشهور. هذا المقال تناول هذه الآراء والمواقف وما تعانيتها من الإشكالات الأساسيّة، ثمّ كشف عدم التنسيق بين المنظورين الفرديّ والاجتماعيّ في استنباط الأحكام من جهة، واقترح من جهة أخرى نظريّة الفتوى المنطبقة مع «المصالح الإلزاميّة»، ممهّداً ما يوافقها من بعض الرؤى النظرية. ومن الأسس النظرية لهذه النظرية تقليص الإلزام بالفتوى الخاصّة في التشريع، إلى الحالات التي تتعيّن فيها المصالح الإلزاميّة، وإيضاح كيفية الترخيص في العمل على وفق الفتوى في جملة من القوانين المتعلّقة بالشؤون الشخصيّة.

الكلمات الأساسيّة: التشريع الإسلاميّ، الفتوى المعيار، المصالح العامّة، تقنين الفقه.

مبادئ الضرر غير المباشر القابل للتعويض

في القانونين الإيرانيّ والبريطانيّ

- مجتبي زمانى (طالب دكتوراه في القانون الخاصّ بجامعة آزاد الإسلامية، فرع مدينة قدس)
- سهيل طاهريّ (أستاذ مساعد بجامعة آزاد الإسلامية، فرع مدينة قدس)
- پژمان بيروزيّ (أستاذ مساعد بجامعة آزاد الإسلامية، فرع مدينة قدس)
- عليرضا مظلوم رهنىّ (أستاذ مساعد بجامعة آزاد الإسلامية، فرع مدينة قدس)

يرتكز القانون الإيرانيّ في مجال الضرر غير المباشر، على قاعدة عامّة تفيد استحالة التعويض. وعلى الرغم من ذلك، ترجّح حقوق المسؤوليّة اليوم استثناء بعض الأضرار؛

لتعدّها قابلة للتعويض . وفي هذا الصدد يقرّ القانون البريطاني أنّه لو قدّر الطرفان الضرر غير المباشر، يمكن التعويض عنه. ثمّة نظريّات في القانون البريطاني تمّ تثبيتها في السوابق القضائية تدريجيّاً. تمثّل تلك النظريّات مبدأً للتعويض عن الضرر غير المباشر، وتبرّر التعويض عنه بشكل أو بآخر، ومنها: الإخلال الفعّال في العقد، والنفع المتوقّع، والفائدة على الاعتماد، واسترداد التعويض عن الخسائر، ومبدأ التعويض الكامل عنها. أمّا القانون الإيراني، فعلى الرغم من أنّه أكّد على ضرورة كون الضرر مباشرًا؛ إلّا أنّ هناك قواعد فقهية وقانونية متينة يمكن اللجوء إليها حيث تسوّغ لنا بصورة استثنائية اعتبار الأضرار غير المباشرة التعاقدية وغير التعاقدية، قابلةً للتعويض . إذن يمكن للقانون الإيرانيّ التعويض عن الضرر غير المباشر، باعتماد قواعد ومبادئ؛ منها: السببية، لا ضرر، الاحترام، المعاملة بالمثل، وبناء العقلاء .

الكلمات الأساسية: الخسارة، الضرر، المسؤولية، قابلية التعويض .

الإمكانية الفقهية لطبيعة عقد سي إف دي للبضائع؛ دراسة فقهية

- زهراء سهراب بيگ (طالبة دكتوراه في القانون الخاصّ بجامعة آزاد الإسلامية، فرع كرمانشاه)
- سعيد خردمندي (أستاذ مساعد في قسم القانون الخاصّ بجامعة آزاد الإسلامية، فرع كرمانشاه)

أسفر نموّ المجتمعات الإنسانيّة وازدياد احتياجاتها بموازاة تطوّر الاتصالات عن نشوء نشاطات تجارية واقتصادية خاصّة متحرّرة عن القيود السابقة، تحقّق فرص الربح الأكبر بأقلّ استثمار من أيّ رقعة في العالم. يتيح لك تداول سي إف دي أو عقود الفروقات اتّخاذ الصفقات حسب سعر الأداة الماليّة بدون امتلاك الأصل الأساسي. إحدى الميزات لعقود الفروقات هي أنّها تمكّن المستثمر من الاستفادة من هبوط الأسواق وكذلك ارتفاعها. العقود الفروقية تشمل أدوات ماليّة كثيرة، من ضمنها المؤشّرات والأسهم والعملات والسلع والسندات (الأوراق الماليّة). أحد أهمّ العقود الفروقية وأكثرها تداولاً وانتشاراً هو تداول سي إف دي بتعلّق ببضائع من قبيل الذهب، والفضّة، والنفط، والغاز... وغنّى عن القول أنّ هذا العقد الجديد لم يخضع بعدُ لدراسة قانونية وفقهية، وتكتنفها شبهات كالربا، والقمار، والجهل وإشكاليّات قانونية كالإبهام في طبيعة العقد ونوعه، لا سيّما في ضوء نظامنا القانونيّ المستمدّ من فقه الإمامية. استهلّ هذا المقال

بإلقاء الضوء على وضع عقد الفروقات المتعلّق بالبضائع ودراسة ما يحوم حولها من إشكاليّات وغموض. ثمّ تناول المقال الصياغة القانونيّة الملائمة والسبل والآليّات الكفيلة برفع الإشكاليّات القانونيّة والفقهية. ونظرًا إلى منهج القانون المدنيّ وما خوّله الشارع المقدّس بشأن مبدأ حرّيّة العقود، فإذا تمّ تفسير طبيعة هذه العقود في سياق عقد الصلح، فلا تتحلّ مشكلة عدم التطابق مع العقود المعيّنة فحسب، بل لا وجه من الأساس للشبهات الشرعيّة المذكورة.

الكلمات الأساسيّة: عقد الفروقات، سى إف دى، الأداة المتفرّعة، سى إف دى للبضائع، الإيجار، الجعالة، عقد الصلح.

إدارة الحسبة لأزمة الإفلاس فى ضوء القانون الاقتصادى الإسلامى

□ محمّد صادقى (دكتوراه فى القانون الخاص)

□ سبحان عباس پور (طالب دكتوراه فى القانون الخاص بجامعة آزاد الإسلامية)

تستدعى إدارة أزمة الإفلاس تخطى حدود القانون الخاص وقانون الإفلاس، لما فيها من جوانب اقتصاديّة وإداريّة تستحقّ العناية. إذ إنّ القوانين الخاصّة بالإفلاس، تصبّ فى معظم الحالات لصالح الغرماء وصيانة حقوقهم، وقلّما تعتنى بتوفير الحماية للنشاط التجارىّ. مهما يكن من أمر، فالأنظمة القانونيّة تتناول هذه القضية على أساس الأولويّات، وتقرّ ضوابط لها. يمكن تقييم نظريّة القانون الاقتصادى الإسلامى فى إدارة هذه الأزمة واحتوائها، على أساس الأمور الحسيّة، وتحليل أدائها ووظيفتها فى هذا الشأن. يسلّط هذا البحث الضوء على جوانب الموضوع بغية تقدير اندراج الإفلاس تحت الأمور الحسيّة، ويدرس تحديّات الأمور الحسيّة فى إدارة أزمة الإفلاس ناهيك عن فاعليّتها ونجاحتها فى هذه العمليّة. وعلى ما يبدو، بالإضافة إلى صيانة الحقوق الخصوصيّة للغرماء، ينطوى القانون الاقتصادى الإسلامى على آليّات حسيّة توقّر الحماية للمؤسّسات والكيانات، وفى ضوء القانون يُتوّّع من مؤسّسة الحسبة توفير الحماية للمفلسين، والجدير بالانتباه أنّ تلك الآليّات وميزاتها، بغضّ النظر عن حماية الدائنين، تركت تأثيرًا ملحوظًا فى إعادة تفعيل الكيانات والمؤسّسات المتعطّلة وديمومتها. بعبارة أخرى، إنّ الأمور الحسيّة فى القانون الإسلامى، كما تتمتع بمقبوليّة ثنائيّة خصوصيّة - عموميّة،

تمتلك آليات متعدّدة لإدارة أزمة الإفلاس، بما فيها الآليات الداعمة والبديلة (الاستقراض، الصلح، القرض الحسن، بيت المال، الضمان، المهلة العادلة، انتقال التعهّد).

الكلمات الأساسية: الأمور الحسبيّة، الحسبة، الإفلاس، عدول المؤمنين، اتّجاه حماية المؤسّسات والكيانات، اتّجاه حماية الدائنين، الحقوق.

التحقّق من تعميم شهادة الكافر على المسلم في الدعاوى المدنية

- أبو الفضل عليشاهي قلعه جوقى (أستاذ مشارك بجامعة فرهنجيان، طهران)
- منصور غريب پور (أستاذ مساعد بجامعة ياسوج)
- فرخنده محمدى (ماجستير في الفقه ومبادئ القانون الإسلامى)

تُعَدّ الشهادة أحد أدلّة إثبات الدعوى المعترف بها في الأنظمة القانونيّة كلّها. وللشهادة حالات، إذ تكون تارة بين المسلمين أنفسهم، وتارة أخرى يشهد المسلم على الكافر، وحيناً يشهد الكافر على المسلم، وحيناً آخر يشهد الكافر على الكافر. وطبقاً للأدلة الفقهيّة، فشهادة المسلم على الكافر مقبولة، والعكس غير صحيح حيث إنّ شهادة الكافر على المسلم في الدعاوى القانونيّة المدنيّة مرفوضة على أساس الأدلّة والشواهد القرآنيّة والروايات المأثورة؛ ولذلك لا يُقبَل في فقه الإماميّة، عموم شهادة الكافر في الشؤون القانونيّة على المسلم كانت أم له، وهي غير صحيحة كم تفيد الأدلّة. أمّا شهادة الكافر على المسلم فيما يتعلّق بالوصيّة فهي مقبولة على وفق الأدلّة المستمدّة من القرآن الكريم والرياء الشريفة، وإنّما قبل الفقهاء شهادته في وصيّة المسلم استناداً إلى الأدلّة المذكورة. يبدو أنّ قبول شهادة الكفّار أوسع من أن تُحصَرَ في خانة الوصيّة، بل يمكن الاستنتاج بأنّ شهادتهم مسموحة وفق شروط خاصّة في الوصيّة وفيما عداها من الأمور، والذي يؤيّد هذه النتيجة هو الطعن في الاستناد إلى عموم بعض الآيات القرآنيّة (لنفي عموميّة شهادة الكافر) وأيضاً عموم التعليل المذكور في بعض الأحاديث الشريفة. لذلك تناول هذا المقال بمقاربة نقدية أدلّة رفض شهادة الكافر في غير الوصيّة، وأيضاً أدلّة جواز قبول شهادة الكافر الذمى في خصوص الوصيّة، كما سلّط الضوء على إمكان تعميم شهادة الكافر في غير الوصيّة، وخلص بمنهج تحليلي - استنباطي إلى إمكان التعميم مستعيناً بالتمسك بالتعليل المستفاد من الروايات الشريفة، وتنقيح المناط القطعي، وقياس الأولويّة.

الكلمات الأساسية: الشهادة، الكافر الذمّي، الوصيّة، المسلم، نفى السبيل.

الاعتراف بالطلاق بالعرض بصفته أحد أقسام الطلاق

في فقه الإمامية والقانون المدني

- محمّد فرزانگان (أستاذ مساعد في قسم القانون الخاص بجامعة مازندران، بابلسر)
 - سمية ظهوري (أستاذة مساعدة بجامعة گلستان)
 - سيد حسن حسينيّ مقدّم (أستاذ مساعد في قسم القانون الخاص بجامعة مازندران، بابلسر)
- من القضايا الخلافية الدائرة في الأوساط الفقهية حول الطلاق أنه هل ينحصر الطلاق الذي يتمّ مقابل دفع عوض من قبل الزوجة إلى الزوج، في طلاق الخلع والمباراة فقط، أم أنه يمكن الاعتراف بنوع ثالث من الطلاق يُعبّر عنه بالطلاق بالعرض بالمعنى الخاصّ أو طلاق الفدية. يرى مشهور الفقهاء على أساس بعض الآيات القرآنية والروايات المأثورة أنّ أخذ الفدية مقابل الطلاق إنّما يجوز للزوج حال وجود الكراهة (الخلع والمباراة)، وأفتوا بعدم حلية الفدية ورجعية الطلاق حال عدم الكراهة، بيد أنه يبدو في ضوء موقف غير المشهور من الفقهاء أنّ الكراهة لا تُعدّ شرطًا لازمًا للطلاق في مقابل الفدية؛ بل الشرط الوحيد في الطلاق مقابل دفع العوض هو وجود مخاوف من انتهاك الحدود الإلهية بين الزوجين، وهذا أعمّ من حالات الكراهة، ويمكن نقض حدود الله تعالى وقبول الطلاق بالعرض، من دون الكراهة أيضًا. إذن لو أخذ بعين الاعتبار عدم مانع شرعيّ وقانونيّ وعمومات مثل عقد الصلح، يمكن الحكم بصحة هذا الطلاق. توافق الكلمات الأساسية: الطلاق بالعرض، الفدية، الكراهة، الحدود الإلهية، توافق الزوجين.

تقييم شرط إدخال غير الموقوف عليهم في الوقف

- محمّد حسن قاسميّ (أستاذ مساعد في قسم الفقه ومبادئ القانون بالجامعة الرضوية للعلوم الإسلامية)
 - غلامرضا يزدانيّ (أستاذ مساعد في قسم القانون بالجامعة الرضوية للعلوم الإسلامية)
 - مجيد أستاذ مؤدّب خوشرو (طالب مستوى ثالث حوزويّ بمدرسة النواب العلمية العليا)
- الوقف عملية حقوقية تنقطع فيها صلة الواقف عن المال الموقوف بعد الإنشاء،

ولا يبقى له أى حقّ عيني فيما وقفه من المال. ومن هنا أثيرت علامة استفهام مفادها: أيمن للواقف أن يشترط ضمن الوقف بأن يضيف آخرين في المستقبل إلى قائمة الموقوف عليهم، أم لا؟ فإن كان الوقف مطلقاً يكاد يذهب جمهور المحقّقين والفقهاء إلى انعدام إمكانية ذلك بحجّة انقطاع صلة الواقف بالأموال الموقوفة. لكن إذا اشترط الواقف إمكان زيادة عدد الموقوف عليهم لاحقاً، فالآراء متضاربة. فترى طائفة بطلان الشرط من الأساس، وعليه لا يمكن إلحاق آخرين إلى الموقوف عليهم. وفي المقابل ترى طائفة أخرى صحّة الشرط، معترفة بحقّ الواقف بموجب قولهم: «المؤمنون عند شروطهم». خلصت هذه الدراسة الوصفية التحليلية إلى بطلان الشرط إذا أفاد الشرط صلاحية الواقف فى التصرف فى الوقف وإدخال من يرتئى فى قائمة الموقوف عليهم.

الكلمات الأساسية: الوقف، الموقوف عليهم، الواقف، الشرط.

دراسة تحليلية فى «حقّ الحجز» فى الأسرة بالتركيز على «فرض إعسار الزوج»

- عبّاس قاسمى حامد (أستاذ بجامعة الشهيد بهشتى)
- محمّد علىّ سعيدى (أستاذ مساعد بالجامعة الرضوية للعلوم الإسلامية)
- مصطفى شاهبازى (طالب دكتوراه فى القانون الخاص بالجامعة الرضوية للعلوم الإسلامية)
- محمّد علىّ قوامى نيا (ماجستير فى علوم القرآن والحديث)
- على رضا متين نيا (ماجستير فى القانون الدولى)

تبني القانون المدنى الإيرانى، فى ضوء القواعد الفقهيّة، ضمانات تنفيذيّة تفادياً لنقض الالتزامات التعاقدية. تنقسم هذه الضمانات التنفيذيّة إلى قسمين: قانونى وتعاقدى. أقرّ المذهب القانونى الإيرانى حقّ الحجز باعتباره أحد الضمانات التنفيذيّة؛ للحؤول دون نقض الالتزامات التعاقدية. وإن كان هذا المصطلح يحيل فى الوهلة الأولى إلى الالتزامات الماليّة؛ إلا أنّ المشرّع اعترف بالحقّ المذكور فى الأسرة كآلية ضامنة. والسؤال الرئيس فى هذه الدراسة هو هل يمكن إقرار هذا الحقّ كآلية ضامنة فى الأسرة ولا سيّما فى حالة إعسار الزوج، أم لا؟ وفى ضوء دراسة المعايير

الرئيسة للضمان التنفيذي الكامل، وتدايعات «حقّ الحجز» في الأسرة، يمكن التوصل إلى أنّ حقّ الحجز لا يفتقر إلى بعض المعايير والمؤشّرات الرئيسة للضمان التنفيذي التعاقدى الكامل فحسب؛ بل تعقبه تدايعات تقوُّض مؤسّسة الأسرة بحيث يقود هذه المؤسّسة المقدّسة نحو مغابنة حتّى تززع أركان الأسرة. وهذه المشكلة تتفاقم في حالة إفسار الزوج. هذا وقد اعتمد الباحثون في هذا المقال على التحليلات المنطقية القانونية - الفقهية.

الكلمات الأساسية: حقّ الحجز، حقّ الامتناع، الضمان التنفيذي القانوني، تسليم المهر، تسليم البضع.

نفص الإبهام عن مفهوم الشرع واستخدامه في الدعاوى المدنية والتحكيم

- محسن كاظمي (طالب دكتوراه في القانون الخاص بجامعة آزاد الإسلامية، فرع خرم آباد)
- بهرام تقى پور (أستاذ مساعد في قسم القانون الخاص بجامعة خوارزمي، طهران)
- عليرضا صالحى فر (أستاذ مساعد في قسم القانون الخاص بجامعة خوارزمي، طهران)

يعتور الإبهام مفهوم الشرع واستخدامه في المحاكم وعملية التحكيم. بناءً على روح القانون ومساره المتكامل فإنّ المراد بالشرع في القوانين الراهنة مفهوم مستقلّ عن القانون، والنظم العمومي والأخلاق الحسنة، وبالطبع لم تُستخدَم هذه المفردة في القوانين، بشكل صحيح. وتوظيفياً، بعد التثبت من عدم مشروعية الدعوى، لا يجب الاعتماد على نصّ القانون أى المادة ٨٩ لقانون المرافعات المدنية القاضية بصدور قرار ردّ الدعوى. كذلك إذا استند طرفا الدعوى إلى الشرع وأرادا في محاكم الاستئناف والمحكمة العليا، الاحتجاج على القرار الأوّلي، فإنّ الاحتجاج يقتصر على الآراء الأوّلية التي صدرت في حال صمت القانون وبلاستناد إلى الشرع. إضافة إلى ذلك، يمكن وضع الإبهام الناجم عن مفهوم الشرع في القوانين، تحت المجهر فيما يخصّ مجال التحكيم. كذلك سلط المقال الضوء على موقف الحَكَم من الشرع، وواجب المحكمة لدى النظر في الاحتجاج على رأى الحكم إن خالف الموازين الشرعية.

الكلمات الأساسية: الشرع، القانون، الإرادة، المحكمة، التحكيم.

دراسة إمكانية الاستناد إلى القاعدة «الحرام لا يحرم الحلال»

فيما يتعلّق بالزنا في باب النكاح في ضوء المادة رقم ١٠٥٥ ق.م.

- مهديّ معظّمىّ گودرزىّ (طالب دكتوراه فى القانون الدولىّ بالجامعة الرضويّة للعلوم الإسلاميّة)
- سيّد محمّد حسن موسوىّ خراسانىّ (أستاذ مساعد بالجامعة الرضويّة للعلوم الإسلاميّة)
- ميثم خزائىّ (أستاذ مساعد فى قسم القانون بجامعة آية الله العظمى البروجردىّ)
- حجة پولادين طرقيّ (طالب دكتوراه فى القانون الخاصّ بالجامعة الرضويّة للعلوم الإسلاميّة)

تعدّ القاعدة الفقهيّة «الحرام لا يحرم الحلال» من القواعد الفقهيّة التّصنيفيّة المتعلّقة بالنكاح، والتي لا يحوم شكّ حول سندها؛ لكن أثّرت نقاشات دلاليّة كثيرة حول مفردتى الحلال والحرام فى القاعدة. يذهب معظم فقهاء الإماميّة إلى أنّ «الحلال» فى القاعدة أعّم من الحلال الفعلىّ والشأنىّ. كما أنّ مشهور الفقهاء يرون أنّ الحرمة المقصودة فى القاعدة تنطبق على خمسة أمور هى: الزنا، واللواط، واللمس، والنظر، والوطى بالحرام. والخلاف بين القوم يدور حول ما إذا كانت القاعدة قابلة للتطبيق على الزنا أم لا. ألقت هذه الدراسة الوصفية - التحليلية الضوء على الموضوع وبالأستناد إلى القاعدة المذكورة وأدلة خاصّة أخرى، خلصت إلى أنّ الزنا (زنا أحد الزوجين أو زنا المحصنة - وإن كانت مصرّة على الزنا) إذا كان طارئاً على العقد، فلن يؤثّر على عقد الزوجة (مدخول بها أو غير مدخول بها) مطلقاً. كذلك تُطبّق القاعدة المذكورة إذا سبق الزنا العقد، وكان الزنا من قبيل الحلال الشأنىّ أيضاً. وهذا ما يُستنبط من المادة رقم ١٠٥٥ من القانون المدنىّ الإيرانيّ. الكلمات الأساسيّة: الزنا، الزنا السابق على النكاح، الزنا اللاحق بالنكاح، النكاح.

التحقّق من أمانة بطاقة المركبة فى إثبات ملكيّتها

(دراسة تحليليّة فقهيّة وقانونيّة حول تضارب الأمارات والأدلة فى ملكيّة المركبة)

- سيّد أحمد مير خليليّ (أستاذ مساعد بجامعة ميبد)
- أردوان أرژنگ (أستاذ مشارك بجامعة ميبد)
- نصر الله جعفرىّ (أستاذ مساعد بجامعة ميبد)
- مجيد قاسميان مزار (طالب دكتوراه فى القانون الخاصّ بجامعة ميبد)

يتمّ إثبات ملكيّة المركبة بأدلة متنوّعة محتملة التعارض؛ بحيث قد تتعارض الوثائق

الرسمية أو العادية مع بعضها أو مع الأمارات. فإذا حصل تعارض بين الوثائق والأمارات (أمارة التصرف)، فالمعول على الوثيقة على افتراض التزامن (الوحدة الزمنية)، لأن هناك أدلة إيجابية تثبت الوثيقة، بما فيها دلالة الوثيقة، وأخرى سلبية كتعارض الفرض المخالف مع القواعد. فلو افترض عدم وحدة الزمان، يفضّل البعض الوثيقة لاعتبار مطلق الأمارة. فتفضيل الوثيقة في هذا الفرض، مدعّم بما في الفرض السابق من الأدلة. بعد نقاش طويل في أدلة الاعتراف بالبطاقة الخضراء للمركبة وثيقة توصل الباحثون إلى أنّ الجزء (الدالّ على ملكية لوجة المركبة) الذي تصدر الشرطة في إطار صلاحيّاتها وسلطاتها قانونياً وحصراً، يُعدّ الوثيقة الرسمية المعترف بها، أمّا الجزء الآخر المتعلّق بملكية المركبة فلا يُعترف به وثيقة رسمية. إلا أنّ الباحثين اعترفوا بالبطاقة الخضراء للمركبة استناداً إلى قاعدة التغليب - كمبدأ للاعتراف بالأمارات - ولعدم انحصار الأمارات في الحالات المحددة والمعروفة سابقاً. وتلك أمارة قويّة وعقلانية تستمدّ قوتها من أكثر الحالات، وتصرف معظم المتعاملين، وتدلّ على نقل ملكية المركبة. وبالطبع يمكن لإثبات نقيض هذه الأمارة والطعن فيها كغيرها من الأمارات.

الكلمات الأساسية: التعارض، الوثائق، أمارة التصرف، البطاقة الخضراء، المركبة.



conjectural proofs (ownership amara) in the supposition of the simultaneousness, with the Corroborative evidences such as the document proof and negative evidences such as the inconsistency between the opposite supposition with the maxims, the document takes priority over amara. In the supposition of the different times some prefer amara because of its absolute validity. The preference of the document in this supposition is supported by the proofs of the previous mentioned supposition. The debate and argument about the evidences of the vehicle green card it is resulted that the part (the part which proves the owner of the vehicle plate) which police legally and exclusively have the authorization to establish it has been believed that the formal document and the other part (the part shows the vehicle ownership) it is not believed the formal instrument. But pursuant to the Islamic prevalent maxim -as the basis for the validation of ammarat- and because the ammarat are not restricted to the mentioned and known ones it is thought that green card is amara. It is a strong and logical amara which owes its power and effectiveness to the most cases and the behavior of most contract parties and it indicates the transfer of the vehicle ownership. Of course like other evidences and amara, the way to prove the opposing side is not blocked.

Keywords: *Contradiction, Documents or instruments, Ownership, Vehicle green card, Vehicles.*

that if the act of Zina occurs after the lawful marriage contract the act of adulterer and adulteress and also a married woman who commits zina Even she insists on it for this determined maxim and the other proofs has no effect on the lawful contract (Arabic: عقد aqd) of the married woman (having sexual relations or not having with). Also is zina is before the marriage contract and the case of zina being potential halal this maxim is effective. This is the outcome which is resulted from Article 1055 of the civil code of Iran.

Keywords: *Zina (Unlawful sexual intercourse), Zina preceding the lawful marriage, Zina subsequent the lawful marriage, Marriage.*

The Validation of Amara (Authorized Conjectural Proof) of Vehicle ID Card to Prove Vehicle Ownership (Legal and Jurisprudential Analysis about the Contradiction between Authorized Persuasive Evidences and Certain Evidences in Vehicle Ownership)

- *Sayyed Ahmad Mirkhalili (Assistant professor at Meybod University)*
- *Ardavan Arzhang (Associate professor at Meybod University)*
- *Nasrollah Jafari (Assistant professor at Meybod University)*
- *Majid Ghasemian Mazar (A PhD student in Private Law)*

The ownership of a vehicle can be proved by different proofs. The contradiction between these proofs is possible and probable. The contradiction between formal or conventional instrument and authorized conjectural proofs (ammarat) or with each other are types of these contradictions. In the contradiction between documents and authorized

The Feasibility of Adducing to the Islamic Legal Maxim “الحرام لا يحرم الحلال” the Next Prohibited Doesn’t Make the Preceding Permitted Be Unlawful Relating to Zina in Marriage Book with Compliance with Article 1055 of Civil Code of Iran

- *Mahdi Moazami Goudarzi (A PhD student in International Law)*
- *Sayyed Hasan Mousavi Khorasani (Assistant professor at Razavi University)*
- *Meytham Khazaei (Assistant professor at Ayatollah Ozma Borujerdi Univ.)*
- *Hojjat Pouladin (A PhD student in Private Law)*

The Islamic legal maxim “الحرام لا يحرم الحلال” the prohibited (Arabic: حرام unlawful) does not get the preceding permitted (Arabic: حلال lawful) is of the Islamic legal maxims which is on the basis of Particular injunction or text (nass) is related to the marriage book which has no fault from the point of its sanad (the chains of the narrator) but from the point of the content, many discussions have been propounded about the terms “حلال” and “حرام” (lawful and unlawful) according to the Islamic law. Majority of Imamiyah jurists believe that “حلال” lawful in the maxim includes both actual halal and potential halal. Also the well-known jurists believe that “حرام” unlawful which is indicated in the maxim are five instances: adultery, male homosexuality, illegal touching, unlawful gazing and relations. Since the opinions of Islamic jurists in the compliance or non-compliance of the maxim with adultery (Arabic: زنا Zinā) are dissimilar. Therefore, the present paper with descriptive-analytic method has studied the mentioned issues and has followed this outcome

The function and the concept of law in trials and adjudication has ambiguity. Based on the soul and the evolutionary process of law, the intent of Sharia (Arabic: *شروع* Islamic law) in the current rules is an independent concept from law, public order and good morality (desired virtuous values) but sometimes this term in the rules has not been used right (accurate). From functioning aspect, after realizing the illicitness of the claim (case), it should not be trusted in the appearance of law i.e. Article 89 of civil procedure code of Iran indicating issuing the abatement. Also referring to the Islamic law from both parties, court of appeal and supreme court of Iran in appealing to the initial judgment limits to the decisions that issuing of the initial decision depends on the silence of law and with referring to Islamic law has been issued. The ambiguity originated from the concept of Sharia (*شروع*) in the rules, it is possible to study in the area of the adjudication. In this paper it has been surveyed the duty of the adjudicator to the Islamic law and the duty of the court on adjudicating the appeal against the decision of the court (dispute) from the point of view of being in contrast to the Islamic law principles.

Keywords: *Sharia* (Arabic: *شروع* Islamic law), *Law*, *Will*, *Court* (Trial), *Adjudication*.



the breach of contractual liabilities. However, the title “contractual liabilities” has the primitive renunciation to financial liabilities, the legislator has identified the mentioned right as a guarantee mean in family institution. The main question of the present study is whether lien could play its role as a guarantee mean in family institution or not. By analyzing the linen characteristics, particularly in insolvency of husband and determining some of these characteristics of the mentioned right in recent condition, the result would be obtained that at least we can not consider this sanction in family if the husband is insolvent, however, there are doubts about the basis of this sanction in family institution. These doubts will be more severe by studying the main factors of desirable sanction and the negative consequences of “linen” in family, since it has some consequences in contrary to the family, so that this holy institution would be leaded to the lesion transaction which renders the family bases unsteady. This problem aggravates when the husband is insolvent. The issued question of this study has been deducted by the assistance of legal-jurisprudential logical analysis.

Keywords: *Lien, The right to refuse, Legal sanctions, Delievery of nupital gift, Surrender to sexual intercourse.*

Disambiguating the Concept and Application of Islamic Law to the Civil Procedure and Adjudication

- *Mohsen Kazemi (A PhD student in Private Law)*
- *Bahram Taqipour (Assistant professor at Kharazmi University)*
- *Alireza Salehifar (Assistant professor at Kharazmi University)*

is absolute, mostly, most of the researchers and Islamic jurists believe that for the interruption the relation between waqif with the waqf asset (mawquf), there is not the possibility of the inclusion and adding new persons to the beneficiaries of waqf. But there is disagreement between scholars if it is stipulated the inclusions of new persons to the beneficiaries of waqf. Some scholars believes that this clause is void therefore it is impossible to add new persons, in contrast to them, some other scholars believe that this condition is valid and the exigency of the believers must fulfill their conditions “المؤمنون عند شروطهم” makes waqif have this right. In this paper based on the analytic-descriptive method, this outcome has been taken that if the content of the provision is the authority of waqif to possess the waqf asset and to include everyone to the beneficiaries of waqf he desires, this provision is void.

Keywords: *Waqf (Endowment), The beneficiaries of waqf, Founder of waqf, Condition (Provision).*

Analysis of Lien in Family Institution with Emphasizing on Insolvency of Husband

- *Abbas Ghasemi Hamed (Full professor at Shahid Beheshti University)*
- *Muhammad Ali Saeidi (Assistant professor at Razavi University)*
- *Mostafa Shahbazi (A PhD of Private Law)*
- *Muhammad Ali Ghavami Nia (An MA of Quran & Hadith Sciences)*
- *Alireza Matin Nia (An MA of International Law)*

The civil law of Iran, considering jurisprudence, has predicted sanctions to prevent the breach of contractual liabilities. These sanctions are divided into two kinds of legal and contractual. Civil law doctrine of Iran has identified lien as one of the legal sanctions to prevent

that divorce is not permissible and it is revocable (raj'i). But according to the unwell-known jurists, it seems that within the revealed Quran verses and hadiths hate is not the necessary condition for divorce in compensation by fidya. But the only necessity for divorce in the payment of compensation ('iwad) is the fear of violating the divine law boundaries between spouses. This case includes hate and others. It is possible to occur the violation of the divine law boundaries without hate and to accept divorce for the payment of compensation ('iwad). Therefore, with paying attention to the lack of obstacle in Islamic law and law and the generalities such as sulh contract it can be considered the validity of such divorce.

Keywords: *Divorce for the payment of compensation ('iwad), Fidyah (Arabic: الفدية), Hate, The violation of the divine law boundaries, Couple (Husband and wife).*

The Validation of the Condition of the Inclusion of non-Beneficiaries in Waqf

- *Muhammad Hasan Ghasemi (Assistant professor at Razavi University)*
- *Gholam Reza Yazdani (Assistant professor at Razavi University)*
- *Majid Ostad Moadab Khoshrou (Student in 3rd level of howzeh-ye elmiyeh)*

Waqf is of the juridical acts after its establishment, the relation between founder of waqf (Arabic: واقف waqif) with the Waqf asset (Arabic: موقوف mawquf) is dissociated and there is no real right for waqif in relation to the waqf asset. Since there has been stated a question if waqif can stipulate a condition within the waqf that he can add new persons as beneficiaries of waqf or not in future. If the contract

people) in the issue of wills, it has examined and analyzed the possibility of generalizing unbelievers testimony to cases other than will and at the end with using the reason resulted from Islamic traditions, the definite (certain) tanqih al-manat (to extract the absolute or certain reason of hukm and extend to the similar cases) and a fortiori analog -qiyās- (Arabic: قياس اولويت) with analytic-inferring method, it has been reasoned the possibility of generality out.

Keywords: *Testimony, Dhimmī unbelievers, Will, Muslims, Nafi-e-Sabil (The principle of negation of ascendancy of non-Muslims over Muslims).*

The Acknowledgment of Divorce for Compensation (Talaq bi al-'Iwad) as a Type of Divorce in Imamiyah Fiqh and the Civil Code

- *Muhammad Farzanegan (Assistant professor at University of Mazandaran)*
- *Somayeh Zohouri (Assistant professor at University of Golestan)*
- *Sayyed Hussein Hussein Moqadam (Assistant prof. at Univ. of Mazandaran)*

One of the debated issues among Islamic jurists is about divorce whether divorce for the payment of compensation by wife to her husband is concluded two types of divorce: khul and mubarrat or besides them it is possible to consider another divorce which is called divorce for compensation or Fidyah (Arabic: الفدية meaning: expiation) divorce. The well-known Islamic jurists believe that with regard to some explicit statements within the noble Quran and hadiths, paying fidyah (Arabic: الفدية) to husband to divorce his wife is permissible in the condition of disliking (khula and mubarrat) and in the circumstance of the absence of hate, they have issued Islamic ordinance

The Validation of Generalizing the

Kafir's Testimony against Muslim in Civil Cases

- *Abolfazl Alishahi Qaleh Juqi (Associate professor at Farhangian University)*
- *Mansoor Gharib Pour (Assistant professor at Yasuj University)*
- *Farkhondeh Muhammadi (MA of Jurisprudence & Principles of Islamic Law)*

Testimony is one of the evidences for proving a case to court which has been accepted by all legal systems. Testifying is sometimes between Muslims against each others, Muslims against unbelievers, unbelievers against Muslims and unbelievers against unbelievers. According to the Islamic jurisprudential proofs, Muslim's testimony in relation to unbelievers is accepted but unbeliever's testimony in relation to Muslims is unaccepted in the civil cases based on the Quranic and hadith proofs and evidences. Therefore, in Imamiyah fiqh, it is rejected the generality of unbeliever's testimony in legal matters against or on behalf of Muslims and according to the evidences it is not valid. But unbeliever's testimony in relation to Muslim in the case of wills (testaments) is proved by the Quranic and hadith proofs. Islamic jurists with adducing to the mentioned proofs have only accepted unbeliever's testimony in Muslims' wills. But adducing the generality of some of the Quran verses is vitiated and also the universality of which has been expressed by some hadiths the study concludes that unbelievers with conditions not only in wills but also in some other cases can testify. Therefore, in this note with studying and criticizing the proofs of non-acceptance of unbeliever's testimony in cases other than wills and the proofs of permissibility of the acceptance of dhimmīs' testimony (Arabic: ذمّی literally: protected

in order to preserve the rights of creditors and less it refers to support business activities. However, the legal systems according to their priorities have dealt with the matter and create regulations. The theory of Islamic economic law for directing this crisis can be assessed based on the hisbah (Arabic: *حسبة* accountability) and analyzed its functions in this regard. In the present paper for evaluating the inclusion of bankruptcy under the hisbah matters, it has studied the sides of this issue and besides, the efficiency of hisbah matters for controlling the crisis of bankruptcy it presents its challenges. With respect to this, it seems that in Islamic economic law far from preserving the private right of creditors, it can be imagined mechanisms for company (firm)-centric and supporting debtor through the hisbah way with considering its characteristics, isolation from the pro-creditor approach, which have a significant impact on reviving the bankrupted and keeping the companies. In other words, in Islamic law in proportion to have common public-private validity, hisbah matters have several tools for managing the crisis of bankruptcy. The alternative and protective methods such as borrowing, dispute resolution, qardh al-hasan (Arabic: *القرض الحسن* lending with no interest), Bayt al-Mal (Arabic: *بيت المال* literally: house of money, meaning: the “fiscus” or “treasury” of the Muslim government), mortgage, collateral-surety-, respite or assignment of contract are of these tools.

Keywords: *Hisbah matters, Hisbah (Accountability), Bankruptcy, The just believers, Company (Firm)-centric, Pro-creditor, Law or rights.*

basic is CFD trading on silver, gold, oil and gas. It is obvious that no legal and jurisprudential study has been conducted over this new trade. it will follow ambiguities such as usury, gamble and legal problems like ambiguity in the nature and the type of the contract specially our legal system has been codified based on Imamiyah fiqh. In this research firstly the position of CFD (contract for difference) on commodities have been considered. then it presents a appropriate legal form and strategies to overcome these legal and share'i (Arabic: شرعی) problems. With regard to the civil code and the possibility of the sacred lawgiver in concern to the principle of freedom of contract which has accepted. If the nature of these contracts is interpreted in the form of sulh contract. Not only it resolves the problem of inconsistency with the determined contracts but also the Islamic legal ambiguity have not been created at all.

Keywords: *CFD Contract for Difference, Derivatives, CFDs on commodities, Lease contract (Agreement), Ju'alah contract (Contract of reward), Sulh contract (Contract of settlement).*

The Management of Hisbah (Accountability) in the Crisis of Bankruptcy in Islamic Economic Law

□ *Muhammad Sadeqi (A PhD of Private Law)*

□ *Sobhan Abbaspour (A PhD student in Private Law)*

From the point of view that the crisis of bankruptcy entails to consider all economic and managerial aspects it should be managed far from the boundaries of the private law and bankruptcy law. For the bankruptcy private laws in most cases have been legislated

over time in common law (Jus commune or ius commune) and formed the bases of indirect loss. Theories of efficient breach, expectation interest, reliance interest, restitution and full compensation principle each of them somehow has justified the compensation for indirect loss in England. In the law of Iran, although it is constantly emphasized on the necessity of being losses direct but there are strict legal and Islamic jurisprudential maxims (al-qawā'id al-fiqhīyah) that indirect contractual and non-contractual damages can be compensated by them exceptionally. Causation, no harm, sanctity, reprisal and intellectuals' basis are of Islamic maxims which can be known as the base for the recovery of indirect damages.

Keywords: *Damage, Loss, Liability, Compensability.*

The Islamic Jurisprudential Feasibility of the Nature of A Contract for Difference (CFD)

□ *Zahra Sohrab Beig (A PhD student in Private Law)*

□ *Saeid Kheradmandy (Assistant professor at Islamic Azad University)*

The growth and development of societies and growth in human needs with development of communication which has resulted the genesis of a specific form of financial and commercial activities which do not face the preceding limitations and with a minimum funds provides to access the maxim profit from all over the world. CFD or a contract for differences is a transaction on the rising and falling of the asset's value without delivery or transfer of the owning the underlying asset. This underlying asset can be stock indices, stocks or shares, commodities, bond. One of the most important and most

of governing, most learned jurists. the jurists of the Guardian Council, efficient fatwa, compliance with precaution, well-known fatwa. After presenting these theories and important problems which these theories include the present paper shows discordance between two aspects “personal aspect and social aspect” for referring ahkam, from one side and from the other side it has stated the theory of fatwa Compliance with required interests and has provided some theoretical required backgrounds. The diminution (lowering) of the requirements of the special fatwa in Law enactment to the cases of realizing mandatory interests and explain how the allowance in act according to fatwa in some regulations related to the personal affairs is of the conceptual bases of this theory.

Keywords: *Legislation, Standard fatwa, Public interests, Fiqh enactment.*

The Bases of Compensable Indirect Loss in the Law of Iran and English Law

- *Mujtaba Zamani (A PhD student in Private Law)*
- *Soheil Taheri (Assistant professor at Islamic Azad University)*
- *Pezhman Pirouzi (Assistant professor at Islamic Azad University)*
- *Alireza Mazloom Rahni (Assistant professor at Islamic Azad University)*

In the law of Iran, there is a general rule provides that indirect damage is not recoverable. However, exceptionally, liability rights today seems likely to take into account some indirect damages to be recoverable. In English law, it is compensable if the indirect loss is foreseeable by both of the parties. The loss will be recoverable if it is in the contemplation of the parties. There are theories which have proved

to apply the term “رهن” (mortgage) through this, he has created a modern foundation (establishment) in the legal system.

Keywords: *Mortgage, Pawn, Nominate contract, Commercial law, Mining law.*

Standard Fatwa in Legislation; Compliance with Required Interests

- *Mohsen Jahangiri (Associate professor at Razavi University)*
- *Muhammad Ali Bannaei Kheyraadi (A PhD student in Criminal Fiqh)*

Shia fiqh in the situation to respond individual needs and in meaningful distance from social notion has been developed and grown. The book of Ijtihad (Arabic: اجتهاد meaning: use of reason to arrive at a knowledge of truth in religious matters) and taqlid (Arabic: تقلید meaning: “following” or “imitation” of a legal expert by a nonexpert) also is not an exception to this rule. Since in some subjects which are analyzed from the point of the personal matters in confronting with social problems, it has come to theoretical deadlock and some of these problems are not resolved through personal fiqh method. One of these important cases is to establish statutes in accordance with Islam decrees. Law enactment not only has had a vital importance in old political philosophy but also is counted the heart of modern democracies in contemporary periods. There are problems and issues in this field. One of these issues is “Standard Fatwa in legislation” i.e. if there is a conflict between fatwas (Arabic: فتوی meaning: authoritative legal opinions given by Islamic jurists) with which of them the Islamization of statutes is judged the fatwa

A Reflection on the Relation Between Mortgage Contract and the Agreement of Pledge of Security

A Critical Study about the Evolution of the Pledged Assets from the Traditional Pawn to the Pledge in Modern Law

- *Jamshid Jafarpour (Associate professor at Kharazmi University)*
- *Saeed Siahbidi Kermanshahi (A PhD student in Private Law)*

The historical studies shows that Imamiyah jurists have not thought that there is no difference between mortgage (Arabic: رهن rahn) and pawn but they have defined rahn as loan collateral. But with the consideration of the limits of mortgage contract in our legal system and the impossibility of applying rahn for some assets or promises, some authors have tried by presenting new theories to deal with these limits. One of these theories is the dualities of mortgage contract and pledge. If it is possible to confirm two characteristics “having particular name and specific conditions and decrees” in law for the agreement of the pledge it can be resulted that the mentioned contract is of nominate contracts. The study of the present laws show that the conclusion of the agreement in the form of the mortgage contract is not possible in most cases because of the absence of one of conditions. The legislator has used the term “وثيقة” (pawn). These rules can be applied from two sides: first they prove that it has legal base and it has used several times in different rules. Second the legislator has used the term “وثيقة” (pawn) in the cases which one of the provisions of the conclusion of the agreement is not and he has refused

The Analysis of the Marriage of the Adapted Child with the Adoptive Parents on the Basis of the Principle of Party Autonomy in the View Point of Islam and France

- *Esmaeil Baqeriyani Khouzani (A PhD student at Islamic Azad University)*
- *Muhammad Hadi Mahdavi (Assistant professor at Islamic Azad University)*
- *Masoud Raei (Associate professor at Islamic Azad University)*
- *Ahmad Tavakoli (Assistant professor at Islamic Azad University)*

The possibility or impossibility of marrying with the adapted child is one of the argumentative problems in the legal system of Iran and lots of other countries. Contrary to other Islamic countries, under the effect of France law, Tunisia has accepted family relationship originated from adapted and its effects such as the prohibition of marriage with the adoptive parents. meanwhile criticizing and studying the opinions of Islam scholars and the law of France and Tunisia, the author with descriptive-analytical method based on the criterion of the Permissibility of marriage with adapted child believes that Islamic jurisprudence in this issue is more advanced than the other legal systems and has set the issues to the intent and free will of the adapted and the adoptive collectively and has respected to their free will which is of human rights whereas the determined legal systems have legalized contrary to this obvious subject. The present analysis as a theory release the belief -supposition- of Islamic well-known jurists from many problems and also it can be put forward in the form of theory building.

Keywords: *Adapted child, Adoptive parents, Marriage, Party autonomy, Tunisia, France.*

patients' names firstly was mentioned in Tarasoff case. Its law has provided the circumstances of this obligation which is counted an exception to the principle of secrecy and confidentiality in medical law. In spite of its importance, the law of Iran does not have an explicit rule. But besides the implicit indications in some regulations based on Islamic jurisprudential maxims such as the mandatory of preserving Muslim's life, it can be accepted the existence of this obligatory in general for the physician. Moreover this obligation provides the required interests which are emphasized by Islamic law such as preserving life and property. therefore even in the situation of the refusal and doubt in the indication of primary evidences to such obligation, the Islamic governor (ruler) to provide personal and public interests can assign the physician this obligation with the determined provisions and regulations. Of course the obligation of warning being an exception to the principle of secrecy and confidentiality, specifying its circumstances and conditions such as determining illnesses which creates obligation and determining the non-patients who are beneficiaries with applying circumstances like the circumstance of identifiable (identified) third parties Is vital.

Keywords: *Duty to warn or duty to inform, Secrecy and confidentiality, Physician or doctor, Patient, Non-patient.*

Abstracts

The Physician's Duty to Warn Non-patients; Comparative Study in the Law of Iran and the United States of America

- *Atefeh Ajori Ayask (Assistant professor at University of Birjand)*
- *Sedigheh Muhammad Hasani (A PhD student in Private Law)*
- *Sayyed Ali Razavi (A PhD of Private Law)*
- *Sayyed Hasan Vahdati Shobeiri (Associate professor at University of Qom)*

The physician's obligation to warn or duty to inform individuals other than his or her patient who are at risk of danger from the patients has a vital role to protect and improve the public's health. This obligation sometimes without disclosure of patients' names in cases like dangerous disease outbreaks is entrusted to the upstream institutions such as the Ministry of Health and Medical Education (MOHME). The obligation to warn which includes disclosure of

Table of contents

The Physician’s Duty to Warn Non-patients; Comparative Study in the Law of Iran and the United States of America/ Atefeh Ajori Ayask & Sedigheh Muhammad Hasani & Sayyed Ali Razavi & Sayyed Hasan Vahdati Shobeiri	3
The Analysis of the Marriage of the Adapted Child with the Adoptive Parents on the Basis of the Principle of Party Autonomy in the View Point of Islam and France/ Esmaeil Baqeriyani Khouzani & Muhammad Hadi Mahdavi & Masoud Raei & Ahmad Tavakoli	39
A Reflection on the Relation Between Mortgage Contract and the Agreement of Pledge of Security; A Critical Study about the Evolution of the Pledged Assets from the Traditional Pawn to the Pledge in Modern Law Jamshid Jafarpour & Saeed Siahbidi Kermanshahi	69
Standard Fatwa in Legislation; Compliance with Required Interests Mohsen Jahangiri & Muhammad Ali Bannaei Kheyraabadi	91
The Bases of Compensable Indirect Loss in the Law of Iran and English Law Mujtaba Zamani & Soheil Taheri & Pezhman Pirouzi & Alireza Mazloom Rahni	119
The Islamic Jurisprudential Feasibility of the Nature of A Contract for Difference (CFD) Zahra Sohrab Beig & Saeid Kheradmandy	145
The Management of Hisbah (Accountability) in the Crisis of Bankruptcy in Islamic Economic Law/ Muhammad Sadeqi & Sobhan Abbaspour	173
The Validation of Generalizing the Kafir’s Testimony against Muslim in Civil Cases Abolfazl Alishahi Qaleh Juqi & Mansoor Gharib Pour & Farkhondeh Muhammadi	203
The Acknowledgment of Divorce for Compensation (Talaq bi al-Iwad) as a Type of Divorce in Imamiyah Fiqh and the Civil Code Muhammad Farzanegan & Somayeh Zohouri & Sayyed Hussein Hussein Moqadam	229
The Validation of the Condition of the Inclusion of non-Beneficiaries in Waqf Muhammad Hasan Ghasemi & Gholam Reza Yazdani & Majid Ostad Moadab Khoshrou	249
Analysis of Lien in Family Institution with Emphasizing on Insolvency of Husband Abbas Ghasemi Hamed & Muhammad Ali Saedi & Mostafa Shahbazi & Muhammad Ali Ghavami Nia & Alireza Matin Nia	271
Disambiguating the Concept and Application of Islamic Law to the Civil Procedure and Adjudication/ Mohsen Kazemi & Bahram Taqipour & Alireza Salehifar	297
The Feasibility of Adducing to the Islamic Legal Maxim “الحرام لا يحرم الحلال” the Next Prohibited Doesn’t Make the Preceding Permitted Be Unlawful Relating to Zina in Marriage Book with Compliance with Article 1055 of Civil Code of Iran Mahdi Moazami Goudarzi & Sayyed Hasan Mousavi Khorasani & Meytham Khazaei & Hojjat Pouladin	321
The Validation of Amara (Authorized Conjectural Proof) of Vehicle ID Card to Prove Vehicle Ownership (Legal and Jurisprudential Analysis about the Contradiction between Authorized Persuasive Evidences and Certain Evidences in Vehicle Ownership Sayyed Ahmad Mirkhalili & Ardavan Arzhang & Nasrollah Jafari & Majid Ghasemian Mazar	347
Translation of Abstracts:	
Arabic Translation/ Hamid Abbaszadeh	371
English Translation/ Ali Borhanzahi	400